

Revista 40 - abril/junho de 2000

DOCTRINA

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS SERVIDORES INATIVOS

LUÍS PRAXEDES VIEIRA DA SILVA

Juiz Federal da Seção Judiciária do Ceará
Professor de Direito Administrativo da UNIFOR

Sumário:

- 1) Introdução;
- 2) O déficit da Previdência Social;
- 3) a contribuição social;
- 4) as tentativas de se cobrar dos inativos;
- 5) a Lei 9.783, de 28 de janeiro de 1999;
- 6) a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da Lei 9.783/99;
- 7) outras inconstitucionalidades;
- 7.1) irredutibilidade dos proventos;
- 7.2) eqüidade no custeio;
- 7.3) direito adquirido e ato jurídico perfeito;
- 8) conclusões;
- 9) notas e referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A idéia e adoção da prática previdenciária é bem recente na história da humanidade, remonta praticamente à segunda metade do século XIX, vindo até nossos dias. No início da Revolução Industrial, onde o liberalismo era total, o trabalhador ficava ao completo desamparo, sem assistência social alguma, como, por exemplo, na velhice, na doença, na morte, na invalidez total ou parcial etc.

A previdência social, porém, foi evoluindo, junto com as conquistas dos trabalhadores na área social e as garantias mínimas de regras trabalhistas, atingindo o ápice com a consolidação do chamado "Estado do Bem-Estar Social" ou "Estado Intervencionista", mais precisamente na segunda metade do Século XX.

Uma preocupação, porém, vem tomando conta dos estudiosos da questão previdenciária: o crescente número de pessoas que se aposentam ou recebem algum tipo de benefício previdenciário em contrapartida às pessoas que contribuem para alimentar o sistema. Assim, com uma maior expectativa de vida da população, o problema vai se agravando e nos países desenvolvidos, principalmente na Europa, a matéria já se encontra na ordem do dia dos políticos preocupados com a manutenção de uma estrutura mínima de garantia social previdenciária.

Uma das saídas encontradas para enfrentar a questão atuarial do colapso total do sistema seria a criação de algum gravame tendente a exigir uma contribuição previdenciária das pessoas já aposentadas. Este mecanismo é muito questionável e antipático do ponto de vista social e político, sem falar no problema jurídico, pois os aposentados já contribuem por toda a vida para obter um benefício previdenciário, justamente para não pagarem mais nenhuma contribuição depois que começarem a

receber o benefício previdenciário. Inevitavelmente, em um futuro próximo, mecanismos desta natureza serão adotados, pois esta é uma tendência mundial. O problema é saber como enfrentá-lo e resolvê-lo sem ofender a Constituição.

2. O DÉFICIT DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

O déficit da Previdência é, excluindo os gastos com juros da dívida, o principal problema das contas do Governo Federal. Neste ano a expectativa é que o déficit supere os R\$ 30 bilhões.

Segundo os dados dos Ministérios da Fazenda e do Planejamento e do Instituto Nacional do Seguro Social (01) essa é a diferença entre o total de aposentadorias que devem ser pagas pelo Governo e as contribuições recebidas para esse fim. Ou seja, é o que toda a sociedade paga, na forma de tributos, para cobrir as aposentadorias de 18 milhões de trabalhadores da iniciativa privada (que geram déficit de R\$ 9,525 bilhões) e algo em torno de um milhão de servidores públicos, cujo peso para o erário chega em torno de R\$ 19,44 bilhões.

É pouco se comparado ao gasto com os juros da dívida pública, que compreendeu cerca de R\$ 120 bilhões só no ano de 1999, contando-se as despesas de Estados, Municípios e empresas paraestatais.

Porém, este déficit, segundo dados do Governo, equivale a, por exemplo, dois anos do orçamento de investimentos do Ministério da Saúde, ou quase seis do Ministério da Educação.

A comparação de gastos com juros, além disso, precisa levar em conta que apenas uma pequena parte dos encargos da dívida pública é efetivamente coberta com a arrecadação de tributos. Fora o dinheiro que se precisa para ajustar com o Fundo Monetário Internacional, que no ano passado chegou a cerca de R\$ 30 bilhões. Os R\$ 90 bilhões restantes são o déficit público, ou seja, o dinheiro que se precisa para tomar emprestado nos bancos para fechar as contas.

O problema maior nem é o tamanho do déficit da Previdência e sim o seu ritmo de crescimento. Basta apontar que, em 1995, a defasagem orçamentária equivalia a menos da metade da atual. É fácil notar que, assim, o sistema é inviável a longo prazo. O déficit cresce, como já foi apontado acima, porque a população envelhece. Cada vez há mais beneficiários das aposentadorias e menos trabalhadores na ativa contribuindo.

No serviço público, os gastos com inativos, de R\$ 23,16 bilhões no ano de 1999, se aproxima dos com ativos, que deverão chegar a R\$ 26,22 bilhões. O déficit do INSS é menor, mas é o que mais cresce. Até 1995, o sistema era superavitário.

Segundo os dados do Governo as aposentadorias, em média, são representadas pelos seguintes valores: INSS - R\$ 244,80; Servidores Públicos = Executivo - R\$ 1.958,40 (civis); R\$ 2.597,60 (militares); Legislativo - R\$ 7.792,80 e Judiciário - 5.888,80. Por isso, uma das propostas que tramitam no Congresso Nacional objetiva modificar o Regime Previdenciário Nacional unificando os sistemas previdenciários público e privado.

Quanto ao déficit previdenciário, há várias especulações em relação a ele, uma principal é que o Governo Federal não age com transparência no que diz respeito à arrecadação para o orçamento previdenciário e que os recursos obtidos não teriam uma destinação certa, mas seriam diluídos no orçamento geral da União e que tal déficit seria gerado artificialmente.

O Professor Hugo de Brito Machado esclarece que bastaria que o Tesouro Nacional repassasse efetivamente ao INSS os valores arrecadados a título de COFINS e Contribuição Social sobre o Lucro, vale dizer, 3% da receita bruta, e 10% sobre o lucro de todas as empresas do país, para que todos os benefícios fossem pagos. Para o consagrado tributarista, tais contribuições representam uma significada evolução nas receitas da seguridade social, pois, antes delas, as contribuições representavam cerca de 34% (trinta e quatro por cento) da receita tributária da União, em 1988, para cerca de

148,09% (cento e quarenta e oito vírgula nove por cento) em 1996. E de 1996 em diante, acredita Hugo Machado, que esse percentual elevou-se ainda mais, pois, à época, muitas empresas ainda estavam a discutir em juízo a cobrança daquelas contribuições pelo Tesouro Nacional. Atualmente, em decisão recente, o Supremo Tribunal Federal validou a cobrança da COFINS pelo Tesouro Nacional, sob o pálio de que o Tesouro seria mero intermediário, não havendo desvirtuamento da finalidade daquela contribuição, que seria repassada pelo Tesouro Nacional ao INSS (02).

Acredita ainda o Professor Hugo de Brito Machado que tal repasse do Tesouro Nacional ao INSS jamais ocorreu, e disso resultaria a persistência do déficit da Previdência Social, e que, agora, com a Emenda Constitucional nº 20/98, consagrou-se o propósito do Governo de efetivamente não fazer o repasse. Este aspecto confirma o que já houvera afirmado antes em relação a este não repasse, pois a arrecadação das mencionadas contribuições pelo Tesouro Nacional seria apenas uma fórmula encontrada pelo Governo Federal para burlar a partilha constitucional de competências tributárias, em prejuízo dos Estados e dos Municípios, que não participam da arrecadação das mesmas.

3. A CONTRIBUIÇÃO SOCIAL

O art. 149 da Constituição Federal de 1988 está assim redigido:

"Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo".

Há muita polêmica em relação a estas contribuições, principalmente quanto a sua natureza. Porém, a maior parte da doutrina entende que estas contribuições têm natureza tributária. Assim esclarece Roque Carrazza:

"Parece não haver dúvida de que os tributos, no Brasil, ou são impostos ou são taxas (de serviço ou de polícia) ou são contribuição de melhoria.

De fato, como procuramos demonstrar, os empréstimos compulsórios são tributos restituíveis; as contribuições para o SUS, tributos arrecadados por pessoa diversa daquela que os instituiu; e os 'impostos extraordinários', simples impostos que, criados pela União, na iminência ou no caso de guerra externa, não precisam respeitar o princípio da reserva das competências impositivas. Finalmente, as 'contribuições', referidas no art. 149 e seu parágrafo único da Constituição, são tributos (impostos, taxas ou contribuição de melhoria), qualificados por sua finalidade. (03)

Assim, o próprio art. 4º do CTN assim esclarece que a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la a denominação e demais características formais adotadas pela lei ou a destinação legal do produto da sua arrecadação.

Com isto, a Constituição afastou as divergências doutrinárias, afirmando serem aplicáveis às contribuições em tela as normas gerais de Direito Tributário e os princípios da legalidade e da anterioridade, com a ressalva deste apenas em relação às contribuições de seguridade que se aplica o chamado prazo de noventa dias, na forma do art. 195, § 6º. Na Constituição Federal, os artigos 195, I, II, III e seu § 6º, e ainda os artigos 165, § 5º e 194, VII, fornecem as bases do regime jurídico dessa espécie de contribuição social.

No que diz respeito especificamente à contribuição ora tratada e em atenção ao disposto no art. 195 da Constituição Federal de 1988, teremos como sujeito passivo da contribuição de seguridade social os trabalhadores. Esta contribuição está disciplinada também na Lei 8.212/91. Sobre a matéria, destaca o Professor Hugo de Brito Machado:

"Trabalhador é todo aquele que presta serviços, seja a empregador, seja a pessoa com a qual não mantém vínculo empregatício. Por isto mesmo o trabalhador autônomo e o avulso são contribuintes da Previdência Social. Em relação a ele, a Constituição não

definiu o suporte para a exigência da contribuição, mas é razoável entender-se que esta há de incidir sobre a remuneração percebida em razão de seu trabalho. Não pode a contribuição cobrada do trabalhador ter base em qualquer outra coisa que não seja essa remuneração, posto que é ela que o qualifica como trabalhador". (04)

Agora, questiona-se, o aposentado poderia estar enquadrado na condição de trabalhador, para imposição da condição de sujeito passivo desta obrigação tributária? Entendemos que não, pois o aposentado, enquanto tal, não presta serviços e não pode ser considerado trabalhador, nem é segurado pois o benefício para o qual contribuiu por toda uma vida já está a desfrutá-lo. A própria Emenda Constitucional n. 20/98 peca neste sentido, se objetivava incluir o aposentado, pois este, como se viu, não pode ser considerado "trabalhador ou demais segurados", como estabeleceu a nova redação do art. 195, II, da Constituição emendada.

Ao se criar uma nova contribuição social a ser cobrada dos aposentados estaríamos diante de qual modalidade tributária, observado o art. 4º do CTN? Hugo de Brito Machado entende que estaríamos diante de um imposto adicional sobre a renda, o que seria inconstitucional (05). Assim, o fato gerador da obrigação seria, neste caso, a percepção da renda mensal que consubstancia o benefício da aposentadoria, mas sobre tal fato já incide o imposto de renda previsto no art. 153, inciso III, da Carta da República. A nova contribuição seria esse mesmo imposto de renda, mas com a alíquota aumentada, ou então seria um imposto adicional de renda, criado no exercício, pela União, no âmbito de sua competência residual. Porém, a Constituição Federal vigente não autoriza essa criação, seja como imposto adicional de renda, seja como elevação da alíquota do imposto de renda já existente.

4. AS TENTATIVAS DE COBRAR DOS INATIVOS

O Governo Federal já fez várias investidas políticas para tentar cobrar contribuição social dos inativos. Vejamos algumas destas tentativas.

03 de Maio de 1995. A CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) da Câmara rejeitou o dispositivo que instituiu a cobrança no projeto de emenda da reforma da Previdência. O item não chegou a ser votado na comissão especial da reforma nem no plenário da Câmara.

17 de Janeiro de 1996. Durante a convocação extraordinária do Congresso, o plenário da Câmara rejeitou projeto de lei do Executivo que previa a contribuição dos servidores públicos inativos. O projeto incluía a contribuição obrigatória dos inativos para o custeio da seguridade social.

11 de Fevereiro de 1998. Durante a votação da reforma da Previdência, os deputados derrubaram novamente o dispositivo que estabelecia a cobrança previdenciária dos inativos, incluído pelos senadores na emenda constitucional.

02 de Abril de 1998. Os parlamentares aprovaram o projeto de conversão que alterou a Medida Provisória nº 1.646-47/98, que tratava de alíquotas de contribuição previdenciária dos servidores ativos e inativos. O projeto de conversão excluiu a contribuição dos servidores públicos aposentados.

02 de Dezembro de 1998. Os deputados rejeitaram a Medida Provisória nº 1.720-1/98, que instituiu a cobrança, mesmo depois de o Governo ter modificado a proposta original para tentar diminuir as resistências na base aliada.

26 de Janeiro de 1999. O Senado aprovou projeto que permite ao Governo cobrar contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas do serviço público. O texto seguiu para sanção presidencial.

Maio de 1999. O Governo começou a cobrar dos inativos, que recorreram à Justiça para impedir o desconto. Eles argumentavam que a taxação representava confisco de renda e que a preservação do valor dos benefícios previdenciários é garantida pela Constituição.

09 de junho de 1999. Em resposta às liminares obtidas pelos servidores, o Governo

entrou com ação declaratória de constitucionalidade no STF para tentar manter a cobrança dos inativos, embora admitindo a possibilidade de derrota parcial. 30 de Setembro de 1999. O STF declarou inconstitucional a cobrança da contribuição previdenciária dos inativos.

5. A LEI 9.783 DE 28 DE JANEIRO DE 1999

A Lei 9.783, de 28 de Janeiro de 1999 (DOU 29.01.1999), apresenta a seguinte redação: "Dispõe sobre a contribuição para o custeio da Previdência Social dos servidores públicos, ativos e inativos, e dos pensionistas dos três Poderes da União, e dá outras providências.

Art. 1º - A contribuição social do servidor público civil, ativo e inativo, e dos pensionistas dos três Poderes da União, para a manutenção do regime de previdência social dos seus servidores, será de onze por cento, incidente sobre a totalidade da remuneração de contribuição, do provento ou da pensão.

Parágrafo único - Entende-se como remuneração de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual, ou quaisquer vantagens, inclusive as relativas à natureza ou ao local de trabalho, ou outra paga sob o mesmo fundamento, excluídas:

I - as diárias para viagens, desde que não excedam a cinquenta por cento da remuneração mensal;

II - a ajuda de custo em razão de mudança de sede;

III - a indenização de transporte;

IV - o salário-família.

Art. 2º - A contribuição de que trata o artigo anterior fica acrescida dos seguintes adicionais:

I - nove pontos percentuais incidentes sobre a parcela da remuneração, do provento ou da pensão que exceder a R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), até o limite de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais);

II - catorze pontos percentuais incidentes sobre a parcela da remuneração, do provento ou da pensão que exceder a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Parágrafo único - Os adicionais de que trata o caput têm caráter temporário, vigorando até 31 de dezembro de 2002.

Art. 3º - Não incidirá contribuição sobre a parcela de até R\$ 600,00 (seiscentos reais) do provento ou pensão dos que forem servidores inativos ou pensionistas.

Parágrafo único - Será de R\$ 3.000,00 (três mil reais) o valor da parcela de que trata o caput, quanto se tratar de servidor inativo ou pensionista com mais de setenta anos de idade ou servidor aposentado por motivo de invalidez.

Art. 4º - O servidor público civil ativo que permanecer em atividade após completar as exigências para a aposentadoria voluntária integral nas condições previstas no art. 40 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, ou nas condições previstas no art. 8º da referida Emenda, fará jus à isenção da contribuição previdenciária até a data da publicação da concessão de sua aposentadoria, voluntária ou compulsória.

Art. 5º - A União, as autarquias e as fundações públicas federais contribuirão para o custeio do regime próprio de previdência social dos seus servidores públicos, observados os critérios estabelecidos na Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998.

Parágrafo único - Aplica-se o disposto neste artigo às organizações sociais, com relação aos servidores detentores de cargo efetivo que compõem o seu quadro.

Art. 6º - As contribuições previstas nesta Lei serão exigidas a partir de 01 de maio de 1999 e, até tal data, fica mantida a contribuição de que trata a Lei nº 9.630, de 23 de abril de 1998.

Art. 7º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 8º - Revogam-se a Lei nº 9.630, de 23 de abril de 1998, e o art. 231 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

6. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.783/99.

Em sessão plenária no dia 30 de Setembro de 1999, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a contribuição social dos aposentados. A decisão foi unânime. Os ministros entenderam que a lei ofendeu o art. 195, II, da Constituição Federal, que proíbe expressamente a cobrança de contribuição de aposentados e pensionistas. Além disso, os ministros entenderam que a cobrança de uma contribuição tem de estar necessariamente vinculada a um benefício futuro. O Informativo STF referente a última semana de setembro de 1999 forneceu os seguintes enunciados sobre a matéria:

"Contribuição Previdenciária - I

A CF, na redação dada pela EC 20/98, não autoriza a cobrança de contribuição de seguridade social sobre os servidores aposentados e pensionistas. Com esse entendimento, o Tribunal deferiu o pedido de liminar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB para suspender, até decisão final da ação direta, no caput do art. 1º, a eficácia das expressões 'e inativo, e dos pensionistas' e 'do provento ou da pensão', e, integralmente, o art. 3º e seu parágrafo único, todos da Lei 9.783/99, que dispõe sobre a contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos, ativos e inativos, e dos pensionistas dos três Poderes da União ('art. 1º. A contribuição social do servidor público civil, ativo e inativo, e dos pensionistas dos três Poderes da União, para manutenção do regime da previdência social dos seus servidores, será de onze por cento, incidente sobre a totalidade da remuneração de contribuição, do provento ou da pensão'). À primeira vista, o Tribunal considerou relevante a arguição de inconstitucionalidade por ofensa ao art. 195, II, da CF, com redação dada pela EC nº 20/98, tendo em vista que a CF expressamente excluiu os inativos e pensionistas das fontes de custeio da referida contribuição (art. 195. ... II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidos pelo regime geral de previdência de que trata o art. 201;). ADInMC 2.010-DF, Rel. Min. Celso de Mello, 29.09.99.

Contribuição Previdenciária - II

Quanto à alegada inconstitucionalidade formal da Lei 9.783/99, o Tribunal entendeu não haver plausibilidade jurídica na tese de ofensa ao art. 67, da CF, que veda a apresentação de projetos de lei rejeitados ou vetados na mesma sessão legislativa. Afastou-se a alegação de que o conteúdo da Lei 9.783/99, por já ter sido rejeitado na sessão legislativa ordinária de 1998, quando da apreciação da MP 1.720/98, não poderia ser aprovado na sessão extraordinária de janeiro de 1999, já que esta seria uma extensão da sessão ordinária de novembro de 1998. Considerou-se que o projeto de lei que resultou na Lei 9.783/99, por ter sido aprovado em 1999, mesmo que em sessão extraordinária, pertence a outra sessão legislativa, não havendo como estabelecer vínculo com a sessão do ano anterior. ADInMC 2.010-DF, rel. Min. Celso de Mello, 29.09.99.

Contribuição Previdenciária - III

O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de liminar para suspender a eficácia do art. 2º e seu parágrafo único da Lei 9.783/99, que acresce à alíquota de 11%, prevista no art. 1º da citada Lei, 9% ou 14%, de acordo com a remuneração, provento ou pensão recebida. À primeira vista, o Tribunal considerou relevante a arguição de inconstitucionalidade pela descaracterização da função constitucional da contribuição de seguridade social, já que foi instituída em alíquotas progressivas com a finalidade de cobrir o déficit passado e não benefício a ser pago ao contribuinte. O Tribunal também considerou relevante a tese de ofensa ao princípio que veda a utilização de qualquer tributo com efeito de confisco (CF,

art. 150, IV), salientando que o exame da questão do efeito confiscatório deve ser feito em função da totalidade do sistema tributário e não em função de cada tributo isoladamente. Vencidos os Ministros Nelson Jobim e Moreira Alves que indeferiam a cautelar nesse ponto, por entenderem, num primeiro exame, inexistir plausibilidade jurídica na tese de ofensa ou princípio do não confisco, dado que a questão do efeito confiscatório deve ser analisada em relação a cada tributo isoladamente e, também, pelo fato de não estar caracterizada a ofensa ao desvirtuamento da função da contribuição, tendo em vista que, em se tratando de previdência de servidor público, não há correspondência entre a contribuição e o benefício decorrente dessa contribuição. ADInMC 2.010-DF, rel. Min. Celso de Mello, 29.9.99".

7. OUTRAS INCONSTITUCIONALIDADES

Além das inconstitucionalidades encontradas pelo Supremo Tribunal Federal, podemos apresentar ainda outras, que destacamos.

7.1. IRREDUTIBILIDADE DOS PROVENTOS

O art. 194, parágrafo único, inciso IV, da Constituição de 1988, estabelece que a seguridade social deve ser organizada, tendo como base, dentre outros, o objetivo da irredutibilidade do valor dos benefícios. Este objetivo se estende a toda a seguridade, seja ela destinada ao setor privado ou público. E decorre do princípio maior da segurança jurídica, pois se o segurado passou toda uma vida contribuindo para receber um valor certo de benefício, este valor não pode ser diminuído por uma exação extra e inconstitucional ou pela simples não atualização do valor do benefício, todas estas circunstâncias ofendem este preceito maior da Constituição.

7.2. EQÜIDADE NO CUSTEIO

O mesmo art. 194, parágrafo único, inciso IV, da Constituição de 1988, estabelece que a seguridade social deve ser organizada, tendo como base, dentre outros, o objetivo da eqüidade na forma de participação no custeio. Assim é uma afronta se cobrar de quem já está aposentado, e, portanto, já atingiu o objetivo ao receber o seguro com a concessão do benefício. Seria uma espécie de bis in idem, pois a pessoa teria que contribuir novamente, mas dessa vez sem um objetivo de seguridade futura. Não havendo, por conseguinte, qualquer eqüidade na medida.

7.3. DIREITO ADQUIRIDO E ATO JURÍDICO PERFEITO

O art. 5º, inciso XXXVI, da Carta da República, assegura que a Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. A Lei de Introdução ao Código Civil, por sua vez, no art. 6º, §§ 1º e 2º, define o que seja o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. "Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo préfixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem".

Ora, o ato de aposentadoria é considerado um ato jurídico perfeito e sua concessão com base nas normas vigentes à época é também considerado um direito adquirido. Inclusive o Supremo Tribunal Federal emitiu a Súmula 359, bastante conhecida, que tem a seguinte redação: "Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária". Segundo Roberto Rosas (06), a parte final da súmula foi excluída a partir de "inclusive a apresentação ...voluntária". Assim entendeu o STF, porque a afirmação do direito a aposentadoria conduz ao direito adquirido, se já houve a aquisição deste direito, não pode estar condicionado a outra exigência (RE nº 86.608 - Rel. Min. Xavier de Albuquerque - RTJ 83/304).

O princípio do direito adquirido se estende também ao direito adquirido contra emendas à Constituição, já que na diferença entre Poder Constituinte Originário e Derivado, este

último não pode atingir determinadas cláusulas pétreas eleitas pelo constituinte originário, dentre elas está o direito adquirido como desdobramento dos direitos e garantias individuais, previsto no art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

8. CONCLUSÕES

A seguridade social vem ganhando cada vez mais importância no mundo moderno, porém um fator tem preocupado muito os estudiosos da questão atuarial de manutenção do sistema, que é a longevidade e o número cada vez maior de pessoas idosas usufruindo de benefícios, em detrimento de uma base menor de contribuintes em atividade.

O déficit da Previdência Social é sempre apresentado pelo Governo Federal como o vilão do déficit público global. Realmente as contas quanto aos gastos com a previdência, seja do setor público, seja do setor privado, são preocupantes em face do envelhecimento da população e algumas distorções de proventos, principalmente no setor público. Porém, quanto à arrecadação, o Governo não é totalmente transparente, principalmente com a arrecadação das receitas vindas da COFINS e Contribuição Social sobre o Lucro. O que leva alguns estudiosos do assunto a questionar este suposto déficit.

A contribuição social prevista no art. 149, caput, e art. 195 da Constituição Federal, é uma espécie particular de tributo. No que diz respeito à contribuição previdenciária prevista na Lei 8.212/91, esta tem como sujeito passivo da obrigação tributário o trabalhador, não estando equiparado a ele o aposentado.

O Governo Federal, por diversas vezes, tentou cobrar contribuição previdenciária dos inativos, fracassando em todas elas. A última tentativa foi estabelecida pela Lei 9.783/99, que foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sessão plenária do dia 30.09.1999. O STF acatou basicamente a tese de que houve ofensa ao art. 195, II, da Constituição Federal, já com a Emenda nº 20/98, que proíbe a cobrança de contribuição a pensionistas e aposentados. Além disso, os ministros entenderam que a cobrança de uma contribuição tem de estar necessariamente vinculada a um benefício futuro.

Além destes aspectos reconhecidos pelo STF, outros se destacam como inconstitucionalidades da medida, como as ofensas à irredutibilidade do valor das aposentadorias; eqüidade no custeio; respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, inclusive contra emenda à Constituição.

9. NOTAS E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01 - Jornal Folha de São Paulo, dia 02 de outubro de 1999;

02 - MACHADO, Hugo de Brito - Parecer, Contribuição Social dos Aposentados, Lei 9.783/99, inconstitucionalidades, disponível no site: www.hugomachado.adv.br;

03 - CARRAZZA, Roque Antonio - Curso de Direito Constitucional Tributário, Malheiros, 7ª Edição; São Paulo, 1994, p. 326;

04 - MACHADO, Hugo de Brito - Curso de Direito Tributário, Malheiros, 11ª Edição, São Paulo, 1996, p. 318;

05 - MACHADO, Hugo de Brito - Parecer, obra citada;

06 - ROSAS, Roberto - Direito Sumular, Revista dos Tribunais, 6ª Edição, São Paulo, 1991, p. 150.

JURISPRUDÊNCIA

[AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 19.833-RN](#)

Relator: O SR. JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE

Agravantes: UNIÃO FEDERAL

Agravada: ASSRN - ASSOCIAÇÃO DE SUPERMERCADOS DO RN

Advogados: DRS. EIDER FURTADO DE MENDONÇA E MENEZES E OUTRO (AGRDA.)

EMENTA:

Administrativo. Afixação de preços de produtos. Etiqueta. Código de barra.

- "Um dos princípios básicos em que se assenta a ordem econômica é a defesa do consumidor.

- A Lei nº 8.078/90, em seu artigo 6º, inciso III, relaciona entre os direitos básicos do consumidor:

'A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição e preço, bem como, sobre os riscos que apresentam'.

- Os donos de supermercados devem fornecer ao consumidor informações adequadas, claras, corretas, precisas e ostensivas sobre os preços de seus produtos à venda.

- O fato de já existir, em cada produto, o código de barras, não é suficiente para assegurar a todos os consumidores estas informações.

- Para atender realmente ao que estabelece o Código do Consumidor, além do código de barras e do preço nas prateleiras, devem os supermercados colocar o preço em cada produto.

- Segurança denegada".

(STJ, MS nº 5.986 - DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, por unanimidade, votaram com o Exmo. Sr. Ministro Relator os Exmos. Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Milton Luiz Pereira, José Delgado, Eliana Calmon e Paulo Gallotti, julgado em 13.10.99, DJU 29.11.99).

- Agravo de instrumento provido, cassando a tutela antecipada concedida pelo juiz monocrático.

- Agravo regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, julgando prejudicado o agravo regimental, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 16 de março de 2000 (data do julgamento).

JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

Cuida-se de agravo de instrumento de decisão que deferiu pedido de antecipação de tutela requerida para o fim de absterem-se a União Federal e a Coordenadoria de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON/RN de autuar os estabelecimentos dos associados da agravante, pelo fato de estes não estarem afixando os preços de seus produtos diretamente em cada uma das mercadorias expostas à venda, como previsto no despacho prolatado no Procedimento Administrativo nº 08012.001558/98, pelo Diretor do Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor - DNPDC, publicado no DOU de 25.05.98.

A União Federal, em suas razões, alegou, em síntese:

- impossibilidade do deferimento da tutela antecipada pelo Juiz monocrático, por inexistirem os requisitos necessários:

verossimilhança das alegações da parte autora;

fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e reversibilidade de provimento antecipado;

- relevância dos argumentos do DNPDC, cujo objetivo é fazer valer o direito do consumidor de visualizar com precisão o preço do que vai comprar;
- não se pode deixar que os comerciantes saiam beneficiados em detrimento de toda a coletividade;
- A Lei 8.078/90 dispõe que são direitos básicos do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta da quantidade, características, composição, qualidade, preço e garantia (art. 6º, III) e que a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre ...preço (art. 31);
- a manutenção da tutela antecipada causa grave lesão à economia pública, à medida em que impede sejam observadas as prescrições do Código de Defesa do Consumidor;
- ocorrência de lesão à ordem administrativa, por interferir nas determinações adotadas pelo Governo em defesa do consumidor.

Com base em precedentes do TRF da 3ª Região (AG 66322-SP, Rel. Juíza Lúcia Figueiredo) e do STJ (AMS 5943-DF, Rel. Min. Hélio Mosimann), foi indeferido o pedido de efeito suspensivo ao agravo (fls. 73/75), tendo a União Federal interposto agravo regimental.

Contra-razões apresentadas pelo agravado, às fls. 83/115.

Regularmente formado o instrumento, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator): Decidiu, recentemente, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça denegar a segurança no Mandado de Segurança nº 5.986-DF, impetrado por Carrefour Comércio e Indústria Ltda., por unanimidade, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator Garcia Vieira:

"Direito do Consumidor - Preço - Produtos - Supermercados - Exigência - Código de Defesa do Consumidor.

Um dos princípios básicos em que se assenta a ordem econômica é a defesa do consumidor.

A lei nº 8.078/90, em seu artigo 6º, inciso III, relaciona entre os direitos básicos do consumidor:

'A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição e preço, bem como, sobre os riscos que apresentam'.

Os donos de supermercados devem fornecer ao consumidor informações adequadas, claras, corretas, precisas e ostensivas sobre os preços de seus produtos à venda.

O fato de já existir, em cada produto, o código de barras, não é suficiente para assegurar a todos os consumidores estas informações.

Para atender realmente ao que estabelece o Código do Consumidor, além do código de barras e do preço nas prateleiras, devem os supermercados colocar o preço em cada produto.

Segurança denegada".

(Votaram com o Exmo. Sr. Ministro Relator os Exmos. Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Milton Luiz Pereira, José Delgado, Eliana Calmon e Paulo Gallotti, julgado em 13.10.99, DJU 29.11.99).

O entendimento dos eminentes ministros daquela Corte, cujos fundamentos, que acolho como minhas razões de decidir, permito-me aqui reproduzir o seguinte excerto, in verbis: "(...)

Com razão, a meu ver, o Ministério Público, em seu bem lançado parecer de fls. 215/220, da digna Subprocuradora-Geral da República, Dra. Marilene da Costa Ferreira, do qual

destaco o seguinte trecho:

'As irregularidades detectadas com o uso do sistema de código de barras levaram o Administrador a reconhecer a sua ineficácia no cumprimento da exigência contida no art. 31 da Lei 8.078/90, e, nesse contexto, no uso do seu poder discricionário e no âmbito da competência que lhe fora outorgada pelo Decreto 2.181/97, a determinar a obrigatoriedade da fixação do preço diretamente nos produtos, protegendo, assim, o consumidor de possíveis equívocos no pagamento da mercadoria.

Constatada, desse modo, que a decisão administrativa do Diretor do Departamento e Defesa do Consumidor, referendada pelo Sr. Ministro da Justiça, objeto da presente impetração, encontra-se devidamente fundamentada nos arts. 31 da Lei 8.078/90, § 3º, incisos I e X, e 63 do Decreto 2.181/97, não há como prevalecer a tese de inconstitucionalidade e ilegalidade da decisão atacada'.

Foi-se o tempo em que a única coisa que o comerciante estava jungido era à lei da oferta e da procura e nenhuma atenção dispensava aos direitos do consumidor. Agora está ele sujeito, também, ao Código do Consumidor que representa inegável avanço da sociedade como um todo e freio ao desrespeito ao direito do consumidor. Sua projeção alcançou status constitucional e sua defesa é de ordem pública e de interesse de toda a sociedade. A lesão a estes interesses já não fica impune e pode constituir crime previsto pelo Código Penal. Esta vitória do consumidor não representa nenhum atentado ao princípio constitucional da livre iniciativa, que representa liberdade com obediência à lei. O direito do comerciante termina onde começa o direito do consumidor e da própria sociedade. O direito do dono e senhor do supermercado é tão importante quanto o do seu cliente mais humilde. Ambos merecem a mesma proteção legal. A liberdade de iniciativa do comerciante continua plena desde que respeite os limites estabelecidos pela lei de proteção ao consumidor. Este, nestes tempos de intensas e significativas transformações, escudado na lei, permanecerá de atalaia contra qualquer atentado a seu direito.

Denego a segurança".

(Mandado de Segurança, nº 5.986 -DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, 13.10.99).

Por conseguinte, ante a decisão do STJ, dou provimento ao agravo de instrumento, revogando a tutela antecipada concedida pelo Juiz monocrático, julgando prejudicado o agravo regimental.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 20.468-RN

Relator: O SR. JUIZ **MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT** (CONVOCADO)

Agravante: SEBASTIÃO JOSÉ DE CARVALHO

Agravados: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Advogado: DR. ANANIAS SARAIVA DE ALMEIDA (AGRTE.)

EMENTA:

Processo Civil e Direito Ambiental. Mata Atlântica. Vegetação primária ou secundária em estado avançado ou médio de regeneração. Desmatamento. Proibição legal. Exceções. Medida liminar cautelar. Requisitos. Presença.

- É proibido o corte, a exploração e a supressão de áreas de vegetação primária ou secundária em estágio avançado ou médio de regeneração da Mata Atlântica (art. 1.º, caput, do Decreto nº 750/93), ressalvados os casos expressamente previstos na legislação regulamentar (art. 1º, parágrafo único, art. 2.º, caput e parágrafo único, e art. 5º, todos, do Decreto nº 750/93).

- Sendo plausível a caracterização técnica da área de desmatamento como vegetação

secundária de Mata Atlântica em avançado estado de regeneração e não incidindo uma das exceções legais à vedação de supressão desse tipo de cobertura vegetal, encontram-se presentes os requisitos da fumaça do bom direito e do perigo na demora com relação ao pleito de impedimento da continuidade da atuação lesiva ao meio ambiente necessários ao deferimento de medida liminar cautelar.

ACÓRDÃO

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

Recife, 17 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

JUIZ MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT: Sebastião José de Carvalho interpõe agravo de instrumento contra a decisão do MM. Juiz de Direito da Comarca de Goianinha no Estado de Rio Grande do Norte que, na ação cautelar inominada preparatória proposta pelo Ministério Público Federal em litisconsórcio ativo com o Ministério Público Estadual do Rio Grande do Norte contra o agravante, o IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, o IDEC - Instituto de Desenvolvimento Econômico e Meio Ambiente do Estado do Rio Grande do Norte e o Município de Tibau do Sul, deferiu, em parte, a liminar pleiteada, determinando ao agravante a suspensão de qualquer desmatamento na propriedade Madeiro II no Município de Tibau do Sul/RN e ao IBAMA a suspensão da licença de desmatamento para a referida propriedade.

Alega o agravante que a atividade de desmatamento estava sendo realizada com base em licença do IBAMA, que a área desmatada não é composta de vegetação de Mata Atlântica e que, mesmo que fosse, aquela autarquia ambiental poderia autorizar o desflorestamento, como em realidade o fez, o que retiraria a fumaça do bom direito no pleito deduzido na ação civil pública.

O Ministério Público Federal ofereceu sua contra-razões às fls. 64/67.

Em seguida, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT (Relator Convocado): De início, deve ser ressaltado que a simples existência de autorização de desmatamento ou de qualquer outro tipo de licenciamento de atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente não impede a apreciação pelo Poder Judiciário da legalidade ou não da conduta autorizada pela Administração Pública, tendo em vista que os atos desta estão sujeitos a controle judicial.

No caso em exame, verifica-se a existência de dois laudos elaborados por técnicos do IBAMA relativamente à área objeto de desmatamento na propriedade Madeiro II: o primeiro, às fls. 36/37, caracteriza sua vegetação como capoeira de porte médio e rala, concluindo favoravelmente à concessão de autorização de desmatamento; o segundo, às fls. 38/47, considera a área como possuidora de vegetação de Mata Atlântica em avançado estágio de sucessão natural, aconselhando a paralisação do desmatamento. O IBAMA, conforme o parecer de sua assessoria jurídica (fls. 48/51), concluiu pela inexistência de impedimento de desmatamento de vegetação de Mata Atlântica, desde que devidamente autorizado, nos termos do art. 1º, parágrafo único, do Decreto nº

750/93.

Analisando, inicialmente, a questão da possibilidade de desmatamento de área de vegetação de Mata Atlântica.

O Decreto nº 750/93 regula a exploração de vegetação de Mata Atlântica, em linhas gerais, da seguinte forma:

I - permite a supressão e exploração de vegetação secundária em estágio inicial de regulamentação dos órgãos competentes (art. 4º, caput), ressalvando a hipótese de Estados em que a vegetação remanescente de Mata Atlântica seja inferior a cinco por cento de área original, caso em que essa espécie de cobertura vegetal será tratada como se fosse vegetação primária de Mata Atlântica (art. 4º, parágrafo único), aplicando-se as mesmas regras desta;

II - proíbe o corte, a exploração e a supressão de vegetação primária ou secundária nos estágios avançado e médio de regeneração da Mata Atlântica (art. 1º, caput), ressalvando, sempre mediante autorização dos órgãos competentes:

a - as obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social, mediante aprovação de estudo e relatório de impacto ambiental (art. 1º, parágrafo único);

b - a exploração seletiva de determinadas espécies nativas, observados os requisitos nele estabelecidos (art. 2º, caput);

c - a exploração eventual de espécies da flora para consumo nas propriedades ou posses das populações tradicionais (art. 2º, parágrafo único);

d - o parcelamento do solo ou edificação para fins urbanos em conformidade com o plano diretor do município e demais legislações de proteção ambiental, desde que a vegetação não seja abrigo de espécies da flora e fauna silvestres ameaçadas de extinção, não exerça função de proteção de mananciais ou de prevenção e controle de erosão e não tenha excepcional valor paisagístico (art. 5º).

Vê-se, portanto, que, caracterizável a área como de vegetação primária ou vegetação secundária em estágio avançado ou médio de regeneração da Mata Atlântica, os órgãos ambientais não podem autorizar o seu corte, exploração ou supressão, ressalvados, apenas, os casos supramencionados, entre os quais não se encontra a hipótese de desmatamento para viabilização de cultura de subsistência ou realização de plantio para fins de extrativismo vegetal.

No que pertine aos laudos emitidos pelos técnicos do IBAMA, creio que o seu simples cotejamento, ante o laconismo e singeleza do primeiro (36/37) e o caráter mais detalhado do segundo (fls. 38/47), enseja juízo positivo de plausibilidade relativamente à caracterização da área desmatada como composta de vegetação secundária de Mata Atlântica em estado avançado de regeneração (sucessão natural).

Assim, em face da natureza constitucional do direito subjetivo público a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, caput, da CF/88) e da proteção conferida pela Carta Magna, na forma da lei, à Mata Atlântica, que foi elevada à condição de patrimônio nacional (art. 225, § 4º, CF), bem como da plausibilidade acima referida de caracterização da área de desmatamento como vegetação secundária de Mata Atlântica em avançado estado de regeneração e da desconformidade entre a autorização concedida e as exceções legais à proibição de supressão desse tipo de cobertura vegetal, entendendo presentes os requisitos da fumaça do bom direito e do perigo da demora, este consubstanciado na dificuldade de reparação dos danos ambientais advindos do desmatamento, essenciais à concessão de medida liminar cautelar.

Desse modo, creio estar dotado de razoabilidade o provimento jurisdicional cautelar deferido em sede vestibular pelo Órgão Julgador de 1º grau.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o meu voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 20.635-AL

Relator: O SR. JUIZ **MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT** (CONVOCADO)

Agravante: CEAL - COMPANHIA ENERGÉTICA DE ALAGOAS

Agravada: CODEVASF - COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DO VALE DO SÃO FRANCISCO

Advogados: DRS. LYCURGO LEITE NETO E OUTROS (AGRTE.) E EURIPEDES PAUS DE SOUZA E OUTROS (AGRDA.)

EMENTA:

Civil e Administrativo. Créditos contratuais. Oponibilidade ao direito creditório de terceiro. Inexistência. Energia elétrica. Fornecimento. Suspensão por inadimplência do usuário. Legalidade. Interesse da coletividade. Sopesamento. Realização em seu detrimento. Impossibilidade.

- Os créditos decorrentes de contrato não são oponíveis ao direito creditório de terceiro estranho à avença contratual.

- A possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica por inadimplência do usuário deve ser sopesada com o interesse da coletividade (art. 6.º, § 3º, II, da Lei n.º 8.987/95), não devendo ser realizada em seu detrimento.

ACÓRDÃO

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

Recife, 17 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

JUIZ MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT: A CEAL - Companhia Energética de Alagoas interpõe agravo de instrumento contra a decisão do MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Alagoas que, na ação cautelar inominada preparatória proposta pela CODEVASF - Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco contra a agravante, deferiu a liminar de religamento e abstenção de suspensão do fornecimento de energia elétrica dos projetos de irrigação da responsabilidade da agravada.

Alega a agravante que a agravada encontra-se em estado de inadimplência, motivo que, com base na legislação aplicável, determinou a suspensão de seu fornecimento de energia elétrica, afirmando, ainda, a impossibilidade de lhe ser oposto crédito oriundo de contrato ao qual é estranha, por ter sido firmado entre a agravada e a CHESF, o qual, ademais, é contestado por esta.

A CODEVASF apresentou suas contra-razões às fls. 170/189, juntando os documentos de fls. 190/366 e asseverando possuir crédito com a CHESF, que encontra-se obrigada a pagar suas contas de consumo de energia elétrica.

Foi aberta vista à agravante para se pronunciar sobre a documentação acostada aos autos pela agravada (fls. 368/368, verso), tendo ela se manifestado às fls. 371/374.

Em seguida, vieram-me os autos conclusos por distribuição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT (Relator Convocado): A agravada apresenta como fato hábil a afastar o seu estado de inadimplência para com a agravante

a obrigação contratual firmada entre ela e a CHESF pela qual esta comprometeu-se a responder por seus débitos de energia elétrica até o limite da obrigação indenizatória referente aos gastos de estrutura dos projetos de irrigação mantidos pela agravada motivados pelas atividades da CHESF no Vale do Rio São Francisco.

Contudo, a agravante não foi parte da avença firmada entre a agravada e a CHESF, não podendo, portanto, as obrigações acordadas entre estas ser-lhe opostas com a finalidade de obstaculizar o seu direito creditório oriundo da prestação de serviço de fornecimento de energia elétrica.

Ressalte-se, ademais, que a própria existência de crédito da CHESF para com a agravada é questionada pela primeira, que considera já ter quitado suas obrigações contratuais.

O fornecimento de energia elétrica é realizado mediante contraprestação do usuário consubstanciada no pagamento de tarifa de consumo (art. 14, I, da Lei nº 9.427/96 e arts. 9º a 13 da Lei nº 8.987/95), sendo a inadimplência causa legal de sua suspensão (art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95 e art. 17, caput, da Lei nº 9.427/96), observada a exigência de prévia notificação do consumidor.

Contudo, nos termos do art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95, deve ser sopesado o interesse da coletividade, razão pela qual entendo que, quando da suspensão do fornecimento de energia elétrica puder decorrer dano irreparável ao interesse coletivo, não é possível a sua efetivação, sendo esse exatamente o caso dos autos, pois o corte da energia traria conseqüências desastrosas para os interesses dos irrigantes e das populações dependentes, direta ou indiretamente, dos projetos de irrigação, os quais ocupam a posição de terceiros em relação à querela estabelecida entre a agravante e a agravada e não podem, portanto, sofrer os prejuízos respectivos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o meu voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 20.816-PB

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**

Agravante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Agravados: CURTUME ANTÔNIO VILLARIM S/A E OUTROS

Advogados: DRS. MARCOS CALUMBI NÓBREGA DIAS E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA:

Agravo de instrumento. Leilão. Bens arrematados. Posterior recusa. Incabimento. Bens arrematados em hasta pública pela CEF - Caixa Econômica Federal, que posteriormente os pretende recusar, ao fundamento de não mais exibirem, na entrega, estado de conservação adequado a sua destinação.

Pertinência de vistoriarem-se antes de adquiridos, e não somente após já concretizada a operação.

Precedentes.

Agravo de Instrumento improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 3 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: A CEF - Caixa Econômica Federal arrematara em leilão máquinas e contêineres de couro pertencentes aos recorridos.

Quando da entrega dos bens, alegou, em primeiro grau, a agravante, os equipamentos se encontravam em estado de conservação precário, faltando peças e inservíveis para o uso a que originalmente destinados. Por essa razão, via-se no direito de rejeitar o produto da praça, requerendo fosse determinado à agravada realizar depósito com o equivalente ao valor dos bens.

O pleito foi indeferido pelo MM. Juiz da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Paraíba, ao fundamento de que a CEF agira espontaneamente, não mais lhe assistindo a prerrogativa de afastar a repercussão do seu comportamento.

Apresenta a instituição financeira, então, agravo de instrumento em que reafirma o alegado na instância a quo, acrescentando somente subsistir interesse na carga de couro, ainda assim se mantida em condições adequadas. Destaca inexistente a transferência de propriedade, uma vez cuidando-se de bens móveis, condicionada à tradição.

Junta os documentos de fls. 06/24.

Sem contraminuta.

Nas informações, o ilustre Julgador monocrático esclarece haver-se pautado pela própria conduta adotada pela CEF até decidir-se pela recusa do objeto da arrematação.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): Eis o teor das informações prestadas pelo Dr. Rogério Fialho (fls. 36/37):

"1º) O ato atacado consiste na decisão deste Juízo que indeferiu o pedido da CEF para determinar que os agravados efetivem depósito de bens anteriormente adjudicados pela agravante.

2º) Os fundamentos que levaram este Juízo ao indeferimento da liminar pleiteada estão assim expressos na decisão recorrida:

'1) Indefiro o pedido de fls. 72/73, eis que foi a própria CEF quem preferiu arrematar os bens.

2) Antes do leilão, deveria ter se inteirado da situação dos bens.

3) I. o depositário para, em 05 (cinco) dias, entregar os 07 (sete) contêineres de couro, sob pena de prisão'.

3º) A própria CEF, em petição de fls. 60, justificou lance dado à adjudicação, conforme se depreende:

'De fato, como os bens praxeados são de difícil alienação dado as suas naturezas (bens que interessam apenas a possuidores de curtumes de couro), além de contemplarem hoje alterações na sua conservação, mormente pela utilização que lhes vem sendo imposta, e, até, em virtude do lapso temporal que transcorreu da data de suas avaliações até a data das efetivas arrematações;

tomou esta exeqüente a iniciativa de verificar os seus atuais valores de mercado, o que foi realizado mediante avaliação realizada in loco (de tal avaliação foi gerado o documento ora anexado que aconselha os valores oferecidos por esta Empresa Pública);

pelo que os lances ofertados não podem ser considerados como preço vil'.

4º) Eram estas as informações que me cabia prestar a Vossa Excelência, ao tempo em que me coloco à disposição para eventuais esclarecimentos posteriores.

5º) Informo, ainda, que não houve feriado municipal desde quando exarada a decisão, ocorrendo apenas a suspensão dos prazos processuais entre os dias 17 a 21 de maio de 1999, em face da mudança da nova sede da Justiça Federal de Campina Grande.

6º) Por fim, informo que a agravante cumpriu o que determina o art. 526 do CPC".

Entendo correta a solução praticada na primeira instância.

A CEF exercitou, de moto próprio, a faculdade de arrematar em hasta pública os bens que depois insiste em rejeitar.

É de natural inferência que entre os procedimentos então percorridos pela instituição necessariamente se incluíam os pertinentes à vistoria prévia do material adquirido. Trata-se de providência assecuratória de que se arrematem exatamente as coisas que se pensa fazê-lo, e não algo que a ação do tempo e/ou das intempéries se tenha encarregado de reduzir a restos imprestáveis.

Tal realidade, se a ninguém deixa de ser evidentemente válida para todo e qualquer particular, com mais razão assume caráter inafastável quando está envolvido recurso público, inenunciável a incursões de disponibilidade ante a titularidade idealmente anônima e difusa.

Ora, arrematados os bens, por que somente em etapa subsequente veio a Caixa a dar-se conta do estado sofrível das máquinas?

A questão, conquanto essencialmente carregada de contradições em face dos imperativos que norteiam a atuação do gestor do Erário, não guarda em seu bojo contornos de ineditismo, como se percebe no cotejo das ementas que passo a expor:

"Processual Civil - Agravo de instrumento - Impossibilidade de complementação do bem penhorado e arrematado por acessórios não especificados no auto de penhora.

I - Impossibilidade de onerar o depositário com a complementação de acessórios do bem arrematado, não descritos no auto de penhora.

II - Ao arrematante cabe diligenciar no sentido de verificar o estado do bem antes da aquisição.

III - Agravo improvido".

(AGTR 2251/SP, TRF-3ª Região, Rel. Juíza Ana Scartezini, j. em 10.06.92, DOE de 03.08.92, p. 202).

"Civil - Leilão - Arrematação - Exclusão da lide - Justiça comum.

I - Manifestando o INSS, de forma expressa, o seu desinteresse na lide, a competência para o processo e julgamento da causa passa à Justiça do Estado.

II - Como participante do leilão, deve o arrematante informar-se sobre as condições do bem que deseja arrematar.

III - Recurso improvido".

(AC 1881/PJ, TRF-2ª Região, Rel. Juiz Carreira Alvim, j. em 16.08.95, DJ de 21.11.95, p. 80. Os originais não contêm grifos).

Dessarte, demonstrado o acerto do decisum objurgado, nego provimento ao presente agravo de instrumento.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 21.688-PE

Relator: O SR. JUIZ **NEREU SANTOS**

Agravante: COMERCIAL O ESPIGÃO LTDA.

Agravada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogados: DRS. LEANDRO DE ALBUQUERQUE MENEZES E OUTRO (AGRTE.) E ANTONIO HENRIQUE FREIRE GUERRA E OUTROS (AGRDA.)

EMENTA:

Processual Civil. Execução por carta precatória. Interesse da Caixa Econômica Federal. Competência para apreciar sentença prolatada em embargos à arrematação pelo juízo estadual deprecado. Precedentes jurisprudenciais do eg. Superior Tribunal de Justiça.

- A eg. Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça já decidiu que na execução por

carta, promovida por empresa pública federal, o juízo estadual deprecado não exerce função federal delegada. (CC 10391/PR; CC 18636/PI).

- Se os embargos à arrematação foram julgados pelo juízo estadual deprecado, a apreciação do recurso de apelação compete ao Tribunal de Justiça do Estado ao qual vinculado aquele juízo. Precedentes jurisprudenciais do eg. Superior Tribunal de Justiça.
- Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 23 de março de 2000 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: Comercial O Espigão Ltda. interpõe o presente agravo de instrumento contra decisão da lavra do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Goiana-PE que, nos autos de embargos à arrematação apensados à carta precatória oriunda de processo de execução em tramitação na 5ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, indeferiu o pedido de remessa dos autos ao eg. Tribunal de Justiça de Pernambuco, determinando o envio do processo a esta Corte Regional, que entendeu competente para apreciar o recurso de apelação.

Alega a agravante que foi interposto agravo de instrumento contra a decisão que avaliou o bem penhorado, o qual foi julgado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, motivo pelo qual entende competente para julgar a apelação interposta contra sentença dos embargos à arrematação aquela Corte de Justiça.

Deferi o pedido de efeito suspensivo ao agravo (fls. 31/33).

Sem contraminuta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): Trata-se de execução por carta precatória expedida pelo Juízo da 5ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco para o Juízo da 1ª Vara da Comarca de Goiana, neste Estado, na qual foram interpostos embargos à arrematação, processados e julgados pelo juízo deprecado.

Entendeu o eminente Juiz de Direito incidir na espécie a norma do art. 747 do Código de Processo Civil, para a qual compete ao juízo deprecado o julgamento dos embargos que versem unicamente sobre vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens.

E, ainda, o teor da Súmula 46 do eg. Superior Tribunal de Justiça, verbis:

"Na execução por carta, os embargos do devedor serão decididos no juízo deprecante, salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos de penhora, avaliação ou alienação dos bens".

Pois bem, os embargos à arrematação opostos com alegação de vício ou defeito na alienação do bem foram julgados pelo Juiz de Direito, tendo a ora agravante interposto apelação contra a referida sentença.

Assim, prolatada a sentença dos embargos pelo Juiz Estadual, a questão a saber é se seria competente esta Corte Regional, como entendeu a decisão requestada, para o julgamento da apelação interposta contra o decisum emanado do juízo deprecado.

De início cabe questionar, considerando que no caso concreto figura como exequente empresa pública federal, se o juízo estadual deprecado exerce competência federal delegada.

O col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 99.258/RS, analisando a questão à luz da Carta Constitucional de 1967, assim decidiu:

"Caixa Econômica Federal. Execução. Precatória. Embargos do devedor. CF, art. 125, I. - Sendo a autora empresa pública federal, é competente para o feito a Justiça Federal, nos termos do art. 125, I, da Constituição;

é incabível a reserva de competência ao juízo deprecado, por carta, para julgar os embargos à penhora, perante ele opostos, quando não seja órgão da Justiça Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido". (Relator Min. Rafael Mayer, DJU 17.06.83). Na esteira desse entendimento, a Segunda Seção do col. Superior Tribunal de Justiça decidiu:

"Competência. Execução por carta. Embargos à arrematação em que figura no pólo passivo empresa pública federal. Competência do juiz federal deprecante.

Não exercendo o Juiz Estadual deprecado parcela da jurisdição federal, toca-lhe tão-somente cumprir a precatória, cabendo a solução dos embargos ao juízo federal deprecante (art. 109, inc. I, da CF)". (CC 18636/PI, Min. Barros Monteiro, DJU 17.11.97) Assim, assentado o entendimento de que o juízo estadual deprecado não exerce função federal delegada quando está cumprindo uma precatória expedida por Vara da Justiça Federal, resta perquirir quanto à competência para apreciar a sentença proferida neste caso pelo Juiz de Direito.

Trago à lume decisão da Segunda Seção do col. Superior Tribunal de Justiça, que entendo ter elucidado a questão, assim ementada:

"Conflito de competência. Execução por precatória. Caixa Econômica Federal. Embargos do devedor.

1. A competência para julgar os embargos de devedor opostos a execução promovida pela CEF contra penhora efetivada através de carta precatória é do Juízo Federal deprecante.

2. O Juízo Estadual deprecado não exerce função jurisdicional federal delegada; por isso, se eventualmente proferir sentença, julgando os embargos, a competência recursal de seu ato é do Tribunal Estadual.

3. Conflito conhecido e declarada a competência do Tribunal Estadual". (CC 10391/PR, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j. 08.03.95).

Destaco, por oportuno, do voto do eminente Relator Ministro Rui Rosado, o seguinte:

"Trata-se, na espécie, de execução promovida pela Caixa Econômica Federal perante a Justiça Federal, com deprecado ao Juízo Estadual, que, por isso, não passa a exercer parcela da jurisdição federal, nem seus atos estão submetidos à reapreciação recursal do Tribunal Regional Federal. Em tal hipótese, toca ao juízo estadual cumprir a precatória, cabendo a solução dos embargos ao juízo federal deprecante, sendo nula a sentença proferida pelo juízo estadual, por incompetência *rafione personae*. Mas ao Tribunal Estadual, provocado através de recurso, como aconteceu no caso, onde foi interposto agravo de instrumento, caberá proferir tal julgamento, anulando os atos de decisão e enviando ao juízo federal competente".

No caso concreto, assim, embora entenda que o juízo estadual deprecado não poderia sentenciar os embargos opostos à arrematação, a competência para apreciar o apelo interposto daquele decisum é do Tribunal de Justiça de Pernambuco, ao qual vinculado aquele juízo.

Com estas considerações, dou provimento ao agravo de instrumento para, assim, determinar a remessa dos autos da apelação cível interposta contra os embargos à arrematação julgados pelo juízo estadual deprecado ao eg. Tribunal de Justiça do Estado

de Pernambuco, a quem cabe processá-la e julgá-la.
É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 21.751-SE

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**

Agravante: ELIAS FONTES MONTALVÃO

Agravada:UNIÃO

Advogado: DR. JOSÉ ROLLEMBERG LEITE NETO (AGRTE.)

Rep. Jud.: DRS. TEREZA CRISTINA VIANA COSTA CARVALHO E OUTROS

EMENTA:

Agravo de instrumento. Infrações de trânsito. Notificação. Prazo. Lei nº 9.503, de 23.09.97 (Código de Trânsito Brasileiro), art. 281, parágrafo único, II. Infrações cometidas em 04.07.98.

Notificações processadas em 06.10.98, mais de 90 (noventa) dias depois.

"O auto de infração será arquivado e seu registro julgado insubsistente: I - (...); II - se, no prazo máximo de sessenta dias, não for expedida a notificação da autuação" - Lei nº 9.503, de 23.09.97 (Código de Trânsito Brasileiro), art. 281, parágrafo único, II.

Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 16 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: A pretensão apresentada em primeiro grau consistia em que se concedesse ao autor antecipação de tutela a fim de eximi-lo da responsabilidade por infrações ao Código Nacional de Trânsito (Lei nº 9.602/98) praticadas com a utilização irregular de veículo automotor que outrora lhe pertencera, mas já há algum tempo vendido.

O pleito foi indeferido pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Sergipe, ao fundamento de que a só comunicação ao DETRAN acerca da operação não basta, à míngua do fornecimento de dados do adquirente.

Esclarece o agravante que, além de serem indevidas as multas e a pontuação no sistema de perda da habilitação, foram enviadas as notificações a sua residência a destempo, de sorte a anulá-las. No particular, admite haver a autoridade dado ciência de logo ao condutor, mas não ao proprietário, condição, embora erroneamente, a ele, recorrente, atribuída.

Junta os documentos de fls. 12/39.

A União, na contraminuta, salienta reechar quanto à irreversibilidade de uma eventual decisão favorável ao autor - fls. 45/45.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MIEIRA (Relator): O pronunciamento vergastado está assim redigido:

"Elias Fontes Montalvão, qualificado na inicial de fls. 02, propõe a presente ação ordinária anulatória contra a União Federal, com pedido de antecipação de tutela, para que a ré abstenha-se de praticar atos relativos às sanções consignadas nos autos de infração que indica.

Alega que, em outubro de 1998, recebeu notificações do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, em razão de faltas cometidas às 17:

00 horas, do dia 14.07.98, por Altino Alves Dantas, na direção do Chevette branco, placa BA 0649, que o autor já havia alienado, desde 1994.

O autor, embora houvesse comunicado ao DETRAN a alienação, não informa a quem vendeu o seu veículo, nem apresenta prova da venda. Sequer informa o nome do comprador, faltando, assim, a verossimilhança para o deferimento da antecipação da tutela.

A comunicação ao DETRAN é só de bloqueio de transação, sem nada esclarecer sobre o comprador.

Desse modo, indefiro a antecipação da tutela.

Intime-se.

Após, cite-se a ré" (fls. 38).

Um dos fundamentos em que se embasa o recurso remete à inexistência de responsabilidade do ex-proprietário pelas infrações praticadas após a alienação do veículo.

Não obstante a receptividade jurisprudencial à tese, o exame da questão é impertinente na espécie, uma vez que a referida operação de transferência não restou documentalmente comprovada nos autos.

A outra alegação reporta-se a que o prazo de notificação das infrações não foi respeitado, invocando o agravante os termos do art. 281, parágrafo único, II, da Lei 9.503, de 23.09.97 (Código de Trânsito Brasileiro).

Argumenta que os documentos trazidos aos autos demonstram a intempestividade da notificação, pelo que deveriam os registros de infração "ter sido abortados dentro da própria esfera administrativa", já que não basta a cientificação ao condutor, sendo indispensável a comunicação ao proprietário em tempo hábil.

Diz o recorrente ali consignar-se o interregno de 30 (trinta) dias. A redação atual dos dispositivos, contudo, é a seguinte:

"Art. 281. A autoridade de trânsito, na esfera da competência estabelecida neste Código e dentro de sua circunscrição, julgará a consistência do auto de infração e aplicará a penalidade cabível. Parágrafo único. O auto de infração será arquivado e seu registro julgado insubsistente:

I - se considerado inconsistente ou irregular;

II - se, no prazo máximo de sessenta dias, não for expedida a notificação da autuação.

Art. 282. Aplicada a penalidade, será expedida notificação ao proprietário do veículo ou ao infrator, por remessa postal ou por qualquer outro meio tecnológico hábil, que assegure a ciência da imposição da penalidade.

(...)

§ 3º. Sempre que a penalidade de multa for imposta a condutor, à exceção daquela de que trata o § 1º do artigo 259, a notificação será encaminhada ao proprietário do veículo, responsável pelo seu pagamento".

Vislumbro a presença do requisito da verossimilhança. Constatam nos autos cópias dos autos de infração, com intimações ao condutor, Altino Alves Dantas (fls. 24/27), autuações ocorridas em 04.07.98. Entretanto, as notificações encaminhadas ao agravante somente foram processadas em 06.10.98, conforme se pode verificar nos documentos de fls. 28/31.

Desse modo, independentemente da discussão quanto à propriedade do veículo, é fora

de dúvida que era indispensável a observância do bimestre para a intimação da autuação, nos termos dos dispositivos legais suso invocados.

Vejo também delineado o requisito do periculum in mora, já que o indeferimento da medida reclamada implicaria em macular o seu prontuário de motorista com a anotação de infrações que se mostram indevidas, além de ensejar a inscrição do seu nome na dívida ativa da União, com os percalços que decorreriam da instauração de processo de execução que já se antevê sem possibilidade de êxito.

Em face do exposto, dou provimento ao presente agravo de instrumento para reformar a decisão agravada, concedendo a antecipação da tutela ora pleiteada.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 23.064-RN

Relator: O SR. JUIZ **LÁZARO GUIMARÃES**

Agravante: JOÃO BATISTA AMARANTES

Agravada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Advogados: DRS. DIONIZIO PAULO DA SILVA JÚNIOR E OUTRO (AGRTE.) E ANTONIO VIEIRA BATISTA JÚNIOR E OUTROS (AGRDA.)

EMENTA:

Sistema Financeiro de Habitação. Discussão em juízo dos reajustes do contrato de financiamento. Plano de equivalência salarial. Demonstrado interesse do mutuário em depositar os valores que entende devidos. Inscrição dos nomes nos serviços de proteção ao crédito que constitui gravame e inviabiliza a continuidade dos negócios com entidades públicas. Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 14 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que nos autos da ação ordinária revisional de contrato não concedeu a tutela antecipada requerida que visava ao depósito judicial sobre as parcelas referentes ao reajuste da casa própria de acordo com a equivalência salarial, bem como a retirada de seu nome dos serviços de proteção ao crédito (CADIN, SERASA e SPC).

Liminar concedida, fls. 34.

Agravo regimental interposto (fls. 39) e julgado improvido (fls. 48).

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): Verifica-se que os agravantes ajuizaram ação invocando a abusividade das cláusulas do contrato de financiamento. A inscrição do nome dos agravados nos registros do CADIN, SERASA e SPC constitui gravame que inviabiliza a continuidade dos negócios com entidades públicas, causando

dano irreparável que a impede de honrar as suas obrigações.

Ademais, é relevante a fundamentação baseada na necessidade de adequação do reajuste das prestações do SFH. O perigo da demora decorre da possibilidade de execução extrajudicial. Ademais, a agravante já ingressara com processo judicial visando à discussão dos índices aplicados ao imóvel, o que demonstra seu interesse na solução do litígio, com a manutenção do contrato de mútuo do sistema financeiro. Verifica-se que tal situação inviabilizaria o deferimento da execução extrajudicial, conforme entendimento desta Corte, a saber:

"Processual Civil. Medida cautelar. Ação preexistente. Mutuários do SFH.

- A preexistência de ação movida por mutuários do SFH em que se discute reajuste de prestação impede o ajuizamento de execução pelo agente financeiro.

- A citação válida torna prevento o juízo, induz lilependência e torna a coisa litigiosa (art. 219, CPC).

- Correta a decisão a quo que julgou procedente a ação cautelar face à existência dos pressupostos do periculum in mora e do fumus boni iuris.

- Precedentes desta Primeira Turma: AC 392/CE, AC 1591/CE, AC 1813/CE, AC 4306/CE, AC 4313/CE.

- Apelação improvida".

(AC 7733 - CE, Relator: Juiz Castro Meira, julgado em 22.11.90, publicado em 25.01.91).

"Processual Civil. Ação cautelar para depósito de prestações da casa própria. SFH.

Presença dos requisitos autorizadores da medida pleiteada.

- A decisão agravada que deferiu liminarmente medida cautelar promovida por mutuários do SFH, para evitar, no curso da ação principal na qual se discute o reajustamento das prestações da casa própria, que o agente financeiro adote medidas que impliquem em lesão grave e de difícil reparação, merece ser mantida, por guardar sintonia com a jurisprudência deste egrégio TRF acerca do assunto.

- Agravo a que se nega provimento".

(AGTR 452/CE, Relator: Juiz Orlando Rebouças, julgado em 20.09.90, publicado em 26.10.90).

Com essas considerações, dou provimento ao agravo.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 26.224-PE

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**

Agravante: SBOG - SOCIEDADE BRASILEIRA DE OBRAS GERAIS LTDA.

Agravado: DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS DE RODAGEM - DNER

Advogados: DRS. EDUARDO LUTZ E OUTROS (AGRTE.) E ZILMA DE ARAÚJO VIANA E OUTROS (AGRDO.)

EMENTA:

Agravo de instrumento. Licitação. Empresa vencedora. Dívidas para com o INSS e a Receita Federal. Pretensão de imediata assinatura do contrato. Incabimento.

1. Pedido de exclusão do CADIN (agravante) estranho aos limites do recurso.

2. Arguição de ilegitimidade passiva (agravada) a ser decidida no julgamento do mandado de segurança em primeiro grau. .

3. Certame licitatório desenvolvido pelo DNER e destinado a definir empresa encarregada de prestar serviços de conservação de estradas.

4. Vencedora que reúne débitos, inclusive com parcelamentos descumpridos, perante a Previdência e a Receita Federal.

5. Inviabilidade, no contexto, da pretensão de prontamente assinar o contrato.

6. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 3 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: A recorrente, vencedora em certame licitatório promovido pelo DNER - Departamento Nacional de Estradas de Rodagem para contratação de empresa habilitada a prestar serviços de conservação de estradas, impetrou, junto à Justiça Federal de primeiro grau, mandado de segurança visando à imediata assinatura do contrato.

A MMa. Juíza Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco denegou a liminar requestada, atenta à situação de devedora da impetrante perante a Previdência Social e a Receita Federal, mitigada a alegação de aparência do bom direito. Mediante o presente agravo de instrumento, postula a recorrente providência substitutiva, com o teor da que reivindicava na instância a quo.

Alega que, à época da celebração do pacto, já então de oportuna subscrição, encontrava-se limpa no CADIN, estado que somente depois se modificou em seu desfavor. Tal inovação, aliás, atribui à tradição de mau pagador do órgão aludido, de quem é credora e sempre amarga recebimentos atrasados. Antevê na seqüência lógica da resistência da Administração em firmar o contrato um agravamento de suas dificuldades, em face de vir mantendo pessoal destinado à execução das obras sobre as quais nutriria justificáveis expectativas.

Junta os documentos de fls. 8/50v.

Em adendo, a recorrente volta-se contra a própria inscrição no CADIN, elenca as condições preenchidas para atender às exigências editalícias e insiste na liminar determinação de adjudicação dos serviços.

Ordenei ao DNER abster-se, até o julgamento deste recurso, de contratar qualquer das empresas habilitadas no processo licitatório em debate (fls. 63).

Na contraminuta, o órgão queixa-se de que a repercussão de tal comando traduz-se sob a forma de concessão da medida postulada por via oblíqua, sem cotejo dos requisitos que aduz ausentes. Indica equívoco da recorrente na definição da autoridade apontada como coatora. Salienta a inviabilidade da pretensão de contratar com o Poder Público, decorrente da situação de devedora da Fazenda. Expõe militarem os requisitos da aparência do bom direito e do perigo da demora em seu favor.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): Pretende-se a reforma da decisão judicial que, no tópico específico, está assim fundamentada:

"1. Trata-se de ação de segurança impetrada pela SBOG - Sociedade Brasileira de Obras Gerais Ltda., através de advogado legalmente constituído, indicando como autoridade impetrada o Procurador Distrital da 4ª DRF do DNER, cujo objeto consiste em reconhecer que a atitude do impetrado, ao exigir a regularidade fiscal da impetrante como requisito para contratar com o Poder Público, configura abuso de poder.

Por entender, a impetrante, presentes os pressupostos legais do artigo 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, requer a concessão de medida liminar para que seja determinado à

autoridade indicada como coatora que proceda à adjudicação dos serviços, objeto da licitação pública referente ao Edital nº 350/98-04, com a assinatura imediata do referido contrato.

2. A concessão de liminar, em mandado de segurança, exige a concorrência dos dois pressupostos legais: a) a relevância do fundamento (*fumus boni iuris*); b) o perigo de um prejuízo se do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida caso, ao final, seja deferida (*periculum in mora*) (Lei nº 1.533/51, art. 7º, inciso II).

Acerca do assunto, é pacífica a jurisprudência:

'Os dois requisitos previstos no inciso II são essenciais para que possa ser concedida a medida liminar' (STF - Pleno: RTJ 91/67).

2.1. A impetrante indica como ato coator a não assinatura imediata do contrato de prestação de serviços depois de finalizado o procedimento licitatório que a considerou vencedora. Conforme noticia o documento contido às fls. 61 dos autos, a lavratura do contrato acima citado não fora efetivada em vista de encontrar-se a impetrante inadimplente perante o INSS e a Receita Federal, fato aliás por ela própria reconhecido em sua petição inicial (fls. 5), em que declara possuir débito perante o INSS e a União Federal (Imposto de Renda) e que, apesar de parcelados, encontram-se em atraso, o que ensejou a sua inscrição no CADIN.

A exigência de regularidade fiscal para a contratação com o Poder Público encontra-se estabelecida no § 3º do art. 195 da Constituição da República. Assim, não constitui abuso de poder esta exigência, o que leva a concluir que uma vez que a impetrante encontra-se em débito com a Seguridade Social está impedida de contratar com o Poder Público.

Ademais, encerrado o procedimento licitatório, a Administração não é obrigada a contratar, considerando a incidência do princípio da supremacia do interesse público que afasta a prevalência das regras de direito privado que regem os negócios jurídicos entre particulares.

Assim, ante ao dispositivo constitucional referido, inexistente *fumus boni iuris* bastante para a concessão da medida liminar pleiteada.

2.2. Dessa forma, como para a concessão de liminar exige-se a concorrência dos dois pressupostos, inexistindo *fumus boni iuris*, desnecessário se torna, por outro lado, discutir o *periculum in mora*.

2.3. Indefero, assim, a liminar requerida.

3. Intime-se a impetrante para, no prazo de dez dias e sob pena de indeferimento da inicial, tomar as seguintes providências: a) reconhecer a firma da procuração de fls. 11, sob pena de serem desconsiderados os poderes especiais, conforme o disposto na segunda parte do art. 38 do CPC; b) comprovar a regularidade de sua representação em face de o outorgante da procuração de fls 11 ser pessoa estranha à sociedade, conforme os atos constitutivos contidos nas fls. 13/17 (art. 13, inciso I, do CPC); c) indicar a autoridade responsável pelo ato atacado.

4. Após cumpridas as exigências acima indicadas, notifique-se a autoridade apontada como coatora, para as informações, em 10 (dez) dias (Lei nº 1.533/55, art. 7º, inciso I).

5. Findo o prazo, vista ao Ministério Público Federal.

6. Por fim, voltem-me os autos conclusos.

7. Publique-se.

Recife, 19 de outubro de 1999" (fls. 11/12).

Descabe, no âmbito do presente recurso, decidir sobre a exclusão do nome da agravante do CADIN, pedido pela recorrente, ou sobre a ilegitimidade ad causam do Procurador Distrital do DNER para figurar no pólo passivo da relação processual. O primeiro tema foge aos limites do agravo e o segundo será oportunamente examinado pela autoridade competente no julgamento do mandado de segurança.

Resta apenas, agora, decidir se a agravante faz jus ao deferimento da medida liminar

para que lhe sejam adjudicados os serviços objeto de licitação pública, com a pronta assinatura do referido contrato, malgrado se ache em débito com a Seguridade Social. Argumenta a postulante que deveria ter sido chamada a subscrever o pacto aludido desde março do ano em curso, quando ainda não tinha seu nome inscrito no CADIN. Além disso, alega ser credora do DNER, que vem, por seu turno, efetuando os pagamentos com atraso.

Não há como aferir-se sobre a procedência das alegações da agravante. Não está demonstrado que a falta de imediata assinatura do contrato decorreu de ato abusivo da autoridade apontada como coatora. Além disso, a empresa admite que se acha em débito com a Previdência Social, hipótese que a impede de celebrar contratos com os entes públicos, como é o caso do DNER, exigência que abrange toda a relação contratual. Em face do exposto, nego provimento ao agravo. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 11.456-CE

Relator: O SR. JUIZ **NEREU SANTOS**

Apelante: CONSTRUTORA DABLIU LTDA.

Apelados: ANTONIO PESSOA DE OLIVEIRA E UNIÃO FEDERAL

Advogados: DRS. TANIA VIANA GADELHA E OUTRO (APTE.) E ANTONIO JOSÉ SAMPAIO FERREIRA E OUTROS (APDO.)

EMENTA:

Civil e Processual Civil. Usucapião extraordinário. Terras particulares. Art. 550 do Código Civil. Apelação que pleiteia a anulação da sentença. Ausência de citação daquele em cujo nome se encontra transcrito o imóvel. Art. 942, II, do Código de Processo Civil. Terrenos confinantes de marinha. Necessidade de citação da União Federal e da parte que se diz proprietária dos imóveis em litígio.

1. Tratando-se a área confinante de terreno de marinha, obrigatória é a presença da União Federal, que deve ser citada.

2. Impõe-se a citação da parte que sustenta ser a proprietária dos terrenos em litígio, sob pena de nulidade processual.

3. Nulidade do processo. Baixa do mesmo para que o Juiz determine a citação da União Federal e da Construtora Dabliu Ltda.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, anular o processo para que o Juiz determine a citação da União Federal e da Construtora Dabliu Ltda., 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 dezembro de 1999 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: O caso é de apelação interposta pela Construtora Dabliu Ltda. contra sentença do MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, Dr. Geraldo Apoliano, hoje com assento neste eg. TRF, que julgou procedente a ação de usucapião de terras particulares ajuizada por Antonio Pessoa de Oliveira, que se diz possuidor de dois (2) terrenos, desde 1939, na localidade "Balbino", distrito de Caponga, Município de Cascavel-CE.

A União Federal, por se tratar de terreno de marinha, e o MPF foram cientificados da ação, mas não manifestaram concretamente qualquer posicionamento. Aduz, a apelante, em suma, que a sentença deve ser anulada, eis que inexistiu a citação pessoal daquele em cujo nome esteja transcrito o imóvel usucapiendo, infringindo-se, assim, os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Contra-razões oferecidas, nas quais alega o apelado, em preliminar, a intempestividade do recurso. No mérito, refuta a tese da apelação, sob a alegação de que a apelante contestou o usucapião, consoante documentação de fls. 79/87, além do imóvel que diz possuir a apelante não ser o mesmo imóvel objeto do usucapião. É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): Enfrento a preliminar de intempestividade do recurso suscitada pelo apelado nas contra-razões e vejo que a mesma não procede. Com efeito, o recurso de apelação não é intempestivo, pois interposto no último dia do prazo.

Como se vê às fls. 216, a sentença foi publicada em 14 de agosto de 1991 e a apelação foi interposta no dia 29 do mesmo mês, portanto, dentro do prazo legal de quinze dias. Rejeito a preliminar.

Quanto ao pedido de anulação da sentença formalizado no recurso de apelação, sob o pretexto de que inexistiu a citação pessoal daquele em cujo nome esteja transcrito o imóvel usucapiendo, que seria a própria Construtora Dabliu, ora apelante, é preciso examinar duas questões: 1ª) acerca da imprescindibilidade de citação pessoal daquele em cujo nome esteja transcrito o imóvel usucapiendo; 2ª) em caso positivo, como se operou a citação da apelante neste processo.

Quando ajuizada a ação, estabelecia o CPC, in verbis.

"Art. 942. O autor, expondo na inicial o fundamento do pedido e juntando a planta do imóvel, requererá:

I - a designação de audiência preliminar, a fim de justificar a posse;

II - a citação pessoal daquele em cujo nome esteja transcrito o imóvel usucapiendo, bem como dos confinantes e, por edital, dos réus ausentes, incertos e desconhecidos, observado quanto ao prazo o disposto no art. 232, item IV.

§ 1º A citação prevista no nº II deste artigo valerá para todos os atos do processo".

Como se vê, indispensável a citação.

No caso presente, a mesma não se perfez. Mas, importa indagar se a empresa, ora apelante, é réu certo para ser citada.

Alega a apelante que parte do imóvel usucapiendo está em seu nome, daí porque nulo o processo uma vez que não foi citada como determina o preceptivo legal retromencionado.

Nas contra-razões, alega o apelado que o imóvel mencionado pela apelante não é a mesmo imóvel objeto da ação, uma vez que este se encontra localizado em "Balbino", distrito de Caponga, Município de Cascavel-CE e aquele no lugar Caponga de Alagamar, Distrito de Pindoretama.

Na verdade, a empresa Construtora Dabliu foi mencionada pela primeira vez neste processo na contestação feita por um dos confinantes, Rui Caminha Barbosa Junior (fls. 69/70), quando a ação tramitou primeiramente no Juízo de Direito da Comarca de Cascavel - CE, tendo inclusive apresentado também contestação fls. 79/81), fazendo a juntada de escrituras para confirmar ser a legítima proprietária do imóvel usucapiendo. Contudo, no despacho de fls. 135/137 do em. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, para onde o processo foi distribuído ao ser encaminhado por declaração de incompetência do Juízo comarcano, foram anulados todos os atos praticados na Justiça

Estadual.

Naquele despacho, o em. Juiz determinou a citação, por mandado, dos confinantes do imóvel e daquele em cujo nome esteja o mesmo transcrito.

O art. 942, II, do CPC, anuncia citação pessoal daquele em cujo nome esteja transcrito o imóvel usucapiendo e o autor juntou certidões atestando que não consta qualquer inscrição referente a um terreno localizado no lugar Balbino, distrito de Caponga, no Município de Cascavel-CE, com as medidas e confrontações ali mencionadas.

Presume-se, naturalmente, que o imóvel a que se refere a certidão, bem como demonstrado na planta acostada aos autos, seja o imóvel usucapiendo, não constando ali qualquer referência ao domínio da empresa Construtora Dabliu.

A propósito, vejo em Theotonio Negrão, in verbis:

"Para prevenir nulidade, deve juntar certidão positiva ou negativa do registro de imóveis (RT 510/217)".

(Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 24ª ed., Malheiros Editores, p. 556).

O autor sustenta que o imóvel usucapiendo sito na localidade "Balbino", distrito de Caponga, Município de Cascavel-CE, não é o mesmo da apelante, sito no lugar Caponga de Alagamar, Distrito de Pindoretama (fls. 232 das contra-razões de recurso).

Essa questão, que denota urna necessidade de exame prévio sobre se se tratam dos mesmos imóveis, não pode ser dirimida no início da ação de usucapião, por demandar comprovação, quiçá por meio de perícias.

Ao Julgador cabe apenas verificar se na certidão anexada, relativa ao imóvel que se pretende usucapir, consta o nome do provável réu certo. Contra esse réu é que será promovida a citação.

Verifico na doutrina abalizada:

"Indicação doutrinária - Adroaldo Furtado Fabrício, Comentários ao CPC, vol. VIII, tomo III, p. 504, nº 456 - 'O artigo não faz menção à juntada de certidão do Registro de Imóveis, positiva ou negativa, relativa à transcrição do bem usucapiendo. Não é de dispensar-se, porém, essa juntada, como igualmente era praxe consagrada sob a vigência do velho Código. É de fundamental importância, inclusive do ponto de vista da identificação dos réus certos, saber-se já no limiar do processo se o bem está ou não transcrito em nome de alguém, o que só a certidão referida poderá mostrar com clareza. Quando se pode dispor desse elemento, não há por que contentar-se o juízo com a simples informação do autor.'" (Código de Processo Civil Anotado, Humberto Theodoro Júnior, Editora Forense, p. 409, 4ª edição).

Importa assentir, contudo, que, se de fato o imóvel usucapiendo pertence à empresa Construtora Dabliu, como ela alega, inclusive pondo dúvidas quanto à certidão, tratando-se, assim, de um único imóvel, o ônus da nulidade, por ausência indispensável da citação do réu certo, pesará sobre o próprio autor da ação, uma vez que a sentença não produzirá efeitos contra o detentor do domínio, com registro do imóvel no cartório competente.

Com efeito, preleciona Humberto Theodoro Júnior:

"A relação processual na ação de usucapião se aperfeiçoa com a citação de réus certos e incertos, sendo os primeiros citados pessoalmente e os últimos por edital.

I - Réus certos

Os réus certos, citados por mandado, são a pessoa em cujo nome o imóvel estiver transcrito no Registro Imobiliário e os confinantes do prédio usucapiendo (art. 942, nº II).

.....
Da falta de citação dos réus certos, ou de alguns deles, decorre a completa ineficácia do processo e a impossibilidade de a sentença atingir a plena autoridade da res iudicata. o título de propriedade do antigo dono remanescerá oponível erga omnes e a sentença será

passível de rejeição, seja em embargos à execução, seja em ação rescisória, seja em qualquer outra ação comum de feição declaratório (querela nullitatis). Uma coisa, porém, é certa:

diante da nulidade absoluta do processo, o vício da sentença subsiste, mesmo após transcorrido o prazo de propositura da ação rescisória". (Curso De Direito Processual Civil, p. 206, vol. III, Procedimentos Especiais, Editora Forense, 17ª edição).

A jurisprudência também é incisiva, nesse mesmo sentido:

"É ineficaz a sentença contra quem, tendo título registrado, não foi citado para a ação de usucapião;

poderá, em conseqüência, mover ação de reivindicação, não sendo necessário que proponha ação rescisória daquela sentença. Neste sentido:

RT 635/283, 660/84.

Também poderá mover ação de nulidade, com base no art. 486 (TFR - 3ª Turma, AC 113.898-SE, Rel. Min. José Dantas, j. 07.04.87, deram provimento, v.u., DJU 07.05.87, p. 8.240, 2ª col, em). Neste sentido:

RJTJESP 114/274, 114/360.

Por igual, o que tem título de propriedade por força de sentença em ação de usucapião não pode reivindicar do que tem título transcrito e não foi citado para esta última ação (RJTJESP 106/263 bem fundamentado)".

(Theotonio Negrão, obra suso citada, p. 556/557).

Se é verdade que a empresa Construtora Dabliu apresentou contestação (fls. 79/88), a sua participação no processo não pode ser considerada, uma vez que todos os atos praticados na Justiça Estadual foram anulados.

Constato, ainda, que, uma vez revitalizado o processo na Justiça Federal e não sendo citada a construtora apelante, na qualidade de ré certa, o autor nada fez para promover a citação da referida empresa, tudo a induzir que efetivamente entende que o imóvel usucapiendo não é aquele que a empresa alega como do seu domínio.

Por esses motivos e como a apelação visa somente à nulidade do processo, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença pelos seus próprios fundamentos.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 62.571-AL

Relator: O SR. JUIZ **NEREU SANTOS**

Apelante: MUCIO TEIXEIRA DE MENDONÇA

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogados: DRS. JOSÉ DELFIM DA MOTA BRANCO (APTE.) E EMILDO RIBEIRO DA SILVA E OUTROS (APDO.)

EMENTA:

Processual Civil. Ausência de pagamento de honorários periciais pelo autor. Necessidade de intimação pessoal da parte para a providência legal sob pena de extinção do processo com o seu arquivamento. Exegese do art. 267, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil.

1. Cabe ao juiz advertir ao autor, por meio de intimação pessoal, de acordo com o art. 267, parágrafo primeiro, do CPC, que o não pagamento dos honorários periciais ensejará a extinção do processo com o seu arquivamento.
2. Apelação provida, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento, em parte, 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, 14 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: Trata-se de ação ordinária ajuizada por Mucio Teixeira de Mendonça contra o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez, a partir de 28.04.93.

Houve deferimento do pedido de realização da perícia, formulado na inicial (fls. 38).

Proposta de honorários periciais (fls. 40).

Determinação para que o autor deposite os honorários (fls. 41).

Nova intimação para que o autor providencie o pagamento dos honorários em 05 dias (fls. 43).

Às fls. 44, consta pedido do autor no sentido de que lhe seja concedido o prazo de dez (10) dias para recolher o quantum relativo aos honorários, uma vez que o autor havia conseguido apenas a metade da verba.

Determinação para que o INSS se pronunciasse acerca do pedido do autor, em dez dias (fls. 45), renovada às fls. 50, tendo a autarquia se pronunciado por duas vezes (fls. 51v e 56v) de acordo com o requerimento do autor.

Despacho deferindo o prazo de dez dias ao autor para efetivação do depósito dos honorários (fls. 52)

Certidão cientificando que o autor, embora intimado, não tenha se manifestado acerca do despacho de fls. 52 (fls. 57).

O MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas julgou improcedente o pedido, por não ter o autor comprovado os fatos geradores de sua pretensão, mormente quando várias oportunidades lhe foram concedidas para isso.

Condenou, ainda, o autor, ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 5% sobre o valor da causa.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): Como se vê, o MM. Juiz de primeira instância julgou o pedido improcedente, por entender não terem sido provados os fatos geradores que ensejaram o direito à aposentadoria por invalidez postulada.

Observo que o pedido de perícia fora formulado na inicial, sendo deferido às fls.

A perícia não foi realizada porque o autor não depositou os honorários do expert.

Verifico, também, que o autor não litiga sob o pálio da justiça gratuita.

Entendo que, nesses casos de aposentação por invalidez nos quais se discute a ocorrência ou não desta, a perícia é imprescindível, mormente quando a lei específica prevê essa necessidade.

Com efeito, dispõe o art. 42, §1º, da Lei nº 8.112/90:

"A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança".

A questão que se agita nestes autos cinge-se, portanto, em saber se poderia o Juiz julgar o mérito da causa sem ter sido realizada a perícia por falta de pagamento dos honorários periciais.

Ora, como a perícia é imprescindível ao deslinde da questão meritória evidentemente que ela não pode ser suprimida.

Ocorre que o interesse maior na realização do ato processual é da parte autora, a quem,

no caso, cabe o ônus de pagar os honorários periciais, de acordo com o art. 33 do CPC. No caso vertente, o Juiz apenas deferiu o prazo de 10 dias para o pagamento pleiteado às fls. 44, inexistindo qualquer advertência quanto ao término do processo.

E se o autor não recolhe os honorários? Na hipótese, alega-se impossibilidade material para tanto.

Neste caso, entendo que cabe ao juiz advertir o autor, por meio de intimação pessoal, de acordo com o art. 267, parágrafo primeiro, do CPC, de que o não pagamento ensejará a extinção do processo com o seu arquivamento.

Com essas considerações, dou provimento, em parte, à apelação para anular a sentença, devendo o processo prosseguir com a intimação pessoal do autor, constando a advertência mencionada, nos moldes do art. 267, parágrafo primeiro, do CPC.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 106.854-CE

Relator: O SR. JUIZ **PETRUCIO FERREIRA**

Apelante: FAZENDA NACIONAL

Apelada: FORTBOI COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.

Advogado: DR. JOSÉ ADRIANO PINTO (APDA.)

EMENTA:

Tributário. Processual Civil. Embargos à execução fiscal. Arbitramento do lucro. Art. 400 do RIR/80. Escrituração mercantil e fiscal. Presunção juris tantum. Falta de apresentação da escrita. Ocorrência de caso fortuito não comprovada. Justificação judicial. Prova pré-constituída a ser valorada no juízo de cognição da ação principal. Ausência dos autos da justificação judicial. Imprestabilidade da prova. Presunção de certeza, liquidez e exigibilidade da certidão de dívida ativa. Art. 3º da Lei 6.830/80.

1 - O lucro arbitrado, não sendo forma autônoma de apuração e sim mero critério subsidiário, é aplicável nas hipóteses de ausência de escrituração comercial e fiscal, recusa de sua apresentação ou quando a mesma contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para fixação do lucro real, ou, ainda, revelar indícios de fraude. Art. 399 e incisos do Regulamento do Imposto de Renda.

2 - Estando a empresa sujeita à tributação com base no lucro real, deve a mesma manter devidamente escriturados todos os livros comerciais e fiscais, bem como apresentá-los ao Fisco quando solicitados, não ilidindo o arbitramento do imposto o fato de manter-se toda a escrituração comercial e fiscal devidamente em dia, se tal escrituração não pode ser apresentada, mesmo em decorrência de caso fortuito, motivado pelo roubo, posto que, neste caso, deverá comprovar que não incorreu em culpa ou dolo pelo evento.

3 - Tendo a justificação judicial natureza de prova pré-constituída, deve a mesma acomodar-se tão e só aos elementos de ordem formal-processual, cuja sentença terá caráter meramente homologatório, onde o exame do seu valor probatório será reservado ao próprio juízo cognoscitivo da ação principal a que a mesma se prestou.

4 - Incumbe ao embargante o ônus da prova, no tocante à desconstituição do título executivo, face à presunção juris tantum de certeza, exigibilidade e liquidez decorrente da certidão de dívida ativa. Precedentes.

5 - In casu, não tendo a embargante trazido aos presentes autos a justificação judicial, em sua inteireza, a fim de comprovar que o desaparecimento ou o extravio da escrituração comercial e fiscal decorreu de caso fortuito, fato este que inibiria o arbitramento do lucro, ante a inexistência de provas, válido se apresenta o título executivo.

6 - Apelação e remessa oficial providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade de votos, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Juiz Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Recife, 22 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA: Cuida a hipótese de apelação interposta à sentença de fls. 65 a 73, da lavra do MM. Cid Peixoto do Amaral Neto, Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Caucaia - CE, que concluiu por julgar procedentes os presentes embargos à execução fiscal, ao fundamento de que inexistia relação fático-legal a autorizar o arbitramento do lucro, uma vez que o contribuinte apresentou justificativa, devidamente comprovada através de justificação judicial, para a não apresentação da documentação fiscal exigida pelo Fisco, documentação está que fora extraviada por motivo de caso fortuito - roubo.

Insurge-se a apelante contra a sentença, aduzindo em síntese: a) que é legal a atuação fiscal no tocante ao arbitramento do lucro, ante a impossibilidade de revisão da escrita do contribuinte, sendo tal arbitramento mero instrumento de apuração do lucro, não se constituindo em penalidade. Ademais, que as declarações de rendimentos relativas aos citados exercícios, não obstante estejam apoiadas em escrituração contábil, são apenas informações unilaterais, não fazendo prova a favor do contribuinte quando desacompanhadas da devida escrituração; b) que causa estranheza o fato do desaparecimento de todos os livros fiscais e comerciais, bem como de toda a documentação referente aos exercícios financeiros de 1984 e 1985, exatamente dos períodos em que a empresa apresentou prejuízo fiscal; c) que denota falta de cautela da empresa o fato de manter todos os livros fiscais e comerciais, juntamente com toda a documentação, fora do estabelecimento sede da empresa quando ocorreu o furto. Contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA (Relator): Trata-se de apelação interposta à sentença que concluiu por julgar procedentes os presentes embargos à execução fiscal, ao fundamento de que inexistia relação fático-legal a autorizar o arbitramento do lucro, uma vez que o contribuinte apresentou justificativa, devidamente comprovada através de justificação judicial, para a não apresentação da documentação fiscal exigida pelo Fisco, documentação está que fora extraviada por motivo de caso fortuito - roubo.

Importa registrar que objetivam os presentes embargos à execução desconstituir Certidão de Dívida Ativa, originada do auto de infração de IRPJ lavrado contra a empresa, em face da mesma ter deixado de apresentar livros e documentos de sua escrita fiscal e contábil referentes aos exercícios de 1984 e 1985, fato este que ensejou o arbitramento do lucro, com base no art. 399 do RIR/80, ao fundamento de que inexistia dispositivo legal a autorizar o arbitramento do lucro na hipótese de extravio (roubo) da escrita, após o contribuinte ter apresentado suas declarações de rendimento, sendo, portanto, nula a atuação fiscal.

Insurge-se a apelante contra a sentença, aduzindo em síntese: a) que é legal a atuação fiscal no tocante ao arbitramento do lucro, ante a impossibilidade de revisão da escrita do contribuinte, sendo tal arbitramento mero instrumento de apuração do lucro, não se constituindo em penalidade. Ademais, que as declarações de rendimentos relativas aos citados exercícios, não obstante estejam apoiadas em escrituração contábil, são apenas

informações unilaterais, não fazendo prova a favor do contribuinte quando desacompanhadas da devida escrituração; b) que causa estranheza o fato do desaparecimento de todos os livros fiscais e comerciais, bem como de toda a documentação referente aos exercícios financeiros de 1984 e 1985, exatamente dos períodos em que a empresa apresentou prejuízo fiscal; c) que denota falta de cautela da empresa o fato da mesma manter todos os livros fiscais e comerciais, juntamente com toda a documentação, fora do estabelecimento sede da empresa quando ocorreu o furto. No tocante à base de cálculo do imposto de renda, o Código Tributário Nacional, em seu artigo 44, preceitua:

"Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis".

Em consonância com tal preceito, Ives Gandra da Silva Martins, em seu Curso de Direito Tributário, 5ª edição, doutrina:

"Como regra, a base de cálculo do imposto de renda é o lucro real, determinado a partir do lucro líquido, apurado de acordo com os preceitos da lei societária, com os ajustes determinados pela lei fiscal; o lucro presumido é a base de cálculo opcionalmente utilizável por empresas que atendam a determinados requisitos legais; e o lucro arbitrado é a base de cálculo nas hipóteses em que a escrituração da empresa se revele imprestável para apuração do lucro real". (Grifo nosso).

Com efeito, coube ao legislador ordinário fixar o conceito de renda, ao instituir tributo com tal hipótese de incidência, respeitada, contudo, a limitação prevista na lei complementar (a hipótese versará, sempre, sobre acréscimos patrimoniais).

Sabe-se que a base de cálculo ascendeu a elemento essencial na definição do tributo, conforme o pioneirismo de Alfredo Augusto Becker, que ensina:

"Resumindo, o espectro atômico da hipótese de incidência da regra de tributação revela que em sua composição existe um núcleo e um, ou mais, elementos adjetivos. O núcleo é a base de cálculo e confere o gênero jurídico ao tributo.

Os elementos adjetivos são todos os demais elementos que integram a composição da hipótese de incidência. Os elementos adjetivos conferem a espécie àquele gênero jurídico de tributo".

Sobre tal doutrina, comenta Paulo de Barros Carvalho:

"Becker percebeu, com muita acuidade, a importantíssima função da base de cálculo, na intimidade existencial da proposição jurídica que institui o tributo. Da obra do jurista gaúcho, pioneira em quase todos os sentidos, até os nossos dias, vários trabalhos de conteúdo analítico foram sendo tecidos pela doutrina, em termos de oferecer um panorama altamente elucidativo sobre o assunto".

Deste modo, é certo que o legislador não pode criar uma ficção de renda e, sobre esta, ter como incidível o tributo. Contudo, não se encontra jungido a operar, como base de cálculo, apenas com o fenômeno financeiro ou econômico (ambos reais) da renda. A dicção do CTN, ao fixar as possibilidades de base de cálculo, delineou, conjuntamente com seu art. 42, o conceito jurídico-tributário de renda, que inclui a disponibilidade econômica, a disponibilidade contábil, bem como hipóteses resultantes de arbitramento ou de presunção.

O art. 400, do Regulamento do Imposto de Renda de 1980, aprovado pelo Decreto n.º 85.450/80, preceitua in verbis:

"Art. 400. A autoridade tributária fixará o lucro arbitrado em percentagem da receita bruta, quando conhecida (Decreto-lei n.º 1.648/78, artigo 8º). (...)"

Entende-se, porém, que há dois sistemas de apuração de lucro para fins de imposto de renda, quais sejam, o lucro real e o lucro presumido. O lucro arbitrado, não sendo forma autônoma de apuração, é meramente critério subsidiário, aplicável às hipóteses do art. 399 do referido Regulamento, in verbis:

"Art. 399. A autoridade tributária arbitrará o lucro da pessoa jurídica, inclusive da empresa individual equiparada, que servirá de base de cálculo do imposto, quando (Decreto-lei n.º 1.648/78, artigo 7º):

I - o contribuinte sujeito à tributação com base no lucro real não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras de que trata o artigo 172;

II - quando o contribuinte autorizado a optar pela tributação com base no lucro presumido não cumprir as obrigações acessórias relativas a sua determinação;

III - o contribuinte recusar-se a apresentar os livros ou documentos da escrituração à autoridade tributária;

IV - a escrituração mantida pelo contribuinte contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para determinar o lucro real ou presumido, ou revelar evidentes indícios de fraude;

(...)"

Além desta natureza subsidiária, que lhe permite aplicação apenas nas hipóteses em que, genericamente, não for possível a determinação exata do lucro, dessume-se, do referido dispositivo, igualmente, sua aplicação tanto ao regime do lucro real quanto do lucro presumido.

Dessarte, não há como acolherem-se argumentos dirigidos à impossibilidade de aplicação do critério do lucro arbitrado quando a empresa opere com base no lucro real.

Neste sentido, observem-se precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial nº 21.090/PE - 1ª Turma

Rel. Min. Garcia Vieira

Decisão unânime

"IR - Omissão de receita - Lucro real - Valor de 50%.

Nos termos da lei, na ocorrência de omissão de receita, será considerado lucro líquido o valor correspondente a 50% dos valores omitidos.

Recurso improvido".

Tal orientação, em verdade, advém ainda do egrégio e extinto Tribunal Federal de Recursos, conforme o aresto a seguir transcrito:

Apelação Cível n.º 3.014.070/SP - 6ª Turma

Rel. Min. Jarbas Nobre

Decisão unânime

"Execução fiscal. Imposto de renda.

Procedimento realizado pela fiscalização federal com base em vários autos de infração lavrados pela fiscalização em vista da escrituração da executada que se encontra eivada de vícios gritantes, que impossibilitam um julgamento seguro do caso tratado.

Sua anulação, para que se proceda ao lançamento arbitrado se, após exame in loco, fique constatado que a escrita da ora apelante na verdade não merece fé; sujeita-se a arbitramento do lucro a pessoa jurídica cuja escrituração contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para determinar o lucro real ou presumido, ou revelar evidentes indícios de fraude (Decreto n.º 85.450/80, art. 399, IV).

Recurso provido".

Em relação à necessidade da empresa manter escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, preceituam os arts. 156, 157, 161 e incisos e 174, § 1º, do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 85.540/80), verbis:

"Art. 157. A pessoa jurídica sujeita à tributação com base no lucro real deve manter escrituração com observância das leis comerciais e fiscais (Decreto-lei 1.598/77, artigo 7º)".

"Art. 161. A pessoa jurídica, além dos livros de contabilidade previstos em leis e regulamentos, deverá possuir (Lei 154/47, art. 2º, e Decreto-lei 1.598/77, art. 8º):

I - livro para registro de inventário;
II - livro para registro de compras;
III - livro para apuração de lucro real;
V - livro razão auxiliar em ORTN, para as pessoas jurídicas referidas no § 2º, 348.

(...)"

"Art. 174. A determinação do lucro real pelo contribuinte está sujeita à verificação pela autoridade tributária, com base no exame de livros e documentos da sua escrituração, na escrituração de outros contribuintes, em informações ou esclarecimentos do contribuinte ou de terceiros, ou em qualquer outro elemento de prova (Decreto-lei nº 1.598/77, artigo 9º).

§ 1º A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais (Decreto-lei nº 1.598/77, artigo 9º, § 1º)".

Inobstante, pela dicção da Súmula 76 do extinto TFR, no tocante ao processo tributário, consagre o princípio da prova material, exatamente ao estabelecer que "Em tema de imposto de renda, a desclassificação da escrita somente se legitima na ausência de elementos concretos que permitam a apuração do lucro real da empresa, não justificando simples atraso na escrita", não há esquecer que tal princípio há de ser aplicado em tal processo com a sabedoria necessária, no sentido de admiti-lo no máximo como princípio da verdade material aproximada, como ensinam os alemães, isto de modo não só a acomodar tal princípio com o instituto do arbitramento de lucro, que terá lugar, exatamente, na ausência de escrituração, na forma das leis comerciais e fiscais, ou, quando tal escrituração se apresentar imprestável para determinar o lucro real ou presumido, em face de conter vícios, erros ou deficiências, ou, ainda, revelar indícios de fraude, no caso ainda de recusa de apresentação de livros, documentos da escrituração à autoridade tributária, entre outras hipóteses, conforme o estabelecido no art. 399 do RIR/80, em razão exatamente da aplicabilidade do instituto do lucro arbitrado afastar a possibilidade da dúvida aproveitar ao contribuinte.

Inteligível se apresenta a questão, mesmo que de logo se mostre complexa, pois, enquanto se busca, em tese, no processo tributário-administrativo e sob certa forma judiciário, a verdade material e tem-se a militar a favor do contribuinte a presunção juris tantum da veracidade de sua escrituração comercial e tributária, poder-se-ia, em rápida conclusão, afirmar que, ausentes tais elementos de prova, se não apresentada ao Fisco uma contra-prova capaz de autorizar identifique na hipótese o lucro tributável, a não produção de tais provas, por parte do Fisco, beneficiaria o contribuinte, em uma autêntica consagração do princípio de natureza processo-penal do in dubio pro reo.

Tal, no entanto, não ocorre. É que, gozando a escrituração mercantil-contabil de presunção de verdade juris tantum, a ser elidida, pois, tão-só com uma contra-prova de peso, a ausência de tal escrituração ou a sua imprestabilidade ou, ainda, a negativa de sua apresentação, confere ao Fisco a possibilidade de arbitrar o lucro que, se, por um lado, para a sua aplicação, deve-se operar na condução do processo, principalmente o administrativo, na busca de outros elementos de prova que levem à verdade dos fatos, por outro lado, o fato de restar o próprio contribuinte inerte na procura da produção de tais provas, não pode beneficiá-lo.

Na hipótese dos presentes autos, estando a empresa sujeita à tributação com base no lucro real, deve a mesma manter devidamente escriturados todos os livros comerciais e fiscais, bem como apresentá-los ao Fisco quando solicitados, não ilidindo o arbitramento do imposto o fato de que mantém toda a escrituração comercial e fiscal devidamente em dia, se tal escrituração não possa ser apresentada, mesmo em decorrência de caso fortuito, motivada pelo roubo, posto que, neste caso, deverá comprovar que não incorreu

culpa ou dolo pelo evento.

Quanto ao extravio da escrituração de livros mercantis, preceitua o art. 10 do Decreto-lei nº 486, de 3 de março de 1969, verbis:

"Ocorrendo extravio, deterioração ou destruição de livros, fichas, documentos ou papéis de interesse da escrituração, o comerciante fará publicar em jornal de grande circulação do local de seu estabelecimento aviso concernente ao fato e deste dará minuciosa informação, dentro de quarenta e oito horas, ao órgão competente do Registro de Comércio.

Parágrafo único. A legalização de novos livros ou fichas só será providenciada depois de observado o disposto neste artigo".

É bem verdade, como se verifica de uma análise dos autos, que a empresa apelada, apesar de não cumprir o disposto no artigo supra, ajuizou justificação judicial, objetivando salvaguardar possíveis responsabilidades perante o Fisco. Tendo tal justificação judicial natureza de prova pré-constituída, há de atentar-se que sua coleta, no corpo da própria justificação, haverá de acomodar-se tão e só aos elementos de ordem formal processual, razão por que tal feito, em chegando ao seu termo, sentença outra não merecerá senão a homologatória, vale dizer, o exame do seu valor probatório será reservado ao próprio juízo cognoscitivo da ação principal a que se prestou o processo cautelar nominado de justificação.

Forçoso, pois, concluir que o puro manuseio da justificação, como instrumento de coleta de prova pré-constituída, no tocante ao alegado furto da escrituração, necessária a prova da veracidade dos elementos contábeis a serem utilizados na fixação do lucro da empresa embargante, não se apresenta por si só com força probante capaz de elidir a ocorrência de culpa ou dolo da parte da mesma empresa, no desaparecimento daquela escrituração. Tal prova necessária haveria de residir de modo convincente nos próprios embargos à execução, onde, se deduzida e revestida da necessária força probanti, poderia, só assim, contrapor a presunção juris tantum de certeza, exigibilidade e liquidez de que é munida a certidão de dívida ativa, nos precisos termos do art. 3º da Lei 6.830/80, por cujo dispositivo tem-se como certo incumbir ao embargante o ônus probandi no tocante à desconstituição do título executivo.

Neste sentido, atente-se à jurisprudência abaixo transcrita:

"Nos embargos à execução, cabe ao devedor-embargante todo o ônus da prova; a posição do credor, na execução, é especialíssima, pois para fazer valer seu direito nada tem que provar, o título executivo de que dispõe é prova cabal de seu crédito e razão bastante para levar o processo respectivo até as últimas conseqüências (Ac. unân. da 2ª Câm. do TJSC de 19.08.86, 09.09.86 e 05.03.87 nas apels. 24.937, 25.332 e 25.454, Rel. Des. Rubem Córdova; Jurisp. Cat. 54 e 55, pp. 281, 295 e 245). Alexandre de Paula, Código de Processo Civil Anotado, 6ª ed. Vol. III, p. 2987".

Observe-se, ainda, que, inobstante se utilize a justificação como elemento de prova, que será devidamente valorada pelo juízo cognoscitivo da ação principal, no caso presente, verifica-se que a apelada não trouxe aos autos dos seus embargos à execução aqueles autos da justificação judicial que, necessariamente, em sua inteireza inicial, provas colhidas e a sentença homologatória, deveria instruir os presentes embargos, inibindo, assim, com tal omissão, a apreciação de tal prova.

In casu, não se desincumbindo o embargante do ônus probandi que lhe competia, válido é o título executivo.

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

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 114.357-SE

Relatora: A SRA. JUÍZA **MARGARIDA CANTARELLI**

Apelantes: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E COMPANHIA DE SEGUROS ALIANÇA DA BAHIA

Apelado: ARMANDO ALMEIDA DOS SANTOS

Advogados: DRS. LAERT NASCIMENTO ARAÚJO E OUTROS E ROBERTO BALDO CUNHA E OUTROS (APTES.) E HERALDO ESTEVES DEDA (APDO.)

EMENTA:

Civil. Processual Civil. Contrato de mútuo. Financiamento. Casa própria. Contrato de seguro. Assinatura do contrato. Capacidade laborativa plena. Invalidez permanente posterior. Quitação do débito.

- A boa fé se presume.

- A lei não impede o juiz de ater-se ao laudo, facultando-lhe a escolha dos elementos comprobatórios para firmar sua convicção. Podendo o mesmo buscar seu convencimento no laudo e/ou nas demais provas dos autos, à luz dos mandamentos legais ensejadores do direito posto em lide.

- A preexistência de doença não macula o direito à indenização constante em contrato de seguro firmado, se por ocasião da assinatura do contrato de mútuo o devedor encontrava-se gozando de plena capacidade laboral e, só após, a doença evoluiu, tornando o mutuário permanentemente inválido.

- Apelações improvidas.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei,

Recife, 23 de março de 2000 (data do julgamento).

JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI - Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI (Relatora): Armando Almeida dos Santos propôs ação declaratória contra a CEF - Caixa Econômica Federal objetivando ver declarado por sentença o seu direito de desobrigar-se do pagamento do financiamento da casa própria, via SFH - Sistema Financeiro da Habitação. Alega que seu direito deriva da cobertura, a título indenizatório, constante do contrato de seguro celebrado quando da efetivação do financiamento, uma vez que foi aposentado por invalidez após a celebração do referido contrato de financiamento junto à CEF.

Denunciada à lide a Companhia de Seguros Aliança da Bahia.

Ao final, o MM. Juiz a quo julgou procedente o pedido contido na inicial, condenando as rés em honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da causa, além da restituição de metade das custas processuais e despesas tidas pelo autor com a perícia realizada.

Inconformada, apela a CEF, argüindo, preliminarmente, sua ilegitimidade e, no mérito, argumenta sobre a necessidade de boa-fé e veracidade das declarações nos contratos e, ainda, sobre a natureza jurídica aleatória do contrato de seguro.

Também inconformada, a Companhia de Seguros Aliança da Bahia interpôs recurso apelatório, pugnando pela apreciação prévia de agravo de instrumento por ela proposto, onde discute-se cerceamento de defesa. Preliminarmente aponta nulidade da sentença relativa à fixação dos honorários advocatícios, visto que não pleiteados na inicial. E,

ainda, aduz infringência ao artigo 131 do CPC, por ausência de fundamentação da sentença atacada.

Quanto ao mérito, argumenta sobre os limites aos riscos de seguro, salientando que não há pedido de exames de saúde nos contratos do SFH. Salienta, ainda, sobre a caracterização da invalidez temporária quando da celebração do referido contrato.

Após contra-razões, subiram os autos a esta Corte, sendo-me conclusos por força de distribuição.

Peço a inclusão do feito na pauta.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI (Relatora): A questão principal posta nos autos refere-se à validade e à aplicação do disposto no parágrafo único da cláusula contratual de nº 24 do Contrato de Mútuo, financiamento para aquisição de imóvel através do SFH, o qual restou pactuado nos seguintes termos:

"CLÁUSULA VIGÉSIMA QUARTA - COMUNICAÇÃO DO SINISTRO - O devedor declara estar ciente e, desde já, se compromete a informar a seus beneficiários que, em caso de ocorrência de sinistro de morte, os mesmos beneficiários deverão comunicar o evento à CEF, por escrito e imediatamente. O devedor declara estar ciente, ainda, de que deverá comunicar à CEF a ocorrência de sua invalidez permanente ou danos físicos no imóvel objeto deste contrato.

PARÁGRAFO ÚNICO - O devedor declara-se ciente de que, estando, na data da assinatura do contrato, incapacitado para o trabalho, em razão de acidente ou de doença, não contará com a cobertura de invalidez, se esta for resultante do acidente ou da doença que motivou a incapacidade existente na data de assinatura do referido contrato. Em virtude de o risco de morte resultar agravado, o prêmio cobrado destinar-se-á, nessa hipótese, apenas à cobertura deste risco".

Inicialmente, reporto-me ao recurso da CEF, mais precisamente à preliminar de ilegitimidade levantada. Em seu próprio recurso, a CEF afirma que somente pode dar a quitação do mútuo após receber o pagamento da seguradora. Ora, como poderia o autor ver resguardado seu direito de quitação do financiamento junto ao SFH, do qual a CEF é órgão operador, se a mesma não integrasse a lide? A questão posta nos autos não cuida apenas do pagamento da indenização pela seguradora, visa precipuamente ao desaparecimento da obrigação do pagamento, ou seja, a própria quitação do contrato. A CEF é parte legítima para integrar a lide.

No que se refere à necessidade de boa-fé e veracidade das declarações nos contratos, alegada pela CEF, ressalto que ambas se presumem, cabendo à parte contrária arcar com o ônus da prova em contrário.

Quanto à natureza jurídica aleatória do contrato de seguro, entendo que a mesma não restou maculada no caso em tela, uma vez que se pleiteia a cobertura de uma das hipóteses previstas no contrato de seguro, alheia à vontade de qualquer das partes, imprevisível, mas possível.

Por sua vez, a Companhia de Seguros, em seu recurso, argúi, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa que, como visto por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento de nº 7599 - SE, não ocorreu. Havendo apenas a requisição da intimação do perito e da sua assistente técnica para que comparecessem à audiência designada, sem, contudo, a formulação de qualquer quesito, não há que se falar na aplicação do disposto no artigo 435 do CPC.

Insurge-se também contra a condenação na verba honorária, à qual se reporta a apelante, como condenação alheia ao pedido na inicial. Saliento que os honorários integram os encargos da sucumbência, decorrentes que são da derrota sofrida pela parte

contrária. Sobre o assunto, o ilustre Theotonio Negrão, em comentário ao artigo 20 do CPC, assim menciona:

"Art. 20: 2. Embora haja desnecessidade de pedido expresso para condenação do réu em honorários, se houve pedido, esta não pode ser superior a ele, pois a isso se opõe o art. 460 do CPC (STJ - 3ª Turma, Resp. 12.585-SP, Rel. Min. Dias Trindade, j. 09.09.91, deram provimento, v.u., DJU 30.09.91, p. 13.484, 2ª col. em.)".

Assim, estando a condenação da verba honorária fixada nos termos do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, ou seja, entre o mínimo de 10% e o máximo de 20%, mantenho a verba honorária à razão de 10% sobre o valor da condenação.

Em seu recurso, a Companhia de Seguros faz menção à ausência de fundamentação na sentença, afirmando que o MM. Juiz a quo apenas empregou a interpretação literal da cláusula contratual, sem apresentação de qualquer base legal para sua decisão.

Sobre o assunto, novamente o ilustre Theotonio Negrão ensina:

"Art. 535: 17. 'O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos' (RJTJESP 115/207)".

Diante da vasta e detalhada exposição dos fatos no presente processo, o juiz firmou seu convencimento lastreado na seqüência temporal dos fatos, demonstrada na documentação acostada aos autos, bem como no laudo pericial apresentado, os quais demonstraram que se concretizou uma das hipóteses albergadas pelo contrato firmado. Ou seja, o mutuário, gozando de plena capacidade laborativa, assinou um contrato de mútuo, devidamente amparado por um contrato de seguro. Posteriormente, viu caracterizada uma situação protegida por este contrato de seguro, qual seja, a ocorrência da invalidez permanente, que o leva a fazer uso da referida apólice.

Apesar da lei dispor acerca da não obrigatoriedade do juiz ficar adstrito ao laudo pericial para formação de sua convicção, da mesma forma, também, não o impede de se ater ao mesmo laudo, facultando-lhe a escolha dos elementos comprobatórios para firmar sua convicção que pode buscar no laudo e/ou nas demais provas dos autos, à luz dos mandamentos legais ensejadores do direito posto em lide.

À luz do artigo 131 do CPC, o Juiz de primeiro grau apreciou livremente as provas carreadas aos autos, analisando os fatos apresentados, formando seu convencimento de que o contrato deve ser cumprido, na medida em que a 24ª cláusula esboçou uma hipótese de exclusão da cobertura do seguro que de fato não ocorreu. O mutuário devedor estava em plena capacidade laborativa quando assinou o contrato.

O autor assinou o referido contrato em 09.02.1990, integrando, à época, o quadro de pessoal da Delegacia do Ministério da Fazenda - SE, em efetivo exercício, desde 1º.04.1960, gozando de plena sanidade física e mental.

Juntamente com a assinatura do referido contrato de Financiamento, foi celebrado um contrato de seguro, chamado "seguro compreensivo especial", integrante da apólice habitacional, emitida pela seguradora em favor dos agentes do SFH e de seus mutuários.

Na cláusula quarta, alínea a, do contrato de seguro, consta como objeto do seguro a quitação, total ou parcial, do saldo devedor dos financiamentos, bem como o relativo às promessas de financiamento, concedidos a pessoas físicas seguradas, nos casos de morte e de invalidez permanente. Por sua vez, quando trata das condições particulares para os riscos de morte e de invalidez permanente (Título II), na cláusula 1ª (definição dos segurados), subitem 1.3 (fls. 21), onde consta os que não serão admitidos como segurados, nada consta a respeito da saúde dos mesmos.

Na cláusula quarta (riscos excluídos), subitens 4.2 e 4.3, lê-se, respectivamente:

"4.2 Os casos de invalidez permanente resultantes de invalidez temporária comprovadamente existentes à data da caracterização das operações definidas no item

1.1 da cláusula 1ª destas condições.

4.3 Nos casos em que o segurado se encontra em gozo de benefício previdenciário correspondente a invalidez temporária, quando da contratação da operação com o Financiador, considerar-se-á coberto apenas o risco de morte, sendo, então, calculado o prêmio mediante a aplicação da taxa de 0.04143% sobre a importância segurada, em virtude da agravação do risco".

Destaco que o autor, por ocasião da contratação com o Financiador, não gozava de nenhum benefício previdenciário correspondente à invalidez temporária, afastada, portanto, a hipótese prevista no supracitado subitem 4.3.

E, ainda, que a própria legislação previdenciária (Lei nº 8.213/91, artigo 42, § 2º), ao tratar da concessão da aposentadoria por invalidez, dispõe que a doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Assim, temos que, para a própria concessão da aposentadoria por invalidez, há a previsão de que uma doença preexistente em um segurado capaz pode agravar-se e torná-lo incapaz, Situação essa possível, entretanto, imprevisível.

Saliento que as cláusulas e condições dos seguros previstos na apólice são estipuladas pelo BNH, órgão competente para aprová-las consoante a Lei 4.380/64, c/c Decreto nº 72.512/73, ambos em pleno vigor quando da assinatura do contrato de financiamento em questão.

Não pode a seguradora, após a ocorrência de um dos sinistros previstos, querer eximir-se da responsabilidade que lhe cabe, alegando que deveria ter exigido esta ou aquela documentação. Com certeza, a natureza aleatória do contrato de seguro não alberga este tipo de álea. O contrato de seguro foi firmado, mediante apresentação de documentação específica e predeterminada, enumerando-se condições, requisitos e hipóteses bem definidas. Não há que se falar em deficiência de documentação a posteriori.

A apólice limitou e particularizou os riscos do seguro, um dos sinistros previstos ocorreu, daí cabe à seguradora responder pelo risco que cobriu.

Quanto à previsibilidade da doença que incapacitou o devedor após a assinatura do contrato, saliento, apenas, que a morte, outro sinistro coberto pelo contrato de seguro, é igualmente previsível. É não só para o contratante, como para todos nós e, apesar deste fato, não podemos nos eximir dos nossos deveres e obrigações, nem tampouco renunciar aos nossos direitos.

Diante do exposto, nego provimento aos apelos, mantendo a sentença recorrida, pelos seus próprios fundamentos.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 123.700-CE

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**

Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC

Apelado: PICHAI CHUMVICHITRA

Advogados: DRS. FRANCISCO EVERARDO CARVALHO CIRINO E OUTROS (APTE.) E MARLENE LIMA DE ALBUQUERQUE (APDO.)

EMENTA:

Administrativo e Constitucional. Ensino superior. Concurso público para provimento de cargo de Professor Adjunto. Candidato estrangeiro. Proibição. Impossibilidade.

1. A proibição constante do art. 37, I, da Constituição Federal, com a redação anterior à Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, vigente à época da propositura da presente ação, deve ser interpretada sistematicamente com as demais regras constitucionais,

principalmente com o art. 5º, caput, que garante igualdade de direitos aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País.

2. A proibição em apreço deve ser interpretada no sentido de que o estrangeiro não pode fazer parte da Administração Pública na condição de dirigente, de administrador. Infere-se daí que o estrangeiro pode ser professor de uma universidade, mas não seu reitor.

3. No presente caso, não deve prevalecer a restrição contida no art. 5º, I, da Lei nº 8.112/90 e no Edital nº 102/91.

4. Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 23 de novembro de 1999 (data do julgamento).

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Trata-se de remessa oficial tida por interposta e de apelação da UFC - Universidade Federal do Ceará contra sentença que julgou procedente ação ordinária movida por Pichai Chumvichitra, onde pleiteia seja tornada definitiva a liminar concedida em sede de cautelar, para o fim de ser reconhecido o direito de inscrever-se no concurso público para provimento de cargo de Professor Adjunto da apelante, não obstante ser ele de nacionalidade estrangeira.

O MM, Juiz a quo julgou procedente o pedido.

Irresignada, apela a UFC - Universidade Federal do Ceará, sustentando, resumidamente, que:

1) sendo o apelado de nacionalidade tailandesa e ainda não tendo sido naturalizado brasileiro, fica impedido de se inscrever no concurso em questão, uma vez que a o art. 5º, I, da Lei nº 8.112/90 estabelece a nacionalidade brasileira como um dos requisitos básicos para à investidura em cargo público;

2) o Edital nº 102/91 é taxativo ao estabelecer que "poderá inscrever-se brasileiro ...".

Contra-razões não apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): Trata-se de remessa oficial tida por interposta e de apelação da UFC - Universidade Federal do Ceará contra sentença que julgou procedente ação ordinária movida por Pichai Chumvichitra, onde pleiteia seja tornada definitiva a liminar concedida em sede de cautelar, para o fim de ser reconhecido o direito de inscrever-se no concurso público para provimento de cargo de Professor Adjunto da apelante, não obstante ser ele de nacionalidade estrangeira.

A proibição constante do art. 37, I, da Constituição Federal, com a redação anterior à Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, vigente à época da propositura da presente ação, deve ser interpretada sistematicamente com as demais regras constitucionais, principalmente com o art. 5º, caput, que garante igualdade de direitos aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País. Como bem ressaltado pelo MM. Juiz a quo, é o princípio geral da igualdade entre brasileiros e estrangeiros que deve orientar o intérprete

na exegese das disposições específicas.

As disposições constitucionais inerentes à educação obedecem a regras específicas, dentre as quais a da autonomia didático-científica das universidades, o que teria o condão de permitir a contratação de professor estrangeiro.

A proibição em apreço deve ser interpretada no sentido de que o estrangeiro não pode fazer parte da Administração Pública na condição de dirigente, de administrador. Infere-se daí que o estrangeiro deve ser professor de uma universidade, mas não seu reitor.

Nesse sentido, veja-se os ensinamentos de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho ("Possibilidade de Contratação de Professor Estrangeiro por Universidade Pública", in Boletim de Direito Administrativo, junho/93, p. 343):

"De conseqüência, a restrição imposta pelo art. 37, I, deve ser vista com muita cautela. É por este motivo que se deve vislumbrar a limitação aos brasileiros de acesso aos cargos, empregos e funções, no que tange apenas ao capítulo da Administração Pública, onde há a prática de atos jurídicos de natureza administrativa. Na realidade, o professor e pesquisador, enquanto tais, não são gestores de bens nem participam da formação ou expressão da vontade do Estado. Destarte, é possível que um estrangeiro ocupe cargo, emprego ou função pública na área do magistério, desde que se limite a ministrar aulas e realizar pesquisas, nunca assumindo cargo ou função de natureza administrativa, v.g., direção de Universidade ou Departamento. Tanto é correta esta idéia que Dalmo de Abreu Dallari chega a afirmar que 'as aulas e pesquisas não podem receber o tratamento jurídico a que ficam sujeitos os atos da Administração Pública. Realmente, estes estão sujeitos, p. ex., à revogação, e não tem qualquer sentido falar na "revogação de uma aula". (...) Em conclusão, tendo em conta que interpretação das normas que limitam direitos deve ser, sempre, restritiva, e não extensiva, (...) pode-se afirmar que a restrição do inc. I do art. 37 da Constituição Brasileira só atinge os agentes da Administração Pública' (Dalmo de Abreu Dallari, "Professores Estrangeiros", in RDP, 1991, nº 97, p. 142)".

Nesse sentido já decidiu esse egrégio Tribunal:

"Administrativo. Ensino superior. Professor estrangeiro. Contratação. Permissão. Arts. 37, I, e 207, § 1º, CF. Lei 8.745, de 09.12.1993.

1. A proibição ínsita no inc. I, do art. 37, volta-se exclusivamente para o campo da Administração Pública, não atingindo a contratação de estrangeiro para o cargo de professor universitário. Tanto que a Lei 8.745, embora voltada para atender o inc. IX, do referido art. 37, catalogou a admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro como uma situação de necessidade temporária de excepcional interesse público, numa prova evidente que o empeco nunca existiu. O § 1º do art. 207 da Carta Magna, ao facultar às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, consagrou a permissão que já era evidente, dada a impossibilidade de se transplantar para a educação todos os princípios inerentes à Administração Pública, entre os quais se situa o encastelado no inc. I do art. 37.

2. O ato administrativo que cessa o contrato de professor de origem estrangeira, alcançado por força de concurso público, sob a bandeira de ferir o inc. I do art. 37 do Código Supremo, vulnera o princípio da legalidade, merecendo ser reformado.

3. Apelação improvida".

(AC nº 106.707/PE, Rel. Juiz Vladimir Carvalho - Convocado, Primeira Turma, julg. 20.03.1997).

Conclui-se, assim, que no presente caso não deve prevalecer a restrição contida no Edital nº 102/91 e no art. 5º, I, da Lei nº 8.112/90.

Por todo o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelada: FRANCARGAS SERVIÇOS E LOCAÇÕES DE MÃO DE OBRA LTDA.

Advogados: DRS. ANASTÁCIO JORGE MATOS DE S. MARINHO E OUTRO (APDA.)

EMENTA:

Administrativo e Trabalhista. Intermediação de mão-de obra. Carregamento de caminhões fora da área do porto. Serviço que não se constitui no objeto da empresa tomadora. Licitude.

1. Lícita é a contratação de empresa prestadora de serviço para a realização de atividade-meio da empresa tomadora (Súmula nº 331 do TST). O carregamento de caminhões para escoamento de produção industrial da empresa tomadora fora da área portuária não viola a CLT nem as Leis nºs 6.019/74 e 8.630/93.

2. Apelação e remessa improvidas.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 23 de novembro de 1999 (data do julgamento).

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Trata-se de ação declaratória proposta pela Francargas Serviços e Locações de Mão de Obra Ltda. contra a União. Explana que estava a prestar serviço de carregamento de caminhões nas dependências de uma indústria quando foi advertida pela Delegacia Regional do Trabalho - DRT de que não poderia exercer esta atividade, a qual estaria, por reserva de mercado, restrita ao Sindicato de Arrumadores de Fortaleza.

Alega a autora que o Enunciado 331 do TST admite a contratação de prestadora de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, o que seria o caso dos autos. Aduz que a reserva de mercado de mão-de-obra por sindicato restringe-se aos serviços portuários. Pugna que a inibição imposta pela DRT configurou violação aos princípios constitucionais da livre empresa, da liberdade de trabalho, da isonomia e da legalidade. Requer declaração que lhe assegure estes direitos constitucionais e a inexistência de relação jurídica que subordine sua atividade econômica aos entendimentos da DRT.

Pedido julgado procedente com base na Súmula 331 do TST.

Apela a União, transcrevendo relatório do fiscal da DRT que se esteia em parecer do consultor jurídico desta repartição. Tal parecer afirma que a mão-de-obra para movimentação de mercadorias fora da área portuária deve ser feita pelos empregados da empresa ou por trabalhadores dos sindicatos do 4º Grupo de Trabalhadores no Comércio Armazenador. Pugna que só quando não houver nenhuma destas opções é que poder-se-ia contratar empresa prestadora de serviço, fundamentando-se na Lei 6.019/74. É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): A autora é empresa de prestação de serviço e locação de mão-de-obra. Foi contratada por uma indústria para, em suas dependências, prestar o serviço de carregar caminhões para o escoamento de sua produção. A atividade-fim da empresa contratante é produzir o bem a que se propõe, sendo o escoamento deste, inclusive o seu carregamento nos meios de transporte, uma atividade-meio.

Assim dispõe o enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho:

"Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Revisão do Enunciado 256.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei 6.019/74).

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com órgãos da Administração Pública Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da CF/88).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial".

Como bem concluiu o MM. Juiz a quo, a contratação da empresa autora, in casu, não se configurou em atividade ilícita, uma vez que foi para a realização de serviço que não se consubstancia em objeto da empresa tomadora.

Por outro lado, o argumento de que a atividade em apreço estaria a violar a Lei nº 6.019/74 não procede. Também não foi infringido nenhum dispositivo da Lei nº 8.630/93, que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, uma vez que a referida prestação de serviço se realizou fora da área do porto. Tampouco foi contrariado qualquer artigo da CLT.

Destarte, descabida seria a autuação, por fiscais da DRT, da empresa prestadora ou da empresa tomadora de serviço, no que tange à atividade de carregamento de caminhões para indústrias fora da área do porto, tal como acima analisado.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 128.446-RN

Relator: O SR. JUIZ **GERALDO APOLIANO**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA

Apelados: UBIRAJARA FERREIRA DA SILVA E OUTROS

Advogados: DRS. OTHILIA BAPTISTA MELO DE SAMPAIO E OUTROS (APTE.) E MÁRCIA REGINA MARQUES DOS SANTOS (APDOS.)

EMENTA:

Administrativo. Desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária. Valor da terra nua fixado em confronto com os dados da perícia judicial. Necessidade de fundamentação da sentença. Divergência do laudo do INCRA com o laudo oficial. Redução do percentual dos juros compensatórios para 6% (seis por cento), por força da Medida Provisória 1.774-26/99. Incidência sobre a totalidade da condenação. Honorários advocatícios incidentes sobre a diferença entre o preço ofertado e o valor da indenização. Julgamento ultra petita em relação à desapropriação do total da área remanescente do

imóvel. Ausência de perícia judicial na parte da área remanescente desapropriada. Impossibilidade de fixação da indenização justa. Nulidade parcial da sentença.

1. No sistema da livre apreciação das provas, é certo que o Magistrado não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar o seu convencimento por outros meios probatórios existentes nos autos, desde que fundamente os motivos da sua convicção (art. 436, Código de Processo Civil, c/c o art 93, IX, da Carta Magna); em tendo o Juiz sentenciante fixado o hectare da terra nua em valor muito superior ao encontrado pelo Experto Judicial, levando em conta fatores não corroborados no respectivo laudo, deve tal valor ser reduzido para se adequar ao mesmo, mormente quando não haja indicações de que tenha sido realizado em desacordo com as regras que regulam a elaboração das perícias judiciais, nem de que o Vistor tenha deixado de respeitar a necessária equidistância no respeitante aos interesses em confronto.

2. Na hipótese de ocorrência de laudos divergentes, igualmente fundamentados, e inexistindo elementos que a comprometam, deve ser prestigiada a avaliação do perito judicial, equidistante dos interesses em litígio.

3. Os juros compensatórios têm por finalidade compensar o que o desapropriado deixou de ganhar com a perda antecipada do imóvel, ressarcir o que deixou de lucrar, visam, enfim, recompor o patrimônio perdido; incidem, por via de consequência, a partir da imissão na posse, calculados sobre o valor total da indenização corrigido monetariamente (Súmula 113/STJ).

4. Os juros moratórios, diferentemente dos compensatórios, destinam-se a ressarcir o expropriado pela mora no pagamento da indenização e contam-se a partir do trânsito em julgado da sentença, calculados sobre o valor atualizado da indenização, no percentual de 6% (seis por cento) ao ano, nos termos da Súmula 70 do egrégio STJ. Possibilidade de acumulação dos juros moratórios e compensatórios. Inteligência da Súmula nº 12/STJ.

5. O percentual a ser aplicado aos juros compensatórios é de 6% (seis por cento) ao ano, por força do disposto na Medida Provisória nº 1.774-26/99. Precedentes jurisprudenciais da 1ª e da 3ª Turma desta Corte Regional.

6. Honorários advocatícios mantidos no percentual de 10% (dez por cento), em face da não simplicidade da causa, atulhada de controvérsias, incidentes sobre a diferença entre o preço ofertado e o valor da indenização, atualizados monetariamente.

7. Julgamento ultra petita da lide, haja vista que os apelantes, quando do oferecimento da contestação, requereram a desapropriação de apenas 800 hectares da área remanescente, consoante lhes faculta o inciso II do art. 4º da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, contudo, o Juiz sentenciante condenou o INCRA na desapropriação de toda a área; anulação parcial do decisum, apenas para reduzir a área remanescente desapropriada aos termos do pedido.

8. Malgrado tenha havido condenação referente à desapropriação da área remanescente do imóvel, não há processado perícia judicial pertinente a tal área, pelo que se torna inviável a fixação da indenização justa, nos moldes insculpidos no art. 5º, inciso XXIV, da Carta Magna de 88.

9. Impossibilidade de se procrastinar a vistoria e avaliação da área remanescente do imóvel desapropriado para a fase de execução, com o fito de se aferir o respectivo preço, posto que implicaria em reabertura da instrução processual, após a fase de cognição.

10. Na ação de desapropriação, a perícia judicial reveste-se de especial importância, haja vista que versa a respeito de objeto sobre que gira todo o processo - a fixação precisa do preço do bem desapropriado.

11. Nulidade parcial da sentença que se impõe, de ofício, para que seja realizada perícia judicial na área remanescente do imóvel desapropriado (800 ha), de sorte que o justo preço do imóvel seja integralmente quantificado. Remessa dos autos ao juízo de origem. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

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 maioria, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, vencido o Juiz Nereu Santos, nos termos do relatório, voto do Juiz Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 13 de abril de 2000 (data do julgamento).

JUIZ GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO: O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA - ajuizou ação de desapropriação parcial contra Ubirajara Ferreira da Silva e sua esposa, e Joaquim José Gurgel Guerra, com espeque no Decreto de 24 de março de 1995, que declarou ser de interesse social, para fins de reforma agrária, parte do imóvel rural denominado "Canto da Ilha de Cima", com área de 2.238,1850 ha (dois mil, duzentos e trinta e oito hectares, dezoito ares e cinqüenta centiares), situado no Município de Touros, no Estado do Rio Grande do Norte.

Sustentou a autarquia, em síntese, que:

a) não obstante o imóvel objeto da presente ação ter uma área total de 3.600,0000 ha (três mil e seiscentos hectares), a área delimitada no decreto expropriatório corresponde a 2.238,1850 ha;

b) o preço ofertado, para fins de pagamento da indenização do valor da terra nua, corresponde a 4.651 Títulos da Dívida Agrária em forma escritural (TDAE), sendo 2.236 TDAE's para Ubirajara Ferreira da Silva e 2.325 TDAE's para Joaquim José Gurgel Guerra, e o valor referente ao pagamento da indenização das benfeitoras e sua cobertura natural foi de R\$ 141.082,09 (cento e quarenta e um mil, oitenta e dois reais e nove centavos), com esteio em laudo próprio.

Requeru, ante a alegação de urgência, a efetivação do depósito, bem como a imissão provisória na posse do bem e, alfim, que fosse a ação julgada procedente, decretando-se, por sentença, a desapropriação do imóvel retromencionado, com a conseqüente incorporação ao patrimônio da autarquia.

Os documentos juntados pelo INCRA repousam às fls. 8/41.

Feito o depósito, o Juízo monocrático determinou a expedição do mandado de imissão provisória de posse do bem expropriado e de averbação do ajuizamento no Cartório onde se acha registrado o mesmo.

Na contestação apresentada pela parte ré, sustentou-se, basicamente:

a) o INCRA, apesar de ter avaliado e indenizado uma área correspondente a 2.225,2703 ha (dois mil duzentos e vinte e cinco hectares, vinte e sete ares e três centiares), requereu a desapropriação e a imissão de posse de uma área de 2.238,1850 ha (dois mil duzentos e trinta e oito hectares, dezoito ares e cinqüenta centiares), portanto, superior à área que foi indenizada, pelo que restou uma área de 12,9141 ha (doze hectares, noventa e um ares e quarenta e um centiares) sem a correspondente indenização, o que vai de encontro ao mandamento insculpido na nossa Carta Magna, que prevê indenização prévia e justa (art. 184, CF/88);

b) a avaliação que serviu de amparo à peça vestibular não foi acompanhada de memorial descritivo, mas, ao contrário, fez-se de modo superficial e sem minúcias, o que comprometeu a fixação do quantum a ser reparado;

c) ao determinar o valor do imóvel desapropriado, o expropriante utilizou-se de método comparativo com outros imóveis, adaptando as características dos mesmos às do referido imóvel, o que não poderia ocorrer, haja vista que o imóvel desapropriado é sui generis, ou

seja, não possui similares pela região que possam servir-lhe de parâmetro para comparação. Por conseguinte, a avaliação justa deve se referir ao imóvel vistoriado e não a similares;

d) não merece prosperar a pesquisa de mercado realizada pelo INCRA com relação ao valor gasto com o preparo do terreno, eis que é muito inferior ao valor de mercado;

e) o expropriante efetuou uma indenização triplamente errada, pois pagou sobre uma área menor, pagou um valor menor do que o dado, alegando que a área desvalorizou por estar ocupada, o que não corresponde à verdade, uma vez que ali não há ocupação habitacional, e pagou um preço muito menor do que aquele preço real de mercado;

f) ao avaliar as benfeitorias, o órgão expropriante não levou em conta o plantio de carnaubeiras e coqueiros existente no imóvel desapropriado, bem como os 18.000 metros de cerca com 72.000 metros de fios de arame farpado, grampos e estacas que cercam toda a propriedade, o que denota que o valor da indenização por benfeitorias não foi justo. Pugnou-se, alfin: a) fosse o INCRA compelido a depositar o valor relativo a 12,9147 ha, desapropriados e não indenizados; b) quanto ao valor da indenização, seja realizada uma avaliação judicial; c) fosse promovida a desapropriação de mais 800 ha (oitocentos hectares) do imóvel rural já desapropriado parcialmente, haja vista que esta área não desapropriada teve prejudicada substancialmente suas condições de exploração econômica, por ser de qualidade inferior e valor inferior à parte desapropriada. A impugnação ao valor da causa (fls. 103), foi rejeitada, conforme decisão lançada às fls. 167 usque 168.

Os laudos periciais do Assistente Técnico do INCRA, do Vistor Oficial e do Assistente Técnico dos réus foram apresentados, respectivamente, às fls. 173/203, 204/229 e 233/267.

Instadas as partes a se manifestarem sobre os laudos apresentados, o expropriante se pronunciou às fls. 171/272, e os expropriados às fls. 273/275.

Razões finais apresentadas pelas partes às fls. 288/297 (expropriados), e às fls. 299/306 (INCRA).

O douto Parquet Federal se pronunciou às fls. 309/311, opinando pela prevalência do laudo pericial judicial.

Na sentença de fls. 314/322, o perillustre juiz a quo julgou procedente a desapropriação parcial do imóvel descrito na exordial, e condenou o INCRA nas seguintes verbas:

"a) pagamento de indenização em prol de Ubirajara Ferreira da Silva e Joaquim José Gurgel Guerra (à razão de 50% para cada desapropriado), pelo valor da terra nua da desapropriação parcial, no montante de R\$ 380.491,45 (trezentos e oitenta mil, quatrocentos e noventa e um reais e quarenta e cinco centavos), em Títulos da Dívida Agrária, abatidos os valores já pagos pela autarquia;

b) pagamento de indenização em prol de Ubirajara Ferreira da Silva e Joaquim José Gurgel Guerra (à razão de 50% para cada desapropriado), pelo valor das benfeitorias referentes à desapropriação parcial, no montante de R\$ 247.490,00 (duzentos e quarenta e sete mil, quatrocentos e noventa reais), em dinheiro, abatidos os valores já pagos, a este título, pelo INCRA;

c) pagamento de indenização em prol de Ubirajara Ferreira da Silva e Joaquim José Gurgel Guerra (à razão de 50% para cada desapropriado), referente ao total da área remanescente da fazenda "Canto da Ilha de Cima" identificada nos autos, sendo o valor da terra nua através de TDAs e as benfeitorias em dinheiro, tudo a ser apurado em liquidação de sentença. Transitada esta em julgado, será expedido mandado de imissão de posse do restante do imóvel em prol do INCRA".

Condenou também a expropriante a pagar juros compensatórios, incidentes desde a imissão na posse, no percentual de 12% (doze por cento) ao ano, juros moratórios à taxa de 6% (seis por cento) ao ano, a contar do trânsito em julgado da sentença, e correção

monetária, a partir do laudo até a data do efetivo pagamento. A verba honorária foi fixada em 10% (dez por cento) sobre os valores encontrados.

Inconformado, o INCRA interpôs apelação (fls. 225/345), pleiteando a reforma da sentença, sob amparo dos seguintes argumentos:

a) o douto Juiz sentenciante desprezou o Laudo de Vistoria e Avaliação, bem como o parecer do Assistente Técnico do Expropriante, sem indicar os motivos de seu convencimento, embora tenham sido elaborados com a mesma excelência técnica dos demais laudos e dentro das normas previstas pela ABNT;

b) a sentença é contraditória, pois não obstante o Magistrado tenha condenado a autarquia ao pagamento de valores quatro vezes maiores do que os ofertados na inicial, reconhece que tais valores são superiores àqueles praticados no mercado;

c) para fixar o valor da terra nua, o Juiz a quo levou em consideração a existência, no imóvel desapropriado, de eletrificação rural, vasta plantação de coqueiros e solo propício tanto para a atividade pecuária quanto para a agricultura, quando tais itens são considerados como benfeitorias, e, como tais, terão seus valores fixados separadamente, ocasionando um injustificável bis in idem;

d) a ocupação da área a ser desapropriada, por posseiros, é fator de desvalorização do imóvel, e deve ser levado em conta na fixação do valor da terra nua, com base no art. 12 da Lei nº 8.629/93, o que não foi observado no caso concreto;

e) o decisum monocrático violou a legislação ambiental vigente, ao desapropriar área remanescente do imóvel, constituída por dunas, que são consideradas de preservação permanente, de acordo com o Código Florestal brasileiro;

f) há nulidade parcial da sentença, posto que houve julgamento ultra perita em relação à condenação à desapropriação do restante do imóvel, haja vista que os expropriados, quando do oferecimento da peça contestatória, requereram a desapropriação de apenas 800 ha (oitocentos hectares) da área remanescente, mas o Juiz condenou o INCRA na desapropriação de todo o remanescente, perfazendo, aproximadamente, 1.361,815 ha (hum mil trezentos e sessenta e um hectares, oitenta e um ares e cinqüenta centiares);

g) os juros compensatórios não são devidos na desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, uma vez que a propriedade sobre a qual recai a referida desapropriação é improdutiva, e os mesmos só são devidos nos desapossamentos nos quais inexistente culpa do proprietário pela perda do imóvel, como nas desapropriações por utilidade pública;

todavia, caso se entenda que os juros compensatórios são devidos, devem ser estipulados no percentual de 6% (seis por cento) ao ano, incidentes sobre a diferença entre o valor da condenação e o valor ofertado pelo INCRA, e não no percentual de 12% (doze por cento) ao ano sobre o total da condenação, com arrimo no art. 3º da Medida Provisória nº 1.577/97;

h) os juros moratórios devem incidir somente sobre a diferença entre o total da condenação e o que foi ofertado pelo Instituto expropriante, e não sobre o total da condenação, conforme determinado na sentença;

i) as TDA's sofrem mensalmente variação positiva em seus valores, pois são corrigidas monetariamente pela TR - Taxa Referencial, incidindo também sobre o valor corrigido juros de 6% (seis por cento) ao ano, por isso, despicienda e injusta é a aplicação da correção monetária no presente caso, por configurar duplicidade de aplicação (bis in idem);

j) a verba honorária deve ser calculada sobre a diferença encontrada entre o valor da condenação e o preço ofertado em juízo, com supedâneo no art 19, parágrafo 1º, da Lei Complementar 76/93, e o seu percentual deve ser reduzido, em face do disposto no art. 20, parágrafo 3º, alínea c, do CPC.

Contra-razões pugnano pela manutenção do decisum (fls. 347/351).

O Ministério Público Federal ofertou parecer de fls. 359/366, opinando, em preliminar, pela nulidade da sentença. Acaso não aceite tal preliminar, pugna por que seja reformada a sentença vergastada, nos seguintes termos:

- a) seja reduzida para 800 ha a área remanescente a ser desapropriada, determinado-se o complemento do pagamento do preço em área de 12,9147 ha.
 - b) os acréscimos da condenação incidam sobre a diferença entre a oferta inicial e o preço da indenização;
 - c) os juros compensatórios sejam fixados em 6% (seis por cento) ao ano;
 - d) os honorários advocatícios sejam reduzidos para 5% (cinco por cento).
- É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): A controvérsia gravita em torno do valor em que foi condenado o INCRA pela desapropriação do imóvel objeto da presente ação.

O douto Magistrado singular fixou o quantum da indenização nos seguintes termos: R\$ 380.491,45 (trezentos e oitenta mil, quatrocentos e noventa e um reais e quarenta e cinco centavos) pela terra nua, à razão de 50% (cinquenta por cento) para cada desapropriado, em Títulos da Dívida Agrária, abatidos os valores já pagos pela autarquia, e R\$ 247.490,00 (duzentos e quarenta e sete mil, quatrocentos e noventa reais) pelas benfeitoras, também à razão de 50% (cinquenta por cento) para cada desapropriado, em dinheiro.

A oblação inicial do INCRA, por hectare da terra nua, foi de R\$ 93,60 (noventa e três reais e sessenta centavos);

o Assistente dos réus, por sua vez, fixou o valor de R\$ 200,00 (duzentos reais) p/ha; e o Experto Judicial estabeleceu o valor de R\$ 145,00 (cento e quarenta e cinco reais) p/ha. O Juiz monocrático, levando em conta as ponderações contidas no laudo, bem como alguns fatores que contribuiriam para o aumento do valor da terra nua, tais como a "multifertilidade do solo", o "potencial hídrico da fazenda desapropriada", além da "eletrificação rural", "vasta plantação de coqueiros", "solo propício tanto para atividade pecuária, quanto para a agricultura", e a reserva florestal, fixou o valor da terra nua em R\$ 170,00 (cento e setenta reais) p/ha, para uma área desapropriada de 2.238,1850 ha, incluindo o "saldo" de terra de 12,9147 ha, já que o preço ofertado pelo INCRA foi referente a uma área de 2.225,2703 ha.

O INCRA discorda do valor, porque entende que os mencionados fatores não poderiam influenciar no aumento do VTN, posto que o próprio laudo judicial atesta que a fazenda desapropriada possui solo com fertilidade baixa e potencial hídrico apenas razoável. Argumenta, ainda, que a eletrificação rural, a vasta plantação de coqueiros e o solo propício tanto para a pecuária quanto para a agricultura são considerados benfeitorias, e como tal já foram avaliados, sendo que, se tais valores forem mantidos no VTN, a autarquia será obrigada a pagar duas vezes pelos mesmos itens (bis in idem), o que causará prejuízos irreparáveis ao erário público.

Assiste razão à autarquia. Deveras, consoante consta no laudo elaborado pelo Vistor Oficial (confira-se às fls. 208/209), a fazenda objeto da presente desapropriação possui solo com "fertilidade natural baixa", embora possua "um razoável potencial hídrico, haja vista a pouca profundidade do lençol freático".

Em relação às potencialidades de uso do solo desapropriado, consta no laudo judicial que: "Tendo em vista as características físicas e morfológicas dos solos como também as limitações climáticas da região, pode-se dizer que, em linhas gerais, a área em estudo possui aptidão natural restrita para a agropecuária" (grifei).

Averbando o mais acendrado respeito aos posicionamentos dissonantes, seda

desarrazoado considerar tais fatores como relevantes para o aumento do valor da terra nua, uma vez que são manifestamente desfavoráveis ao imóvel desapropriado. Outrossim, no que tange à eletrificação rural e à plantação de coqueiros, não se poderia, data vênia, considerá-los na fixação do valor da terra nua, haja vista que são considerados benfeitorias, e como tais já foram avaliados pelo Experto Judicial (fls. 214/215);

acaso tais fatores fossem considerados no cálculo da terra nua, ocorreria um bis in idem quando da valoração das benfeitorias, o que ocasionaria um injustificável enriquecimento ilícito para os desapropriados, o que é juridicamente inadmissível.

Em relação à cobertura vegetal, é de se ressaltar que a mesma foi devidamente sopesada para a sugestão do valor para a justa indenização pelo Vistor Oficial (fls. 208), pelo que descabe o argumento de que a mesma não foi considerada para a fixação do valor da terra nua.

É certo que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar o seu convencimento por outros meios, desde que fundamente os motivos da sua convicção (art. 436, Código de Processo Civil, c/c o art 93, IX, da Carta Magna).

Neste sentido, o colendo Superior Tribunal de Justiça - STJ já se posicionou:

"Na livre apreciação da prova, o julgador não se acha adstrito aos laudos periciais, podendo, para o seu juízo, valer-se de outros elementos de prova existentes nos autos, inclusive de pareceres técnicos e dados oficiais sobre o tema objeto da prova, tanto mais quando, como no caso, adota conclusões de um dos laudos, com adaptações determinadas por dados científicos que se acham nos autos".

(AG 27.011-1-RS-AgRg, Rel. Min. Dias Trindade, DJU 23.11.92, p. 21.887).

Todavia, ressalte-se que, na ação de desapropriação, a perícia judicial é de fundamental importância, maior ainda do que em outras ações, haja vista que versa a respeito de objeto sobre que gira todo o processo - a fixação precisa do preço do bem desapropriado e, até mesmo, se o imóvel pode ser expropriado.

O juiz, baseado nos elementos de fato consubstanciados no laudo, indicará na sentença o que houver motivado o seu convencimento;

trata-se, pois, de opinião não puramente subjetiva do juiz, mas sim de apreciação axiológica com suporte fático nos elementos apresentados no laudo.

No caso, a meu ver, tanto em relação ao valor da terra nua, como no tocante ao valor das benfeitorias, o laudo elaborado pelo Vistor Oficial merece ser prestigiado, pois contém os dados indispensáveis para a determinação da indenização justa.

Assim, o valor do hectare da terra nua fixado pelo douto Juiz singular deve ser reduzido para R\$ 145,00 (cento e quarenta e cinco reais), em conformidade com o laudo pericial, eis que - repiso - os fatores encontrados pelo Juiz singular para elevar o VTN estão em completa arritmia com o laudo;

então, o quantum da indenização pela terra nua deve ser reduzido para R\$ 322.664,00 (trezentos e vinte e dois mil, seiscentos e sessenta e quatro reais).

No que tange às benfeitorias, penso que deve ser mantida a sentença, que fixou-as no valor de R\$ 247.490,00 (duzentos e quarenta e sete mil, quatrocentos e noventa reais), em conformidade com o laudo judicial.

Vale salientar que o Experto encontrou os valores supradescritos, amparado em pesquisa de preços realizada junto a instituições idôneas, tais como Banco do Brasil, Banco do Nordeste, Diário de Natal, Tribuna do Norte e outros (fls. 210), de sorte que o laudo expressa, segundo entendo, a justa indenização, consoante a exigência insculpida no art. 5º, inciso XXIV, da Carta Magna.

Para a fixação do valor da terra nua e avaliação das benfeitorias, o Vistor Oficial utilizou-se do Método Comparativo de Dados do Mercado, que é o método comumente usado nas perícias dos processos expropriatórios, de absoluta idoneidade, referendado inclusive

pela Associação Brasileira das Normas Técnicas - ABNT e pelo Instituto Brasileiro de Avaliação e Perícias de Engenharia - IBAPE.

Também foi utilizado o Método do Custo de Reprodução, onde se busca reconstituir todas as parcelas componentes do custo da instalação (custo de construção) (fls. 209/215).

Ao meu sentir, o valor da terra nua e o das benfeitorias foi bem estimado pelo Perito Oficial, em face de terem sido levados em consideração, mediante o método comparativo, os preços praticados no mercado, bem como a localização do imóvel, os seus recursos hídricos e as potencialidades do solo, dentre outros aspectos.

Assevera o INCRA que o douto Julgador a quo, ao fixar o valor da terra nua e das benfeitorias, simplesmente desprezou o Laudo de Vistoria e Avaliação que instruiu a peça vestibular, bem como o Parecer do Assistente Técnico da Autarquia, o qual fora elaborado com a mesma excelência técnica dos demais, e dentro das normas técnicas da ABNT; por isso, em homenagem ao princípio constitucional do justo preço, merece ser reformada a sentença, a fim de que seja fixada a indenização nos termos propostos pelo expropriante.

O laudo divergente apresentado pela autarquia expropriante, apesar da excelência técnica com que foi elaborado, afora de ter sido elaborado unilateralmente, apontou um valor muito aquém do que foi encontrado pelo Perito Judicial, o que denota que não corresponde ao valor de mercado e, por isso mesmo, não pode ser fixado como representativo da indenização justa.

Outrossim, o apelo interposto pela autarquia limita-se a contestar os valores encontrados pelo Experto Judicial, requerendo que sejam prestigiados os valores indicados no seu Laudo administrativo.

Em havendo laudos divergentes, igualmente fundamentados, o laudo judicial deve ser prestigiado, mormente quando não haja indicações de que tenha sido realizado em desacordo com as regras que regulam a elaboração das perícias judiciais, nem de que o Vistor tenha deixado de respeitar a necessária equidistância no respeitante aos interesses em confronto.

Corroborando o entendimento retro esposado, este Órgão parcelar assim se pronunciou: "Ação de desapropriação para fins de reforma agrária. Laudos divergentes. Juros compensatórios e moratórios. Prova pericial. Laudo metucioso e bem fundamentado, em conformidade com as normas da ABNT e com o disposto no art. 12 da Lei nº 8.629/93.

- Recurso que se limita a contestar os valores atribuídos aos imóveis expropriados pelo Vistor Oficial, pretendendo fazer prevalecer os valores constantes do laudo do assistente técnico do expropriante.

- Havendo laudos divergentes, igualmente fundamentados, e inexistindo elementos que a comprometam, deve ser prestigiada a avaliação do perito, equidistante dos interesses em litígio.

- Os juros compensatórios são devidos para compensar a perda da posse, obedecendo aos ditames das Súmulas 74 e 110 do ex-TFR.

- Os juros moratórios são fixados no percentual de 6% ao ano, a partir do trânsito em julgado da sentença".

(TRF-5ª Região, Rel. Juiz Ridalvo Costa, 3ª Turma, DJ de 19.03.99, p. 000961).

Os juros compensatórios são devidos no presente caso, pois têm por finalidade compensar o que o desapropriado deixou de ganhar com a perda antecipada do imóvel, ressarcir o que deixou de lucrar, visam, enfim, recompor o patrimônio perdido; incidem, por via de consequência, a partir da imissão na posse, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente (Súmula 113/STJ).

Os juros moratórios, diferentemente dos compensatórios, destinam-se a ressarcir o expropriado pela mora no pagamento da indenização, e contam-se a partir do trânsito em julgado da sentença, calculados sobre o valor atualizado da indenização, no percentual de

6% (seis por cento) ao ano, nos termos da Súmula 70 do egrégio STJ.

No que pertine ao percentual dos juros compensatórios nas desapropriações, a Medida Provisória nº 1.577/97 - atualmente 1.774-26/99 expressamente o reduz de 12% para 6%, vedando o cálculo de juros compostos.

Cumpram-me examinar acerca da eficácia da referida medida provisória, uma vez que não houve a sua conversão em lei no prazo de 30 dias, consoante o disposto no parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal.

Em oportunidades anteriores, estive a defender, nesta egrégia Terceira Turma, o seguinte entendimento:

"Sobre as medidas provisórias, cumpre lembrar o que dispõe o artigo 62, parágrafo único, da Constituição Federal:

'Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes'.

Em relação ao decreto-lei, a jurisprudência e a doutrina reconheciam que 'não cabia ao Judiciário, senão ao órgão político (Congresso Nacional), apreciar os requisitos da urgência ou do interesse público' (veja-se RE 12739-SP, in RTJ 44154, e Leon Frejda Szklarowsky - Medidas Provisórias, p. 39, RT, São Paulo, 1991).

Entretanto, esse entendimento, ao menos na doutrina, não era pacífico, consoante ressaí do seguinte escólio:

'No nosso entendimento, é possível o controle jurisdicional dos requisitos de urgência e relevância. No mesmo sentido opinam Pontes de Miranda, Geraldo Ataliba e Manoel Gonçalves Filho, quanto à Constituição de 1967 (com redação da EC nº 1/69, art. 55), sobre o decreto-lei, que serviu de inspiração à medida provisória' - Cf. FERREIRA, Pinto - Comentários à Constituição, 3º vol., p. 288, Saraiva, São Paulo, 1992.

Mais adiante, esse mesmo autor preleciona, 'na verdade, a medida provisória depende dos pressupostos taxativos e restritos para a sua validade, que vinculam o Governo. Ela está sujeita ao duplo critério de avaliação do Congresso e do Judiciário, que podem impugná-la, numa apreciação política e jurídica, principalmente política, pelo Congresso, para reprová-la e não a converter em lei, e jurídica, pelo Poder Judiciário' - Ob. cit. p. 289. É correto inferir, portanto, que os pressupostos da relevância e da urgência comportam exame sob dúplici angulação: a política, feita pelo Parlamento, e a jurídica, de responsabilidade do Poder Judiciário.

"Urgência" e "relevância", portanto, são vocábulos que assumem conotação também jurídica; e em relação à urgência, por exemplo, pode-se dizer, sob enfoque estritamente jurídico, que só ocorre, tal como o requer o artigo 64, §§ 2º e 4º, da Constituição, '- quando a medida provisória que se pretende editar seja inferior ao prazo do referido artigo, pois se não ocorrer tal prazo, a norma só pode ser editada sob a forma de lei' - Aut. e ob. cit., p. 289.

Data vênua, não me parece próprio cogitar-se da urgência, sob a ótica estritamente jurídica, em relação a uma iniciativa que está a ser repisada por lapsos de tempo que superam os marcos sinalados nos §§ 2º e 4º do artigo 64 da Carta Magna em vigor.

Sob essa angulação, estou em que se poderia, validamente, recusar aplicação às sucessivas reedições da Medida Provisória nº 560/94 (ainda que se tivesse por presente a "relevância", a "urgência" não se faria presente; e porque se exige concomitância dos pressupostos ...).

Um segundo óbice chama-me a atenção; refiro-me ao parágrafo 6º do artigo 195 da novel

Constituição Federal, que estatui que 'as contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data de publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b'. Para que possam servir de instrumento hábil à criação das referidas contribuições sociais, as medidas provisórias deverão se converter em lei no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de, perdendo a eficácia e saindo do mundo jurídico, não viabilizarem o atendimento ao requisito da anterioridade mitigada (90 dias), reclamado no cânone legal já referido. Se a reedição de medida provisória não rejeitada expressa e formalmente pelo Parlamento não mereceu restrição do colendo Supremo Tribunal Federal (cf. Medida Liminar na ADIN 295-3/DF), a possibilidade de medida provisória posterior convalidar os ditames ou efeitos de medida provisória anterior, cujo prazo de apreciação de 30 dias tenha transcorrido in albis, parece sepultada pela jurisprudência do Excelso Pretório, como se depreende da decisão proferida pelo eminente Ministro Celso Mello, ao apreciar a concessão de liminar na ADin nº 365-8/600, verbis:

'A convalidação, por deliberação executiva, de atos praticados com fundamento em medidas provisórias não convertidas, afronta o preceito consubstanciado no art. 62, parágrafo único, da Constituição, que prevê a sua desconstituição, integral e radical, com eficácia ex tunc. A preservação, no tempo, dos efeitos de medidas provisórias não apreciadas pelo Congresso Nacional revela-se em manifesta colidência não só com o que expressa e literalmente dispõe o texto constitucional mas, também, com a própria mens constitucionis, que quis suprimir a possibilidade de sua subsistência no mundo jurídico. Ao contrário do que ocorria com o decreto-lei, cuja rejeição não acarretava a nulidade dos atos praticados durante sua vigência (CF 69, art. 55, parágrafo 20), a rejeição e igualmente a não conversão - da medida provisória - despoja-se de eficácia desde o momento de sua edição (...)'.

Destarte, não é preciso esforço de monta para observar a tendência nítida na decisão adrede reproduzida: forceja-se, porque, somente após a conversão em lei, é que os dispositivos de medida provisória reeditada, que encerrem restrição ou supressão de direito, ou criem obrigações, poderão produzir efeitos jurídicos válidos.

Vale ressaltar que a Lei nº 8.688/93, que conferiu nova redação ao § 2º do artigo 231 da Lei nº 8.112/90, teve eficácia temporal, pois o seu artigo 2º, § 1º, preceituou que as alíquotas ali estabelecidas só vigorariam até 30 de junho de 1994.

Como não houve o encaminhamento pelo Executivo, no prazo de noventa dias, do Projeto de Lei dispendo sobre o Plano de Seguridade Social do servidor, sua gestão e seu custeio, e nem a fixação das alíquotas, conforme o mandamento do parágrafo 2º do seu artigo 2º da referida lei, deve prevalecer, portanto, o percentual de 6% (seis por cento) previsto anteriormente.

Outrossim, não tendo a Medida Provisória nº 560/94 sido convertida em lei no prazo constitucional, perdeu sua eficácia, pelo que continua a vigorar o estabelecido na Lei nº 8.112/90.

Nesse sentido, pronunciou-se recentemente este Sodalício:

'Administrativo. Servidor público. Majoração da alíquota de contribuição para o PSS. Lei nº 8.112/90. MP nº 560/94.

- A Lei 8.688/93 teve eficácia temporal, não revogando, assim, o percentual adotado pela Lei nº 8.112/90, ou seja, o de 6% (seis por cento).

- Não tendo sido convertida em lei no prazo de 30 (trinta) dias a partir de sua publicação, a medida provisória perde a sua eficácia, como determina o art. 62 da CF.

- Prevalece, portanto, o estabelecido na Lei nº 8.112/90, vez que as medidas provisórias não foram convertidas em lei.

- Apelações e remessas improvidas'.

(AMS nº 57020/PE, Relator Juiz José Maria Lucena, julg. em 20.03.97).

Esforçado nessas razões, e averbando vênias aos entendimentos opostos, voto pelo provimento da apelação; cumpre, pois, que a parte ré se abstenha de descontar dos vencimentos do(s) autor(es) a contribuição prevista na MP nº 560/94 em percentual superior a 6% (seis por cento), e que diligencie com vistas a providenciar a imediata reposição dos valores descontados a tal título, a contar da data do ajuizamento da ação, acrescidos de juros à taxa legal, contados da citação (notificação) válida, tudo monetariamente corrigido, nos termos da Lei nº 6.899, de 1981. Inversão do ônus da sucumbência".

O colendo Supremo Tribunal Federal, entretanto, ao suspender a eficácia de decisões administrativas de tribunais pátrios, através das quais se havia reduzido de 12% para 6% o percentual da alíquota dos servidores destinada ao PSS, reconheceu a eficácia da Medida Provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, mas reeditada, por meio de outro provimento da mesma espécie, dentro de seu prazo de validade de trinta dias.

Faço transcrever, por oportuno, alguns dos pronunciamentos da Augusta Corte:

"EMENTA: Constitucional e Previdenciário. Medida Provisória nº 560, de 26.07.1994, sucessivamente reeditada, no prazo, e não rejeitada pelo Congresso Nacional. Eficácia de lei. Alíquota de contribuição ao Plano de Seguridade Social. Ação direta de inconstitucionalidade da Resolução do Conselho de Administração do Superior Tribunal de Justiça, de 14.05.97 (Processo nº STJ 01813/97). Medida cautelar.

1. A Resolução do Conselho de Administração do Superior Tribunal de Justiça, no Processo STJ 01813/97, pela qual deferiu requerimento formulado por dois servidores da Corte, no sentido da 'limitação da alíquota de contribuição ao Plano de Seguridade Social do Servidor a 6%, com o ressarcimento dos valores recolhidos indevidamente, no período de julho/94 a abril/97', e ainda determinou a extensão dos efeitos de tal decisão 'a todos os demais servidores do mesmo Tribunal, nos termos do voto do Ministro Relator, é ato normativo, impugnável mediante ação direta de inconstitucionalidade, conforme precedentes do STF:

ADINs nºs 577, 664, 683, 658, 666, entre outras.

2. A Medida Provisória nº 560, de 26.07.1994, e suas sucessivas reedições, sem alteração no ponto que aqui interessa (a última de nº 1.482-36, de 15.05.1997), não chegaram a ser votadas e, portanto, rejeitadas pelo Congresso Nacional, sendo certo que todas as reedições ocorreram antes de esgotados os trinta dias a que alude o parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal.

3. A última MP tem, portanto, eficácia de lei, nos termos do caput do mesmo artigo, pelo menos até trinta dias seguintes a 15.05.97, enquanto não for convertida em lei de conteúdo diverso ou rejeitada.

4. O STF não admite reedição de MP, quando já rejeitada pelo Congresso Nacional (ADIN 293-RTJ 146/707). Tem, contudo, admitido como válidas e eficazes as reedições de medidas provisórias, ainda não votadas pelo Congresso Nacional, quando tais reedições hajam ocorrido dentro do prazo de trinta dias de sua vigência. Até porque o poder de editar MP subsiste, enquanto não rejeitada (ADIN 295, ADIN 1.533, entre outras).

5. No caso, o Conselho de Administração do STJ partiu do pressuposto de que, não convertida em lei a MP, após sucessivas reedições, perdeu ela sua eficácia. Sucede que a última foi baixada, na mesma data de tal Resolução (14.05.97), e ainda dentro do prazo de trinta dias da MP anterior. Tudo conforme demonstrado na inicial.

6. Está, por conseguinte, satisfeito o requisito da plausibilidade jurídica da ação (*fumus boni juris*), pois havendo MP, com eficácia de lei, em vigor, não podia o Conselho Administrativo do STJ, que não tem competência legislativa, baixar ato normativo em sentido contrário, reduzindo a alíquota de contribuição ao Plano de Seguridade Social.

7. Preenchido, igualmente, o requisito do *periculum in mora*, ou da alta conveniência da

Administração Pública, pois a interrupção dos recolhimentos, segundo as alíquotas previstas na medida provisória, e, ainda, a restituição do que havia sido recolhido a maior, desde julho de 1994, evidenciam a possibilidade de grave prejuízo para os cofres já combalidos da Previdência Social, em detrimento de todos aqueles que não foram contemplados pela Resolução em questão.

8. Medida cautelar deferida, nos termos do voto do Relator, para suspensão, ex tunc, ou seja, desde 14.05.97, da Resolução do Conselho Administrativo do STJ, da mesma data, no Processo 01813/97".

(ADIMC nº 1610/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, julg. 28.05.97, DJ 05.12.97, p. 63948.)

"EMENTA: Não perde a eficácia a medida provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, mas reeditada, por meio de outro provimento da mesma espécie, dentro de seu prazo de validade de trinta dias.

Cautelar deferida, para suspender-se, ex tunc, isto é, desde a data de sua prolação (06.05.97), as decisões administrativas do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, que determinaram a redução, de 12% para 6%, da alíquota da contribuição de magistrados e servidores ao Plano de Seguridade Social do Servidor - PSSS". (ADIMC nº 1617/MS, Rel. Min. Octávio Gallotti, julg. 11.06.97, DJ 15.08.97, p. 37035.)

Depreende-se, portanto, que, em consonância com o entendimento sufragado pela excelsa Corte, a qual detém a última palavra em matéria constitucional no nosso País, são admitidas como válidas e eficazes as reedições de medidas provisórias, ainda não votadas pelo Congresso Nacional, quando tais reedições hajam ocorrido dentro do prazo de trinta dias de sua vigência.

Deve prevalecer, portanto, o entendimento no sentido da aplicabilidade da MP nº 1.774-26/99, com amparo no entendimento da Excelsa Corte, pelo que, no caso sub examine, merece parcial provimento a apelação do INCRA, para que sejam aplicados os juros compensatórios no percentual de 6% (seis por cento) ao ano, incidentes a partir da imissão na posse, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente (Súmula 113/STJ).

As egrégias 1ª e 3ª Turmas deste Sodalício vêm, unanimemente, decidindo neste sentido, apesar da não conversão em lei no trintídio constitucional;

confira-se os seguintes arestos:

"Constitucional. Administrativo. Ação de desapropriação. Indenização. Sentença que acolheu laudo pericial. Juros compensatórios e moratórios no percentual de 6% ao ano. MP nº 1.658-13. Correção monetária. Honorários. Arts. 14, 15, e 16 da LC 76193.

Inconstitucionalidade. Não reconhecimento.

- O juiz não está adstrito ao laudo pericial, todavia, em se tratando de prova técnica, deve este ser acolhido, possuindo o magistrado robustos elementos de convicção.

- A alegação de possível improdutividade absoluta do bem não afasta a incidência de juros compensatórios que visam a ressarcir o proprietário pela perda antecipada do bem.

- Incidência de juros compensatórios no percentual de 6% ao ano, em consonância com a MP nº 1.658-13.

- "Em desapropriação são cumuláveis juros compensatórios e moratórios".

(Súmula 12-STJ).

- Correta a aplicação da correção monetária desde a data do laudo, a fim de atribuir-se plena atualização aos valores ali encontrados.

- Redução da verba honorária para 5% sobre o valor da diferença entre a oferta e a indenização fixada pela sentença.

- A Constituição prevê expressamente que "as benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro" (art. 184, parágrafo 10) e que o orçamento fixará o montante de recursos destinados ao "Programa de Reforma Agrária no Exercício" (art. 184, parágrafo 4º). Destarte, a aplicação dos artigos 14, 15 e 16 da Lei Complementar 76/93 nenhuma

afronta faz ao artigo 100 da Constituição Federal.

- Apelação e remessa oficial, tida como interposta, providas em parte".

(AC nº 47692/CE, Rel. Juiz Castro Meira, 1ª Turma, unânime, DJ 25.06.99, P. 000808).

"Ação de desapropriação para fins de reforma agrária. Intervenção do Ministério Público. Produção de perícia dupla. Juros compensatórios e moratórios.

- Intervenção do Ministério Público posterior à sentença e ainda em fase de apelação, sem alegação de prejuízo. Rejeição da preliminar de nulidade processual, argüida pelo expropriante, a teor do pronunciamento da Procuradoria Regional da República, no 2º grau de jurisdição.

- A segunda perícia não elimina ou substituí a primeira. Fixação da indenização tomando por base o primeiro laudo, próximo à imissão na posse, para não penalizar os expropriados.

- A responsabilidade pela conservação dos bens expropriados transfere-se para o INCRA, imitado na posse dos bens.

- A MP nº 1.774-26/99 reduziu o percentual dos juros compensatórios de 12% para 6% nas desapropriações, vedando "o cálculo de juros compostos."

- Destinam-se eles a compensar a perda da posse e incidem sobre a diferença do valor da oferta e o fixado na sentença até o trânsito em julgado.

- Os juros moratórios são fixados no percentual de 6% ao ano, a partir do trânsito em julgado da sentença até o efetivo pagamento do preço pelo expropriado".

(AC nº 147929/PB, Rel. Juiz Ridalvo Costa, 3ª Turma, unânime, DJ 23.07.99, p. 000387).

Por outro lado, em relação à tese do INCRA de que os juros compensatórios não podem ser aplicados sobre a totalidade da condenação que lhe foi imposta, ou seja, não devem incidir sobre os 80% (oitenta por cento) previamente depositados, pois sempre estiveram à disposição da expropriada, não merece êxito.

Ressalte-se que, além da alegação da urgência, o depósito prévio é requisito essencial para que o expropriante possa ser imitado provisoriamente na posse do bem desapropriado, e os juros compensatórios são devidos nas desapropriações justamente para compensar essa perda antecipada do imóvel.

É, pois, totalmente descabida a pretensão do INCRA de que os juros compensatórios não incidam sobre o depósito prévio, porque têm por finalidade compensar o que o desapropriado deixou de ganhar com a perda antecipada do imóvel, pelo que incidem a partir da imissão na posse, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente (Súmula 113/STJ).

No tocante aos honorários advocatícios, entendo que devem ser mantidos no percentual de 10% (dez por cento), em face da complexidade da causa, que revelou inúmeras controvérsias;

todavia devem os honorários incidir sobre a diferença entre o valor da oferta e o da indenização, ambos atualizados monetariamente.

No que diz respeito à condenação do INCRA ao pagamento de indenização referente a área remanescente da fazenda objeto da presente desapropriação, penso, rogando a devida vênia aos entendimentos dissonantes, que o respeitável decisum monocrático merece ser nesse ponto, anulado, pelos fundamentos a seguir delineados.

Ressalto, ab initio, que houve julgamento ultra petita da lide, haja vista que os apelantes, quando do oferecimento da contestação, requereram a desapropriação de apenas 800 hectares da área remanescente, consoante lhes faculta o inciso II do art 4º da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, contudo o Juiz sentenciante condenou o INCRA na desapropriação de toda a área remanescente, o que perfaz um total de 1.136,815 ha.

Em relação à possibilidade da desapropriação ser alargada para abranger a área remanescente do imóvel, o dispositivo legal supracitado expressamente a prevê, verbis:

"Art. 4º. Intentada a desapropriação parcial, o proprietário poderá requerer, na contestação, a desapropriação de todo o imóvel, quando a área remanescente ficar:

I - omissis; ou

II - prejudicada substancialmente em suas condições de exploração econômica, caso seja o seu valor inferior ao da parte desapropriada".

In casu, restou comprovado que o INCRA desapropriou as terras produtivas e férteis, deixando, no entanto, de desapropriar a área remanescente, justamente pela baixa fertilidade do solo.

O próprio Assistente Técnico da autarquia assevera, ao responder aos quesitos formulados pelos expropriados (fls. 188), que "o INCRA desapropriou as melhores terras em função do potencial agropecuário, uma vez que a área remanescente é constituída de Areias Quartzosas e Dunas, solos esses não recomendáveis para exploração agropecuária, bem como apresentarem problemas ambientais.

Inclusive, consta no supracitado parecer que "as ocupações habitacionais estão localizadas na área remanescente". E, a seguir, acrescenta:

"a desvalorização do remanescente se refere ao baixo potencial agropecuário, conforme descrito no quesito anterior".

Ocorre que, há nulidade do julgado nesse tópico, haja vista que os desapropriados pleitearam a desapropriação de apenas 800 ha de área remanescente, e não da área total do imóvel, pelo que anulo a sentença, para reduzir a área remanescente desapropriada a 800 ha (oitocentos hectares), nos termos do pedido.

Ultrapassado tal óbice, verifico que não há, no processado, perícia judicial pertinente a tal parte do imóvel - a área remanescente - 800 ha -, pelo que se torna inviável a fixação da indenização justa, de sorte a prestigiar o mandamento constitucional insculpido no art. 5º, inciso XXIV, da Carta Magna de 88.

Reconhecendo que a avaliação da área remanescente não foi objeto de investigação pelo Vistor Oficial, o Magistrado a quo entendeu por remeter a quantificação do valor referente à justa indenização para as vias do processo de execução, mediante a vistoria da referida área, com a lavratura dos competentes laudos de avaliação.

Data vênia, tal procedimento não se me afigura possível, haja vista que implicaria em reabertura de fase instrutória do processo, empós o encerramento da fase de cognição.

Simplex exame dos laudos apresentados aos autos denota que a área vistoriada e avaliada foi de apenas 2.225,1850 ha, não abrangendo, portanto, a área remanescente, no total de 800 ha (oitocentos hectares), conforme pleiteado pelos expropriados na contestação (esclareça-se que, embora o total da área remanescente seja de 1.361,815 ha, o pedido dos expropriados restringiu-se a 800 ha).

Por outro lado, seria despropositado condenar o INCRA a indenizar a parte pela área remanescente pelo mesmo valor dado à área inicialmente desapropriada, quando é sabido que o hectare na área considerada fértil vale mais do que na área menos valorizada.

Por tais considerações expendidas, de ofício, anulo, em parte, a sentença proferida no juízo planicial, para que seja realizada perícia judicial na área remanescente do imóvel desapropriado, correspondente a 800 hectares, de sorte que o justo preço do imóvel seja integralmente quantificado. Remetam-se os autos ao juízo de origem. Apelação e remessa oficial parcialmente providas para:

a) reduzir o valor da terra nua para R\$ 145,00 (cento e quarenta e cinco reais) por hectare, em conformidade com o Laudo Pericial, eis que - repiso - os fatores encontrados pelo Juiz singular para elevar o VTN estão em completa arritmia com o Laudo Judicial; então, o quantum da indenização pela terra nua deve ser reduzido para R\$ 322.664,00 (trezentos e vinte e dois mil, seiscentos e sessenta e quatro reais), à razão de 50% (cinquenta por cento) para cada desapropriado, em Títulos da Dívida Agrária,

descontados os valores já pagos pelo INCRA;

b) reduzir o percentual dos juros compensatórios de 12% para 6% ao ano, com supedâneo na Medida Provisória nº 1.774-26/99, incidentes a partir da imissão na posse, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente (Súmula 113/STJ);

c) manter a verba honorária no percentual de 10% (dez por cento), ressaltando, todavia, que deve incidir sobre a diferença entre o preço ofertado e o valor da indenização, atualizada monetariamente;

d) reduzir a área remanescente desapropriada a 800 ha (oitocentos hectares), nos termos em que pleiteado.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 130.975-CE

Relator: O SR. JUIZ CASTRO MEIRA

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelada: SUELEN DE OLIVEIRA BARBOSA - REP/ VERA LÚCIA DE OLIVEIRA (INCAPAZ)

Advogados: DRS. FRANCISCO JOSÉ DE ARRUDA COELHO E OUTROS (APTE.) E EDUARDO LEITE DE ARAÚJO (APDA.)

EMENTA:

Processual Civil e Administrativo. Interesse do menor. Preliminares. Intervenção do Ministério Público Federal. Intimação. Sentença extra petita. Inocorrência. Dependência econômica. Comprovação. Registro em tabelionato. Condenação. Dies a quo.

1. Entendimento de que se pode cogitar de nulidade nos casos em que não se providencia intimação do Ministério Público Federal, e não quando há ausência de sua efetiva manifestação.
2. Embora o decisum tenha usado outras palavras, não se afastou dos termos do pedido, que era de averbar nos registros apropriados o nome da autora como dependente do seu falecido avô, vale dizer, determinar a sua inscrição póstuma.
3. Hipótese em que a prova testemunhal acha-se harmônica com a prova documental, através de declaração passada em Tabelionato, em razão do que deve ser admitida como suficiente para o fim proposto.
4. Remessa e apelo improvidos.

ACÓRDÃO

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

Recife, 2 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: Cuida-se de apelação interposta pela União Federal em face da r. sentença monocrática exarada nos autos da ação declaratória cumulada com pedido condenatório, a qual julgou procedente o pleito, reconhecendo o vínculo de dependência econômica da menor Suelen de Oliveira Barbosa em relação ao ex-servidor Januário Claudino de Oliveira.

O dispositivo sentencial condenou a União Federal a proceder à inscrição da autora, post mortem, "como dependente daquele segurado, garantindo-se-lhe a condição de

beneficiária, para todos os fins, do Plano de Seguridade Social do Servidor Público Civil da União, inclusive para a percepção da pensão temporária a que faz jus até o implemento da idade de vinte e um (21) anos, pagando-lhe, a esse título, as prestações que se venceram desde a data do ajuizamento da ação até a data da efetiva inclusão de seu nome na folha de pensionista, tudo com correção monetária (Lei nº 6.899/81) e juros moratórios a partir dos respectivos vencimentos, além de honorários advocatícios", os quais fixou em cinco por cento (5%) sobre o valor da condenação (§ 4º, art. 20, CPC (fls. 53).

Argumenta a apelante não haver provas documentais ou indícios de prova material da alegada dependência econômica. Pondera, ainda, ser insuficiente como prova o termo de dependência colacionado aos presentes autos, bem como prova exclusivamente testemunhal, posto que "é, por si só, insuficiente para comprovar a dependência econômica da pessoa designada em relação ao instituidor do benefício pensionário, devendo ser admitida apenas em caráter subsidiário ou complementar a outros elementos de prova material" (fls. 57).

Alega, ainda, ser extra petita o decisório singular que a condenou a proceder à inscrição post mortem da apelada como beneficiária, haja vista o art. 212, inc. II, d, da Lei 8.212/90, incluir nesta condição apenas pessoa designada que viva na dependência econômica do servidor, até 21 anos, ou inválida, enquanto durar a invalidez.

Ausência das contra-razões da apelada.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria da República opinou pelo improvimento do apelo e pela manutenção do aresto objurgado em todos os seus termos.

Por distribuição, couberam-me os presentes autos para deslinde.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): De início, ressalto que se cuida de ação que envolve interesse de menor, em que se torna indispensável a ouvida do Ministério Público Federal, que foi devidamente intimado, consoante se vê na certidão de fls. 41-v.

Como o ilustre Procurador Regional da República, Dr. Hélio José Tavares, também entendo que se pode cogitar de nulidade nos casos em que não se providencia tal intimação, e não quando há ausência de efetiva manifestação daquele órgão. Nesse sentido, vem-se manifestando a melhor jurisprudência, como se vê nos precedentes arrolados pelo ilustre parecerista e que ora reproduzo:

"(...) II - O que enseja nulidade, nas ações em que há obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, é a falta de intimação do seu representante, não a falta de efetiva manifestação deste" (STJ, REsp nº 00010161/90 - MS, decisão: 20.10.92, DJ: 23.11.92, p. 21893, Relator Min. Sálvio Figueiredo, RSTJ 43/227).

"Processual Civil - Agravo de Instrumento - Mandado de Segurança - Ausência de manifestação do Ministério Público, regularmente intimado, após decorrido o prazo de cinco dias fixado na lei.

Conseqüência - Tanto a Lei nº 1.533/51 (art. 10), quanto o CPC (arts. 82/84 e 246), inquam de nulidade o processo por falta de intimação do Ministério Público, quando esta é obrigatória, e não a ausência de manifestação do Parquet após decorrido o prazo que lhe foi fixado na lei, devendo o juiz, nessa hipótese, proferir a sentença" (AG nº 0111133/90 - AM, decisão: 22.10.90, DJ: 19.11.90, p. 27483, Rel. Juiz Murat Valadares). Ainda sob a ótica preliminar, cabe o exame da arguição de haver a sentença decidido além do pedido, ao condenar a apelante a proceder à inscrição da promovente como beneficiária do seu avô.

Não remanesce o vício apontado.

Compulsando os autos, verifica-se que o pedido fora deduzido nos seguintes termos:

"Ante o exposto, requer: (a) citação da União para conhecer da presente ação e, querendo, contestá-la, no prazo da lei; (b) procedência dos pedidos, devendo Vossa Excelência proclamar a existência da relação jurídica acima aludida, como decorrência da dependência econômica efetivamente existente, para o fim de condenar a União (Ministério da Saúde) a averbar nos registros apropriados para tanto o nome da postulante - Suelen de Oliveira Barbosa - como economicamente dependente do extinto Januário Claudino de Oliveira e, nessa qualidade, beneficiária, para todos os fins, do Plano de Seguridade Social ao qual estão vinculados os servidores públicos federais, nos termos da lei de regência; (...)"

Por seu turno, assim foi posto o dispositivo da sentença: "Assim, julgo procedente a ação para: 1) reconhecer que a menor Suelen de Oliveira Barbosa dependia economicamente do segurado Januário Claudino de Oliveira; 2) condenar a União a proceder a sua inscrição post mortem como dependente daquele segurado, garantindo-lhe a condição de beneficiária, para todos os fins, do Plano de Seguridade Social do Servidor Público Civil da União, inclusive para percepção da pensão temporária a que faz jus até o implemento da idade de vinte e um (21) anos, pagando-lhe, a esse título, as prestações que se venceram desde a data do ajuizamento da ação até a data da efetiva inclusão de seu nome na folha de pensionista, tudo com correção monetária (Lei nº 6.899/81) e juros moratórios a partir dos respectivos vencimentos, além de honorários advocatícios, os quais fixo em cinco por cento (5%) sobre o valor da condenação (§ 4º, art. 20, CPC)". A sentença, embora tenha usado outras palavras, não se afastou dos termos do pedido, que era de averbar nos registros apropriados o nome da autora como dependente do seu falecido avô, vale dizer, determinar a sua inscrição póstuma, como corretamente percebeu o ilustre sentenciante.

Passo, então, ao mérito.

Alega a apelante não haver prova da dependência econômica da menor em relação ao seu avô, ex-servidor do Ministério da Saúde.

Nesse aspecto, trago à colação o lúcido pronunciamento do ilustre Procurador Regional da República, nos seguintes termos:

"Não assiste razão à apelante quanto à alegação de que não restou comprovada nos autos a dependência econômica da incapaz, Suelen de Oliveira Barbosa, em relação ao instituidor da pensão, Januário Claudino de Oliveira;

porque as provas documental, representada pela escritura de declaração de dependência financeira passada em vida pelo Sr. Januário a fim de fazer prova junto ao órgão público federal competente, e testemunhal (fls. 42/42) não deixam dúvidas a esse respeito, conforme concluiu o MM. Juiz, fls. 51:

'(...) Da simbiose entre as provas documental e testemunhal (v. declaração de fls. 18, passada em vida pelo segurado em Tabelionato Público, e testemunhos de fls. 42/43), resta indiscutível que a autora, neta do segurado, viveu sob dependência econômica desde tenra idade até a data do seu falecimento. A segurança das testemunhas é notável, de modo a expungir qualquer dúvida que a respeito do assunto pudesse pairar sobre nosso anônimo'."

Observo que o documento de fls. 17 demonstra que a avó da apelada é portadora de moléstia que requer cuidados especiais, corroborando com a informação prestada pela testemunha ouvida às fls. 42, segundo a qual "há cerca de oito anos a mãe da autora deixou de trabalhar porque a mãe dela sofreu uma trombose e o pai já era doente e cego". Não contando com a assistência do seu pai e tendo sua mãe de afastar-se de outras atividades para cuidar de sua genitora, mostra-se plausível a relação de dependência com o avô, única pessoa da família apta a atender as suas necessidades. Assim, entendo que a prova testemunhal acha-se harmônica com a prova documental, através de declaração passada em Tabelionato, em razão do que deve ser admitida como

suficiente para o fim proposto.

A verba honorária foi moderadamente fixada em cinco por cento sobre o valor da condenação.

Em face do exposto, nego provimento à apelação e à remessa.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 131.147-PE

Relator: O SR. JUIZ NEREU SANTOS

Apelante: SEVERINO GUILHERME DA SILVA

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogados: DRS. ÍSIS TELLES PEDROSA (APTE.) E ROSIMAR DE BARROS SOARES E OUTROS (APDO.)

EMENTA:

Previdenciário. Revisão de benefício. Aposentadoria especial. Motorista de ônibus.

I - Não há previsão legal para equiparar o benefício de aposentadoria especial do autor, ex-motorista de ônibus, com os valores recebidos pelo pessoal da ativa.

II - Apelação improvida. Remessa oficial, tida como interposta, provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 17 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: Trata-se de ação ordinária revisional de benefício previdenciário, proposta contra o INSS, com o objetivo de equiparar o benefício de aposentadoria especial do autor, ex-motorista de ônibus, com o valor recebido pelo pessoal da ativa.

O INSS, na contestação, requer, preliminarmente, a extinção do processo, sem exame do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, face à inexistência de amparo legal à pretensão deduzida. No mérito, aduz que os reajustes dos benefícios previdenciários seguem índices próprios, independentemente dos índices concedidos ao pessoal da ativa. O MM. Juiz a quo extinguiu o processo, sem exame do mérito, nos termos do art. 267, VI, CPC, deixando de condenar a autor no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, por ser beneficiário da justiça gratuita.

O autor apela desta sentença, requerendo a sua reforma, sob a alegação de que seu direito está alicerçado nos arts. 65 e 37, VI, do Regulamento de Benefícios da Previdência Social e que a aposentadoria especial está disciplinada pelos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/91.

Oferecidas as contra-razões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): A questão debatida no presente recurso versa sobre a possibilidade de equiparação do benefício do autor, aposentadoria especial, ex-motorista de ônibus, com os valores recebidos pelo pessoal da ativa.

Conforme consta na sentença a quo, a aposentadoria especial está disciplinada nos arts. 57 e 58 da Lei de Benefícios da Previdência Social, in verbis:

"Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei".

"Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo".

Contudo, o autor almeja nestes autos a equiparação do seu benefício de aposentadoria especial com os valores recebidos pelo pessoal da ativa.

No meu entender, não existe previsão legal para a referida equiparação, razão pela qual não merece reforma a sentença a quo que acolheu a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do art. 267, VI, do CPC, in verbis:

"Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

.....
VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual".

Quanto aos honorários, verifico que o MM. Juiz a quo deixou de condenar o autor no seu pagamento, acarretando prejuízo para o INSS, razão pela qual dou provimento à remessa oficial, tida como interposta, condenando o autor no seu pagamento, ficando a execução suspensa, nos termos do art. 11, § 2º, c/c o art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Com estas considerações, nego provimento à apelação do autor e dou provimento à remessa oficial, tida como interposta, para condenar o autor no pagamento dos honorários advocatícios, que arbitro em 10%, sobre o valor da causa, ficando a execução suspensa, nos termos do art. 11, § 2º, c/c o art. 12 da Lei nº 1.060/50.

É como voto.

[APELAÇÃO CÍVEL Nº 139.333-PE](#)

Relatora: JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI

Apelante: MARIA JOSÉ SIMÕES

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogados: DRS. JAILDE LEMOS SILVA BORGES (APTE.) E JANINE MOREIRA NASCIMENTO PATRIOTA E OUTROS (APDO.)

EMENTA:

Previdenciário. Aposentadoria por invalidez. Acidente. Perda da qualidade de segurado. Pedido alternativo. Aposentadoria por velhice. Condições de obtenção. Direito superveniente. Possibilidade de exame do pedido alternativo.

I - Perde-se a qualidade de segurado quando este deixa de contribuir por 12 meses consecutivos com a Previdência Social, prorrogando-se para 24 meses para os que contribuíram por mais de 5 (cinco) anos, conforme disposição contida na CLPS, devendo proporcionar-se ao segurado a oportunidade de demonstrar os motivos pelos quais deixou de contribuir para a Previdência Social. Inocorrência, in casu, do direito da autora a perceber aposentadoria por invalidez.

II. Quem prestou mais de 60 (sessenta) contribuições mensais e atingiu o limite de idade fixado no artigo 32 da CLPS (65 anos/homem e 60 anos/mulher) tem direito à aposentadoria por velhice, independente de qualquer outra condição, visto serem apenas estes os requisitos. Precedentes do STJ.

III. Se, depois da propositura da ação, ocorre modificação no direito aplicável à espécie,

esta deve ser levada em consideração pelo julgador no momento de proferir a sentença. Inteligência do art. 462 do CPC. Pedido alternativo de aposentadoria por velhice procedente.

IV. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 139.333-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Juizes da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, em dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 17 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI - Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI (Relatora): Maria José Simões ajuizou ação ordinária contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, requerendo a concessão de aposentadoria por invalidez.

A autora alegou, na sua exordial, que foi contribuinte da Previdência Social no período de 1948 a 1959. Em virtude do acometimento de acidente de trânsito a que foi vitimada em 14 de setembro de 1975, tornou-se inapta para a vida laborativa.

Afirmou que, na data do acidente que ocasionou a sua incapacidade laborativa, já havia perdido a qualidade de segurada, mas não a previdenciária, visto que esse direito é imprescritível.

Interpôs diversos recursos administrativos, os quais foram negados pelas instâncias superiores, sob o fundamento da perda da qualidade de segurado, vindo socorrer-se do Judiciário em 14.06.1985, com o ajuizamento da presente demanda.

Na sua contestação, a autarquia argumentou a impossibilidade da concessão do benefício, tendo em vista que o acidente ocorreu 16 (dezesesseis) anos após a perda da qualidade de segurada da autora, pela ausência de contribuição, o que ocasionou a caducidade de seus direitos, a teor do art. 8º da CLPS.

Após decorridos 13 (treze) anos do ajuizamento, foi, afinal, julgada a ação, a qual se teve por improcedente pelo MM. Juiz a quo, por entender que a autora não comprovou a incapacidade laborativa e que perdeu a qualidade de segurada da Previdência Social muitos anos antes do alegado acidente que a teria incapacitado.

Inconformada, apelou a autora (fls. 253/254), alegando que o direito ao benefício é imprescritível e, ainda, que consta dos autos perícia médica realizada no processo administrativo, a qual atesta a invalidez da autora, sendo, assim, desnecessária a prova pericial nos termos do que preceitua o art. 420, II, do CPC.

Contra-razões apresentadas (fls. 270), pugnando pela manutenção da sentença recorrida. Subiram os autos a esta Corte, sendo-me conclusos por distribuição.

Peço a inclusão do feito na pauta de julgamento.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI (Relatora): Compulsando os autos, observo que a invalidez da autora já se encontra comprovada no processo administrativo, no qual foi realizada perícia médica (fls. 09/66), sendo reconhecida pela própria autarquia previdenciária, pelo que resta inequívoca a sua incapacidade para a atividade laborativa.

Todavia, o direito ao benefício da aposentadoria por invalidez, em face da suposta perda da qualidade de segurada, deve ser analisado à luz da legislação previdenciária e da jurisprudência pátria.

O artigo 8º da Consolidação das Leis da Previdência Social preceituava que a perda da qualidade de segurado importa na caducidade dos direitos a essa qualidade, disposição esta mantida pelo art. 102 da Lei nº 8.213/91, ressaltando quem já preencheu todos os requisitos para a concessão do benefício.

Confrontando o caso em exame com a legislação previdenciária, observo que a autora contribuiu cerca de 11 (onze) anos para a Previdência, de 1948 a 1959, bem mais do que o período mínimo de contribuição exigido para a obtenção do referido benefício.

Ocorre que o acidente que vitimou a autora, tornando-a incapaz para a atividade laborativa, só ocorreu em 1975, ou seja, 16 (dezesesseis) anos após a cessação de sua condição de contribuinte da Previdência Social.

A qualidade de segurado, por sua vez, se perde quando se deixa de contribuir por 12 meses consecutivos com a Previdência Social, prorrogando-se para 24 meses para os que contribuíram por mais de 5 (cinco) anos, conforme disposição contida na CLPS.

Os tribunais pátrios, no entanto, firmaram dominante jurisprudência no sentido de que se deve proporcionar ao autor a oportunidade de demonstrar os motivos pelos quais deixou de contribuir para a Previdência Social.

Com efeito, se o segurado deixou de contribuir por motivo de doença que impossibilitou ou, ao menos, dificultou o exercício de suas atividades laborativas ou o seu reingresso no mercado de trabalho, na hipótese de desemprego involuntário, não perde ele a condição de segurado.

No caso da autora/apelante fica a pergunta: por que teria ela deixado de contribuir por 16 (dezesesseis) anos para a Previdência Social? Não há, nos autos, resposta para esta pergunta.

De outro lado, e com o intuito de exaurir todas as possibilidades, poder-se-ia considerar que, sendo a doença ou acidente incapacitante decorrente, ainda que indiretamente, de período no qual a autora laborava e possuía a qualidade de segurada, faria esta jus à aposentadoria por invalidez, mesmo que já tivesse perdido aquela qualidade.

No caso sub examine, também fica afastada esta hipótese, pois o acidente que ocasionou a sua incapacidade laborativa (acidente de trânsito) ocorreu em setembro de 1975, não possuindo qualquer nexos com a atividade profissional dantes exercida.

O colendo STJ, apreciando caso análogo, proferiu o seguinte julgamento, da lavra do eminente Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:

"Previdenciário. Segurado. Acidente.

- A aposentadoria é devida ao segurado que, após 12 contribuições, é considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e enquanto permanece nessa condição.

- Assim, perde a qualidade de segurado quem, não estando em gozo de benefício, deixa de contribuir por mais de 12 meses consecutivos. Raciocínio contrário conduziria a esta conclusão, após 12 meses de contribuição, o direito de segurado, se fosse irreversível, desnecessário seria continuar a honrar a contraprestação".

(REsp 51184-RJ, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, julg. em 30.08.94, pub. em 19.12.94).

Logo, não vejo como socorrer à autora o direito à aposentadoria por invalidez.

Todavia, não posso deixar de observar que a autora, ainda que às vezes tenha confundido conceitos, também fez menção à aposentadoria por idade no seu pedido, pelo que o considero alternativo, passando agora a analisá-lo.

A aposentadoria por velhice, a teor do artigo 32 da CLPS, é devida ao contribuinte que preenche os seguintes requisitos:

- a) haver prestado 60 (sessenta) contribuições mensais;
- b) completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem;
completar 60 (sessenta) anos de idade, se mulher.

São apenas estes dois os pressupostos.

A questão consiste em saber se o contribuinte precisa chegar à idade-condição exercendo o labor.

Parece-me que não. Em verdade, para a aquisição da aposentadoria por idade, bastam aquelas duas condições, tempo mínimo de contribuição e implemento da idade, nenhuma outra pode ser exigida.

Com efeito, exigir-se que uma pessoa de baixo nível sócio-econômico chegue à idade-condição trabalhando, é o mesmo que tirar-lhe o direito à aposentadoria, ou dizer, "quem está desempregado não se aposenta".

Comunga desta posição a jurisprudência dominante de nossos tribunais, inclusive do egrégio STJ, conforme se demonstra das seguintes decisões colacionadas:

"Previdência Social. Aposentadoria por velhice.

- Irrelevante que o segurado da Previdência Social tenha perdido a condição de segurado, desde que tenha contribuído com sessenta (60) contribuições mensais, e completado sessenta e cinco anos de idade, faz jus ao benefício.

- Precedentes do TFR e do STJ.

- Recurso do segurado conhecido e provido".

(REsp) 13391-PE, Rel. Ministro José de Jesus Filho, 2ª Turma, julg. em 04.04.94, pub. em 09.05.94).

"Previdenciário. Aposentadoria por velhice. Condições de obtenção. Ex-contribuinte desempregado ao completar a idade-limite (art. 32 da CLPS). Processual. Fundamento do pedido. Condições da ação. Confusão. Decisão de mérito. Reforma. Retorno ao Tribunal a quo.

1. A aposentadoria por velhice subordina-se ao adimplemento de duas condições: pagamento de sessenta contribuições mensais e chegada do aposentado, com vida, ao limite de idade fixada no art. 32 da Consolidação das Leis da Previdência Social. Quem prestou mais de sessenta contribuições mensais e completa sessenta e cinco anos tem direito a aposentadoria por velhice, ainda que esteja desempregado, sem contribuir para a Previdência Social.

2. Acórdão que extingue o processo, "sem julgamento do mérito", ao fundamento de que o autor não preenche os requisitos da aposentadoria pleiteada. Não se confundem as condições da ação com os fundamentos do pedido. Tal decisão, em verdade, apreciou o mérito. Ao prover recurso especial, cumpre ao STJ reformar integralmente a decisão a quo, sem devolver o processo, para novo julgamento".

(REsp 13392-PE, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, julg. em 17.03.93, pub. em 26.04.93).

Por outro lado, também deve ser ressaltado que a autora, ao ajuizar a presente demanda, em 1985, possuía a idade de 55 (cinquenta e cinco) anos, conforme demonstra a sua carteira profissional, às fls. 11 dos autos.

Não obstante, impossível inobservar que, proferida a sentença do Juízo de primeira instância em 1998, já havia atingido a autora, há muito, a idade-condição, somando atualmente 69 (sessenta e nove) anos de idade.

Analiso esta situação à luz do direito superveniente, homenageando o artigo 462 do CPC, pelo qual "se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença".

Assim é que, sem olvidar da demora da prestação jurisdicional no presente caso, da finalidade assistencial da seguridade social, e, também, dos preceitos do art. 5º da LICC,

dou parcial provimento à apelação da autora, para que lhe seja concedida aposentadoria por idade, desde o momento em que aquela completou 60 (sessenta) anos, pagando-se-lhe juros legais e correção monetária, na forma da Lei nº 6.899/81, sobre as parcelas atrasadas.

Fixo os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 140.210-RN

Relatora: A SRA. JUÍZA **MARGARIDA CANTARELLI**

Apelantes: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE - UFRN E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: NORMA LÚCIA DA COSTA BEZERRA DE OLIVEIRA

Advogados: DRS. TÂNIA SOUZA PAIVA E OUTROS E GILBERTO DIAS FERREIRA E OUTROS (APTES.) E KARINA TAVARES MOREIRA E OUTROS (APDA.)

EMENTA:

Previdenciário. Ação declaratória. Prescrição. Inocorrência. Tempo de serviço urbano. Reconhecimento. Prova testemunhal. Ampla defesa. Livre convencimento do juízo.

I. É de ser considerada idônea a prova testemunhal carregada aos autos, posto não caber à lei ordinária limitar o que se encontra definido a nível constitucional, sendo assegurado aos litigantes, em processo judicial, a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante determina o art. 5º, LV, da CF/88.

II. Apelações e remessa oficial como se interposta fosse, improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 140.210 - RN, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Juizes da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento às apelações e à remessa oficial como se interposta fosse, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 17 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

RELATÓRIO

A SENHORA JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI: A autora promoveu ação declaratória com o fim de ver declarado como válido o período trabalhado como professora no Colégio Educandário Nossa Senhora das Vitórias, para efeito de reconhecimento de tempo de serviço, com a sua averbação em sua ficha funcional da UFRN, para fins de aposentadoria.

Em sua contestação, a UFRN ressaltou para o fato de que não foi anexado aos autos nenhum início de prova material contemporânea ao pleito, sendo incabível o reconhecimento pleiteado baseado unicamente em prova testemunhal.

O INSS, por sua vez, preliminarmente, aduz que a autora utilizou-se de via inadequada, o que acarretaria o indeferimento da inicial, na forma do art. 267, I, do CPC. Pugna, ainda, pelo reconhecimento da ocorrência da prescrição. No mérito, igualmente, reporta-se à ausência de início de prova material, argumentando sobre a vedação à aceitação de prova exclusivamente testemunhal nas ações previdenciárias.

Em sua sentença, o MM. Juiz de primeiro grau julgou procedente o pedido, declarando reconhecido o tempo de serviço prestado pela requerente, no período de fevereiro a dezembro de 1970, determinando que a UFRN proceda à averbação desse tempo nos

assentamentos funcionais da autora.

Inconformado, o INSS interpôs recurso de apelação, argumentando sobre a necessidade da apresentação de razoáveis indícios de prova material em conjunto com robustas provas testemunhais contemporâneas ao fato, conforme a legislação de regência.

Também inconformada, a UFRN interpôs recurso apelatório, com razões de fls. 60/67, reiterando os argumentos de sua contestação.

Em suas contra-razões, a autora rebate os apelos.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI (Relatora): Inicialmente, quanto à imprestabilidade da ação declaratória, porquanto inadequada, alegada pelo INSS, saliento que o que busca a autora da presente ação coaduna-se perfeitamente com o propósito da ação declaratória, que é um provimento judicial preceitual e definitivo, que se constitui no próprio objeto da sua iniciativa processual, qual seja, a obtenção de uma declaração formal e solene em seu favor, que somente o Poder Judiciário está apto a expedir, com o prestígio que a ordem jurídica confere à res judicata.

Quanto à outra preliminar levantada pelo INSS, sobre a ocorrência da prescrição, saliente-se que, em se tratando de ação declaratória, sua prescritibilidade está vinculada à pretensão de direito material que lhe é subjacente, se prescrita ou não. No caso em tela, o fim de aposentadoria, a ser alcançado através de procedimento diverso, não se encontra prescrito. Não ocorre a prescrição do fundo de direito e, ademais, não há um prazo para se averbar o tempo de serviço efetivamente prestado.

O que se busca na presente ação é a declaração de relação jurídica, sem qualquer efeito condenatório decorrente, que enseje obrigação de fazer, dar ou pagar. Não há que se falar em prescrição quando não existirá qualquer execução ulterior.

A autora visou retirar as dúvidas, através de declaração positiva, quanto à existência de certa e determinada relação jurídica consubstanciada no trabalho por ela prestado durante período determinado.

Outro ponto exposto pelos réus foi a inexistência de prova material adequada, salientando, ainda, que a prova testemunhal somente poderá ser admitida quando acompanhada de início de prova material.

A autora requereu o reconhecimento do tempo de serviço apresentando duas testemunhas que atestaram que a petionante trabalhou efetivamente no Colégio Educandário Nossa Senhora das Vitórias, durante o período em questão.

Com efeito, a tão só alegação de insuficiência da prova exclusivamente testemunhal é por demais pueril. O que deve ser apreciado, quando da aferição da prova, é a sua qualidade. Se frágil, não é ela capaz de formar convicção do magistrado;

se, porém, robusta, inconteste, não poderá ser relegada sob o pretexto de existir isoladamente.

Um processo pode conter uma variedade de provas e, dentre o conjunto, apenas algumas, ou até mesmo uma, ser elucidativa da questão suscitada.

Assim, entendo que não cabe à lei ordinária limitar o que se encontra definido a nível constitucional, posto ser assegurada aos litigantes, em processo judicial, a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante determina o art. 50, LV, da CF/88.

Diante do exposto, nego provimento aos apelos e à remessa oficial, como se interposta fosse, mantendo a sentença recorrida.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 145.837-PB

Relator: O SR. JUIZ **GERALDO APOLIANO**

Apelante: DNER - DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS DE RODAGEM
Apelado: WILSON PÉRICLES REMIGIO MACIEL
Advogados: DRS. GILMAR SOBREIRA GOMES E OUTROS (APTE.) E GILSON GUEDES RODRIGUES E OUTROS (APDO.)

EMENTA:

Constitucional e Administrativo. Responsabilidade civil objetiva. Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER. Acidente de veículo. Ausência de sinalização. Obrigação de indenizar. Art. 37, § 6º, da Carta Magna. Danos materiais.

1. Prova de que a causa do acidente automobilístico do qual resultaram danos em veículo do autor fora a ausência de sinalização na rodovia, em relação aos obstáculos e aos buracos que existiam. Dever da autarquia de indenizar os danos. Aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, acolhida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.
2. Ao DNER competia, ao tempo dos fatos, a administração, a guarda, a sinalização, o policiamento e a realização dos demais atos inerentes ao exercício do Poder de Polícia de trânsito e de tráfego nas rodovias federais. Omissão que, caracterizada, rende ensejo à responsabilização civil pelos danos causados a terceiros.
3. A responsabilidade civil somente é elidida pelo caso fortuito, força maior ou pela culpa exclusiva da vítima, hipóteses essas que não se acham caracterizadas no caso, consoante recai da prova testemunhal e documental.
4. Desnecessidade de perícia no veículo ou no condutor, bem como do ajuizamento de medida cautelar antecipatória de provas, na forma do artigo 846 do Código de Processo Civil.
5. Fixação adequada do valor da indenização, de sorte a permitir a restauração do status quo ante existente antes do acidente. Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto do Juiz Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 9 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

JUIZ GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO: Wilson Péricles Remigio Maciel propôs ação ordinária contra o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER, alegando, em síntese:

- a) no dia 18 de junho de 1995, aproximadamente às 18:15h, conduzia seu veículo Ford F-1000, cabine dupla, na BR-101, na altura do Km 45, quando se deparou "... abruptamente com um buraco na pista de rolamento, sem sinal algum de advertência ou alerta de trânsito e, ao tentar desviá-lo, derrapou e colidiu com objetos fixos que serviam como desvio, razão pela qual o veículo que conduzia capotou..." - fls. 2;
- b) por força do referido acidente, o veículo sofreu danos diversos, cuja reparação importaria a quantia de R\$ 11.208,22 (onze mil, duzentos e oito reais e vinte e dois centavos), conforme orçamento de concessionária autorizada juntado aos autos;
- c) "... o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), autarquia federal que, via de seus agentes ou

empregados, deixou de sinalizar a existência de um buraco aberto na pista de rolamento do local em que se verificou o fato, sem se preocupar com a sorte de quem viesse a se deparar com ele" - fls. 3;

d) em virtude da omissão do réu em relação à sinalização de rodovia cuja administração lhe compete e diante da legislação aplicável, é de se concluir pela obrigação de indenização dos prejuízos sofridos pelo autor.

Na contestação, a autarquia-ré afirma que "... para materializar-se a responsabilidade do Estado, é imperativo que o ato ilegal (sic) tenha sido praticado por elemento ocupante de cargo público" - fls. 23. Na seqüência, diz que não ficou provado que o buraco existente na pista tenha sido provocado por servidores do réu, o que deixa de caracterizar o nexo causal.

Sustenta, também, que pela análise do croquis do acidente deduz-se que o motorista estaria acima da velocidade permitida, ou o mesmo precisaria de correção visual, ou, ainda, os faróis (o sinistro teria acontecido à noite) ou o freio não funcionavam a contento. Argumenta-se, também, que os policiais rodoviários constataram irregularidades nos freios do veículo do autor após o acidente, e que tal falha não poderia ser provocada pelo acidente, já que nos orçamentos apresentados não constam peça relativas ao sistema de frenagem.

No caso em questão, segundo se afirma, ocorreu alguma anormalidade, além do buraco, posto que um documento juntado aos autos teria evidenciado que só ocorreu um acidente no trecho citado pelo autor, e que seria justamente o de que se cuida.

Ao final, sustenta-se que nem o autor nem o veículo sofreram perícia para apurar as condições físicas do condutor e as técnicas da viatura sinistrada. Réplica ofertada às fls. 31/37.

Realizou-se audiência (fls. 65/73), onde houve depoimento pessoal do autor e oitiva de testemunhas.

Em pó, seguiu-se a r. sentença que julgou procedente o pedido para condenar o réu a pagar ao autor a quantia de R\$ 9.343,59 (nove mil, trezentos e quarenta e três reais e cinquenta e nove centavos), que consubstancia o orçamento de valor médio apresentado. Inconformado, o DNER apela, argumentando que no local do acidente não existe "buraco", o que afasta a existência de culpa por parte do réu. Diz ainda que o juiz a quo emprestou mais valor à prova testemunhal do que à documental. Alega que, ainda que existisse obrigação de indenização, dever-se-ia levar em consideração que o apelado vendeu seu veículo sem fazer os consertos; e, consoante revistas especializadas em automóveis, o prejuízo do autor, por ter vendido o carro acidentado, em relação ao valor de mercado do mesmo, caso estivesse em bom estado, seria de apenas R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), e não o valor que o magistrado definiu. Reprisa os demais argumentos já expostos anteriormente e pede a reforma da sentença.

Contra-razões às fls. 99/104.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): Examina-se, na hipótese, a responsabilidade civil do DNER, enquanto Administração Pública, sobre sinistro ocorrido em rodovia federal, em virtude de suposta ausência de sinalização no local do acidente. Sobre o tema responsabilidade civil do Estado, permito-me uma breve reflexão.

Ensina a melhor doutrina que o Poder Público, como qualquer sujeito de direito, obriga-se a reparar os danos que causar ao patrimônio jurídico de outrem, através de comportamentos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, puramente fácticos ou jurídicos.

Acerca desta matéria, dispõe o § 6º do artigo 37 da Constituição da República de 1988:

"Art. 37. § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

A análise do dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. É a tese da responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo.

A teoria do risco administrativo esteia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais.

Entendem-se por agentes públicos aqueles que agem em nome de todas as pessoas de direito público, assim como quaisquer outras de direito privado que, não obstante alheias à estrutura central da Administração Pública, desempenhem funções próprias do Estado, mercê de concessão ou de delegação.

Cabe, ainda, esclarecer que a conduta lesiva ensejadora da responsabilidade estatal pode surgir:

ou em decorrência do próprio comportamento do Estado, que gera o dano;
ou da omissão do Estado perante o evento alheio que causa o gravame, caso em que se caracteriza a falta de serviço;
ou, ainda, por ato que suscite situação propiciatória do dano, que exponha alguém a risco.

Convém ressaltar que a responsabilidade do Estado concretiza-se em ocorrendo um dano juridicamente reparável, além de reclamar ofensa a algo que o ordenamento jurídico reconheça em favor de um sujeito de direito. Neste diapasão, dano juridicamente reparável não pressupõe necessariamente dano econômico, podendo atingir, por certo, o patrimônio moral do indivíduo.

No caso em tela, o Boletim de Ocorrência do Departamento de Polícia Rodoviária Federal (fls. 10/11), acostado ao processado, narra:

"De acordo com as declarações da testemunha e do condutor, o V1 trafegava normalmente em sua mão de direção e, ao tentar desviar de objetos fixos que servem como desvio, o V1 derrapou, colidindo com os mesmos e seguido capotou (sic)". O símbolo "V1" é o veículo acidentado. Abaixo da narrativa supratranscrita, existe a seguinte observação que a autoridade fez constar no boletim: "sinalização inexistente no local". Percebe-se, então, que a ausência de sinalização fica comprovada. O próprio apelante não nega tal, tanto que procura demonstrar a improcedência do pleito fazendo uso de outros argumentos.

Outro importante documento é o de fls. 37. Trata-se de certidão fornecida pelo Departamento de Polícia Rodoviária Federal sobre o número de acidentes ocorridos no trecho em análise da BR-101: vê-se que foram 14 (catorze) ao longo do ano de 1995. Ora, tal fato demonstra que o trecho, de fato, oferece risco aos condutores, em face da ausência de sinalização no local.

A velocidade que o veículo acidentado desenvolvia não era alta. Isso se constata a partir dos depoimentos das testemunhas. Confira-se excertos:

Testemunha: Afonso Paulo Albuquerque do Ó

"... que o autor não poderia vir em alta velocidade, até em razão das condições do local e do fluxo de veículos". - Fls. 69.

Testemunha: Jonas Guimarães de Brito

"... que se o autor estivesse em alta velocidade 'não sobraria ninguém'; que se o autor estivesse a '60 km/h seria muito'". - Fls. 72.

De forma clara exsurge a responsabilidade do DNER. E nem adianta sustentar que policiais rodoviários constataram falha no sistema de frenagem do veículo, visto que isso não ficou comprovado.

O apelante argumenta que não existe buraco no local. Neste ponto, tenho que bem se manifestou o douto sentenciante (fls. 77/78), verbis:

"A única dúvida é relativa à dinâmica do acidente:

se o veículo do autor caiu no buraco existente no local ou se chocou diretamente contra os obstáculos.

Contudo, o detalhe é de somenos importância, pois, de um modo ou de outro, a responsabilidade pela falta de manutenção, sinalização e fiscalização seria do DNER". Com efeito, o que é relevante é saber se o acidente teve como causa a ausência de sinalização seja de buraco, seja de obstáculos ou de quaisquer outras coisas que pudessem pôr em risco o condutor ou o veículo na rodovia.

Saliente-se que, ao tempo dos fatos, cabia ao DNER a guarda, a sinalização, o policiamento e a prática dos demais atos inerentes ao poder de polícia de trânsito e de trânsito nas rodovias federais, pelo que a sua omissão rende ensejo à responsabilização civil pelos danos causados a terceiros.

Sabe-se que a responsabilidade civil somente é elidida pelo caso fortuito, pela força maior, ou pela culpa exclusiva da vítima;

pode ser atenuada pela culpa parcial do lesado no evento danoso, hipóteses essas que não se acham caracterizadas no caso trazido a exame, embora se tente alegar que alguma dessas duas últimas teria acontecido.

O apelante afirma também que um carro não capota em baixa velocidade;

creio que tal alegativa não merece respaldo;

é que, viu-se anteriormente, o veículo do apelado não desenvolvia alta velocidade;

a isso some-se o fato de que as testemunhas disseram que a capotagem era um acontecimento "rotineiro" naquele local.

Igualmente infundadas são as afirmações de que seria imprescindível, no caso, a realização da perícia policial e da vistoria ad perpetuam rei memoriam, na forma do artigo 846 do Código de Processo Civil.

A perícia é desnecessária, pois ficou sobejamente evidenciado que o veículo trafegava em baixa velocidade e que a ausência de sinalização obrigou o condutor a fazer uma manobra brusca no automóvel, o que findou por causar o sinistro em questão.

O mesmo raciocínio vale para a suposta necessidade da medida cautelar antecipada de provas, devendo-se considerar ainda que o processo cautelar tem lugar para garantir a efetividade do processo principal. In casu, o processo principal teve seu trâmite normal, onde se pôde constar de quem foi a culpa na espécie, de modo que a medida cautelar também seria dispensável.

Apenas a título de exemplo, menciono caso em que, de fato, haveria a necessidade do ajuizamento de medida cautelar antecipada de provas:

é a hipótese de Empresa Ferroviária que requer vistoria em casa próxima à ferrovia, cujo desabamento é iminente, para provar que as rachaduras que surgiram no referido imóvel não são decorrência da passagem dos trens. Percebe-se, pois, a importância da vistoria no caso citado, em contraposição com o da hipótese dos autos.

Conclui-se, destarte, que o Estado deu margem à ocorrência de um dano específico, produziu um evento lesivo, o que reclama a aplicação da responsabilidade objetiva, ou seja, a obrigação de indenizar, eis que se identifica, tal como ocorre aqui, o nexo de causalidade entre o comportamento danoso e o dano propriamente dito.

Chega-se a essa ilação a partir da prova dos autos, sejam documentais ou testemunhais.

E, neste aspecto, convém acrescentar que as provas não têm valor maior ou menor;

elas são analisadas livremente pelo magistrado, na forma do artigo 131 do Código de

Processo Civil. Desta maneira, o argumento de que o juiz deu mais valor à prova testemunhal do que à documental, desmerece maiores considerações, ante o que foi explicitado anteriormente.

Vislumbro, portanto, a ocorrência de todos os pressupostos necessários para imputar ao DNER a responsabilidade civil objetiva pela reparação dos danos causados aos autores pela ação negativa de seus agentes (omissão na fiscalização e sinalização do trecho da rodovia que continha obstáculos e buraco).

Neste sentido, vêm se pronunciando os Tribunais pátrios:

"Processual Civil e Administrativo. Procedimento sumaríssimo. Acidente, com danos materiais, ocorrido em estrada federal. Responsabilidade do DNER. Honorários advocatícios.

1. Motorista que dirige automóvel à noite, com todas as cautelas legais, em estrada federal, vindo a colidir com animal vacum, já morto, cujo corpo se encontrava na pista de rolamento.

2. Poucos minutos antes, este animal havia sido atropelado por ônibus de empresa de turismo.

3. Circunstância última que não retira a responsabilidade do DNER pela segurança das rodovias federais, principalmente por ser, in casu, via expressa, devendo a autarquia, não só manter o bom estado das estradas, mas também garantir um transitar seguro.

4. Assim, o fato de não ter o DNER providenciado na vigilância da pista, impedindo a circulação de animais, é suficiente para sua responsabilização, que somente restaria afastada se demonstrado que o evento se deu por culpa exclusiva da vítima ou se situado na esfera do caso fortuito ou da força maior, inocorrentes, na espécie.

5. Honorários advocatícios mantidos.

6. Negado provimento ao recurso".

(TRF - 4ª Região, AC nº 00381-4/RS, Rel. Juiz Osvaldo Alvarez, DJ 01.11.89).

"Administrativo. Responsabilidade objetiva do Estado. Danos patrimoniais. Pensão vitalícia. Danos morais. O preço da dor (pretium doloris). Indenização.

1 - Acidente de veículo com morte de terceiro provocado por preposto da Autarquia - o DNER.

2. Pensão alimentícia mensal devida em razão de a vítima exercer atividade lucrativa, sustentando a casa.

3. O termo a quo da pensão é o dia em que ocorreu o fato, que deu lugar à indenização. O termo ad quem é a data em que a beneficiária completar 65 anos. Entende o relator que a pensão deveria ser paga enquanto o beneficiado vivesse, pois quando envelhece é que mais precisa da pensão, porém, só foi pedida até 70 anos, a sentença fixou em 65, e não houve recurso.

4. Atualização do valor da pensão anualmente, pelo índice de inflação acumulado no período.

5. A dor moral, ainda que não tenha reflexo econômico, é indenizável.

6. Não se paga a dor, mas se aplaca, dando um conforto material, satisfatório, uma compensação para diminuir as agruras da vida, a possibilidade de um maior bem estar, uma forma de 'anestesiá-lo sofrimento'.

7. As indenizações por dano material e dano moral oriundo do mesmo fato são cumuláveis (Súmula 37 do STJ)".

(TRF - 1ª Região, AC nº 004267-5/MT, Rel. Juiz Tourinho Neto, DJ 03.10.97, p. 081589).

"Civil e Administrativo. Responsabilidade objetiva do Estado. Acidente automobilístico determinado por má conservação de autovia federal. Sinalização inexistente. Omissão do poder público. Obrigação de indenizar.

- Ação de indenização proposta contra o DNER fundamentada na inexistência de sinalização adequada em vala de rodovia federal, sujeita a sua fiscalização.

- Responsabilidade objetiva do DNER encarregado da construção, manutenção e fiscalização das estradas de rodagem federais.
- Ato omissivo do poder público que se absteve de tomar as medidas de segurança exigíveis e indispensáveis no sítio da colisão, gera a obrigação de indenizar.
- Responsabilidade objetiva do Estado. Teoria do risco administrativo. Art. 37, XXI, parágrafo 6º, da CF/88.
- Precedentes do STJ e deste eg. Tribunal.
- Indenização devida em favor da viúva até a época em que a vítima, se viva estivesse, completaria 65 anos de idade.
- Provimento parcial da apelação, apenas para limitar a cota devida aos filhos menores, somente até quando completarem 25 anos".
(TRF 5ª Região, AC nº 122775-6/CE, Rel. Juiz Rogério Fialho Moreira - substituto, DJ 28.11.97, p. 103607).

Estando, pois, presentes os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil objetiva do DNER, e, por via de consequência, o dever de indenizar, cumpre examinar o quantum da indenização, que o apelante também contesta, em virtude de alienação do veículo sem a realização de conserto, o que teria dado um prejuízo de apenas R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

O recorrente fundamenta sua divergência em relação ao quantum fixado, tomando por base o valor de mercado do automóvel do apelado em revistas especializadas. Aduz-se que o valor real do veículo seria de R\$ 11.000,00 (onze mil reais) e que o apelado o vendeu por R\$ 9.500,00 (nove mil e quinhentos reais). Logo, o prejuízo teria sido só de R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Mas, deve-se levar em conta ainda que o valor de mercado do veículo foi apurado pelo apelante no final de 1997, e o acidente deu-se em meados de 1995. Ora, sabe-se que à época do sinistro, o automóvel tinha um valor de mercado proporcionalmente maior, visto que encontrava-se com menor depreciação.

A indenização é uma tentativa de restauração do status quo ante. Certamente, com o valor proposto pelo DNER mais o valor de R\$ 9.500,00 (referente à venda do veículo), o autor não conseguiria, hoje, comprar um veículo em igual condições ao que possuía quando do acidente.

Por isso, estou em que foi acertado o valor da indenização, o qual tomou por base um dos orçamentos apresentados, que apontava um valor intermediário em relação aos demais. Isto posto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.
É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 147.326-CE

Relator: O SR. JUIZ **RIDALVO COSTA**

Apelante: FAZENDA NACIONAL

Apelados: VLADIA MARIA DE LIRA GONDIM E OUTROS

Advogado: DR. ANTONIO RODRIGUES DA SILVA (APDOS.)

EMENTA:

Administrativo. Gratificação judiciária (Decreto-lei nº 2.173/84). Art. 2º, § 2º, da Lei nº 7.923/89. Incorporação ao vencimento dos servidores do Poder Judiciário da União. Restabelecimento. Impossibilidade.

- A gratificação judiciária instituída pelo Decreto-lei nº 2.173/84 foi absorvida pelo vencimento básico dos servidores do Poder Judiciário da União em decorrência da Lei nº 7.961/89, que, em seu art. 6º, caput, estendeu expressamente os efeitos do art. 2º da Lei nº 7.923/89 aos servidores do Poder Judiciário, o que torna inviável o seu restabelecimento na forma de parcela autônoma.

- A Lei nº 9.421, de 24 de dezembro de 1996, que criou a carreira dos servidores do Poder Judiciário da União, em seu art. 12, extinguiu a gratificação judiciária para os servidores ocupantes de cargo em comissão, não optantes pela remuneração do cargo efetivo, os únicos que continuaram a auferir normalmente a referida gratificação, por causa de decisão administrativa do STF que entendeu que a referida absorção não havia atingido a remuneração dos cargos em comissão.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à remessa oficial, julgando prejudicada a apelação da União, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 2 de março de 2000 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: Vladia Maria de Lira Gondim e outros, servidores da Justiça Federal de 1º grau, Seção Judiciária do Ceará, ajuizaram a presente ação ordinária visando ao pagamento da gratificação judiciária, instituída pelo Decreto-lei nº 2.173/84, desde que suprimida a partir da Lei nº 7.757, de abril de 1989, até a edição da Lei nº 9.421, de dezembro de 1996, no percentual de 80%, incidente sobre o vencimento do cargo efetivo, com repercussão nas férias, gratificação natalina, abono pecuniário e demais vantagens correlatas.

Sustentaram que a Lei nº 7.757/89, que criou a gratificação extraordinária, em nenhum momento se refere à revogação do Decreto-lei nº 2.147/84, nem à absorção da gratificação judiciária pela extraordinária. Alegaram, ainda, que, se os ocupantes de cargos em comissão continuaram a auferir dita gratificação, é porque ela não fora extinta ou por outra absorvida.

A União contestou a ação alegando, primeiramente, a prescrição do fundo de direito, e, no mérito propriamente dito, que a Lei nº 7.923/89 fez incorporar aos vencimentos dos servidores todas as gratificações até então por eles auferidas, determinando essa extensiva aos servidores do Judiciário por força da Lei nº 7.961/89 e, portanto, impossível o pagamento da gratificação judiciária como parcela autônoma.

A sentença, de início, afastou a prescrição alegada e reconheceu apenas as parcelas vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

Julgou ao final procedente o pedido abraçando a tese de que só a partir do Plano de Carreira do Poder Judiciário, instituído pela Lei nº 9.421, de dezembro de 1996, é que a gratificação judiciária foi extinta, e que, quando fora ela criada em 1984, houve permissão expressa de sua acumulação com outras gratificações, não sendo, pois, seu recebimento incompatível com a gratificação extraordinária da Lei nº 7.757/89.

Apelação da União Federal com os mesmos fundamentos deduzidos na contestação.

Contra-razões às fls. 80/83.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): Buscam os autores, ora apelados, o restabelecimento da gratificação judiciária (Decreto-lei nº 2.173/84), e o respectivo pagamento relativo ao período em que ela fora excluída da remuneração dos servidores do Poder Judiciário da União, em face do advento da Lei nº 7.757/89, até a edição da Lei nº 9.421/96, alegando que a referida gratificação não fora extinta nem incorporada à

remuneração dos servidores antes da implantação do Plano de Carreira e Salário do Judiciário da União, que se deu em janeiro de 1997, em decorrência da edição desse último diploma legislativo.

Para eles, apelados, a Lei nº 7.757/89, que instituiu a gratificação extraordinária, em nenhum momento teria determinado a incorporação da gratificação judiciária ao vencimento do cargo efetivo, nem a sua extinção.

Na verdade, não foi a Lei nº 7.757/89 que promoveu a mencionada incorporação, mas sim a Lei nº 7.961, de 21 de dezembro de 1989, que estendeu aos servidores do Poder Judiciário, dentre outros, os efeitos do art. 2º da Lei nº 7.923/89, o qual, em seu § 2º, estabelecia o seguinte:

"Art. 2º (...)

§ 1º. (...)

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

Dessa forma, a partir da supracitada Lei nº 7.923/89, melhor dizendo, da Medida Provisória nº 95, de 24.10.89, posteriormente reeditada e convertida naquela lei, todas as gratificações, auxílios, abonos, adicionais e indenizações pagas ao funcionalismo público foram absorvidas pela retribuição constante da tabela de vencimentos inserida na referida lei, sem que deste elenco fosse excluída a pretendida gratificação judiciária.

Tal dispositivo, embora destinado, a princípio, aos servidores do Poder Executivo, teve determinação expressa de aplicação aos servidores do Poder Judiciário da União por conta da Lei nº 7.961, de 21 de dezembro de 1989, que, em seu art. 6º, também estendeu a eles a gratificação extraordinária da Lei nº 7.757, de 24 de abril de 1989, inicialmente restrita aos servidores do Tribunal Federal de Recursos e da Justiça Federal de 1ª instância.

Não procede o fundamento da sentença de que a Lei nº 7.923/89 tinha como destinatários específicos os servidores do Poder Executivo Federal, e só no que coubesse aplicar-se-ia as suas disposições aos servidores do Judiciário, porque, a meu ver, tal interpretação mostra-se casuística, já que não há como submeter os servidores do Judiciário da União apenas aos favores da lei, no caso representados pelos reajustes nela contidos (arts. 1º e 2º), e, sem qualquer justificativa razoável, exonerá-los da parte gravosa da lei, que seria a incorporação da gratificação judiciária à remuneração fixada na tabela respectiva.

Note-se, ainda, que, como consequência da absorção das gratificações, ocorreu um acréscimo na ordem de 150% sobre os vencimentos dos servidores, observado nas tabelas em anexo à lei, o que justificou e compensou plenamente as gratificações incorporadas, não constituindo nenhum decurso na remuneração total dos servidores.

Ao contrário, relembro perfeitamente que, à época da Lei nº 7.923/89, não havia vivido o funcionalismo público na sua história mais recente período de igual ventura, tanto é verdade que na ocasião não se pensou em questionar a incorporação da gratificação judiciária, por evidente melhoria patrimonial dos servidores.

Se existe hoje defasagem nos vencimentos dos apelados, esse fato, decerto, não é por causa da ausência da gratificação judiciária paga em parcela autônoma.

A Terceira Turma deste Tribunal trilha a mesma linha aqui traçada, conforme o seguinte acórdão:

"Administrativo. Servidores públicos federais. Gratificação judiciária. Decreto-lei nº 2.173/84. Incorporação aos vencimentos, face à dicção da Lei nº 7.923/89. Extensão aos servidores do Poder Judiciário. Lei nº 7.961/89. Inocorrência de violação ao direito adquirido e à irredutibilidade de vencimentos. Legalidade. Impossibilidade de pagamento na forma de parcela autônoma. Apelo improvido.

1. Pode a Administração Pública, por decorrência de lei, extinguir, mediante incorporação ou substituição, determinadas vantagens pecuniárias concedidas aos servidores públicos, sem que disso resulte violação a direito adquirido.

2. A gratificação judiciária, instituída pelo Decreto-lei nº 2.173/84, foi incorporada ao vencimento básico dos servidores do Poder Judiciário da União, nos termos do § 2º do art. 2º da Lei nº 7.923/89, descabendo o restabelecimento de seu pagamento na forma de parcela autônoma.

3. Descabe alegar isonomia de vencimentos, pois inexistente previsão legal autorizatória do acolhimento da pretensão, bem como por não haver equivalência entre as atribuições funcionais dos servidores ocupantes de cargos efetivos e os ocupantes de cargos de direção e assessoramento superiores - DAS.

4. Consoante a Súmula 339 do STF, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob o fundamento de isonomia.

5. Apelação improvida".

(AC nº 101.293 - PB, Rel. Juiz Geraldo Apoliano, julg. 08.05.97, pub. 08.06.98).

Antes do julgamento acima referido, já havia sido relatado por mim acórdão em que também se discutia o restabelecimento da gratificação judiciária, só que com argumentos diversos do aqui expostos, cujo resultado, porém, foi no mesmo sentido de negar a pretensão deduzida em juízo:

"Administrativo. Gratificação judiciária. Restabelecimento. Improcedência.

A gratificação judiciária foi absorvida pelo vencimento básico dos servidores do Poder Judiciário da União, o que torna inviável o seu restabelecimento na forma de parcela autônoma.

Não há que se falar em tratamento isonômico entre servidores efetivos e ocupantes de cargo em comissão de Direção e Assessoramento Superiores (DAS)".

(AC nº 77.153 - PE, Rel. Juiz Rivaldo Costa, julg. em 09.05.96, publ. 31.05.96).

Inaceitável, também, a tese de que só com o advento da Lei nº 9.421/96, que instituiu o Plano de Carreira dos Servidores do Poder Judiciário, é que a gratificação judiciária teria sido extinta, em razão do que dispõe o seu artigo 12:

"Art. 12. Ficam extintas, para os integrantes das carreiras judiciárias, a gratificação de que trata o Decreto-lei nº 2.173, de 19 de novembro de 1984, para os servidores não abrangidos pelo disposto no § 2º do art. 2º da Lei nº 7.923, de 12 de dezembro de 1989, a vantagem pessoal a que se refere o art. 13 da Lei nº 8.216, de 13 de agosto de 1991, bem como as gratificações criadas pelo Decreto-lei nº 1.445, de 13 de fevereiro de 1976, alterado pelo de nº 1.820, de 11 de dezembro de 1980, e nº 2.365, de 27 de outubro de 1987". (Grifei)

O dispositivo acima extinguiu a gratificação judiciária para aqueles servidores que não tinham sido abrangidos pela Lei nº 7.923/89, ou seja, os servidores ocupantes de cargos em comissão que não auferiam a remuneração do cargo efetivo.

Explicando melhor, quando foi criada a gratificação judiciária, através do Decreto-lei nº 2.173/84, o Supremo Tribunal Federal, em face do poder conferido pelo Anexo II do citado diploma legal, editou o Ato Regulamentar nº 10/84, o qual, entre outros disciplinamentos, estendeu a gratificação referida aos servidores ocupantes de cargos comissionados, por estar assente que seriam eles, também, funcionários públicos federais do Poder Judiciário da União, beneficiários, então, da gratificação judiciária.

Com o advento da Lei nº 7.923/89, resolveu então o STF manter a gratificação judiciária como parcela integrante da remuneração do cargo de DAS, sob a alegação de que a absorção das gratificações pelas tabelas remuneratórias da Lei nº 7.923/89, bem como o aumento ali verificado, não teria atingido a remuneração dos cargos em comissão.

Assim, fica claro que com a Lei nº 9.421/96 foi extinta a gratificação judiciária para aqueles servidores ocupantes de cargo em comissão que a vinham auferindo

normalmente, e não para os servidores ocupantes de cargos efetivos, cuja gratificação judiciária já havia sido incorporada às suas remunerações.

Assinale-se, finalmente, que se a Administração da Justiça Federal de 1º grau suprimiu o pagamento da gratificação judiciária, já a partir do instante em que foi criada a gratificação extraordinária pela Lei n.º 7.757/89, ou seja, desde abril de 1989, como alegado pelos apelados, incorreu ela em erro, pois, como visto, a gratificação judiciária só deixou de ser paga como parcela autônoma a partir de outubro de 1989, em face da Medida Provisória nº 95/89, reeditada, em novembro, pela MP nº 106/89, e convertida, em dezembro, na Lei nº 7.923/89.

Entretanto, não havendo prova de que a gratificação judiciária deixou de ser paga pela Administração desde que foi criada a gratificação extraordinária pela Lei nº 7.757, em abril de 1989, não poderia, também, prosperar o pleito de restabelecimento da gratificação judiciária no período que medeia o advento da Lei nº 7.757/89 e a MP nº 95/89.

Ademais, mesmo que tal tivesse ocorrido, referidas parcelas teriam sido atingidas pela prescrição quinquenal.

Ante o exposto, dou provimento à remessa oficial para julgar improcedente o pedido exordial, julgando prejudicada a apelação da União.

Condeno os autores, ora apelados, ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que fixo no valor R\$ 600,00 (seiscentos reais).

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 157.934-CE

Relator: O SR. JUIZ **PETRUCIO FERREIRA**

Apelante: DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS CONTRA AS SECAS - DNOCS

Apelada: ANTONIA BATISTA DOS SANTOS

Advogados: DRS. ANA AMELIA LEITE DE BRITTO E OUTROS (APTE.) E CÉSAR AUGUSTO CAMPOS DE ALENCAR (APDA.)

EMENTA:

Previdenciário. Pensão por morte. União estável. Preliminares. Litisconsórcio passivo necessário da União Federal. Inexistência. Descabimento de intervenção do Ministério Público. Prova testemunhal. Cabível.

1. Inexistindo qualquer comunhão de direitos e obrigações da União Federal relativos à lide, não há falar-se em litisconsórcio passivo da mesma.
2. Reconhecendo a Constituição Federal a união estável como uma célula familiar, erigiu o concubinato no mesmo patamar do casamento civil, porém não o transformou em casamento, nem lhe atribuiu as mesmas qualidades e exigências atinentes ao mesmo, pois, inclusive, não há falar-se em concubinato, em tese, como estado civil, como ocorre com o casamento e, assim sendo, desnecessária é a interveniência do Ministério Público Federal.
2. Provam-se fatos controvertidos, relevantes e determinados, ressaltando-se que a existência destes jamais pode ser relegada, sendo de apurar-se, por qualquer meio de prova permitido, desde que lícito, uma vez que a lei não fixa hierarquia entre os meios de prova.
3. Não se pode desprezar a prova testemunhal quando, na grande maioria das vezes, é o único meio hábil de se provar determinado fato, de modo a se chegar à verdade real.
4. Preliminares rejeitadas.
5. Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito, também à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Juiz Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 15 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA: O Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - DNOCS apela da decisão da MM. Juíza Germana de Oliveira Moraes, 3ª Vara/CE, que julgou procedente o reconhecimento de união estável entre Antônia Batista dos Santos e Joari Gonçalves de Oliveira, até o falecimento deste, condenando o DNOCS a conceder à autora o benefício de pensão por morte.

Em razões de apelo, o DNOCS, requerendo a reforma da sentença, traz preliminares de nulidade processual em razão da ausência da União Federal como litisconsorte passiva, bem como a não intervenção do Ministério Público no litígio. No mérito, alega ser inadmissível a prova tão-somente testemunhal em face do comando legal específico, que exige a designação formal pelo servidor/companheiro da condição de convivência de união estável e dependência econômica, o que não restou demonstrado na presente espécie.

Contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA (Relator): Cuida a matéria de pensão por morte, onde a MMa. Juíza Germana de Oliveira Moraes, 3ª Vara/CE, julgou procedente o reconhecimento de união estável da autora, condenando o Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - DNOCS a conceder o benefício ora em questão.

Em razões de recurso, o DNOCS argúi preliminares de nulidade processual, em face da ausência da União Federal como litisconsorte passiva, bem como a não intervenção do Ministério Público no litígio, as quais cumpre analisar primeiramente.

I - AUSÊNCIA DA UNIÃO FEDERAL COMO LITISCONSORTE PASSIVA.

Importa observar, para o deslinde da presente questão, identificar se há necessidade, ou não, da União Federal integrar a lide na qualidade de litisconsorte passiva necessária. Em cuidando do instituto do litisconsórcio, preceituam os arts. 46 e 47, caput, do CPC, in verbis:

"Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;

II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;

III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;

IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito".

"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".

A Lei 8.112/90, que instituiu o Plano de Seguridade Social para o servidor público civil e sua família, dando assim normas às garantias previstas na vigente Constituição Federal, em seu art. 183, dispõe que a "União manterá Plano da Seguridade Social para o servidor e sua família", estabelecendo, expressamente, o § 1º do art. 185, que:

"Art. 185.....

§ 1º As aposentadorias e pensões serão concedidas e mantidas pelos órgãos ou entidades aos quais se encontram vinculados os servidores, observado o disposto nos arts. 189 e 224".

Sobre o referido artigo e seu parágrafo primeiro, Ivan Barbosa Rigolin, em seu Comentários ao Regime Único dos Servidores, 2ª edição, Saraiva, assevera:

"O § 1º do artigo estabelece como regra geral que os benefícios pecuniários das aposentadorias e das pensões serão determinados e mantidos pelos órgãos ou entidades aos quais se encontrem vinculados os servidores, observando-se o disposto nos arts. 189 e 224. Tal significa que o servidor da Administração direta, por exemplo do Executivo Federal, será por ele aposentado, como o de uma fundação o será por ela, devendo o órgão que concedeu a aposentadoria mantê-la, regularmente, enquanto não houver ensejo para suspensão ou cancelamento do benefício. Com isso, a Lei 8.112 descaracteriza a responsabilidade da concessão, como da manutenção, de aposentadorias e pensões, ainda que por fim todas elas recaiam sobre o tesouro nacional, devendo constar do orçamento federal. De cada orçamento individual das entidades componentes da Administração Federal, ou de cada parte da lei orçamentária nacional referente a cada poder da União, constará, evidentemente, recurso para a manutenção dos benefícios a que se refere o parágrafo".

Assim sendo, patente é que o próprio órgão a que se vinculava o segurado falecido, inserido no Plano de Seguridade Social, é que é responsável direto pelo recolhimento e pagamento de seus segurados, inexistindo, assim, qualquer comunhão de direitos e obrigações relativos à lide e a União Federal, de modo que não há falar-se em integração da mesma na qualidade de litisconsorte passiva.

II - AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO LITÍGIO

Quanto à alegação de nulidade do processo pela ausência da intervenção do MPF no presente feito, importa observar que tal intervenção é exigida em toda e qualquer ação de estado, em termos, quer de preservar o casamento, ou de defender a filiação, entre outras. É verdade que no momento em que a Constituição Federal erigiu o concubinato, em termos, ao status do casamento, é se tentado a ter-se o concubinato como um verdadeiro estado civil e que prestando-se, tal qual ocorre com o casamento, a abrigar uma célula familiar, pode-se chegar à conclusão de que da mesma forma que o MPF há de intervir nas ações de estado onde a matéria tratada é a própria sociedade conjugal, também haveria aquele Órgão Ministerial de intervir nas ações atinentes a situações concubinatórias. Entendo ser equivocada tal posição e assim a tenho em razão do próprio móvel que determinou a modificação em nossa Constituição em relação ao concubinato. É que, como já tive oportunidade de registrar em um voto prolatado junto ao TRE de Pernambuco, a nossa Constituição Federal preferiu, de modo claro insofismável, mais do que proteger o casamento civil, proteger a própria família, como célula mater da sociedade, e dentro de tal eleição, em prestígio à família, já não mais passou a ser preocupação do Estado o modo como se constitui tal família, se através dos laços do casamento civil, se, exclusivamente, dos laços do casamento religioso, ou se mediante uma simples união estável entre duas pessoas, que decidiram em tal união constituir uma família. Assim ocorrendo, força reconhecesse que ao erigir a Constituição Federal o concubinato ao mesmo patamar do casamento civil, não transformou o concubinato em casamento, mas sim, em razão do fato do mesmo se apresentar, tal qual ocorre com o casamento, como uma célula familiar, exatamente em razão de tal o prestigiou. Assim sendo, não há de atribuir-se ao concubinato, pelo fato do mesmo ser erigido, em termos de sede celular da família, ao mesmo patamar de casamento, as mesmas qualidades e exigências atinentes ao casamento, pois, inclusive, não há falar-se em concubinato, em tese, como estado civil, como ocorre com o casamento e, assim sendo,

não existe a necessária interveniência do MPF nas ações onde se envolvam relações concubinárias.

Nesse sentido se houve a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, in verbis: "CONCUBINATO - Ação a ele relativa - Descabimento de intervenção do Ministério Público - Sociedade de fato que, embora com maior proteção conferida pela CF (art. 226, § 3º), não erigiu à condição símile do casamento - Hipótese, portanto, não prevista no art. 82 do CPC". (AI 157.601-1/8 -SP, j. 23.10.91 - Rel. Des. Sousa Lima).

Por todo exposto, rejeito a preliminar de nulidade processual.

Passando à análise meritória, verifica-se que as provas trazidas pela autora, (fls. 06, 41-45) provas essas documentais e testemunhais, são suficientes para a qualificação da união estável da autora, ora apelada. Ademais, há de observar-se o disposto no art. 20, inciso XVI, do Decreto 611/91, a seguir transcrito:

"Art. 20. A qualificação de companheira ou companheiro decorre de comprovação da existência de união estável com o segurado ou segurada, por ocasião do óbito, na forma do disposto nos §§ 5º e 6º do art. 13, considerando-se para esse efeito os seguintes documentos:

.....
XVI - qualquer outro elemento que possa levar à convicção do fato a comprovar.

Portanto, não merece acolhimento a arguição da autarquia com relação à não existência de união estável da autora, tendo em vista que as provas trazidas aos autos demonstram a qualidade de companheira, bem como a presunção legal de dependência econômica da mesma.

Inadmissível também a alegação de que a prova exclusivamente testemunhal não é válida para obtenção do benefício, posto que a prova testemunhal há de ser examinada à luz dos argumentos que se seguem:

Os art. 131 e 332 do CPC estabelecem que:

"Art. 131 - O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

"Art. 332 - Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa".

Em comentando o art. 131, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, em seu Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, assim dispõem:

"Quando a lei estabelece que somente por determinado meio de prova um fato é vedado ao juiz considerá-lo provado por outro meio, por mais especial que seja. O estado da pessoa, por exemplo, somente se prova mediante certidão do cartório do registro civil. Não pode o juiz considerar provado casamento, quando a demonstração desse fato tiver sido feita por testemunhas ou documentos que não a certidão do registro civil.

Pontes de Miranda, comentando o art. 131 do CPC, em seu Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo II, atualizado por Sérgio Bermudes, esclarece:

"f) O princípio da apreciação livre da prova, segundo o qual os meios e motivos de prova (salvo regra legal especial, de direito material ou formal) são todos, e não só alguns; pois não é exaustiva a lista das leis processuais, que apenas se referem às provas principais ou mais usadas, e não existe teoria legal da prova".

"... A livre apreciação não vai até às presunções legais, porque essas se referem ao tema da prova, e não à sua estimação;

"

"Os chamados meios de prova de direito material escapam à regra jurídica do art. 131". Verifica-se, pois, que a regra, no tocante à prova, obedece ao princípio da liberdade ou da

livre admissibilidade da prova. Entretanto, em caráter excepcional, a lei exige determinada prova para certo fato e as pessoas que de tais fatos pretendam extrair conseqüências jurídicas terão de fornecer a prova especial dele. Esta é a regra.

O STJ, julgando o Recurso Especial 55438/94, tendo por Relator o Min. Luiz Vicente, proferiu decisão cuja ementa do acórdão assim se houve:

"REsp - Constitucional - Previdenciário - Prova - Lei nº 8.213/91 (art. 55, parágrafo 3º) - Decreto nº 611/92 (arts. 60 e 61) - Inconstitucionalidade.

O Poder Judiciário só se justifica se visar à verdade real. Corolário do princípio moderno de acesso ao Judiciário. Qualquer meio de prova é útil, salvo se receber o repúdio do Direito. A prova testemunhal é admitida. Não pode, por isso, ainda que a lei o faça, ser excluída, notadamente quando for a única e hábil a evidenciar o fato. Os negócios de vulto, de regra, são reduzidos a escrito. Outra, porém, a regra geral quando os contratantes são pessoas simples, não afeitas às formalidades do Direito. Tal acontece com os chamados 'bóias-frias', muitas vezes, impossibilitados, dada a situação econômica, de impor o registro em carteira. Impor outro meio de prova, quando a única for a testemunhal, restringir-se-á a busca da verdade real, o que não é inerente ao direito justo. Evidente a inconstitucionalidade da Lei nº 8.213/91 (art. 55, § 3º) e do Decreto nº 611/92 (arts. 60 e 61)".

Nelson Nery Júnior, comentando o art. 332 do CPC, na obra supracitada, assim dispõe quanto à verdade real e à verdade formal:

"O ideal do direito é a busca e o encontro da verdade real, material, principalmente se o direito sobre o que versam os autos for indisponível. No Direito Processual Civil brasileiro vige o princípio do livre convencimento motivado do juiz (CPC, 131), mas sempre com o objetivo de buscar a verdade real. Contudo, o sistema processual civil admite, para o julgamento, a verdade formal, salvo os casos de direito indisponível, como já se disse, ou daqueles em que se exige prova legal, cuja valoração o legislador prefixa".

Verifica-se, de tal comentário, que o sistema processual civil admite a verdade formal. Tal entendimento é indiscutível. Entretanto, verifica-se que, em matéria de prova, seu objeto são os fatos. Provam-se os fatos controvertidos, relevantes e os fatos determinados e a existência de tais fatos jamais pode ser relegada devendo ser apurada, por qualquer meio de prova permitido, desde que lícito, uma vez que a lei não fixa hierarquia entre os meios de prova. Não se pode, pois, desprezar a prova testemunhal quando, na grande maioria das vezes, é o único meio hábil de se provar determinado fato, de modo a se chegar à verdade real.

Da Constituição Federal, pode-se destacar o princípio do contraditório e da ampla defesa, art. 5º, LV;

o princípio da liceidade dos meios de prova, art. 5º, LVI, e o princípio da inafastabilidade da jurisdição, inciso XXXV, do mesmo art. 5º, que determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Tais princípios não restringem os meios de prova, ao contrário, garantem a existência de qualquer prova, mesmo a testemunhal, que, isoladamente, seja idônea a evidenciar fato juridicamente relevante. Ante o exposto, rejeito as preliminares e nego provimento à apelação e à remessa oficial. É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 158.087-RN

Relatora: A SRA. JUÍZA **MARGARIDA CANTARELLI**

Apelante: TEREZINHA FERREIRA MENDONÇA

Apelados: DIVA SOARES DA CRUZ E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogados: DRS. ROBERTO ZILVAN T. DE ALBUQUERQUE (APTE.) E MÁRCIA REGINA MARQUES DOS SANTOS E ANA MARIA DE PAIVA DUMARESQ E OUTROS

(APDOS.)

EMENTA:

Previdenciário. Constitucional. Pensão por morte. Companheira. Convivência. Dependência econômica. Comprovação. Divisão da pensão com a viúva.
- A jurisprudência pátria tem adotado o entendimento de que comprovada a convivência e a dependência econômica deve ser reconhecido à companheira o direito de perceber a cota parte da pensão por morte.
- Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 158.087-RN, em que são partes as acima mencionadas, acorda a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado. Custas, como de lei.
Recife, 2 de março de 2000 (data do julgamento).
JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI - Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI: Diva Soares da Cruz, qualificada nos autos, ajuizou ação contra o INSS, pleiteando o reconhecimento de união estável de 19 (dezenove) anos por ela mantida com o suboficial falecido Raimundo Pinto de Mendonça, a fim de obter o correspondente à cota parte da pensão por morte do mesmo, mais as parcelas atrasadas, acrescidas de juros e correção monetária.
O MM. Juiz a quo julgou o pedido procedente. Inconformada, apela Terezinha Ferreira Mendonça, viúva do falecido, às fls. 86/90.
Após contra-razões, subiram os autos a esta Corte, sendo-me conclusos por distribuição. Peço a inclusão do feito em pauta.
É o relatório.

VOTO

A SENHORA JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI (Relatora): Cuida-se de apelação de sentença que julgou procedente a ação, que visa ao reconhecimento de união estável, a fim de obter o correspondente à cota parte da pensão por morte do suboficial Raimundo Pinto de Mendonça, mais as parcelas atrasadas, acrescidas de juros e correção monetária.
O MM. Juiz monocrático, com base nas provas testemunhais trazidas aos autos, julgou procedente o pedido, condenando o INSS a pagar e dividir a pensão percebida pela viúva do suboficial supra mencionado com a ora apelada.
Apela a viúva do segurado falecido, alegando que não lhe foi assegurado o contraditório e a ampla defesa.
Compulsando os autos, verifica-se que agiu corretamente o MM. Juízo monocrático, uma vez que não é porque a matéria discutida nos autos envolve questão de direito e de fato que o Julgador vai estar obrigado a proceder à instrução probatória, pois, entendendo suficiente as provas apresentadas pelas partes, pode julgar antecipadamente a lide, não constituindo tal procedimento cerceamento de defesa.
A matéria ora tratada, ou seja, o reconhecimento da autora como ex-companheira do segurado falecido por mais de dezenove anos, está provada de forma clara nos depoimentos de fls.43/46 dos autos, sendo, portanto, suficiente para formar a convicção

quanto à vida em comum do ex-segurado com a autora e sua dependência econômica. A evolução social em que vivemos em matéria de família foi sabiamente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, quando esta reconheceu a união estável entre homem e mulher como entidade familiar a ser protegida pelo Estado (art. 226, § 3º). O Plano de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/91) assegura, igualmente, o direito da companheira à percepção de pensão por morte (art. 16, I).

Diante desta realidade, a jurisprudência pátria tem adotado o entendimento de que, comprovada a convivência e a dependência econômica, deve ser reconhecido à companheira o direito de perceber a pensão por morte. No caso em tela, restou evidenciado que a autora dependia economicamente dos recursos do ex-segurado. A renda familiar foi alterada com a supressão do referido benefício.

Sobre o assunto, destaco algumas ementas de julgados do E. STJ, in verbis:

"Previdenciário - Pensão por morte - Ex-companheira - Requisitos.

1 - A valoração da prova exclusivamente testemunhal da dependência econômica e do concubinato de ex-segurado é válida se apoiada em indício razoável de prova material.

2 - recurso não conhecido".

(REsp 142601/PE Ministro Edson Vidigal).

"Recurso especial. Administrativo. Pensão estatutária. Beneficiária não designada.

Comprovação da convivência estável. Inteligência do art. 217, I, c, Lei 8.112/90. Violação não caracterizada.

- O supracitado dispositivo deve ser interpretado em consonância com o princípio constitucional da igualdade, por isso que, comprovada a união estável despiendo se torna o ato formal de designação, considerando-se que o que se busca com o benefício pretendido é a proteção da família constituída pelo falecido.

Recurso improvido".

(REsp 176405/RS Ministro José Arnaldo da Fonseca).

Diante do exposto, nego provimento ao apelo.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 166.390-RN

Relator: O SR. JUIZ **NEREU SANTOS**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: ADRIANA ALVES DA SILVA, REP. P/ SEVERINA ALVES DA SILVA (INCAPAZ)

Advogados: DRS. SÉRGIO HENRIQUE DIAS GARCIA E OUTROS (APTE.) E LÚCIO DE OLIVEIRA SILVA (APDA.)

EMENTA:

Previdenciário e Constitucional. Amparo previdenciário. Portadora de deficiência.

- É devido o pagamento do amparo social ao portador de deficiência que comprove não possuir meios de prover sua manutenção ou de tê-la provida por sua família. Inteligência do art. 203, V, da CF/88, regulamentada pela Lei nº 8.742/93 e pelo Decreto nº 1.744/95.

- Apelação do INSS e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 17 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: Trata-se de ação ordinária proposta por Adriana Alves da Silva, rep. p. Severina Alves da Silva (incapaz), contra o INSS, com o objetivo de receber 01 (um) salário mínimo mensal a título de amparo social para pessoa portadora de deficiência mental.

O representante do Ministério Público, no seu parecer, fls. 33/34 e 51/60, opinou pela procedência do pedido.

O INSS ofereceu contestação, aduzindo que o procedimento do pedido administrativo da autora foi desfavorável, uma vez que o parecer médico do órgão concessório concluiu pelo indeferimento do pedido, sob o fundamento de que as condições de deficiência da autora não se enquadravam no disposto no art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93.

O MM. Juiz a quo julgou procedente o pedido, condenando o INSS no pagamento do benefício previsto na Lei nº 8.742/93, regulamentada pelo Decreto nº 1.744/95, a partir do trânsito em julgado da sentença.

O INSS apela da sentença, requerendo a sua reforma, sob a alegação de que não se comprovou a deficiência da autora.

Oferecidas as contra-razões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): A questão debatida no presente recurso versa sobre a comprovação da deficiência da autora, bem como sobre sua possibilidade de manutenção.

O amparo social está previsto no art. 203, V, da Carta Magna de 1988, na seção correspondente à assistência social, in verbis:

"Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

.....
V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei".

Com a edição da Lei nº 8.742/93, Lei Orgânica da Assistência Social, que regulamentou o referido art. 203, V, da CF/88, restou devido um salário mínimo mensal à pessoa deficiente e ao idoso que comprovar não possuir condições de prover sua manutenção ou de tê-la provida por sua família, nos termos do art. 2º da referida lei, in verbis:

"Art. 2º. A assistência social tem por objetivos:

.....
V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei".

Por esta razão, o disposto no art. 203, V, da Carta Magna/88, tem eficácia contida, pois sua regulamentação só foi efetivada com a edição da referida Lei nº 8.742/93 e do Decreto nº 1.744/95.

Quanto ao termo inicial do benefício, considerando que há necessidade de comprovação de requisitos legais, entendo que só é devido após o requerimento administrativo.

Foi nesse sentido o posicionamento jurisprudencial desta 3ª Turma no julgamento da AC nº 148185/AL, em 17.12.98, cujo relator foi o MM. Juiz Geraldo Apoliano, in verbis:

"EMENTA: Constitucional e Previdenciário. Benefício de prestação continuada. Artigo 203, inciso V, da Constituição Federal. Norma de eficácia limitada. Lei nº 8.742, de 1993, e Decreto nº 1.744, de 1995. Diplomas regulamentadores do dispositivo constitucional.

Autora já em gozo do benefício. Pleito referente a parcelas anteriores ao requerimento administrativo.

1. O artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, que assegura o pagamento de benefício de prestação continuada à pessoa portadora de deficiência ou ao idoso que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, é norma de eficácia limitada.

2. A Lei nº 8.742, de 1993, e o Decreto nº 1.744, de 1995, constituem os diplomas regulamentadores do dispositivo constitucional, e prevêm, como condições para a aquisição do benefício, a apresentação de uma série de documentos, tais como a comprovação da renda familiar.

3. A obtenção do benefício somente foi possível por todos aqueles que preenchem os requisitos legais a partir da edição da Lei nº 8.742/93.

4. Tendo em vista que a autora já percebe o benefício de prestação continuada, cujo pagamento teve vigência a partir de 05.12.96, após o requerimento administrativo, não faz jus a receber qualquer parcela do citado benefício relativa a período anterior à provocação administrativa.

5. A concessão do benefício sob enfoque somente tem seus efeitos contados a partir da data do requerimento.

6. Apelação da autora improvida. Apelação da União Federal provida. Remessa oficial parcialmente provida". (Pub. 30.04.99; DJ, p. 001089).

No presente caso, o MM. Juiz a quo determinou que o pagamento do benefício fosse a partir do trânsito em julgado da sentença, fls. 38.

Quanto à deficiência mental da autora, entendo que está devidamente comprovado através do exame pericial constante às fls. 11/12, bem como do termo de interdição constante às fls. 09, do termo de curatela constante às fls. 17, bem como da carta de sentença constante às fls. 13/14.

O próprio Instituto Previdenciário, no laudo de avaliação, fls 29, informa que a autora é portadora de deficiência mental, "com precária capacidade de socialização e aprendizado".

Quanto as suas condições de manutenção, verifico, às fls. 08, atestado de pobreza, emitido pela Delegacia de Polícia e assinado por duas testemunhas, além do atestado do próprio INSS, fls. 28, onde consta a informação de que os pais da autora não possuem rendimentos.

Por todas essas razões, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 175.650-CE

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelados: ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA DOS SÍTIOS CAIÇARA E UMARI/CE E OUTROS E ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE HUGO PINHEIRO E OUTRO

Advogados: DRS. FRANCISCO DE CASTRO E SILVA E OUTROS (APTE.) E LUIZ AFONSO DINIZ JÚNIOR E ANTÔNIO EIMAR DE LIMA (APDOS.)

EMENTA:

Constitucional. Administrativo. Funcionamento de emissora de radiodifusão sonora. Rádio comunitária. Necessidade de outorga. Ação cautelar. Fumus boni juris. Ausência. - O Estatuto Político assegura à União competência para "explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens" (art. 21, XII, a) e atribui competência ao Poder Executivo para "outorgar

e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal (art. 223).

- Compete, assim, à União, nos termos da legislação acima referida, fiscalizar os serviços de radiodifusão por ela concedidos ou autorizados, através de seus órgãos próprios, estando o funcionamento das estações de radiodifusão subordinado à prévia licença, que será expedida depois de verificado o cumprimento de todas as exigências legais.
- Ausência da aparência de bom direito para a concessão da tutela cautelar.
- Apelação e remessa oficial providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 10 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: A União volta-se contra r. sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Ceará que, em ação cautelar ajuizada pela Associação Comunitária dos Sítios Caiçara e Umari/CE e outros julgou procedente o pedido, determinando o livre funcionamento das emissoras de radiodifusão (Rádios Comunitárias) dos requerentes.

Aponta, preliminarmente, a irregularidade de representação em relação ao litisconsorte Associação Cultural de Água Fria.

Afirma que os serviços de radiodifusão dependem de autorização da autoridade competente, na forma dos arts. 21, XII, a, e 223 da Constituição vigente, e, ainda, da Lei 9.612/98.

Argumenta não merecer guarida a alegação de que a exigência do beneplácito da autoridade para a prestação do serviço fere a liberdade de expressão, posto que esta é restrita àqueles possuidores dos requisitos exigidos pela lei para a execução da aludida atividade. Acrescenta que a baixa potência dos transmissores não pode servir de justificativa à inobservância das normas, vez que não fica descaracterizada a sua condição de emissora.

Sem contra-razões da parte apelada, subiram os autos.

Sentença sujeita ao duplo grau.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): A União aponta, preliminarmente, irregularidade de representação da litisconsorte Associação Cultural de Água Fria. Não acolho tal preliminar. A procuração apresentada cumpre a sua finalidade de estampar a delegação, pela parte, de poderes representativos aos seus patronos. Passo ao mérito.

O cerne da questão está na necessidade ou não da outorga do Poder Público, através de órgão regulador próprio, para o funcionamento das denominadas Rádios Comunitárias, assim entendidas como emissoras de pequeno porte, de baixa potência e pouco alcance, operando em frequência modulada, que devem ser outorgadas a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos e com sede na localidade da prestação.

É a própria Constituição Federal, no capítulo da "Comunicação Social", que, no seu art. 223, expressamente estabelece:

"Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal".

Tratando da competência da União, em seu art. 21, nos incisos XI e XII, a Carta de 88, embora tenha feito distinção entre os serviços de telecomunicações dos de radiodifusão sonora e de sons e imagens, para ambos estabeleceu que a exploração de tais serviços seria feita diretamente pela União ou mediante autorização, concessão ou permissão. Assim, deve ser aplicada ao caso a regulamentação da Lei nº 9.612/98, instituidora do Serviço de Radiodifusão Comunitária, que, entre outras disposições, determina a observância da Lei nº 4.117/62.

Não há dúvida quanto à necessidade de autorização para funcionamento do serviço, pois, já no seu art. 1º, a Lei 9.612/98 predica que o serviço de Radiodifusão Comunitária só poderá ser prestado pelas Fundações e Associações Comunitárias, sem fins lucrativos, mediante outorga do Poder Público. No mesmo sentido dispõe o art. 6º do diploma legal em referência:

"Art. 6º. Compete ao Poder Concedente outorgar à entidade interessada autorização para exploração do Serviço de Radiodifusão Comunitária, observados os procedimentos estabelecidos nesta Lei e normas reguladoras das condições de exploração do Serviço". Compete, assim, à União, nos termos da legislação acima referida, fiscalizar os serviços de radiodifusão por ela concedidos ou autorizados, através de seus órgãos próprios, estando o funcionamento das estações de radiodifusão subordinado à prévia licença, que será expedida depois de verificado o cumprimento de todas as exigências legais.

Além do mais, é descabido o argumento de que a exigência de autorização do Poder Público fere o direito à liberdade de manifestação de pensamento ou liberdade de expressão, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX) ou implica em inobservância à norma constitucional que garante a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional, além de que o Estado deverá incentivar a difusão das manifestações culturais.

O que se discute nestes autos, conforme acima ficou esclarecido, é a licitude ou não do funcionamento de emissoras de radiodifusão sonora ou de sons e imagens sem prévia outorga do Poder Público competente.

Por seu turno, no capítulo da Comunicação Social, em seu art. 220, a Constituição claramente afirma que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição" e dispõe, dentro ainda do entendimento dessa liberdade de expressão, logo a seguir (art. 223), que "compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal".

Portanto, a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão, embora tenham de atender a princípios, como, por exemplo, o de "preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas", gozam logicamente da liberdade de expressão. Mas, o exercício desse direito, quando for exercido através de emissoras de rádio, sujeita-se a prévia licença do funcionamento pelo órgão regulamentador competente do Ministério das Comunicações. E que, em relação às emissoras de rádio, há que distinguir-se o estágio prévio de licença para funcionamento do estágio posterior, após outorga dessa licença de liberdade de programação, desde que atendidos princípios institucionais.

A liberdade de manifestação e expressão consagrada na Constituição não impede que a

União Federal fiscalize a observância das normas relativas à radiodifusão, eis que lhe cabe a exploração direta, ou mediante autorização, concessão ou permissão de tais serviços. Desse modo, não pode o particular explorar tais serviços sem atenção às normas regulamentares, ainda que se trate de um serviço comunitário, como se alega. A matéria sob exame já se encontra pacificada no âmbito desta Corte, existindo inúmeros precedentes julgados pela Primeira Turma, dentre os quais destaco os seguintes:

AGTR 16702/CE, AGTR 17849/CE e AC 137942/CE e, mais recentemente, AGTR 21301/RN, AGTR 23551/CE, todos por mim relatados. Da AC 137942/CE, julgada em 17.12.98, transcrevo sua ementa:

"Constitucional. Radiodifusão. Funcionamento. Autorização. Necessidade.

- A liberdade da manifestação de pensamento e da expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IV e IX, CF), bem como a garantia do pleno exercício dos direitos culturais (art. 215, CF), não permitem que o particular instale serviços de radiodifusão sonora ou de sons e imagens sem autorização do Poder Público.

- A invocação da Lei nº 8.785/72 é impertinente ao caso. Acha-se em vigor a Lei nº 9.612/98, que veio a instituir o Serviço de Radiodifusão Comunitária. Entre outras disposições, determina a observância do art. 223 da Constituição Federal e da Lei nº 4.117/62, com suas modificações.

- Apelações e remessas das ações ordinária e cautelar providas".

Das demais Turmas transcrevo decisões sobre a matéria:

"Administrativo. Medida cautelar. Radiodifusão. Rádio comunitária. Requisitos essenciais. Ausência.

1. A Constituição Federal, em seu art. 21, dispõe que compete à União a exploração, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, dos serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens, e demais serviços de telecomunicações.

2. Nenhum prejuízo advirá aos apelados ao submeterem-se às disposições do órgão responsável pela regulamentação desta matéria, posto que, sob os auspícios da lei, não poderão sofrer quaisquer reprimendas porventura destituídas de legalidade.

3 - Os requisitos essenciais da medida cautelar, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, encontram-se ausentes.

4. Apelação e remessa oficial providas".

(AC 139080/CE, 2ª Turma, Rel. Juiz Petrucio Ferreira, j. em 25.03.99).

"Processual Civil. Ação cautelar. Funcionamento de rádio comunitária. Necessidade de atendimento às diretrizes da Lei nº 9.612/98 que instituiu o serviço de radiodifusão comunitária.

Não se vislumbra o *fumus boni juris* para a concessão da cautelar, quando inexistente prova de que a rádio comunitária possui a concessão ou a autorização do Poder Público para explorar o serviço de radiodifusão. Exegese do art. 223 da Constituição da República.

Apelação e remessa providas".

(AC 138628/CE, 3ª Turma, Rel. p/ ac. Juiz Nereu Santos, j. em 06.10.98).

Não vislumbro, assim, a presença da aparência de bom direito, ao menos para a concessão da tutela cautelar.

Isso posto, dou provimento à apelação e à remessa.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 177.680-RN

Relator: O SR. JUIZ **LÁZARO GUIMARÃES**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: MANOEL GOMES FILHO

Advogados: DRS. RAQUEL CORTAT PIO GARCIA E OUTROS (APTE.) E ENELIO LIMA PETROVICH E OUTRO (APDO.)

EMENTA:

Previdenciário. Engenheiro Civil. Tempo de serviço em período anterior à Medida Provisória 1.523/96. Atividade insalubre. Presunção legal. Direito adquirido. Apelação e remessa improvidas.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 11 de abril de 2000 (data do julgamento).

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Insurge-se o INSS contra sentença que julgou procedente a ação, para declarar o tempo de serviço prestado como Engenheiro Mecânico da Petrobrás, no período de outubro de 1976 a abril de 1995, como atividade insalubre, por presunção legal.

Alega, em resumo, a autarquia apelante que o critério para a concessão da aposentadoria especial foi alterado, retirando-se a mera exigência de atividade profissional e passando a ser exigido, com o advento da Lei 9.032/95, a apresentação de provas da condição prejudicial à saúde ou à integridade física, bem como a exposição aos agentes nocivos. Por fim, sustenta que o adicional de periculosidade recebido pelo autor não tem qualquer influência jurídica ou vinculação aos benefícios da Previdência, pelo simples fato de que normalmente decorre de acordo coletivo ou ato interno do empregador.

É o relatório. Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): Cuida-se de ação declaratória ajuizada por Manoel Gomes Filho, alegando que é empregado da Petrobrás, na condição de Engenheiro Mecânico, desde outubro de 1976, e que percebe, pela prestação de seus serviços, adicional de periculosidade de 30% sobre o salário básico. Assim, faria jus a contagem de tempo de serviço em atividade insalubre, pelo fato de ter exercido atividade profissional, sujeita às condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Com o advento da Medida Provisória nº 1.523, de 11 de outubro de 1996, que trouxe, no seu artigo segundo, as modificações nas Leis nºs 8.212/91 e 8.213/91, nestes termos:

"Art. 2º. A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 16.....

§ 2º. O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

.....
Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que completar 65 anos de idade, se homem, e sessenta, se mulher, desde que tenha cumprido a carência exigida nesta Lei e não receba benefício de aposentadoria de qualquer outro regime previdenciário.
.....

Art. 55.....

§ 2º. O tempo de atividade rural anterior a novembro de 1991, dos segurados de que tratam a alínea a do inciso I ou do inciso IV do art. 11, bem como o tempo de atividade rural do segurado a que se refere o inciso VII do art. 11, serão computados exclusivamente para fins de concessão do benefício previsto no art. 143 desta Lei e dos benefícios de valor mínimo, vedada sua utilização para efeito de carência, de contagem recíproca e de averbação de tempo de serviço de que tratam os arts. 94 a 99 desta Lei, salvo se o segurado comprovar recolhimento das contribuições relativas ao respectivo período, feito em época própria.

.....
Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

§ 1º. A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

§ 2º. Do laudo técnico referido no parágrafo anterior deverão constar informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo.

§ 3º. A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à penalidade prevista no art. 133 desta Lei.

§ 4º. A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica deste documento".

No entanto, no caso em tela, o autor já tinha o direito adquirido à contagem do tempo de serviço especial, em data anterior à Medida Provisória nº 1.523/96. Pois o segurado que tenha cumprido todos os requisitos para obtenção da aposentadoria especial até 28.04.95, ainda não requerida, mantém o direito ao referido benefício, podendo, para esse fim, considerar o enquadramento das atividades comprovadas na forma de legislação anterior, inclusive sem a exigência do Laudo Pericial. É esse o entendimento desta turma, em voto assim ementado pelo Ilustre Juiz Petrucio Ferreira:

"EMENTA: Previdenciário. Aposentadoria especial. Engenheiro civil. Decreto 63.230/68. Lei 5.527/68.

1 - Reconhecida pela própria Administração e não contestada pela autoridade impetrada que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, independente de não inscrita em regulamento, defere-se ao mesmo a aposentadoria especial (Súmula 198 do ex-TFR).

2 - Remessa oficial e apelação improvidas".

Relator: Juiz Petrucio Ferreira

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 178.361-AL

Relator: O SR. JUIZ **LÁZARO GUIMARÃES**

Apelante: FRANCISCO ALBERTO DE LUCENA RABELLO

Apelados: JOGI GIMA E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Advogados: DRS. ANTONIO BARTHOLOMEU DE F. MACHADO (APTE.) E JAIRO SILVA

MELO E CORNÉLIO ALVES E OUTROS (APDOS.)

EMENTA:

Processual Civil. Coisa julgada. Não caracterização da tríplice identidade quando confrontados o pedido e a causa de pedir de ação cautelar com a ação de conhecimento. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 14 de março de 2000 (data do julgamento).

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Inicialmente, cabe ordenar a correção na autuação, na qual o litisconsorte passivo Jogi Gima figura como apelante, quando é apelado. O erro não implica em qualquer prejuízo para as partes, daí a desnecessidade de repetirem-se as intimações.

Trata-se de ação de rito ordinário em que Francisco Alberto de Lucena Rabello postula contra a Caixa Econômica Federal o recebimento do prêmio do sorteio 358 da Loto II - Sena. O MM. Juiz Federal da 3ª Vara de Alagoas extinguiu o processo sem julgamento de mérito por reconhecer coisa julgada em relação à ação em que Jogi Gima pleiteou o mesmo prêmio, sendo ré a Caixa Econômica Federal e litisconsorte passivo o mesmo Francisco Alberto de Lucena Rabello.

Sustenta o apelante que a outra ação ainda está em curso, porque interpostos embargos infringentes ante o julgamento da apelação e que, de todo modo, não se configura a tríplice identidade.

A Caixa Econômica Federal apresentou contra-razões assinalando que na Ação Ordinária 95.0001.7644-0, julgada em conexão com a Ação Cautelar 65.0001.418-1, o MM. Juiz Federal decidiu que a pretensão do litisconsorte Francisco Alberto de Lucena Rabello "está supedaneada em documento visivelmente deteriorado, levando os peritos à conclusão perplexa de que não seria possível alcançar a existência de elementos indicativos de sua procedência e autenticidade". Essa parte da sentença, acentua, restou irrecorrida.

Jogi Gima também ofereceu contra-razões, defendendo a mesma tese, do trânsito em julgado da sentença de improcedência da ação cautelar que fora movida pelo litisconsorte.

Vieram os autos com o devido preparo. Dispensei revisão por se tratar de matéria de direito.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): O ponto fundamental da questão sob exame consiste em considerar se o pronunciamento negativo de mérito sobre a ação cautelar, julgada conjuntamente com a ação ordinária, invertidas as partes reciprocamente, configura a tríplice identidade caracterizadora da coisa julgada.

Atente-se, primeiramente, para o seguinte trecho do relatório da sentença que julgara

conjuntamente a cautelar e a ordinária:

"Foi informado pelas partes da tramitação de processo cautelar na Seção Judiciária de Pernambuco visivelmente conexo com a presente, em vista da identidade de causas de pedir, isto é, o prêmio referente ao concurso nº 358 da SENA, razão pela qual foi determinada por este juízo a remessa daqueles autos, no que foi atendido prontamente pelo eminente Magistrado da 2ª Vara Federal de Pernambuco".

Quanto à pretensão do litisconsorte Francisco Rabello, decidi a mesma sentença pela rejeição, incidentalmente, afirmando:

"está supedaneada em documento visivelmente deteriorado...". Faltou incluir tal decisão no dispositivo, daí a conclusão de que a questão da validade do título exibido pelo litisconsorte Francisco Alberto de Lucena Rabello se fez incidentalmente, no âmbito da cautelar, processada conjuntamente, e como prejudicial da ação de rito ordinário movida por Jogi Gima, cujo pedido foi rejeitado em primeiro grau, acolhido por esta Turma, por maioria, ao apreciar apelação da CEF. Dessa última decisão foram interpostos embargos infringentes.

A ação cautelar de produção de provas não continha pedido de reconhecimento do direito ao prêmio, tampouco o da condenação da CEF ao pagamento. Tais pretensões embasam esta ação de conhecimento. Não se caracteriza, portanto, a tríplex identidade que possa caracterizar quer a coisa julgada, quer a litispendência.

Pelo exposto, dou provimento à apelação, para anular a sentença.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 180.604-PE

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: RISOLETA RIBEIRO DE OLIVEIRA E OUTROS

Advogados: DRS. JOANA CAROLINA LINS PEREIRA E OUTROS (APTE.) E JOSÉ GERALDO CARNEIRO LEÃO E OUTROS (APDOS.)

EMENTA:

Administrativo. Processual Civil. Servidor público. Ato de efeitos permanentes. Prescrição do fundo de direito. Inocorrência. Cargo de fiscal de contribuições previdenciárias.

Enquadramento. Lei 5.645/70. Presença dos requisitos legais. Concessão.

- Não sendo o objeto da ação reconhecimento de ato que produz vantagem estanque, mas sim do tipo que gera efeitos pecuniários mensais, há de se afastar o instituto da prescrição do fundo de direito, sendo, pois, a hipótese apenas de aplicar-se a prescrição progressiva das parcelas atingidas pelo quinquênio anterior à propositura da ação, nos termos do Decreto nº 20.910/32, conforme já vem entendendo a melhor jurisprudência sobre a matéria.

- In casu, a Administração reconheceu que os autores exerceram atividades externas de arrecadação, e, assim, não há como negar o direito ao reenquadramento no cargo de Fiscal de Contribuições Previdenciárias, nos termos da Lei 5.645/70, em consonância com o entendimento jurisprudencial.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 23 de novembro de 1999 (data do julgamento).

JUIZ ARAKEN MARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Trata-se de ação ordinária de revisão de proventos proposta por servidores aposentados do INSS contra esta autarquia. Explanam que, por força do Plano de Classificação de Cargos e Salários (Lei nº 5.645/70), foram enquadrados no cargo de Agente Administrativo. Que, tanto antes quanto depois deste enquadramento, exerciam serviço externo de fiscalização (arrecadação) com atribuições iguais às de Fiscal de Contribuições Previdenciárias. Requerem a condenação do instituto réu, determinando sejam reenquadrados na categoria funcional de Fiscal de Contribuições Previdenciárias com fulcro nos dispositivos dos arts. 1º, 3º, VI, e 7º da Lei 5.645/70, c/c o art. 1º da Lei nº 72.933/73, e no art. 1º da Lei 7.293/84.

Sentença que julgou procedente o pedido, esteando-se em jurisprudência deste Tribunal e do egrégio STJ.

Apela o INSS, argüindo preliminar de prescrição do fundo de direito e, no mérito, alegando que os autores não reúnem os requisitos exigidos pelos arts. 1º e 8º do Decreto nº 72.933/73 (nível superior e ingresso na classe por concurso público ou aprovação em prova de desempenho). Contrapõe a Súmula 339 do STF e aduz que as atividades exercidas pelos

autores, segundo provam os depoimentos testemunhais, não correspondem às atribuições de Fiscal de Contribuições Previdenciárias.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): Versa o presente recurso sobre a possibilidade de enquadramento e conseqüente revisão de proventos de servidores pertencentes à categoria de Oficial de Previdência do antigo IPASE para o cargo de Fiscal de Contribuições Previdenciárias, nos termos da Lei nº 5.645/70.

Inicialmente, há de se afastar o instituto da prescrição de fundo de direito, pois se verifica não se tratar o objeto da ação de ato único, que gere uma vantagem estanque, mas sim do tipo que gera efeitos pecuniários mensais. É, pois, a hipótese de se aplicar apenas a prescrição progressiva das parcelas atingidas pelo quinquênio anterior à propositura da ação, nos termos do Decreto nº 20.910/32, conforme já vem entendendo a melhor jurisprudência sobre a matéria.

Quanto ao mérito propriamente dito, comprovado o exercício de atividades de fiscalização e arrecadação, faz jus o servidor do antigo IPASE ao enquadramento de que trata a Lei 5.645/70. A este respeito, trago à colação algumas das provas carreadas aos autos:

1. Cópia da Portaria CGRH/71, de 30.06.92, expedida pelo INSS, no sentido de alterar a denominação do cargo de Agente Administrativo para Oficial de Previdência (Diligências Externas), em virtude de comprovação de atividades de Diligente Externo de Arrecadação no extinto IPASE, em que aparece discriminado o nome da servidora Rísoleta Ribeiro de Oliveira (fls. 09);
2. Histórico funcional de Paulo Corrêa de Souza que, após enumerar todas as atividades do servidor no decorrer de sua carreira, findou por alterar a denominação do cargo de Agente Administrativo para Oficial de Previdência, em virtude de comprovação do exercício de atividades de Diligente Externo de Arrecadação no extinto IPASE (fls. 18/23);
3. Parecer administrativo fornecido pela Diretoria do IAPAS, no sentido de confirmar que aqueles funcionários enquadrados no cargo de Oficial de Previdência exerciam serviços externos como serviço de aplicação de capital, departamento de seguros privados e

capitalização, seção de protocolo e orientação, serviço de contabilidade e finanças, exercendo, pois, tarefas semelhantes às daquelas, do Serviço de Arrecadação (fls. 34). No caso dos autores, defendem na inicial que exerciam serviço externo referente a recolhimento de parcelas relativas a empréstimos imobiliários e prêmio, vinculado a contrato de mútuo, como também verificavam a exatidão dos descontos em folha de pagamento das contribuições previdenciárias;

4. Depoimento da testemunha Manoel Montenegro Júnior, que foi Superintendente do IPASE em Pernambuco de 1965 a 1979, afirmando que os autores desempenharam funções de arrecadação e também no setor de seguros, bem como em relação a carteira imobiliária e empréstimos simples (fls. 286/287);

5. Depoimento da testemunha José Armando de Farias, que foi Chefe do Setor de Seguros Privados, afirmando que os autores verificavam se os recolhimentos devidos ao IPASE estavam sendo corretamente realizados nas repartições.

Ante as provas acima, é de se concluir que os autores exerceram funções de diligência externa. A comprovação de tais atividades foi reconhecida pela própria Administração, tanto por portaria, ao classificar os autores no cargo de Oficial da Previdência, quanto pelo próprio parecer administrativo do órgão que reconhece que suas atividades se assemelhavam às de arrecadação e fiscalização.

Não se pode negar, ademais, que, por ter realizado serviço externo, o legislador reconhece ao servidor, tido no cargo de Agente Administrativo, o enquadramento no cargo de Oficial da Previdência em virtude de comprovação do exercício de atividades de Diligência Externa de Arrecadação. Há mesmo que se reconhecer a aplicabilidade do art. 311 da Lei 5.645/70, visto que, como norma superior, soluciona qualquer dificuldade imposta por decreto. Resta claro que a mens legis não é outra que não seja enquadrar no cargo de Fiscal da Previdência Social aqueles que efetivamente exerciam as funções de arrecadação, fiscalização e tributação, seja pela correlação, afinidade, natureza dos trabalhos ou nível dos conhecimentos aplicados.

Este egrégio Tribunal já se pronunciou sobre a matéria, como se observa dos acórdãos abaixo transcritos:

"Administrativo. Fiscal de Contribuições Previdenciárias. Enquadramento. Lei nº 5.645/70. - Os funcionários do antigo IPASE 'que comprovadamente exerceram atividades de diligente externo de arrecadação' - Lei nº 7.293/84, art. 1º - fazem jus ao enquadramento na categoria de Fiscal de Contribuições Previdenciárias, nos termos do art. 3º da Lei 5.645/70" (AC nº 16.621 - PE, Rel. Juiz Rídalvo Costa).

"Administrativo. Servidor público federal. Possuindo o ato de enquadramento efeitos pecuniários que se renovam mensalmente, não há que se falar em prescrição de fundo de direito. Plano de classificação de cargos - grupo tributação, arrecadação e fiscalização. Regras de enquadramento.

O Decreto 72.933/73 não extrapola os limites previstos pela Lei 5.645/70.

1. Não estando devidamente comprovado o indeferimento do pedido do servidor em esfera administrativa e não se constituindo o ato de enquadramento em um ato único, de vantagem estanque, que possa ser corroída pelo transcurso do tempo, tratando-se, pois, de parcelas que se renovam mensalmente, há de se observar a prescrição apenas progressiva.

2. Reconhecido o exercício, pelo autor, de atividades de Diligente Externo de Arrecadação pela própria Administração, os funcionários do antigo IPASE fazem jus ao reenquadramento no cargo de Fiscal de Contribuições Previdenciárias, nos termos do art. 3º da Lei nº 5.645/70, não sendo, pois, o Decreto nº 72.933/73 obstáculo para a sua concessão, posto que como norma regulamentadora não pode restringir regra geral prevista por dispositivo legal de hierarquia superior.

3. Apelação improvida".

(AC nº 96.761/96 - PB, Rel. Juiz Petrucio Ferreira).

Por fim, não há que se falar em inconstitucionalidade de tal enquadramento, vez que o parâmetro de constitucionalidade no caso não é a Constituição Federal de 1988, que veda o ingresso em cargo público através de provimento derivado. No caso, o direito discutido lesionado foi reconhecido por norma anterior a tal proibição, sendo, pois, hipótese de se resguardar direito adquirido, instituto também protegido pela Constituição de 1988.

Igualmente, não se pode alegar lesão a princípio legal, visto que as decisões judiciais sobre a matéria vêm justamente aplicar o comando da Lei 5.645/70.

Ante o exposto, rejeitando a preliminar de prescrição do fundo de direito, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 182.925-CE

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**

Apelante: DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS CONTRA AS SECAS - DNOCS

Apelados: MANOEL OVÍDIO DIÓGENES E OUTROS

Advogados: DRS. FRANCISCO ROBERTO TABOSA GONÇALVES E OUTROS (APTE.)
E RAIMUNDO IVANILDO DE SENA E OUTROS (APDOS.)

EMENTA:

Administração. Servidor público. Função de direção intermediária - DI. Extinção. Transformação em FG. Lei nº 8.216/91. Inexistência de regulamentação. Impossibilidade do Judiciário agir como legislador positivo.

- Servidores do DNOCS, ocupantes de funções de Direção e Assistência Intermediária - DAI, transformadas pela Lei nº 8.116/90 em funções de Direção Intermediária - DI, que, por sua vez, foram extintas com a criação das Funções Gratificadas pela Lei nº 8.216/91, pleiteiam o pagamento da gratificação nos moldes preconizados por este último diploma.

- A demora da Administração em regulamentar a matéria deve ser remediada pelo instrumento jurídico próprio, se cabível. A falta do exercício de sua competência não confere poderes ao Judiciário para fazê-lo. Este não tem função legislativa, portanto, não pode revogar o § 3º do art. 26 da Lei nº 8.216/91. Ao contrário, deve observá-lo.

- Enquanto não é editado regulamento, dispondo sobre a distribuição e atribuições das novas FG's, aqueles que, por conveniência da Administração Pública, foram mantidos devem perceber os valores referentes às DI's e não os relativos às FG's. Precedentes do STJ.

- Apelação e remessa oficial providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 3 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: Trata-se de apelação contra sentença monocrática que determinou à autarquia-ré a imediata implantação, em folha de pagamento, das gratificações das FG's a que fazem jus os autores, nos moldes do art. 26 da Lei nº 8.216/91, e das diferenças vencimentais em atraso, tudo acrescido de correção monetária

e juros legais.

Alega o apelante que devido às mudanças de vinculação do DNOCS a ministérios distintos, a proposta de implantação das FG's para a citada autarquia encontra-se em estudo a fim de se adaptar à MP nº 813/95. Portanto, não se pode remunerar funções que ainda não existem.

Após a apresentação das contra-razões, subiram os autos, sendo-me distribuídos.

Remessa oficial tida como interposta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): Os autores exercem ou exerceram Funções Gratificadas no DNOCS e pretendem que seja determinada à autarquia a implantação em folha de pagamento da gratificação supra nos moldes preconizados pelo art. 26 da Lei nº 8.216/91, obedecida a correlação entre esta e as antigas funções de DAI fixada no Ofício Circular nº 42, de 30.08.94, com efeitos financeiros a partir de janeiro de 1995, abatendo-se os valores recebidos e retificados os pagamentos dos "quintos", previstos no art. 62 da Lei nº 8.112/90.

A matéria é de relativa simplicidade. Com a Lei nº 8.116, de 13.12.90, foram transformadas em funções de confiança de Direção Intermediária - DI, sem aumento de despesa, 19.280 funções de confiança do Grupo de Direção e Assistência Intermediárias - DAI, mantida a mesma retribuição.

Menos de um ano após, surgiu a Lei nº 8.216, de 13.08.91, que modificou a situação existente, passando a disciplinar a matéria nos seguintes termos:

"Art. 26 - São extintas as funções de Direção Intermediária (DI), de que trata o art. 1º da Lei nº 8.116, de 13 de dezembro de 1990, e criadas 19.280 Funções Gratificadas (FG) sendo:

I - 5.280 FG-1 no valor unitário de Cr\$ 36.583,34 (trinta e seis mil, quinhentos e oitenta e três cruzeiros e trinta e quatro centavos);

II - 6.000 FG-2 no valor de Cr\$ 28.166,67 (vinte e oito mil, cento e sessenta e seis cruzeiros e sessenta e sete centavos);

III - 8.000 FG-3 no valor unitário de Cr\$ 21.666,67 (vinte e um mil, seiscentos e sessenta e seis cruzeiros e sessenta e sete centavos). § 1º. A designação para o exercício da Função Gratificada recairá exclusivamente em servidor ocupante de cargo efetivo do quadro do próprio órgão ou entidade.

§ 2º. O regulamento disporá sobre a distribuição e as atribuições das Funções Gratificadas.

§ 3º. Até que seja aplicado o regulamento, poderão ser mantidos, no interesse da Administração, os atuais ocupantes de Funções de Direção Intermediária, com a remuneração respectiva, reajustada nos termos do art. 1º desta Lei".

Em suma, mantendo o mesmo número de gratificações intermediárias, a nova lei deu-lhes nova denominação, distribuindo-as em três níveis diferentes, com maior número na FG-3 (8.000), de menor remuneração. Além disso, tornou a gratificação exclusiva dos servidores ocupantes de cargos efetivos.

Como seria feita a distribuição? A lei remeteu tal competência ao regulamento, acrescentando que, até lá, poderiam ser mantidos os atuais ocupantes, como é o caso dos autores, com a mesma remuneração e com o reajuste previsto nesta lei, ou seja, de 20%.

Ao contrário do que está posto na r. sentença, o § 3º do art. 26 da Lei nº 8.216/91 não assegura qualquer direito aos então ocupantes das funções de confiança a perceberem as vantagens advindas com o sistema criado. Limitou-se o legislador a permitir que pudessem ser mantidos nas funções de Direção Intermediária. Ou seja:

a lei extinguiu tais funções, contudo, excepcionalmente, admitiu que os seus ocupantes poderiam permanecer na situação antiga, com o reajuste concedido. Foi uma concessão do legislador, porque, em princípio, ninguém tem direito a permanecer ocupando funções de confiança. Essa situação transitória, singular, especial, foi prevista no interesse da Administração, até a implantação do regulamento.

Pergunta-se: houve alguma alteração na situação jurídica? Nenhuma. A condição para a mudança depende da edição da norma regulamentar. Tal atividade, tipicamente administrativa, não pode ser substituída por um pronunciamento judicial. Há inúmeras situações similares em que, por diversas razões, o órgão competente não expede o regulamento respectivo. Nem por isso se instaura a competência do Judiciário. Seria lastimável invasão de competência.

Lembro aqui a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

"O poder regulamentar é privativo do Chefe do Executivo (art. 84, IV, da Constituição) e se exterioriza por meio de decreto. Ele somente se exerce quando a lei deixa alguns aspectos de sua aplicação para serem desenvolvidos pela Administração, ou seja, quando confere certa margem de discricionariedade para a Administração decidir a melhor forma de dar execução à lei. Se o legislador esgotou a matéria, não há necessidade de regulamento" (Direito Administrativo, Atlas, 7ª ed., p. 75).

Se o legislador foi peremptório em prever a situação transitória dos exercentes de funções de Direção Intermediária "até que seja aplicado o regulamento", não há respaldo legal para que tal situação seja antecipada por provimento judicial.

Não vislumbro fundamento legal para o acolhimento da pretensão dos apelados.

Efetivamente, o legislador não fixou um prazo para a implantação do novo sistema. A demora da Administração em regulamentar a matéria deve ser remediada pelo instrumento jurídico próprio, se cabível. A falta do exercício de sua competência não confere poderes ao Judiciário para fazê-lo. Este não tem função legislativa. Não pode revogar o § 3º do art. 26 da Lei nº 8.216/91. Ao contrário, deve observá-lo. As sucessivas mudanças na vinculação do DNOCS acarretaram atraso na adoção das providências necessárias. Mas não é possível acolher os pedidos para suprir tal inação. Como se sabe, o Judiciário pode atuar apenas como legislador negativo.

Se julgasse precedente, deveria também esclarecer em que nível de FG deverá ser posicionado cada autor. É claro que simples Ofício Circular da Secretaria de Recursos Humanos da Secretaria de Administração Federal não pode substituir norma regulamentar de superior hierarquia.

Seria uma aventura o Judiciário definir a correlação das funções até agora exercidas com a nova sistemática. A tarefa é tipicamente administrativa. Implica num exame das atribuições exercidas pelo servidor para apurar-se a equivalência com as novas funções dentro do efetivo que for previsto para cada nível dentro da autarquia. Além disso, observar a evolução da estrutura organizacional do DNOCS. Não se trata de tarefa tão simples como pode parecer a um primeiro exame.

Nesse sentido vem se posicionando o colendo Superior Tribunal de Justiça, a exemplo das decisões proferidas nos Recursos Especiais nºs 165579/CE e 160134/CE. Da primeira, transcrevo sua ementa:

"Administrativo. Servidores do DNOCS ocupantes de DI. Transformação em FG. Lei nº 8.216/91.

1 - Os servidores do DNOCS - Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - ocupantes de 'DIS', transformadas em 'FGS', por força do parágrafo 3º do art. 26 da Lei nº 8.216/91, podem continuar ocupando as antigas funções até que seja editado regulamento, dispondo sobre a distribuição e atribuições das novas (FG). Enquanto isso não ocorre, aqueles que, por conveniência da Administração pública, foram mantidos devem perceber os valores referentes às 'DIS' e não os relativos às 'FGS'.

2 - Recurso especial conhecido".

(DJU 08.06.98, p. 193, Relator Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma, j. em 19.05.98).

Por todo o exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial, tida como interposta, condenando os autores nas custas e em honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa devidamente atualizado.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 183.989-CE

Relator: O SR. JUIZ **UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: FRANCISCO TELES DE MENEZES NETO

Advogados: DRS. ADRIANA VERÍSSIMO FIRMEZA E OUTROS (APTE.) E TEREZA CECÍLIA DE MELO E OUTRO (APDO.)

EMENTA:

Previdenciário. Reconhecimento de tempo de serviço. Estagiário de medicina. Início de prova material. Prova testemunhal. Possibilidade.

- A jurisprudência vem admitindo a validade da prova testemunhal para a comprovação de tempo de serviço, quando esta constitui prova idônea e hábil ao convencimento dos fatos alegados, sobretudo quando combinada com elementos que indicam razoável início de prova documental.

- Princípio do livre convencimento do juiz (art. 131/CPC).

- O tempo de serviço prestado como estagiário deve ser computado para fins previdenciários, quando presentes as características que indicam a existência de relação de emprego, mormente se exercido em período anterior à Lei nº 6.494/77. Precedente da Turma.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 2 de março de 2000 (data do julgamento).

JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE: Trata-se de apelação e remessa oficial de sentença que julgou procedente pedido de reconhecimento de tempo de serviço prestado como estagiário de medicina, para todos os fins de direito, determinando a averbação junto aos órgãos previdenciários.

Apelou o INSS, alegando, em suma, a vedação à prova exclusivamente testemunhal e a exclusão do estagiário do Regime Geral da Previdência Social no período anterior à Lei nº 7.004/82.

Devidamente processados, subiram os autos a este Tribunal.

Dispensada a revisão (art. 30, IX, do Regimento Interno deste egrégio TRF).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator): Pleiteia o requerente o

reconhecimento, para fins previdenciários, do lapso temporal durante o qual afirma haver exercido as funções de médico como estagiário na Casa de Saúde Antônio de Pádua, entidade de natureza privada, localizada em Fortaleza, durante o período de março/65 a dezembro/70.

O INSS requer a improcedência do feito, alegando inexistir prova cabal a comprovar a atividade do autor no período mencionado, bem como a impossibilidade de enquadrar o estagiário como segurado obrigatório no período anterior à Lei nº 7.004/82.

Com relação às provas através das quais afirma o autor haver exercido a função de estagiário de medicina, constato a existência nos autos de certidão emitida pelo mencionado estabelecimento de saúde, bem como de declaração do Diretor da clínica à época (fls. 09/10). Tais documentos podem ser considerados como razoável início de prova material, o primeiro deles, inclusive, constitui elemento de prova contemporâneo ao fato que se pretende seja reconhecido verdadeiro, o que aponta para a idoneidade e prestabilidade das demais provas.

Não obstante o início de prova documental verificado nos presentes autos, a jurisprudência vem admitindo a validade da prova testemunhal para a comprovação de tempo de serviço, quando esta constitui prova idônea e hábil ao convencimento dos fatos alegados. Tem-se em vista, sobretudo, o princípio do livre convencimento, adotado em nosso ordenamento através do art. 131 do Código de Processo Civil, pelo qual o Juiz tem liberdade no exame das provas para formar o seu convencimento, desde que baseado em elementos probatórios constantes dos autos.

Nesse sentido, transcrevo, dentre vários julgados, os que assim restaram ementados:

"Previdenciário. Aposentadoria rural por idade. Art. 201, I. Requisitos. Nulidade da sentença. Inobservância. Prova documental. Período de carência. Inexigibilidade. Súmula nº 71 - extinto TFR. Indexação pelo salário mínimo. Inaplicabilidade. Aplicação da Lei nº 6.899/81. Indexação de índices contemporâneos. Juros de mora. Termo inicial. Natureza alimentar. Devidos desde o débito.

1. Não há que falar-se em nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa, quando o destinatário da prova entender suficientemente demonstrados os fatos e dispensar a ouvida do depoimento pessoal requerida pela parte ex adversa.

2. Provam-se os fatos controvertidos, relevantes e os fatos determinados, e a existência de tais fatos jamais pode ser relegada, devendo ser apurada, por qualquer meio de prova permitido, desde que lícito, uma vez que a lei não fixa hierarquia entre os meios de prova.

3. Inexistindo nos autos, quanto aos documentos apresentados, qualquer incidente de sua falsidade, nem mera alegação, indícios de que a prova documental tenha sido obtida por erro, dolo ou coação, nem tampouco notícia de pedido de desentranhamento do documento e, verificando que a mesma foi produzida nos exatos termos permitidos pela legislação vigente à época de seu requerimento, empresta-se validade a tal prova.

(AC nº 141614/CE, Rel. Juiz Petrucio Ferreira, julg. 15.09.98, publ. 04.12.98 DJ p. 001160).

"Previdenciário e Processo Civil. Tempo de serviço. Reconhecimento para fins previdenciários. Ação declaratória e ação condenatória. Possibilidade. Prova testemunhal. Comprovação inequívoca da atividade laboral exercida.

1. A doutrina e a jurisprudência vêm aceitando a cumulação de ação declaratória com outras ações, como a ação condenatória.

2. Tempo de serviço rural prestado em regime de economia familiar. Reconhecimento da ocorrência do fato e de suas consequências jurídicas, inclusive para fins previdenciários, face à prova documental e testemunhal produzidas e não infirmadas.

3. A possibilidade da comprovação dos fatos por prova testemunhal idônea: 'Prova, objetivamente, é tudo quanto nos possa convencer da certeza de um fato'. (Gabriel de Resende, apud Jonas Milhomens).

4. Preliminar rejeitada. Apelação improvida".

(AC 121.713/CE, Rel. Juíza Germana Moraes, julg. 25.09.97, DJU 03.11.97, p. 92.822). In casu, ouvidas, as testemunhas foram uníssonas em afirmar que o autor, efetivamente, trabalhou no mencionado estabelecimento de saúde, efetuando plantões como médico e percebendo remuneração.

Ressalte-se, ainda, que os documentos trazidos à colação, bem como os depoimentos prestados pelas suas testemunhas, não foram em nada contraditados pelo INSS, que limitou-se a impugnar a própria legitimidade do cômputo do tempo de serviço.

É possível detectar, outrossim, pelos elementos comprobatórios colacionados, que a atividade exercida pelo apelado constituía, de fato, exercício de medicina, existindo remuneração, subordinação e habitualidade.

Ademais, o período de "estágio" do autor, por ser anterior à Lei nº 6.494/77 e, portanto, não excepcionado por este diploma legal, pode ser enquadrado no regime obrigatório da Previdência Social, conforme se deduz da previsão do art. 9º, I, h, do Decreto nº 3.048/99, in verbis:

"Art. 9º. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregados:

(...)

h) o bolsista e estagiário que prestam serviços a empresa, em desacordo com a Lei nº 6.494/77".

No mesmo sentido deste voto, há precedente desta colenda Primeira Turma:

"Previdenciário. Reconhecimento de tempo de serviço como estagiário. Hospital credenciado. Atividade laboral sob o regime da Previdência. Possibilidade.

- O tempo de serviço prestado como estagiário de medicina em hospital público deve ser computado para fins de aposentadoria previdenciária.

- Inquestionável a condição de segurado obrigatório, ainda mais porque o trabalho fora desenvolvido em período anterior à Lei nº 6.494/77.

- Apelo improvido".

(AC nº 038361/RN, Rel. Juiz José Maria Lucena, julg. 16.06.94, DJ 02.09.94).

E ainda:

"Tempo de serviço. Estagiário de empresa privada. Prova documental e testemunhal.

Validade. Princípio do livre convencimento. Aplicabilidade. Apelação e remessa improvidas".

(AC nº 138057/CE, Rel. Juiz Lázaro Guimarães, julg. 29.09.98, DJ 20.11.98).

Ante o exposto, julgo improcedentes a apelação do INSS e a remessa oficial, mantendo os termos da sentença.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 190.043-RN

Relatora: A SRA. JUÍZA **MARGARIDA CANTARELLI**

Apelantes: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E PROEX - PROJETO E EXECUÇÃO DE ENGENHARIA LTDA.

Apelados: TEREZINHA DE ANDRADE COELHO E OUTRO

Advogados: DRS. PAULO HUMBERTO PINHEIRO DE SOUZA E OUTROS E LUZINALDO ALVES DE OLIVEIRA (APTES.) E JOVENTINA SIMÕES OLIVEIRA E OUTRO (APDOS.)

EMENTA:

Civil e Processo Civil. Anulação de contrato de compra e venda e mútuo com obrigações e quitação parcial. Preço excessivo. Contrato de adesão. Vigência retroativa. Impossibilidade. Vício de vontade. Nulidade da sentença por ausência de fundamentação.

Improcedência. Legitimidade ad causam da construtora.

I. A sentença proferida não há que ser considerada nula por ausência de fundamentação, uma vez que, ao contrário, foi a mesma detalhadamente bem fundamentada.

II. Faz-se necessária a revisão da cláusula contratual que fixa valor excessivamente elevado para imóvel objeto de financiamento de Programa Social de Habitação, posto que a majoração deu-se ao talante do agente financeiro e da construtora, com o desconhecimento do mutuário. Mesmo não tendo ele sido compulsoriamente compelido a firmar o pacto de adesão, teve sua vontade viciada, pois foi induzido a efetuar negócio que lhe foi extremamente desfavorável.

III. É nula a cláusula do contrato de financiamento de imóvel pelo Sistema Financeiro de Habitação, que obrigue o mutuário a assumir obrigações pretéritas. O contrato deve regular prospectivamente as obrigações das partes.

IV. Tendo figurado como parte no contrato ora atacado, a construtora é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda.

V. Apelação da CEF improvida.

VI. Apelação da PROEX - Projeto e Execução de Engenharia Ltda provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 190043/RN, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Juízes da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento ao apelo da CEF e dar provimento ao apelo da PROEX - Projeto e Execução de Engenharia Ltda., nos termos do voto da Relatora e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 17 de fevereiro de 2000

JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI - Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI (Relatora): Cuida-se de ação ordinária proposta por Terezinha de Andrade Coelho e outro contra a Caixa Econômica Federal - CEF e a PROEX- Projeto e Execução de Engenharia Ltda., esta na qualidade de litisconsorte passiva necessária, onde se pleiteia a anulação de Contrato de Compra e Venda e Mútuo com Obrigações e Quitação Parcial, celebrado para aquisição de imóvel no conjunto residencial Parque dos Coqueiros.

Sustentaram os autores que o valor da prestação inicial do imóvel estava desproporcionalmente alto em relação ao valor avençado para a compra e venda do imóvel, pelo que ficaram os suplicantes impossibilitados de solverem seus débitos.

Aduziram, ainda, que o material utilizado na construção é de qualidade inferior ao pactuado e que a infra-estrutura, cujo valor fora embutido no preço do imóvel, não foi concluída, constando apenas de 4 (quatro) ruas calçadas, centro comunitário, energia elétrica e água encanada, ferindo, assim, o programa social do Governo para a edificação de conjuntos residenciais compostos por casas destinadas à população de baixa renda.

Insurgiram-se os demandantes, ainda, contra a validade de cláusula constante do contrato que obriga os mutuários a assumirem obrigações pretéritas, preexistentes à assinatura do contrato.

Por fim, sustentaram haver sido levados a assinar um contrato de adesão sem que lhes fosse conferido o conhecimento dos valores fixados em UPF (Unidade Padrão de Financiamento), o que vicia e eiva de nulidade o acordo celebrado.

Devidamente citadas, a CEF e a PROEX - Projeto e Execução de Engenharia Ltda. apresentaram contestação, quando pugnaram pela improcedência da ação, ao argumento

de que a prestação a ser paga pelo imóvel objeto do contrato de mútuo refletia o valor contratado, insurgindo-se ainda quanto às alegações do autor no tocante à existência de um pré-contrato. Defenderam, por fim, a legalidade do acordo que reajustou o valor do orçamento inicialmente contratado.

Chamada para integrar a lide, a COHAB/RN, através da DATANORTE, sua sucessora, suscitou sua ilegitimidade processual, por não ter interesse material nem formal relativamente ao objeto da demanda. No mérito, diz ter sido contratada pela PROEX Ltda. para prestar serviços de assessoria técnica, pelo que sustenta não possuir interesse e nem haver razão para intervir em litígio resultante dos efeitos da aquisição dos imóveis em questão.

A sentença proferida julgou o pedido parcialmente procedente, reconhecendo como eivada de nulidade a cláusula do contrato que fixa o preço do imóvel adquirido, e determinou a redução do valor do imóvel, levando como parâmetro o valor inicial previsto para a obra.

Por inconformadas, apelaram a CEF e a PROEX-Projeto e Execução de Engenharia Ltda. É o relatório.

VOTO

A SENHORA JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI (Relatora): Cuida-se de apelos ofertados pela CEF - Caixa Econômica Federal e pela PROEX Ltda. contra sentença prolatada nos autos de ação ordinária de anulação de contrato movida por mutuários do SFH adquirentes de imóvel do Conjunto Popular Parque dos Coqueiros, do Rio Grande do Norte.

O ponto nodal da questão reside na discussão sobre o valor do imóvel adquirido, haja vista terem alegado os autores que o mesmo fora superfaturado.

Inicialmente, verifico que o MM. Juiz monocrático não só fundamentou muito bem sua decisão, como o fez de forma detalhada e cuidadosa, expondo com evidente clareza os motivos ensejadores do seu convencimento, tratando e analisando detidamente, uma a uma, todas as questões levantadas pelas partes, motivo pelo qual não merece prosperar o pedido de nulidade da sentença, como pretendido pela CEF.

Consoante consta dos autos, a COHAB - Companhia de Habitação Popular do Rio Grande do Norte iria desenvolver um projeto para a execução do empreendimento Parque dos Coqueiros, na modalidade Programa de Habitação Popular - PROHAB/ Setor Público. Ocorre que, em virtude de encontrar-se devedora perante o FGTS, não poderia operar pelo SFH. Assim, a Caixa Econômica Federal alterou o projeto para a modalidade PROHAB/Setor Privado, e convidou as empreiteiras EC Engenharia, PROEX A. Azevedo, ECOCIL e FIMAC para construir as casas populacionais destinadas a pessoas de baixa renda.

Ainda com base nos autos, denota-se que foi constatado pela auditoria realizada pelo Ministério do Bem-Estar Social que o custo inicial para cada unidade do Conjunto Parque dos Coqueiros ficou orçado, aproximadamente, em 1.265 UPF, valor superior em 41% ao preço das unidades do empreendimento "30 de setembro", ainda que o contrato relativo à comercialização dessas unidades tenha sido firmado no mesmo mês, tendo as unidades habitacionais dos dois empreendimentos o mesmo padrão.

Apesar disso, a CEF procedeu, sem que fosse dado conhecimento ao apelado, a um realinhamento de preços, a pedido das empreiteiras, da ordem de 47%, e ainda repassou ao valor do financiamento o índice de 84,32% relativo à inflação (IPC de março de 1990). Ressalte-se que tudo isso ocorreu muito embora os salários dos trabalhadores estivessem congelados.

Cito trecho da decisão atacada, por oportuno, in verbis:

"É, no mínimo, estranho que um contrato seja formalizado em um dia e, na mesma data,

já seja pedido um reajuste de preços, para se 'reequilibrar as finanças'. Mais esquisito ainda é que a CEF findou acolhendo parcialmente o pleito, celebrando termo de aditamento ao contrato (juntado aos autos), alterando o valor emprestado para 920.870 (novecentos e vinte mil, oitocentos e setenta) VFRs, em valores de 06.11.89, acarretando um acréscimo de aproximadamente 47% (quarenta e sete por cento) no montante original contratado.

O citado termo foi subscrito em 09.03.90, seis dias antes da edição do famigerado Plano Collor que, como se sabe, congelou o salário de toda a classe trabalhadora, em um mês no qual a inflação atingiu o percentual de 84,32, índice também repassado à unidade indexadora de financiamento imobiliário".

Tal procedimento é inadmissível, uma vez que o contrato questionado prevê a UPF (Unidade Padrão de Financiamento), como índice de correção monetária a ser aplicado no caso de variação dos preços alusivos à construção civil.

Pelos fatos expostos, torna-se evidente que, ao onerarem sobremaneira o valor do imóvel, os exacerbados aumentos inviabilizaram o pagamento das elevadas prestações, tomando-as incompatíveis com as condições econômicas dos apelados.

Resta demonstrado, assim, o vício da cláusula do contrato de mútuo que fixa o preço do imóvel em valor excessivamente elevado, tomando-se necessária a sua redução, por ser inconcebível que os mutuários suportem o repasse dos valores fixados. Tal assertiva toma-se ainda mais irrefutável por tratar-se de financiamento para a população de baixa renda.

Também não é possível a convalidação da cláusula contratual que determina a retroação dos efeitos do contrato, obrigando os mutuários a assumirem obrigações pretéritas. O contrato de financiamento de imóvel regido pelas normas que regulam o Sistema Financeiro de Habitação deve reger as obrigações das partes tão-somente para o futuro. Necessária, pois, a anulação da referida cláusula.

Este egrégio Tribunal, ao julgar casos idênticos ao presente, já proferiu decisões defendendo o entendimento ora expandido:

"EMENTA: Administrativo. Ação ordinária. Anulação de contrato de financiamento de imóvel do Conjunto Habitacional Parque dos Coqueiros-RN. Caixa Econômica Federal. Nulidade da sentença. Inocorrência.

1. Não é razoável pretender-se repassar aos mutuários de programa social de financiamento para aquisição de imóvel, percentuais acertados ao talante do Agente Financeiro e das empreiteiras, mormente quando se sabe da impraticabilidade dos contratos decorrentes, em face da vertiginosa ascensão do preço final do imóvel e das prestações, condições que tornam o pacto insolvível desde o seu nascedouro.

.....
3. Apelações improvidas".

(Apelação Cível nº 12046-4/RN, Rel. Juiz Manoel Erhardt).

Por fim, a PROEX Ltda. argumenta que não poderia suportar o ônus sucumbencial por não haver sido vencida na demanda.

Sustentou, assim, não prosperar a acusação que lhe fora imputada de que teria empregado na obra materiais não especificados no memorial, insurgindo-se ainda contra a parte da sentença que a condenou no ressarcimento à CEF do valor recebido a maior pelo imóvel, ao argumento de que o Magistrado julgou extra pefita por não haver o autor pedido tal condenação.

De fato, o perito do Juízo, em seu laudo, concluiu que os materiais empregados estão de acordo com as especificações técnicas determinadas para a obra. Quanto à condenação no pagamento referido, entendo que caberia à CEF, em querendo, e em ação própria, buscar o ressarcimento que entende devido.

Diante do exposto, nego provimento ao apelo da CEF e dou provimento ao apelo da

PROEX - Projeto e Execução de Engenharia Ltda.
É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 196.195-RN

Relator: O SR. JUIZ **PETRUCIO FERREIRA**

Apelante: PEDRO NASCIMENTO

Apelado: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS
NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

Advogados: DRS. RAULINO SALES SOBRINHO (APTE.) E AFONSO CELSO PINHEIRO
E OUTROS (APDO.)

EMENTA:

Processual Civil. Honorários advocatícios. Extinção do processo com julgamento do mérito. Transação judicial procedida após o trânsito em julgado da ação e sem a aquiescência do advogado do particular. Honorários sucumbenciais devidos e convencionais executáveis tão-somente em ação própria.

1. Incumbe ao Juiz, ao proferir a sentença, se pronunciar quanto ao pagamento das despesas do processo, bem como fixar a verba honorária, tanto no provimento judicial que extingue o processo, com ou sem julgamento do mérito, considerando-se que a sucumbência se instala no momento em que se presta a jurisdição.

2. Para a fixação da verba honorária, nos casos de transação, importa verificar se a transação se deu antes ou após a decisão de mérito e se a mesma se operou com ou sem a aquiescência do patrono do particular.

3. Se a extinção do processo se deu em virtude de transação judicial, antes que houvesse sentença, em relação aos honorários judiciais e restando a referida transação silente em relação a tal verba, deveriam estes ser divididos igualmente e, conseqüentemente, compensarem-se, nos exatos termos do que dispõe o art. 26, § 2º e, na mesma hipótese, em relação aos honorários convencionados, restaria apenas ao causídico utilizar-se do contrato como título executivo extrajudicial, em ação própria .

4. Entretanto, se a extinção, em face da transação, deu-se quando já havia sido proferida decisão condenatória, e sem a aquiescência do advogado do particular, como ocorre no caso presente, tal verba honorária sucumbencial reveste-se em direito do advogado, que poderá requerer a execução de tais honorários nos mesmos autos da ação, e, em relação aos honorários convencionais, para executá-los, deverá o causídico ajuizar ação própria para requerer tal direito, neste caso, exclusivamente contra o respectivo constituinte.

5. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 22 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA: Pedro Nascimento apela da decisão singular proferida pelo MM. Juiz Magnus Augusto Costa Delgado, da 1ª Vara/RN, que extinguiu o presente feito, com julgamento do mérito, em face da transação judicial realizada.

Em suas razões, a parte autora pugna pela reforma da sentença, ao fundamento de que

são devidos os honorários advocatícios, vez que, ocorrendo a extinção do processo, não justifica deixar o MM. Juiz a quo de condená-los no pagamento de honorários advocatícios, convencioneados e judiciais.

Contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA (Relator): Cuida a hipótese de apelação interposta à sentença da lavra do MM. Juiz Magnus Augusto Costa Delgado, da 1ª Vara/RN, que declarou extinto o feito com julgamento do mérito, em face da transação procedida em juízo.

Em suas razões, a parte autora pugna pela reforma da sentença, ao fundamento de que são devidos os honorários advocatícios, tanto os convencioneados quanto os judiciais, vez que, ocorrendo a extinção do processo, não justifica deixar o MM. Juiz a quo de condená-los no pagamento de tal verba.

Importa observar que consta às fls. 221 dos presentes autos transação judicial entre as partes. Ressalve-se que a referida transação se deu posteriormente ao trânsito em julgado da decisão que inadmitiu o recurso especial interposto, no caso, pelo IBAMA, conforme se vê às fls. 220, sem a aquiescência do advogado da parte autora.

Claro que incumbe ao Juiz, ao proferir a sentença, necessariamente, também se pronunciar quanto ao pagamento das despesas do processo, bem como fixar a verba honorária, tanto no provimento judicial que extingue o processo, com ou sem julgamento do mérito, considerando-se que a sucumbência se instala no momento em que se presta a jurisdição.

Quanto aos honorários advocatícios, quer os fixados, quer os convencioneados, indiscutível, a teor do art. 22 da Lei 8.906/94, serem os mesmos devidos ao advogado, conforme se lê:

"Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencioneados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência". Para a fixação da verba honorária nos casos de transação, importa verificar as seguintes hipóteses: se a transação se deu antes da decisão de mérito, ou se esta se deu após a decisão de mérito.

Yussef Said Cahali, in Honorários Advocatícios, 3ª edição, em comentando sobre o "direito do advogado em face da transação das partes", expressamente dispõe:

"...embora o art. 24, § 1º, da Lei 8.906/94, refira que 'a execução dos honorários pode ser promovida nos mesmos autos da ação em que tenha atuado o advogado, se assim lhe convier', acrescentando o § 4º que, 'o acordo feito pelo cliente do advogado e a parte contrária, salvo aquiescência do profissional, não lhe prejudica os honorários, quer os convencioneados, quer os concedidos por sentença', é de entender-se que somente os honorários 'concedidos por sentença', quais sejam, os honorários de sucumbência, podem ser executados 'nos mesmos autos da ação em que tenha atuado o advogado, se assim lhe convier', desde que ajustado pelas partes o acordo extintivo da execução, sem o consentimento do causídico;

se o acordo extinguiu o processo em seu curso, antes que houvesse sentença fixando honorários advocatícios por um dos vencidos, não há como falar-se em honorários de sucumbência, de tal modo que, os honorários contratados, igualmente ressalvados pelas disposições estatutárias dos efeitos da prematura extinção acordada do processo, somente podem ser cobrados por via da ação própria e, neste caso, exclusivamente contra o respectivo constituinte".

Assim sendo, conclui-se que:

a) se a extinção do processo se deu em virtude de transação judicial, antes que houvesse

sentença, em relação aos honorários judiciais, e restando a referida transação silente em relação a tal verba, deveriam estas ser divididas igualmente e, conseqüentemente, compensarem-se, nos exatos termos do que dispõe o art. 26, § 2º:

"Art. 26. Se o processo terminar por desistência ou reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu ou reconheceu.

§ 1º.....

§ 2º Havendo transação e nada tendo as partes disposto quanto às despesas, estas serão divididas igualmente".

Na mesma hipótese e em relação aos honorários convencionados, a despeito do art. 22 da Lei 8.906/94 garantir ao advogado tais honorários, o seu § 4º pressupõe a existência de quantia a ser recebida pela parte, através de levantamento ou precatório, o que, no caso de não haver decisão condenatória, restaria apenas ao causídico utilizar-se do disposto no art. 24, § 4º, da mesma Lei 8.906/94, que estabelece:

"Art. 24. A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial".

Neste sentido se houve a jurisprudência, conforme se lê in Honorários Advocatícios, 3ª edição, Yussef Said Cahali:

"Sempre se entendeu, sob a égide da sistemática processual anterior, e se continua a entender dentro agora com o novo Código, que, com a transação entre as partes, conseqüentemente, cessa a instância, sendo de arquivar-se o feito; em casos tais, não se há falar em vencedor ou vencido, para o efeito da sucumbência, tudo se exaurindo no teor do acordo firmado, e que deve ser obedecido. E isso deve ser observado, ainda que o acordo tenha sido firmado extra-autos. Como resultado, qualquer pretensão posterior de alguma das partes - na própria ação ou em ação autônoma - a honorários não estatuídos no acordo, deve ser desatendida".

b) se, de quando da realização da transação, já havia sido proferida decisão condenatória, tal verba reveste-se em direito do advogado, que poderá utilizar-se, neste caso, do comando do disposto no art. 24, § 1º, da Lei 8.906/94, verbis:

"A execução dos honorários pode ser promovida nos mesmos autos da ação em que tenha atuado o advogado, se assim lhe convier."

No mesmo sentido doutrina Yussef Said Cahali, na obra já citada:

"Os honorários advocatícios que restam incólumes de qualquer transação firmada pessoalmente pelos demandantes, no elastério das disposições estatutárias, são aqueles fixados por sentença condenatória, no sentido de poderem os mesmos ser executados nos próprios autos da ação de conhecimento. Mas, extinto, por antecipação, o processo, em virtude de acordo celebrado pelas partes sem a aquiescência dos respectivos patronos, ou revogada a procuração".

No caso presente, foi proferida decisão, tanto no primeiro grau (fls. 47/53), quanto por esta Corte, por sua e. 2ª Turma (fls. 101/109), tendo a decisão singular, que restou mantida por esta Casa, fixado a verba honorária em 10% sobre o valor da condenação. Assim sendo, constatado que houve decisão proferida nos presentes autos, e ainda que o advogado da parte não aquiesceu da transação constante dos autos, o causídico tem direito aos seus honorários sucumbenciais fixados na decisão singular e mantidos por esta Corte, que poderão ser executados nestes próprios autos.

Entretanto, em relação aos honorários convencionais, inobstante seja reconhecido ao patrono o direito aos mesmos na presença de tal contrato, considerando a inexistência de levantamento ou precatório, para executá-los deverá o causídico ajuizar ação própria e, neste caso, exclusivamente contra o respectivo constituinte.

Por tais razões, dou parcial provimento à apelação para resguardar o direito do advogado da autora à percepção, apenas, dos honorários advocatícios judicialmente estabelecidos.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 196.631-AL

Relator: O SR. JUIZ PETRUCIO FERREIRA

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: JOSÉ PAULO OLIVEIRA DOS SANTOS

Advogados: DRS. AUTA FRANÇA DE OLIVEIRA NEMÉZIO E OUTROS (APTE.) E REJANE DE ALMEIDA LIMA E OUTROS (APDO.)

EMENTA:

Previdenciário e Constitucional. Arts. 6º e 196 da CF. Amparo social. Concessão. Portador do vírus "HIV".

1. Conforme exposto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, são direitos sociais a saúde e a assistência social, cabendo ao Estado a sua garantia.
2. É cabível a concessão do benefício amparo social a pessoa portadora de deficiência, a qual é incapacitada para a vida independente.
3. In casu, havendo a parte autora requerido o benefício amparo social, com objetivo de prover seu sustento, tendo comprovado ser portador da Síndrome Imunológica Adquirida - AIDS, e, conseqüentemente, incapaz de exercer qualquer atividade laboral, é de conceder-se o benefício requerido, por haver preenchido os requisitos legais para sua concessão. Ademais, a simples arguição do INSS de ser o autor capaz para vida independente, não tem o condão de afastar a responsabilidade da autarquia em amparar o cidadão necessitado dos benefícios por ela oferecidos, com o objetivo da manutenção de sua vida.
4. Remessa oficial e apelação do INSS improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade de votos, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Juiz Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Recife, 15 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).
JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA: Cuida a hipótese de apelação do INSS contra decisão do MM. Juiz Paulo Roberto de Oliveira Lima, 2ª Vara/Al, que julgou procedente o pedido de concessão do benefício amparo social.

Em razões de apelo, a autarquia alega que a sentença afronta literalmente o parágrafo 2º do artigo 20 da Lei 8.742/92, não se enquadrando o apelante nos ditames da lei.

Contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA (Relator): Trata-se de apelação do INSS contra decisão monocrática que julgou procedente o pedido de concessão do benefício amparo social.

O INSS, em razões de recurso, alega que no exame médico pericial, ao qual foi submetido o apelado, portador da Síndrome Imunológica Adquirida, ficou constatado que o mesmo era incapacitado para o desempenho das atividades laborativas, porém, não era

incapacitado para vida independente, resultando com isso o indeferimento do benefício amparo social em face de não preencher os pressupostos indispensáveis para sua concessão.

Antes da análise da questão, é mister lembrar que no elenco dos direitos sociais o constituinte incluiu, entre outros, o direito à saúde (art. 6º), onde a Seguridade Social garante a todos os cidadãos, mediante políticas sociais e econômicas, a redução do risco de doença e outros agravos, bem como proteção e recuperação (art. 196).

Em face dos riscos sociais advindos de incapacidade para o trabalho, risco-morte, riscos da maternidade ou da natalidade, os decorrentes de acréscimos nos encargos familiares e a proteção à velhice, procurou o legislador proteger os hipossuficientes com a finalidade de propor a eles uma melhor condição de vida. E, assim, através da Lei 8.742/93, a qual dispõe sobre a organização da Assistência Social, garantiu ser direito do cidadão e dever do Estado o atendimento às necessidades básicas.

Tratando sobre o risco social advindo de incapacidade para o trabalho, Feijó Coimbra, em seu livro *Direito Previdenciário Brasileiro*, citando Adrien Sachet, p. 127, ressalta que:

"O trabalhador, atingido por uma invalidez total e incurável, encontra-se privado de todo o proveito que o livre e pleno exercício de suas faculdades lhe poderia proporcionar". Aí, situa-se a conceituação de uma incapacidade genérica, isto é, aquela referida a qualquer ofício, profissão ou atividade possível para o lesionado, em oposição à incapacidade específica, que se distingue por ser a relativa a certa atividade, em particular. A incapacidade de que cogitam as leis previdenciárias é, em princípio, a genérica, até porque as práticas da reabilitação podem recuperar um trabalhador para o exercício de atividade diversa da que antes exercia. Considera-se permanente a incapacidade que se manifesta de forma irrecuperável, diminuindo ou abolindo a aptidão do trabalhador para o exercício de sua atividade normal. Temporária será a que, por certo tempo, causa o mesmo efeito, mas permite uma recuperação pelo tratamento adequado".

Dessa forma, é de verificar-se, in casu, que o laudo técnico pericial, à fls. 18, constata a incapacidade laborativa do autor, porém, alega ser o mesmo capaz para vida independente, quando assim expõe:

".... alimenta-se e faz sua higiene pessoal e veste-se sozinho". Há de convir que tal argumentação não impede a pretensão do autor, tendo em vista que a patologia Síndrome Imunológica Adquirida, da qual é portador, encontra-se em estágio avançado, exigindo do doente cuidados especiais que, pela própria natureza da enfermidade, acarretam aumento das despesas.

Ad argumentandum tantum, há de observar-se, também, que a própria legislação do amparo social estatuiu em seu art. 20, § 2º, que:

"§ 2º. Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente". (Grifei).

A incapacidade para a vida independente refere-se à incapacidade laborativa, na qual o indivíduo encontra-se desprovido de condições de obter o seu próprio sustento, logo, não há que falar-se em incapacidade para vida independente, como argüiu o INSS, porque o que se discute nos autos é a possibilidade do autor suprir suas necessidades básicas, pois, sendo portador de doença grave, é impedido de exercer qualquer atividade laboral, conforme o próprio laudo emitido pela autarquia.

A Constituição Federal, em seu art. 203, IV, ao tratar da habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária, refere-se ao trabalho, não havendo contemplação do termo utilizado pelo perito como requisito de exclusão do benefício.

Assim, nego provimento à remessa oficial e à apelação do INSS, por entender ser direito do autor a obtenção do benefício.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 197.652-AL

Relator: O SR. JUIZ **PETRUCIO FERREIRA**

Apelante: CRP - CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DA 15ª REGIÃO

Apelada: IZOLDA DE ARAÚJO DIAS

Advogada: DRA. SONIA CRISTINA L. PONTES (APTE.)

EMENTA:

Constitucional. Processual Civil. Execução fiscal. Conselhos Profissionais. Natureza jurídica de autarquia. Lei nº 9.649/98, artigo 58 e parágrafos. Serviços de fiscalização exercidos em caráter privado. Suspensão por liminar proferida na ADIN nº 1717-6.

Créditos passíveis de serem cobrados nos termos da Lei nº 6.830/80. Valor ínfimo.

Extinção do processo executivo. Impossibilidade. Prosseguimento da execução.

1 - Antes do advento da MP 1549-36 e suas reedições e da Lei 9.649/98, era entendimento pacífico que os Conselhos Profissionais, em guardando natureza jurídica de autarquia federal, seus créditos seriam cobrados nos termos da Lei 6.830/80.

2 - Tendo a MP 1549-36 e suas reedições e a Lei 9.649/98, em seu art. 58, estabelecido que os "Serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, mediante autorização legislativa", perderam tais Conselhos a natureza jurídica autárquica e, por conseguinte, seus créditos deixaram de ter caráter de dívida pública.

3 - Entretanto, tendo o STF, na ADIN nº 1717-6, em liminar, suspenso execução e a aplicabilidade do artigo 58 e seus parágrafos (à exceção do § 3º), das MPs, bem como da Lei nº 9.649/98, é forçoso concluir-se que, enquanto perdurarem os efeitos daquela liminar, ou, ao menos, até julgamento definitivo da referida ADIN, os Conselhos Federais e seus respectivos Regionais continuam guardando natureza de autarquia federal, não havendo como questionar-se que as dívidas por eles cobradas serão ou não executadas nos termos da lei fiscal.

4 - A extinção da execução fiscal obedece subsidiariamente ao disposto no art. 794 e incisos do CPC.

5 - O valor ínfimo não configura causa de extinção de ofício do executivo fiscal, ademais tendo o exequente demonstrado interesse em prosseguir com a execução.

6 - Apelação e remessa oficial providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade de votos, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Juiz Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Recife, 21 de março de 2000 (data do julgamento).

JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA: Cuida a hipótese de apelação interposta à sentença de fls., da lavra do MM. Juiz Sérgio José Wanderley de Mendonça, da 5ª Vara Federal - AL, que concluiu por extinguir a presente execução fiscal, nos termos do art. 267, VI, CPC, ao fundamento de que, detendo os Conselhos Profissionais personalidade jurídica de direito privado, a teor do art. 58 da Lei 9.649/98, não mais estão legitimados à propositura da execução fiscal prevista na Lei 6.830/80, e que não se justifica ocupar o Judiciário para executar dívidas que não traduzem utilidade econômica, denotando, assim, desinteresse processual dos aludidos Conselhos, em face da irrisoriedade e da

insignificância do numerário ora executado.

O CRP - Conselho Regional de Psicologia da 15ª Região, em suas razões de apelo, pugna pela reforma da sentença, aduzindo que a Justiça Federal é competente para julgar suas execuções fiscais, independentemente do valor executado, uma vez que os serviços de fiscalização são prestados por delegação do Poder Público, mediante autorização legislativa, estando, assim, a entidade dentro do contexto da administração pública.

Sem contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA (Relator): Cuida a hipótese de apelação interposta à sentença que concluiu por extinguir a presente execução fiscal, nos termos do art. 267, VI, CPC, ao fundamento de que, detendo os Conselhos Profissionais personalidade jurídica de direito privado, a teor do art. 58 da Lei 9.649/98, não mais estão legitimados à propositura da execução fiscal prevista na Lei 6.830/80, e que não se justifica ocupar o Judiciário para executar dívidas que não traduzem utilidade econômica, denotando, assim, desinteresse processual dos aludidos Conselhos, em face da irrisoriedade e da insignificância do numerário ora executado.

O CRP - Conselho Regional de Psicologia da 15ª Região, em suas razões de apelo, pugna pela reforma da sentença, aduzindo que a Justiça Federal é competente para julgar suas execuções fiscais, independentemente do valor executado, uma vez que os serviços de fiscalização são prestados por delegação do Poder Público, mediante autorização legislativa, estando, assim, a entidade dentro do contexto da Administração Pública.

Primeiramente, imprescindível observar-se que o STF, na ADIN nº 1717-6, em liminar, suspendeu o artigo 58 da MP 1549-36 e suas reedições, bem como da Lei 9.649/98, por cujo artigo 58 se estabeleceu que os "Serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, mediante autorização legislativa".

Atente-se que exatamente por força desse dispositivo é que os órgãos fiscalizadores de profissões regulamentadas, Conselhos Federais e respectivos Regionais, no momento em que continuaram com a mesma competência - a fiscalização de tais profissões -, mas exercida em caráter privado, apesar de exercê-la por delegação do Poder Público e mediante autorização legislativa, perderam a sua natureza autárquica, vale dizer, deixaram de integrar a Administração Pública direta e, assim ocorrendo, seus créditos resultantes das anuidades de seus sócios ou decorrentes de multas em razão do não atendimento aos ditames reguladores de tais profissões perderam igualmente a natureza de dívida pública, não sendo mais, portanto, passíveis de serem cobrados via executivo fiscal.

Em princípio, apresentou-se questionável a este Tribunal a disposição do referido artigo que, inobstante a perda de qualidade autárquica de tais conselhos e o fato daí decorrente de não mais integrarem seus créditos a dívida ativa, preservou a Justiça Comum Federal como competente para continuar julgando os processos onde estivessem presentes interesses de tais Conselhos.

A interrogação persiste, máxime quando se tem, prima facie, a competência originária da Justiça Comum Federal regulada pela Carta Magna. No momento, no entanto, em que, julgando a referida ADIN supra citada, mesmo em provimento provisório, a Corte Constitucional do País suspendeu a eficácia e a aplicabilidade do artigo 58 e seus parágrafos (à exceção do § 3º) das MPs e da Lei 9.649/98, é forçoso concluir-se que, enquanto perdurarem os efeitos daquela liminar, os Conselhos Federais e seus

respectivos Regionais, que têm por finalidade a fiscalização das profissões regulamentadas, continuam guardando sua natureza autárquica federal, conforme era de entendimento pacífico até então. Por conseguinte, permanecendo a natureza de autarquia federal dos Conselhos Profissionais, ao menos até o julgamento definitivo da referida ADIN pelo colendo Supremo Tribunal Federal, as dívidas por eles cobradas serão procedidas por executivo fiscal, não havendo como se discutir ser competente a Justiça Comum Federal para julgar tais ações ou outras onde presentes interesses de tais Conselhos, perdendo sentido qualquer discussão a respeito da constitucionalidade da Medida Provisória nº 1549-36 e suas reedições e da Lei nº 9.649/98.

Quanto ao entendimento do MM. Juiz monocrático de que não se justifica ocupar o Judiciário para executar dívidas de valor irrisório, devendo a mesma ser extinta, tem-se que, em se tratando de execução de título extrajudicial, é de aplicar-se subsidiariamente o disposto no art. 794 e incisos do CPC, que estabelecem as hipóteses de extinção, embora de forma não exaustiva:

"Art. 794. Extingue-se a execução quando:

I - o devedor satisfaz a obrigação;

II - o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida;

III - o credor renunciar ao crédito".

Não ocorrendo as hipóteses previstas na lei processual, não pode o Juiz, de ofício, decretar a sua extinção.

Pertinente aos presentes autos o entendimento extraído do DL nº 1.793/80, que reservou ao Poder Executivo o juízo de conveniência do ajuizamento, ou não, das ações de execução cujos valores representassem manifesto desinteresse processual. Naqueles casos, facultou-se ao Poder Executivo a oportunidade de buscar, na atividade jurisdicional, o que se lhe apresentasse como direito.

No caso dos autos, tendo o Conselho ajuizado o processo executivo, resta demonstrado, pois, o real interesse em prosseguir na ação executiva, inobstante seja o valor de pouca monta.

Neste sentido, merece registro o entendimento jurisprudencial, verbis:

"A execução só se extingue por uma das causas previstas em lei (art. 794 do CPC), nas quais não se inclui o parcelamento do débito - antes do adimplemento da última parcela" (Ac. un. da 1ª T. do STJ, de 05.04.1995, no REsp 59.256-9-RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo;

RF 334/294;

DJ de 15.09.1995;

JSTJ/TRFs 75/223)",

"A execução extingue-se somente nas hipóteses do art. 794 do CPC, quais sejam, quando o devedor satisfaz a obrigação ou obtém, por transação ou por outro meio, a remissão total da dívida ou, ainda, quando o credor renuncia ao crédito. A celebração de acordo para pagamento parcelado do débito não enseja a extinção da execução mas tão-somente a suspensão do processo que deve ter prosseguimento se descumpridos os termos do pactuado" (Ac. un. da 3ª T. do TRF da 1ª R. na Ap 93.01.310252-MG, Rel. Juiz Vicente Leal;

DJ de 24.02.1994;

ADV, de 05.04.1994, nº 65421)".

"I - Não é de ser extinto o processo executivo com base no art. 795 do CPC se, ainda que de pequeno valor, resta saldo remanescente;

II - Apelação provida". (AC 6591/PE, Rel. Juiz Nereu Santos, DJU, II, de 28.06.91, p. 15301, in CPC nos Tribunais, ed. Atualizada 1994, Jurídica Brasileira, Darcy Arruda Miranda Júnior e outros".

Por tais razões, dou provimento à apelação e à remessa oficial, determinado que voltem

os autos à primeira instância, para dar prosseguimento à execução fiscal.
É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 209.149-AL

Relator: O SR. JUIZ **PETRUCIO FERREIRA**

Apelantes: BENEDITO AMANCIO DE ALBUQUERQUE E OUTROS

Apelada: UNIÃO

Advogado: DRS. GEORGE SARMENTO LINS E OUTRO (APTES.)

EMENTA:

Civil e Processual Civil. Extinção do processo sem julgamento do mérito por defeito de representação. Exigência de data recente da procuração. Arts. 1.289 e 1.316 do CCB. Impossibilidade. Arts. 515 e 516 do CPC. Inaplicabilidade.

1. Dispõe o art. 1.289 do CC sobre o conteúdo do instrumento particular de procuração, enquanto o art. 1.316 do mesmo Diploma Legal prevê a cessação do mandato.

2. No caso presente, inexistente qualquer das causas de cessação do mandato, conforme disciplina o art. 1.316 do CPC, de modo a entender-se pelo "decurso do tempo" do mandato judicial.

3. Não poderia o Juiz singular questionar defeito de representação, tão-somente em razão da data constante da procuração, quando tal procuração não foi elaborada com termo certo, o que equivale a dizer que a mesma é válida, face à inexistência de revogação, renúncia, morte, mudança de estado, terminação do prazo, ou conclusão do negócio.

4. Impossível, conforme entendimento do STJ de supressão de instância, aplicar-se à hipótese os arts. 515 e 516 do CPC, por cuidar de decisão singular que extinguiu o processo sem julgamento do mérito.

5. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 2 de maio de 2000 (data do julgamento).

JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA: Benedito Amancio de Albuquerque e outros apelam da decisão da lavra do MM. Juiz Sebastião José Vasques de Moraes, da 4ª Vara/AL, que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, pelo fato de que o procurador dos autores não supriu a irregularidade de representação processual, tendo em vista não cumprir os requisitos do art. 1.289, § 1º, do CCB.

Sustentam as razões de apelo, em síntese, a reforma da decisão recorrida, sob o fundamento de que as procurações não são antigas, e, ainda, que não existe legislação alguma que invalide procuração, pedindo, ao final, o julgamento do mérito, reconhecendo o direito dos autores, ora apelantes.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA (Relator): Cuida a hipótese de apelação dos particulares da decisão da lavra do MM. Juiz Sebastião José Vasques de Moraes, da 4ª

Vara/AL, que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, pelo fato de que o procurador dos autores não supriu a irregularidade de representação processual, tendo em vista não cumprir os requisitos do art. 1.289, § 1º, do CCB.

Sustentam os particulares, em suas razões de apelo, em síntese, a reforma da decisão recorrida, sob o fundamento de que as procurações não são antigas, e ainda, que não existe legislação alguma que invalide procuração, pedindo, ao final, o julgamento do mérito, reconhecendo o direito dos autores, ora apelantes.

Sobre a matéria, o CCB, Capítulo VII - Do Mandato -, art. 1.288, assim dispõe:

"Art. 1.288. Opera-se o mandato, quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos, ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato". Por outro lado, estabelece o § 1º do art. 1.289:

"Art. 1.289

§ 1º O instrumento particular deve conter designação do Estado, da cidade ou circunscrição civil em que for passado, a data, o nome do outorgante, a individualização de quem seja o outorgado, e, bem assim, o objetivo da outorga, a natureza, a designação e extensão dos poderes conferidos".

Finalmente, dispõe o art. 1.316 do mesmo Diploma Legal:

"Art. 1.316. Cessa o mandato:

I - pela revogação, ou pela renúncia;

II - pela morte, ou interdição de uma das partes;

III - Pela mudança de estado, que inabilite o mandante para conferir os poderes, ou o mandatário, para os exercer;

IV - Pela terminação do prazo, ou pela conclusão do negócio".

Sobre o Mandato - Gestão de Negócios, Caio Mário da Silva Pereira, em seu Instituições de Direito Civil, Vol. III, 10ª edição, doutrina:

"Generalidades acerca do mandato. Mandato é o contrato pelo qual uma pessoa (mandatário), recebe poderes de outra (mandante) para, em seu nome, praticar atos jurídicos ou administrar interesses. ... São caracteres jurídicos do mandato ser ... F - Revogável, por ser lícito a qualquer das partes, sem necessidade de anuência da outra, pôr termo ao contrato pela manifestação de sua vontade unilateral (ad nutum). ... O objeto do mandato é, geralmente, do interesse exclusivo do mandante, mas não lhe prejudica a natureza e efeitos o ser comum com o próprio mandatário ou com terceiros. ... O mais comum é o mandato escrito, que se materializa na procuração, e esta lhe serve de instrumento. ... A procuração por instrumento particular pode ser passada por quem esteja na livre administração de seus bens, toda ela manuscrita, ou datilografada, policopiada ou impressa;

e firmada pelo outorgante;

devendo conter a designação do Estado, da cidade ou circunscrição civil em que for passada, a data, o nome do outorgante, a individualização do outorgado, o objetivo da outorga, a natureza, designação e extensão dos poderes conferidos. Aceitação. Para a aceitação do mandato, vige igualmente liberdade de forma. Há mesmo quem diga não existir, na prática, a celebração do contrato de mandato, pois, que tudo se passa muito simplesmente, com a outorga de procuração pelo comitente, que a envia ou entrega ao mandatário, e este, recebendo-a, dá início à sua execução".

O mesmo autor, na obra já citada, especificamente sobre a extinção do mandato, assim se houve:

"Como toda relação jurídica, a que se origina do mandato cessa nos casos que a lei (Código Civil, art. 1.316) menciona, oriundos de três ordens de causas:

a vontade das partes, o acontecimento natural, o fato jurídico. São eles:

a revogação, a renúncia, a morte, a mudança de estado, a terminação do prazo, a conclusão do negócio. Os autores costumam ainda lembrar outras extintivas, que são de

caráter geral, como a impossibilidade do objeto, a nulidade do contrato, a resolução por inadimplemento, a verificação de condição resolutiva.

... E - Terminação do prazo ou conclusão do negócio. Outorgados poderes para determinado negócio, a conclusão deste opera ipso facto a cessação do mandato, pela aplicação da regra segundo a qual o mandatário especial não pode representar o comitente em ato diverso. Também pleno iure se extingue a relação jurídica com o advento do termo, se tiver sido conferido prazo determinado, o qual estipulado expressamente, permite a ambas as partes conhecer o momento da cessação". Do exposto, verifica-se que a lei, embora refira que o instrumento particular deve conter a "data", não vai além em tal determinação, cabendo aplicar-se o adágio jurídico que diz que "quando a lei não restringe, não cabe ao intérprete restringir".

Por outro lado, inexistente, no caso presente, qualquer das causas de cessação do mandato, conforme disciplina o art. 1.316 do CCB, de modo a entender-se pelo "decurso do tempo" do mandato judicial.

Assim sendo, não poderia, pois, o Juiz singular questionar defeito de representação, tão-somente em razão da data, quando tal procuração não foi elaborada com termo certo, o que equivale a dizer que a mesma é válida face à inexistência de revogação, renúncia, morte, mudança de estado, terminação do prazo, ou conclusão do negócio.

No caso presente, impossível a aplicação dos arts. 515 e 516 do CPC, tendo em vista que o Juiz singular extinguiu o processo sem julgamento do mérito, e em respeito ao entendimento adotado pelo STJ de que o julgamento em tal hipótese equivaleria a supressão de instância.

Por tais razões, não havendo, pois, falar-se em defeito de representação, em face da data constante das procurações juntas ao presente processo, dou parcial provimento à apelação, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem para prosseguimento do feito.

É o meu voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.064-CE

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**

Apelante: OMAR SANTOS DUMONT

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Advogado: DR. JOÃO QUEVEDO FERREIRA LOPES (APTE.)

EMENTA:

- Penal. Não recolhimento de contribuições previdenciárias. Ilícito tributário.
- O não recolhimento de contribuições previdenciárias sujeita a empresa a toda uma série de retaliações previstas em lei.
 - A caracterização de ilícito penal, contudo, depende de um contexto em que a atuação dolosa do dirigente reste plenamente demonstrada naquele sentido.
 - O registro dos débitos na contabilidade da empresa indica a inexistência da intenção de apropriar-se dos valores.
 - Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 16 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: O Ministério Público Federal denunciou Omar Santos Dumont e Maria Jarina de Alcântara, sócios-gerentes da pessoa jurídica de direito privado Motel Castelinho Ltda., como incurso no art. 95, alínea d, da Lei 8.212/91, c/c o art. 5º da Lei 7.492/86, porque teriam deixado de repassar aos cofres da Previdência Social as contribuições descontadas de seus funcionários, correspondentes aos períodos compreendidos entre maio de 1993 e dezembro de 1994, abril e maio de 1995, inclusive o quantum referente ao décimo terceiro salário do ano de 1994.

O MM. Juízo monocrático julgou improcedente a denúncia em relação à ré Maria Jarina de Alcântara, absolvendo-a nos termos do art. 386, IV, do Código de Processo Penal, e condenou o outro réu pela prática do crime disposto no art. 95, letra d, da Lei 8.212/91, c/c o art. 5º da Lei 7.492/86 e o art. 71 do CP, à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa.

O apelante pede sua absolvição, argumentando que "restou demonstrada e provada a 'inexigibilidade de conduta diversa', causa excludente de culpabilidade, além de inexistir o crime capitulado na denúncia, tendo em vista a inexistência do elemento, o dolo específico".

O ilustre representante do Ministério Público Federal, Dr. Hélio José Tavares, opinou pelo não provimento do recurso, ressaltando que "para a caracterização do crime previsto no art. 95, alínea d, da Lei nº 8.212/91, não se faz necessário que haja apropriação de valores por parte do agente, bastando que este seja responsável pelo recolhimento dos valores devidos à Seguridade Social e arrecadados dos segurados ou do público, e não o tenha feito na época própria" (fls. 190).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): O apelante foi condenado pela prática do crime disposto no art. 95, letra d, da Lei 8.212/91, c/c o art. 5º da Lei 7.492/86 e o art. 71 do CP, à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa.

A r. sentença traz a seguinte fundamentação à procedência da denúncia.

"13 - Às fls. 88, o réu Omar Santos Dumont afirma que era o sócio-gerente da empresa devedora e que não recolheu as contribuições sociais no período indicado na denúncia por causa das dificuldades financeiras que referida empresa atravessava;

14 - Percebe-se pelos documentos de fls. 08/42 que a empresa Motel Castelinho Ltda., que era dirigida pelo réu Omar Santos Dumont, apesar de descontar os valores dos salários dos empregados, não os repassou à Previdência, nada restando provado a respeito das alegadas dificuldades financeiras;

15 - Na realidade, as contribuições que o réu deixou de recolher à Previdência foram devidamente descontadas dos seus empregados. Assim, poder-se-ia até compreender que um empresário em dificuldades financeiras deixasse de efetuar algum pagamento; mas, no caso em exame, o empresário descontou o valor do salário de seus empregados como responsável tributário que era e não repassou para a Previdência Social, o que nos parece evidenciar a existência de dolo na sua conduta;

16 - Ademais, como anteriormente realçado, ditas 'dificuldades financeiras' não tiveram sequer início de prova documental, pairando como meras alegações do réu;

17 - Sabe-se, outrossim, que o crime tipificado no art. 95, letra d, da Lei 8.212/91, c/c o art. 5º da Lei 7.492/86, deixou de trazer como elemento do tipo a intenção do agente ter

para si a coisa apropriada como é exigido no crime de apropriação indébita (art. 168 do Código Penal), mas tipificou a simples conduta de 'deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público';

18 - Outrossim, a falta de recolhimento das contribuições previdenciárias ocorreu no período compreendido entre maio de 1993 a dezembro de 1995, o que, pelas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução caracterizam a hipótese prevista no art. 71 do Código Penal".

Por seu turno, a dosimetria está assim elaborada:

"20 - Atendendo às circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal e por ser o réu primário e de bons antecedentes, entendo que a pena deve ser a mínima, pelo que fixo a pena-base em dois anos de reclusão que, ante o aumento de 1/6 (um sexto) previsto no art. 71 do Código Penal, é fixada em dois anos e quatro meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, na forma do art. 33, § 2, c, pelo que, ante a ausência de circunstâncias outras que atenuem ou agravem, aumentem ou dumuem a mesma, torno-a definitiva;

21 - Condeno, ainda, o réu ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, calculado o valor do dia-multa no trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato, de acordo com o disposto no art. 49 do Código Penal" (fls. 171/173).

A matéria é conhecida desta Corte.

A impontualidade no recolhimento de contribuições não constitui, por si só, ilícito penal. A jurisprudência tem interpretado que, dada a ausência de dolo, retratada pela inexistência da intenção de ocultar o não recolhimento, na época própria, de contribuições previdenciárias recolhidas de empregados, visível pela escrituração contábil fiel aos fatos efetivamente verificados, não configura crime. Depoimento do contador do apelante, Paulo Pessoa Cifoni, às fls. 131, confirma o registro dos débitos quando diz que "a contribuição (previdenciária) relativa aos empregados era escriturada, sendo que, tendo em vista a empresa ser tributada com base em lucro presumido, não havia necessidade da escrituração das contribuições de empregador...".

Transcrevo, a propósito, ementas:

"Penal. Não recolhimento de contribuições previdenciárias. Ilícito tributário.

- O não recolhimento de contribuições previdenciárias sujeita a empresa a toda uma série de retaliações previstas em lei.

- A caracterização de ilícito penal, contudo, depende de um contexto em que a atuação dolosa do dirigente reste plenamente demonstrada naquele sentido.

- Comprovado que se via premido pela conjuntura econômica (necessidade de pagar aos empregados), de modo a não se lhe poder exigir diversa conduta, merece confirmação a sentença absolutória.

- Apelação improvida".

(ACR 1371/RN, por mim relatada, j. 07.12.95, DJ 26.01.96).

"Habeas corpus. Apropriação indébita. Valores recolhidos dos funcionários e não repassados à Previdência. Art. 95, d, Lei nº 8.212/91. Necessidade de demonstração de dolo.

- Denúncia que descreve como fato delituoso apenas a existência de débitos com a Previdência.

- Excluído o dolo, consubstanciado na intenção deliberada, maliciosa, de fraudar a Previdência, não subsiste o crime de apropriação. O ordenamento brasileiro não alberga a prisão por dívidas".

(HC 5447/CE, Rel. Juiz Francisco Falcão, j. 09.11.95, DJ 01.12.95).

"Inquérito policial. Prefeito. Apropriação indébita. (Lei 8.212, art. 95, alínea d).

Contribuição previdenciária dos servidores municipais. Não recolhimento em época certa.

Ausência de dolo.

- O registro dos débitos na contabilidade do Município, a celebração de parcelamento e, ainda, a quitação do débito, afastam a vontade de apropriar-se de coisa alheia, elemento essencial do crime e de apropriação indébita. Interpretar a lei diversamente, de modo a entender configurado o crime independentemente desse elemento, coloca a norma da lei ordinária em conflito aberto com a norma da Constituição, que veda a prisão por dívida.

- Conforme o art. 34 da Lei nº 9.249, de 26.12.95 (DOU 27.12.95), extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137/90 e na Lei nº 4.729/65, quando promovido o pagamento do tributo ou contribuição social antes do recebimento da denúncia.

- Arquivamento do inquérito".

(Inquérito nº 149/PB, Rel. Juiz Hugo Machado, j. 28.02.96, DJ 26.04.96).

"Ação penal. Apropriação indébita (Lei 8.212, art. 95, alínea d). Contribuição previdenciária. Não recolhimento em época certa.

- O registro dos débitos na contabilidade da empresa afasta a vontade de apropriar-se de coisa alheia, elemento essencial do crime de apropriação indébita.

- A Lei nº 8.866/94, de 11.04.94 (DOU 13.04.94), retirou do âmbito do Direito Penal a retenção, sem recolhimento, das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, caracterizando-a como situação de depositário infiel.

- Ordem de habeas corpus concedida, para trancamento da ação penal".

(Habeas Corpus nº 626/CE, Rel. Juiz Ubaldo Ataíde Cavalcante, j. 30.10.97, DOU 28.11.97).

"Penal. Falta de recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas de empregado. Natureza do delito previsto no art. 95, d, da Lei 8.212. Não é a simples existência de dívida que caracteriza a infração, dada a garantia prevista no art. quinto, LXVI, da Constituição Federal. Delito omissivo próprio que não prescinde da demonstração da fraude consistente em descontar a contribuição dos empregados e não recolher os respectivos valores ao órgão da Previdência Social. Superveniência da Lei 8.866/94, que cria a figura de depositário da Fazenda Pública da pessoa obrigada a recolher impostos, taxas e contribuições. Nova disciplina que exige a prévia caracterização da situação de depositário infiel (art. segundo) e o ajuizamento da ação civil (arts. terceiro e quarto). Descrição insuficiente dos fatos na denúncia. Ordem deferida".

(Habeas Corpus nº 411/PE, Rel. Juiz Lázaro Guimarães, j. 30.06.94, DJ 26.08.94).

É bem verdade que não se encontra nos autos prova de que houve pagamento da dívida previdenciária da pessoa jurídica Motel Castelinho Ltda. Entretanto, o registro dos débitos na contabilidade da empresa afasta a vontade do ora apelante de apropriar-se dos recursos, elemento jurisprudencialmente erigido à condição essencial do crime em tela. Concluiria ante estas considerações, não fora a pertinência de ainda um pouco mais deter-se a Turma sobre um ponto constitutivo de crescente preocupação. A matéria penal é das que exigem maior responsabilidade na atuação profissional do operador do Direito. Sua repercussão sobre valores caríssimos à pessoa humana, como a liberdade e o livre exercício de prerrogativas individuais, eleva-a à categoria diferenciada entre os ramos da ciência jurídica. A sentença criminal, portanto, é momento de extrema singularidade, quando o Magistrado se debruça sobre a pretensão, por ofício diligentemente veiculada pelo órgão ministerial de acusação, a fim de aferir se efetivamente vocacionada a ensejar decreto condenatório.

Não é por outra razão que insistem diuturnamente estudiosos e doutrinadores acerca da especial importância de o Juiz, na absorvente tarefa de perscrutar os elementos que conspiram em prol ou em detrimento da receptividade ao afã persecutório, percorrer, tão minudentemente quanto possível, aqueles itens estabelecidos no Código Penal, e

usualmente designados por "Sistema Trifásico". Desse cuidadoso cotejo depende, não tenho dúvidas, a fiel aplicação da lei penal, e a conseqüente realização da Justiça. Um exame apressado e perfunctório, que remeta simplesmente às "circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal e por ser o réu primário e de bons antecedentes", sem qualquer explicitação quanto à "culpabilidade, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima" dificilmente satisfará tal salutar espírito, além de, eventualmente o fazendo, ser acessível apenas e tão-somente ao próprio Julgador, que reserva para si as etapas em que necessariamente se desmembra para externar exclusivamente o resultado final. Tal atitude tem o indesejável efeito de subtrair ao réu o conhecimento das razões que levaram o Juiz a tal ou qual conclusão, sonegando-lhe material básico que lhe subsidiaria a sagrada faculdade de recorrer.

Daí comentar Celso Delmanto:

"As circunstâncias judiciais:

São aquelas apontadas no caput do artigo ora em exame (...) Tais circunstâncias formam um verdadeiro conjunto, devendo-se apreciar todas elas, em relação a cada réu. São muito importantes as circunstâncias judiciais, pois é por meio delas que o juiz fará as quatro fases da fixação da pena (incisos I a IV deste art. 59) e encontrara a pena-base. Por isso mesmo, a decisão do juiz deve ser fundamentada, sendo-lhe defeso aplicar a pena-base arbitrariamente (ou com remissões genéricas e abstratas). Também não pode, sem o devido esclarecimento de suas razões de decidir, optar por pena alternativa mais severa, fixá-la acima do limite mínimo, optar por regime inicial pior do que o permitido, ou negar a substituição da pena, quando cabível". (In Código Penal Comentado, Renovar, 3ª edição, p. 89).

E Franco e outros (Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, RT, vol. 1, pp. 881/882):

"Traduz situação de injusto constrangimento o comportamento processual do Magistrado ou do Tribunal que, ao fixar a pena-base do sentenciado, adstringe-se a meras referências genéricas pertinentes às circunstâncias abstratamente elencadas no art. 59 do Código Penal. O Juízo sentenciante, ao estipular a pena-base e ao impor a condenação final, deve referir-se, de modo específico, aos elementos concretizadores das circunstâncias judiciais fixadas naquele preceito normativo' (STF - HC 69.141 -2 - Rel. Celso de Melo - DJU de 28.08.92, p. 13.453)".

Isto posto, e tendo em vista a inexistência do dolo específico, dou provimento à apelação. É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.130-CE

Relator: O SR. JUIZ **GERALDO APOLIANO**

Apelante: AGLIBERTO FARIAS

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Advogado: DR. MARCOS MACHADO FIÚZA (APTE.)

EMENTA:

Penal. Juiz que decretou a extinção da punibilidade em sua forma retroativa após a prolação da sentença. Impossibilidade. Nulidade do decisum nesta parte. Ausente o recurso da acusação. Reformatio in pejus. Prescrição retroativa que se decreta de ofício. Efeito que se estende aos co-réus não apelantes. Insustentação dos efeitos da sentença condenatória. Apelação prejudicada.

1. Inoportuna a decretação da prescrição retroativa na própria sentença, a qual, por tal motivo, padece, nesse tópico, de nulidade.

2. Entendimento contrário implicaria em admitir a existência de sentença sujeita a

- condição, o que, de acordo com a nossa melhor processualística, não se permite.
3. Fato ocorrido em 1990 e denúncia recebida em 28.11.94, mais de 4 (quatro) anos após.
 4. Ausente o recurso da acusação e vedada o reformatio in pejus, a prescrição é fixada pelo quantum da pena aplicada na sentença.
 5. Condenado o apelante, Agliberto Farias, a 6 (seis) meses de detenção e multa, a prescrição punitiva do Estado, em sua modalidade retroativa, dar-se-ia em 2 (dois) anos, a teor do que dispõe o art. 109, VI, do Código Penal.
 6. Efeito da prescrição retroativa que se estende aos co-réus, Rogério Farias e Luciano da Silva, a teor do art. 580 do CPP.
 7. Pena de multa cumulativamente aplicada, prescrita em razão do art. 118 do CPB. Extinção da punibilidade que se reconhece de ofício. Insubsistência dos efeitos da sentença condenatória. Apelação prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, entre partes acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, decretar extinta a punibilidade e prejudicada a apelação, nos termos do relatório, voto do Juiz Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que fazem parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 16 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

JUIZ GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO: Cuida-se de apelação criminal proposta por Agliberto Farias contra a sentença que o condenou às penas de 6 (seis) meses de detenção e multa, como incurso nas cominações do art. 1º, II, da Lei nº 4.729/65, juntamente com Luciano da Silva e Rogério Farias, não apelantes.

Contra-razões que demoram às fls. 750/751, e cujo teor é o de louvar os termos da sentença de primeiro grau.

Opinativo do Parquet às fls. 775 usque 793, pugnando pela reforma, em todos os seus termos, do decisum verberado.

É o relatório. Ao eminente Revisor.

VOTO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): Faz-se imprescindível o exame, em caráter preliminar, da alegação de nulidade da sentença, ex vi da impossibilidade de o magistrado, após proferir a sentença, declarar extinta a punibilidade com base na prescrição.

Penso, rogando o mais acendrado respeito às posições dissonantes, que razão assiste ao digno representante do Ministério Público Federal. É de ser reconhecida, ao meu sentir, a nulidade da sentença, à conta de haver o perillustre Julgador decretado a prescrição retroativa, quando não se achava legalmente autorizado a tanto.

Oportuna se me afigura, para o melhor destamar da matéria, a transcrição dos parágrafos do artigo 110 do Código Penal Brasileiro - CPB -, toantes à chamada prescrição retroativa:

"§1º. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido o seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

§ 2º. A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa". (Grifei).

Ora, conforme deixa transparecer o § 1º do artigo 110, supratranscrito, a prescrição retroativa somente pode ser decretada "depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido o seu recurso". No caso sub examine, contudo, não se haviam verificado nenhuma das duas situações. É dizer, no momento em que proferido o r. decismum, decretando a prescrição, não havia, ainda, nem trânsito em julgado da sentença para a acusação, nem improvimento do recurso da mesma. Inoportuna, dessarte, a decretação da prescrição retroativa na própria sentença, a qual, por tal motivo, padece de nulidade.

Entendimento contrário implicaria em admitir a existência de sentença sujeita a condição, o que, de acordo com a nossa melhor processualística, não se permite.

Com efeito, a eficácia da decretação da prescrição, caso admitida, ficaria subordinada à inexistência de recurso da acusação, ou ao improvimento do mesmo¹. Tal hipótese, é comezinho, não se admite, mercê de não ser lícito ao Julgador proferir sentença condicional.

Por tais motivos, é dominante, hoje, o entendimento segundo o qual defeso é ao Juiz monocrático decretar a prescrição retroativa na própria sentença condenatória.

Merece transcrição, a propósito, o magistério de Damásio de Jesus², in verbis:

"Nos termos da lei nova, proferida a sentença condenatória, o Juiz não pode declarar a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa. Isso porque, constituindo ela modalidade de prescrição da pretensão punitiva (da ação), julgada esta procedente na sentença condenatória, não pode ser julgada, posteriormente, improcedente. Não pode o Juiz, esgotada sua jurisdição, reconhecer que ao tempo da condenação, na verdade, não havia mais a pretensão punitiva do Estado. Se assim o fizer, estará reformando a própria decisão, o que é proibido".

Trago à baila, por oportunas, as seguintes ementas dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 3ª Regiões, onde também se reconheceu a nulidade da sentença que decretou a extinção da punibilidade

de pela prescrição retroativa:

¹ Ora, caso provido fosse o recurso da acusação, e majorada a pena imposta ao réu, insubsistente seria a decretação da prescrição, já que afastada pelo aumento da pena.

² In Prescrição Penal, 10ª edição, Saraiva, p. 158.

"Criminal. Sentença final não condenatória. Prescrição retroativa. Art. 107, IV, c/c o art. 109, V, e 110, parág. 20, do CP.

1 - Não pode o juiz, na sentença final, onde não aplicou pena ao réu, com o julgamento de procedência da ação, decretar a extinção da punibilidade do réu pela prescrição retroativa.

2 - A prescrição retroativa somente acontece em face da pena concretizada na sentença e não pode ser reconhecida pelo juiz singular, ao ensejo da prolação da sentença, porque haverá de aguardar o seu trânsito em julgado para a acusação.

3 - Sentença, desse iaez, padece de nulidade insanável.

4 - Apelo provido".

(Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ACR nº 6.770/MG, Rel. Juiz Gomes da Silva, julg. 31.08.92, DJ 24.09.92, p. 29810 - grifei).

"Processo Penal. Apelação criminal. Sentença de primeiro grau. Nulidade.

Reconhecimento. Prescrição retroativa. Decretação ex officio.

I - É nula a sentença de 1º grau que decreta extinta a punibilidade do crime pelo advento prescricional.

II - Prescrição retroativa só pode ser reconhecida após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a acusação ou depois de improvido o seu recurso.

III - A pena fixada em sentença anulada serve de base para o cálculo prescricional, tendo em vista o princípio que proíbe a reformatio in pejus.

IV - Prejudicado o recurso para anular a sentença monocrática e declarar extinta, ex officio, a punibilidade do crime pela ocorrência da prescrição retroativa".

(Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ACR 16085/SP, Rel. Juiz Newton de Lucca, julg. 19.11.96, DJ 05.02.97, p. 5323 - grifei).

A idêntica conclusão chegou o que deflui do seguinte aresto (in RT 557/351):

"Prescrição criminal - Decretação na própria sentença condenatória, tendo em vista a pena aplicada, contado o prazo retroativamente - Inadmissibilidade - Decisão insubsistente - Apelação provida - Inteligência da Súmula n. 146 do STF.

- Impossível, do ponto de vista lógico-jurídico, a declaração, na própria sentença condenatória, da prescrição sumular, por seu caráter eminentemente retroativo e fundada na pena concretizada, dependente do trânsito em julgado para a acusação".

(Ap. 218.989, Rel. Juiz Paulo Restiffe, 4ª C., julg. 11.02.81, Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo).

Observo, contudo, que não houve recurso da acusação, o que faz com que a análise da ocorrência da prescrição punitiva do Estado seja analisada, e uma vez que as penas cominadas aos acusados, a teor do princípio do reformatio in pejus, não podem ser majoradas.

O delito, como já explicitado, foi cometido em 1990, e a denúncia somente recebida em 28.11.94, portanto mais de 4 (quatro) anos após, ficando evidente que, em face da pena aplicada na sentença, de 6 (seis) meses de detenção e multa, ter seu prazo prescricional em 2 (dois) anos, consoante ressaí do art. 109, VI, do Código Penal.

Em verdade, depois de prolatada a sentença, e ausente o recurso da acusação, a prescrição terá por supedâneo não mais a pena máxima in abstracto do respectivo tipo penal, mais o quantum fixado na sentença. Sobre a matéria, de supremo relevo transcrever Damásio E. de Jesus³:

"Desde que transitada em julgado para a acusação ou improvido o recurso, verifica-se o quantum da pena imposta na sentença condenatória. A seguir, ajusta-se tal prazo num dos incisos do art. 109 do CP. Encontrando o respectivo período prescricional, procura-se encaixá-lo entre dois pólos:

a data da consumação do crime e a do recebimento da denúncia ou da queixa ou a data do recebimento da denúncia ou da queixa e a da publicação da sentença condenatória.

Se o prazo prescricional couber, contado retroativamente, entre a data em que a sentença condenatória foi publicada e a em que houve o recebimento da denúncia, ou entre a desta e a da consumação do crime, caberá a extinção da punibilidade, nos termos do § 2º do art. 110 do CP". (Grifei).

O art. 109 do Código Penal, por seu turno, que delimita os prazos prescricionais, determina:

"Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);

³ Obra citada, p. 130.

II - em 16 (dezesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);

III - em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);

IV - em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);

V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);

VI - em 2 (dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano".

Diáfano, assim, que, entre o fato delituoso e o recebimento da denúncia (causa interruptiva), ocorreu prazo suficiente à configuração da pretensão punitiva do Estado, em sua forma retroativa.

Quanto à pena de multa aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade, há que se aplicar o art. 114 do Código de Penal, que assevera, verbis:

"Art. 114. A prescrição da pena de multa ocorrerá:

I - em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada;

II - no mesmo prazo estabelecido para a prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternada ou cumulativamente cominada"

O Código Penal Brasileiro, por seu turno, em seu art. 118, enfatiza:

"Art. 118. As penas mais leves prescrevem com as mais graves".

Forçoso estender, nesse diapasão, aos réus não apelantes, Luciano da Silva e Rogério Farias, os efeitos da prescrição em relação ao crime, com supedâneo no art. 580 do Código de Processo Penal, que aduz, verbis:

"Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará a todos". (Grifei).

Seria injusto que, pelo fato de não ter apelado, sofresse injusta discriminação um dos co-autores no que concerne à sanção vazada no recurso.

Julio Fabbrini Mirabete⁴, sobre a controvérsia, assim se pronuncia:

"Além dos efeitos devolutivo (transferência para a instância

⁴ In Código de Processo Penal Interpretado, Saraiva, 6ª edição, p. 723.

superior, ou eventualmente para a mesma instância, do conhecimento de determinada questão) e suspensivo (não execução da decisão até que ocorra o julgamento), os recursos podem ter o efeito extensivo previsto no dispositivo. Ressalvando que ele se refere ao concurso de agentes agora previsto no art. 29 do CP, a norma procura evitar, tanto quanto possível, decisões iníquas ou contraditórias, por não ter o co-réu, também lesado pela decisão, dela recorrido, fazendo com que ele também se beneficie com o recurso. Mas, como deixa claro o dispositivo, a decisão em favor de um réu só pode ser estendida a outro se forem idênticas as situações de ambos no mesmo processo. Não havendo situação pessoal idêntica entre o recorrente e o co-réu, só aquele é beneficiado, não este".

Eis, sobre o assunto, decisum desta Corte:

"Penal. Processo Penal. Prescrição retroativa. Aplicação. Extensão ao réu não apelante. Art. 580 do CPP.

- Se ao apelante foi imposta a pena de 1 ano e 4 meses de reclusão, sujeita à prescrição em 4 anos, e se entre a data do crime e o recebimento da denúncia já decorreram mais de 9 anos, é de ser decretada a prescrição da pretensão punitiva.

- A causa de extinção da punibilidade aproveita os demais réus.

-Aplicação do art. 580 do CPP.

Recurso não conhecido. Decretação da prescrição retroativa".

(Apelação Criminal nº 1617/PE, Relator Juiz Manoel Erhardt (substituto), j. 11.12.97, DJ 06.03.98, unân.).

Esforçado nessas razões, é de decretar-se a nulidade da sentença de primeiro grau no que concerte ao reconhecimento da prescrição retroativa, para, uma vez que ausente o recurso da acusação, decretar, de ofício, a prescrição em sua modalidade retroativa, e, de conseqüência, considerar extinta a punibilidade, com supedâneo nos arts. 109, 110, parágrafos I e II, e 119 do Código Penal e art. 118 do Código de Processo Penal.

Efeitos da prescrição que devem ser estendidos aos réus não apelantes, com supedâneo no art. 580 do Código de Processo Penal.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.241-SE

Relator: O SR. JUIZ **LÁZARO GUIMARÃES**

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA

Apelado: CARLOS ALBERTO MENEZES

Advogados: DRS. CLÓVIS BARBOSA DE MELO E OUTRO (APDO.)

EMENTA:

Penal e Processual Penal. Sentença que declara extinta a punibilidade. Interposição de apelação. Fungibilidade recursal. Recebimento como recurso em sentido estrito. Retratação publicada. Termo assinado pelo ofendido dando-se por satisfeito. Atendido o interesse público com o esclarecimento dos fatos. Aplicação do princípio da economia processual. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 14 de março de 2000 (data do julgamento).

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Cuidam os presentes autos de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal ante sentença que, com base no disposto no artigo 61 do Código de Processo Penal, declarou extinta a punibilidade do réu.

Nas contra-razões ao recurso, o réu suscita a intempestividade e a impropriedade da via recursal eleita, pugnando pela inadmissibilidade do recurso. No mérito, pede a manutenção da sentença por ser medida de justiça.

Em seu parecer, a Procuradoria Regional da República opina pelo provimento do recurso para o prosseguimento do processo.

É o relatório.

O eminente Revisor.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): Preliminarmente, tendo em vista que, salvo na hipótese de má-fé a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, recebo os presentes autos como recurso em sentido estrito e não como apelação criminal. É que o Código de Processo Penal, em seu artigo 581, disciplina: "Art. 581 - Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

.....
VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade;

"

No que toca à tempestividade do recurso, observa-se que, embora do termo de vista conste data que possibilitaria o entendimento de que o recurso estaria intempestivo, foi feita a ressalva da correta data em que foram os autos com vista ao Ministério Público Federal. Essa possibilidade foi discutida pela eg. Primeira Turma deste Tribunal ao

apreciar o Agravo Regimental na Apelação Criminal nº 473-PE, onde o juiz Hugo Machado assim se manifestou:

"Observe-se que quando foram os autos devolvidos pela Procuradoria da República (fls. 162), não foi feita qualquer ressalva de que o termo de vista estaria incorreto".

Na mesma ocasião, tive a oportunidade de me pronunciar nos seguintes termos:

"Sr. Presidente, eminentes membros desta egrégia Turma, o problema, que é antigo, quanto ao controle dos prazos do Ministério Público, já que há um termo de vista que é lançado nos autos pela secretaria da Vara e o Código exige a intimação pessoal do Ministério Público e existe a entrega dos autos que normalmente se faz em bloco ao Ministério Público.

Então, é necessário quando o representante recebe os autos em certo dia - digo isso porque já atuei, tive a honra de integrar esta instituição no âmbito estadual - e não coincide em termos da data da efetiva entrega dos autos na repartição do Ministério Público deve, pelo menos, lançar uma cópia com o dia para que se coloque nos autos para que se possa comprovar a data do recebimento nos autos da intimação".

Foi precisamente isso que ocorreu no presente caso. Foi feita a ressalva com a correta data do recebimento dos autos com vista.

Como não houve comprovada má-fé e o recurso adequado estaria intempestivo, deve ser aplicado o disposto no art. 579 do Código de Processo Penal.

No mérito, trata-se de ação penal pública condicionada, onde um ocupante da presidência de seccional da Ordem dos Advogados do Brasil representou contra um outro advogado que, em processo eleitoral, teria irrogado contra ele calúnias e injúrias. No decorrer do processo, o ofendido e o réu assinaram petição conjunta, em que o ofendido se dá por satisfeito e ambos requerem a extinção do processo. Houve juntada de retratação, publicada na imprensa local.

Em seguida, o Ministério Público Federal pediu a designação de audiência para a suspensão do processo, porém o MM. Juiz sentenciante entendeu por não realizar a audiência e passou direto à sentença. Recorre o Parquet entendendo que deve ser reformada a sentença com a designação de audiência, a fim de que sejam estabelecidas as condições para a suspensão do processo.

Entendo que, embora devam ser observadas as formalidades técnicas na aplicação dos procedimentos enumerados pela lei, devem estar sempre, em constante relevo, os princípios norteadores do Direito.

No caso sob exame, todo o processo se originou da representação do então presidente da seccional da Ordem dos Advogados do Brasil em Sergipe, perante o Ministério Público Federal.

No entanto, satisfeito restou o ofendido a ponto de requerer formalmente a extinção do processo e, atendido foi o interesse público, já que esclarecidos os fatos imputados a presidente de autarquia federal, com a publicação na imprensa de que as acusações irrogadas advieram de um momento durante o qual os ânimos estavam exaltados, em virtude duma campanha eleitoral. Desse modo, não há mais, do ponto de vista objetivo, interesse de qualquer das partes a ser resguardado.

Portanto, pelos fundamentos acima descritos e aplicando o Princípio da Economia Processual, nego provimento ao recurso.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.278-RN

Relator: O SR. JUIZ **LÁZARO GUIMARÃES**

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA

Apelado: MARCUS BARBOSA DA SILVEIRA

Advogado: DR. JOÃO BATISTA MENDONÇA (APDO.)

EMENTA:

Penal. Processual penal. Acusação de uso de documento falso. Documentos autênticos, posteriormente retificados, não podem servir para configurar o tipo descrito no artigo 304 do Código Penal. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 14 de março de 2000 (data do julgamento).

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Cuida-se de apelação criminal interposta pelo ilustre representante do Parquet, Dr. Francisco Chaves dos Anjos Neto, inconformado com a decisão monocrática que julgou improcedente a acusação de uso de documento falso, absolvendo o acusado com respaldo no artigo 386, II, do Código de Processo Penal.

Sustenta o apelante, em resumo, que não pairam dúvidas quanto à materialidade e autoria do fato, já que o réu tinha pleno conhecimento da diversidade entre o cargo para o qual fora contratado e o cargo que declarara exercer.

Em seu parecer, a ilustre representante da Procuradoria Regional da República, Dra. Eliane de Albuquerque Oliveira Recena, opinou pela procedência do recurso.

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): No caso sob exame, o apelado ingressou com uma reclamação trabalhista contra a Companhia Energética do Rio Grande do Norte - COSERN, objetivando o seu reenquadramento por desvio de função. Para tanto, fez juntar documentos que comprovariam a sua pretensão, sustentando que desenvolvia atividades próprias de Economista.

O Ministério Público o denunciou como incurso nas penas do artigo 304 do Código Penal, ao entendimento de que esses documentos, quais sejam, um memorando, uma certidão de efetivo exercício profissional e uma auditoria de cargos, seriam inverídicos ou por ele falsificados.

No que diz respeito à certidão de efetivo exercício profissional, foi apresentado um laudo de exame documentoscópico nos seguintes termos:

"Em face do examinado e exposto, concluem os peritos do presente laudo que o documento em apreço foi objeto de ação abrasiva mecânica (borracha), na área correspondente ao espaço destinado à aposição do nome da função do servidor, cuja ação, pouco ou quase nada danificou a encollage do suporte, e sim removeu parte da sua fluorescência (rasura)". (Fls. 111).

Inconclusivo quanto à autoria, o laudo não apontou a época em que foi feita a rasura - para que se pudesse determinar se foi à época em que o documento estava em poder da COSERN - como suspeita a defesa -, ou o que porventura estava escrito anteriormente no mesmo local, se a mesma função ou outra qualquer.

Tanto é assim que o próprio membro do Parquet afirmou, taxativamente, que, por falta de

provas, não se pode atribuir ao réu a autoria da falsificação. (Fls. 457).

Quanto ao memorando apresentado, onde se registra a qualificação do apelado como economista, verifica-se que o mesmo realmente foi emitido pela própria COSERN e assinado pelo chefe do departamento emissor. Não há controvérsia quanto a este fato. Portanto, em relação a esse documento, não se configurou falsificação. Se a COSERN emitiu posteriormente outro memorando alterando a qualificação contida no primeiro, isso, por si só, não implica em ter o apelado praticado o tipo descrito no artigo 297 do Código Penal.

Outro documento tido por falsificado ou inverídico é a auditoria de cargos. Neste documento em particular, estão apostas tanto a assinatura do chefe do departamento quanto a assinatura do apelado, concordando em asseverar que o mesmo desempenhava funções típicas de economista. Ocorre que, meses depois, outro documento também chamado auditoria de cargos é emitido, desta vez apenas com a assinatura do chefe do departamento, onde não constam as atribuições típicas de economista. Logo, pelo simples fato da COSERN ter emitido outro documento, meses depois, diferente do primeiro, não se pode vislumbrar falsificação perpetrada pelo apelado.

A autenticidade do memorando e da auditoria de cargos, a princípio tidos por falsificados, é inconteste. Os motivos que levaram a COSERN a retificá-los não podem concorrer para que se imputa a tarja de falsos aos mesmos, muito menos para que se incrimine o apelado pelas falsificações.

A esse respeito, assim se pronunciou o Juiz sentenciante:

"Para o acusado, o teor do documento de fls. 41 que ofertou à Justiça Laboral era verdadeiro, e mais, fora confeccionado e assinado pelo funcionário que presumidamente tinha conhecimento do seu teor. Se posteriormente se arrependeu de ter apostado sua assinatura ou se o assinou sem ler, conforme afirmou em seu testemunho perante a Justiça Trabalhista (fls. 151/152), não deve tal falta por si só corresponder a uma responsabilização do acusado, ou transmutar o documento para falsificado". (Fls. 430). É necessária a prova da falsidade documental para que se dê a aplicação do artigo 304 do Código Penal. Nesse sentido, assim se posiciona a jurisprudência pátria:

"O art. 304 do Código Penal refere-se a crime remetido, isto é, faz menção a outro dispositivo de lei que, de certa forma, o integra. Faltando o elemento capaz de configurar o falsum, impossível dar-se como tipificado o uso. A existência do falso penalmente reconhecido é pressuposto básico para a conseqüente responsabilidade pelo uso". (RT 564/331).

Incontrovertida também é a necessidade da ciência da falsidade documental para que se configure o tipo descrito no artigo 304 do Código Penal. Neste sentido se posicionam os Tribunais:

"Para que se configure o delito do art. 304 do Código Penal é indispensável o dolo, que consiste na vontade livre e consciente de fazer uso de documento falso, 'conhecendo a sua falsidade'". (RT 513/367).

Dessa forma, teve o apelado em mãos documentos que acreditava legítimos para caracterizar desvio de função, não conseguindo a apelante prova em contrário.

Indemonstrada a autoria e a materialidade dos delitos imputados ao apelado, impõe-se a manutenção da sentença absolutória.

Por essas razões, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 61.705-PE

Relator: O SR. JUIZ **UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE**

Apelante: FAZENDA NACIONAL

Apelada: SIMAB S/A

Advogado: DRS. MODESTO TADEU OLIVEIRA DE AGUIAR E OUTROS (APDA.)

EMENTA:

Tributário. Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário. AITP. Natureza tributária. Lei 8.630/93. Decreto 1.035/93.

- Tendo o Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário natureza tributária, não poderia o Decreto 1.035/93 ter ampliado o conceito do sujeito passivo dessa obrigação tributária, definido na Lei 8.063/93.

- Precedentes desta Corte.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 23 de março de 2000 (data do julgamento).

JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE: Trata-se de apelação em ação mandamental, onde a impetrante objetiva a declaração da inconstitucionalidade da Lei 8.630/93 que instituiu o Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso - AITP, obrigando as empresas que se utilizam do comércio de navegação de longo curso, tributo este adicionado ao custo das operações de carga e descarga realizadas com mercadorias importadas ou exportadas.

O ilustre Juiz Federal concedeu a segurança, entendendo que a impetrante não se enquadra no conceito de operador portuário dado por lei e que um decreto não poderia ampliá-lo.

Irresignada com a decisão, apela a Fazenda Nacional, argumentando não ter o AITP natureza tributária e sim tarifária, pelo que não há necessidade das limitações tributárias. Devidamente processado o recurso e também por força do reexame necessário, subiram os autos a este Tribunal e a mim foram distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator): Questiona-se a legalidade da ampliação do conceito de sujeito passivo do Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário pelo Decreto 1.035/93, pois se se trata de obrigação de natureza tributária, deve ser respeitado o princípio da legalidade.

Cuida-se de questão de fácil deslinde, visto que já existem diversas decisões deste Tribunal sobre a matéria em debate, onde se conclui pela ilegalidade do art. 3º do Decreto 1.035/93, ante a natureza tributária da exação AITP. Vejamos alguns acórdãos neste sentido:

"Tributário. Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso - AITP. Ilegalidade do art. 3º do Decreto 1.035/93.

- O art. 3º do Decreto 1.035/93, ao equiparar os importadores, exportadores e consignatários de mercadorias importadas ou a exportar aos operadores portuários, resta por violar o disposto no art. 97, III, do CTN.

- O sujeito passivo da obrigação tributária em questão foi estabelecido pela Lei 8.630/93,

em seu art. 65.

- Apelação e remessa improvidas".

(AMS nº 57.693-PE, Rel. Juiz José Maria Lucena, DJU 23.10.1996, p. 000664).

"Tributário. Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário - AITP. Exação de natureza tributária. Sujeito passivo.

1 - Ao incluir os 'importadores, exportadores ou consignatários das mercadorias importadas ou a exportar' como operadores portuários para fins de imposição do AITP, violou o Decreto nº 1.035/93 o art. 97, III, do Código Tributário Nacional, pois que somente a lei pode estabelecer a definição do sujeito passivo para a obrigação tributária.

2 - Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial improvidas".

(AMS nº 59.222-PE, Rel. Juiz Araken Mariz, DJU 26.06.1998, p. 000185).

"Tributário. Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso - AITP. Invalidez da equiparação do importador ou exportador ao operador portuário, dada a extrapolação dos limites da Lei 8.630/93. Remessa improvida".

(REOMS nº 56.372-PB, Rel. Juiz Lázaro Guimarães, DJU 18.04.1997, p. 025575).

"Mandado de segurança. Tributário. Constitucional. AITP - Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso. Lei 8.630/93, art. 150, I, da Constituição Federal de 1988. Inconstitucionalidade do Decreto 1.035/93.

- Remessa oficial improvida".

(REOMS nº 52.976-PE, Rel. Juiz Francisco Falcão, DJU 18.10.1996, p. 079456).

Pelas considerações acima expostas, nego provimento à apelação e à remessa oficial. É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 63.188-CE

Relator: O SR. JUIZ **RIDALVO COSTA**

Apelante: FAZENDA NACIONAL

Apelada: ANA IRIS DE SOUSA FARIAS - ME

Advogados: DRS. MARIA JOSÉ DE FARIAS MACHADO E OUTRO (APDA.)

EMENTA:

Mandado de segurança. Litisconsorte passivo facultativo. Não citação. Nulidade em parte da sentença. Cobrança de tarifa de armazenagem portuária. Natureza. Ato de gestão. Não cabimento. Importação. Mercadorias não declaradas. Ocultação. Dano ao erário. Caracterização. Pena. Perdimento. Tributos devidos. Pagamento posterior. Não afastamento.

A não citação de litisconsorte passivo facultativo enseja a nulidade da sentença na parte referente ao pedido contra ele deduzido.

O ato de cobrança de tarifa de armazenagem portuária tem natureza de ato de gestão, sendo incabível o seu questionamento judicial pela via mandamental.

A utilização de container de carga marítima para a inserção no território nacional de mercadoria não declarada na guia de importação em valor superior a cinco vezes o dos produtos objeto de importação regular caracteriza a ocultação de mercadoria estrangeira tipificada como ilícito administrativo de dano ao erário (art. 105, XVIII, do Decreto-lei nº 37/66, c/c art. 23, IV e parágrafo único, do Decreto-lei nº 1.455/76), sendo aplicável a pena de perdimento das mercadorias irregulares, a qual não é afastada pelo pagamento posterior dos tributos devidos.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, declarar, de ofício, a nulidade, em parte, da sentença e, por maioria, dar

provimento à remessa oficial, julgando prejudicada a apelação da Fazenda Nacional, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 9 de março de 2000 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: Ana Íris de Sousa Farias - ME impetrou mandado de segurança contra ato do Ilmo. Sr. Inspetor da Alfândega do Porto do Mucuripe em Fortaleza - CE e, em caráter preventivo, contra ato na iminência de ser praticado pelo Ilmo. Sr. Presidente da Companhia Docas do Estado do Ceará, em litisconsórcio facultativo, consubstanciados, respectivamente, na apreensão de mercadorias importadas irregularmente e potencial aplicação da pena de seu perdimento, e na cobrança de despesas de armazenagem decorrentes da apreensão efetuada pela Aduana.

A primeira autoridade impetrada prestou suas informações, juntando documentos - fls. 76/91.

A segunda autoridade impetrada não foi citada.

A liminar foi deferida e posteriormente revogada - fls. 93 e 99, respectivamente.

O MPF apresentou seu parecer, opinando pela improcedência do pedido mandamental - fls. 104/107.

Foi concedida a segurança e determinada a liberação da mercadoria importada, com o afastamento da cobrança à impetrante da tarifa de armazenagem - fls. 112/116.

A Fazenda Nacional apela, pleiteando a reforma da sentença, com declaração da improcedência do pedido exordial - fls. 126/133.

A apelada apresentou suas contra-razões às fls. 137/148.

Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório.

Em seguida, vieram-me os autos conclusos por distribuição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): A impetração foi dirigida contra duas autoridades coatoras, em litisconsórcio facultativo - o Ilmo. Sr. Inspetor da Alfândega do Porto de Mucuripe em Fortaleza - CE e o Ilmo. Sr. Presidente da Companhia Docas do Ceará -, e, apesar de não ter este último integrado a lide, por ausência de sua notificação, o Juízo de 1º grau concedeu a segurança na íntegra, afastando, inclusive, a obrigação de pagamento da tarifa de armazenagem que seria o ato coator a este atribuído.

Entendo que deve ser declarada a nulidade da sentença proferida contra quem não integrou a lide e, também, por uma questão de economia processual, deve ser examinada a admissibilidade da utilização da via mandamental, no que pertine à natureza do ato de exigência de pagamento de tarifa de armazenagem pela empresa pública titular de concessão portuária: se é ato de autoridade praticado por delegação federal ou se é ato de gestão.

Nesse aspecto, o ato de armazenagem de produtos importados, mesmo que realizado na zona aduaneira primária, decorre não da parcela de poder público delegada à empresa concessionária, mas, isso sim, da gestão das atividades por ela desenvolvidas, entre as quais o armazenamento de produtos desembarcados ou para embarque.

O valor cobrado pela armazenagem é tarifa (preço público) e não taxa, que é espécie tributária, sendo a relação jurídica entre o armazenador e o usuário do serviço de armazenagem de natureza privada e não de direito público, no que concerne à sua realização e remuneração.

Desse modo, inexistindo ato de autoridade na potencial atuação de cobrança de taxa de armazenagem pela Companhia Docas do Ceará, creio dever ser, por economia

processual, apenas declarada, de ofício, a nulidade da sentença na parte exonerativa da obrigação respectiva.

Passo a examinar o mérito do pedido deduzido contra o ato do Ilmo. Sr. Inspetor da Alfândega do Porto de Mucuripe em Fortaleza - CE.

O Decreto-lei nº 1.455/76 estabelece, em seu art. 23, parágrafo único, o perdimento (confisco) das mercadorias envolvidas em infrações enquadradas na presunção jurídica de dano ao erário elencadas no caput do artigo.

As situações ensejadoras da incidência da presunção de dano ao erário podem ser divididas em três espécies: abandono de mercadorias, condutas de inserção no país de mercadorias proibidas e condutas demonstradoras de potencial interesse em lesar o fisco. A lei não permite que o pagamento posterior dos tributos seja causa de relevação da pena de perdimento, pois a hipótese contrária seria um estímulo a que os fraudadores da fiscalização aduaneira tentassem inserir no país bens irregulares com a garantia de que, se vissem frustrada sua tentativa, bastaria pagar os tributos devidos para que fossem liberadas.

No caso em análise, a impetrante importou mercadorias estrangeiras que adentraram o país em container marítimo, tendo sido declarada a importação de produtos referentes a apenas um quinto do valor econômico da carga (fls. 13), fato que foi objeto de denúncia à Receita Federal, que, com base em ordem judicial e o apoio da Polícia Federal, efetuou a abertura do container e a fiscalização da carga, liberando os produtos constantes da declaração de importação e apreendendo os demais.

A autuação efetuada pela Alfândega do Porto de Fortaleza tipificou a conduta da impetrante no art. 105, XVIII, do Decreto-lei nº 37/66 - referente a mercadoria estrangeira, acondicionada sob fundo falso ou de qualquer modo oculta -, que enseja, nos termos do art. 23, IV e parágrafo único, do Decreto-lei nº 1.455/76, a aplicação da pena de perdimento dos bens.

Analisando a atuação da Impetrante, creio que o ato de fazer adentrar no país mercadorias cuja importação não foi declarada e de valor cinco vezes superior ao dos produtos que estavam sendo licitamente importados, procurando-se valer da circunstância de serem transportados em container de carga marítimo para que não fossem objeto de fiscalização pela Aduana, enquadra-se no tipo de acondicionar de forma oculta mercadoria estrangeira descrito no art. 105, XVIII, do Decreto-lei nº 37/66, incidindo a presunção de dano ao erário e a pena de perdimento dos bens previstos no art. 23, IV e parágrafo único, do Decreto-lei nº 1.455/76, por demonstrar claro intuito de burla à atuação do fisco, o qual não é passível, como já explanado, de elisão pelo pagamento posterior dos tributos que seriam devidos e caracteriza, em tese, crime de descaminho. Ressalte-se, ademais, que o fato de a notificação da apreensão da mercadoria ter sido enviada, de início, à impetrante com erro em seu texto, que fez menção à relevação da perda de perdimento dos bens, tendo sido posteriormente retificada, com envio de nova comunicação, nos corretos termos da lei, não gerou qualquer espécie de direito subjetivo para a Impetrante, por estar a atuação da Administração cingida aos estreitos limites da lei (princípio da legalidade), devendo os erros em seus atos serem revistos a qualquer tempo, ressalvados, apenas, os direitos dos terceiros de boa-fé, o que não é o caso da impetrante.

Ante o exposto, declaro, de ofício, a nulidade da sentença com relação ao pedido mandamental deduzido contra o ato de cobrança de tarifa de armazenagem na iminência de ser praticado pelo Ilmo. Sr. Presidente da Companhia Docas do Ceará e dou provimento à remessa oficial, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido formulado contra o Ilmo. Sr. Inspetor da Alfândega no Porto de Fortaleza, julgando prejudicada a apelação da Fazenda Nacional.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 64.381-RN

Relator: O SR. JUIZ **LÁZARO GUIMARÃES**

Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

Apelado: PEDRO BATISTA DE OLIVEIRA JÚNIOR

Advogados: DRS. LÍVIO ALVES ARAÚJO DE OLIVEIRA E OUTROS (APTE.) E JONAS SOARES DE ANDRADE (APDO.)

EMENTA:

Constitucional e Administrativo. Concurso vestibular. Matrícula de aluno remanescente domiciliado em outro Estado. Divulgação do resultado em jornal local. Falta de publicidade. Prazo exíguo para matrícula. Tratamento isonômico. Apelação e remessa improvidas.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 14 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Insurge-se a apelante contra sentença que concedeu a segurança pleiteada, confirmando a liminar, para assegurar ao impetrante o cadastramento definitivo junto à UFRN, como aluno do curso de Engenharia Mecânica, segundo semestre do ano em curso.

Alega, em resumo, que não há direito líquido e certo a ser protegido, pois a recusa ao cadastramento do impetrante se deu com amparo legal, baseada em normas contidas no edital do concurso vestibular. Aduz, ainda, que o ônus da negligência no trato do seu direito ou dever deve recair sobre o seu responsável e que o princípio da isonomia recomenda a igualdade de tratamento, o que foi observado, bem como a obediência do administrador público ao princípio da legalidade.

Com contra razões pela confirmação do decisório, vieram os autos.

Dispensei revisão por se tratar de matéria predominantemente de direito.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): Tratando-se de convocação dos aprovados em 2ª chamada do vestibular, em razão do menor número de candidatos aprovados, faz-se necessário, também, a notícia individualizada ao interessado, a fim de que ele possa providenciar, num prazo razoável, toda a documentação exigida para o cadastramento, mormente quando residente em outro Estado.

Verifica-se que o meio utilizado pela apelante a fim de divulgar os resultados do concurso constitui-se em meio bastante restritivo, pois estima-se que os candidatos residentes em outros Estados, como é o caso do impetrante, não dispõem de acesso ao jornal natalense. É forçoso concluir, portanto, que a impetrada não tratou com isonomia, "no tocante ao conhecimento do resultado do certame", os participantes do vestibular de outros Estados.

Ademais, à instituição de ensino cumpria permitir que tais alunos, aprovados, gozassem de prazo mínimo, obviamente superior a 24 horas, para que pudessem se deslocar até Natal a fim de efetuarem suas respectivas matrículas.
Por essas razões, nego provimento ao apelo e à remessa oficial.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 64.509-AL

Relator: O SR. JUIZ **UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE**

Apelante: MILTON ALVES INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

Apelada: FAZENDA NACIONAL

Advogados: DRS. RITA VALÉRIA DE CARVALHO CAVALCANTE E OUTROS (APTE.)

EMENTA:

Mandado de segurança. Tentativa de recobrar prazo para embargar a execução fiscal. Devedora que alega ter sido induzida a erro pelo Procurador da Fazenda Nacional. Oferta de parcelamento posteriormente retirada. Caracterização da má-fé que não autoriza condenação em honorários advocatícios. Súmula 512 do STF. Apelação parcialmente provida.

1. Mandado de segurança ajuizado contra ato do Procurador da Fazenda Nacional, sob a alegação de que este, ao acenar com a possibilidade de parcelamento do débito, nos autos de execução fiscal, mas, posteriormente, retirar a oferta, fez com que o devedor perdesse a oportunidade para oferecer embargos à execução.
2. De acordo com as provas dos autos, a oferta de parcelamento, em realidade, somente foi feita depois que já havia decorrido o prazo para a oposição dos embargos.
3. Em mandado de segurança, mesmo verificada a litigância de má-fé, não cabe a condenação da parte vencida no pagamento de honorários advocatícios, segundo a orientação emanada da Súmula 512 do STF.
4. O Tribunal, ante a inexistência de pedido nesse sentido, não pode transformar a condenação em honorários advocatícios, da parte considerada litigante de má-fe, na indenização prevista no art. 18 do CPC.
5. Apelação parcialmente provida, para excluir a condenação da parte apelante em honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

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

Recife, 13 de abril de 2000 (data do julgamento).

JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE: Cuida-se de apelação de sentença que denegou a segurança, consubstanciada na suspensão da execução fiscal, promovida pela Fazenda Nacional, com a devolução à apelante do prazo para a oposição dos respectivos embargos do devedor.

A recorrente defende a ilegalidade do ato do Sr. Procurador da Fazenda Nacional, Dr. Ricardo Selva, que, segundo entende, induziu-a a erro, quando, instado a manifestar-se, nos autos da referida execução fiscal, sobre o respectivo auto de penhora, acenou com a possibilidade de parcelamento da dívida, retirando a oferta, porém, posteriormente, quando, segundo

sustenta a apelante, já se havia exaurido o prazo para a oposição dos embargos, causando-lhe, assim, enorme prejuízo.

Ademais, a apelante defende a insubsistência da citada execução fiscal, decorrente do não recolhimento, na fonte, do Imposto de Renda sobre o lucro líquido distribuído aos seus sócios, relativo ao exercício fiscal de 1992, ante a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei nº 7.713, de 22.12.88.

O MM. Juiz Federal considerou inexistente a presuntiva indução a erro na execução fiscal que se identificasse como lesão a direito líquido e certo, aplicando, ainda, à apelante a sanção do art. 18 do CPC, condenando-a "à indenização dos honorários advocatícios, fixados em 20% do valor atribuído à causa e, ante a inexistência deste na inicial, atribuo o valor da execução cujo prosseguimento visou a obstar". (Fls. 92).

Em suas razões recursais, a apelante, insistindo na alegação de que foi induzida a erro pela autoridade impetrada, também insurge-se contra a sua condenação em honorários advocatícios, com fundamento na Súmula 512 do STF; além disso, volta a dizer sobre a inconstitucionalidade da execução fiscal mencionada.

Contra-razões apresentadas.

Devidamente processado o recurso, subiram os autos a este Tribunal, vindo conclusos. Dispensada a revisão (Regimento Interno, art. 30, IX).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator): Antes de mais nada, verifico ser necessário apreciar o acontecimento dos fatos, do ponto de vista cronológico. Nesse diapasão, permito-me transcrever o seguinte excerto da r. sentença recorrida, em que o MM. Juiz Federal monocrático analisa com precisão a matéria:

"3. Observo que, absolutamente, a impetrante não ofereceu bens à penhora por seduzida com a possibilidade de parcelar o débito. O pronunciamento do douto Procurador da Fazenda Nacional que a impetrante Indica como origem do erro que cometera se dera posteriormente, quando se voltou a ouvi-lo sobre o auto de penhora. Na verdade, trata-se de um pronunciamento de rotina, em que se concorda com o bem oferecido à penhora e se requer à impetrante e ali executada fosse intimada para, eventualmente, parcelar o débito (cf. fls. 44 e 44 verso) .

4. Na verdade, o douto Procurador da Fazenda Nacional bem demonstrou a falta de razão no argumento construído pela impetrante, quando relacionou, às fls. 79, as várias datas do procedimento executivo. Ali está evidenciado que inexistiu essa presuntiva indução a erro: os bens foram oferecidos à penhora em 20.05.96, o ato construtivo foi realizado em 25.09.96, e foi intimada na mesma data - 25.09.96 - a opor embargos, no prazo de trinta dias. Ora, somente em 05.12.96 o douto Procurador da Fazenda Nacional subscreveu a cota de vistas onde requereu que a ora impetrante fosse intimada a, eventualmente (grife-se), parcelar o débito. Portanto quando já tinha se esgotado o prazo para oposição dos embargos". (Fls. 92).

A manifestação do ilustre Magistrado, ao meu ver, não deixa qualquer dúvida acerca da incorrência da alegada indução a erro na execução fiscal que se identificasse como lesão a direito líquido e certo da apelante.

Com efeito, ao tempo da manifestação do douto Procurador da Fazenda Nacional, Dr. Ricardo Selva, a Impetrante já tinha desperdiçado a oportunidade de oferecer embargos à execução fiscal, improcedendo, pois, a sua pretensão à reforma da r. sentença, nesse particular.

O MM. Juiz Federal a quo, considerando ter a apelante atuado com má-fé, ao relatar os fatos de forma a fazer crer ser legítima a sua pretensão, condenou-a no pagamento das custas processuais e indenização dos honorários advocatícios, em favor da autoridade

ímpetrada, tudo com fundamento no artigo 18 do CPC, que dispõe, in verbis: "Art. 18. O juiz, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a indenizar à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e as despesas que efetuou.

§ 1º. Quando forem dois ou mais os litigante de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º. o valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento".

Na hipótese dos autos, porém, o ilustre Magistrado Federal não estabeleceu o pagamento de uma indenização em favor da apelada, mas somente condenou a apelante no pagamento de honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) sobre o valor da execução que se buscou desconstituir por meio desse mandamus.

Com o devido respeito, considero aplicável à espécie a orientação emanada do Excelso Pretório, segundo a qual, "Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança". (Súmula 512).

Por outro lado, não cabe a este Tribunal transformar a condenação em honorários advocatícios em indenização pelos prejuízos causados à apelada, pela litigância de má-fé, ante a inexistência de pedido nesse sentido.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, tão- somente para excluir a condenação da apelante no pagamento de honorários advocatícios em favor da apelada. É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 64.802-CE

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**

Apelante: FAZENDA NACIONAL

Apelada: LAZAR EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS S/A

Advogado: DR. FRANCISCO DE ASSIS DE FREITAS CAVALCANTE (APDA.)

EMENTA:

Tributário e Constitucional. Princípios da anterioridade e da irretroatividade da lei tributária. Conceito de renda. Dedução da base de cálculo do IRPJ e da contribuição sobre o lucro dos prejuízos fiscais verificados em períodos anteriores. Limitação. Arts. 42 e 58 da Lei 8.981/95.

1. O conceito de lucro, no sentido constitucionalmente utilizado, corresponde ao de acréscimo patrimonial.
2. O impedimento ou a limitação à referida compensação implica descaracterização da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro e do IRPJ e vulnera a regra do art. 43 do CTN, a norma geral tributária que estabelece o conceito de renda, em que se inclui o de lucro.
3. Apelação e remessa oficial improvidas.

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 e à remessa oficial, nos termos do relatório, do voto do Juiz Relator e das notas taquigráficas anexas, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 1º de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente a ação mandamental, a fim de considerar inconstitucional a aplicação dos termos da Lei nº 8.981/95 ao exercício findo em 31.12.94.

Em sua apelação, a Fazenda Nacional alega, em síntese, não existir direito líquido e certo da impetrante para efetuar a compensação de prejuízos anteriores a 1995 com os resultados apurados nos períodos-base a partir de 1995. Aduz, ainda, que para ocorrer a compensação exige-se lei específica que estipule as condições em que será concedida, o que se efetivou com a edição da Medida Provisória nº 812/94, convertida na Lei nº 8.981/95, que estabeleceu limitação a essa compensação. Referida lei foi publicada em 31.12.94, tendo circulado no mesmo dia. Requer, alfim, a reforma da sentença.

Contra-razões apresentadas.

Duplo grau obrigatório.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): Trata-se de apelação de sentença que concedeu a segurança em writ impetrado com o fito de impedir a limitação da compensação dos prejuízos fiscais verificados em períodos anteriores, na apuração da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro e do imposto de renda pessoa jurídica, constantes dos arts. 42 e 58 da Lei nº 8.981/95.

Os referidos dispositivos têm a seguinte redação:

"Art. 42. A partir de 10 de janeiro de 1995, para efeito de determinar o lucro real, o lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas ou autorizadas pela legislação do imposto de renda, pode ser reduzido em, no máximo, trinta por cento".

"Art. 58. Para efeito da determinação da base de cálculo da contribuição sobre o lucro, o lucro líquido ajustado poderá ser reduzido por compensação de base de cálculo negativa, apurada em períodos-base anteriores em, no máximo, trinta por cento".

Tal compensação era prevista sem qualquer restrição pela Lei 8.383/91, que instituiu o sistema de apuração mensal dos aludidos tributos.

Alega a impetrante que a restrição veiculada pelo diploma impugnado opera tributação de uma parte do seu patrimônio não correspondente ao lucro, sendo, portanto, inconstitucional. A par disto, desrespeita o princípio da irretroatividade, atingindo os prejuízos fiscais apurados até 31 de dezembro de 1994, data da edição da medida provisória que restou convertida na lei acima citada.

Cabe afastar, inicialmente, o argumento relativo à retroatividade do diploma legal impugnado. A Lei 8.981/95, em diversos dispositivos, tratando de sua abrangência temporal, deixou claro que, apenas a partir de 1º de janeiro de 1995, é que passaria a ser aplicada. Tendo em vista que tal diploma legal retroagiu seus efeitos à data da edição da medida provisória (31 de dezembro de 1994), não há que se falar em desrespeito ao princípio da irretroatividade, nem tampouco ao da anterioridade, vez que sua aplicação deu-se apenas no exercício posterior àquele em que foi publicada.

Em relação ao excesso de tributação, o tema requer, antes de mais nada, uma análise do fato jurígeno (lucro) contido nas normas definidoras das exações sub examine. Sabemos que, relativamente à contribuição, a despeito de caracterizar-se esta espécie de tributo como tipo vinculado, a Constituição dispõe de forma específica sobre o seu substrato material.

Desta forma, após a enunciação dos contribuintes, a Constituição define, limita, o universo fático sobre o qual deverá recair a referida cobrança. Nas hipóteses em que são contribuintes os empregados, incidirá sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro.

O eminente professor tributarista Hugo de Brito Machado, cuidou de perquirir os conceitos de renda e lucro, senão vejamos:

"Renda, nos termos do art. 43 do CTN, é o produto do capital, do trabalho, ou da combinação de ambos, e proventos são os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda. Define, assim, como âmbito de incidência do imposto em tela, o acréscimo patrimonial. Tanto a renda, como os proventos, constituem acréscimos patrimoniais, e a ocorrência de tais acréscimos é que enseja a cobrança do imposto. Lucro é uma forma de renda. A palavra lucro significa resultado positivo obtido na atividade empresarial. Na linguagem da legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, a palavra lucro aparece seguida de qualificativos. São usuais as expressões lucro real, lucro operacional, lucro líquido, lucro da exploração, lucro do exercício, entre outras.

Em contabilidade, a palavra resultado significa a variação patrimonial verificada em determinado período. Pode ser positivo, que é o lucro, ou negativo, que é o prejuízo. Se vem desacompanhada de qualificações, a palavra resultado é entendida como lucro líquido.

O lucro líquido do exercício é o acréscimo patrimonial verificado no período, geralmente utilizado como base de cálculo do imposto sobre a renda e da contribuição social sobre o lucro das empresas.

O conceito de renda, e o conceito de lucro, para compor âmbito constitucional, tanto do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, como da contribuição social instituída pela Lei 7.689/88, correspondem, indubitavelmente, a acréscimo patrimonial". Assim sendo, cabe indagar se a limitação à compensação do prejuízo anterior na apuração da contribuição sobre o lucro e do imposto de renda das pessoas jurídicas descaracteriza a base de cálculo constitucionalmente permitida.

A apuração do resultado das empresas é feita, sabe-se, periodicamente. Nestes intervalos periódicos pode-se concluir se a empresa vem ou não obtendo lucros, levando-se em consideração os investimentos inicialmente realizados, o capital a princípio subscrito. É precisamente este acréscimo patrimonial que constitui o substrato tributável da contribuição sobre o lucro e do imposto de renda. Sob pena de aviltar o princípio da capacidade contributiva, previsto na Constituição, não pode o tributo recair sobre o que efetivamente não constitui um aumento patrimonial do contribuinte. Aliás, é justamente nos impostos sobre a renda que a norma principiológica tem aplicação mais expressiva. Sendo assim, na apuração da base de cálculo destas exações, não se pode, qualquer que seja o período em que realizada, deixar de excluir os prejuízos sofridos nos períodos anteriores, sob pena de estar-se tributando um acréscimo patrimonial irreal, que, em sua totalidade ou pelo menos em parte, apenas serviu para recompor o patrimônio da empresa. Neste sentido, a tributação não recai sobre o lucro, mas sobre uma parcela maior, que inclui a recomposição patrimonial.

Podemos concluir, portanto, que a Lei nº 8.383/91, ao permitir a compensação total dos prejuízos sofridos nos períodos anteriores, nada mais fez do que ajustar a cobrança dos tributos aos ditames constitucionais. Na verdade, interferiu na composição da base de cálculo da contribuição, a fim de que coincidissem com a previsão da Carta Magna. Na ausência de tal comando, seria lícito, aos contribuintes insurgirem-se contra o ato da Fazenda que vedasse a exclusão dos prejuízos na forma preconizada pelo diploma em referência.

O art. 2º da Lei 7.689/88, instituidor da base de cálculo da contribuição em tela, em sua alínea a, determina que o resultado do período-base seja apurado de acordo com a legislação comercial. Com efeito, é justamente na Lei nº 6.404/76 que iremos colher o indicativo legal de que não se pode apurar lucros, no sentido constitucional, sem antes deduzir os prejuízos acumulados.

O art. 189 deste último diploma determina a dedução dos prejuízos acumulados e da provisão para o imposto de renda antes de qualquer participação. Apenas após deduzidas as participações, é que finalmente se apura o lucro líquido do exercício, na precisa orientação do art. 191.

Destarte, não há como negar que, persistindo prejuízos de períodos anteriores, não se pode apurar corretamente o aumento patrimonial correspondente ao lucro, senão depois de eliminada a parcela negativa do patrimônio.

Concluimos que qualquer norma que venha a vedar ou limitar quantitativamente a compensação dos prejuízos na apuração da base de cálculo do IRPJ e da contribuição sobre o lucro vulnera o conceito de renda previsto no art. 43 do CTN, aí incluída a modalidade "lucro tributável" e, portanto, configura-se ilegítimo e passível de ferir direito líquido e certo o ato da Fazenda que se propõe a levar a efeito a referida constrição. Por último, ressalto que se torna desnecessária a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais invocados, considerando que a incompatibilidade normativa está posta em relação à regra do art. 43 do CTN que, ao tratar do fato gerador do imposto de renda, estabeleceu norma geral quanto ao conceito de renda que deve ser observado pelas leis especiais, sob pena de vulneração à hierarquia das leis.

Por tudo o que foi dito e analisado, nego provimento à apelação e à remessa oficial. É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 66.505-PB

Relator: O SR. JUIZ **RIDALVO COSTA**

Apelantes: UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: CLEMENS COELHO FREIRE BATISTA E OUTROS

Advogados: DRS. CRISTIANO JOSÉ C. A. SOARES E OUTROS E JOSÉ ARAÚJO FILHO E OUTROS (APTES.) E JOÃO FERREIRA SOBRINHO E OUTROS (APDOS.)

EMENTA:

Constitucional, Processual Civil, Previdenciário e Administrativo. Litisconsórcio necessário. Interesse econômico reflexo. Não caracterização. Servidor público. Magistério. Período de atividade sob a égide da CLT vinculado ao RGPS. Tempo de serviço prestado em condições especiais. Fator de conversão para soma a tempo de serviço em atividade comum. Critério de cálculo. Legislação aplicável. Contagem recíproca. Restrição do art. 96, I, da Lei 8.213/91. Inaplicabilidade. Utilização exclusiva para fins de aposentadoria comum.

- A necessidade litisconsorcial advém do interesse jurídico na solução da lide deduzida em juízo e não do mero interesse econômico reflexo.

- O critério de cálculo para fins previdenciários do tempo de serviço prestado em condições especiais no que concerne à aplicação de fator de conversão para soma a tempo de serviço exercido em atividade comum é regido pela norma vigente à época da prestação do serviço, salvo se a fórmula de cálculo de norma superveniente for mais benéfica ao titular do direito, hipótese em que origina-se, com a incidência desta, a aquisição retroativa do direito à aplicação do preceito mais favorável no que concerne ao tempo de serviço ainda não utilizado pelo respectivo titular para aposentadoria.

- Ao tempo de serviço público ou privado em condições especiais prestado sob a égide da CLT com vinculação ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), aplicam-se as normas da legislação previdenciária atinentes a este.

- O Decreto nº 611/92, em seu art. 292, repristinou a eficácia jurídica do Anexo do Decreto nº 53.831/64, revigorando, durante a sua vigência, a previsão legal de natureza penosa da atividade de magistério para fins de aposentadoria especial ou de soma do tempo de

serviço prestado em condições especiais, com a utilização do fator de conversão respectivo, ao tempo de serviço exercido em atividade comum.

- A regra do art. 96, I, da Lei 8.213/91, não é aplicável ao tempo de serviço prestado em condições especiais consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física, o qual deve ser contado para efeito de qualquer benefício previdenciário, vinculado ou não ao RGPS, em face da amplitude da fórmula consagrada pelo art. 57, § 5º, da Lei 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.032/95 (anteriormente art. 57, § 3º, daquele diploma legal).

- O tempo de serviço em condições especiais contado com a utilização do respectivo fator de conversão deve ser computado exclusivamente para efeito de aposentadoria comum integral ou proporcional, vedada sua utilização para fins da aposentadoria especial de professor, prevista, também, para o nível universitário no texto constitucional anteriormente à EC n.º 20/98.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, à remessa oficial, julgando prejudicadas as apelações da UFPB e do INSS, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 9 de março de 2000 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: Trata-se de mandado de segurança impetrado por professores da Universidade Federal da Paraíba contra o Superintendente do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, visando a obter certidão de tempo de serviço exercido sob o regime da CLT, em condições especiais, com acréscimo de 40% ou 20%, conforme o sexo do impetrante, nos seguintes períodos e entidades:

a) Clemens Coelho Freire Batista - 01.09.77 a 12.12.90 na UFPB;

b) Francisco Soares Másculo - 01.02.78 a 12.12.90 na UFPB;

c) José de Arimatéia Menezes Lucena - 01.11.76 a 12.12.90 na UFPB e

d) Iguatemy Maria de Lucena Martins - 01.03.75 a 30.03.79 no Instituto João XXIII e 15.03.79 a 12.12.90 na UFPB.

Pleiteiam, também, desta feita contra o Superintendente de Recursos Humanos da UFPB, a averbação do referido tempo de serviço para fins de aposentadoria, bem como a averbação do tempo de professor prestado sob a égide da Lei nº 8.112/90, posterior a 12.12.90, com a aplicação daquela mesma proporcionalidade.

Sustentaram os impetrantes o direito adquirido à contagem de tempo prestado sob a égide da CLT, em condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física, já que a atividade de magistério, segundo o Decreto nº 53.831/64, está classificada como penosa, devendo, portanto, ser contado para fins de aposentadoria com os acréscimos legais, assim como o período posterior ao enquadramento no RJU, em função do seu art. 186, § 2º.

A autoridade impetrada da UFPB sustentou em suas informações que a aposentadoria do servidor público com tempo de serviço prestado em condições especiais está a depender de lei complementar que regulamente o disposto no § 1º, art. 40, da Constituição Federal, e que, segundo o Tribunal de Contas da União, a contagem ponderada de tempo de serviço em condições especiais é inadmissível no âmbito do serviço público federal.

Além desse fundamento, a autoridade impetrada do INSS sustentou que a Lei nº 6.226/75, que trata da contagem recíproca de tempo de serviço, não admite contagem ponderada de tempo de serviço prestado em condições especiais, para efeito de aposentadoria no serviço público federal, e que o Decreto nº 53.831/64, que considerava

penosa a atividade de magistério, teria sido revogado pelo Decreto nº 62.755/68. Sustentou, ainda, essa autoridade o litisconsórcio necessário da União Federal na lide judicial em exame.

O Ministério Público opinou pela concessão, em parte, da segurança apenas no tocante ao tempo trabalhado sob o regime da CLT, antes da conversão para o regime estatutário e somente para fins de aposentadorias comuns.

O MM. Juiz sentenciante, desacolhendo o pedido de contagem com acréscimo do tempo de serviço prestado sob a égide da Lei nº 8.112/90, em face de não ter sido editada a lei complementar de que trata inciso III, do art. 40 da CF, e excluindo o tempo de serviço concomitante prestado pela impetrante Iguatemy Maria de Lucena Martins, concedeu a segurança, em parte, determinando à autoridade impetrada do INSS que expedisse certidão de tempo de serviço prestado à UFPB, no período e nas condições acima referidos, com acréscimo de 40% ou 20%, conforme o caso, e à autoridade impetrada da UFPB que procedesse à averbação do referido tempo certificado.

Apelações da UFPB e do INSS repetindo os argumentos das informações prestadas pelas respectivas autoridades, acrescida a da UFPB com uma preliminar de legitimidade da União para figurar no pólo passivo da relação processual como litisconsorte necessária. É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): Inicialmente, no que pertine à preliminar de litisconsórcio passivo necessário da União Federal levantada pela autoridade previdenciária, afasto-a, tendo em vista que o simples interesse econômico reflexo da União no resultado da lide não é suficiente à caracterização da necessidade litisconsorcial, para a qual é imprescindível a ocorrência de interesse jurídico no deslinde da causa.

No mérito, o cerne da presente lide é a possibilidade ou não de contagem recíproca do tempo de serviço de professor prestado em condições especiais (penosidade) sob a égide da CLT no âmbito do RGPS com a aplicação de fator de conversão, para fins de aposentadoria na condição de servidor público federal estatutário sob regime de previdência próprio.

Examino, a princípio, a questão da norma aplicável à fixação do critério de cálculo do tempo de serviço prestado em condições especiais.

O reconhecimento pela legislação previdenciária da existência de situações laborais especiais a demandarem um menor lapso temporal para a aquisição do direito de aposentação representa claramente um avanço na política social do Estado, visando a conferir tratamento mais isonômico aos trabalhadores em virtude dos diferentes graus de comprometimento da saúde ou de risco à integridade física impostos por suas atividades profissionais.

Ao lado da diminuição pura e simples do período aquisitivo do direito à aposentadoria, o legislador previdenciário vinha, até o advento do Decreto 3.048/99, permitindo, de forma ampla, a soma do tempo de serviço prestado em condições especiais a tempo de serviço comum com a aplicação sobre o primeiro de fator de conversão, em metodologia de cálculo que passou a ser conhecida como conversão de tempo de serviço especial em comum.

A análise da sucessão de diplomas legislativos previdenciários demonstra, ademais, que o elenco das atividades ou das circunstâncias ambientais consideradas como ensejadoras da qualificação do tempo de serviço como exercido em condições especiais tem sofrido mutações ao longo dos anos, com a inclusão ou exclusão das hipóteses originadoras do direito à aposentadoria após um menor período de labor.

Tais modificações de critérios levantam, no que interessa ao deslinde do presente

processo, o questionamento a respeito de qual a legislação aplicável à fixação da fórmula de cálculo do tempo de serviço prestado em condições especiais para sua conversão em tempo comum.

O primeiro ponto a ser analisado é a natureza jurídica do fator de conversão deferido pelo Direito Previdenciário Positivo ao tempo de serviço prestado em condições especiais no que respeita à relação jurídica existente entre a Previdência Social e o segurado.

Visualizando o efeito de sua aplicação sobre o tempo de serviço efetivamente trabalhado em condições especiais, vê-se que, matematicamente, ele acrescenta a este um lapso temporal proporcional à diferença entre o período de aquisição do direito à aposentadoria comum e o necessário à aposentadoria especial.

Ora, se numericamente o fator de conversão gera um acréscimo no tempo de serviço efetivamente prestado em condições especiais, tem ele, sob o prisma jurídico, a natureza de adicional àquele, cujo objetivo é a manutenção de seu caráter especial, mesmo quando de sua utilização previdenciária com soma a tempo de serviço comum.

Creio que, tendo natureza jurídica de adicional ao tempo de serviço efetivamente prestado em condições especiais, a aplicação do fator de conversão é direito que se incorpora ao patrimônio jurídico do segurado no momento em que ele exerce a atividade legalmente considerada como comprometedora de sua saúde ou geradora de risco à sua integridade física, dele não podendo ser subtraído, sob pena de violação à garantia constitucional de intangibilidade do direito adquirido.

Por outro lado, o contexto teleológico no qual se insere o beneplácito legal do fator de conversão (efetivação do princípio da isonomia no que pertine ao lapso temporal aquisitivo do direito à aposentação) traz também importante reflexo na fixação do critério de cálculo aplicável à conversão do tempo de serviço especial em comum, ao impor, como imperativo de seu escopo finalístico, a incidência retroativa do critério legal mais favorável ao segurado, no que concerne ao tempo de serviço ainda não utilizado por seu titular para aposentadoria.

Nesse aspecto, a inclusão de determinada atividade no rol das consideradas como exercidas em condições especiais ou o aumento do fator de conversão aplicável repercute de imediato sob o patrimônio jurídico do segurado, originando a aquisição imediata e retroativa do direito à incidência do novo critério mais benéfico sobre todo o tempo de serviço nele enquadrável e ainda não utilizado para aposentação.

No caso dos autos, pleiteia-se a aplicação do fator de conversão 1.40 ou 1.20, conforme o sexo do impetrante, ao tempo de serviço exercido na condição de professor, sob a égide da CLT e vinculação ao RGPS, a qual era considerada atividade penosa pelo Anexo do Decreto nº 53.831/64, sujeita a aposentadoria após 25 (vinte e cinco) anos de trabalho. O Decreto nº 53.831/64 foi revogado pelo Decreto nº 62.755, de 25.05.68, pelo que não teria, em primeira análise, eficácia jurídica sobre o período posterior a este último, não tendo, além disso, sido renovada pelos regulamentos previdenciários que o seguiram a previsão de enquadramento da atividade de magistério como penosa.

Contudo, em 31 de julho de 1992, o Decreto nº 611/92 dispôs em seu art. 292:

"Art. 292. Para efeito de concessão das aposentadorias especiais serão considerados os Anexos I e II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, e o Anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, até que seja promulgada a lei que disporá sobre as atividades prejudiciais à saúde e à integridade física".

Assim, o Decreto nº 611, em seu art. 292, ao regulamentar a Lei nº 8.213/91, ripristinou a eficácia jurídica do Anexo do Decreto nº 53.831/64, revigorando, durante a sua vigência, a previsão legal de natureza penosa da atividade de magistério para fins de aposentadoria especial ou de soma do tempo de serviço prestado em condições especiais, com a utilização do fator de conversão respectivo, ao tempo de serviço exercido em atividade

comum.

Ressalte-se que ao tempo de serviço público prestado com vinculação ao Regime Geral de Previdência Social sob a égide da CLT aplicam-se as normas previdenciárias do RGPS no que concerne à sua fórmula de cálculo, não havendo sobre esse tempo efeitos jurídicos oriundos da conversão do regime de trabalho do servidor da CLT para o Regime Jurídico Único levado a efeito pela Lei nº 8.112/90.

Desse modo, todos aqueles que exerceram a atividade de magistério e eram titulares de tempo de serviço prestado com vinculação ao RGPS anteriormente ao Decreto nº 611/92 ainda não utilizado para fins de aposentadoria adquiriram o direito à aplicação do fator de conversão 1,40 (um vírgula quarenta) para os homens e 1,20 (um vírgula vinte) para as mulheres para soma de seu tempo de serviço prestado em condições penosas a tempo de serviço comum.

No caso em exame, o tempo de magistério a ser contado, certificado e averbado, como determinado pela sentença apelada, foi prestado sob a égide da CLT e com vinculação ao RGPS até 11.12.90, a partir de quando passaram os apelados a submeterem-se ao Regime Jurídico Único, assumindo a condição de servidores estatutários e desvinculando-se do Regime Geral de Previdência Social, sendo, portanto, atingidos pela eficácia jurídica retroativa do disposto no art. 292 do Decreto nº 611/92.

Ressalte-se que o provimento jurisdicional de 1º grau excluiu da condenação mandamental a aplicação simultânea de tempo dos tempos de serviços concomitantes, observando, corretamente, a regra proibitiva de sua contagem para fins de uma única aposentadoria.

Correta, também, afigura-se a exclusão do dia 12.12.90, pleiteado à exordial, do período a ser contado com o acréscimo especial, pois nesta data já se encontrava em vigor o Regime Jurídico Único.

No que se relaciona à contagem recíproca do tempo de serviço, entendo não ser a regra do art. 96, I, da Lei 8.213/91 (vedação de contagem em dobro ou em outras condições especiais), ante o seu caráter de norma geral, aplicável ao tempo de serviço prestado em condições especiais consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física, pois, por expressa disposição do art. 57, § 5º, da Lei 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.032/95 (anteriormente art. 57, § 3º, daquele diploma legal), que é regra de caráter especial nesse aspecto, afastando, portanto, a norma geral, deve ser ele contado para efeito de qualquer benefício previdenciário, não havendo ressalva que restrinja a sua utilização apenas ao Regime Geral de Previdência Social.

Por fim, uma imposição deve ser formulada com relação à utilização do tempo de serviço especial convertido em comum:

o tempo convertido só pode ser computado para aposentadoria comum integral ou proporcional, sendo vedada a sua utilização para a aposentação especial de professor, prevista, também, para o professor universitário no art. 41, inciso II, alínea b, e no art. 202, III, ambos, da CF/88, na redação anterior à EC n.º 20/98 - a partir da qual passou a ser aplicável unicamente ao magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio (art. 40, § 5º, e art. 201, § 8º, ambos, do Texto Constitucional emendado) -, sob pena de subversão à finalidade da norma de conversão, que é a compensação quantitativa da diferença existente entre os períodos aquisitivos do direito de aposentadoria em atividade especial e em atividade comum.

Finalmente, no tocante ao fundamento de que o STF entendeu que somente lei complementar poderia disciplinar a contagem acrescida de tempo de serviço na hipótese de exercício de atividade penosa, insalubre ou perigosa, é de se notar que tal situação não é a mesma dos autos, porque a decisão do Excelso Pretório trata de exercício de atividade em condições especiais prestada sob o regime jurídico estatutário, e não, o da CLT.

Ademais, a vedação fixada na ADIn nº 755/SP relativamente à contagem proporcional de tempo de serviço prestado sob o regime de aposentadoria especial e sob regime diverso, não guarda correlação com a hipótese em exame, pois o precedente do col. STF diz respeito tão-somente à impossibilidade de o legislador infraconstitucional fundir as fórmulas de contagem dos regimes de aposentadoria de base constitucional, estabelecendo proporcionalidade entre os tempos exercidos em mais de um deles, o que, claramente, não é o caso deste processo, onde a proporcionalidade se faz entre regime especial de fundo infraconstitucional e regime comum de aposentação. Ante o exposto, dou provimento, em parte, à remessa oficial, apenas para que o tempo de serviço convertido seja utilizado unicamente para fins de aposentadoria comum proporcional ou integral, julgando prejudicadas as apelações da UFPB e do INSS. É como voto.

APELAÇÃO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 67.645 - RN

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**

Apelante: TROPICAL COMUNICAÇÃO LTDA.

Apelada: FAZENDA NACIONAL

Advogados: DRS. SÉRGIO BARBOSA ALVES E OUTROS (APTE.)

EMENTA:

Constitucional. Tributário. Art. 155, § 3º, da CF. PIS. COFINS. Suspensão da exigibilidade incidente sobre operações sobre serviços de telecomunicações. Imunidade. Inexistência. Precedente do STF.

1. Verifica-se da redação do § 3º do art. 155 da CF/88 que o legislador constituinte, ao beneficiar com imunidade tributária os bens e os serviços ali especificados, limitou o benefício constitucional ao fato gerador - circulação de mercadoria -, em cujo conceito não se compreende o faturamento, fato gerador da COFINS e do PIS.
2. Recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal impossibilita a suspensão da exigibilidade do PIS e da COFINS sobre serviços de telecomunicações, uma vez que é modalidade de tributo não abrangida pela imunidade prevista no art. 150, VI, e § 3º, do art. 155 da CF.
3. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, do voto do Juiz Relator e das notas taquigráficas anexas, que passam a integrar o presente julgado. Custas, como de lei. Recife, 1º de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Trata-se de apelação interposta contra sentença que, em mandado de segurança, julgou improcedente a pretensão da autora, a qual pleiteava desobrigar-se do recolhimento da contribuição social COFINS nas suas operações relativas a telecomunicações.

Em sua apelação a impetrante alega, em síntese, que a incidência da COFINS sobre operações relativas a telecomunicações é inconstitucional, afrontando o § 3º do art. 155 da CF/88, requerendo, alfim, a reforma da sentença. Foram apresentadas contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): Socorrendo-se do aparato jurisdicional, buscou a apelante, através de ação mandamental, ver-se desobrigada ao recolhimento da contribuição social para a COFINS, com espeque no comando do art. 155, § 3º, da Constituição Federal de 1988, sobre as operações relativas a serviços de telecomunicações.

O art. 155, § 3º, da Constituição Federal de 1988, reza, in verbis:

"§ 3º - À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País". O comando aludido fala em tributos incidentes sobre as operações relativas a serviços de telecomunicações. Não se refere, em nenhum momento, ao lucro ou ao faturamento das empresas. Embora as operações desempenhadas por tais empresas venham gerar o faturamento e o lucro, não se pode, daí, concluir pela pertinência da adoção da regra de imunidade quanto aos tributos incidentes sobre ditos elementos contábeis. Assim, é errôneo o entendimento no sentido de que a contribuição para a COFINS e o PIS incide sobre operações relativas a serviços de telecomunicações. Tal exação é obtida a partir do faturamento das empresas, sejam elas prestadoras de serviços de telecomunicações ou não.

A presente vexata quaestio já foi objeto de análise desta relatoria, quando do julgamento da AMS 57.327-PE, a qual transcrevo como parte integrante da fundamentação deste decisum, in verbis:

"Discute-se, in casu, a ilegalidade da decisão monocrática em indeferir o pedido referente à incidência, ou não, do PIS/PASEP sobre as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do país. Inicialmente é de se firmar que não há como dissociar-se o § 3º do art. 155 da CF/88 do seu caput (155, II), para interpretar-se o alcance da imunidade pretendida.

Nos ensinamentos de Pontes de Miranda, em comentários ao art. 19 da CF/67, 'a regra jurídica de imunidade é regra no plano das regras jurídicas de competência dos poderes públicos - obsta a atividade legislativa impositiva, retira ao corpo, que cria impostos de qualquer competência para os pôr na espécie'. É do mesmo autor a classificação da imunidade objetiva, aquela prevista no art. 19, III, d, da CF/67, incidente sobre bens, e da imunidade subjetiva, incidente sobre as pessoas, prevista no mesmo art. 19, III, c.

Nessa linha de entendimento, temos que o § 3º do art. 155, excepcionando o inciso II do mesmo art. 155 da CF, institui uma nova imunidade sobre a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do país, exceto quanto ao ICMS, ao Imposto de Importação e ao de Exportação nas operações relativas à circulação de mercadorias.

Como a venda (movimentação econômica) é um fato que realiza hipótese de incidência de circulação ou movimentação de mercadorias, poder-se-ia, à primeira vista, ter-se como fato para realização da hipótese de incidência da contribuição social. No entanto, o que as normas jurídicas elegem como núcleo para realização da hipótese de incidência não é o fato venda, mas o faturamento mensal, ou melhor, a realização de todas as vendas - é o que mestre Alfredo Augusto Becker chama de estado de fato. Quando o fato (sentido lato) que realiza a hipótese de incidência consiste num estado de fato, poderia parecer que a mesma regra jurídica estaria incidindo duas ou mais vezes sobre a mesma hipótese de incidência, pois estado de fato é fato que aconteceu e permanece e que, por visto, pode ser contemplado:

ou no momento em que aconteceu (fato estrito senso), ou sob o ângulo de sua duração

continuada.

Forçoso se faz concluir que o faturamento - receita bruta de todas as vendas - tomado aqui como duração continuada do fato vendas, e que assim foi contemplado como núcleo da hipótese de incidência das contribuições de que se cuida, encontra-se fora do que se pode caracterizar como circulação ou movimentação de mercadoria.

Verifica-se, portanto, da redação do § 3º do art. 155 da CF/88, que o legislador constituinte, ao beneficiar com imunidade tributária os bens e os serviços ali especificados, limitou tal benefício ao fato gerador - circulação de mercadorias, em cujo conceito não se compreende o faturamento.

Não cabe, pois, ao intérprete ampliar o benefício da imunidade além do que está previsto na própria Carta Magna.

Neste sentido, demonstra a presente ementa:

'Constitucional. Tributário. Imunidade. Art. 155, II, § 3º, da CF. COFINS. PIS. Operações relativas à circulação de mercadorias e serviços. Energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados do petróleo, combustíveis e minerais do País. Conceito. Movimentação ficta, física e econômica. Incidência. ICMS, Importação e Exportação. Contribuição social. PIS. COFINS. Imunidade. Somente às entidades beneficentes. Art. 195, § 7º, CF.

1 - Somente nas operações que se caracterizam como de circulação de mercadorias, ou seja, na movimentação ficta, física ou econômica ocorrida da fonte de produção até o consumo, é que se dirige a regra imunizante do § 3º do art. 155 da CF, fazendo excluir nas operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País, qualquer outro tributo senão o ICMS, o Imposto de Importação e o de Exportação.

2 - A contribuição social e o PIS têm como núcleo da realização de suas hipóteses de incidência o faturamento, que, apesar de se constituir em receita de todas as vendas, caracteriza-se sob o ângulo da duração continuada do fato - vendas.

3 - Verifica-se da redação do § 3º do art. 155 da CF/88 que o legislador constituinte, ao beneficiar com imunidade tributária os bens e os serviços ali especificados, limitou tal benefício ao fato gerador relativo à circulação de mercadorias.

4 - A COFINS - Contribuição para a Seguridade Social, apesar de não mais se questionar quanto a sua natureza tributária, tem finalidade específica, ou seja, a de financiar a Seguridade Social, que é dever de toda sociedade. Excetuam-se dessa obrigação tão-só as entidades beneficentes, nos termos do art. 195, § 7º, da CF, c/c o art. 6º da Lei Complementar nº 70/91, não cabendo ao intérprete ampliar o benefício da imunidade além do que está previsto na própria Carta Constitucional.

5 - No campo tributário é de se ter presente, na hipótese ora examinada, não a redução dos custos de produção, mas a finalidade assecuratória de segurança social prevista pela Carta Constitucional como Direitos e Garantias Constitucionais, e especialmente os relativos à Seguridade Social - saúde, previdência e assistência social. Assim também a finalidade da regra contida no art. 195 e seus parágrafos da CF, que determina a participação de toda a sociedade, a fim de contribuir para a Seguridade Social.

6 - Apelação improvida'.

(TRF 5ª Região, AMS nº 48432, Juiz Petrucio Ferreira).

Desta forma, não interessaria, in casu, a discussão sobre a natureza jurídica das contribuições sociais, pois, como já foi exposto, o PIS, bem como a COFINS, não teriam como fato gerador aqueles colecionados pela norma constitucional como imunes do pagamento de tais tributos. Apesar disto, é bom frisar que tal assunto já foi objeto de inúmeras decisões jurisprudenciais, inclusive do e. STF, no RE 146.733, considerando que as contribuições sociais destinadas ao financiamento da Seguridade Social têm natureza tributária, embora não se enquadrem entre os impostos".

O colendo Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre este assunto, demonstrando o seguinte entendimento:

"EMENTA:

Recurso extraordinário. Tributário. COFINS e contribuição para o PIS. Incidência sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de comunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais. Imunidade. Inexistência.

1. A COFINS e a contribuição para o PIS, na presente ordem constitucional, são modalidades de tributo que não se enquadram na de imposto. Como contribuições para a seguridade social não estão abrangidas pela imunidade prevista no art. 150, VI, da Constituição Federal, nem são alcançadas pelo princípio da exclusividade consagrado no § 3º do art. 155 da mesma Carta.

2. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(Rec. Ext. nº 226.434-1, Rel. Min. Maurício Corrêa, pub. no DJU de 18.09.98)".

De acordo com as ementas supratranscritas, depreende-se que o PIS e a COFINS são modalidades de tributos que não se enquadram na de imposto, inexistindo, no caso, a imunidade prevista no § 3º, art. 155, da Constituição Federal. Portanto, são cabíveis suas incidências sobre operações relativas a combustíveis e derivados de petróleo.

Com estas razões, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 67.985-PE

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**

Apelante: BOMPREÇO S/A SUPERMERCADOS DO NORDESTE

Apelada: FAZENDA NACIONAL

Advogado: DR. CELSO LUIZ DE OLIVEIRA (APTE.)

EMENTA:

Direito Comercial, Administrativo e Constitucional. Sucessão comercial. Notificação editalícia efetivada em nome da empresa extinta. Nulidade. Reabertura do prazo para recolhimento com redução da multa ou para a interposição de recurso ao Conselho de Contribuintes. Constitucionalidade da exigência do depósito prévio.

1. Em razão da superveniência de processo de incorporação, com a devida comunicação à repartição fiscal que, inclusive, deferira a baixa do CGC da empresa extinta, não há como justificar a notificação editalícia dirigida a esta, com o fito de dar ciência da decisão administrativa atinente à procedência do lançamento suplementar de seu imposto de renda, porquanto necessária seria a comunicação à empresa incorporadora, então responsável pelas dívidas que lhe foram legadas em virtude da sucessão comercial.

2. Conhecido o endereço do contribuinte, qual seja, a empresa incorporadora, a notificação por edital transmuda-se em medida extrema e injustificável.

3. Necessidade do restabelecimento do prazo para o recolhimento do débito discutido com a redução da multa como prevêem as Leis nºs 9.430/96 e 8.218/91, ou para a interposição de recurso administrativo ao Conselho de Contribuintes, mantida a necessidade do depósito prévio como condição de admissibilidade, uma vez que tal exigência não configura afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, conforme precedentes do STF.

4. Apelação parcialmente provida para que seja oportunizado o recolhimento do débito discutido com a redução da multa ou o recurso voluntário, observada, no entanto, com relação a este, a exigência do depósito prévio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório, do voto do Juiz Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 14 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Trata-se de apelação interposta em sede de mandado de segurança preventivo impetrado pelo Bompreço S/A Supermercados do Nordeste, sucessor por incorporação da empresa Dínamo - Construções, Planejamento Ltda., contra ato do Delegado da Receita Federal em Recife.

O apelante agita a tese da nulidade da notificação efetivada editaliciamente, em nome da empresa sucedida, quando esta já se encontrava extinta em razão da sucessão comercial, requerendo, então, a reabertura do prazo para recolhimento do débito tributário com o benefício da redução da multa, previsto no art. 44, § 3º, da Lei nº 9.430/96, c/c o art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 8.218/91, ou para a interposição de recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes, sem a exigência do depósito prévio de 30% do valor do crédito discutido.

Aduz que o referido crédito tributário, regularmente impugnado, fora julgado procedente pela Delegacia da Receita Federal em 25.11.94, mas a comunicação da decisão, via AR, não fora efetivada exitosamente.

Assim, frustrada tal comunicação postal enviada no nome da empresa Dínamo - Construções, Planejamento Ltda., fora promovida a sua notificação por edital, em 30.06.95, data, todavia, em que já havia acontecido a extinção da mesma, em razão da incorporação, tendo sido, inclusive, deferida a baixa do nº de seu CGC, em 06.04.95, conforme atesta o documento acostado às fls. 58/59.

Alega o apelante que a notificação editalícia é nula porque dirigida à empresa sucedida, mesmo tendo sido observado todo o processo referente à incorporação, processo este a partir do qual passara a externar a qualidade de sucessora comercial, com o direito de receber a multicitada comunicação em seu nome.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): Trata-se de apelação interposta pelo Bompreço S/A Supermercados do Nordeste, em mandado de segurança impetrado contra ato do Delegado da Receita Federal em Recife, que reputara válida a notificação editalícia efetivada em nome da empresa Dínamo - Construções, Planejamento Ltda., quando esta já se encontrava extinta por incorporação.

O apelante pugna pelo reconhecimento da nulidade da notificação editalícia, salientando que tal procedimento corresponderia a um recurso extremo, somente justificável se desconhecido ou incerto o endereço do contribuinte, situação diversa da ora analisada, isto em virtude da sucessão comercial devidamente informada à Receita.

A autoridade à qual é reputada a realização de ato ilegal prestara informações aduzindo que, mesmo diante da apresentação da declaração de imposto de renda relativa à incorporação, seria necessária a informação do novo endereço do contribuinte, isto em virtude do comando legal insito no art. 31 do Regulamento do Imposto de Renda, fundamento este que embasara o decisum monocrático.

Reza o citado art. 31 do Regulamento do Imposto de Renda:

"Art. 31. O contribuinte que transferir sua residência de um município para outro ou de um para outro ponto do mesmo município fica obrigado a comunicar essa mudança às repartições competentes dentro do prazo de trinta dias".

Ressalte-se, prima facie, diante da transcrição supra, que o entendimento alusivo à aplicabilidade de tal comando legal não se coaduna com a realidade ostentada pela farta documentação acostada. É que inexistira a pretendida mudança, mas sim, verdadeira extinção da pessoa jurídica sucedida, com a absorção do seu acervo patrimonial, ativo e passivo, pela sociedade incorporadora.

Segundo a lição do ilustre Fran Martins, in Curso de Direito Comercial, Forense, 24ª ed., p. 404:

"Por incorporação se entende a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Neste caso desaparecerá uma das sociedades, a incorporada, permanecendo, porém, com a sua pessoa jurídica inalterada, a sociedade incorporadora".

Destarte, reafirme-se, não procede a argüição da necessidade de informação do novo endereço do contribuinte, já que de mudança não se poderia cogitar. Imprescindível, in casu, seria, tão-somente, a viabilização das informações pertinentes à extinção decorrente da sucessão comercial, para que a Receita, eventualmente, pudesse acionar a sucessora, parte legítima para responder pelos ônus legados pela sucedida.

Resta, portanto, perquirir se a Receita fora regularmente informada da nova realidade jurídica ocasionada pela incorporação.

Compulsando os autos, vislumbro a presença de documentos inerentes ao processo de incorporação que implicam uma resposta positiva a tal indagação.

Houve o fornecimento da declaração do imposto de renda referente à incorporação (fls. 48/57) e, principalmente, o requerimento do documento de baixa cuja cópia encontra-se acostada às fls. 58/59, devidamente motivado e preenchido com as designações atinentes à empresa incorporadora, o qual, por ser conseqüência lógica, deve ter sido conhecido e analisado pela Secretaria da Receita Federal, antes do deferimento.

Sendo assim, não poderia ter sido publicado edital no nome da empresa, extinta em 30.06.95, data posterior ao deferimento da baixa do seu CGC, procedimento que ultimara o processo de sucessão. A documentação apresentada deveria ter sido observada para que fosse oportunizado, através da notificação pessoal da empresa sucessora, o pagamento com a redução de 30% da multa ou o recurso ao Conselho de Contribuintes, isto em virtude da natureza extrema da notificação editalícia, conforme dispõe, inclusive, o art. 886 do Regulamento do Imposto de Renda.

Ora, se há previsão normativa acerca da aplicabilidade da notificação editalícia, apenas em sendo incerto ou desconhecido o endereço do contribuinte, quando este encontrar-se no exterior, ou, ainda, diante da impraticabilidade da comunicação por outros meios legais, nulo é tal ato se realizado em face de situação que não se coadune com tal comando. Ademais, corresponde a mitigação à garantia do contraditório o seu direcionamento à empresa incorporada, quando a responsabilidade seria cobrada da sucessora que se vira ameaçada de inscrição no CADIN antes mesmo de ter podido pagar ou questionar a dívida, isto em função de falhas institucionais pertinentes à organização da administração tributária.

Superada a questão pertinente à nulidade da notificação editalícia, a conseqüência lógica será a reabertura do prazo para o recolhimento do débito com a redução da multa (Lei nº 9.430/96 e Lei nº 8.218/91), ou, para interposição de recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes.

Passo a analisar a argumentação atinente ao direito de não efetuar o depósito prévio quando do recurso administrativo.

Considero que a exigência do depósito como condição para a interposição e seguimento

de recurso administrativo não constitui afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

O Supremo Tribunal Federal se pronunciou nesse sentido, conforme arestos adiante transcritos:

"EMENTA:

Multa por degradação do meio ambiente. Exercida defesa prévia à homologação do auto de infração, não padece de vício de inconstitucionalidade a legislação municipal que exige o depósito prévio do valor da multa como condição ao uso do recurso administrativo, pois não se insere na Carta de 1988 garantia do duplo grau de jurisdição administrativa.

Precedentes:

ADIn 1049, sessão de 18.05.95, RE 210.246, 12.11.97. Contrariedade não figurada do disposto nos incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º da Constituição.

Recurso extraordinário de que, por esse motivo, não se conhece".

(RE 169077/MG, DJU - 27.03.98, Relator Ministro Octávio Gallotti, decisão: unânime).

"EMENTA:

Extraordinário. Infração às normas trabalhistas. Processo administrativo. Contraditório e ampla defesa. Penalidade. Notificação. Recurso perante a DRT. Exigência do depósito prévio da multa. Pressuposto de admissibilidade e garantia recursal. Afronta ao art. 5º, LV, CF. Inexistência.

1. Omissis.

2. Recurso administrativo perante a DRT. Exigência de comprovação do depósito prévio. Pressuposto de admissibilidade e garantia recursal.

2.1. Omissis.

2.2. Violação ao art. 5º, LV, CF. Inexistência. Em processo administrativo regular, a legislação pertinente assegurou ao interessado o contraditório e a ampla defesa. A sua instrução com a prova do depósito prévio da multa imposta não constitui óbice ao exercício do direito constitucional do art. 5º, LV, por se tratar de pressuposto de admissibilidade e garantia recursal, visto que a responsabilidade do recorrente, representada pelo auto de infração, está aferida em decisão fundamentada.

3. Recurso conhecido e provido".

(RE - 210235/MG, DJU - 19.12.97, Relator Ministro Maurício Corrêa, decisão: unânime).

Isto posto, dou parcial provimento à apelação para conceder a segurança, determinando à autoridade coatora que proceda à reabertura do prazo em favor da impetrante, possibilitando-lhe o recolhimento do valor em questão com o benefício da redução da multa (Lei nº 9.430/96 e Lei nº 8.218/91), ou a interposição do recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes com o depósito de 30% sobre o valor constante da decisão administrativa objurgada.

É como voto.

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 136.256-PE

Relatora: A SRA. JUÍZA **MARGARIDA CANTARELLI**

Embargante: UNIÃO FEDERAL

Embargado: JOSÉ ROBERTO PAES DE LIRA

Advogados: DRS. MAX MEDEIROS E OUTRO (EMBDO.)

EMENTA:

Administrativo. Penal. Embargos infringentes. Servidor público. Demissão. Absolvição no processo criminal. Resíduos infracionais. Descaracterização das infrações disciplinares.

I. A absolvição em processo criminal não elide necessariamente os resíduos infracionais puníveis via administrativa.

II. É indispensável que o conjunto probatório seja indubitoso, garantido o direito à ampla

defesa, para impor-se a servidor público a pena de demissão.

III. Impõe-se a observância da proporcionalidade entre a sanção aplicada e o ato praticado tido como infracional.

IV. O ato demissório caracteriza-se pela sua natureza de ato vinculado, inexistindo discricionariedade ou conveniência da Administração para sua efetivação.

V. Embargos infringentes improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 136.256-PE, em que são partes as acima mencionadas, acorda o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 1º de março de 2000 (data do julgamento).

JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI - Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI: No dia 23 de agosto de 1993, por volta das 14:00 horas, na pista conhecida como Contorno de Feira - Bairro Cidade Nova, em Feira de Santana, Bahia, Policiais Rodoviários Federais, em razão de denúncia anônima, interceptaram a caminhonete F-1000, placa IR-6164PE, conduzida por José Roberto Paes de Lira, à época Agente da Polícia Federal, lotado em Juazeiro da Bahia, ora embargado. No veículo, além do condutor e dos passageiros, foram encontrados e apreendidos 59 animais, de pequeno porte, aves da fauna silvestre brasileira e exóticos (Loris, Loriquetes, Pombas Cora etc.).

O veículo pertencia a Luiz Carlos Ferreira Lima, conhecido pela alcunha de "Carlinhos das Araras", que também se encontrava no mesmo na companhia de um filho menor e outro cidadão. O citado "Carlinhos das Araras" era comerciante do ramo de animais e consta que envolvido em vendas, sem licença do IBAMA, de animais da fauna brasileira protegidos pela legislação nacional.

Foram todos detidos, tendo do fato resultado, para o embargado, um processo criminal por infração ao art. 3º da Lei 5.197/67 (comércio ilegal de animais silvestres), no qual foi absolvido, e um processo administrativo que concluiu pela prática das infrações previstas nos incisos VII, VIII, XX e XLVIII do art. 364 do Decreto 59.310/66.

Rezam os dispositivos (transgressões disciplinares):

"VII - manutenção de relações de amizade ou exibir-se em público com pessoas de notórios e desabonadores antecedentes criminais, sem razão de serviço;

VIII - praticar atos que importem em escândalo ou concorram para comprometer a função policial;

XX - omissão em cumprir ou fazer cumprir, na esfera de suas atribuições, as leis e regulamentos;

XLVIII - prevalecer-se abusivamente da condição de policial federal".

Encaminhado o processo administrativo ao Ministério da Justiça, foi, ao final, demitido através de ato assinado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, em 24 de abril de 1996.

Vale ressaltar que o ato de demissão, embora refira-se no seu preâmbulo aos quatro incisos mencionados, todavia, na parte dispositiva, apenas expressa o contido no inciso XLVIII, ou seja, prevalecer-se abusivamente da condição de policial federal.

O embargado ingressou, então, perante a 8ª Vara da Seção Judiciária (Petrolina) de Pernambuco, com uma Ação Ordinária de Revisão de Processo Administrativo contra a

União Federal, julgada procedente pelo MM. Juiz a quo, então o Dr. Élio Wanderley de Siqueira Filho, pela sentença de fls. 685/707.

Subindo os autos por remessa oficial e apelação da União, foi Relator o eminente Juiz Lázaro Guimarães, tendo a 2ª Turma deste Tribunal, por maioria (mais o voto do e. Juiz Araken Mariz), mantido a sentença recorrida, pelo acórdão assim ementado:

"Administrativo. Servidor Público. Absolvição no processo criminal como reconhecimento da não participação no ilícito. Descaracterização das faltas disciplinares imputadas ao autor. Apelação e remessa oficial improvidas".

No julgado da apelação foi vencido o eminente Juiz Petrucio Ferreira, considerando que a sentença penal absolutória limitou-se à imputação de crime contra a fauna, não tendo analisando, por ausência de denúncia, a prática das infrações disciplinares por parte do apelado, pelo que subsistiria um resíduo punível via administrativa. Examinou as ditas infrações disciplinares, tendo-as, ao final, como caracterizadas para o fim de embasar a demissão.

Opõe, agora, a União Federal embargos infringentes contra o v. acórdão exarado pela col. 2ª Turma desta Corte, para o fim de fazer prevalecer o voto vencido.

Não houve impugnação aos embargos.

Cabendo por distribuição ao Exmo. Sr. Juiz José Maria Lucena, e estando o mesmo investido no cargo de Presidente desta Corte, tocaram por redistribuição ao Exmo. Sr. Juiz Francisco Falcão, vindo-me conclusos por sucessão.

É o relatório.

À revisão.

VOTO

A SENHORA JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI (Relatora): Alega a embargante, com supedâneo no voto vencido do eminente Juiz Petrucio Ferreira, que, por serem as instâncias penal e administrativa independentes, inadmissível é a reintegração de Servidor Policial Federal demitido mediante regular processo administrativo, posto que não se deduz da sentença penal absolutória a compatibilidade da conduta do Policial Federal com as normas estatutárias, hábil a elidir possível falta residual.

A questão primeira, objeto dos embargos infringentes, reside em saber se a sentença penal absolutória elide a infração funcional do servidor policial, de modo a afastar a aplicação da Súmula nº 18 do colendo STF, in verbis:

"Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público".

Evidentemente, as sanções criminal e administrativa têm caráter distinto;

enquanto a primeira visa a resguardar interesse essencialmente coletivo, a administrativa tem por finalidade proteger interesse funcional da Administração Pública.

Neste diapasão, a instância administrativa não está vinculada ao juízo criminal, o que somente ocorre nas hipóteses em que a absolvição criminal reconhecer a inexistência do fato ou negar a autoria do crime, não havendo quebra do princípio da presunção da inocência na formação de juízo administrativo, em face do envolvimento do servidor em crime atentatório à dignidade funcional.

É pacífica a jurisprudência do e. STJ consagrando este entendimento:

"Penal. Administrativo. Funcionário público. Demissão. Jurisdições penal e administrativa. As jurisdições intercomunicam-se, prevalece a jurisdição penal, esta projeta sempre a verdade real. Não se admitem presunções, como na jurisdição civil. Negado o fato, ou a autoria, repercute de modo absoluto em todas as áreas jurídicas. Absolvição por outro fundamento não afeta o resíduo administrativo. Pode, pois, ocorrer a demissão do funcionário público".

(ROMS 4561-SP, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, julg. em 11.03.96,

pub. em 23.09.96).

"REsp. Administrativo. Penal. Jurisdição. Servidor. Sanção.

A jurisdição penal prevalece relativamente à ordem administrativa. Repercute de modo absoluto quando o processo penal absolve o réu, ao fundamento de inexistência do fato, ou de autoria. Nos demais casos, intercomunicam-se. Nesse limite, a sanção administrativa é incensurável. Súmula 18, STF".

(REsp 55362-BA, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, julg. em 18.06.96, pub. em 17.03.97).

Assim, em princípio, a absolvição do funcionário por insuficiência de provas no juízo criminal não vincula a sede administrativa.

A questão seguinte é saber-se se, neste caso presente, restou resíduo administrativamente punível, apesar da absolvição criminal do embargado.

A hipótese dos autos versa sobre Policial Federal demitido do cargo de agente sob o fundamento de ter praticado as transgressões disciplinares previstas nos incisos VII, VIII, XX e XLVIII do art. 364, c/c o art. 383, X (imputa pena de demissão a estas transgressões), do Decreto 59.310/66, as quais são, respectivamente:

VII - manutenção de relações de amizade ou exhibir-se em público com pessoas de notórios e desabonadores antecedentes criminais sem razão de serviço;

VIII - praticar ato que importe em escândalo ou concorra para comprometer a função policial;

XX - a omissão em cumprir ou fazer cumprir, na esfera de suas atribuições, as leis e regulamentos;

XLVIII - prevalecer-se abusivamente da condição de policial federal.

O enquadramento nos referidos dispositivos decorreu da alegada amizade existente entre o autor e Luiz Carlos Ferreira Lima, conhecido como "Carlinhos das Araras", comerciante do ramo de animais, e que culminou com a prisão do postulante, na cidade de Feira de Santana, quando se encontrava viajando na companhia do referido "Carlinhos" e outras pessoas, sendo transportadas no veículo aves silvestres, conforme classificadas no laudo de fls. 202/1º volume.

22.5,NM,NO,0,NM,NO,1.4,NM,NO,4.1,NM,NO,4.5,NM,NO,5,NM,NO>Arial,SN>11>Compu
Isando os autos, observo que houve, na realidade, uma sentença penal absolutória por falta de comprovação da efetiva participação do autor no crime de comércio ilegal de animais silvestres, previsto no art. 3º da Lei 5.197/67. É inegável a íntima conexão entre o delito objeto da denúncia contra o embargado (e outros) e as infrações disciplinares que fundamentaram a sua demissão. A absolvição contribuiu para que as infrações disciplinares contra ele imputadas devessem ser apreciadas num enfoque diferente daquele inicial, quando da instauração do processo administrativo, ocasião em que a ele também era atribuída a prática do delito retromencionado.

Todavia, o MM. Juiz a quo não se limitou na sentença de fls. 685/707 a calcar a sua decisão exclusivamente na absolvição do embargado na referida ação penal. Foi muito além, como deveria, apreciando, percucientemente, cada uma das infrações disciplinares atribuídas ao servidor, elidindo-as todas. Examinando detidamente os autos, também não vi configuradas infrações disciplinares. Pareceram-me exacerbadas e excessivas, em relação aos fatos ocorridos, as conclusões a que chegaram os integrantes da Comissão, no processo administrativo. Que Estado Democrático de Direito é este em que vivemos - de um lado a Constituição cidadã, que garante todas as liberdades e do outro lado se pretenda, ainda, por decreto, proibir amizades e punir, com pena severa, quem contrariar tal vedação? Resíduo é norma inscrita no inciso VII do art. 364 do Decreto 59.310/66, mas resíduo autoritário! Dela exala odores de fogueira da Santa Inquisição! E só pode ser compreendida à luz do

ano de sua edição - 1966, em pleno período de exceção que viveu o país. Não há nos antecedentes do tal "Carlinhos das Araras" comprovação de que este tenha sido condenado anteriormente pelo comércio ilegal de animais. Recorte de jornal ou a simples alcunha não são prova suficiente de conduta desabonadora anterior que chegue a impedir uma viagem, ou, como se diz popularmente, "uma carona". Nem pode, uma viagem, ser tida em si como ato que importe em escândalo. Acreditar que o comerciante estava autorizado a transportar os animais é algo natural, pois os parágrafos primeiro e segundo do art. 3º da Lei 5.197/67, que dispõe sobre a proteção à fauna, admitem as exceções às proibições constantes no caput no mesmo artigo. Além do que, Luís Carlos fazia-se acompanhar de um filho menor, viajava à luz do dia, em rodovia movimentada (foram interceptados às 14:00 horas, na entrada da cidade de Feira de Santana) e não às caladas da noite em trilha deserta, que pudesse inferir-se o ilícito da sua conduta. Aliás, a bem da verdade, no momento da apreensão, as aves estavam sendo transportadas e não comercializadas, que é o proibido na lei (art. 3º, caput, Lei 5.197/67). Não estavam sofrendo maus-tratos, nem iam para o abate. Evidentemente que se destinavam ao comércio, mas o que faltava neste caso presente era a autorização do IBAMA, pois com a referida autorização compram-se, vendem-se, mantêm-se em cativeiro animais em geral, das mais diversas procedências, mesmo em propriedades privadas.

Igualmente não ficou comprovado que o embargado tenha se prevalecido abusivamente da condição de policial federal, embora esta tenha sido a única infração descrita no ato presidencial que o demitiu. Ao contrário, os policiais que o detiveram afirmaram que aquele só apresentou os documentos quando exigida a sua identificação, pois a denúncia anônima referira-se a um ex-policial civil que se fazia passar por policial federal. Com efeito, o Juízo singular apurou, através dos depoimentos das testemunhas e da análise do processo administrativo, irregularidades que vão desde a não observância da ampla defesa, até fortes indícios de animosidade entre o Delegado Chefe e o autor, por divergências a respeito da excessiva carga de trabalho imposta. Faço minha parte da sentença do MM. Juiz da 8º Vara, in verbis: "Destarte, para que pudesse prevalecer a demissão do suplicante, far-se-ia mister emergisse, de modo claro e indubitado, do conjunto probatório então produzido, a certeza acerca da adoção de um comportamento que justificasse o seu expurgo dos quadros da Polícia Federal. (...)

A sanção disciplinar, notadamente a demissão, pela suas repercussões, só deve ser aplicada se suficientemente provada a circunstância ensejadora de sua incidência na espécie.

A dúvida, por mais tênue que seja, afasta as condições para a responsabilização na esfera disciplinar do servidor público. No caso vertente, restaram presentes inúmeras imprecisões na prova colacionada, o que, por si só, é fator motivador da invalidação da demissão. A motivação de tal ato administrativo deve guardar a conformidade com a verdade a respeito dos fatos que renderam efeito a sua prática" (fls. 706/ 707). Entendo que a sentença, que fora confirmada, por maioria, da 2ª Turma desta egrégia Corte, impõe-se por seus próprios e jurídicos fundamentos. Assim, embora admita possibilidade de sanção administrativa independentemente da absolvição criminal, não vejo, neste caso, a ocorrência de resíduo administrativo a ser punido na primeira esfera. As condutas que a embargante alega que subsistiram como resíduo administrativo, foram devidamente rechaçadas pelo Juízo monocrático, o que endosso inteiramente.

A demissão como pena máxima imposta ao servidor deve obedecer ao princípio da proporcionalidade. O servidor em questão não possui antecedentes negativos em sua

ficha funcional, pelo contrário, recebeu notas máximas em diversas avaliações. Há, nos autos da ação ordinária, depoimentos extremamente favoráveis ao mesmo dados por ex-superiores hierárquicos. Citarei apenas um, o do Delegado da Polícia Federal, Antônio Raimundo Almeida Bastos (fls. 617/618) que foi seu chefe durante seis anos: "José Roberto é um dos pioneiros junto à Delegacia da Polícia Federal de Juazeiro (...) Trata-se de um bom profissional, tanto é que das vezes que foi o mesmo avaliado pelo depoente essas avaliações sempre foram por cima, ou seja, nota máxima". É prerrogativa do Poder Judiciário analisar a legalidade do processo administrativo, a fim de verificar se houve desvio de finalidade no ato demissório, dada a sua natureza de ato vinculado, inexistindo discricionariedade ou conveniência da Administração para sua efetivação.

A doutrina consagra o controle judicial dos atos administrativos nas lições ministradas pelos eminentes administrativistas Celso Antonio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles, ao dizerem: "Nada há de surpreendente em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio - e de resto fundamental - pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito". (Celso Antonio Bandeira de Melo, in Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 8ª edição, 1996, p. 562). "A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem a sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sioeitajii ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido". (Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 20ª edição, 1995, pp. 181 e 182). Diante de todo o exposto, nego provimento aos embargos infringentes. É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 975-PE

Relator: O SR. JUIZ **UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE**

Impetrante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA - PE

Paciente: SUZANA SILVA CARNEIRO DE ALBUQUERQUE

EMENTA:

Constitucional e Processual Penal. Habeas corpus preventivo. Crime de desobediência. Servidor público. Inocorrência.

- É sujeito ativo do delito de desobediência, via de regra, o particular, podendo também ser o servidor público, quando este, ao receber a ordem legal, não se encontra no exercício de suas funções.
- Não se configura crime de desobediência a conduta do servidor público que, embora tenha tomado todas as providências visando o cumprimento de decisão judicial, deixa de cumpri-la em razão da execução ultrapassar a esfera de sua competência legal, dependendo de superior hierárquico que procrastina as medidas adequadas ao seu cumprimento. Inexistência do elemento subjetivo do tipo.
- Concessão da ordem.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Turma de Férias do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 19 de janeiro de 2000 (data do julgamento).

JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE: Trata-se de habeas corpus preventivo, com pedido de liminar, impetrado pelo Instituto Nacional de Seguro Social - INSS em favor de Suzana Silva Carneiro de Albuquerque, Chefe da Divisão de Recursos Humanos da referida autarquia, que está sendo ameaçada em sua liberdade de locomoção por ato apontado como ilegal do Exmo. Sr. Juiz Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco.

Alega que o ilustre magistrado concedeu liminar em sede de mandado de segurança impetrado por procuradores autárquicos, visando à concessão de gozo de férias anuais de 60 (sessenta) dias, acrescida do pagamento de 1/3 referente a cada período de 30 (trinta) dias.

Informa, ainda, que já fora cumprida a liminar no que tange à concessão de fruição de férias, restando ser atendido o pagamento correspondente a 1/3 de férias, vez que estaria a depender, tão-somente, da criação de rubrica pertinente, mediante autorização do Ministério da Administração e Reforma do Estado-MARE, o que já foi providenciado através de requerimento à Direção Geral de Recursos Humanos do INSS, sediada em Brasília.

Acrescenta, ainda, que não pode enquadrar-se o servidor público no crime de desobediência, quando o mesmo estiver no desempenho das funções de que se encontra investido.

Documentos acostados às fls. 9/44.

Pedido de liminar deferido às fls. 47/50, com a expedição de salvo-conduto, com fundamento no entendimento jurisprudencial de que a prática do crime de desobediência por servidor público só se configura quando este estiver fora do seu mister, e que, em caso de haver configurado o referido delito, a competência para determinar a expedição de mandado de prisão é exclusiva do Juiz que presidir o processo penal respectivo.

Prestação de informações pela autoridade impetrada às fls. 56/57.

Requerimento do Ministério Público Federal às fls. 64/66, solicitando a comprovação do ofício encaminhando ao MARE para liberação dos recursos necessários ao cumprimento da liminar concedida em sede do mandado de segurança que deu origem a este habeas corpus, bem como a comprovação do pedido de sustação da referida liminar, com o resultado do julgamento proferido, se for o caso.

Despacho às fls. 67 deferindo o requerimento.

Atendimento ao despacho pelo INSS, às fls. 68, juntando os documentos de fls. 69/76 Instado a se pronunciar, manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão da ordem, entendendo que, no caso em tela, a paciente não descumpriu arbitrariamente a ordem judicial. Deixou de cumpri-la, não dolosamente, mas em obediência aos procedimentos legais estabelecidos pelo Decreto nº 2.028/96, pela Portaria/MARE nº 1.526/97 e Memo-Circular DRH nº 049/98 para a liberação do pagamento determinado por medida judicial. Entendeu ainda que não houve desobediência ao dever jurídico, vez que não se poderia exigir da paciente conduta diversa da adotada. Acrescentou que estava caracterizada a atipicidade da conduta em tese praticada pela paciente, de modo

que impossibilitava a decretação de prisão, face à inocorrência de crime em tese, sem afastar, contudo, a remessa das peças ao órgão Ministerial para propositura de ação penal, caso verifique o MM. Juiz monocrático indícios de crime de prevaricação. É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ UBAIDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator): O impetrante pretende a concessão da ordem de habeas corpus preventivo visando a impedir que a autoridade apontada como coatora pratique qualquer ato que implique em constrangimento à liberdade de locomoção da paciente, tais como, instauração de inquérito policial, ação criminal, ou expedição de mandado de prisão.

Verifica-se nos autos que entre a data da decisão concessiva da liminar(17.10.97 - fls. 27) em sede do Mandado de Segurança nº 97.12071-6, que tramitou perante a 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, em que figuraram como impetrantes Antonio Fernando Dias da Nóbrega e outros, Procuradores do INSS, e como impetrada a Chefe da Divisão de Recursos Humanos daquela autarquia, ora paciente neste habeas corpus, e a data do despacho (17.12.98 - fls. 62v) que determinou o cumprimento pela autoridade impetrada da liminar no prazo de 20 (vinte) dias, sob pena de crime de desobediência, transcorreram 01 (um) ano e 02 (dois) meses sem que a mesma desse integral cumprimento àquela ordem judicial.

Ocorre que a paciente elaborou a escala de férias dos impetrantes conforme informação contida às fls. 39 dos autos e no que se refere a pagamento do abono de férias informou que já foi providenciada a liberação orçamentária, com a formalização do processo nº 35204.010503/98-12, em conformidade com o Memo-Circular DRH nº 049/98, e que eventual atraso no depósito das quantias devidas aos impetrantes se deve a observância dos procedimentos legais estabelecidos pelo Decreto nº 2.028/96, Portaria/MARE nº 1.526/97 e Memo-Circular DRH nº 049/98.

Constata-se, assim, que a paciente deixou de cumprir integralmente a decisão judicial, não porque desejasse assim proceder, mas sim porque extrapola a sua competência o pagamento do abono de férias, que, conforme já foi informado, exige um procedimento específico, cuja execução depende de autoridade hierarquicamente superior que procrastina a adoção das medidas necessárias ao seu cumprimento.

Deste modo, inexistente dolo na conduta praticada pela paciente, vez que a mesma não teve intenção alguma de desobedecer à ordem judicial.

É assente na doutrina e na jurisprudência que o crime de desobediência só pode ser cometido por particular ou por servidor público quando este não esteja no exercício de seu mister.

Qualquer pessoa, até mesmo o funcionário público que aja como particular, poderá ser sujeito ativo do crime de desobediência, tipificado no art. 328 do Código Penal (Celso Delmanto, Código Penal Comentado, Editora renovar, 1991, p. 498).

Este egrégio Tribunal assim já entendeu:

"Penal e Processual Penal. Habeas corpus. Funcionárias do INSS. Não cumprimento de decisão judicial para averbação de tempo de serviço. Coisa julgada. Limites. Crime de desobediência. Sujeito ativo. Decretação de prisão. Incompetência da Justiça do Trabalho.

1. (...)

2. O artigo 330 do Código Penal Brasileiro, onde se descreve o crime de desobediência, encontra-se inserto no Capítulo II, do Título XI, da Parte Especial, do CPB, pertinente aos 'aos crimes praticados por particular contra a administração em geral'. Os funcionários públicos não podem ser sujeitos ativos, salvo se estiverem atuando na condição de particulares, é dizer, fora do exercício de seus misteres legais.

3. (...)

4. (...)

5. (...)

6. (...)

7. Ordem de habeas corpus concedida (HC nº 869-CE, Relator: Juiz Magnus Augusto Costa Delgado (convocado), DJU: 21.08.98, p. 656).

Como vemos, embora o crime de desobediência esteja inserido no Título XI, Capítulo II, do Código Penal, que versa sobre os crimes praticados por particular contra a administração em geral, pode ser sujeito ativo do delito o servidor público, desde que a ordem recebida não diga respeito as suas funções, ou seja, que ele esteja na qualidade de cidadão.

Ademais, há de estar presente o dolo, para que o delito de desobediência se caracterize, ou seja, a vontade livre e consciente de desobedecer à ordem legal de quem tem o dever de cumpri-la.

Não obstante estar descaracterizado o crime de desobediência, poderá estar presente o delito de prevaricação.

Em face do exposto, concedo a ordem de habeas corpus, e determino que sejam trasladadas as peças necessárias ao Parquet para a instauração de ação penal, no caso de verificar o MM. Juiz monocrático indícios do cometimento do delito de prevaricação. É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 1.060-PE

Relatora: A SRA. JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI

Impetrante: CLEMENTE NESTOR TOLEDO

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA - PE

Paciente: ERALDO JOSÉ BARROS

EMENTA:

Processo Penal. Habeas corpus liberatório. Prisão preventiva. Fundamentação do decreto de prisão preventiva no curso da instrução criminal. Inexistência de excesso de prazo se encerrada a instrução. Diligências no prazo do art. 499 do CPP. Demora não atribuída à autoridade coatora. Habeas corpus denegado.

- Despacho de decretação da prisão preventiva no curso da instrução criminal prescinde de extensa descrição dos fatos, já demonstrada a periculosidade do acusado, sendo a materialidade e a autoria do delito incontestes, suficientemente fundamentado na necessidade da garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal.

- A realização de diligências requeridas nos prazos do art. 499 do CPP, já encerrada a instrução, não configura o excesso de prazo eventualmente verificado. Não pode ser considerada como demora atribuída à autoridade coatora o deferimento de diligências requeridas pelo Parquet.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 1060-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Juizes da Turma de Férias do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar o habeas corpus, nos termos do voto da Relatora e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas como de lei.

Recife, 26 de janeiro de 2000 (data do julgamento).

JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI - Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI: Clemente Nestor Toledo requereu habeas corpus liberatório em favor de Eraldo José Barros, que se encontra atualmente com prisão preventiva decretada pelo MM. Juiz da 13ª Vara Federal de Pernambuco. O paciente foi preso em flagrante delito no dia 8 de junho de 1999, quando praticava um assalto a mão armada, juntamente com um comparsa não identificado, apenas referido pela alcunha de DIJA, a um veículo da Caixa Econômica Federal, no momento em que eram transportados malotes contendo cheques do Banco de Brasil, Agência Imbiribeira, para a Caixa Econômica, Agência Cais do Apolo, ambas na cidade do Recife. Tudo ocorreu em plena via pública.

Após obrigarem o motorista do veículo da CEF, sob a mira das armas, a entregar a condução do mesmo, além de outros constrangimentos pessoais, os dois assaltantes acabaram sendo percebidos por Policiais Militares que passavam nas proximidades e conseguiram interceptá-los. Houve disparos de arma de fogo dos dois lados, tendo sido o paciente atingido no pé, ocasião em que foi preso. O comparsa conseguiu evadir-se, sempre atirando contra os policiais, inclusive atingindo o veículo destes. Ao lado do paciente foi encontrado um revólver calibre 38 com sinais de utilização recente.

Encaminhado o inquérito policial à Justiça, foi então denunciado como incurso nas penas do art. 157, parágrafo 2º, incisos I, II, III e V e art. 61, inciso II, alínea b do Código Penal, c/c o art. 10 da Lei 9.437/97. Recebida a denúncia, seguiu-se a ouvida de testemunhas arroladas pelo MPF. Nessa ocasião, a defesa requereu relaxamento da prisão em flagrante, anexando documentos sobre a conduta anterior do acusado. Ouvido, o MPF manifestou-se contrariamente ao pedido. Tendo em vista a Promoção Ministerial 767/99 (fls. 31/32), decretou o Juiz a quo a custódia preventiva, por despacho datado de 17 de agosto de 1999 (fls. 33). A instrução teve prosseguimento em tempo compatível e, no prazo do art. 499, o MPF requereu novas diligências consideradas indispensáveis à melhor elucidação do caso, as quais foram deferidas e realizadas.

Vem agora o impetrante requerer habeas corpus liberatório apresentando como razões para o seu pedido, objetivamente:

1) ausência de fundamentação no despacho de decretação da prisão preventiva e excesso de prazo da instrução criminal.

Com absoluta pertinência, o e. Juiz Napoleão Maia Filho proferiu decisão negativa de liminar (fls. 63/64).

A autoridade apontada como coatora, o MM. Juiz da 13ª Vara Federal de Pernambuco, apresentou informações extremamente detalhadas, anexando cópia de vasta documentação relativa à ação penal.

Já na condição de Relatora, abri vista ao Ministério Público Federal, que se manifestou através do Parecer 1454/99 (fls.96/105) pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA JUÍZA MARGARIDA CANTARELLI (Relatora): Trata-se de habeas corpus liberatório impetrado em favor de Eraldo José Barros, visando à revogação do decreto de prisão preventiva exarado pelo MM. Juiz da 13ª Vara Federal de Pernambuco na Ação Penal de nº 99.8827-1, onde o paciente está sendo processado por infração ao art. 157, parágrafo 2º, incisos I, II, III, V e art. 61, inciso II, alínea b do Código Penal, c/c o art.10 da Lei 9.437/97.

Alega o impetrante, objetivamente, dois pontos para lastrear o seu pedido:

1) ausência de fundamentação no despacho de decretação da prisão preventiva e 2)

excesso de prazo da instrução criminal.

Ressalte-se, inicialmente, que o delito praticado pelo acusado, ora paciente, é de máxima gravidade, tratando-se de assalto a mão armada a veículo que transportava valores entre Agências do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal, ambas na cidade do Recife. Perseguido, juntamente com o seu comparsa, reagiu com disparos de arma de fogo, saindo ferido o paciente e foragindo-se o outro, além das avarias causadas, constatadas na perícia, no veículo usado pelos policiais.

Examinando o primeiro argumento do impetrante, ou seja, falta de fundamentação no decreto de prisão preventiva (fls. 33), não vislumbro qualquer razão ao mesmo. O MM. Juiz da 13ª Vara já dispunha, constando dos autos, de provas da materialidade do crime e da sua autoria desde o auto de prisão em flagrante, acrescidas de todas as demais colhidas ao longo da instrução até o momento da decretação da prisão preventiva. Além do que a periculosidade do acusado é igualmente evidente, pois não bastasse a ousadia do delito praticado, reagiu a tiros à perseguição policial, só vindo a ser preso em flagrante em razão do ferimento sofrido no pé, o que o impossibilitou de locomover-se, não conseguindo o que o seu comparsa logrou, evadir-se e permanecer sequer identificado até o momento. A sua prisão, realmente, se faz necessária para garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal, como bem considerou o MM. Juiz a quo.

Os pressupostos do art. 312 do CPP estão suficientemente referidos no despacho de fls. 33.

Entendo que a fundamentação de que fala o art. 315 da lei adjetiva penal não significa largos e extensos relatórios, nem descrição minuciosa de fatos quando decretada no curso da instrução criminal, uma vez já se acham visíveis e inconteste os requisitos estabelecidos na lei, através das provas produzidas. Não se deve confundir a objetividade do despacho, neste caso inclusive invocando a promoção do MPF, com ausência de fundamentação. Esta não é a mera descrição ou repetição do óbvio, mas a indicação, dentre as múltiplas hipóteses previstas no art. 312 do CPP, de quais delas são aplicadas ao caso concreto.

Poderia admitir a necessidade de uma maior extensão na fundamentação do despacho, se a decretação da custódia preventiva ocorresse antes da ação penal, como permite o art. 311 do CPP, porque a subtração de fatos poderia dificultar o direito à ampla defesa que deve estar presente em todas as fases, desde a investigação, como uma garantia fundamental do cidadão.

O colendo Superior Tribunal de Justiça já se posicionara, dentro da mesma ótica aqui esposada, sobre o assunto em comento:

"EMENTA:

Processual Penal. Prisão Preventiva. Decretação.

- Não há ilegalidade na decretação da custódia preventiva, quando esta se reveste dos elementos necessários e fundamenta quantum satis a obrigatoriedade da medida.
- Não é necessário que o despacho que decreta a prisão preventiva seja extenso, ou que possua a minudência típica de uma sentença condenatória, bastando que aponte os indícios da autoria e da materialidade, além da imprescindibilidade da segregação do agente.
- Ordem denegada".

(STJ, 5ª Turma, HC nº 2289/93 - PB, DJ 07.03.94, p. 3668).

Quanto ao alegado excesso de prazo na instrução, igualmente não há que prevalecer, inclusive por já estar a mesma encerrada. Deve-se registrar que todos os atos processuais transcorreram dentro do tempo perfeitamente razoável, sem delongas injustificadas ou desnecessárias. O requerimento formulado pelo MPF, no prazo do art. 499 do CPP, é um permissivo da própria legislação adjetiva, não podendo ser considerado como prejudicial ao acusado. As diligências requeridas pelo Parquet tiveram

uma razão de ser, foram deferidas e realizadas, vindo os resultados da perícia trazer maiores esclarecimentos à verdade dos fatos. A autoridade apontada como coatora foi diligente, não se detectando qualquer morosidade descabida.

A Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça vem ao encontro do ponto de vista aqui esposado:

"Encerrada a instrução criminal fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo".

Como se depreende da documentação acostada aos autos, a ação penal já está na fase do art. 500 do CPP.

Pelo exposto, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 1.061-CE

Relator: O SR. JUIZ **UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE**

Impetrante: DR. SEBASTIÃO ALMEIDA CASTELO BRANCO

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA-CE

Paciente: FRANCISCO ANGELO DE FRANCESCO FILHO

EMENTA:

Habeas corpus. Lei nº 7.492/86, art. 16. Lei nº 1.521/51, art. 40, alínea a. Definição jurídica de conduta delituosa. Trancamento de ação penal. Anulação ab initio. Expedição de salvo-conduto. Inépcia da denúncia. Falta de justa causa. Falta de interesse da União. Erro na definição do tipo penal imputado ao paciente. Incompetência da Justiça Federal. Ausência de prova do direito pleiteando.

- Incabível a via heróica para definir conduta delituosa, a qual deverá ser caracterizada no julgamento da ação penal originária.

- Ausência de cópia do contrato social com o fim de demonstrar a natureza jurídica e a atividade operacional da empresa torna desprovido de prova o constrangimento ilegal apontado para a concessão do trancamento da ação principal.

- Habeas corpus denegado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Turma de Férias do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de habeas corpus, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 19 de janeiro de 2000 (data do julgamento).

JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTI: Cuidam os autos de habeas corpus preventivo, com pedido de liminar, impetrado em favor de Francisco Angelo de Francesco Filho, responsável pela empresa De Francesco Calçados Ltda. - Casas Venezas, pleiteando o trancamento da Ação Penal nº 93.0006132-1, sob a argüição de inépcia da denúncia, de falta de justa causa para a persecução penal, de falta de interesse processual da União, de erro na tipificação da conduta, ensejando a incompetência da Justiça Federal para julgar e processar crimes contra a economia popular.

A presente ação constitucional é oriunda da referida ação penal, que se encontra conclusa para sentença, na qual o paciente é acusado da prática do crime capitulado no art. 16 da Lei nº 7.492/86, por realizar operações financeiras com terceiros, cuja atividade

restringe-se na troca com recursos próprios, em nome da empresa De Francesco Calçados Ltda. - Casas Venezas, de cheques pré-datados, com um deságio de 83,34% ao mês, sem autorização do Banco Central.

Foram juntados aos autos os documentos relacionados na exordial (fls. 24).

A liminar foi indeferida, conforme despacho de fls. 96/97, por não se encontrarem presentes os requisitos exigidos para sua concessão.

Ademais, ficou ressaltado no despacho liminar que o comando repressivo inserto no art. 16 da Lei nº 7.492/86 destina-se precipuamente às empresas que não estão enquadradas como instituição financeira e, sem a devida autorização, agem como tal.

E, ainda, no despacho supra, salientei que o próprio impetrante citou no petítório a conclusão do laudo pericial no sentido de que os recursos utilizados nos empréstimos eram parte do Capital de Giro Próprio da empresa De Francesco Calçados Ltda., deduzindo-se que outra parte não é recurso próprio (se não é próprio, é de terceiros).

Caso a conclusão do laudo pericial afirmasse ser próprio todo o recurso financeiro, e não apenas parte dele, poder-se-ia admitir, neste ponto, plausibilidade jurídica na alegação de ausência de justa causa, porém não é esta a hipótese.

A autoridade judiciária impetrada prestou informações às fls. 98/99.

O Representante do Ministério Público Federal ofereceu parecer às fls. 106/113, opinando pela denegação da ordem, cuja ementa tem os seguintes termos:

"Penal. Processual Penal. Habeas corpus. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Competência da Justiça Federal. Trancamento da ação penal. Denegação.

- Concessão de empréstimos mediante cobrança de juros é operação típica de instituição financeira. O administrador de empresa que, sem a devida autorização, pratica este tipo de atividade, comete crime contra o Sistema Financeiro Nacional, cujo processo e julgamento é da competência da Justiça Federal. Inteligência dos arts. 16, 25 e 26 da Lei nº 7.492, de 16.06.86.

- Não é admissível o trancamento da ação penal, por meio de habeas corpus, quando o impetrante admite ser o paciente responsável pelos fatos a ele imputados e não demonstra, de plano, que não constituem crime.

- Pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator): O Ministério Público Federal denunciou o paciente pela prática do crime previsto no art. 16 da Lei nº 7.492/86, tendo em vista a realização de operações financeiras efetuadas, em nome da empresa que é responsável - De Francesco Calçados Ltda. - Casas Venezas -, cuja atividade restringe-se à troca de cheques pré-datados por dinheiro, com um deságio de 83,34% ao mês, descontados após trinta dias da realização da operação, sem autorização do Banco Central.

Sustenta o impetrante que a referida empresa não tem o mesmo caráter das pessoas jurídicas ou privadas que integram o Sistema Financeiro Nacional e não equipara-se a ele. Estando, portanto, fora do elenco administrativo dele.

Alega, ainda, o impetrante que a atividade operacional da De Francesco Calçados Ltda. não causou lesões a bens, interesses ou serviços da União, e que a conduta do paciente não se enquadra no tipo penal inserido no art. 16 da Lei nº 7.492/86 (Crime contra o Sistema Financeiro Nacional), mas no delito definido na alínea a do art. 40 da Lei nº 1.521/51 (Crime contra a Economia Popular). Sendo, portanto, competente para processar e julgar a ação penal originária a Justiça Estadual (Súmula nº 498 STF) e não a Justiça Federal.

Justificando suas alegações, o impetrante traz à luz colação de vários arestos proferidos

pelo Superior Tribunal de Justiça que proclamam que a conduta delituosa em epígrafe é tipificada como crime de USURA previsto na letra a do art. 40 da Lei nº 1.521/51.

Por outro lado, o Representante do Ministério Público Federal, no seu opinatório, afirma que a conduta do paciente enquadra-se no tipo penal contido no art. 16 da Lei nº 7.492/86, eis que o dispositivo legal atinge os responsáveis de empresas que não estão classificadas como instituição financeira, mas operam como se assim fossem, sem autorização do Banco Central, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, lesando a política econômica do Governo, sendo a Justiça Federal o órgão judicante competente para apreciar e julgar a demanda principal. Fundamentando seu posicionamento, transcreve alguns julgados prolatados por Tribunais Regionais e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Analisando os autos, observo que o cerne da questão para obtenção da concessão ou não do writ está na definição jurídica a ser dada à conduta do paciente quanto à prática do ato delituoso, em nome da empresa De Francesco Calçados Ltda., na qual é responsável, de troca de cheques pré-datados por dinheiro, com juros de 83,34% ao mês, para serem descontados após trinta dias da realização da operação financeira, ultrapassando, portanto, os limites legais, sem autorização do Banco Central.

No despacho proferido às fls. 96 dos autos, rejeitando a liminar requerida, posicionei-me de acordo com o entendimento ministerial.

Porém, analisando os autos, para adiante decidir, observo que a classificação da referida empresa como instituição financeira ou não é divergente entre os Tribunais.

Ademais, nota-se que o presente writ é carecedor de elementos convincentes sobre a atividade operacional da De Francesco Calçados Ltda., como, por exemplo, o contrato social da mesma.

Ante a carência do elemento supra, torna-se inadmissível obter um convencimento da inexistência de justa causa para a imputação feita ao paciente pelo órgão ministerial na demanda criminal originária.

Ressalta-se, argumentadum tantum, que, caso o Julgador de primeiro grau, ao proferir sua decisão final na ação penal referida, enquadre a conduta do paciente no tipo descrito na alínea a do art. 40 da Lei nº 1.521/51, cuja pena máxima cominada é de dois anos de detenção, mais branda que a prevista para o crime do art. 16 da Lei nº 7.492/86, ocorrerá a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa, nos termos do inc. V do art. 109 do Código Penal, devido à data em que foi recebida a denúncia (25.05.94 - fls. 95).

Com o fim de justificar a exegese acima proferida, transcrevo os dispositivos legais objeto da presente ação constitucional:

A Lei nº 7.492/86, art. 16, dispõe:

"Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:

Pena - Reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa".

E a alínea a do art. 4º da Lei nº 1.521, de 26.12.51, preceitua:

"Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando;

a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro, superiores à taxa permitida por lei;

cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira;

ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição de crédito;

b) omissis.

Pena - Detenção, de 6 meses a 2 anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros".

Adentrando na natureza da presente ação constitucional, é sabido que a mesma possui

rito sumário e que, dentre as condições para propositura da presente ação constitucional, temos a pré-constituição das provas líquidas e certas para o deferimento do direito pretendido, uma vez que nesta via heróica não há lugar para dilação probatória. Ausente elementos convincentes que corroborem para uma certeza quanto à definição jurídica do tipo penal argüido pelas partes litigantes, torna-se difícil uma conclusão no tocante à competência do órgão judicante para apreciar a conduta delituosa em tela, bem como a falta de justa causa para a propositura da ação principal. Quanto à inépcia da denúncia, improcede essa assertiva que tem natureza liminar e que deveria ser argüida na ação penal proposta contra o paciente e não como causa de pedir nesta demanda heróica. E, mesmo que fosse possível, averigua-se que aquela peça processual preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal Brasileiro. Isto posto, mantenho a liminar indeferida e, no mérito, entendo não estar provada a pretensão do paciente, denego a ordem de habeas corpus. É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 1.068-PE

Relator: O SR. JUIZ **GERALDO APOLIANO**

Impetrante: DRA. MARIA CECÍLIA FAGUNDES DE MELO

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA - PE

Paciente: DILMAR SILVA DE FREITAS

EMENTA:

Penal. Constitucional. Habeas corpus. Paciente condenado e processado em outro crime. Excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal. Alegado impedimento à progressão de regime prisional menos rigoroso. Inexistência. Súmula 52 do STJ. Arts. 111 e 118 da Lei nº 7.210/84. Ordem denegada.

1. A argüição de excesso de prazo não merece prosperar, se já foi encerrada a instrução criminal, a teor da Súmula 52 do STJ.

2. Paciente que já se encontra cumprindo pena, não havendo, pois, qualquer plausibilidade na invocação de que estaria a sofrer qualquer espécie de lesão à sua liberdade por conta da eventual demora na prolação da sentença.

3. A Lei das Execuções Penais (Lei nº 7.210/84) não faz qualquer referência ao cometimento de outro crime como causa bastante para que se negue a progressão para regime prisional menos rigoroso.

4. Por sinal, os arts. 111 e 118 asseveram que somente a condenação por crime anterior, ou o cometimento de crime doloso posterior, poderão ensejar a regressão para regime mais rigoroso.

5. Inexistência de lesão à liberdade deambulatoria (the power of locomotion) do paciente. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, entre as partes acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de habeas corpus, nos termos do relatório, voto do Juiz Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 17 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

JUIZ GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO: Cuida-se de habeas corpus agitado em favor de Dilmar Silva de Freitas, condenado a 9 (nove) anos e 2 (dois) meses de reclusão, dando-o como incurso nas penas do art. 157, § 2º, c/c 288 do Código Penal. Sustenta que, em face da demora para a conclusão de outro processo em que figura como acusado, vem sofrendo incomensuráveis prejuízos, haja vista que está a pleitear a progressão para um regime prisional menos rigoroso. Acrescenta que, à vista do alegado "excesso de prazo" nesse outro processo, vem encontrando dificuldades para o deferimento do benefício. Atempadamente ofertadas, as informações sustentam estarem os autos conclusos para a sentença e que não há motivo para se invocar qualquer dano à liberdade do paciente. A Procuradoria Regional da República apresentou o parecer de fls. 18/21, cuja ementa se acha vazada nos seguintes termos:

"EMENTA:

Processo Penal. Habeas corpus liberatório. Constrangimento ilegal não configurado. Entendimento da Súmula nº 52 do STJ. Inadmissibilidade.

- Não se configura constrangimento ilegal a dilação de prazo para conclusão da ação penal pelo juiz sentenciante, uma vez que encerrada a instrução criminal. Precedentes: Súmula 52 do STJ. Denegação da ordem, pelo que se opina".
É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): Não merece prosperar a postulação contida na peça póstica.

Tudo gravita em derredor do excesso de prazo na conclusão da instrução penal em outro processo em que o paciente figura como acusado, o que estaria a impedir o impetrante de galgar a progressão para um regime prisional de rigor mais brando.

Dous motivos, data venia dos pensamentos opostos, militam em desfavor da tese aviltada pelo impetrante. Primeiro, atinente ao fim da instrução penal, que, a teor do enunciado nº 52 do colendo Superior Tribunal de Justiça, descaracterizaria o alegado excesso de prazo;

segundo, que diz respeito à inexistência de qualquer prejuízo à liberdade deambulatória do paciente, à vista de que, o tão-só fato de estar sendo processado novamente, nenhum óbice carregaria à concessão do benefício requestado, ex vi do disposto nos artigos 111 e 118 da Lei de Execuções Penais.

Cumprir lembrar, a propósito, a Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça, verbis: "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo".

E no decisum a seguir reproduzido se lê:

"Encerrada a Instrução criminal, cessa a causa de ilegalidade por excesso de prazo para a sua conclusão". (RT 694/382)

No caso sob exame, o paciente já se encontra cumprindo pena, não havendo, assim, qualquer plausibilidade na afirmativa de que estaria a sofrer qualquer espécie de lesão à sua liberdade decorrente da demora na prolação da sentença.

Outra nuance que se me afigura relevante para que se denegue a ordem advém do disposto na Lei das Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), que não faz qualquer referência ao cometimento de crime anterior como causa bastante a que se negue a progressão, como se pode inferir dos arts. 111 e 118 do suscitado diploma, verbis:

"Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou da unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição". (Grifei).

Isso demonstra, de forma hialina, que somente em face de nova condenação é que se estipulará o novo regime prisional, podendo resultar, tal fato, até mesmo em regressão para regime mais rigoroso, não existindo, portanto, qualquer prejuízo ao réu que, condenado preteritamente, e tendo cometido outro crime, ainda não se viu julgado definitivamente.

Por sua vez, o art. 118 da citada lei preconiza:

"Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime". (Grifei).

Ressai do exposto que as arguições do impetrante não merecem acolhimento. O cometimento de crime doloso posterior ou, distintamente, a condenação por crime anteriormente praticado, poderão não somente dificultar (como se alega) o acesso a regime menos rigoroso, corno provocar, inclusive, a regressão do apenado para um de mais aprimorado rigor.

Dessa maneira, não se vislumbra qualquer restrição à liberdade deambulatoria (the power of locomotion) do paciente, passível de ser hostilizada pela via magna do habeas corpus.

Forte nessas razões, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 1.072-RN

Relator: O SR. JUIZ **RIDALVO COSTA**

Impetrante: DR. ANCHIETA COSTA LIMA

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA - RN

Paciente: AURIMÁRIO PEREIRA DA SILVA (RÉU PRESO)

EMENTA:

Processual Penal. Habeas corpus. Pleito mandamental anteriormente denegado. Repetição. Ausência de novos elementos de convencimento. Não conhecimento. Excesso de prazo prisional. Demora na instrução processual imputável à defesa. Constrangimento ilegal. Inexistência.

Não deve ser conhecido o habeas corpus na parte em que se limita, sem trazer quaisquer novos elementos de convencimento, a repetir pleito mandamental anteriormente denegado.

Inexiste constrangimento ilegal no excesso de prazo prisional decorrente de demora na instrução processual imputável à defesa (Súmula nº 64 do col. STJ).

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, não conhecer, em parte, do habeas corpus e denegar o pedido no restante, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 9 de março de 2000 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: Anchieta Costa Lima impetra habeas corpus em favor de Aurimário Pereira da Silva contra ato do MM. Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte que indeferiu pleito de revogação da prisão preventiva do paciente.

Alega o impetrante que a prisão preventiva do paciente, acusado da conduta delituosa tipificada nos arts. 288, parágrafo único, 329 e 69 do CP, foi inicialmente decretada pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Assu - RN, o qual, posteriormente, considerou-se incompetente para processar e julgar o feito por figurar entre os delitos conexos praticados pelo paciente e outros denunciado crime de roubo praticado contra agência de empresa pública federal (ECT), suficiente para firmar a competência da Justiça Federal para a apreciação da causa.

Sustenta a nulidade da manutenção da prisão preventiva decretada por juízo incompetente, levada a termo pela autoridade judicial impetrada, bem como a ausência dos requisitos essenciais à decretação da medida enclausuradora excepcional, por ser o paciente de bons antecedentes, ter residência certa e profissão definida, oferecendo a garantia de permanecer no distrito da culpa, e não haver provas ou indícios de se cuidar de pessoa perigosa.

Alega ainda a configuração de excesso de prazo na sua prisão, que foi decretada pelo Juízo de Direito da Comarca de Assu/RN em 26.07.99.

Quando da análise do pleito liminar, deixei de apreciar o fundamento de nulidade da convalidação do decreto de prisão, por já ter sido ele objeto do HC nº 1.049 - RN, denegado por esta Turma Recursal, tendo reservado-me para examinar a alegação de excesso de prazo após as informações da autoridade impetrada.

A autoridade impetrada prestou suas informações às fls. 48/63.

O d. MPF apresentou seu parecer às fls. 65/72, opinando, em preliminar, pelo chamamento do feito à ordem e apreciação do pedido liminar, e, no mérito, pela denegação do habeas corpus por ser o excesso de prazo na conclusão da instrução processual imputável à defesa.

Às fls. 91/93, acatando a preliminar levantada pelo MPF, chamei o feito à ordem, indeferindo o pleito liminar no que pertine ao seu segundo fundamento (excesso de prazo).

Em seguida, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): Inicialmente, o impetrante desta ação mandamental impetrou anteriormente o HC nº 1.049 - RN, tendo os mesmos paciente e impetrado deste processo e atacando o mesmo ato coator, com fulcro na alegação de nulidade da convalidação pela autoridade impetrada do decreto prisional prolatado por Juízo incompetente, o qual foi denegado à unanimidade pela eg. 3ª Turma desta Corte. No presente habeas corpus, limita-se o Impetrante a reproduzir com relação a esse fundamento as mesmas alegações já rejeitadas naquele writ, sem trazer quaisquer novos elementos de convencimento ao exame deste Órgão Julgador, razão pela qual não deve ser conhecido o seu pedido nessa parte.

No que pertine à alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo na instrução processual, as informações prestadas pela autoridade impetrada demonstraram, claramente, que a complexidade do processo, motivada pelo número de réus e de testemunhas de defesa, estas a serem ouvidas em comarcas distantes da cidade de Natal, são os fatores responsáveis pela demora na conclusão da instrução, tendo para tal, ainda, contribuído o patrono do paciente àquela época que, apesar de presente no interrogatório do mesmo, teve que ser intimado por carta pecatória para apresentar a defesa prévia.

Ressalte-se, ademais, que o Juízo impetrado, como demonstra o quadro de movimentação processual de fls. 48/49, tem agido com presteza e diligência no impulsionamento do processo.

Entendo que, nessa hipótese, não há que se falar em desídia da autoridade impetrada na condução da instrução do processo que pudesse caracterizar excesso ilegal de prazo na conclusão desta, cuja demora advém da própria complexidade da causa, a demandar diligências instrutórias em comarcas distantes, inclusive no interesse e proveito da própria defesa.

Creio, desse modo, que o excesso de prazo na conclusão da instrução processual é imputável à própria defesa, não restando, assim, caracterizado o constrangimento ilegal alegado, na forma da Súmula nº 64 do col. STJ.

Ante o exposto, não conheço do habeas corpus no que concerne à alegação de nulidade da convalidação do decreto prisional e denego o pedido no restante.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 1.078-PE

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**

Impetrantes: DRS. GILBERTO QUINTINO DE SANTANA E OUTROS

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA - PE

Paciente: SUZANA SILVA CARNEIRO DE ALBUQUERQUE

EMENTA:

Direito Processual Penal. Habeas corpus preventivo. Execução imediata da sentença. Impossibilidade. Duplo grau de jurisdição obrigatório. Estipulação de pena de prisão. Coação ilegal.

1. De acordo com a nova redação conferida ao art. 20-B da Lei nº 9.494/97 pela Medida Provisória nº 1.798-3/99 e suas reedições, não é possível executar-se comando sentencial pertinente à extensão de vantagens pecuniárias aos servidores públicos, inclusive aos que componham o quadro de pessoal das autarquias, antes do seu trânsito em julgado.

2. Assim sendo, há de ser considerado arbitrário o decisum que determine a incidência imediata de vantagem pecuniária sobre os vencimentos de servidores autárquicos, sob pena de prisão, quando tal comando, além de não se encontrar albergado pelo manto da coisa julgada, isto em virtude do duplo grau de jurisdição obrigatório, consagrado pela Lei nº 9.469/97, contenha a estipulação imprópria, por autoridade investida de jurisdição cível, de pena tão severa, aplicável em face da configuração de ilícito penal cujo processamento e julgamento apenas pode ser desenvolvido por quem detenha, por óbvio, jurisdição criminal.

3. Ordem de habeas corpus concedida, com fulcro no art. 648, III, do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus, nos termos do relatório, do voto do Juiz Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 1º de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Trata-se de habeas corpus preventivo, com pedido de liminar, impetrado pelo Dr. Gilberto Quintino de Santana, Procurador do Instituto Nacional

do Seguro Social - INSS/PE, em favor de Suzana Silva Carneiro de Albuquerque, Chefe da Divisão de Recursos Humanos do INSS em Pernambuco, contra ato emanado do MM. Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco que, ao Julgar o Mandado de Segurança nº 98.17576-8, determinara o cumprimento incontinenti do comando sentencial, sob pena de prisão.

O impetrante pugna pelo reconhecimento da ilegalidade do ato atacado, aludindo às disposições ínsitas na Medida Provisória nº 1.798-3, de 08.04.99, cujo conteúdo versa sobre a impossibilidade de execução de sentença pertinente à extensão de vantagens pecuniárias, aos servidores públicos, antes do seu trânsito em julgado que, in casu, somente ocorreria após a sua apreciação pelo órgão ad quem, em virtude do duplo grau de jurisdição obrigatório.

Deferida a liminar pleiteada, fora expedido o competente salvo-conduto.

O Parquet Federal, instado a manifestar-se como custos legis, opinara pela concessão definitiva da ordem de habeas corpus por considerar concreta a presença da coação ilegal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): O presente writ, impetrado contra ato do MM. Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, diz respeito à temática alusiva à execução de sentenças pertinentes à concessão de vantagens pecuniárias aos servidores do quadro das pessoas jurídicas de direito público, pessoas estas contempladas no art. 2º-B da Lei nº 9.494/97, cuja redação fora determinada pela Medida Provisória de nº 1.798-3, de 08.04.99, e suas reedições.

Tal dispositivo legal supracitado dispõe, in verbis:

"Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado". (Grifo nosso).

Diante do exposto, não há como olvidar da impossibilidade da imediata execução do julgado, sobremaneira diante da obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, tendo em vista a edição da MP nº 1.561, de 15 de maio de 1997, convertida na Lei nº 9.469/97, que estendeu às autarquias federais as prerrogativas dispostas nos arts. 188 e 475, caput e inciso II, do CPC.

Assim sendo, a ausência de implantação imediata, como determinado pela autoridade coatora, da vantagem pecuniária denominada de representação mensal, não se caracteriza como desobediência, mas sim como exercício legítimo da função administrativa, norteadada pelo princípio da legalidade.

Ora, a ameaça de constrangimento à liberdade de locomoção da paciente, determinada através de provimento contrário ao direito positivo vigente, apenas pode ser vislumbrada sob a pecha da ilegalidade.

Ilegalidade, prima facie, porquanto se trata de penalidade estipulada em face do exercício da jurisdição cível e fora dos casos em que subsiste a previsão legal para tanto, a exemplo dos casos dos devedores de pensão alimentícia e dos depositários infielis. Secundum, porque justificada, como se vislumbra dos esclarecimentos postos às fls. 54, na ocorrência de fato típico previsto na Lei Substantiva Penal, qual seja, o ilícito de desobediência, sem que fosse precedida do procedimento adequado a englobar o processamento e o julgamento pelo Juízo Criminal, procedimento este sim, se pudesse ser cogitada a configuração da infração, que poderia ser desencadeado pelo Magistrado, através da comunicação dos fatos ao titular do dominus litis.

Destarte, vislumbro inafastável a conclusão acerca da inadmissibilidade da determinação do cumprimento, incontinenti, de tal ordem judicial ainda não albergada pelo manto da coisa julgada, a qual, sobretudo, reveste-se de arbitrariedade em virtude da flagrante ilegalidade da ameaça de restrição à liberdade de locomoção da paciente.

Isto posto, concedo em definitivo a ordem de habeas corpus, com fulcro no art. 648, III, da Lei Adjetiva Penal.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 1.080-RN

Relator: O SR. JUIZ **NEREU SANTOS**

Impetrante: DR. LITIO TADEU COSTA RODRIGUES DOS SANTOS

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA - RN

Pacientes: ERIBERTO DE AMARANTE, PLÍNIO TAVARES DE MIRANDA E SERGIO DO NASCIMENTO MARINHO

EMENTA:

Penal e Processual Penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência de pressupostos para sua decretação. Concessão da ordem.

- A existência de inquéritos anteriormente instaurados contra os pacientes não é circunstância suficiente para indicar que possam vir a praticar novos delitos, caso sejam postos em liberdade.

- Já tendo um dos pacientes sido posto em liberdade, não se justifica a manutenção dos demais pacientes em custódia, quando o fato que está sendo apurado foi praticado em co-autoria,

- A prisão preventiva é uma medida que só deve ser utilizada quando se apresenta ao julgador fortes razões para a sua decretação.

- Ordem que se concede.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus em epígrafe, 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 dezembro de 1999 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: Cuida-se de habeas corpus liberatório impetrado pelo advogado Lídio Tadeu Costa Rodrigues dos Santos, em favor dos pacientes Eriberto de Amarante, Plínio Tavares de Miranda e Sérgio do Nascimento, que foram presos em flagrante pela prática do crime previsto no artigo 312 do Código Penal, tendo sido, posteriormente, decretada a prisão preventiva dos mesmos pelo MM. Juiz Federal da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, apontada, neste writ, como autoridade coatora.

No decreto preventivo, imputa-se aos indiciados o fato de "terem desviado da agência dos Correios correspondência contendo cinco cartões de crédito pertencentes a terceiros", condutas estas que estariam tipificadas no artigo 312 do Código Penal.

Alegou o douto Juiz Federal, na decisão que decretou a custódia dos pacientes, que estes já haviam praticado outros delitos que foram objeto da instauração de procedimentos criminais e, apesar disto, voltaram novamente a delinquir.

A medida preventiva em comento foi decretada com supedâneo no artigo 312 do Código de Processo Penal, objetivando a garantia da ordem pública e com o fito de evitar que os então indiciados viessem a praticar novos delitos.

Negada a liminar pleiteada, foi oficiado ao douto Magistrado, apontado como autoridade coatora que, por intermédio da Juíza Substituta, Dra. Ana Cecília Mendonça de Souza, prestou as devidas informações, que se encontram anexadas aos presentes autos.

No ofício informativo, esclareceu a sua digna subscritora que o paciente Sérgio do Nascimento foi posto em liberdade ao entendimento de que este era possuidor de bons antecedentes, exerce profissão definida, desde que funcionário dos Correios e possui, evidentemente, endereço certo.

Com referência, todavia, aos demais pacientes, foi mantido o decreto preventivo, reafirmando os fundamentos já anteriormente invocados por ocasião de sua prolação.

Ficou esclarecido, ademais, que em data de 16 de novembro último, o representante do Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra todos os pacientes, agora acusados. A eminente Procuradora Regional da República, Dra. Isabel da Câmara Lima, ofereceu parecer, onde analisa o caso sob exame, entendendo que deva ser declarada a perda de objeto do pedido no que se refere ao paciente Sérgio do Nascimento Marinho, desde que a sua prisão já foi revogada e, quanto aos outros pacientes, pugna pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): Como se observa, os pacientes foram presos em flagrante, no dia 28 de outubro deste ano, na cidade de Natal, no Rio Grande do Norte, em razão de desvio fraudulento de cartões de crédito da empresa American Express.

Na verdade, os pacientes Eriberto de Amarante e Plínio Tavares de Miranda encontram-se atualmente presos, por conta do decreto de prisão preventiva, subscrito pelo MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.

Verifica-se, ainda, pelas informações que foram prestadas, que o Ministério Público Federal já ofereceu denúncia, tendo esta sido recebida.

Desta forma, encontra-se prejudicado, neste habeas corpus, o exame de possível irregularidade que pudesse existir no inquérito policial, inclusive quanto à alegada demora na sua conclusão.

Resta, portanto, o exame da legalidade da decretação da prisão preventiva imposta aos pacientes e do pedido de soltura dos ora acusados.

O douto prolator do ato de custódia preventiva fundamentou o seu decisum no fato de que os pacientes já haviam praticado, anteriormente, outros atos delituosos em razão dos quais foram instaurados procedimentos investigatórios.

No caso dos pacientes que ainda se encontram presos, há notícia de que já haviam praticado fatos semelhantes aos referidos no presente habeas corpus, ou seja, a utilização fraudulenta de cartões de crédito.

Por conta disto foi que a autoridade coatora demonstrou, no decreto preventivo, o seu receio de que os pacientes venham a praticar novos delitos, caso postos em liberdade, mantendo, assim, a prisão anteriormente decretada.

Estabelece o artigo 312 do Código de Processo Penal que:

"A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria".

No caso sub examine, a prisão preventiva foi decretada como garantia da ordem pública, entendendo o MM. Juiz prolator da medida que os pacientes, caso postos em liberdade,

poderiam voltar a praticar novos delitos, o que se depreendia da instauração, anteriormente, de procedimentos criminais contra os mesmos, pela prática de outros delitos.

Para uma melhor compreensão dos fatos atribuídos aos pacientes, já denunciados, destaco excerto do depoimento prestado pela acusado Eriberto de Amarante, por ocasião de sua prisão preventiva, quando declarou:

"Que, ao receber a correspondência endereçada a Plínio Tavares de Miranda, o interrogado e seu comparsa foram abordados por uma equipe de Policiais Federais que, após identificarem-se, indagaram a quem pertencia realmente a correspondência, tendo respondido que a mesma lhe pertencia, apesar de estar em nome de Plínio Tavares de Miranda e que continha cartões de crédito da American Express; que, a correspondência recebida foi enviada pelo empregado dos Correios Sérgio do Nascimento Marinho, pessoa aqui presente; que, o interrogado pagaria pelos cartões de crédito a importância de R\$ 500,00 (quinhentos reais); que, citados cartões de crédito serviriam para efetuar compras no comércio de Natal; que, com os endereços constantes das correspondências dos destinatários dos cartões de crédito, o interrogado conseguiria o telefone dos mesmos através do 102 (Auxílio à Lista) e, em seguida, ligaria para os mesmos, passando-se por um suposto funcionário da American Express e colheria seus dados cadastrais para o desbloqueio do cartão; que, com o desbloqueio do cartão, o interrogado passaria a efetuar compras no comércio de Natal; que, há cinco meses o interrogado vem recebendo cartões de crédito da American Express, enviados pelo funcionário dos Correios Sérgio do Nascimento Marinho..." (fls. 19 a 20).

É sabido que o habeas corpus não é o meio próprio para a análise aprofundada de prova porventura existente no processo, o que, de resto, não se verifica na hipótese sob exame, desde que a ação penal movida pela Justiça Federal contra os pacientes, como se deduz das informações prestadas pela autoridade coatora, encontra-se no seu início com o recebimento da denúncia. No caso, a referência feita às declarações de um dos pacientes, por ocasião da prisão em flagrante, justifica-se, apenas, para melhor compreensão dos fatos.

Na verdade, a tentativa de utilização dos cartões de crédito da empresa American Express só seria possível com a participação do funcionário dos Correios, desde que este era quem tinha acesso às correspondências. Tudo indica, portanto, que se trata, na espécie, da existência de uma co-autoria para a realização da conduta criminosa. Nas informações prestadas pela digna Juíza, que exerce sua jurisdição no processo, esclareceu esta que:

"Ao receber a denúncia, no dia 16 de novembro do ano corrente, mantive a custódia preventiva de Eriberto do Amarante e de Plínio Tavares de Miranda, liberando, no entanto, Sérgio do Nascimento Marinho, em virtude de este possuir bons antecedentes, ter profissão definida, já que funcionário dos Correios, e endereço certo. Quanto aos dois primeiros, além da presença dos demais requisitos ensejadores da decretação da custódia preventiva, impressionou-me o fato de eles já terem praticado anteriormente o mesmo comportamento reprovável: desvio de cartões de crédito, o que corrobora os fundamentos excogitados pelo MM. Juiz Edilson Pereira Júnior ao decretar a preventiva. Com efeito, se mesmo respondendo a inquérito policial, voltaram aqueles dois acusados a reiterar conduta delituosa idêntica, demonstrando, assim, não terem qualquer receio do jus puniendi do Estado, bem como uma personalidade voltada para o crime, é certo que, se forem libertados, retomarão à prática delituosa, pondo em perigo a ordem social". (Fls. 66).

Observo, todavia, que, na realização do fato criminoso referido neste habeas corpus, foi peça imprescindível a participação do funcionário dos Correios, isto é, o paciente Sérgio do Nascimento Marinho, que era responsável pela entrega da correspondência que

continha os cartões de crédito. Ele mesmo se encontrava na mesma situação dos demais acusados, pois existia a informação de que havia praticado outro delito, objeto de instauração de um inquérito policial, embora a certidão anexada aos autos informe que não existe nenhum feito distribuído contra o mencionado Sérgio do Nascimento Marinho, o que não ocorre com os outros dois acusados, posto que ficou comprovada a existência de outros inquéritos distribuídos (fls. 50 a 52).

Os pacientes Eriberto de Amarante e Plínio Tavares de Miranda fizeram juntar ao pedido de habeas corpus documentos que pretendem demonstrar a existência de endereços certos de residência (contas de energia), em nomes de familiares. O paciente Eriberto de Amarante fez anexar declaração de um escritório de contabilidade, afirmando que o mesmo é comerciante e que percebe mensalmente a quantia de R\$ 300,00 (trezentos reais), enquanto que o paciente Plínio Tavares de Miranda juntou aos autos uma declaração de matrícula no 2º semestre do ano letivo de 1999 de uma entidade de ensino denominada Instituto Ary Parreiras (fls. 46).

Entendo que a prisão preventiva é uma medida que só deve ser utilizada quando se apresenta ao julgador fortes razões para a sua decretação.

No caso, os pacientes que ainda se encontram presos, embora existam contra estes inquéritos anteriormente instaurados, esta circunstância isoladamente não me parece suficiente para indicar que possam vir a praticar novos delitos, caso sejam postos em liberdade.

Por outro lado, existem elementos nos autos que demonstram possuírem endereços certos e que não são vadios.

Acresce, ademais, que o paciente, de nome Sérgio do Nascimento Marinho, já foi posto em liberdade, não se justificando, assim, a manutenção dos demais pacientes em custódia, quando o fato que está sendo apurado foi praticado em co-autoria.

Com estas considerações, concedo a ordem para determinar que os pacientes sejam postos em liberdade, se por outro motivo não estiverem presos.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 1082-PE

Relator: O SR. JUIZ GERALDO APOLIANO
Impetrantes: DRS. BÓRIS TRINDADE E OUTROS
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA - PE
Paciente: ROSA GOMES DE SÁ

EMENTA:

Penal. Constitucional. Habeas corpus. Prisão preventiva. Necessidade de fundamentação. Crime afiançável. Fuga do distrito da culpa. Possibilidade de basear-se o decreto de prisão cautelar nos argumentos colacionados pelo Ministério Público. Subsistência dos motivos. Ordem denegada.

1. Não se deve interpretar a "necessidade de fundamentação", como algo que tenha, necessariamente, que ser extenso, minucioso. Não é essencial que o magistrado esmiúce ponto a ponto, fato a fato, para que sua decisão seja considerada válida, mas sim que consiga, através do conjunto argumentativo que desenvolva, demonstrar a presença dos requisitos exigidos pela lei como necessários à prisão preventiva.
2. Pode o magistrado adotar como razões de decidir os argumentos expendidos pelo Ministério Público.
3. O fato de o crime ser afiançável não impede que a prisão preventiva seja decretada, máxime quando o próprio Código de Processo Penal determina que, desde que presentes os motivos para a decretação da prisão preventiva, não se concederá a fiança.
4. Paciente que, ao evadir-se do distrito da culpa, deixou transparecer a sua intenção de

obstaculizar a persecução penal. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, entre as partes acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de habeas corpus, nos termos do relatório, voto do Juiz Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 17 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

JUIZ GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO: Cuida-se de habeas corpus agitado em favor de Rosa Gomes de Sá, que teve a sua prisão decretada pelo perillustre Juiz da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, dando-se-a como incursa nas penas do art. 312, § 3º, do Código Penal.

Fulcra-se o pedido em suposta "ausência de fundamentação" na decisão que decretou a prisão preventiva da paciente;

diz-se, também, que, em sendo afiançável o ilícito, não caberia a prisão cautelar.

Atempadamente ofertadas, as informações sustentam não haver plausibilidade nas invocações da paciente, porquanto é possível arrimar-se a decretação da prisão preventiva, nos argumentos expendidos pelo Ministério Público, e que subsistem os motivos para que seja mantida.

A Procuradoria Regional da República apresentou o parecer de fls. 18/21, cuja ementa se acha vazada nos seguintes termos:

"EMENTA:

Processual Penal. Habeas corpus. Crime contra a Previdência Social. Prisão preventiva.

- O decreto de prisão preventiva tem como pressuposto lógico necessário à sua decretação prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, ambos devidamente configurados, no caso dos autos.

- O decreto de prisão preventiva deve ser convincentemente motivado. A jurisprudência atual, entretanto, permite ao julgador reportar-se aos fundamentos constantes na promoção do Ministério Público.

- A comprovada fuga da denunciada, que se evade do distrito da culpa, apesar de responder a dezenas de inquéritos e ações penais, é fato concreto hábil a embasar a prisão preventiva.

- Denegação do writ".

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): Não merece prosperar a postulação contida na peça póstica.

A decisão que acolhe o pedido de prisão preventiva deve ser fundamentada. Aliás, tomando por supedâneo a premissa de que no Direito inexistem decisões

"desfundamentadas", poder-se-ia considerar tal assertiva inócua, aconselhando-se a interpretá-la como aquela que impõe ao julgador, na decisão, a demonstração obrigatória da ocorrência dos requisitos para o deferimento da prisão preventiva.

O art. 312 do Código de Processo Penal, nesse sentido, preceitua:

"Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da

ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

E, mais adiante, no art 315, determina:

"Art 315 - O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado".

A Constituição Federal consignou, mais uma vez, o habeas corpus como ação que visa, especificamente, a assegurar o direito à liberdade (The Power of Locomotion). Assim, se a prisão é exceção e a liberdade deve ser regra, para que se restrinja o direito de ir e vir de quem quer que seja, há o magistrado de deter-se no exame dos fatos, de modo que não lhe sobeje outra solução que não seja a de encarcerar o acusado. Dessa maneira, do decreto que ordena a prisão preventiva, exige-se, pelo menos, a parcimônia necessária que permita que se visualize, claramente, a presença ou a ausência dos pressupostos determinados em lei.

Se isso é verdade, não se deve interpretar, porém, a "necessidade de fundamentação", como algo que tenha, necessariamente, que ser extenso, minucioso, mas sim, que consiga patentear o que levou o Juiz a chegar a tal conclusão. Não é essencial que o magistrado esmiúce ponto a ponto, fato a fato, para que sua decisão seja considerada válida, mas que consiga, através do conjunto argumentativo de que lance mão, demonstrar presentes os requisitos impostos pela lei como necessários à prisão preventiva.

Para tanto, pode, inclusive, basear sua decisão nos elementos trazidos pela autoridade policial, no inquérito, e pelo Parquet, na denúncia.

Damásio E. de Jesus, seguindo tal posicionamento, assim exara:

"A jurisprudência dos Tribunais pátrios tem reconhecido a validade do decreto de custódia preventiva que encampa fundamentados pedidos de prisão formulados pela autoridade policial e o Promotor de Justiça".

A respeito da matéria, trago a lume julgado deste egrégio Sodalício:

"Habeas corpus. Prisão preventiva. Fundamentação. Latrocínio.

- Há que se distinguir decisão concisa de decisão desfundamentada. Havendo o Juiz oferecido fundamentos suficientes para a concessão da cautelar, reportando-se, inclusive, à representação da autoridade policial que veio instruída com a confissão dos acusados, de modo harmônico, descarta-se o argumento quanto à ausência de fundamentação.

- Em sede de habeas corpus, descabe análise aprofundada de prova que se acha em fase de diligência (art. 499 do CPP).

- Inconveniência da concessão da liberdade provisória a acusado de participação em latrocínio, considerado crime hediondo, nos termos da Lei nº 8.072/90.

Ordem denegada".

(Habeas Corpus nº 682/PE, Relator Juiz Castro Meira, j. 20.02.97, DJ 21.03.97, unân.).

No caso em apreço, o ilustre Magistrado, adotando-os como razões de decidir, referendou os argumentos do eminente presentante do Parquet, assim expostos:

"Por outro lado, o Ministério Público requer a decretação da prisão preventiva da denunciada Rosa Maria de Sá. Estabelece o art. 312 do Código de Processo Penal:

(...)

Os requisitos legais para a decretação da prisão cautelar estão todos presentes. Quanto à prova da existência do crime, consiste ela nos documentos citados na denúncia. Em razão disso, foi concedido o benefício indevido, caracterizando a vantagem ilícita em detrimento da previdência social. A autoria, outrossim, decorre de ter sido a denunciada a responsável pelo Cartório de Registro Civil de Inajá.

Doutra parte, a prisão faz-se necessária para assegurar a aplicação da lei penal, pois a denunciada já se evadiu do distrito da culpa, conforme é notório nesta Seção Judiciária, em que a primeira denunciada responde a dezenas de inquéritos e ações penais" (fls. 11).

Relevantes foram, com efeito, as arguições deduzidas pelo Ministério Público, não se podendo, pois, falar em ausência de fundamentação.

Outra especificidade a ser abordada, ainda, é aquela que diz com a impossibilidade, enfatizada pelo impetrante, de decretar-se a prisão preventiva nos casos de crimes afiançáveis.

Essa tese também não merece acolhida. O fato de o crime ser afiançável não impede que a prisão preventiva seja decretada, máxime quando o próprio Código de Processo Penal determina que, se mantidos os motivos para a prisão cautelar, não se concederá a fiança. Quadra, a propósito, transcrever o art. 324 do CPP:

"Art. 324. Não será, igualmente, concedida a fiança:

(...)

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva". (Grifei).

É de relevo, ainda, o fato de que, ao evadir-se do distrito da culpa, deixou a paciente transparecer o seu intuito de obstaculizar a persecução penal em trâmite.

Forte nessas razões, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 1.105-CE

Relator: O SR. JUIZ **RIDALVO COSTA**

Impetrantes: DRS. MARIA IMACULADA GORDIANO BARBOSA VALENTE E OUTROS

Impetrado: PROCURADOR REGIONAL DA REPÚBLICA-CHEFE DA PR/CE

Pacientes: NORBERTO ADEMIR VRITZI, VALDECI DOS REIS CARETTA, ADALBERTO ALONSO SOLA, MARIA HELENA GIMENES, WELLINGTON DA COSTA ARAÚJO, ADERBAL SILVA SIMÕES, ARIMATÉIA PINTO ALEXANDRE, CARLOS JOSÉ DAMASCENO DOS SANTOS, EDLÚCIO ANTUNES RIBEIRO, MARIA LEONICE DA COSTA SILVA, PATRÍCIA FERREIRA GONDIM, DÉBORA MARIA VALENTE BERNARDO, ROMILDO FARIA MOREIRA, ADILSON GREGORIO, SÉRGIO LUIS SANTANA DA SILVA FREITAS, NILZA ANTONIOLI ALONSO, SEBASTIÃO ELIAS CINTRA E JOÃO SÉRGIO MENEGUETE

EMENTA:

Habeas corpus. Inquérito policial. Direito de assistência técnica de advogado e garantia das prerrogativas legais deste. Via processual eleita. Inadequação. Falso testemunho. Prisão em flagrante no curso da investigação. Dissidência entre o depoimento e a tese considerada mais verossímil pela autoridade impetrada. Inviabilidade.

- A ação de habeas corpus tem por objeto a proteção do direito de locomoção contra ameaça ou violação de sua integridade por ato ilegal, sendo via processual inadequada para o asseguramento do direito de assistência técnica de advogado ao seu cliente em inquérito policial e para a garantia das prerrogativas legais deste, as quais são amparáveis por mandado de segurança.

- Não se mostra consentânea com a natureza do inquérito policial (procedimento de coleta de informações e elementos de prova) e com o seu escopo (busca da verdade dos fatos) a ameaça de prisão em flagrante por crime de falso testemunho no curso da respectiva investigação decorrente da dissidência entre o depoimento e a tese considerada mais verossímil pela autoridade impetrada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, declarar, de ofício, a extinção, em parte, do processo sem julgamento do

mérito e conceder, em parte, a ordem de habeas corpus, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 9 de março de 2000 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: Maria Imaculada Gordiano Barbosa Valente e outros, advogados inscritos na Seccional da OAB - CE, impetraram habeas corpus preventivo com pedido liminar contra ato na iminência de ser praticado pelo Exmo. Sr. Procurador Regional da República - Chefe da Procuradoria da República no Estado do Ceará, em favor de Norberto Ademir Vritzi e outros, com o escopo de "resguardar a liberdade deambulatoria dos pacientes, resguardando-se o direito de prestarem depoimento sem o constrangimento de serem presos só por prestarem depoimentos diversos da tese que tipifique o crime" e para "que possam ser assistidos por advogado, e que este possa atuar com o exercício de suas prerrogativas, intervindo para evitar as pressões que têm acontecido com outras testemunhas/declarantes e na defesa da intangibilidade de seus direitos".

Alegaram os impetrantes que a autoridade impetrada, no curso de inquérito policial instaurado por requerimento seu para a apuração de possível crime contra a organização do trabalho, vem posicionando-se pela existência de situação de flagrância do crime de falso testemunho na ocorrência de contradições entre os depoimentos das testemunhas convocadas e as manifestações de outros depoentes ou declarantes concordes com a versão que enseja a tipicidade penal da conduta investigada.

Afirmaram, ainda, que a autoridade impetrada tem buscado intimidar os advogados dos pacientes nas ocasiões em que procuram intervir contra pressões ilegais exercidas durante os depoimentos de seus clientes.

Pleitearam medida liminar, a qual foi deferida pelo MM. Juiz Plantonista da Turma de Férias às fls. 25/27.

A autoridade impetrada prestou informações, juntando documentação e afirmando a legalidade da prisão em flagrante por ela requerida fundamentadamente e decretada pela autoridade policial pela configuração de crime de falso testemunho praticado por um dos depoentes, por ser objetivamente aferível a inverdade dos fatos alegados, bem como afirmando não ter ocorrido qualquer tentativa de cerceamento do direito de assistência dos advogados dos pacientes - fls. 60/64 e 65/112.

O MPF oficiante em 2º grau apresentou seu parecer, opinando pela concessão do habeas corpus pleiteado - fls. 113/116.

Os impetrantes apresentaram documentos relativos à situação pessoal dos pacientes, os quais foram juntos "por linha".

Em seguida, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): O presente habeas corpus tem dois objetos: o primeiro, garantir aos pacientes o direito de não serem presos por prestarem depoimentos em sentido diverso ao da tese hábil a caracterizar a tipicidade penal das condutas investigadas; o segundo, assegurar o direito de os pacientes serem assistidos por seus advogados e de que estes possam exercer suas prerrogativas profissionais na defesa da intangibilidade dos direitos de seus clientes, intervindo para evitar pressões indevidas e abuso de poder contra eles.

De início, creio ser necessária a análise de uma questão preliminar processual relativamente ao segundo pleito dos impetrantes e ao bem jurídico que ele procura

proteger.

O habeas corpus é ação constitucional de objeto restrito: garantir o direito de locomoção contra ameaça ou violação decorrente de ato ilegal.

Não se presta essa ação, na atual sistemática traçada pela ordem constitucional, para a defesa de outros direitos contra ameaça ou violação de sua integridade, que deve ser buscada através de outros remédios constitucionais, entre os quais o mandado de segurança, quando não for hipótese de habeas data.

Nesse aspecto, o habeas corpus não se mostra como via processual idônea à garantia do direito à assistência técnica de advogado e do pleno exercício das prerrogativas legais deste na defesa da intangibilidade dos direitos de seus clientes no âmbito do inquérito policial, que deveria ser instrumentalizada em juízo através de mandado de segurança, por não se enquadrarem esses direitos nos estreitos limites da proteção à liberdade de locomoção.

Desse modo, entendo que a presente ação deve ser extinta sem julgamento do mérito, por inadequação da via processual eleita, no que pertine ao segundo pleito acima elencado.

Passo a analisar o mérito da primeira pretensão.

A doutrina e a jurisprudência têm se inclinado pela teoria subjetiva na caracterização do crime de falso testemunho, segundo a qual o divórcio entre o depoimento da testemunha e a realidade concreta não é suficiente para a caracterização do ilícito, sendo indispensável a ausência de correspondência qualitativa ou quantitativa entre o que a testemunha afirma e aquilo que entrou em sua órbita consciente de percepção, ou seja, é necessária a intenção de narrar os fatos de forma diversa daquela em que ela os percebeu. É, ademais, essencial a existência de potencialidade lesiva na narrativa alterada da percepção ocorrida para que a conduta seja caracterizada como antijurídica. É inegável a possibilidade de ocorrência de falso testemunho no curso de inquérito policial, pela própria caracterização das elementares do tipo do art. 342 do Código Penal. No entanto, o que se discute no presente processo é a possibilidade de se considerar como situação de flagrância dessa prática ilícita, com as conseqüências prisionais respectivas, a constatação objetiva de existência de contradição entre o testemunho prestado pelos pacientes e as manifestações de outros depoentes pelo fato de estas importarem na confirmação da ilicitude da conduta investigada e aquelas, não.

Necessário, de imediato, ter-se em mente que é pressuposto lógico da existência de inquérito policial o fato de que o titular da ação penal crê ser necessária a coleta de elementos de prova capazes de demonstrar a tipicidade da conduta apurada, por não serem aqueles existentes ainda suficientes para embasar a pretensão punitiva estatal a ser deduzida na ação penal.

Assim, como bem ressaltado pelo parecer do d. MPF em 2.º grau, só ao fim das investigações é que o próprio titular da ação penal terá possibilidade de ter grau razoável de certeza com relação ao início de sua atuação postulatória judicial.

Desse modo, creio caracterizada a ameaça de constrangimento ilegal pelo prenúncio de prisão em flagrante por crime de falso testemunho decorrente da situação acima narrada, como já ocorreu no inquérito.

Ante o exposto, declaro, de ofício, a extinção do processo sem julgamento do mérito no que concerne ao pleito de garantia de assistência técnica de advogado aos pacientes no inquérito policial e asseguro as prerrogativas deste na defesa da intangibilidade dos direitos de seus clientes, e concedo, em parte, a ordem de habeas corpus, apenas para resguardar a liberdade de locomoção dos pacientes, garantindo-lhes o direito de depor sem o constrangimento de prisão por testemunho em discordância com tese tipificadora da ilicitude da conduta investigada.

É como voto.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 160-PB

Relator: O SR. JUIZ **UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE**

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA

Recorrida: MARINETE MORAES COELHO

EMENTA:

Processo Penal. Recurso de apelação. Art. 89 da Lei nº 9.099/95. Retroatividade. Proposta da suspensão condicional do processo ex officio. Iniciativa do Ministério Público. Art. 28 do CPP.

- Tendo em vista haver repercussão em matéria penal, aplica-se o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao art. 89 da Lei nº 9.099/95, haja vista seu objetivo fundamental ser o de beneficiar o réu, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos neste dispositivo e os do art. 77 do CPB.
- Tratando-se de matéria de iniciativa exclusiva do Ministério Público Federal, não cabe ao juiz de ofício conceder o sursis processual.
- Em caso de recusa ou inércia do Parquet em propor, em juízo, ao réu a suspensão condicional do processo, mesmo que a instrução criminal tenha sido iniciada antes de entrar em vigor a lei criadora do benefício, e, preenchidos os requisitos exigidos pelos dispositivos legais supra, cabe ao juiz determinar a remessa dos autos ao Ministério Público Federal para que este seja ouvido sobre o direito da acusada conferido pelo art. 89 da Lei nº 9.099/95, aplicação analógica do art. 28 do CPP.
- Decisão anulada.
- Recurso de apelação conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conhecer o recurso de apelação e dar parcialmente provimento para anular a decisão impugnada e determinar a remessa dos autos ao Juízo de origem, para que seja ouvido o Ministério Público Federal sobre o direito da apelada conferido pelo art. 89 da Lei nº 9.099/96, aplicando analogicamente o contido no art. 28 do CPP, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 16 de março de 2000 (data do julgamento).

JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE: O Ministério Público Federal, às fls. 07/11, inconformado com a decisão de primeiro grau (fls. 04/06), interpôs, tempestivamente, recurso de apelação, o qual foi conhecido pelo Juiz monocrático como sendo recurso em sentido estrito, em face da aplicação do princípio da fungibilidade, tendo em vista o conteúdo decisório possuir estrita similitude em ambos os institutos recursais. Assim sendo, com fulcro no art. 581, inc. XI, do Código de Processo Penal, procedeu o douto Julgador a quo nos termos expostos na referida decisão. O presente recurso teve origem com a decisão proferida pelo MM. Juiz da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Paraíba, na ação penal (94.5619-2 - Classe 7000) proposta pelo Ministério Público Federal, o qual denunciou Marinete Moraes Coelho como incurso no art. 334, § 1º, alínea d do Código Penal, cuja pena varia de um a quatro anos de reclusão, pelo fato de a mesma ter importado mercadoria estrangeira sem a devida documentação fiscal.

A decisão supra determinou, de ofício, a suspensão condicional do processo com apoio no art. 89 da Lei nº 9.099/95 pelo prazo de dois anos.

Após a prolação do decisum, realizou-se audiência com a presença da acusada (fls. 12), na qual houve a concordância da ré com o sursis processual proposto pelo Magistrado a quo, nas condições ali previstas. Nesta, encontrando-se ausentes o Representante do Ministério Público Federal e o defensor da acusada de forma injustificada.

No recurso (fls. 13), o Parquet fundamentou seu pedido sob as seguintes hipóteses:

1) o magistrado não pode decretar de ofício a suspensão condicional do processo, pois tal instituto é matéria facultada ao Ministério Público Federal, uma vez que é ele o titular da ação penal;

2) na decisão impugnada faltaram os requisitos previstos no art. 89 da Lei nº 9.99/95; e

3) que não se aplica o art. 5º, inc. XL, da CF, ao caso em comento, eis que este dispositivo só se opera em situações exclusivamente legislativas de natureza penal, e o art. 89 da Lei nº 9.099/95 tem natureza processual e não material.

Diante dos fundamentos carreados no recurso, requer o órgão ministerial o provimento do recurso, no sentido de anular a decisão monocrática, remetendo os autos à prolação da sentença.

A defesa foi devidamente intimada do teor decisório, conforme certidão de fls. 13, e, para contra-arrazoar o recurso do Ministério, ut fls. 20, permanecendo silente.

O douto Magistrado da primeira instância, às fls. 21/23, manteve sua decisão nos termos ali expostos.

O Representante do Ministério Público Federal ofereceu parecer, opinando pela anulação da decisão censurada, e, em consequência, pelo provimento do recurso, arguindo a ausência do consenso previsto no § 1º do art. 89 da Lei nº 9.099/95, assim como a falta de fundamentação no que diz respeito aos requisitos indispensáveis à concessão do sursis processual, os quais se encontram elencados no próprio art. 89 da Lei nº 9.099/95 e no art. 77 do CPB, tendo em vista que o douto Julgador monocrático atentou apenas para o requisito da pena prevista no art. 334, § 1º, alínea d, do CPB.

É o relatório.

Ao eminente Juiz Revisor.

VOTO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator): O MM. Juiz singular recebeu o recurso de apelação como sendo recurso em sentido restrito por entender que "no rol das decisões que põem termo ao processo, a exemplo das previstas no art. 593 e incisos do CPP" (sic) (fls. 14), o que nos leva a concluir, data venia, que o Magistrado considerou o conteúdo decisório, ora apreciado, Como decisão interlocutória impugnável mediante recurso em sentido estrito (art. 581, XI, CPP).

O art. 593, inciso II, do CPP, é expresso em dispor:

"Art. 593 - Caberá apelação no prazo de (5) dias:

II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no capítulo anterior;"

Ora, as decisões definitivas, decidindo ou não mérito, põem fim à relação processual ou a um termo ou etapa do procedimento processual, sendo, pois, decisões terminativas.

Sentença condenatória ou absolutória resolve a questão principal pondo termo ao processo;

decisão definitiva ou com força de definitiva, julgando um incidente, ou uma preliminar, prejudica a questão principal, pondo termo ao processo e à instância, também, é chamada de decisão terminativa.

Salutar ressaltar que a homologação da suspensão condicional do processo não é definitiva, nem tem força de definitiva. Assim sendo, infrutífera a arguição do douto

Magistrado, data venia, em considerar o apelo como sendo recurso em sentido estrito, visto que o art. 581 do CPP é taxativo em elencar as hipóteses de cabimento do recurso criminal.

No caso dos autos não há previsão legal específica à impugnação contra a referida homologação, entretanto, a doutrina e a jurisprudência vêm sustentando o cabimento excepcional do recurso genérico, no caso a apelação.

Damásio E. de Jesus, no Código de Processo Penal Anotado, Ed. Saraiva, 13ª ed., 1996, p. 403, cita a seguinte jurisprudência, in verbis:

"Cabimento de apelação.

Não estando a hipótese prevista expressamente entre as atacáveis pelo recurso específico previsto no art. 581 do CPP, cabível é o recurso genérico da apelação (CPP, art. 595, II (TACrimSP, RT 525/393)".

Diante do exposto, recebo o recurso de acordo com a natureza em que foi interposto, ou seja, como apelação.

Ultrapassado o exame do cabimento do recurso de apelação, passo a apreciar o mérito.

A suspensão condicional do processo trata-se de um instituto de natureza jurídica alternativa à jurisdição penal, é uma forma de despenalização da conduta típica e antijurídica estabelecida pró-réu

A Lei nº 9.099/95 conferiu ao Ministério Público, na qualidade de instituição, para fins de política criminal, a faculdade de propor aquele instituto despenalizador, desde que presentes os requisitos objetivos contidos no art. 89 deste diploma legal e os previstos no art. 77 do CPB.

A matéria é controvertida.

Há diversas correntes, no sentido de caber ou não ao juiz determinar de ofício a suspensão condicional do processo.

Damásio E. de Jesus, ao fazer anotações à Lei nº 9.099/95, em sua obra "Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada, Editora Saraiva, 1996, pp. 111 e 112", cita cinco orientações, que adiante transcrevo, concernentes à atuação do juiz no caso de recusa do Ministério Público em propor a suspensão condicional do processo. Assim vejamos:

"1) o juiz especial não pode aplicar a medida de ofício, uma vez que só o Ministério Público dispõe da ação penal. Se não o faz, ou recusa-se a propor a medida, o assunto está encerrado;

2) pode, desde que a defesa o requeira;

3) o sursus processual pode ser aplicado pelo juiz de ofício;

4) cabe habeas corpus ao Tribunal contra a omissão do Promotor de Justiça (autoridade coatora);

5) o juiz deve remeter o feito ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 28 do CPP".

O ilustre penalista Damásio E. de Jesus segue a orientação de que a suspensão condicional do processo pode ser aplicado pelo juiz de ofício, em face dos princípios da informalidade e celeridade processuais. Presentes as condições legais, deve o juiz, ex officio, determinar a suspensão condicional do processo.

À luz do art. 89 da Lei nº 9.099/95, observa-se que esta lei extravagante trouxe para o réu um direito subjetivo a esse instituto processual, desde que presentes os requisitos legais indispensáveis à concessão, mas ao mesmo tempo conferiu ao Ministério Público o poder discricionário em propor ou não a suspensão condicional do processo.

A discricionariedade referida não deve ser considerada como absoluta, pois está ela adstrita aos limites legais.

A liberdade discricionária do órgão acusador é freiada a partir do instante em que os requisitos objetivos determinados pelo art. 89 da Lei nº 9.099/95 e do art. 77 do CP à concessão do sursis processual se encontrem presentes nos autos, tendo em vista, neste

momento, nascer o direito subjetivo do réu, que não pode ser furtado ao alvedrio do Ministério Público. Portanto, não se trata, apenas, de um ato discricionário, mas, também, de ato vinculado.

Os requisitos infraconstitucionais previstos nos dispositivos acima citados são taxativos e o Ministério Público, com a incumbência que lhe foi conferida pela Constituição Federal, no seu art. 127, segunda parte, em defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, tem o dever funcional, como instituição que é, de observar a garantia estabelecida para o réu, quando presentes tais pressupostos legais para a concessão do sursis processual.

Em caso de recusa ou omissão do Ministério Público em propor o sursis processual, estando preenchidos os pressupostos à concessão, há de se aplicar, por analogia, o art. 28 do CPP, encaminhando os autos ao Procurador-Geral de Justiça ou da República, conforme a jurisdição requerida, para que este se pronuncie sobre a proposição judicial ou da defesa, impondo-se o princípio constitucional da unidade do Ministério Público. No caso dos autos, o MM. Juiz de primeira instância, tendo conhecimento, é o que se presume, de que a ré atendia aos requisitos exigíveis pelo art. 89 da Lei nº 9.099/95 e pelo art. 77 do CPB, e não se manifestando o MPF a respeito, concedeu a suspensão condicional do processo, nas condições previstas na decisão ora apreciada.

Após aquele ato se realizou a audiência com a presença da denunciada, na qual concordou com os termos ali propostos, lavrando-se o respectivo termo. Neste ato se encontravam ausentes o Representante do Ministério Público Federal e o defensor constituído pela acusada. Sendo assim, infeliz o Parquet ao argüir a inobservância do Magistrado a quo ao disposto no § 1º do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Nos autos se extrai a presunção de que o membro do órgão ministerial se omitiu ou se recusou a reconhecer o direito garantido à acusada pela Lei nº 9.099/95, art. 89, e de ter futuramente extinta a possível punibilidade, livrando-se da reprimenda que poderia lhe ser imposta.

O apelante fundamenta, também, o seu pedido, sob o argumento de não se aplicar o princípio da retroatividade ao art. 89 da Lei nº 9.099/95.

A Lei 9.099/95 foi promulgada quando estava em curso a instrução criminal da ação penal originária, sendo assim, não havia obrigatoriedade do oferecimento da proposta de suspensão do processo, eis que o diploma legal referido não estava ainda em vigor. Não podendo nesta hipótese ser aplicado o art. 90 da lei em tela ("As disposições desta lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada").

Sendo esse instituto processual estabelecido pró-réu e não em favor do Ministério Público e/ou do Poder Judiciário, e não obstante se trate de norma processual, é indubitável ter essa norma Processual repercussões de ordem penal, devendo invocar-se, com certeza, o princípio da retroatividade benigna.

Portanto, sobre a matéria em exame, mister transcrever alguns julgados prolatados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

"Retomando o julgamento do habeas corpus (v. Informativo 76), o Tribunal, por maioria de votos, decidiu que a iniciativa para propor a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei 9.099/95 ('Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangida ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que...') é faculdade exclusiva do Ministério Público, a quem cabe promover privativamente a ação penal pública (CF, art. 129, I), não podendo o juiz da causa substituir-se a este. Prevaleceu, neste ponto, o voto do Min. Octavio Gallotti, Relator, no sentido do indeferimento do pedido, ao argumento de que não cabe ao magistrado, ante recusa fundamentada do Ministério Público, o requerimento de suspensão condicional do processo, o exercício de tal faculdade, visto que não se trata de direito subjetivo do réu,

mas de ato discricionário do Parquet. Vencido o Min. Marco Aurélio, que deferia integralmente a ordem, sob o entendimento de que, uma vez presentes os requisitos objetivos para suspensão do processo, surgiria um direito subjetivo do réu ao benefício, e de que, na hipótese de o Ministério Público recusar-se a propô-la, caberia ao juiz examinar desde logo o enquadramento ou não da hipótese no referido art. 89.

Prosseguindo o julgamento do habeas corpus acima mencionado, considerando-se que o art. 89 da Lei 9.099/95 alude ao "Ministério Público", na qualidade de instituição, o Tribunal, por maioria, acolhendo o voto do Min. Supúlveda Pertence, construiu interpretação no sentido de que, na hipótese de o Promotor de Justiça recusar-se a fazer a proposta, o juiz, verificando presentes os requisitos objetivos para a suspensão do processo, deverá encaminhar os autos do Procurador-Geral de Justiça para que este se pronuncie sobre o oferecimento ou não da proposta. Firmou-se, assim, o entendimento de que, tendo o referido artigo a finalidade de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal para efeito de política criminal, impõe-se o princípio constitucional da unidade do Ministério Público para a orientação de tal política (CF, art. 127, § 1º), não devendo essa discricionariedade ser transferida ao subjetivismo de cada promotor. Vencidos neste ponto os Ministros Octávio Gallotti, Relator, Néri da Silveira e Moreíra Alves, sob o entendimento de que a Lei 9.099/95

não autorizaria tal procedimento administrativo. Habeas corpus deferido em parte. HC 75.343-MG, Rel. originário Min. Octavio Gallotti, Rel. para o acórdão Min. Supúlveda Pertence, 12.11.97". (Informativo do STF nº 92 - Brasília, 10 a 14 novembro de 1997). "EMENTA: Penal e Processual Penal. Recurso especial.

Art. 89 da Lei 9.099/95. Retroatividade. Proposta de sursis processual. Iniciativa do Parquet.

I - Em princípio, a incidência do art. 89 da Lei 9.099/95 alcança os processos em que a sentença penal condenatória foi proferida na sua vigência.

II - Incumbe ao Parquet a proposta do sursis processual. Qualquer divergência deve ser solucionada com o mecanismo disposto no art. 28 do CPP.

III - Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, a fim de que os autos sejam encaminhados ao Parquet para que este decida acerca do sursis processual, observado, eventualmente, o disposto no art. 28 do CPP. Votaram com o Relator os Ministros Gilson Dipp e José Arnaldo. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Edson Vidigal. REsp 194369/SP;

Recurso Especial (98/0082721-8) DJ 24.05.1999, p. 00190, Relator Ministro Felix Fischer (1109)".

"EMENTA: Recurso especial. Processual Penal. Lei 9.099/95, art. 89. Suspensão do processo ex officio. Impossibilidade. Titularidade do Ministério Público. Aplicação analógica do art. 28 do CPP.

- Não cabe ao juiz, que não é titular da ação penal, substituir-se ao Parquet para formular proposta da suspensão condicional do processo.

- A eventual divergência sobre o não oferecimento da proposta resolve-se à luz do mecanismo estabelecido no art. 28, c/c o art. 3º do CPP.

- Precedentes do STF e desta Corte.

Recurso conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento para que, cassando o aresto recorrido, adote-se o procedimento do art. 28 do CPP. Votaram com o Relator os

Srs. Ministros Felix Fischer e Gilson Dipp. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Edson Vidigal. (Resp 159215/SP - Recurso Especial (97/0091307-4) - DJ 03.05.1999, p. 00162 - Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca (1106)).

Isto posto, conheço e julgo parcialmente provido o presente recurso de apelação, anulando a decisão censurada, e determino a remessa dos autos ao Juízo de origem, a fim de ser ouvido o Ministério Público Federal sobre a suspensão do processo, aplicando-se, por conseguinte, por analogia, o disposto no art. 28 do CPP. É como voto.

REMESSA EX OFFICIO Nº 62.844-CE

Relator: O SR. JUIZ **GERALDO APOLIANO**

Parte Autora: CIANDRA TAUIL VITORINO ASS/ P/ RAIMUNDA TAUIL VITORINO

Parte Ré: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC

Advogado: DRA. MARIA DO SOCORRO DIAS DA SILVA (PARTE A)

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA - CE

EMENTA:

Administrativo. Concurso vestibular. Revisão de prova.

1. Não há direito líquido e certo de a impetrante pretender segunda chamada, recontagem de pontos ou revisão de quaisquer das provas do concurso vestibular a que se submeter.
2. Remessa oficial provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à remessa oficial, nos termos do relatório, voto do Juiz Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 16 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

JUIZ GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, interposto por Ciandra Tauil Vitorino (assistida por Raimunda Tauil Vitorino), contra ato do Presidente da Comissão Coordenadora do Vestibular da Universidade Federal do Ceará.

Segundo a impetrante, prestou exame vestibular para o curso de Medicina. Acreditava haver conseguido bons resultados, suficientes para o ingresso na Universidade, porém, contrariando sua expectativa, duas de suas questões na prova de química foram zeradas, o que fez com que a mesma não lograsse aprovação no certame.

Na crença de que não lhe foi atribuída a pontuação correta nas questões referidas, impetrou o presente mandamus objetivando a matrícula no almejado curso.

A liminar foi deferida (fls.12/13), para que fosse revisada a prova de química.

Nas "informações", a autoridade impetrada afirmou que não existia direito líquido e certo no caso, tratando-se de mera irresignação de candidato que não obteve a aprovação no exame. Juntou o laudo de revisão de prova, que concluiu pela manutenção da nota anteriormente atribuída.

Há petição da impetrante requerendo, liminarmente, a matrícula no curso, o que foi indeferido no juízo monocrático.

O douto representante do Parquet Federal opinou pela denegação da segurança. Empós o parecer ministerial, subsegiu-se a r. sentença, que concedeu a segurança em relação à revisão de prova, denegando-a quanto à matrícula. Sem recurso voluntário, subiram-me os autos. Ofertado novo parecer pelo Ministério Público Federal, dessa feita pela sua Procuradoria Regional, que opinou pelo improvimento da remessa necessária. É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): A autonomia das Universidades é prevista na Constituição Federal em seu artigo 207; mostra dessa autonomia é o estabelecimento de critérios de realização de provas, que diferem em cada uma das Instituições de Ensino Superior em funcionamento no País.

É ainda no exercício dessa autonomia que as Universidades fazem editar as normas de regência dos exames admissionais - o vestibular.

No caso sob exame, não me parece, data vênia dos entendimentos dissonantes, que se traduzem, inclusive, em acórdão da lavra da eminente Juíza Thânia Heine (REO 14.184-RJ, in DJU 22.12.92, p. 44046), que exista qualquer direito líquido e certo de a impetrante ter sua prova revisada.

A inadmissibilidade da revisão das provas ou da recontagem de pontos é norma da qual têm ciência prévia todos os candidatos que, ao instante da inscrição, aceitam-na (a ela emprestam formal adesão) sem reservas.

Deveras, admitir a revisão das provas em certames como o de que se cuida, importaria, na prática, em inviabilizar a conclusão do torneio seletivo: todos os candidatos que se sentissem frustrados com o resultado sentir-se-iam motivados a questioná-los - critérios de correção dos exames, inclusive.

Ora, é entendimento jurisprudencial firme o de que, em casos como os de que se cogita, o controle judicial há de restringir-se ao exame da legalidade das normas de regência do torneio seletivo, dado que é defeso ao Judiciário substituir-se à Administração e, em função disso, passar a aferir critérios de correção, posições doutrinárias sustentadas pelos participantes da seleção etc.

É certo que a doutrina, pela voz autorizada de Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, preleciona:

"Os concursos não têm forma ou procedimento estabelecido na Constituição, mas é de toda a conveniência que sejam precedidos de uma regulamentação legal ou administrativa, amplamente divulgada, para que os candidatos se inteirem de suas bases e matérias. Como atos administrativos, devem ser realizados pelo Executivo, através de bancas ou comissões examinadoras, regularmente constituídas com elementos capazes e idôneos dos quadros do funcionalismo ou não, e com recurso para órgãos superiores, visto que o regime democrático é contrário a decisões únicas, soberanas e irrecorríveis". No caso concreto, tais recomendações doutrinárias foram prestigiadas, eis que, pedido de revisão de prova não ostenta a mesma natureza de recurso; ademais, se a Administração deferisse o pleito do impetrante estaria a infringir as normas que ela mesma cuidou de previamente estabelecer, normas essas que, uma vez divulgadas, foram aceitas por quantos se inscreveram na seleção.

À Administração seria defeso, portanto, deixar de se submeter, ela própria, às normas de regência do exame vestibular.

Isto posto, dou provimento à remessa oficial.

É como voto.

Relator: O SR. JUIZ **NEREU SANTOS**

Parte Autora: FERNANDO ANTONIO DA FROTA PARENTE

Parte Ré: FAZENDA NACIONAL

Advogados: DRS. LUIS SANTOS NETO E OUTRO (PARTE A)

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA - CE

EMENTA:

Tributário. Ação ordinária. Incidência de imposto de renda sobre proventos de portador de cardiopatia grave. Isenção. Incidência do tributo sobre o trabalho assalariado do cardiopata. Possibilidade.

I - O art. 6º da Lei nº 7.713/88 limita a isenção do imposto de renda apenas quanto aos proventos, inalcançando esta o quantum percebido em razão de atividade assalariada.

II - Remessa provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 17 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: O caso é de remessa ex officio contra sentença que julgou procedente a ação que ajuizou Fernando Antonio da Frota Parente contra a Fazenda Nacional, na qual pretende o autor obter a declaração de inexistência de relação jurídica que o obrigue a pagar imposto de renda sobre proventos percebidos em razão do trabalho assalariado, por se tratar de portador de cardiopatia grave.

A sentença julgou o pedido procedente, em parte, apenas para que sobre os proventos de aposentadoria não incidisse o imposto, ressaltando a incidência do tributo sobre os salários do trabalho de bancário, função que o autor vinha desempenhando.

Não houve recurso voluntário.

Sentença submetida ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): Como se observa, o autor, quando já se encontrava aposentado, submeteu-se, em 05.10.84, a uma cirurgia cardiovascular para implantação de duas pontes de safena.

Em decorrência do art. 6º da Lei nº 7.713/88, pleiteou a isenção do imposto de renda sobre os seus proventos, tendo obtido o benefício legal, conforme aduz às fls. 04.

Posteriormente, reingressara no mercado de trabalho, na função de bancário, mesmo sendo portador de cardiopatia grave, buscando obter um complemento da renda para manutenção da família e tratamento da doença.

Consta do pedido inicial, in verbis:

"c) julgar procedente a ação para, em conseqüência, declarar a inexistência de relação jurídica que obrigue o autor a pagar o Imposto de Renda sobre proventos percebidos em razão do trabalho assalariado, ..." (fls. 14).

A questão, ao meu sentir, cinge-se em saber se incide ou não imposto de renda sobre o quantum percebido em decorrência do trabalho assalariado, que o autor denomina de

"proventos".

Analisando minudentemente os autos, conluo que o autor detém uma aposentadoria, sobre a qual não incide o tributo, e quer se isentar do pagamento deste no tocante ao ganho com a atividade bancária por ele desenvolvida após a aposentação.

Dispõe o art. 6º da Lei nº 7.713/88, alterada pelo art. 47 da Lei nº 8.541/92:

"Ficam isentos do Imposto de Renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

XIV - os proventos de aposentadoria ou reforma, desde que motivadas por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, cardiopatia grave, (...);"
A exegese do preceptivo legal não deixa nenhuma dúvida de que a isenção contempla exclusivamente os proventos.

Como é sabença de todos, o exercício da atividade assalariada faz jus a salários e não a proventos.

Assim, se é verdade que sobre os proventos da aposentadoria percebidos pelo autor não deve incidir imposto de renda, não menos é verdade que sobre os salários pelo mesmo auferidos incide o tributo.

A sentença julgou o pedido procedente, em parte, para declarar a inexistência de relação jurídica que obrigue o autor a pagar à União Federal imposto de renda sobre os proventos da sua aposentadoria.

Na verdade, não era este objetivamente o pedido contido na inicial, porque o próprio autor confessara que sobre os seus proventos vinha obtendo o benefício legal (item 2 da petição inicial, fls. 04).

Penso que a controvérsia decorre do fato de que o autor, no seu pedido inicial, fala em "proventos percebidos em razão do trabalho assalariado", muito embora, pela causa petendi, a expressão ora entre aspas queira dizer a não incidência de imposto de renda sobre o quantum percebido em razão da sua atividade de bancário. O vocábulo "proventos" neste sentido encontra-se equivocado.

Ora, se o autor pretende não pagar imposto de renda sobre o ganho com a atividade assalariada, não pode prosperar o pedido.

Com estas considerações, dou provimento à remessa. Inverto os ônus da sucumbência. É como voto.

REMESSA EX OFFICIO Nº 126.646-PE

Relator: O SR. JUIZ **PETRUCIO FERREIRA**

Parte Autora: COMPANHIA DE CIMENTO PORTLAND POTY

Parte Ré: FAZENDA NACIONAL

Advogados: DRS. INALDO DA COSTA SOUSA E OUTROS (PARTE A)

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA - PE

EMENTA:

Tributário. Processual Civil. Embargos à execução fiscal. Inclusão do frete na base de cálculo do IPI. Impossibilidade.

1 - Preceituam os arts. 46 e 47 do CTN que o IPI tem como hipótese de incidência a prática da industrialização, e fato gerador a saída do produto industrializado do estabelecimento industrial.

2 - Cabendo ao legislador a fixação do fato gerador, bem como da base de cálculo do IPI, recaindo o imposto sempre no produto e não no negócio com o produto, incabível se apresenta a inclusão do frete na base de cálculo do aludido imposto, fenômeno econômico este ocorrido depois da saída do produto do estabelecimento industrial.

3 - Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 9 de maio de 2000 (data do julgamento).

JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA: Cuida a hipótese de remessa oficial interposta à sentença de fls. 345 a 357, da lavra do MM. Juiz Roberto Wanderley Nogueira, da 1ª Vara Federal-PE, que concluiu por julgar procedentes os presentes embargos à execução fiscal, ao fundamento de que é indevida a inclusão do valor do frete pago às transportadoras na base de cálculo do IPI.

Ao final, declarou insubsistente o título que lastreia a execução fiscal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA (Relator): Trata-se de remessa oficial interposta à sentença que concluiu por julgar procedentes os presentes embargos à execução fiscal, ao fundamento de que é indevida a inclusão do valor do frete pago às transportadoras na base de cálculo do IPI. Ao final, declarou insubsistente o título que lastreia a execução fiscal.

Sabe-se que a base de cálculo ascendeu a elemento essencial na definição do tributo, conforme o pioneirismo de Alfredo Augusto Becker:

"Resumindo, o espectro atômico da hipótese de incidência da regra de tributação revela que em sua composição existe um núcleo e um, ou mais, elementos adjetivos. O núcleo é a base de cálculo e confere o gênero jurídico ao tributo.

Os elementos adjetivos são todos os demais elementos que integram a composição da hipótese de incidência. Os elementos adjetivos conferem a espécie àquele gênero jurídico de tributo".

Ao que comenta Paulo de Barros Carvalho:

"Becker percebeu, com muita acuidade, a importantíssima função da base de cálculo, na intimidade existencial da proposição jurídica que institui o tributo. Da obra do jurista gaúcho, pioneira em quase todos os sentidos, até os nossos dias, vários trabalhos de conteúdo analítico foram sendo tecidos pela doutrina, em termos de oferecer um panorama altamente elucidativo sobre o assunto".

No tocante ao fato gerador e à base de cálculo do Imposto sobre Produtos

Industrializados, o Código Tributário Nacional, em seus artigos 46 e 47, preceitua:

"Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;

II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do art. 51;

III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para consumo".

"Art. 47. A base de cálculo do imposto é:

I - no caso do inciso I do artigo anterior, o preço normal, como definido no inciso II do art. 20, acrescido do montante:

do Imposto sobre a Importação;
das taxas exigidas para entrada do produto no País;
dos encargos cambiais efetivamente pagos pelo importador ou dele exigíveis;
II - no caso do inciso II do artigo anterior:

o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria;
na falta do valor a que se refere a alínea anterior, o preço corrente da mercadoria, ou sua similar, no mercado atacadista da praça remetente;
III - no caso do inciso III do artigo anterior, o preço da arrematação".

Em consonância com tal preceito, Ives Grandra da Silva Martins, em seu Curso de Direito Tributário, 5ª edição, doutrina:

"O fato gerador se contém, em pelo ou menos um de seus aspectos, dentro da hipótese de incidência, considerada como fenômeno econômico tributado. No caso do IPI, a hipótese é a prática da industrialização. O fato gerador é a saída do produto já industrializado. O contribuinte o é, se tiver relação pessoal e direta com a situação dada, que constitua, dentro do fenômeno tributado, o fato gerador... Em conclusão:

a substância econômica onerada pelo IPI é o valor da operação de industrialização, de conformidade com as condições previstas no art. 46, parágrafo único, do CTN. Mas a obrigação só surge com a ocorrência do fato gerador, que é posterior ao término da operação tributada. A industrialização determina o valor da base de cálculo, e a saída, que pode ser bem posterior, determina o surgimento da obrigação".

Por sua vez, Aliomar Baleeiro em seus comentários ao art. 47, II, a, do CTN, registra:

"II. BASE PARA OS PRODUTOS NACIONAIS OU BENEFICIADOS NO PAÍS - Em relação às mercadorias de produção nacional ou parcialmente modificadas e beneficiadas no Brasil, a base de cálculo será o valor da operação pela qual a mercadoria saiu do estabelecimento do contribuinte de iure. Tal operação, na imensa maioria dos casos, é a compra-e-venda feita pelo produtor ou comerciante, ou pelas pessoas equiparadas a um ou ao outro. Excepcionalmente, poderá ser outro negócio jurídico com valor definido e incontestável.

Mas o imposto sobre produtos industrializados, tendo como fato gerador o fato material da saída de mercadoria, abstrai o motivo jurídico desta e é exigível em qualquer circunstância em que ocorra tal saída, ainda que ela não se prenda a uma compra-e-venda ou negócio com valor definido e claro. Pode ocorrer, p. ex., o caso de integração vertical ou horizontal entre unidades da mesma empresa ou de empresas do mesmo grupo econômico. Até mesmo pode ocorrer doação ou destino a uso próprio do contribuinte. O imposto recai no produto e não no negócio com o produto. O negócio não é fato gerador, mas apenas base de cálculo, quando para isso oferece préstimo.

Em tais casos de inexistência ou insegurança do valor da operação, o Fisco toma para base de cálculo o preço corrente da mercadoria, ou sua similar, no mercado atacadista da praça do remetente.

Quanto ela custa nas vendas por atacado em estabelecimentos congêneres do mesmo local. E se não houver atacadistas na mesma praça? Poder-se-á admitir razoavelmente o preço por atacado na praça mais próxima em que se opere nas mesmas condições de prazo etc. Não há de ser raro o caso de um fabricante ser o único de determinado produto num município".

Com efeito, coube ao legislador fixar o fato gerador, bem como a base de cálculo ao instituir o IPI, respeitada a limitação prevista na lei complementar, tendo como hipótese de incidência o fenômeno econômico, qual seja, a prática da industrialização e como fato gerador a saída do produto já industrializado, recaindo o imposto sempre no produto e não no negócio com o produto. Logo, não é razoável a inclusão do frete na base de cálculo do aludido imposto, fenômeno econômico este que ocorre depois da saída do produto do estabelecimento industrial.

Neste sentido, se houve a jurisprudência desta egrégia Corte, conforme o aresto a seguir ementado:

"EMENTA: Tributário. Base de cálculo do IPI.

I - Não se reconhece o cancelamento do débito com fundamento na Lei 7.450/85 e no Decreto-lei 2.303/86, em razão de o valor apurado ser superior à dispensa emanada daqueles dispositivos legais.

II - O frete, que se constitui despesa de transporte, não integra a base de cálculo do IPI incidente sobre a mercadoria cujo fato gerador é a saída do produto do estabelecimento industrial, porque não se apresenta como componente da operação de que decorre o fato gerador do imposto, mormente quando a saída se dá com a cláusula CIF.

III - Exegese do art. 63, § 1º, II, c/c art. 29, II, do Decreto 87.981/82.

IV - Apelação provida. Embargos procedentes".

(AC 10.372-PE, decisão unânime, data do julgamento 17.11.91, Rel. Juiz Araken Mariz).

Ante tais fundamentos, restando incabível a inclusão do frete na base de cálculo do IPI, irreparável se apresenta a decisão monocrática que concluiu por procedentes os presentes embargos à execução.

Por tais razões, nego provimento à remessa oficial.

É o meu voto.

REMESSA EX OFFICIO Nº 183.793-PE

Relator: O SR. JUIZ **LÁZARO GUIMARÃES**

Parte Autora: MARIA IZABEL WANDERLEY

Parte Ré: UNIÃO FEDERAL

Advogado: DR. MARCELO WALTER MOREIRA (PARTE A)

EMENTA:

Previdenciário. Viúva de ex-combatente que atuou em vigilância de litoral nordestino durante a Segunda Guerra Mundial. Direito a pensão integral (Lei 1.756/56). Prescrição progressiva que não atinge o fundo do direito. Remessa improvida.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 2 de maio de 2000 (data do julgamento).

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): Trata-se de remessa ex officio de sentença que julgou procedente pedido de pensão deixada por ex-combatente que atuou no patrulhamento do litoral brasileiro durante a Segunda Guerra Mundial.

Contra-razões pela confirmação do decisório.

Dispensei revisão, por se tratar de matéria predominantemente de direito.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): O autor comprovou, mediante

documento de fls. 09, que realizou patrulhamento e atividade de segurança no litoral brasileiro. Deve ser considerado ex-combatente, de acordo com jurisprudência dominante neste Tribunal, aquele que comprove que o Batalhão em que serviu o militar participou de manobra de guarnição da costa brasileira.

Está, por isso, sob a proteção da Lei 5.315/67, que faz incluir no conceito de participação em operações bélicas o deslocamento do militar para cumprir a missão de vigilância e patrulhamento do litoral.

Nesse sentido, vem decidindo esta Turma, como se depreende de acórdão da lavra do eminente Juiz Petrucio Ferreira, assim ementado:

"Ex-combatente. Não sendo de natureza constitucional a Lei 5.315/67, não há como, em face de interpretação restritiva emprestada ao conceito de ex-combatente, em seu artigo 1º, negar-se o benefício da aposentação especial aos 25 anos, dos elencados nas Leis 288/48, 616/49, 1.156/60 e 5.698/71. Considerando ter abrigado o artigo 53 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da vigente Carta Magna, em seu corpo, o disposto no art. 1º da referida Lei 5.315/67, a partir de 05.10.88 fará jus a tal benefício somente quem se conformar ao conceito de ex-combatente ali consagrado, com ressalva àquele que provar tenha adquirido direito ao mesmo benefício, antes da data da promulgação da Carta vigente. Objetivando, no entanto, em ação declaratória, a percepção de direitos privativos de militar reformado e não se fazendo prova de tal qualidade, é de julgar-se improcedente a ação. Tem-se por providas a apelação e a remessa de ofício".

(AC 1231/89-RN, Rel. Juiz Petrucio Ferreira, 2ª T., DPJ 31.10.89, p. 31).

Por essas razões, nego provimento à remessa oficial.

REVISÃO CRIMINAL Nº 12-PE

Relator: O SR. JUIZ **GERALDO APOLIANO**

Requerente: WILTON BATISTA DE MOURA

Requerida: JUSTIÇA PÚBLICA

Advogados: DRS. JOÃO FERREIRA DE ALMEIDA E ALEXANDRE J. DE ALENCAR ARARIPE (REQTE.)

EMENTA:

Processual Penal. Revisão criminal. Ausência de prova do trânsito em julgado da sentença condenatória. Diligência não cumprida pelo requerente. Petição inicial que não especificou os fundamentos legais nos quais se baseia a ação. Petição inicial que se indefere, ante a ausência de pressuposto elementar ao conhecimento da ação revisional.

1. É pressuposto elementar para o conhecimento da ação revisional, a existência de um processo com sentença condenatória trânsita em julgado.
2. Inicial que não especifica os fundamentos legais da Revisão, circunscrevendo-se a argüir o cerceamento de defesa, por ocasião da oitiva das testemunhas.
3. Indeferimento, ante a ausência de pressuposto elementar ao conhecimento da ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, entre partes acima identificadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, indeferir a petição inicial da ação revisional, nos termos do relatório, voto do Juiz Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que fazem parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 9 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

JUIZ GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO: Revisão criminal do interesse de Wilton Batista de Moura, qualificado nos autos, que postula, em síntese, o reconhecimento de que a sentença a quo merece ser reformada, em face de haver, no processo, prova cabal de "cerceamento de defesa" (fls. 8).

Em favor do que se postula, são feitas as seguintes alegações: a) inexistência de indícios suficientes à condenação; b) cerceamento de defesa quando da oitiva das testemunhas. O íncrito Parquet, em opinativo, rechaçou as arguições expendidas (fls. 54/58). É o relatório. Ao eminente Revisor (inciso II do artigo 31 do Regimento Interno).

VOTO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): Não merece ser conhecido o presente pedido de Revisão.

No caso como o de que se cuida, o ônus da prova se inverte, tornando-se, como bem leciona Fernando da Costa Tourinho Filho, *actori incumbit probatio* ¹.

Com efeito, cabe ao autor o esforço para demonstrar que a sentença transitada em julgado foi prolatada dentro do espectro definido pela lei (art. 621 do CPP), como suficiente para ensejar reforma.

Tenho que o pedido carece dos requisitos necessários ao deferimento. A uma, porque, após haver sido determinada, por duas vezes, diligência, não se encontra o pedido instruído com a prova do trânsito em julgado da sentença condenatória, basilar para que seja conhecida a ação;

a duas, porque nenhuma das alegações do requerente funda-se nas determinações ínsitas no art. 621 do Código de Processo Penal.

A prova do trânsito em julgado da sentença condenatória, dessa forma, é pressuposto do próprio conhecimento do recurso, jungindo-se o elenco do art. 621 do CPP à plausibilidade da invocação, ou seja, ao mérito do pedido revisional.

Sobre o tema, vale transcrever o que assevera Damásio E. de Jesus ²:

"CABIMENTO DA REVISÃO CRIMINAL

quando a decisão condenatória transitou em julgado em primeiro grau;

b) quando transitou em julgado na instância superior".

Ainda, sobre a matéria, eis o que preleciona Fernando da Costa Tourinho Filho ³:

"Pressuposto primordial da revisão é a existência de um processo criminal com a sentença condenatória trânsita em julgado. Assim, desde que alguém tenha sido condenado, pouco importando a pena, sendo despicienda a circunstância de ter sido esta cumprida ou não, se a sentença se tornou insuscetível de reexame, sejam porque ficaram preclusas as vias recursais, seja por terem sido percorridas todas as instâncias, satisfeita estará a primeira condição de admissibilidade do juízo revisional".

A jurisprudência, por seu turno, adverte:

"Revisão criminal - Pressuposto de admissibilidade - Ausência das hipóteses (art. 621/CPP) - Redução da pena - Ausência de erro técnico - Regime prisional - Lei 8.072/90, art. 2º - Ausência de vício inconstitucional - Preliminar rejeitada - Ação parcialmente procedente.

1. O pressuposto de admissibilidade do pedido de revisão criminal é o trânsito em julgado da sentença condenatória, estando as hipóteses elencadas no art. 621 do Código de Processo Penal intimamente ligadas ao exame do mérito do pedido de revisão.

2. Preliminar rejeitada.

3. A rescisão da sentença condenatória, no âmbito da revisão criminal, é possível quando a decisão revidada for contrária à evidência dos autos, o que não ocorreu no presente caso.

4. A redução da pena, em sede de revisão criminal, é condicionada ao comprovado erro técnico ou à injustiça explícita do julgado, caracterizada sempre pela violação ao texto ou vontade da lei.

5. A majorante prevista no inciso III do artigo 18 da Lei 6.368/76, decorre da associação criminosa, configurativa de simples concurso de agentes (co-autoria ou participação) (grifei).

6. Ação improcedente".

(TRF 3ª Região, Relator Des. Oliveira Lima, j. 16.12.98, DJ 09.02.99).

"Processo Penal. Revisão criminal. Trânsito em julgado da sentença.

Indeferimento liminar. Incensurabilidade da decisão, tanto mais que não impeditiva da renovação do pedido, instruído, no mínimo, quanto àquela condição básica da ação".

(STJ, HC 1847/RJ, Relator Min. José Dantas, j. 05.05.93, DJ 17.05.93, unân.).

O princípio da busca da verdade real, in casu. norteador do Direito Penal, foi observado, por intermédio da realização de diligências para sanear a omissão, só não colhendo os resultados perquiridos, em face da inércia do autor.

Observo, ainda, que o requerente não especificou, dentre as hipóteses do art. 621 do CPP, aquela em que estaria fundada a sua pretensão, circunscrevendo-se a afirmar que houve, por ocasião da oitiva das testemunhas, "cerceamento de defesa".

De fato, determina o art. 621 do Código de Processo Penal:

"Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição da pena".

Não me parece que a via eleita seja idônea para o pretendido reexame de provas;

incumbe à parte irresignada fazer uso, no momento oportuno, dos instrumentos recursais específicos.

Quadra colecionar, sobre o tema, julgado deste egrégio Sodalício:

- Processual Penal. Revisão criminal (art. 624, I, do CPPB). Tráfico internacional de entorpecentes. Reexame de provas. Materialidade e autoria comprovadas. Decisão em conformidade com as provas carreadas aos autos.

1. Não é a revisão criminal a via adequada para reexame de prova uma vez que a sua natureza não é de simples recurso.

2. Réu condenado pela prática do crime tipificado no art. 12 da Lei nº 6.368/76.

3. Restando comprovadas, pelos elementos probatórios, a autoria e a materialidade do delito, não há que se falar em decisão contrária aos autos.

4. Revisão improcedente".

(Revisão Criminal nº 13-PE, Relator Juiz Araken Mariz, j. 07.10.98, DJ 06.11.98, unân) (grifei).

Esforçado nessas razões, e por faltar pressuposto elementar ao seu conhecimento, indefiro a petição inicial.

É como voto.

¹ Tourinho Filho, Processo Penal, vol. 4, Saraiva, 20ª edição, p. 604.

² In Código de Processo Penal Anotado, Saraiva, 15ª edição, p. 455.

³ Obra citada, p. 583.