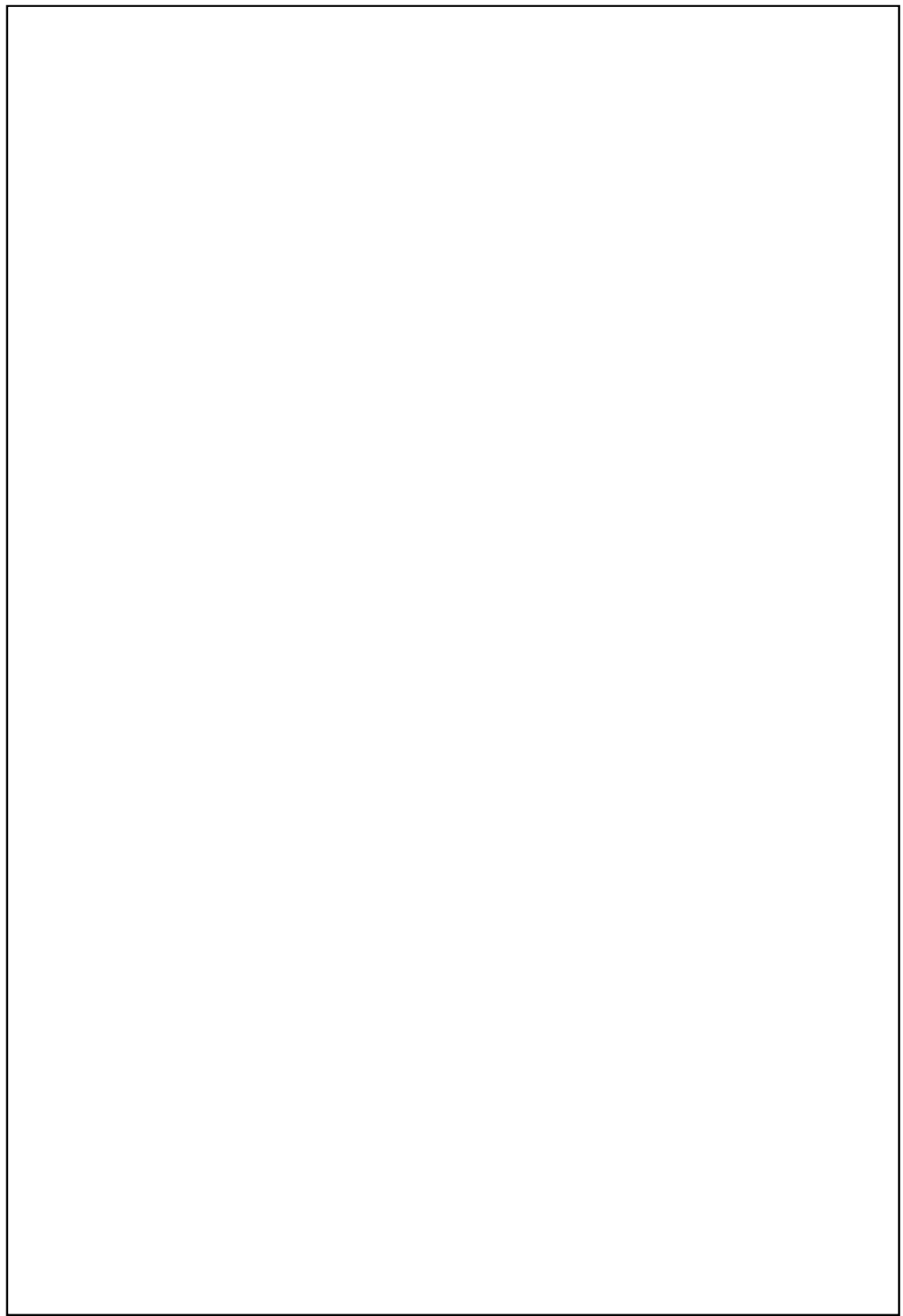


**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
5ª REGIÃO**

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

Número 61 - Julho/Setembro - 2005

R. TRF 5ª Região, nº 61, p. 1 - 311, Julho/Setembro - 2005



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

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

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

Administração

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

GABINETE DA REVISTA:

Diretor
DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO

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

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

Apoio Técnico e Diagramação
ARIVALDO FERREIRA SIEBRA JÚNIOR
NIVALDO DA COSTA VASCO FILHO

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

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

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

Vendas e assinaturas: Fone: 0800-7072244
Assinaturas: Fone: (11) 2188-7478
www.iob.com.br

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

Trimestral

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

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

CDU 34(05)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00 -
Presidente

Desembargador Federal

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01 - Vice-Presidente

Desembargador Federal

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00 - Corregedor

Desembargador Federal

RIDALVO COSTA - 30.03.89

Desembargador Federal

PETRUCIO FERREIRA DA SILVA - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA - 29.04.92

Desembargador Federal

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS - 13.03.96

Desembargador Federal

UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - 03.12.97

Desembargadora Federal

MARGARIDA CANTARELLI - 09.12.99

Desembargador Federal

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - 03.07.00
Diretor da Revista

Desembargador Federal
NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - 03.07.00

Desembargador Federal
PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA - 19.09.01

Desembargador Federal
FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03

Desembargador Federal
MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

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

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

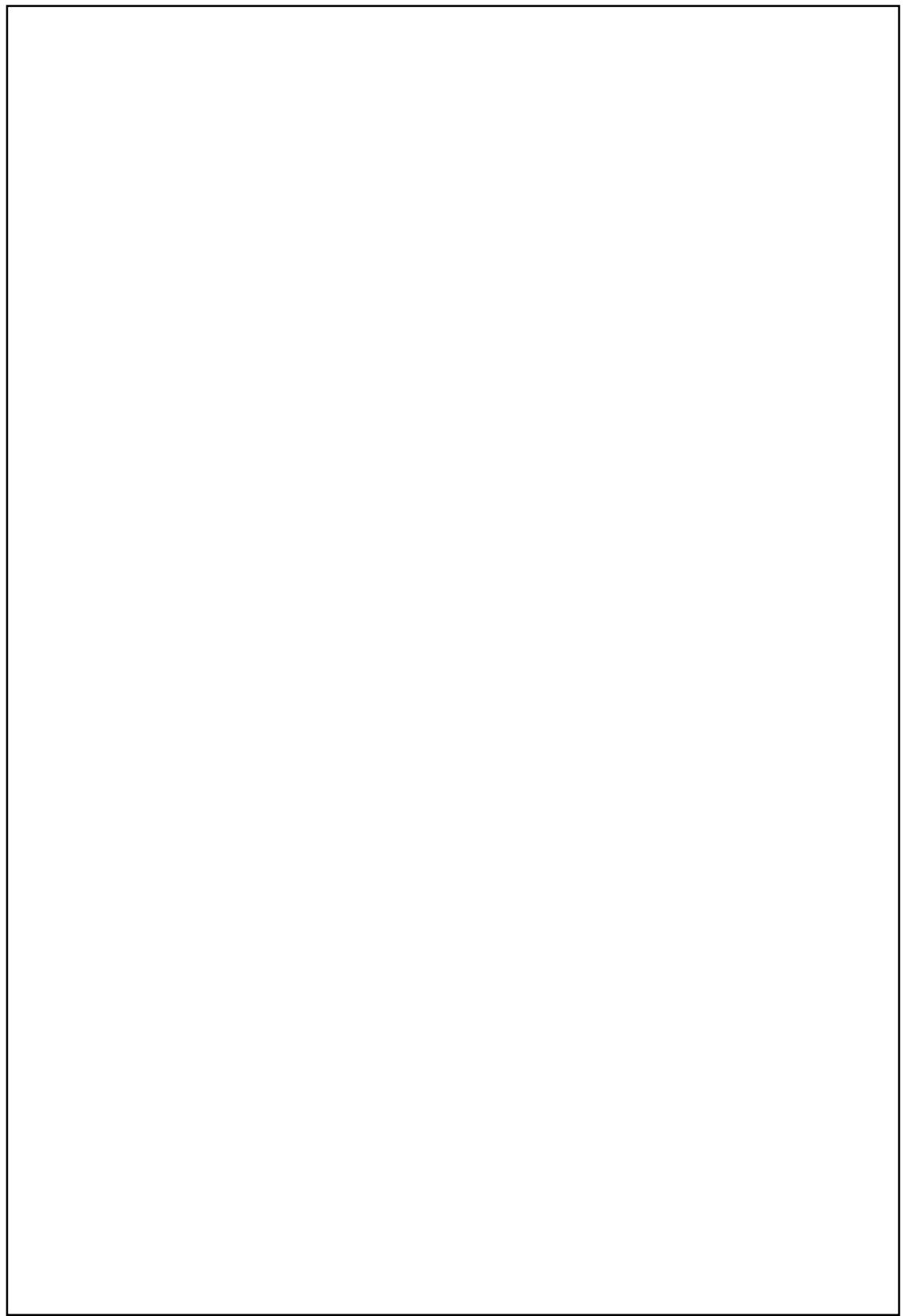
Desembargador Federal NAPOLEÃO MAIA FILHO - Presidente
Desembargador Federal PETRUCIO FERREIRA
Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

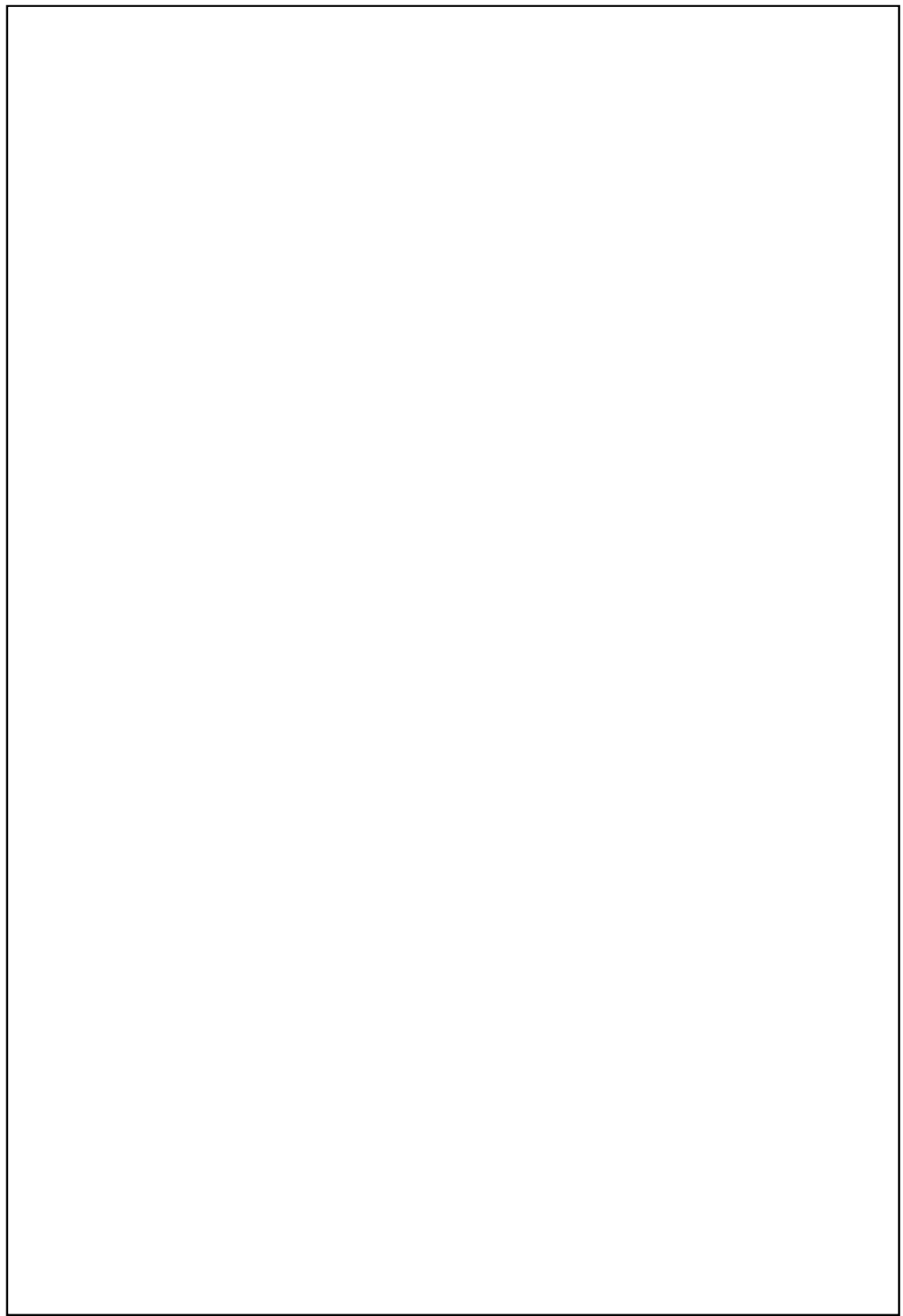
QUARTA TURMA (terças-feiras)

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

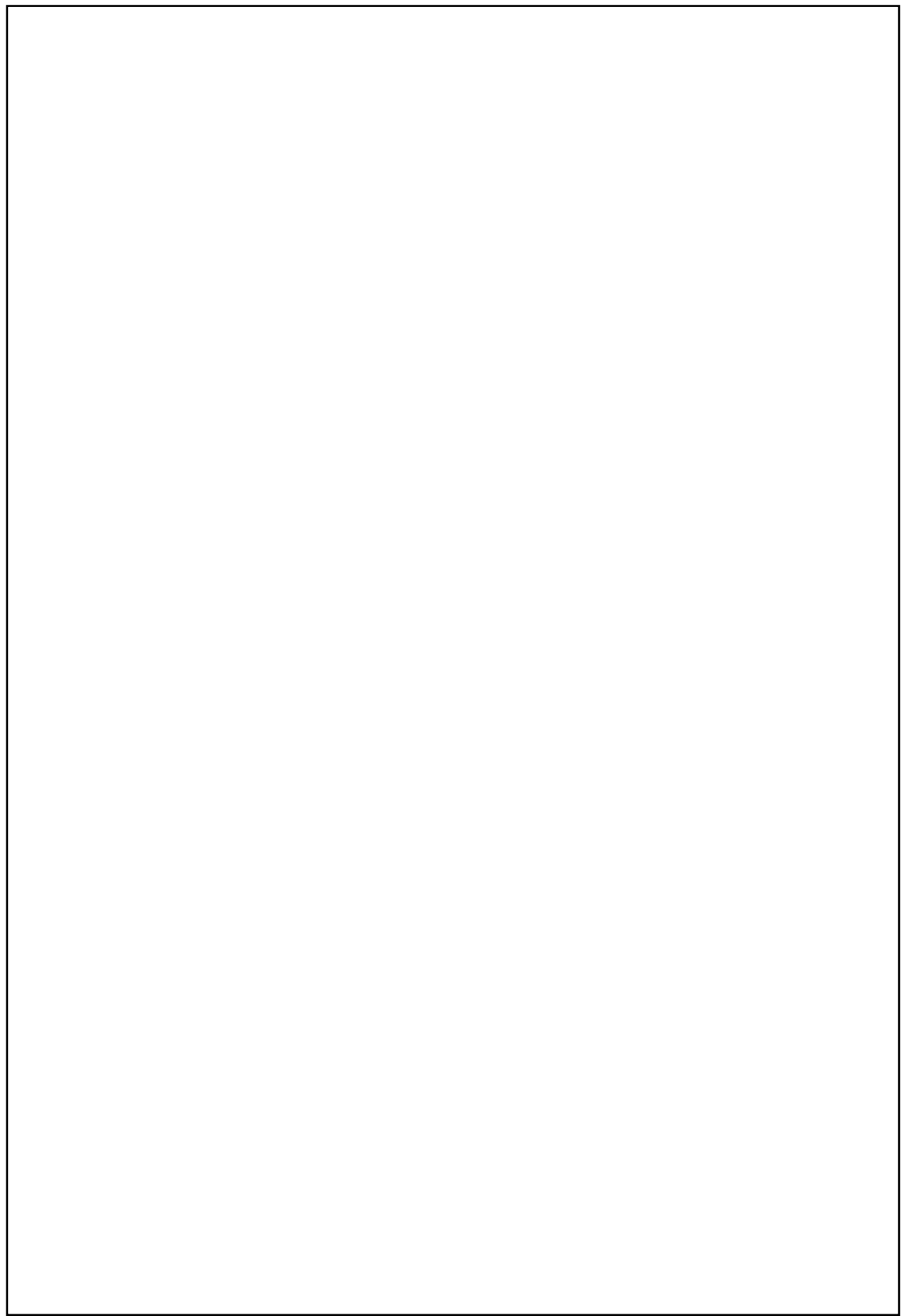


SUMÁRIO

I - Decisões	13
II - Jurisprudência	67
III - Índice Sistemático	295
IV - Índice Analítico	299



DECISÕES



AGRAVO EM SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 3.557-PE

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - PRESIDÊNCIA
Requerentes: ESTADO DE PERNAMBUCO E COMPESA - CIA/
PERNAMBUCANA DE SANEAMENTO
Requerido: JUÍZO DA 8ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
(PETROLINA)
Partes A.: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, MINISTÉRIO
PÚBLICO ESTADUAL E IBAMA - INSTITUTO BRA-
SILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS
NATURAIS RENOVÁVEIS
Partes R.: ESTADO DE PERNAMBUCO E COMPESA - CIA/
PERNAMBUCANA DE SANEAMENTO
Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Repte.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDA-
DE
Advs./Procs.: DRS. ANTONIO CESAR CAULA REIS E OUTROS
E LEDA MARIA SILVESTRE E OUTROS (REQTES.)

DECISÃO (RECONSIDERAÇÃO)

O ESTADO DE PERNAMBUCO e a COMPANHIA PERNAMBUCANA DE SANEAMENTO – COMPESA formularam, com arri-mo no art. 4º da Lei nº 8.437/92, e no art. 12 da Lei nº 7.347/85, pedido de suspensão de liminar concedida nos autos da Ação Civil Pública nº 2004.83.08.000728-9, ajuizada, conjuntamente, pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

Historiaram que, “acusando o sistema de esgotamento sani-tário e a canalização dos recursos hídricos do município de Petro-lina como agente causador de danos ao meio ambiente e à saúde pública, especialmente pelo lançamento de dejetos na bacia do Rio São Francisco, intentaram o Ministério Público Federal e do Estado de Pernambuco, em medida conjugada, a ação civil públi-ca (com pedido de liminar) cumulada com indenização por perdas e danos causados ao meio ambiente e à saúde pública em desfa-vor dos dois requerentes (...), bem como contra o Município de Petrolina, a Agência Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídri-

cos (CPRH), o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis (IBAMA) e a Fundação Nacional de Saúde (FNS)". Insurgiram-se contra a parte da liminar que determinou "a suspensão da atividade poluidora da COMPESA, ou seja, do despejo de esgoto não tratado no Rio São Francisco, por meio da restauração e manutenção adequadas das estações de tratamento de esgoto referidas no laudo pericial lavrado pela CPRH, e outras medidas eventualmente necessárias", tendo o Juízo *a quo* concedido o prazo de 120 dias para a completa recuperação das estações de tratamento de esgoto que derivem seus dejetos no Rio São Francisco, sob pena de multa diária, no montante de R\$ 10.000,00. Consignaram que o prazo já estaria se esgotando, apesar dos esforços da COMPESA no sentido de cumprir a integralidade das exigências estabelecidas. Ressaltaram a competência da Presidência desta Corte Regional para a apreciação do pedido de suspensão, bem como a legitimidade ativa das requerentes. Entenderam configurado o manifesto interesse público no sobrestamento da medida guerreada, com a caracterização de lesão à ordem, à saúde, à economia e à segurança públicas. Ressaltaram que a decisão judicial vergastada interferiria em toda a estrutura de esgotamento sanitário e coleta de água do Município de Petrolina e adjacências, área geográfica de vital importância para todo Estado de Pernambuco. Sublinharam que o *decisum* se imiscuiria na macropolítica de saneamento básico, matéria que seria típica da Administração Pública, bem como atribuiria à COMPESA a condição de exclusivo responsável pela poluição do Rio São Francisco, o que não seria correto, tendo salientado a responsabilidade nacional em relação ao problema. Asseveraram que a decisão liminar teria olvidado a dependência quanto à prévia existência de recursos orçamentários específicos, tendo realçado a ausência de dotação orçamentária própria a suprir integralmente os valores demandados para o atendimento da determinação judicial. Afirmaram a desestruturação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão firmado entre a COMPESA e o Município de Petrolina, impondo deveres sem a correspondente previsão legal ou contratual. Invocaram o princípio da proporcionalidade dos danos, assim como a condição privilegiada em que se situaria o Município de Petrolina, em termos de domicílios atendidos pela rede coletora. Descreveram as obras que estariam sendo realizadas.

A MD Desembargadora Federal Presidente à época deferiu o pedido de efeito suspensivo em decisão de fls. 37/42.

O Ministério Público Federal interpôs agravo, com pedido de reconsideração, contra a referida decisão. Dissertando sobre a relação entre a COMPESA e o Município de Petrolina, realçou que “os danos ambientais decorrentes da inadequada execução dos objetivos acordados no contrato de concessão pública, onde se confiou à COMPESA os serviços de esgotamento sanitário de Petrolina/PE, são de responsabilidade sua, pois o inadequado lançamento de efluentes no Rio São Francisco é resultado da má prestação dos serviços por parte da Agravada, devendo responder por isso, solidariamente, o Estado de Pernambuco, responsável pela administração da Companhia”. Consignou que não se poderia falar na imposição de ônus insuportável à COMPESA, tendo em conta a sua responsabilidade contratual. Teceu considerações sob o tipo de responsabilidade da companhia – objetiva – em face do princípio do poluidor-pagador. Defendeu que não teria sido afastada, pela liminar, a responsabilidade do Estado de Pernambuco, do Município de Petrolina e das demais pessoas acionadas na ação civil pública, aos quais também teriam sido impostas obrigações. Argumentou que não haveria violação à ordem econômica, tendo em conta que não estaria caracterizada surpresa financeira, haja vista que a CPRH já teria apontado, em outubro de 2002 e novembro de 2003, a irregularidade do lançamento de esgoto *in natura* nas águas do Rio São Francisco. Sublinhou que a COMPESA já tinha previsto, em junho de 2004, a restauração e manutenção de diversas estações de tratamento de esgoto. Salientou que as obras realizadas pela COMPESA seriam devidas à atuação do MP, porquanto, embora responsável pelo esgotamento sanitário do município desde 1975, a companhia não dispunha de um sistema de tratamento capaz de evitar a poluição. Defendeu a multa imposta pelo Juízo, como imprescindível para garantir a implementação das obras necessárias. Afirmou que se o prazo de cumprimento estivesse curto, deveria a COMPESA vir aos autos, demonstrando qual o prazo hábil. Além disso, aduziu que, em vista da liminar, a COMPESA quase teria firmado termo de ajuste de conduta. Teceu considerações sobre o meio ambiente como direito fundamental e sobre os princípios da precaução e da prevenção. Finalmente,

definiu que “deve o Julgador, como autoridade reitora da marcha processual, responder com uma entrega jurisdicional eficaz, de maneira que os direitos fundamentais à demora razoável do processo e a um Meio Ambiente equilibrado e sadio à boa qualidade de vida sejam traduzidos na eficácia de que trata o §1º do art. 5º da CF”.

É a síntese.

Inicialmente, não se olvide a competência da Justiça Federal *in casu*, tendo em conta que a pretensão em litígio envolve bem público pertencente à União: o Rio São Francisco (STJ, Terceira Seção, CC nº 33987, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 10.11.2004, publ. em *DJ* de 17.12.2004). Outrossim, a legitimidade dos Ministérios Públicos Estadual e Federal e o instrumento por eles manejado (ação civil pública) guardam compatibilidade com os direitos a proteger, *ex vi* da Lei nº 7.347/85.

Penso que deve ser reconsiderada a decisão de fls. 37/42, indeferindo-se, por consequência, o pedido de suspensão de liminar formulado pelo ESTADO DE PERNAMBUCO e pela COMPE-SA.

Reza a Constituição Federal de 1988 (com negritos acrescidos):

*“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o **bem-estar**, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (...).*

(...)

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

*VI – **proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;***

(...)

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se

ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Observe-se que a preocupação com o meio ambiente, reputado bem de uso comum do povo, representativo de direito subjetivo e vinculado, essencialmente, ao direito à vida, encontra guarida na Constituição Federal de 1988, seja no prelúdio, com a referência a bem-estar, seja no corpo propriamente dito do Texto Constitucional, sobrelevando a preocupação com a atribuição de responsabilidade a todos os entes da Federação e, mais que isso, à sociedade. Há muito se tem observado um movimento de confirmação dessa responsabilização alargada, percebida em função do necessário vínculo que se estabelece entre as pessoas – quer queiram, quer não queiram –, por sofrerem, todas elas, os reflexos da ação sobre o meio ambiente, mesmo porque os resultados dessa atuação não distinguem poluidores de não poluidores, denegridores de não denegridores, alcançando o conjunto social como um inteiro. Demais disso, o ordenamento jurídico não se limitou a enunciar um “direito ao meio ambiente”, apresentando-o juntamente com uma série de garantias de concretização, mesmo porque se está diante de um bem cuja reconstituição é, em muitos casos, inviável ou extremamente demorada, não sendo coerente a menção meramente programática.

A relevância do assunto é tal que se fala hoje de um “Estado Ambiental de Direito”: “Hoy se habla del estado ambiental (Lettera) como fórmula superadora constitucional (después del estado de derecho y del estado social) para significar que la preocupación ambiental es la determinante em la forma de estado de nuestros días. Afirmar el estado ambiental de derecho (Montoro Chiner) no es sólo una apuesta ideológica sino que supone sobre todo importantes consecuencias prácticas”¹. Drobenko, versando sobre normas jurídicas internacionais, salienta que “la déclaration de Madère s’inscrit dans cette approche nouvelle puisqu’elle précise que ‘les autorités étatiques, regionales et locales ont l’obligation fondamen-

¹ FRAGA, Jesús Jordano. “El derecho ambiental del siglo XXI”. *In Revista de Direito Ambiental*. Nº 36. Out./Dez., 2004, p. 211/212.

tale de prévenir la dégradation et l'épuisement de la ressource en eau, en particulier en appliquant le principe de précaution"².

Dessa evolução, decorreram o desenvolvimento e a importância assumidos pelo Direito Ambiental, ao qual se conferiu, inclusive, autonomia como ramo do Direito, sobretudo no que diz respeito à composição de uma base de princípios.

Princípio se traduz por começo, origem, causa, germe, base, razão, “verdades primeiras”³. Trata-se, por conseguinte, de uma expressão a qual se pode atribuir várias acepções: princípio como designação do que inicia, do que precede, de proveniência; princípio como preceito fundamental, como núcleo, alicerce ou suporte essencial de um sistema; princípio como elemento motivador, movente e de identificação de uma estrutura, mandamento determinante, justificador, diretivo e de percepção. É vocábulo que se pode dizer plurívoco, não obstante deva se reconhecer que, de certo modo, todos os seus sentidos convergem para a idéia de fonte (de raiz, de sustentação e de movimento). Miguel Reale define-os como “‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da *praxis*”⁴. Os princípios jurídicos ou princípios de direito podem ser identificados, inicialmente, como enunciados fundamentais embaixadores do direito, as razões formadoras e edificadoras do sistema jurídico e das suas estruturas e instituições. Celso Antônio Bandeira de Mello, sempre citado na matéria, assevera que princípio “é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes

² DROBENKO, B. “Les nouveaux grands principes du droit moderne de l'eau”. In *Revista de Direito Ambiental*. Nº 25. Jan./Mar., 2002, p. 50.

³ V. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 228-229.

⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 305.

o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”⁵.

Os princípios têm avultado como verdadeiras normas de conduta, e não meramente como diretrizes hermenêuticas, realçando-se, hodiernamente, a distinção entre regras jurídicas e princípios jurídicos, sendo ambos normas jurídicas. Despertou-se, por assim dizer, para o fato de que os princípios jurídicos – escritos ou implícitos – representam as bases sobre as quais o direito se constrói e das quais ele deriva (as regras jurídicas, inclusive, seriam concreção dos princípios), ou, dito de outro modo, os elementos fundamentais que inspiram o sistema jurídico e que, portanto, devem funcionar como orientadores preferenciais da interpretação, da aplicação e da integração normativa, com o conseqüente afastamento de uma postura mais legalista. Mais que isso, vislumbrou-se que os princípios de direito não estão localizados fora do sistema jurídico positivo (no direito natural, *exempli gratia*), mas sim no seu interior (com promoção da unidade e da coerência sistêmica), conquanto não se confundindo com as regras jurídicas, bem como que, muitos deles, embora não consagrados com estrutura de regra jurídica ou especificados como proposições jurídicas escritas particulares, detêm normatividade, dada a função que lhes é reservada⁶.

Paulo Bonavides bem analisa a evolução observada no processo de juridicização dos princípios. Destaca ele a existência de três fases. A primeira é chamada jusnaturalista e nela “os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça”. Nessa etapa, os princípios eram concebidos como “axiomas jurídicos”, “normas universais de bem obrar”, decorren-

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 629-630.

⁶ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 89-99.

tes de um direito ideal⁷. A segunda fase, é a juspositivista, na qual os princípios eram considerados como “fontes normativas subsidiárias”, derivadas da própria lei, confirmadores, assim, do império da norma legal, tendo em conta que afastariam, por sua atribuição supletória, a possibilidade de lacunas⁸. Por fim, tem-se a fase do pós-positivismo. Nesse momento, aos princípios se confere a normatividade inerente ao conceito de direito, fundada na generalidade e na “fecundidade” (Domenico Farias), ou seja, atribui-se-lhe a condição de “fonte primária de normatividade”, de “normas-chaves de todo o sistema jurídico”. Bonavides sublinha, em relação a essa fase, que “as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”, bem como que, ao lado do processo de constitucionalização dos princípios, teve particular importância, no desenvolvimento da idéia de princípio como norma, o apadrinhamento dos princípios gerais de direito pelas Cortes Internacionais de Justiça⁹. Por fim, Bonavides ressalta que, para a teoria contemporânea dos princípios, deve-se reconhecer a “superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundido com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder”¹⁰.

São princípios de Direito Ambiental, dentre outros, o poluidor-pagador, o da prevenção e o da precaução.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 232 e 234.

⁸ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 235-237.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 237-259.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 259.

Pelo princípio do predador-pagador, está o poluidor obrigado a pagar pela poluição causada ou potencialmente ocasionável. Em outros termos, “impõe-se ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção, reparação e repressão da poluição”¹¹. Importante registro faz a doutrina quanto à finalidade dessa paga: “O custo a ser imputado ao poluidor não está exclusivamente vinculado à imediata reparação do dano. O verdadeiro custo está numa **atuação preventiva**”¹². Enfatiza-se, assim, não a atividade reparatória, mas a prevenção, correspondendo, o princípio da prevenção, ao dever jurídico de impedir a realização de danos ambientais. Através, outrossim, do princípio da precaução (*vorsorgeprinzip*), impõe-se a “ação antecipada diante do risco ou do perigo”¹³, entendendo-se por risco ou perigo a ser evitado a denominada “ameaça sensível”, a dizer, perceptível e que exige uma resposta de pronto. Consoante assevera Paulo Afonso Leme Machado, “a precaução age no presente para não se ter que chorar e lastimar no futuro. A precaução não só deve estar presente para impedir o prejuízo ambiental, mesmo incerto, que possa resultar das ações ou omissões humanas, como deve atuar para a prevenção oportuna desse prejuízo”¹⁴. É do autor, outrossim, a asseveração de que “**contraria a moralidade e a legalidade administrativa o adiamento de medidas de precaução que devam ser tomadas imediatamente**”¹⁵. Ressalte-se, inclusive, que no art. 54, da Lei nº 9.605/98, procedeu-se à incriminação de comportamentos omis-

¹¹ BENJAMIN, Antônio Herman V. “O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental”. In BENJAMIN, Antônio Herman V (coord.). *Dano Ambiental. Prevenção, Reparação e Repressão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 228.

¹² DERANI, Cristiane *apud* MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 11ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 54 (com negritos nossos).

¹³ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 11ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 57.

¹⁴ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 11ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 67.

¹⁵ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 11ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 67 (em destaque).

sivos, relacionados à inexistência de precaução em favor do meio ambiente. O reconhecimento do princípio da precaução produz, fundamentalmente, duas conseqüências: a) a interpretação das regras jurídicas e a atuação do Poder Público e da sociedade devem levar em consideração “a probabilidade ou plausibilidade do dano, em detrimento da certeza”; b) o ônus da prova é invertido em favor do bem ambiental, passando a vigorar o entendimento de que *in dubio pro sanitas et natura*. Em síntese, “a consagração do princípio da precaução estabeleceu verdadeira regra de julgamento na atividade judicial, no sentido da procedência da ação coletiva em defesa do meio ambiente, diante de elementos indiciários quanto à ocorrência efetiva ou potencial de degradações ambientais, amparados cientificamente e demonstrados, que não forem contrariados pelo degradador”¹⁶.

Importa considerar que o realce e a ação conforme esses princípios não podem ser interpretados como impedientes de utilização do meio ambiente pelo homem, mas como mecanismos de garantia do uso adequado dos recursos ambientais e do trato em geral do meio ambiente. Embora atinente a problema ambiental diverso, as considerações seguintes ditadas pela doutrina não apropriadas no presente exame: “A latitude e complexidade do problema em pauta não podem ser minimizadas, ao risco de empobrecer a análise de um tema que, a toda evidência, apresenta multifacetados ângulos e intercorrências. Do contrário, a validade da avaliação final pode ficar comprometida, seja por uma extrema- da percepção *naturalista* do meio ambiente, que o veja como algo intocável, seja pelo egoísmo de uma visão tão-só antropocêntrica, que coloque a natureza, incondicionalmente, a serviço do homem e de suas conveniências. Há que encontrar o *medium virtus* entre essas posições exacerbadas, de sorte que possa o homem viver *com e pela* natureza, e não de modo a levá-la à exaustão, tragédia de que o homem se tornaria a *primeira vítima*, como já se verifica em tantos sítios que antes eram hígidos e hoje se encontram de-

¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Transposição das águas do Rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia”. In *Revista de Direito Ambiental*. Nº 37. Jan./Mar., 2005, p. 69.

gradados, assim como tantos cursos d'água, outrora fartos e piscosos, que hoje apenas deixaram um vestígio do antigo vigor no leito poeirento"¹⁷. Desse modo, é relevante consignar que exames deste jaez devem se voltar para a razoabilidade das medidas a concretizar.

Finalmente, observe-se o que dispõe a Lei nº 9.433, de 08.01.1997:

“Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

I - a água é um bem de domínio público;

II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;

(...)

Art. 2º São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos:

I - assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos;

(...)

Art. 9º O enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água, visa a:

I - assegurar às águas qualidade compatível com os usos mais exigentes a que forem destinadas;

II - diminuir os custos de combate à poluição das águas, mediante ações preventivas permanentes”.

Esse é o contexto em que deve ser considerada a questão trazida a deslinde.

O que se constata, *in casu*, é o efetivo lançamento de dejetos (esgoto não tratado) no Rio São Francisco, pela COMPESA, em razão do estado falencial do sistema de esgotamento sanitário do Município de Petrolina, especificamente no que tange às estações de tratamento do esgoto, detendo, exatamente a COMPESA, com exclusividade, desde 1975, o direito de implantar, ampliar, administrar e explorar, industrialmente, os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário do Município de Petrolina, segundo o contrato de concessão de fls. 08/14 (no apenso).

Do laudo exarado em 2002 pela Agência Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos, conhecida como CPRH, extrai-se (por afirmação expressa): que o sistema de esgotamento sanitário da cidade de Petrolina é constituído de rede de coleta, estação elevatória e estação de tratamento; que a cidade de Petrolina foi dividida em 15 sub-bacias, das quais 3 não têm sistema de esgotamento sanitário, 1 não tem sistema de tratamento e em 6 as estações elevatórias não funcionam; que, quanto às estações de tratamento de esgoto, aproximadamente dois terços não funcionam satisfatoriamente (3 efetivamente não funcionam, encontrando-se desativadas e em completo abandono), sendo que todas necessitam de algum tipo de intervenção em suas estruturas físicas; que a COMPESA e a Prefeitura são potenciais degradadores ambientais.

Do relatório expedido pela CPRH, em 2003, sobre a situação das estações de tratamento de esgoto, verifica-se:

	ç
	ç ó ç
	ç ç
	í ç

	<p>í ç</p> <p>ç</p> <p>ó ç í</p> <p>ç</p>
	<p>í ç í</p> <p>í ç ó</p> <p>ç</p>
	<p>í ç</p> <p>í ç</p>
	<p>í ç í</p> <p>í ç ó</p> <p>ç</p>
ô	ç
	ç

	<p>í í Ç í</p> <p>Ç</p> <p>ó</p>
--	----------------------------------

Realce-se que esse fato – o despejamento de esgoto não tratado no rio, com danos ao meio ambiente – não é negado pela companhia requerente, que se limita a argumentar acerca a) da exigüidade de prazo para a efetivação das obras e dos serviços determinados na decisão judicial fustigada; b) do transbordamento da autoridade judicial ao investir sobre a seara político-administrativa de competência da Administração Pública; c) da injusta atribuição à COMPEA de toda a responsabilidade pela poluição do Rio São Francisco; d) do olvido quanto à dependência em relação à prévia existência de recursos orçamentários para a implementação das providências ordenadas; e) da provocação do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão firmado entre a COMPEA e o Município de Petrolina; f) da descon sideração do princípio da proporcionalidade considerada a percentagem da população atendida pela rede coletora.

Nenhum desses argumentos merece acatamento.

Inicialmente, é de se dizer que escassez de prazo para realização das obras e dos serviços imprescindíveis a afastar ou, pelo menos, amenizar os prejuízos ao meio ambiente não pode ser confundida com inviabilidade de efetivação dessas providências. Se o tempo judicialmente concedido se mostrava diminuto, diante da dimensão das medidas a serem implementadas, consoante destacado pela postulante, justificar-se-ia pedido de dilatação de prazo, comprovada a adoção das prestações iniciais, e nunca de suspensão de execução. Em verdade, a asseveração feita pela COMPEA apenas confirma dois aspectos: a negligência da companhia, que permitiu que as coisas chegassem ao estágio de degradação espelhado nos autos, e a urgência do prosseguimento do cumprimento da liminar.

Frise-se, em acréscimo, que, desde a concessão da suspensão da liminar nestes autos, já decorreram quase cinco meses, não tendo a COMPESA informado qualquer tipo de providência adicional.

Não vislumbro, outrossim, tenha o Magistrado adentrado na seara exclusiva da Administração Pública. É certo que às autoridades administrativas incumbe definir as políticas de saneamento básico da cidade, em relação às quais o Poder Judiciário não pode efetuar inserções atinentes à conveniência e à oportunidade. De outro lado, entretanto, frente ao Princípio da Separação (equilíbrio) de Poderes, cabe ao Poder Judiciário realizar o controle de legalidade e de legitimidade dos atos da Administração Pública. Como dito pelo Supremo Tribunal Federal, “sem embargo de diversidade de modelos concretos, o princípio da divisão de poderes, no Estado de Direito, tem sido sempre concebido como instrumento da recíproca limitação deles em favor das liberdades clássicas: daí constituir em traço marcante de todas as suas formulações positivas os ‘pesos e contrapesos’ adotados” (trecho da ementa da ADI 3046/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15.04.2004, publ. em *DJ* de 28.05.2004). Essa sensibilidade, para delimitar a área de atuação do controle jurisdicional, considerando, inclusive, a repartição de competências entre os entes componentes da Federação, teve o Magistrado *a quo*, ao analisar o pedido de liminar. De fato, consignou o Julgador, dentre outros aspectos, para reputar inviáveis determinados pedidos formulados pelos autores: “É que não cabe ao Poder Judiciário, ainda mais o Federal, determinar que o órgão estatal encarregado dos serviços de esgotamento sanitário, no caso a COMPESA, promova uma ampla e total reestruturação da infra-estrutura sanitária de um município inteiro, o qual, vale registrar, é de razoável porte” (fl. 188). Demais disso, não se pode olvidar a inexistência de discricionariedade administrativa frente a direitos constitucionalmente consagrados e protegidos, como é o caso do meio ambiente. Nesse sentido, inclusive, o Pleno desta Corte Regional já teve oportunidade de se manifestar:

*“AGRAVO EM SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 3559
CE (2005.05.00.004989-0/01)
REQTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA - CE*

ADV/PROC: EVERTON LUIS GURGEL SOARES
E OUTROS

REQDO: JUÍZO DA 2ª VARA FEDERAL DO CEARÁ (FORTALEZA)

PARTE A: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PARTE R: MUNICÍPIO DE FORTALEZA - CE

PARTE R: CAGECE - COMPANHIA DE ÁGUA E ESGOTO DO CEARÁ

AGRVTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA - CE

ORIGEM: 2ª VARA FEDERAL DO CEARÁ - CE

RELATOR: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - PRESIDÊNCIA

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. INTERLIGAMENTO DA REDE DE ESGOTO. DESCUMPRIMENTO DE TERMO DE COMPROMISSO. RISCO À ORDEM PÚBLICA. INEXISTÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. INOCORRÊNCIA.

1. Não há de se falar em ofensa à 'reserva do possível', uma vez que a Administração Pública não foi surpreendida com a decisão atacada, haja vista já terem decorrido quase 18 (dezoito) anos da concessão da primeira liminar e da celebração do Termo de Compromisso.

2. Restou comprovado o descumprimento do Termo de Compromisso, firmado em fevereiro de 1989.

3. O meio ambiente é bem protegido constitucionalmente, inexistindo qualquer discricionariedade do Administrador frente a direitos consagrados constitucionalmente. Inexistência de risco à ordem pública e de ofensa ao princípio da separação dos poderes.

4. Medida liminar concedida apenas para que o Município adote as providências administrativas para determinar o interligamento ao sistema sanitário de esgotamento dos imóveis determinados. Não consta da decisão qualquer determinação para que se pro-

ceda à execução total da obra dentro do prazo assinalado pelo magistrado a quo.

5. Deve a Administração Pública demonstrar, ao menos, vontade de cumprir a determinação judicial, fundamentada em norma constitucional.

6. Agravo Regimental improvido”.

(j. em 15.06.2005, publ. em DJ de 27.06.2005)

Também não é correto afirmar que o provimento judicial ver-gastado imputou à COMPESA toda a responsabilidade pela poluição do Rio São Francisco. Muito ao contrário, o MM. Juiz *a quo* foi cuidadoso ao especificar que “estão presentes nos autos fortes indícios de que a COMPESA está efetivamente poluindo as águas do Rio **com o despejo constante de esgoto não tratado**” (fl. 191 – negritos nossos), a ela impondo a suspensão da atividade poluidora – que, ressalte-se, é fato não desmentido pela companhia –, assim compreendido o **despejo de esgoto não tratado no Rio São Francisco**, “por meio da restauração e manutenção adequadas das estações de tratamento de esgoto referidas no laudo pericial lavrado pela CPRH, e outras medidas eventualmente necessárias”. Não houve, pois, excesso. Especificou-se a atividade ilícita perpetrada – segundo indícios robustos, como dito pela sentença, e diante, consoante penso, da falta de negativa da ré – pela COMPESA. Outrossim, as medidas que lhe foram determinadas guardam compatibilidade com o título jurídico que vincula a referida pessoa jurídica ao caso em comento, a saber, o contrato de concessão firmado entre a COMPESA e o Município de Petrolina, em 1975, “para exploração dos serviços de abastecimento de água e esgotos sanitários”. Com a liminar, portanto, o que se fez foi exigir a correta prestação dos serviços concedidos. Dispõe a norma jurídica contratual (com destaques nossos):

*“1.1 – O Município, em face do que estabelece a Lei Municipal nº 09/72, de 20/04/72, concede, por este instrumento, à COMPESA, o direito de implantar, ampliar, **administrar** e explorar, industrialmente, **com exclusividade**, os serviços de abastecimento de água e de **esgotamento sanitário**, deste Município, pelo prazo de cinqüenta (50) anos, a contar da data da assinatura do presente instrumento”.*

Não há que se falar, ademais, em dependência no tocante a recursos orçamentários. Pelos serviços que presta, em função da concessão ajustada com a edilidade, a COMPESA é remunerada mediante tarifas, nos termos do instrumento contratual (negritos que não são do original):

“5.5 – A COMPESA fica autorizada na forma do que estatui a Lei Municipal nº 09/72, de 20/04/72, a fixar a política tarifária, estabelecer os preços e a arrecadar a receita proveniente da exploração dos serviços concedidos.

5.5.1 – As tarifas serão fixadas e reajustadas periodicamente, de modo a assegurar as despesas operacionais e de manutenção, as despesas com amortizações, juros e outros encargos financeiros e, ainda, o acúmulo de reserva para expansão dos sistemas.

(...)

6.1 – Não será fornecida água, nem serão prestados serviços de esgotos sanitários, gratuitamente, a nenhum prédio ou propriedade pública ou privada”.

Conseqüentemente, os recursos necessários à manutenção do sistema, no qual estão incluídas as estações de tratamento de esgoto, advêm das tarifas cobradas pela COMPESA pela prestação do serviço.

Por isso mesmo, de igual modo, não se pode afirmar que a liminar ocasiona, se mantida, desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, porquanto as medidas cuja implementação foi determinada estão abrangidas pelo objeto contratual, ajuste que prevê a fonte dos recursos financeiros que deverão custeá-las.

O percentual da população beneficiada com os serviços prestados pela COMPESA não influi na obrigação da pessoa jurídica de manter o sistema de esgotamento sanitário em condições, no mínimo, satisfatórias, de modo a evitar o despejamento de esgoto nas águas do Rio São Francisco.

Com essas considerações e atento aos princípios regentes da proteção ao meio ambiente, reconsidero a decisão de fls. 37/42 e **indefiro** o pedido de suspensão de liminar formulada pelo Estado de Pernambuco e pela COMPEA, restaurando os efeitos da decisão guerreada.

Recife, 22 de julho de 2005.

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI

Presidente

SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 3.570-CE

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - PRESIDÊNCIA
Requerente: COELCE - COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ
Requerido: JUÍZO DA 7ª VARA FEDERAL DO CEARÁ (FORTALEZA)
Partes A.: LUIZ CARLOS ANDRADE MORAIS E OUTRO
Partes R.: COELCE - COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ,
ANEEL - AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA E UNIÃO
Repte.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDADE
Advs./Procs.: DRS. ANTÔNIO CLETO GOMES E OUTROS (REQTE.) E ODIJAS DE PAULA FROTA E OUTRO (PARTES A.)

DECISÃO

Vistos etc.

A COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ – COELCE formulou, com fundamento no art. 4º da Lei nº 8.437/92, pedido de suspensão de liminar – concedida essa, pelo MM. Juiz Federal da 7ª Vara/CE, nos autos da Ação Popular nº 2005.81.00.006449-4 ajuizada por LUIZ CARLOS ANDRADE MORAIS e FRANCISCO LOPES DA SILVA, no sentido de proibir a concessionária de serviço público de efetivar o reajuste de tarifa de energia elétrica homologado pela Resolução nº 100/2005 da ANEEL – AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA, admitindo apenas a aplicação de aumento não superior à variação do IGP-M dos últimos doze meses (11,1321%).

Argumentou, em prol de sua pretensão, que o reajuste das tarifas de energia elétrica seria autorizado anualmente através da ANEEL, com base nas disposições constantes dos contratos de concessão celebrados entre as concessionárias e a União, em cumprimento à política tarifária vigente. Alegou que os critérios de reajustamento e de revisão seriam cláusulas essenciais do edital de licitação e dos contratos de concessão. Teceu considerações sobre a competência da ANEEL para autorizar o reajuste tarifário.

Consignou que “o critério de definição do índice de reajuste das tarifas não se limita a uma mera aplicação de um índice de variação de preços, uma vez que o IGP-M é apenas um dos componentes que entram no cálculo do reajuste da tarifa”. Esclareceu que “o índice de reajuste a ser aplicado à tarifa cobrada pela distribuidora de energia deve ser suficiente para cobrir os novos custos decorrentes do serviço de distribuição de energia elétrica ao consumidor final, a fim de que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato”. Diferenciou custos gerenciáveis dos não-gerenciáveis, asseverando que apenas os primeiros seriam corrigidos pelo IGP-M. Salientou que, “no decorrer do ano, após o último reajuste, ocorreram variações de preços que tiveram de ser cobertas pela concessionária, mas que não entraram no cálculo da tarifa definida no reajuste anterior”. Ressaltou que, “além dos ajustes financeiros referentes à CVA, ao PERCEE e à recomposição do Ajuste da Revisão, também aderiram ao valor do reajuste outros encargos não gerenciáveis, como o aumento do PIS e do COFINS, além do ajuste financeiro decorrente do grupo residencial baixa renda”. Sublinhou que o reajuste concedido à COELCE em 2005 (23,59%) não teria sido exorbitante, nem teria decorrido de ineficiência gerencial da concessionária. Alegou que a ação popular não poderia ter sido manejada para os fins pretendidos pelos autores, porquanto através dela se buscaria proteger interesses individuais de um determinado segmento da sociedade (consumidores de energia elétrica), não se configurando como patrimônio público. Sustentou, assim, a flagrante ilegitimidade. Asseverou, ademais, a ocorrência de lesão à segurança jurídica, à economia pública e às ordens jurídica e administrativa. Destacou que “o prejuízo total decorrente da não aplicação do reajuste autorizado pela ANEEL e com base nas disposições constantes do contrato de concessão superam R\$ 158.897.626,00”. Afirmou que a decisão guerreada macularia o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, bem como poderia comprometer, se mantida, o serviço público de distribuição de energia no Estado do Ceará. Aduziu que, ao lado da insegurança jurídica e da lesão à ordem econômica, a decisão acarretaria grave lesão à ordem pública administrativa, ao suspender a eficácia de cláusula contratual. Argumentou que a alteração da disciplina contratual atinente ao reajuste das tarifas anuais significaria criar ambiente hostil para os investimentos.

Passo a decidir.

Inicialmente, é de se ressaltar a competência da Justiça Federal para analisar a presente demanda e, portanto, da Presidência desta Corte Regional para apreciar o pedido de suspensão de liminar. De fato, deve-se atentar para o papel desempenhado pela ANEEL – AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA, que não apenas autoriza, mas homologa a alteração da tarifa de energia elétrica, bem como para o fato de que a Resolução Homologatória nº 100, de 18.04.2005, fixou com acréscimo valor anual da Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica – TFSEE em favor da ANEEL (art. 8º), sendo receita sua, nos termos do art. 11 da Lei nº 9.427, de 26.12.96, e do art. 24 do Decreto nº 2.335, de 06.10.97, de modo que cabe à Justiça Federal dirimir as discussões correspondentes, com fundamento no art. 109, I, da CF/88.

Examino, em seguida, a existência dos pressupostos processuais do pedido de suspensão de liminar.

Estabelece o art. 4º da Lei nº 8.437, de 30.06.92, com as alterações implementadas pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001 (em negrito nosso):

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

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

§ 2º O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas.

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será

levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

§ 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 7º O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 8º Nas liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

§ 9º A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal”.

É de se ver, portanto, que a concessão de suspensão de liminar apenas é admitida em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e para impedir grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, cabendo ao ente postulante a demonstração inequívoca dessas condições. Destarte, trata-se de medida excepcional, de procedimento sumário e de cognição incompleta, justificada pela seriedade das conseqüências derivadas, no âmbito da qual não se efetua exame de mérito em relação à lide originária, mas apenas uma aferição da plausibi-

lidade das razões deduzidas pelo requerente, associada à verificação da possibilidade lesiva das esferas significativas enumeradas na norma jurídica legal (ordem pública, saúde pública, segurança pública e economia pública), com a perscrutação da urgência da providência requestada. Em síntese, deve-se lançar olhos ao perfazimento dos pressupostos específicos – o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* –, particularizados esses requisitos, ainda mais, no instrumento, pela delimitação do universo a ser considerado diante da mácula expressiva a ser obstada.

“Essa orientação, contudo, não deixa de admitir um exercício mínimo de deliberação do mérito, sobretudo por ser medida de contracautela, vinculada aos pressupostos de plausibilidade jurídica e do perigo da demora, que devem estar presentes para a concessão das liminares” (trecho do voto do Ministro Edson Vidigal, no AgRg na Suspensão de Liminar nº 57/DF, j. em 01.07.2004, publ. em *DJ* de 06.09.2004).

Discute-se a presença de interesse público a justificar a suspensão dos efeitos da liminar concedida.

In casu, é manifesto o interesse público envolvido no litígio, entendendo-se por interesse público o “resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”¹. Trata-se, o fornecimento de energia elétrica, de serviço essencial, próprio às atividades rotineiras da vida comum, influente de outros setores marcados, de igual modo, pela essencialidade (a saúde, *exempli gratia*), mas também de caráter estratégico, apresentando-se como um dos elementos componentes do processo produtivo da indústria, do comércio e do setor de serviços, enleando-se às exigências de desenvolvimento local, regional e nacional. Por isso mesmo, não se admite solução de continuidade na sua prestação, valendo o preceito da *exceptio non adimpleti contractus*, ainda que de modo menos rigoroso (há excludentes), se comparado com a compreensão jurídica de épocas

¹ Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed.ver.atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 53. Sem os destaques do original.

passadas. Portanto, a questão atinente à definição do preço das tarifas de energia elétrica, pelo alcance dos efeitos, revela-se como expressão de inegável interesse público, assim como foi reconhecida de interesse público, pelo Superior Tribunal de Justiça, a discussão relativa ao reajuste das tarifas dos serviços de telefonia, a teor do precedente citado no final do parágrafo anterior.

Dispõe a Constituição Federal de 1988:

“Art. 21. Compete à União:

Omissis

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

Omissis

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;”

No processo de reforma do Estado administrador brasileiro, iniciado, fundamentalmente, em 1995 e ratificado com a Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, previu-se, para esse campo específico da atuação estatal – o setor de produção de serviços –, uma postura absenteísta, em termos de ação direta, a ser compensada, tal ausência, com o incremento das demais funções, aferíveis a partir da leitura do art. 174 da CF/88, que menciona que, “como **agente normativo e regulador** da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de **fiscalização**, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (sublinhei).

Assim, ao mesmo tempo em que se estabeleceram como diretrizes do programa de reformulação estatal a redutibilidade, a privatização, a desestatização e a desmonopolização, de outro lado, concebeu-se a instalação de agências reguladoras – autarquias, sob regime especial, disciplinadoras e controladoras dos serviços não executados diretamente pelo Estado –, como forma de coibição de exorbitâncias e de proteção mesmo dos destinatários desses serviços. Por certo que o novo perfil de Estado traduz-se pelo aprimoramento de suas funções ordenadoras, que ganham importância na medida em que o ente estatal se afasta do papel de

agente das atividades reguladas. Nesse sentido, já tive oportunidade de me manifestar:

*“No mesmo sentido poder-se-ia citar, dentre tantos outros, Patrícia Raquel MARTÍNEZ e Carlos Ari SUNDFELD. Verifica-se, à medida em que o Estado deixa de ser ele mesmo, por si, ou através de pessoa jurídica sob seu controle, o responsável por uma atividade econômica ou social, crescer a necessidade de aperfeiçoamento do sistema regulador, do decorrente poder de polícia, inclusive quanto à efetividade dessa regulação. Tal aperfeiçoamento do sistema regulador resultará, em proveito, ao final, dos próprios usuários dos serviços. Essa idéia norteadora da melhoria da qualidade do serviço vem se destacando até mesmo em relação aos próprios serviços que remanescem exercendo diretamente através do Estado, ou de suas empresas, ou de pessoas jurídicas administrativas. Não se olvide, no caso brasileiro, a recente introdução explícita do princípio da eficiência, algo já, evidentemente existente, de modo implícito, no sistema, mas sem o rol de conseqüências decorrentes da Emenda Constitucional nº 19/98. Relacionada a esse princípio encontra-se a previsão do vigente texto constitucional, da lei disciplinando a participação dos usuários na Administração Pública direta e indireta. Essa figura, aliás, já é existente em inúmeros dos ordenamentos jurídicos que, usualmente, servem de referência no Brasil”.*²

Do que foi dito resulta a indissociabilidade entre regulação e proteção do consumidor, existindo, a atividade reguladora e o exercício do poder de polícia decorrente do regulador, em função da

² Cavalcanti, Francisco de Queiroz Bezerra. “A Independência da Função Reguladora e os Entes Reguladores Independentes. Breve Visão Comparada”. In *Revista da AJUFE – Estudos em Homenagem a Jesus Costa Lima e Hugo de Brito Machado*. Fortaleza: Editora Gráfica LCR, s/a, p. 157/158.

necessidade de evitar os abusos do poder econômico e de atuar no interesse direto dos usuários frente às reguladas, realçando-se que, entre administrado e prestador do serviço público concedido, permitido ou autorizado, efetiva-se relação de consumo.

Nessa perspectiva, deve-se ter em conta que a Constituição Federal de 1988, no Título VII – “Da Ordem Econômica e Financeira” –, fixou, entre os princípios³ gerais da atividade econômica, a defesa do consumidor⁴, consoante se observa do art. 170, que se transcreve, *verbis* (com destaques incluídos):

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

³ Princípio como preceito fundamental, como núcleo, alicerce ou suporte essencial de um sistema; princípio como elemento motivador, movente e de identificação de uma estrutura, mandamento determinante, justificador, diretivo e de percepção, norma de conduta e não mera diretriz hermenêutica.

⁴ Proteção que se corporifica pelo alcance das seguintes metas: a) atendimento às necessidades dos consumidores; b) respeito à dignidade, à saúde e à segurança dos consumidores; c) proteção dos interesses econômicos dos consumidores; d) melhoria da qualidade de vida dos consumidores; e) transferência e harmonia das relações de consumo. V. Cavalcanti, Francisco de Queiroz Bezerra. *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1991, p. 23/24.

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tem sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Ademais, em vários momentos, o Texto Constitucional se reporta à figura do usuário (negritos que não estão no original):

“Art. 37. Omissis

*§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do **usuário** na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:*

I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos do governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado”.

De seu turno, o Código de Defesa do Consumidor estatui (negritos nossos):

“Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

*III – a **informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;***

Omissis

X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

Para completar o panorama legislativo, quadra referir a Lei nº 8.987, de 13.02.95 (destaques inovadores):

*“Art. 6º. Toda concessão ou permissão **pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários**, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.*

*§ 1º **Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.***

Omissis

*Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos **usuários:***

I – receber serviço adequado;

Omissis”

A Lei nº 9.074, de 07.07.95, estabeleceu, de seu lado, que “as concessões, permissões e autorizações de exploração de servi-

ços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos deste e da Lei nº 8.987, e das demais” (art. 4º).

Finalmente, a Lei nº 9.427, de 26.12.96, instituiu a ANEEL – AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA, atribuindo a ela, como finalidade, regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do Governo Federal (art. 2º). Importa sublinhar a normativa de regulamentação legal disposta no Decreto nº 2.335, de 06.10.97 (negritos ausentes no original):

*“Art. 3º. A ANEEL orientará a execução de suas atividades finalísticas de forma a proporcionar condições favoráveis para que o desenvolvimento do mercado de energia elétrica ocorra com equilíbrio entre os agentes e **em benefício da sociedade**, observadas as seguintes diretrizes:*

Omissis

*II – regulação e fiscalização **com o caráter de simplicidade** e pautadas na livre concorrência entre os agentes, **no atendimento às necessidades dos consumidores** e no pleno acesso aos serviços de energia elétrica;*

Omissis

*IV – criação de condições para a **modicidade das tarifas**, sem prejuízo da oferta e com ênfase na qualidade do serviço de energia elétrica;*

Omissis

VI – adoção de medidas efetivas que assegurem a oferta de energia elétrica a áreas de renda e densidade de carga baixas, urbanas e rurais, de forma a promover o desenvolvimento econômico e social e a redução das desigualdades regionais;

Omissis

*IX – **transparência e efetividade nas relações com a sociedade.***

Art. 4º. À ANEEL compete:

Omissis

*XVI – estimular a melhoria do serviço prestado e zelar, direta ou indiretamente, pela sua boa qualidade, observado, no que couber, o disposto na legislação vigente de **proteção e defesa do consumidor**”.*

Em síntese, portanto, tem-se que, afastando-se o Estado da prestação direta de determinados serviços econômicos e sociais, persistem e assumem maior robustez as funções estatais reguladora e fiscalizadora, exercitadas pelas agências de regulação, de maneira a garantir a plena competição, a impedir situações abusivas e a proteger o usuário dos serviços repassados. Essa preocupação com o administrado-cliente é ostensivamente imposta pelo ordenamento jurídico brasileiro, encontrando amparo inclusive no Texto Constitucional. Além de ser preceito-guia da ordem econômica, a proteção ao consumidor é detalhada em legislação específica, que impõe, dentre outros direitos, seja o consumidor plenamente esclarecido quanto aos preços dos serviços que adquire. No campo da Administração Pública, particularmente, enfatiza-se a necessidade de participação do usuário no acompanhamento da prestação dos serviços públicos de que é destinatário. A previsão de execução de serviços públicos por terceiros que não o ente estatal, viabilizada através das concessões e permissões, é acompanhada de determinação legal no sentido de que aos usuários seja garantido serviço adequado, conceituado, pelo próprio legislador, como o que se executa em respeito aos princípios da generalidade (serviço para todos), da continuidade (serviço perene), da eficiência (serviço qualitativa e quantitativamente ótimo), da cortesia (serviço humanizado) e da modicidade (serviço pelo qual se cobram preços razoáveis). Em se tratando de prestação de serviços de energia elétrica, cuja fiscalização e controle compete à ANEEL, estabeleceu a legislação que a atuação do agente regulador deve se dar em benefício da sociedade e em atenção às necessidades dos usuários. Das normas de regência avultam três diretrizes de atuação, quais sejam, simplicidade, modicidade de tarifas e transparência, que exprimem as exigências no sentido da prática de preços moderados e na plena informação do consumidor, a partir das garantias de compreensibilidade e de acesso.

A despeito dessas considerações, o que se tem percebido é que a atividade de regulação e, especificamente, a atuação das

agências reguladoras, têm se pautado mais por pendores de natureza econômica, olvidando o aspecto social que lhes é imanente.

Assim, o administrado-cliente, o usuário ou, em outros termos, o consumidor não tem merecido a atenção que deveria advir dessas novas instituições, em relação às quais tem se observado um crescente movimento de captura pelas reguladas.

Com muita razão afirma Marçal Justen Filho que “o sucesso do modelo de agências depende dessa estruturação democrática, em que haja permanente acompanhamento da sua atuação por parte da sociedade civil”. Afinal, “a comunidade arcará com os efeitos das escolhas das agências, sejam eles positivos ou negativos”.⁵

Ocorre a captura do ente regulador, quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas (de onde vieram seus membros) do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos. Discorrendo sobre o processo de captura pelo setor regulado, aduz Maria Salvador Martínez, a agência começa a funcionar com um espírito agressivo, interpretando amplamente suas competências e mostrando-se atrevida na solução dos seus problemas com o fim de demonstrar ser capaz de fazer frente aos problemas e defender os interesses públicos. Assim, uma vez consolidada sua posição, a agência se identifica cada vez mais com as empresas e indústrias reguladas. Chegado esse ponto, suas decisões refletem os desejos dos operadores do setor e a regulação dificilmente vai além dos limites que estes (empresas e indústrias reguladas) considerem aceitáveis (tradução livre).⁶

No pertinente, em substancial ensinância, diz-nos Marçal Justen Filho:

⁵ Justen Filho, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 378 e 586.

⁶ Martínez, Maria Salvador. *Autoridades independientes*. Barcelona: Editora Ariel, 2002, p. 387.

*“A doutrina cunhou a expressão ‘captura’ para indicar a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados. A captura configura quando a agência perde a condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. A captura da agência se configura, então, como mais uma faceta do fenômeno de distorção de finalidades dos setores burocráticos estatais”.*⁷

A questão já deixou de ser de exclusivo debate na doutrina, passando aos meios jornalísticos:

“É patente, no caso, a falta de sensibilidade da entidade [Associação Brasileira das Agências Reguladoras - ABAR] para um problema de maior gravidade, que foi amplamente explorado em reportagem do jornal Correio Braziliense, de 13 de março de 2005, que destaca os resultados de pesquisa do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), que demonstra que a insatisfação da população com as agências reguladoras é evidente. Segundo a reportagem, ‘o Idec finalizou um estudo sobre as queixas dos consumidores sobre esses órgãos nos últimos cinco anos. Encabeçam a lista de reclamações a Agência Nacional de Saúde (ANS), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), o Banco Central (BC) e a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)’. Ruy Coutinho, ex-presidente do CADE, afirma que ‘temos no Brasil o fenômeno da captura. Os regulados capturam os reguladores. O que prevalece é o interesse das empresas e não o interesse público. Será preciso uma ampla mobi-

⁷ Justen Filho, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 369-370.

lização da sociedade, do Congresso e da Justiça para as agências cumprirem o papel para o qual foram criadas: regular e fiscalizar, corrigindo as falhas do mercado”.⁸

Pude constatar essa captação quando relatei a Apelação Cível nº 342739/PE (j. em 30.11.2004), que recebeu a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE MEMBROS DO CONSELHO CONSULTIVO DA ANATEL. CABIMENTO. ILEGALIDADE. ATO ADMINISTRATIVO. DISCRICIONARIEDADE. APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ILEGALIDADE DA NOMEAÇÃO. ART. 34 DA LEI Nº 9.472/97. ART. 37 DO DECRETO Nº 2.338/97. REPRESENTANTES DA SOCIEDADE E DOS USUÁRIOS. NULIDADE DOS ATOS DE DESIGNAÇÃO. AFASTAMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal a fim de que seja declarado nulo ato de designação dos apelantes para integrar o Conselho Consultivo da ANATEL na qualidade de representantes dos usuários e da sociedade, haja vista os cargos ocupados por eles, Presidência da Tele Norte Leste Participações S/A e da TELEMAR Norte Leste S/A e Presidência da TELEBRASIL.

2. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido afastada, tendo em conta a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos discricionários.

3. Todos os elementos dos atos administrativos, inclusive os discricionários são passíveis de revisão pelo Judiciário, para fins de avaliação de observân-

⁸ Santos, Luiz Alberto dos. “Falta razão e sensibilidade no debate sobre as agências. Regulados capturaram os reguladores e prevalece é interesse das empresas”. In *Valor Econômico*, de 03 de maio de 2005, p. A10.

cia aos princípios constitucionais da Administração Pública explícitos e implícitos e de respeito aos direitos fundamentais.

4. Em face do inciso XXXV do art. 5º da CF, o qual proíbe seja excluída da apreciação judicial a lesão ou ameaça de lesão a direito, o Judiciário pode examinar todos os atos da Administração Pública, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários sob o aspecto da legalidade e da moralidade, nos termos dos arts. 5º, inciso LXXIII, e 37 da Carta Magna.

5. A competência discricionária da Administração 'é relativa no sentido de que, em todo e qualquer caso, o administrador estará sempre cingido – não importa se mais ou menos estritamente – ao que haja sido disposto em lei, já que discricção supõe comportamento 'intra legem' e não 'extra legem'. Neste sentido pode-se dizer que o administrador se encontra sempre e sempre "vinculado" aos ditames legais'.

6. 'A necessidade de autonomia no desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuaram sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum. Esse controle deverá recair não apenas sobre a nomeação e demissão dos administradores das agências, mas também sobre o desempenho de suas atribuições'.

7. 'Na dicção sempre oportuna de Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível'. STF, RE 131661 / ES-Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO.

8. No caso concreto, é de se realçar que se pretende seja reconhecida a ilegalidade da nomeação dos

apelantes, como membros do Conselho Consultivo da ANATEL, não se objetiva, destarte, que o Poder Judiciário se imiscua na competência discricionária do Poder Executivo, tanto que a escolha, e isso não se discute, é do Poder Executivo.

9. Prejudicial de não cabimento da ação civil pública rechaçada.

10. No caso em apreço é cabível a ação civil pública, essa conclusão é concebida a partir da observação da legislação, sobretudo quando considerados os escopos que norteiam a ação civil pública cujo objeto consiste na defesa do interesse público, cotejando-os com o caso concreto em apreciação, que envolve uma categoria de pessoas, os usuários de serviços de telecomunicações, e mais, toda a sociedade. O arcabouço desse posicionamento consubstancia-se, fundamentalmente, no regramento constitucional (art. 129, III, da Constituição Federal), no art. 1º, incisos II e V, da Lei nº 7.347/85, na alínea b, inciso V, do art. 5º e na alínea c, inciso V, do art. 6º, ambos da Lei Complementar nº 75/93, atinente ao Ministério Público da União, bem como no art. 25, IV, b da Lei nº 8.625, de 12.02.1993, a qual instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

11. O objeto da presente ação civil pública está absolutamente em consonância com os limites objetivos delineados nos preceitos normativos a ela referentes, porquanto visa à proteção dos consumidores - usuários de serviço de telecomunicações – os quais, por força do art. 34 da Lei nº 9.472/97, devem ser representados no Conselho Consultivo da ANATEL, além dos interesses da sociedade como um todo, que em face do citado dispositivo legal também deve estar representada no aludido Conselho. Ademais, não é de se olvidar que dentre as funções institucionais do Ministério Público da União, se inclui o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública

no que tange à observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, inteligência do art. 5º, V, b, da Lei Complementar nº 75/93.

12. O Conselho Consultivo é órgão superior da ANATEL, o qual representa a participação institucionalizada da sociedade na atuação da agência, sendo integrado por doze conselheiros designados por decreto do Presidente da República, sendo dois indicados pelo Senado Federal, dois pela Câmara dos Deputados, dois pelo Poder Executivo, dois conselheiros das entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, dois das entidades representativas dos usuários e dois representantes da sociedade. Essa estruturação do Conselho Consultivo, certamente, possibilita aos usuários e à sociedade como um todo acompanhar a gestão da agência e a regularidade da atuação da mesma na consecução de seus fins. É, assim, imprescindível a nomeação de conselhos de usuários e da sociedade, compostos por representantes apontados por entidades de classe e associações civis, para se assegurar à satisfação do interesse público.

13. No que tange à atividade do Conselho Consultivo, verifica-se que ao mesmo se atribui a cooperação e colaboração na definição da política do setor de telecomunicações, opinando sobre o plano geral de outorgas, o plano geral de metas para universalização de serviços prestados no regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações, além de aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público. Demais disso, é dada ao Conselho Consultivo atribuição fiscalizadora, ao qual cabe apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor e requerer informação e fazer proposição atinente a sua atuação. É, assim, de se concluir pela relevância e importância das incumbências do Conselho Consultivo dentro da agência.

14. Na hipótese dos autos, foi nomeado como representante da sociedade o Presidente da Tele Norte Leste Participações S/A e da TELEMAR Norte Leste S/A, empresas prestadoras de serviços de telecomunicações. Ora, a indicação do Presidente de grandes empresas de telecomunicações para representar a sociedade civil perante o Conselho Consultivo da ANATEL rompe a toda evidência a pluralidade representativa ou mesmo a representação democrática inerente à estrutura do referido Conselho. Com efeito, o legislador claramente estabeleceu que o Conselho Consultivo deveria possuir composição híbrida, isto é, integrado por conselheiros indicados pelas Casas Parlamentares, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, e também, pelos usuários e pela sociedade. Sem dúvida, o cargo ocupado pelo apelante é absolutamente incompatível com a representação da sociedade perante o Conselho Consultivo. Por certo, além de membro da sociedade, o referido apelante é, mormente, Presidente de grandes empresas de telecomunicações, com interesses na definição da política do setor de telecomunicações e, portanto, voltado para a defesa de seu interesse como presidente da Tele Norte Leste Participações S/A e da TELEMAR Norte Leste S/A e assim, 'diante de um conflito de envolvendo interesses contrapostos da sociedade e das prestadoras de serviço de telecomunicações, a sua atuação estaria comprometida com os interesses deste último segmento. Necessário, pois, para que alguém represente a sociedade, não esteja comprometido com um segmento específico desta, a fim de que possa ter uma atuação imparcial em prol do bem comum'.

15. Quanto ao segundo apelante, fora o mesmo nomeado membro do Conselho Consultivo da ANATEL, como representante dos usuários, quando era Presidente da TELEBRASIL, associação compos-

ta por pessoas físicas e jurídicas exercentes de atividades em telecomunicações e em tecnologia afins, a qual congrega grandes empresas do setor de telecomunicações, tais como, a Ericsson Telecomunicações S/A, Siemens Ltda., Tele Norte Leste Participações S/A, Telecom Itália do Brasil S/C Ltda., Telecomunicações de São Paulo S/A, Telesp Celular Participações S/A, Intelig Telecomunicações Ltda., Vésper S/A, Portugal Telecom Brasil S/A, Nokia do Brasil Ltda., entre outras. Manifesta, destarte, a ilegalidade de sua nomeação para representar os usuários perante o Conselho Consultivo da ANATEL.

16. Não há que se alegar ser o bastante a indicação do segundo apelante por entidades representantes dos usuários. A uma, porque se vislumbra ser a ABRANET – Associação Brasileira de Provedores de Acesso, Conteúdo e Informações da Rede Internet, entidade representativa dos usuários dos serviços de telecomunicações, pois seu objetivo social, consoante se colhe do site www.abranet.org.br, 'é dar apoio ao esforço brasileiro na implantação de empresas provedoras de acesso, serviços e informações e buscar o desenvolvimento da Internet – Brasil'. A duas, porquanto 'não basta que o candidato ao cargo seja indicado por uma entidade representativa dos usuários e da sociedade, mas também que o mesmo seja um legítimo representante deste segmento, de forma que os seus interesses coincidam com aqueles cuja defesa lhe foi outorgada, sob pena de não haver uma efetiva participação de todos os segmentos da sociedade naquele Conselho e, por conseguinte, de descumprimento do artigo 33 da Lei 9.427/97'. In casu, flagrante é o conflito entre os interesses dos usuários dos serviços de telecomunicações e os interesses da associação que o segundo apelante representa, implicando, pois, em se reconhecer a impossibilidade de sua indicação como representante dos usuários peran-

te o Conselho Consultivo da ANATEL.

17. A nomeação dos apelantes como membros do Conselho Consultivo da ANATEL representa o que a doutrina estrangeira e alguns doutrinadores brasileiros têm denominado de captura da agência pelos interesses regulados.

18. Ocorre a captura do ente regulador quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas (de onde vieram seus membros) do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos. 'É a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados'.

19. No respeitante ao § 4º do art. 37 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 07 de outubro de 1997, é salutar destacar, que em não havendo indicações, a escolha do Presidente da República será livre, desde que em obediência à lei, fulcrado nela e visando o fiel cumprimento das finalidades previstas na lei e na Constituição. Deveras, outra interpretação não pode sobressair do aludido § 4º do art. art. 37 do Regulamento da ANATEL.

20. Não havendo indicação das entidades de classe dos usuários e das entidades representativas da sociedade dentro do prazo fixado, fica ao alvedrio do Presidente da República a indicação dos membros do Conselho Consultivo, respeitada, evidentemente, a representação democrática, ou melhor, a pluralidade representativa, assegurada pela Lei nº 9.472/97 e ainda, obedecidos aos princípios constitucionais norteadores da administração pública, sobretudo, da moralidade e da legalidade e considerada a qualificação do indicado, isto é, a compatibilidade da sua qualificação com as matérias afetas ao colegiado.

21. É de se ressaltar, outrossim, ser prescindível

prova conclusiva de que os apelantes estariam a serviços de interesses contrários à sociedade a fim de caracterizar a ilegalidade, visto que, como demonstrado, houve descumprimento do art. 34 da Lei nº 9.427/97, além de inobservância dos princípios constitucionais da Administração Pública, a exemplo do princípio da moralidade, legalidade e razoabilidade.

22. Recursos de apelação e remessa oficial improvidos”.

Destarte, é premente uma completa separação entre os órgãos reguladores e as empresas reguladas, sob pena de negação dos objetivos institucionais de base das agências reguladoras.

Ademais, a discricionariedade de atuação das agências reguladoras não pode ser admitida com força a se converter em abuso de direito. Embora tenham elas amplo espaço de decisão, tal campo não pode ser dimensionado a ponto de comprometer exatamente os interesses a resguardar. Isso resvala para a questão dos preços. Nem as concessionárias têm irrestrita liberdade tarifária, nem as autoridades administrativas podem associar-se na fixação de preços excessivos. Não é nem mesmo necessário que esse preço reflita exclusivamente os valores de mercado⁹, devendo ser considerados os outros elementos embutidos essencialmente na noção de serviço público, que diferenciam o regime jurídico aplicável.

No caso em exame, penso que a decisão guerreada foi sensível às distorções que se têm verificado com o processo de captura das agências reguladoras, bem como aos princípios norteado-

⁹ V. Gonçalves, Pedro. *A Concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 320, que diz: “O facto de a contrapartida pela prestação do serviço assumir a natureza de um preço não significa porém que se trate de um valor determinado segundo os princípios de formação dos ‘preços de mercado’, isto mesmo que se tenha em conta que a privatização da gestão do serviço público aponta claramente para o ‘princípio da fixação dos preços em função dos custos’ (como acontece com o serviço público de telecomunicações), eliminando assim os ‘preços políticos’”.

res da prestação dos serviços públicos e, especialmente, às exigências referentes à “precificação”.

Verifico que a majoração de preços, *in casu*, está no bojo de um reajuste, acrescido de uma Recomposição Tarifária Extraordinária – RTE, configurando-se uma revisão não ordinária. Por conseguinte, não se trata de simples reajustamento de tarifas. Realmente, nos termos do art. 2º da Resolução Homologatória nº 100/2005, “as tarifas de fornecimento de energia elétrica da COELCE ficam reajustadas em 23,59% (...), sendo 15,28% (...) relativo ao reajuste tarifário anual e 8,31% (...) **relativo aos componentes financeiros externos ao reajuste anual**” (realce que não é do original). De seu turno, estabelece o art. 4º da Resolução Homologatória em menção (destaquei):

“Art. 4º. As tarifas constantes dos Anexos II, II-A e II-B estarão em vigor no período de 1º de julho de 2005 a 21 de abril de 2006, os quais estão assim constituídos:

I – as tarifas constantes do Anexo II contemplam o respectivo reajuste tarifário anual, o passivo de PIS/PASEP e COFINS, os efeitos da conclusão da Revisão Tarifária Periódica de 2003, os componentes financeiros externos ao reajuste tarifário anual, com exclusão das alíquotas econômicas do PIS/COFINS; e

II – as tarifas constantes do Anexo II-A e II-B contemplam, além do mencionado inciso I, a Recomposição Tarifária Extraordinária – RTE”.

Sabido é que, nos termos da Lei nº 8.987/95, as alterações de preços das tarifas podem ocorrer em decorrência de reajuste ou revisão, que são conceitos distintos. Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece a diferença:

“O reajuste (...), embora consista, tal como a correção monetária, em fórmula adrede concebida para preservar o conteúdo econômico-financeiro do ajuste de modo fluido, simples e pacífico, tem composição e objeto completamente diferentes dela. O que se pretende com ele, como seu próprio nome indi-

ca, é alterar o valor a ser pago em função da variação de valor que determinava a composição do preço. Expliquemo-nos.

Como a equação estabelecida entre as partes é uma relação de equivalência entre prestações recíprocas, fica entendido que ao custo de uma prestação (x) – que se compõe dos encargos econômicos por ela implicados e a margem de lucro remuneratório ali embutida – correspondem os pagamentos (y) que a acobertam. Esta relação de igualdade ideal, convencionalizada, deve ser mantida. Assim, se os custos dos insumos necessários à prestação (x) sofrem elevações constantes – como é rotineiro entre nós –, os pagamentos (y) têm de incrementar-se na mesma proporção, sem o quê a igualdade denominada ‘equação econômico-financeira’ deixa de existir, decompõe-se.

(...)

Já a recomposição de preços, por vezes nominada como revisão de preços, tem lugar naqueles casos em que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não pode ser efetuada ou eficazmente efetuada pelos reajustes, pois trata-se de considerar situações novas insuscetíveis de serem por estes corretamente solucionáveis”.¹⁰

O contrato de concessão firmado pelo Poder Público com a requerente traz as seguintes cláusulas principais:

“CLÁUSULA SEGUNDA – CONDIÇÕES DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS

(...)

Primeira Subcláusula – A CONCESSIONÁRIA obriga-se a adotar, na prestação dos serviços, tecnologia adequada e a empregar equipamentos, instalações e métodos operativos que garantam níveis de

¹⁰ Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 594-595 e 596.

*regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação dos serviços e **modicidade das tarifas.***

(...)

CLÁUSULA QUINTA – ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA

Além de outras obrigações decorrentes da Lei e das normas regulamentares específicas, constituem encargos da CONCESSIONÁRIA inerentes à prestação dos serviços públicos concedidos:

(...)

*III – realizar, por sua conta e risco, as obras necessárias à prestação dos serviços concedidos, reposição de bens, operando as instalações e equipamentos correspondentes, de modo a assegurar a regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação dos serviços e **modicidade das tarifas.** (...).*

(...)

CLÁUSULA SÉTIMA – TARIFAS APLICÁVEIS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS

(...)

Terceira Subcláusula – Os valores das tarifas de que trata esta cláusula serão reajustados com periodicidade anual, um ano após a ‘Data da Referência Anterior’, sendo esta definida da seguinte forma:

(...)

Quinta Subcláusula – Para fins de reajuste tarifário, a receita da CONCESSIONÁRIA será dividida em duas parcelas:

Parcela A: parcela da receita correspondente aos seguintes custos: quotas da Reserva Global de Reversão – RGR, cotas da Conta de Consumo de Combustíveis – CCC, encargos da compensação financeira pela exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, valores relativos à fiscalização dos serviços concedidos, compra de energia e encargos de acesso aos sistemas

de transmissão e distribuição de energia elétrica para revenda.

Parcela B: valor remanescente da receita da CONCESSIONÁRIA, excluído o ICMS, após a dedução da Parcela A.

Sexta Subcláusula – O reajuste será calculado mediante a aplicação, sobre as tarifas homologadas, na ‘Data de Referência Anterior’ do Índice de Reajuste Tarifário (IRT), assim definido:

(...)

*Sétima Subcláusula – A ANEEL, de acordo com o cronograma apresentado nesta subcláusula, procederá às revisões dos valores das tarifas de comercialização de energia, alterando-os para mais ou para menos, considerando as alterações na estrutura de custos e de mercado da CONCESSIONÁRIA, os níveis de tarifas observados em empresas similares no contexto nacional e internacional, os estímulos à eficiência e à **modicidade das tarifas**. (...).*

(...)”

Percebe-se, a partir da cláusula sétima do instrumento contratual, que a simplicidade e a transparência prometidas aos usuários são apenas aparentes ou, de outro modo, são apregoadas tão-somente no discurso, não encontrando concretização na realidade dos fatos. A tecnicidade não explicada, a multiplicidade de conceitos sem concreção, por nitidamente voláteis, cambiáveis ou insuscetíveis de quantificação certa, contrastam com a constante repetição da expressão modicidade de tarifas, uma das únicas de pronta percepção.

Sublinhe-se que, na relação jurídica em análise, está embutido preço de difícil controle, haja vista a hipertrofia de fatores aleatórios. Nesse sentido, basta observar a própria explicação da requerente para a não incidência isolada do IGP-M (fl. 08):

“Na determinação do índice de reajuste de uma distribuidora, são levados em conta os custos gerenciáveis e não gerenciáveis. Os custos não gerenciáveis correspondem aos custos com compra de energia, encargos setoriais e uso do sistema de

transmissão. Os custos gerenciáveis correspondem aos demais custos das concessionárias, como manutenção e operação do sistema, materiais, tributos federais, remuneração do investimento, imposto de renda, etc”.

Assim, integram a composição do preço os custos gerenciáveis e os custos não gerenciáveis. Os custos gerenciáveis – denominados Parcela B – incluem distribuição de energia, manutenção da rede, cobrança de contas, instalação de centrais de atendimento, serviços de terceiros, remuneração de investimentos de expansão. Os custos não gerenciáveis – designados de Parcela A – referem-se aos serviços de geração e transmissão de energia, contratados pela distribuidora, e ao pagamento de obrigações setoriais (contribuição para a ANEEL, Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis-CCC, Reserva Geral de Reversão-RGR). Além dessas parcelas, prevê-se o Fator X, inserido também na fórmula de composição do preço, que repassa aos consumidores os ganhos esperados de produtividade das distribuidoras.

É evidente que algumas variáveis apontadas como influentes da definição do preço não são, em verdade, componentes de custo, gerando, a partir de sua consideração, preços superestimados. É o caso dos ganhos de produtividade.

Nesse mesmo contexto, observa-se que, na Nota Técnica nº 049/2003-SER/ANEEL, atinente à Audiência Pública realizada para fins de Revisão Tarifária Periódica da Concessionária de Distribuição de Energia Elétrica Companhia Energética do Ceará COELCE, consta (com negritos nossos):

“V.1.2.3 – Estrutura de Capital.

94. A definição da estrutura de capital para efeito do cálculo da remuneração do capital a ser incluída nas tarifas baseou-se no fato de que, no mundo real, as empresas estão permanentemente tentando reduzir seu custo de financiamento mediante uma composição adequada de capital próprio e dívidas no capital total. Para tanto, buscam encontrar o grau ideal de alavancagem – participação de dívidas no capital total – dado que o custo de capital de tercei-

ros é mais barato que o custo de capital próprio, porém existe uma restrição dada pelo risco de default associado a elevados graus de alavancagem. Isso justifica uma abordagem regulatória para a participação dos capitais no capital total a ser remunerado, aqui denominada de estrutura ótima de capital. Além da estrutura de capital das concessionárias de distribuição do Brasil, considerou-se a estrutura verificada em países que adotam o mesmo regime regulatório que o Brasil, porém, com mais tempo de funcionamento do regime regulatório e, portanto, de maturação das empresas reguladas.

95. Assim, a estrutura ótima de capital baseou-se em dados empíricos das empresas de distribuição de energia elétrica dos seguintes países que utilizam o regime regulatório de preços máximos: Argentina, Chile, Brasil, Austrália e Grã-Bretanha. A partir da análise do comportamento da relação capital de terceiros/capital total (relação D/V) dessas empresas, foi obtida a estrutura ótima de capital para as concessionárias brasileiras de distribuição de energia elétrica. (...)"

Penso que essa sistemática é, de igual modo, prejudicial, distorcendo a projeção de preços, haja vista que não é possível estabelecer comparações, para fins de adoção de paradigmas, entre realidades discrepantes, o que resulta em mais uma fuga à correção de custos.

Ainda na Nota Técnica nº 049/2003-SER/ANEEL, ficou registrado que, de 1999 a 2002, a referida concessionária perfez 70,9% de reajustes tarifários anuais acumulados. Acrescendo-se, a esse número, o percentual atualmente pretendido pela requerente, chegar-se-ia a um patamar próprio de investimentos sem qualquer tipo de risco, não sendo esse o escopo da delegação do serviço público essencial, nem exigível em desfavor do usuário em qualquer tipo de negócio.

Não encontra sustentação, ainda, o argumento de que a majoração das tarifas de energia elétrica se imporia em vista da varia-

ção cambial. A razão é simples. Se, no início da gestão do atual Governo Federal, o dólar alcançava o valor aproximado de R\$ 4,00 (quatro reais), a moeda americana, hoje, está estimada em, aproximadamente, R\$ 2,50 (dois reais e cinquenta centavos). Assim, se alguma modificação do valor da tarifa devesse se efetivar, tal alteração seria no sentido da redução e não no aumento.

Importa consignar, ao lado de tudo isso, a inexistência de um programa de esclarecimento à população sobre essa complexa estrutura tarifária, o que prejudica significativamente a idéia de acompanhamento social quanto à prestação do serviço público.

Especialmente sobre esse aspecto, é preciso destacar a ausência de participação da sociedade nas audiências públicas. Reza o Decreto nº 2.335/97 que “o processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL, será precedido de audiência pública”, sendo objetivos dessa audiência “recolher subsídios e informações para o processo decisório da ANEEL”, “propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões”, “identificar, de forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública” e “dar publicidade à ação regulatória da ANEEL” (art. 21).

A importância das audiências públicas reside exatamente em dar oportunidade a que os consumidores possam ser informados, com especificidade, sobre todas as questões de seu interesse, uma das quais, sem dúvida, é a relativa ao custo (o que inclui a forma de composição desse valor¹¹) dos serviços que lhes são

¹¹ Nesse sentido, afirma a doutrina que “(...) política tarifária é assunto para ser discutido de forma amplamente aberta e democrática e não de forma centralizada, não escamoteando da sociedade as grandes decisões que lhe dizem respeito”. In “Relatório – Avaliação dos Marcos Regulatórios e os Mecanismos de Participação do Consumidor no Controle Social Relativo aos Serviços Públicos Essenciais de Energia Elétrica, Telefonia, Água e Saneamento Básico”. In *A Proteção do Consumidor de Serviços Públicos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002, p. 94.

prestados. Além disso, abre espaço a que os usuários possam formular requerimentos e apresentar propostas, o que concretizaria a real noção de participação, idéia que está no alicerce do novo modelo de Administração Pública de que se fala. “E mais, impõe-se não apenas a mera realização da audiência ou consulta pública, como, em virtude dos Princípios da Publicidade e da Motivação (art. 37, *caput*, CF), respectivamente, a publicação prévia de sua realização e a apreciação, e se for o caso, a recusa justificada, de todas as críticas e sugestões formuladas – doutrina do *hard look*”¹².

Entretanto, o que se tem constatado é que as audiências públicas se converteram em mera formalidade, esvaziadas por falta de integração popular, derivada essa, de seu lado, pelos baixos níveis educacionais e pela ausência de esclarecimento por parte do Poder Público. Os ditos representantes da sociedade civil que comparecem a esses atos públicos fazem presentes, em verdade, apenas determinadas categorias, com interesses particularizados, caracterizando-se um déficit democrático de graves conseqüências. Sobre as audiências públicas, registra a doutrina:

“Por meio desses institutos [consultas e audiências públicas] valorizamos o exercício contemporâneo da democracia participativa na Administração Pública, em complementação à tradicional democracia representativa. Para que alcancemos a legitimidade pretendida, Eros Roberto Grau afirma: ‘A busca de “mais sociedade, menos Estado” supõe a substituição da regulação estatal (regulamentação) por regulações sociais’. Com a adoção desses mecanismos de interlocução, acreditamos que se privilegia o debate político e técnico, visando à obtenção de críticas e sugestões que, se aprovadas, transformadas em atos normativos e finalmente publicadas, serão vinculativas e obrigatórias para as agências e para os agentes regulados. Mesmo que, nesse início do processo de transfor-

¹² Aragão, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 440.

*mação (a primeira agência, a ANEEL, criada por lei em dezembro de 1996, começou a funcionar em 1997), essa participação ainda esteja, em muitos casos, enfraquecida ou restrita ao nível formal, acreditamos que, com seu aperfeiçoamento, poderemos atingir patamares inimagináveis de exercício democrático”.*¹³

Um outro ponto que deve ser salientado, porquanto constantemente invocado pela requerente, concerne à garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato celebrado entre ela e o Poder Público. Parece olvidar, a requerente, que o mencionado equilíbrio econômico-financeiro do contrato não tem que ser uniforme durante toda a execução da relação contratual, desde que ao término do negócio jurídico se garanta a equilibração, sendo essa a razão pela qual se prevê a figura do resíduo. Consoante enuncia Celso Antônio Bandeira de Mello, “o equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá”¹⁴, sendo que esse contrapeso não se impõe necessariamente em qualquer período do curso da relação contratual, devendo ser sopesadas todas as circunstâncias influentes.

Impende destacar, por derradeiro, que a majoração da tarifa de energia elétrica, no percentual pretendido pela concessionária requerente, afetará em grande medida a economia do Estado do Ceará, organizada, especialmente, como indústria têxtil e setor hoteleiro. Além do impacto econômico, a sociedade em geral será prejudicada, reduzindo para muitos a possibilidade de fazer uso da energia elétrica em níveis suficientes de dignidade e ocasionando exclusão elétrica.

¹³ Menezello, Maria D'Assunção Costa. *Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 103/131. Negritos que não estão no original.

¹⁴ Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 600-601.

Destarte, marcada pela razoabilidade é a decisão contra a qual se formulou o presente pedido de suspensão, devendo ser mantida.

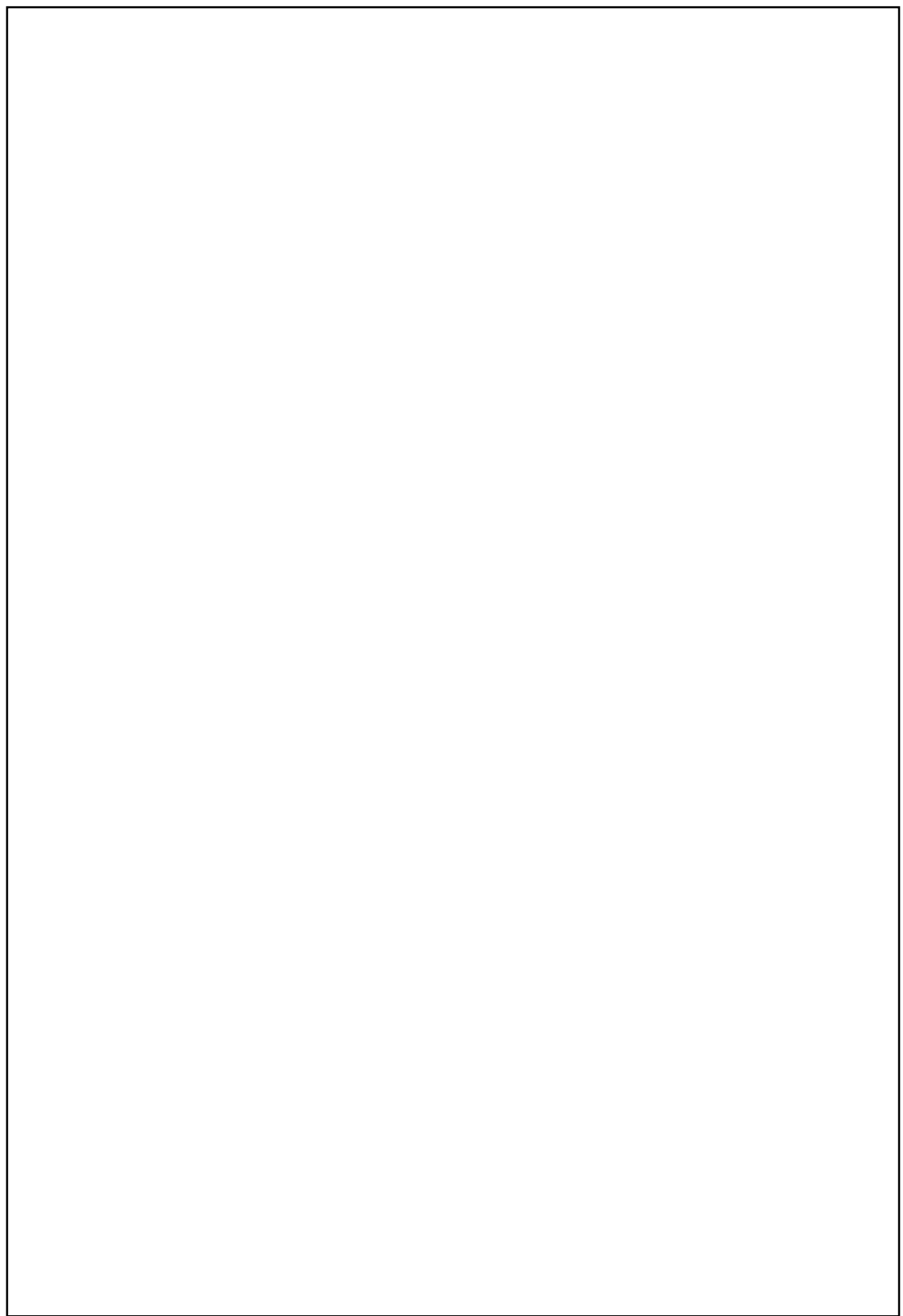
Com essas considerações, indefiro o pedido de suspensão de liminar.

P.I.

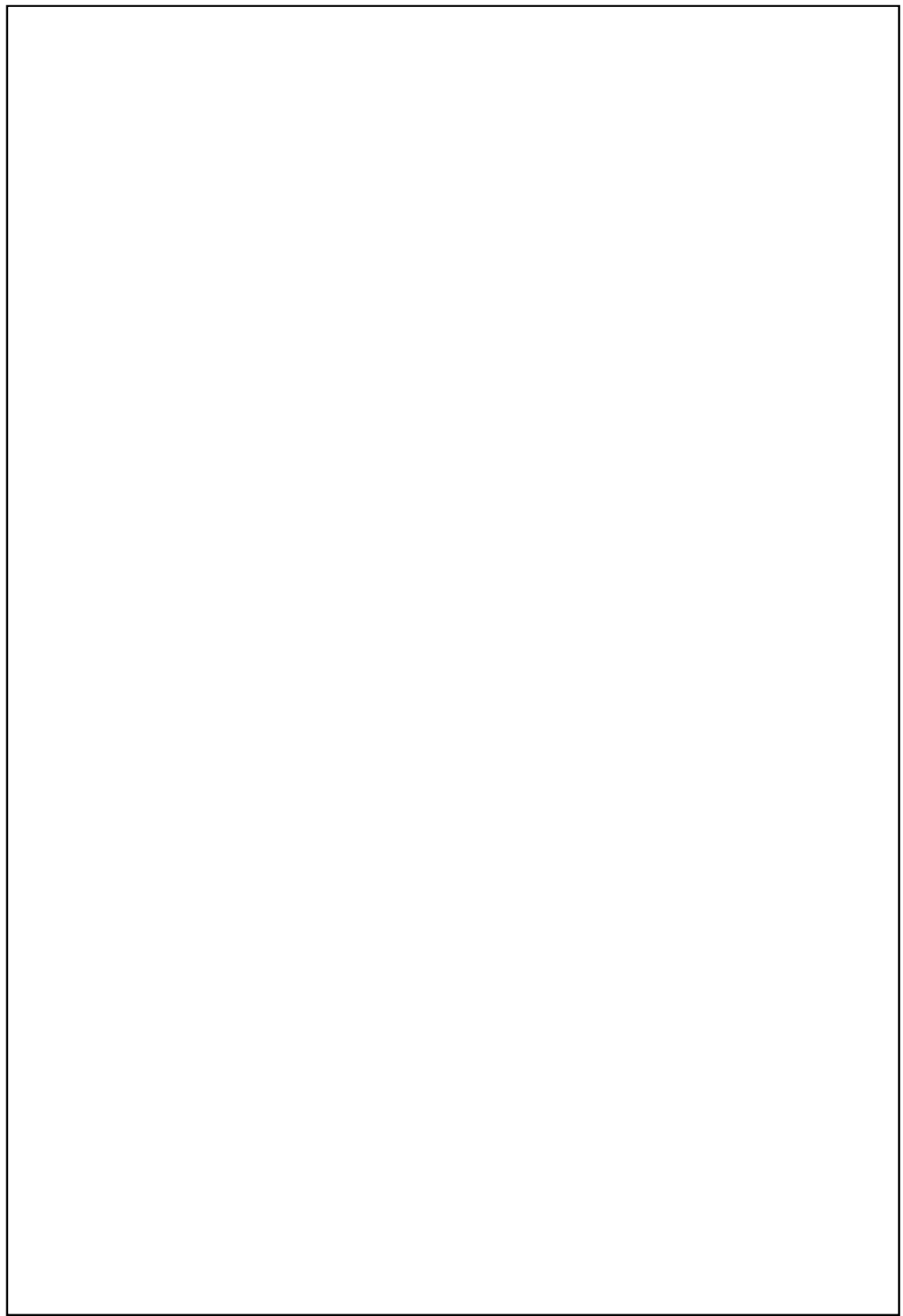
Recife, 11 de maio de 2005.

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI

Presidente



JURISPRUDÊNCIA



AÇÃO RESCISÓRIA Nº 4.713-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Autora: UNIÃO
Réu: FAUSTO JOSÉ DO NASCIMENTO
Adv./Proc.: DR. CLÁUDIO LEITE DE OLIVEIRA (RÉU)

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGAÇÕES DE OFENSA À COISA JULGADA E ERRO DE FATO NO JULGAMENTO DE AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. PEDIDO DE NOVO JULGAMENTO PARA EXCLUSÃO DE VALOR REFERENTE A LUCROS CESSANTES E PARA QUE A EXECUÇÃO SE PROCEDA NA MODALIDADE DE LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DESCARTADA. INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTO NOVO, OU ERRO DE FATO, E DE OFENSA À COISA JULGADA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

- *Sendo o meio utilizado (ação rescisória) previsto no ordenamento jurídico e a pretensão deduzida não defesa em lei, reputa-se juridicamente possível o pedido.*
- *Por documento novo não se entende aquele que a parte não fez uso na ação devido a diligência serôdia.*
- *Os lucros cessantes têm como pressuposto o fato da privação do ganho pelo credor, razão pela qual aquisição de veículo de categoria particular não os cessa.*
- *O erro de fato para fundamentar a rescisória deve resultar de atos ou de documentos da causa, o que não é o caso dos autos.*
- *Inexistência de determinação no título exequendo para se liquidá-lo por artigos.*
- *Improcedência da ação.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a ação, nos termos do voto do Relator e do que consta nas notas taquigráficas que ficam integrando o presente julgado.

Recife, 11 de maio de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Cuida-se de ação rescisória promovida pela União contra Fausto José do Nascimento, qualificado na inicial, fundamentando seu pedido nos incisos IV, VII e IX do artigo 485 do Código de Processo Civil.

Aduz que o réu lhe propôs uma ação de reparação de danos, em virtude de acidente automobilístico ocorrido, envolvendo veículos das partes, na qual restou vitorioso.

Todavia, quando da execução do julgado, a apuração do valor devido foi feita de forma irregular, inclusive, com ofensa à coisa julgada.

Argumenta que a ofensa à coisa julgada se deve ao fato de que a sentença relativa aos embargos à execução nº 2001.83.00.000791-6 foi proferida “sem conhecimento do documento” (*sic*), que ora pretende seja juntado.

Destarte, acrescenta que não abordou a questão antes porque desconhecia o fato de que o autor, ora réu, havia adquirido um veículo desde 06.11.1995; que só após a prolação da sentença pelo MM. Juiz Federal da 9ª Vara em Pernambuco, nos autos dos Embargos à Execução nº 2001.83.00.000791-6, precisamente aos 03.04.2003, obteve documento novo, que ora acosta, emitido pelo DETRAN, no qual consta que o demandante, ora réu, ao contrário

do que afirmara, adquiriu um veículo, novo, aos 06.11.1995, data a partir da qual não se deveria mais computar lucros cessantes em favor dele, circunstância esta que também teria acarretado erro de fato, em virtude da diferença no quantitativo de dias computados como parados, que seriam 1.275 dias ao invés de 2.759.

Outrossim, alega que a decisão que pretende seja rescindida contraria a coisa julgada, à medida em que não adota a liquidação por artigos, determinada no título executivo, e sim, por cálculos.

Pede, de logo, antecipação dos efeitos da tutela pretendida no sentido de que se determine a suspensão da execução do julgado ou que se receba o pedido como liminar, em face do poder geral de cautela, para idêntico fim, ao argumento de que a verossimilhança do seu alegado direito resta demonstrada pelos fundamentos que embasam a rescisória e que está na iminência de sofrer dano de difícil reparação, considerando que, além da verba ser de natureza alimentar, a execução já se encontra em fase da expedição de precatório.

Ao final, postula que a ação seja julgada procedente para rescindir a sentença de embargos à execução, proferindo-se novo julgamento, para excluir do cálculo da execução o valor referente aos lucros cessantes.

Alternativamente, pede a rescisão do julgado para que seja reiniciada a execução sob a modalidade de liquidação por artigos.

Negado o pedido de antecipação da tutela e, de conseqüência, o subsidiário de liminar (fls. 119-121), decisão contra a qual não houve recurso da União.

Citado, o réu aduz ser insustentável a pretensão de se atribuir a documento expedido pelo DETRAN/PE, de natureza pública, a qualidade de documento novo, pelo que pugna pela extinção do feito ante a impossibilidade jurídica da demanda.

No mérito, alega não haver justo motivo para que a União não tenha utilizado o documento ao ensejo dos embargos à execução que opôs; que a inobservância da liquidação por artigos não acarretou à parte autora desta ação prejuízo; que concordou, inclusive, com os cálculos apresentados pela contadoria do juízo; que não houve no acórdão relativo à apelação expressa determinação no

sentido do *quantum* devido ser apurado por meio de liquidação por artigos; que dentre os valores de execução há os pertinentes à indenização por danos diretos, incontroversos, e que se trata de litigante de má-fé.

Instada a se manifestar sobre a preliminar argüida, a União diz que esta não prospera, uma vez que há possibilidade jurídica do pedido no ordenamento, o que não se confunde com a sua improcedência.

Destarte, reitera que somente teve acesso ao documento emitido pelo DETRAN/PE aos 03.04.2003, mediante o Ofício nº 107/2003, e, quanto ao mais, renova as alegações já procedidas na peça contestatória.

Com vistas dos autos, o Ministério Público Federal pugna pelo não acolhimento da pretensão da autora, pedindo a improcedência da ação (fls. 167-173).

É o relatório.

VOTO

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

Descarto, de logo, a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

A pretensão deduzida não é defesa na lei e o meio utilizado – ação rescisória – está previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, há possibilidade jurídica.

A questão, pois, é se procede, ou não, o pedido formulado na exordial.

Não há falar em documento novo, ou erro de fato, nem tampouco em ofensa à coisa julgada, a pretexto da inobservância da liquidação por artigos.

Como acentuo na decisão liminar que proferi, ao contrário do que sustenta a autora, não reputo de novo o documento assim rotulado. Isto porque:

“Por documento novo não se deve entender aquele

que só posteriormente à sentença veio a formar-se, mas o documento já constituído cuja existência a autora da ação rescisória ignorava ou do qual não pôde fazer uso, no curso do processo de que resultou o aresto rescindendo” (RTJ 158/774)” (*Código de processo civil e legislação processual em vigor org, seleção e notas Theotônio Negrão; com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 32 ed. atual. até 9 de janeiro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 509).*

“Não é documento novo:

- o que já constava de registro público (RTJ 125/439, v. p. 452; RSTJ 26/504 [...]).
- aquele que deixou de ser produzido na ação principal por desídia ou negligência da parte em obtê-lo (RT 674/149, RJTJESP 97/416, JTA 100/206), conhecendo-lhe a existência (Lex-JTA 147/413). [...]”. (*Idem*, p. 510).

Ora, a União só obteve o documento, que rotula de novo, em 2003, porque suas diligências foram tardias.

Não fosse o seu expediente serôdio teria ela obtido a informação desejada em tempo hábil, considerando que seu Ofício nº 773, datado de 19/03/2003, foi respondido pelo DETRAN, com data de 27/03/2003, portanto, em menos de 1 (um) mês (fl. 16).

Ademais, o argumento de que a aquisição de veículo por parte do autor da ação, ora réu, alteraria o cômputo de dias em que este ficou sem trabalhar e, portanto, faria cessar as razões motivadoras dos lucros cessantes, não se sustenta à luz do pressuposto do pagamento da indenização a tal título.

Os lucros cessantes têm como pressuposto o fato da privação do ganho pelo credor, ou seja, só deixam de ser devidos mediante o cumprimento exato da obrigação por aquele que os ensejou.

A propósito, destaco o que leciona Maria Helena Diniz:

“Para conceder a indenização de perdas e danos, o juiz deverá considerar se houve: *dano positivo ou*

emergente, que consiste num déficit real no patrimônio do credor, e *dano negativo* ou *lucro cessante*, relativo à privação de um ganho pelo credor, ou seja, o lucro que ele deixou de auferir em razão de descumprimento da obrigação pelo devedor”.

(In Código Civil Anotado, 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 761).

Ora, a questionada aquisição do veículo feita pelo réu, então autor da ação originária, aos 06.11.1995 (fl. 14), no que pese significar um incremento no seu respectivo patrimônio, não significa que seus lucros tenham sido restaurados, porquanto não foi custeada pela União.

Destarte, o veículo adquirido é da categoria particular e não de aluguel, à vista do que consta nos registros do Departamento Estadual de Trânsito de Pernambuco - DETRAN/PE (fls. 14), portanto, não se presta, ao menos em tese, para produzir rendimentos.

Não bastasse tudo isto, ressalto que a União concordou com os cálculos elaborados pela contadoria do juízo (v. cópia de fl. 81) e em tais cálculos constava expressamente o quantitativo de dias parados como sendo 2.759 (v. fl. 77).

Por conseguinte, não há que se cogitar do aventado erro de fato.

O erro de fato para fundamentar a rescisória deve resultar de atos ou de documentos da causa e, no caso dos autos, o documento de que se vale a União para alegar erro de fato no julgamento não se encontrava na causa.

A propósito, trago à colação precedentes jurisprudenciais neste sentido:

“(...) o erro de fato, suscetível de fundamentar a rescisória, é precisamente o averiguável mediante o exame das prova já existentes no processo, não aquele cuja correção requeira a produção de novas provas no juízo rescisório” (RTJ 132/1.1119; a citação é do voto do Min. Gallotti, p. 1.121). (*Idem*, p. 511).

Quanto à suscitada liquidação por artigos, não vislumbro no título exequendo determinação expressa em tal sentido.

No acórdão proferido por este Tribunal (fls. 40 *usque* 54), que ensejou a execução embargada, não consta, a rigor, que a liquidação deveria ser procedida por artigos. Ao contrário, ante a parte dispositiva do voto do então Relator, que embasou o acórdão, conclui-se que bastariam meros cálculos aritméticos para se chegar ao valor dos lucros cessantes devidos ao autor da ação, ora réu (fls. 54).

Note-se o que consta do respectivo voto:

“(…) Por todo o exposto, dou provimento à apelação do autor, para lhe garantir o direito ao recebimento dos lucros cessantes, tomando por base o valor da hora parada, determinada na tabela fornecida pelo Sindicato dos Condutores Autônomos anexada aos autos (fls. 30), levando em consideração o número de horas que um motorista profissional normalmente utiliza seu veículo, que entendo ser de 10 (dez) horas diárias, vezes o número de dias parados que devem ser apurados na liquidação de sentença. Como também nego provimento ao agravo retido e à apelação da União Federal (…)”.

Na esteira deste entendimento, na sentença consta expressamente o valor do excesso de execução reconhecido, inclusive em moeda corrente (fls. 85), *verbis*:

“(…) Isto posto, julgo procedente a pretensão estampada nestes Embargos nº 2001.83.00.0791-6, opostos pela União Federal à execução de sentença que se processa na Ação Sumária nº 92.8411-7, para reconhecer o excesso de execução apontado e acatar como valor da indenização por danos materiais e lucros cessantes o de R\$ 265.655,42 (duzentos e sessenta e cinco mil, seiscentos e cinquenta e cinco reais e quarenta e dois centavos). (…)”.

Por tudo isto, julgo improcedente a rescisória, condenando a autora em honorários advocatícios à razão de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 54.398-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE
CAVALCANTE
Agravante: TERPHANE LTDA.
Agravada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. PÉRISSON LOPES DE ANDRADE E OUTROS
(AGTRE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CPMF. MOVIMENTAÇÃO DOS VALORES ORIUNDOS DE OPERAÇÃO DE EXPORTAÇÃO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. DEPÓSITO JUDICIAL. RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. PROVIMENTO LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DO FUMUS BONI IURIS QUANTO À INEXIGIBILIDADE DO TRIBUTO DISCUTIDO JUDICIALMENTE. INDEFERIMENTO.

- O depósito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário, previsto no art. 151, inciso II, do CTN, dispensa outros fundamentos, constituindo-se direito do contribuinte, cuja realização independe de licença expressa, devendo, entretanto, ser efetivado na sua integralidade e em dinheiro, nos precisos termos da norma citada e da Súmula nº 112 do STJ. Todavia, na hipótese de o sujeito passivo não ter a disponibilidade do recolhimento, como é o caso da responsabilidade tributária por substituição, na qual a lei atribui a um terceiro a efetivação do recolhimento do valor do tributo, é necessário seja proferida decisão judicial no sentido de exonerar o responsável tributário do recolhimento aos cofres públicos do valor correspondente ao tributo e determinar o depósito do respectivo valor à disposição do Juízo. Assim, considerando os limites subjetivos das decisões judiciais, não se constitui o depósito, em casos assim, faculdade do

devedor.

- A liminar em mandado de segurança, em tese, é meio processual idôneo para se pleitear a suspensão da exigibilidade de tributos, até que, na ação principal, decida-se pela legitimidade ou não do crédito alegado, haja vista o Código Tributário Nacional, no art. 151, IV, com redação da LC nº 104/2001, ter previsto tal hipótese suspensiva da exigibilidade do crédito tributário. Todavia, para que se defira a suspensão do crédito tributário através de liminar é imprescindível a presença dos requisitos indispensáveis à sua concessão, fumus boni iuris e periculum in mora.

- Tratando-se da suspensão da exigibilidade de créditos referentes à CPMF sobre a movimentação das receitas oriundas de exportações pleiteada em mandado de segurança, não é de se vislumbrar o fumus boni iuris, pois, quanto à imunidade instituída pela EC nº 33/2001, é de se considerar apenas as contribuições sociais que têm por fato gerador receitas provenientes de exportação, não sendo possível estender-se tal benefício à CPMF, cujo fato gerador é a movimentação ou transmissão de valores e de créditos de natureza financeira, atingindo, portanto, lançamentos de débitos e créditos em contas correntes, sendo irrelevante o fato de que tais valores e créditos refiram-se a receitas originadas de operações de exportação. Ademais, a não extensão à CPMF da imunidade prevista no art. 149, § 2º, I, da CF já fora decidida por este eg. Tribunal Regional Federal da Quinta Região (AC nº 332613/CE, DJ: 19/05/2004, p.1097. Rel. Desembargador Federal Francisco Wildo).

- Agravo de instrumento improvido. Revogando a liminar substitutiva anteriormente concedida. Prejudicado o agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, julgando prejudicado o agravo regimental, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado, prejudicada a apelação da parte autora.

Recife, 17 de março de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

TERPHANE Ltda. impetrou mandado, pleiteando liminarmente a suspensão da exigibilidade da Contribuição sobre a Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e de Direitos de Natureza Financeira – CPMF – sobre a movimentação de suas receitas decorrentes de exportação; sustentou a presença dos requisitos liminares, decorrentes da relevante argumentação quanto ao direito líquido e certo de não ter suas receitas decorrentes de exportação oneradas pela CPMF, consubstanciado na imunidade prevista no art. 149, § 2º, inciso I, da CF/88, na redação da EC nº 33/2001, cujo objetivo afirma ter sido o incentivo às exportações brasileiras, bem assim alegou o perigo da demora resultante da possibilidade de danos irreparáveis decorrentes dos prejuízos à competitividade de seus produtos no exterior, além das dificuldades decorrentes da ação de repetição de indébito, requerendo fosse determinado à autoridade apontada como coatora a abstenção da prática de qualquer medida constritiva ao recolhimento da referida exação, bem assim fossem oficiadas as instituições financeiras relacionadas na inicial para não efetuarem a retenção e o recolhimento do referido tributo sobre mencionadas receitas, assim entendidas como as oriundas da liquidação de contratos de câmbio vinculados a contratos de exportação, fls. 14/33.

O ilustre Juiz Federal da 2ª Vara - PE, entendendo não se aplicar o mencionado dispositivo constitucional no caso da CPMF, haja vista tal imunidade referir-se às contribuições calculadas sobre as receitas, o que não é o caso da CPMF, cuja hipótese de incidência é a movimentação financeira, indeferiu o pedido liminar, fls. 45/46, tendo a impetrante, ora agravante, interposto agravo de instrumento, fls. 49/65.

Requeru, ainda, a empresa ora recorrente, nos autos do mandado de segurança (Processo nº 2003.83.00.023630-6), a autorização para o depósito judicial das quantias discutidas no mencionado *mandamus*, para as instituições financeiras relacionadas, ao invés de recolher a contribuição em tela aos cofres públicos, efetuarem os respectivos depósitos em DARF's – depósitos próprios, informando nos autos os valores depositados, requerendo, desde logo, o pronto levantamento de tais quantias no caso de concessão da medida liminar pleiteada no agravo de instrumento, fls. 67/68.

Na decisão de fls. 90, do Juízo Federal da 6ª Vara - PE, fora indeferido o pedido de depósito judicial supracitado, ao entendimento de não constituir faculdade do devedor o depósito dos valores devidos de tributos nos quais ele não tem disponibilidade sobre o montante a ser recolhido, passando tal depósito a depender de determinação judicial para que o substituto tributário coloque à disposição do Juízo o montante do que seria recolhido, sendo necessário o convencimento do julgador quanto à verossimilhança da alegação no sentido de ser o tributo indevido, o que o ilustre Julgador considerou não ocorrer no caso vertente.

Em face da referida decisão que indeferiu o requerimento de depósito, interpôs, a empresa impetrante, o agravo de instrumento em tela, fls. 02/10, sustentando, com fulcro no art. 151, II, do CTN, ser o depósito judicial faculdade do contribuinte, tendo por objetivo a suspensão da exigibilidade do crédito tributário discutido em Juízo, para evitar a via da repetição do indébito, que considera ocasionar notório prejuízo ao princípio da instrumentalidade do processo.

Afirmou, a agravante, ser possível requerer o mencionado depósito a qualquer tempo, nos próprios autos da ação principal, não

podendo tal pleito ser negado pelo Magistrado; aduziu que, também no caso da CPMF, a jurisprudência tem decidido não ser possível negar o direito à suspensão da exigibilidade mediante depósito integral; aduziu inexistir prejuízo a ser causado à agravada pelo deferimento do depósito em foco, sustentando, ainda, não haver vinculação de tal pleito ao convencimento do Juiz quanto à verossimilhança das alegações do contribuinte, mas que, ao contrário, justifica-se pela dúvida, tendo em vista criar para o Fisco a garantia do recebimento dos valores discutidos, os quais já estarão em seu poder, pois serão repassados pela Caixa Econômica Federal para a Conta Única do Tesouro Nacional, conforme previsto na Lei nº 9.703/98, art. 1º, § 2º, convertendo-se, posteriormente, em pagamento, evitando, por outro lado, a propositura da mencionada ação de repetição de indébito; afirmou, assim, a presença dos requisitos para o deferimento, em antecipação da tutela, da pretensão recursal, consubstanciados na plausibilidade do direito de obter a suspensão da exigibilidade de tributo mediante o depósito judicial dos valores que pretende discutir, previsto no CTN, bem como em face das reiteradas decisões do STF e dos Tribunais Federais favoráveis ao seu pleito, afirmando o perigo de difícil reparação gerado pelo não exercício do direito líquido e certo que alega possuir, decorrente da retenção e pagamento pelos bancos dos valores relativos à CPMF sobre a movimentação das receitas oriundas de exportação, só podendo reaver tais quantias após o trânsito em julgado da ação principal e através da repetição de indébito.

Indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, às fls. 95/96, contra qual decisão fora interposto agravo regimental, às fls. 108/115.

Contra-razões às fls. 154/163.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

Inicialmente, é de se mencionar ser o depósito causa legal de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme previsto

no art. 151, inciso II, do CTN, dispensando outros fundamentos, constituindo-se, neste caso, em direito do contribuinte, cuja realização independe de licença expressa, devendo, entretanto, ser efetivado na sua integralidade e em dinheiro, nos precisos termos da norma citada e da Súmula n.º 112 do STJ:

“Art. 151- Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...);

O depósito do seu montante integral”.

“Súmula nº 112 do STJ: O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro”.

Todavia, na hipótese de o sujeito passivo não ter a disponibilidade do recolhimento, como é o caso da responsabilidade tributária por substituição, na qual a lei atribui a um terceiro a efetivação do recolhimento do valor do tributo, necessário seja proferida decisão judicial no sentido de exonerar o responsável tributário do recolhimento aos cofres públicos do valor correspondente ao tributo e determinar o depósito do respectivo valor à disposição do Juízo. Assim, considerando os limites subjetivos das decisões judiciais, não constitui o depósito, em casos assim, faculdade do devedor.

No caso em tela, pretende a agravante obter a autorização do depósito judicial das quantias referentes à CPMF incidente sobre a movimentação das receitas oriundas de suas exportações, para o fim de ter suspensa liminarmente a exigibilidade do mencionado tributo sob discussão em mandado de segurança, objetivando o reconhecimento da inexigibilidade da exação em tela, além da compensação dos valores recolhidos sobre as receitas auferidas a partir da promulgação da EC nº 33/01.

A liminar em mandado de segurança, em tese, é meio processual idôneo para se pleitear a suspensão da exigibilidade de tributos, até que, na ação principal, decida-se pela legitimidade ou não do crédito alegado, tendo em vista o Código Tributário Nacional, no art. 151, IV, com redação da LC nº 104/2001, ter previsto tal hipótese suspensiva da exigibilidade do crédito tributário.

Todavia, para que se defira a suspensão do crédito tributário

através de liminar é imprescindível a presença dos requisitos cautelares, *fumus boni iuris e periculum in mora*.

Assim, é de ser demonstrado o direito ao não recolhimento do tributo cuja exigibilidade se pretende suspender, por considerar indevida a sua cobrança, além da necessidade de perigo de dano pela demora no provimento a ser obtido no processo principal.

No caso vertente, trata-se da suspensão da exigibilidade de créditos referentes à CPMF sobre a movimentação das receitas oriundas de exportações.

No que se refere à imunidade instituída pela EC nº 33/2001, é de se considerar apenas as contribuições sociais que têm por fato gerador receitas provenientes de exportação. Assim, não vislumbro a possibilidade de se estender tal benefício à CPMF, cujo fato gerador é a movimentação ou transmissão de valores e de créditos de natureza financeira, atingindo, portanto, lançamentos de débitos e créditos em contas correntes, sendo irrelevante o fato de que tais valores e créditos refiram-se a receitas originadas de operações de exportação.

A não extensão da imunidade prevista no art. 149, § 2º, I, da CF, ao tributo em tela já fora decidida por este eg. Tribunal Regional Federal da Quinta Região, conforme se infere da seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CPMF SOBRE RECEITAS DECORRENTES DE EXPORTAÇÃO. IMUNIDADE. ART. 149, PARÁGRAFO 2º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO EXTENSÃO.

- O STF há muito já consolidou o entendimento de que a CPMF é uma contribuição para o financiamento da Seguridade Social, incluída na classe das outras contribuições inscritas no parágrafo 4º do art. 195 da Constituição Federal (ADI 1497-8/DF, Pleno, Rel. p/ Acórdão Min. Carlos Velloso, j. em 09/10/1996).

- Por conseguinte, não se acha a exação em apreço enquadrada na regra de imunidade prevista no art. 149, parágrafo 2º, I, da CF/88, que se reporta às contribuições sociais gerais, assim categorizadas por não se submeterem à regência específica do

art. 195 da mesma Carta Constitucional.

- Apelação não provida”.

(AC nº 332.613/CE, DJ - Data: 19/05/2004, p.1097 -
Nº: 95. Rel. Desembargador Federal Francisco Wil-
do)

Com essas considerações, nego provimento ao agravo de ins-
trumento, julgando prejudicado o agravo regimental.

É o meu voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 59.064-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO
GURGEL DE FARIA
Agravante: VERA CRUZ SEGURADORA S/A
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Lit. Ativos: SUSEP - SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS
PRIVADOS, ITAÚ SEGUROS S/A, BRADESCO SE-
GUROS S/A, SUL AMÉRICA – COMPANHIA NACIO-
NAL DE SEGUROS, PORTO SEGURO – COMPA-
NHIA DE SEGUROS GERAIS, REAL PREVIDÊNCIA
E SEGUROS S/A E UNIBANCO SEGUROS S/A
Advogados: DRS. ALBERTO NOGUEIRA DA SILVA E OUTROS
(AGRTE.)

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. TUTELA
ANTECIPADA. SEGURO DE AUTOMÓVEIS. IN-
DENIZAÇÃO. VALOR DE MERCADO. NOVO
CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE. REQUISITOS.
NÃO OCORRÊNCIA.***

- O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública para defesa, não apenas dos direitos difusos e coletivos, mas também dos individuais homogêneos, desde que presente o interesse social, nos termos do art. 127 da CF, ainda que não digam respeito à relação de consumo. Preliminar rejeitada.

- A tutela antecipada deve ser deferida quando o

direito do requerente se mostre verossímil, à vista de prova inequívoca, e a demora da decisão venha a provocar dano irreparável ou de difícil reparação.

- Hipótese em que, em princípio, o novo Código Civil de 2002 (artigos 778 e 781) permite a contratação de seguro automobilístico, com a previsão de indenização pela perda total calculada com base no valor de mercado do bem sob garantia, no momento do sinistro.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 22 de março de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Vera Cruz Seguradora S/A contra decisão que concedeu antecipação de tutela, pleiteada em ação civil pública, determinando que as indenizações devidas aos consumidores de seguros de automóveis domiciliados no Estado de Sergipe sejam pagas com base no valor da apólice, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por cada contrato solvido em quantia inferior ao referido patamar, bem como proibindo a inclusão da cláusula que impõe a recomposição do patrimônio segurado, no caso de sinistro, com referência no valor de mercado, suspendendo-se, por fim, a eficácia das Circu-

lares nº 145/2000 e nº 241/2004, ambas da SUSEP, na parte em que autorizam as empresas de seguro de automóveis a comercializar esse serviço, com a cláusula de valor de mercado.

A recorrente alega, preliminarmente, que o Ministério Público não tem legitimidade para ingressar com ação civil pública em defesa de interesses disponíveis. No mérito, diz que estão ausentes os requisitos ensejadores da medida deferida, pois, nos termos dos artigos 778 e 781 do Novo Código Civil, cabe às partes contratantes escolherem o tipo de ajuste que lhes convier, podendo ser pactuado que a indenização pelo sinistro se dê com base no valor de mercado ou da apólice do seguro. Argumenta, ainda, que é impossível alterar os ajustes que já se encontram em andamento, não sendo exequíveis as multas cominadas, em sede de liminar, referentes aos negócios efetuados desde a data do ajuizamento da ação.

O pedido para atribuir efeito suspensivo ao recurso foi deferido em decisão, às fls. 107/108.

Regularmente intimada, a parte recorrida apresentou contrarrazões (fls. 263/284).

O representante do *Parquet* Federal junto a esta Corte, atuando como fiscal da lei, ofertou parecer às fls. 335/338.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

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

O primeiro ponto a ser analisado diz respeito à legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública na proteção de direitos individuais homogêneos.

Comungo com a idéia de que a legitimação do Ministério Público para ajuizamento da ação civil pública não se restringe às hipóteses de previsão legal expressa, pois seria, como bem salientou o eminente Min. Sepúlveda Pertence, no julgamento do RE nº 213.631-0/MG (*DJ*07.04.2000), delegar ao legislador ordinário o poder de demarcar a função de um órgão constitucional essencial à jurisdição.

Neste diapasão, entendo que há possibilidade de defesa pelo MP não apenas dos direitos difusos e coletivos, mas também dos individuais homogêneos, desde que presente o interesse social, nos termos do art. 127 da CF, ainda que não digam respeito à relação de consumo.

Nesses casos, ainda que divisível, conseqüentemente podendo ser defendido em juízo pelos próprios titulares, a legitimidade do órgão ministerial para a sua defesa surge em razão da natureza social desses direitos e da repercussão que a sua lesão acarretaria na sociedade como um todo.

Observe-se que a verificação da existência, *in concreto*, do interesse social que autorize o ajuizamento da ação civil pública pelo Ministério Público para defesa de direitos individuais homogêneos há de ser feita, observando-se os princípios relativos à ordem social insertos na Carta Magna.

Na hipótese ora em exame, pretende o recorrido a modificação do modo de calcular a indenização, nos contratos de seguro de automóveis, decorrente de sinistro, pois o cálculo pelo valor de mercado, segundo entende o *Parquet*, ofende o direito dos consumidores, considerados em seu conjunto homogêneo.

Penso que, nesse caso, há interesse social a ser preservado, já que esse tipo de ajuste é feito para diversos consumidores, o que poderá, de um modo amplo, em tese, prejudicar não só a pessoa contratante, mas a sociedade como um todo.

Destarte, reconheço a legitimidade do agravado para ajuizar a presente demanda.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade do *Parquet*.

VOTO MÉRITO

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

A pretensão da agravante é formulada no sentido de obter a revogação da decisão que concedeu antecipação de tutela, pleiteada em ação civil pública, determinando que as indenizações devidas aos consumidores de seguros de automóveis domicilia-

dos no Estado de Sergipe sejam pagas com base no valor da apólice, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por cada contrato solvido em quantia inferior ao referido patamar, bem como proibindo a inclusão da cláusula que impõe a recomposição do patrimônio segurado, no caso de sinistro, com referência no valor de mercado, suspendendo-se, por fim, a eficácia das Circulares nº 145/2000 e nº 241/2004, ambas da SUSEP, na parte em que autorizam as empresas de seguro de automóveis a comercializar esse serviço, com a cláusula de valor de mercado.

A questão a ser dirimida diz respeito à possibilidade ou não de as empresas seguradoras oferecerem no mercado seguros de automóveis contratados com base no valor flutuante do bem envolvido no negócio.

Com as promulgações das Leis de nºs 8.950 e 8.953, ambas de 13.12.94, muitas foram as mudanças introduzidas no âmbito do Direito Processual Civil. Sem dúvida, uma das novidades mais debatidas diz respeito exatamente ao instituto da tutela antecipada, inscrito no art. 273, CPC, que prevê a exigência dos seguintes pressupostos para a sua concessão: a) prova inequívoca e verossimilhança das alegações; b) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A verossimilhança da alegação que autoriza a antecipação dos efeitos da tutela se refere ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende o procedimento emergencial, não se restringindo à existência de seu direito subjetivo material.

Sobre a caracterização do referido requisito capaz de autorizar a tutela concedida, é válido transcrever o magistério do insigne jurista, Teori Albino Zavascki, *in* Antecipação da Tutela, 1ª edição, Saraiva, São Paulo, 1997, p. 75/76:

“(...) diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decor-

re da (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos. Sob este aspecto, não há como deixar de identificar os pressupostos da antecipação da tutela de mérito, do art. 273, como os da liminar em mandado de segurança: nos dois casos, além da relevância dos fundamentos (direito), supõe-se provada nos autos a matéria fática”.

In casu, entendo que os requisitos justificadores da concessão da medida de urgência em favor do agravado não se encontram presentes.

Com efeito, conforme já foi assentado no julgamento do AGTR 59.090/SE, que trata da mesma decisão aqui combatida, não obstante a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, apontada pelo recorrido (fls. 271/275), tenha entendido que, no seguro de automóvel, em caso de perda total, a indenização deva ser feita com base na quantia ajustada na apólice, é importante dizer que tais julgados ampararam-se nas normas do Código Civil de 1916.

Hoje, sob a regência do novo Código Civil de 2002, a matéria recebeu um tratamento diferente. Na verdade, os artigos 778 e 781 permitem que a negociação do seguro preveja a indenização do bem sinistrado, calculada com base no valor real de mercado no momento em que se deu o sinistro:

“Art. 778. Nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena do disposto no art. 766, e sem prejuízo da ação penal que no caso couber.

(...)

Art. 781. A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador”.

Assim, tais normas devem ser interpretadas à luz dos direitos do consumidor, sem possibilitar, igualmente, a ocorrência de fraudes contra as seguradoras, nos termos em que se encontra estipulado na nova legislação civil. Desse modo, em princípio, não há

prejuízo ao consumidor que justifique a imediata alteração das regras administradas pela SUSEP, no que tange aos contratos de automóveis, pois as normas veiculadas pela Circular nº 241/2004, atualmente em vigor (art. 13 – fl. 98), possibilitam que as partes contratantes escolham os tipos de ajuste que pretendem efetuar, optando pela cláusula de indenização do sinistro pelo valor de mercado ou pelo *quantum* determinado na apólice.

Vale registrar que se o valor real do bem segurado é afetado pela depreciação ocorrida com o decurso do tempo, a sua representação monetária nominal, por outro lado, pode eventualmente, dependendo do índice de reajuste aplicado ao patrimônio segurado, se mostrar acima do numerário apontado na apólice, sem que isso corresponda a uma supervalorização da propriedade compensada.

À vista do exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para revogar a decisão atacada.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 61.685-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Agravante: USINA PETRIBU S/A
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advs./Procs.: DRS. GRACIANE APOLÔNIO DA SILVA LUZ E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA DE TUTELA ANTECIPADA PARA SUSPENDER EXIGÊNCIA DO CRÉDITO. EMPRESA AGROINDUSTRIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ENTENDIMENTO FIRMADO POR ESTA CORTE (IUJAMS 64.844-AL) DE QUE É DEVIDA A CONTRIBUIÇÃO PREVISTA NO ART. 22 DA LEI 8.212/91. O EXERCÍCIO, PERANTE O FISCO, DE DIREITO TUTELA-

DO POR DECISÃO JUDICIAL TRÂNSITA EM JULGADO DEPENDE DA APRESENTAÇÃO DESTA E NÃO PODE SER OBJETO DE NOVO JULGAMENTO EM FACE DA COISA JULGADA. CLAREZA DA NOTIFICAÇÃO FISCAL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DA NFLD. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA.

1. Esta Corte, em Incidente de Uniformização de Jurisprudência (IUIAMS 64.844-AL, Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti, DJU 02.12.02, p. 575), firmou entendimento de que é devida a contribuição previdenciária prevista no art. 22 da Lei 8.212/91, no período anterior à ADIn 1.103-1-DF, ressaltando a impossibilidade da cobrança de acréscimos, multas e penalidades, tendo em vista a boa-fé dos contribuintes, ante a fundada dúvida do tributo (art. 102 do CTN).

2. O exercício de direito tutelado, perante o Fisco, por decisão judicial trânsita em julgado depende da apresentação desta, não podendo ser objeto de novo julgamento em face da coisa julgada.

3. Impossibilidade de reconhecer-se nulidade de lançamento por falta de clareza diante de NFLD límpida.

4. Ausência de verossimilhança, impossibilidade de concessão de antecipação de tutela.

5. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 61.685-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Recife, 21 de junho de 2005 (data do julgamento).

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Trata-se de agravo, interposto pelo particular, contra decisão (fls. 163/166) prolatada nos autos de ação anulatória de débito fiscal (fls. 31), em que se pretendia antecipar os efeitos da tutela para (a) suspender a exigibilidade do crédito tributário referente à NFLD 35.509.606-4 e (b) para a emissão de Certidão Positiva de Débitos com efeitos de negativa, nos termos do art. 206 do CTN (fls. 47); o douto Juiz *a quo*, conforme se verifica às fls. 166, indeferiu o pedido de antecipação por entender inexistentes os elementos mínimos para o atendimento deste requerimento; os fatos geradores aos quais se refere a mencionada notificação são relativos a contribuições destinadas à Seguridade Social, incidentes sobre a folha de salários dos trabalhadores da parte agrícola da Empresa (contribuição patronal, SAT, contribuição para terceiros – destinada ao SENAR, glosa de compensação indevida e glosa de juros), de acordo com o relatório da NFLD às fls. 94.

2. Alega a agravante (fls. 3/29) que: (a) diante da declaração de inconstitucionalidade do parág. 2º do art. 25 da Lei 8.870/94 (ADIn 1.103-I/600, de 18.12.96), que tinha revogado o art. 22, I e II, da Lei 8.212/91, não há repristinação desta última, não podendo o Fisco fazer cobrança fundamentando-se em norma retirada do ordenamento (fls. 4); (b) que o efeito desta declaração de inconstitucionalidade é *ex nunc* (fls. 22); (c) que estão sendo exigidos valores decorrentes das compensações por ela realizadas em decorrência de decisão transitada em julgado no MS 94.11328-5, havendo, inclusive, homologação tácita pelo decurso de prazo (fls. 4); (d) que há continuidade do pagamento da contribuição prevista na alínea *b* do inciso I do art. 15 da LC 11/71 durante a vigência da Lei 8.212/91; (e) que por falta de clareza, é nulo o lançamento fiscal em questão (fls. 25); por fim, requer que seja concedida tutela antecipada nos termos do art. 273 do CPC c/c inciso V do art. 151 do CTN (fls. 27), conferindo-lhe efeito suspensivo ativo conforme art. 558 do CPC, substituindo-se a decisão agravada para suspender

a exigibilidade do crédito em questão, garantindo-se o fornecimento de certidão nos termos do art. 206 do CTN, bem como que seja garantida a abstenção de qualquer ato que implique coação ao pagamento do crédito questionado até o julgamento final da ação anulatória (fls. 29).

3. Às contra-razões, aduz a agravada: (a) ilegitimidade passiva da Autarquia Previdenciária quanto às contribuições de terceiros/SENAR (fls. 200); (b) validade e manutenção da sistemática de cobrança baseada no art. 22 da Lei 8.212/91 (fls. 205 e 214); (c) não recepção e/ou revogação da LC 11/71 (fls. 214); (d) legalidade da incidência da SELIC em relação ao crédito atacado (fls. 217); (e) inexistência de nulidade do lançamento; por fim, requer que seja negado provimento ao recurso (fls. 221).

4. É o relatório.

VOTO

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

1. Conforme prevê o art. 273, I e II do CPC, o direito de o autor pedir a antecipação (total ou parcial) dos efeitos da tutela pretendida na ação se subordina à *presença* de dois requisitos jurídicos condicionantes da sua deferibilidade (*a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações da parte*), cumulados, segundo o caso (I) *com a demonstração do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* ou (II) *com a caracterização de abuso do direito de defesa ou de propósito protelatório do réu*.

2. Esses requisitos devem, ainda, vir *qualificados*, por algumas dessas duas *circunstâncias alternativas* ou quiçá por ambas; essas qualificações são *o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I do CPC) ou a caracterização do abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu (art. 273, II, do CPC)*, acopladas àqueles ditos *requisitos básicos*; essas circunstâncias, embora possam vir conjugadas, são *na verdade alternativas, tanto que entre ambas se insere a conjunção respectiva* (art. 273 do CPC).

3. Repita-se que essas qualificações são duas: no caso do art. 273, I, do CPC, à situação exposta pela parte, provada inequi-

vocamente e ornada de verossimilhança, deve, ainda, estar aco-
plado *o fundado receio de dano severo*; no caso do art. 273, II, do
CPC, deve estar caracterizado na situação exposta o *abuso do*
direito de defesa ou o manifesto *propósito protelatório* da parte pro-
movida.

4. Exige-se, portanto, para a concessão da tutela antecipada a
prova inequívoca da possibilidade de a pretensão do autor vir a ser
certificada como direito, dessa forma, não se antecipa a tutela dian-
te da simples probabilidade da certificação do direito; o convenci-
mento desta verossimilhança da alegação do autor depende de
provas desta verossimilitude; assim, se a situação escapar da aber-
ração (for verossímil), deverá o juiz verificar a existência de provas
nos autos que alicercem seu convencimento, conforme ensina o
Prof. José Joaquim Calmon de Passos (Comentários ao Código
de Processo Civil, vol. III, Rio de Janeiro, Forense, pp. 41/42).

5. Passando à análise das alegações levantadas pela agra-
vante, constata-se que, quanto ao seu argumento de que diante da
declaração de inconstitucionalidade do parág. 2º do art. 25 da Lei
8.870/94 (ADIn 1.103-I/600, de 18.12.96), que tinha revogado o art.
22, I e II, da Lei 8.212/91, não há repristinação desta última, não
podendo o Fisco fazer cobrança fundamentando-se em norma tor-
nada sem efeito (fls. 4), o Pleno desta Corte, em Incidente de Uni-
formização de Jurisprudência, já se pronunciou sobre a questão:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. UNIFORMIZA-
ÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. EFEITOS DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE (ART. 25, PARÁG. 2º, DA LEI 8.870/94). NORMA QUE ALTE-
ROU O ART. 22 DA LEI 8.212/91. INEXISTÊNCIA DE REPRISTINAÇÃO. NORMA POSTERIOR DECLARADA INVÁLIDA. EFEITOS *EX TUNC* DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. É DEVIDA A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PREVISTA NO ART. 22 DA LEI 8.212/91, SEM AS ALTERAÇÕES PREVISTAS NO ART. 25, PARÁG. 2º, DA LEI 8.870/94, INCLUSIVE NO PERÍODO EM QUE A REFERIDA NORMA AINDA NÃO HAVIA SIDO CONSIDERADA INCONSTITUCIONAL, ADIN 1.103-I/

600 – DF, RESSALVA-SE, NO ENTANTO, A IMPOSSIBILIDADE DE O FISCO EXIGIR OS ACRÉSCIMOS, MULTAS E PENALIDADES, CONSIDERANDO A BOA-FÉ DOS CONTRIBUINTES, ANTE A FUNDADA DÚVIDA DO TRIBUTO DEVIDO (ART. 112 DO CTN)”.

(IUJAMS 64.844-AL, Rel. Des. Federal FRANCISCO CAVALCANTI, DJU 02.12.02, p. 575).

6. Por ocasião do julgamento do incidente acima mencionado, em voto oral, posicionei-me da seguinte forma:

“A raseza da minha percepção só me permite ver essa questão de uma maneira muito mais simples. Sempre pensei, e continuo, que as decisões declaratórias têm eficácia ex tunc – isso para mim é pacífico. Poderá deixar de ter numa situação excepcional que a lei contempla, que não é o caso. A Lei da ADIn e da ADC diz os casos em que a decisão declaratória do Supremo Tribunal Federal terá uma eficácia diferente dessa normal que a doutrina consagrou. Portanto, a lei que foi objeto de apreciação no Supremo Tribunal Federal foi declarada inconstitucional. A norma que essa lei quis revogar e não revogou, portanto, passa a ter total, plena e absoluta eficácia e aplicabilidade.

Quanto ao dever de os contribuintes que recolheram a menor na vigência da lei, que ficou depois declarada imprestável, penso indiscutível. Penso que eles devem pagar a diferença por amor ao contribuinte, porque, no mais comum das vezes, as leis inconstitucionais agravam a situação do contribuinte; e quando ela for declarada inconstitucional, o contribuinte, a meu ver, tem o direito de repetir. Se nós dissermos agora que o Fisco não pode cobrar o que deixou de ser recolhido, poderá, no futuro, também se dizer que o contribuinte recolheu a maior – que é mais comum – também não teria.

Por uma vocação solitária, que tenho, de tentar barrar as ganâncias fiscais, voto no sentido de dizer

que a Lei 8.212 está como sempre esteve – estava apenas aparentemente suspensa – é plenamente eficaz, válida e indiscutivelmente aplicável a todos os casos, e a diferença que se apurar na contribuição, os contribuintes têm de recolher ao Fisco, pois, se fosse o contrário, votaria respeitando a prescrição (...); renovo isso, o mais comum é o Fisco agravar. Nesse caso, estranhamente, aliviou a carga fiscal – fico até pasmo com isso”.

(Notas taquigráficas do voto proferido verbalmente no julgamento do IUJAMS 64.844-AL).

7. Quanto à alegação de que estão sendo exigidos da agravante valores decorrentes de compensação por ela realizada em decorrência de decisão transitada em julgado no MS 94.11328-5, constata-se, conforme relatório da NFLD (fls. 94), que houve glosa dos juros aplicados nas compensações em razão de a notificada não ter se desincumbido do ônus de apresentar a sentença prolatada na referida Segurança, e porque a SELIC não poderia ser aplicada sobre contribuições anteriores à sua instituição, a menos que decorresse de imposição judicial (fls. 66); vê-se que o referido relatório foi emitido em 16.01.03 (fls. 96) e que, em 12.02.03, a recorrente peticionou (fls. 116) ao Juízo em que correu a Ação de Segurança para que fossem tomadas as diligências cabíveis, eis que, ao requerer, em 09.12.02, segundo afirma, cópia e certidão da decisão àquela vara, o processo não foi encontrado no arquivo geral da Justiça, impossibilitando a apresentação da decisão por ocasião da fiscalização; entretanto, verifica-se, em pesquisa no sítio da JFPE, que em 14.02.03 estava o feito concluso ao Juiz para despacho, no qual se informa a localização dos autos e determina-se vista à parte e o fornecimento da certidão requerida.

8. Por fim, quanto à alegação de nulidade do lançamento fiscal em questão por falta de clareza, entendo que não merece respaldo tal afirmação; ao contrário, conta com bastante clareza a referida NFLD, a tal ponto que permitiu as análises acima e a própria apresentação da defesa administrativa oportuna, como bem ressaltou a decisão recorrida (fls. 166).

9. *In casu*, por todo o exposto, interpreto que a agravante não

satisfez os requisitos exigidos para a concessão da tutela antecipada, mormente no que tange à verossimilhança das alegações; voto, portanto, pelo improvimento do presente recurso.

10. Voto pelo improvimento do agravo de instrumento.

11. É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 59.674-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Agravante: EOL ENERGY LTDA.
Agravada: ELETROBRÁS - CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A
Parte Ré: ANEEL - AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA
Repte.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDADE
Advs./Procs.: DRS. SÉRGIO EDUARDO DANTAS MARCOLINO E OUTROS (AGRTE.) E JOSÉ ADEMAR ARRAIS ROSAL FILHO E OUTROS (AGRDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROINFA. CHAMADA PÚBLICA. FASE DE HABILITAÇÃO. ENCERRAMENTO. INCLUSÃO DE NOVO LICITANTE. IMPOSSIBILIDADE.

- Desde que a fase de entrega da documentação de habilitação das empresas candidatas ao PROINFA encerrou-se desde maio de 2004, não encontra amparo a pretensão do recorrente de apresentar seu projeto para o fornecimento de energia eólica por via transversa, sobretudo considerando-se que entre a data de entrega dos envelopes e o ingresso do autor em juízo transcorreram mais de seis meses.

- O pleito da recorrente, se acolhido, implicaria ostensiva agressão ao princípio da isonomia, porque a apenas um licitante estaria sendo con-

ferido um prazo de mais de seis meses para a confecção de sua proposta, ao passo que os demais participantes somente puderam dispor de 40 dias.

- Além disso, destoa deste mesmo princípio constitucional admitir que o licitante possa apresentar seu projeto após ter tido acesso aos projetos de todos os demais licitantes, patenteadose, assim, a absoluta desconformidade entre a pretensão deduzida e as regras aplicáveis às licitações e contratos administrativos.

- Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 31 de março de 2005 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Cuida-se de agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara/RN, em exercício na 2ª Vara/RN, que deferiu a antecipação de tutela requerida pela Eol Energy Ltda. e determinou à ELETROBRÁS que recebesse a documentação de habilitação desta empresa relativa à Chamada Pública da Primeira Etapa do PROINFA, além de compeli-la a incluir o projeto da requerente na quarta reclassificação marcada para 19 de novembro de 2004, desde que cumpridas as exigências previstas na Guia de Habilitação do programa. Ordenou, ainda, que a ANEEL procedesse à elaboração do Cálculo de Energia de Referência da central geradora, para fins de viabilizar a participação da recorrida e

sua adequação à legislação do PROINFA (fl. 35/37).

Através da Lei nº 10.438/2002 foi instituído o Programa de Incentivo às Fontes de Energia Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA, que previa a celebração de contratos com empresas fornecedoras de energia alternativa nas formas eólica, biomassa e PCH (Pequenas Centrais Hidrelétricas). O prazo limite para a assinatura dos contratos, inicialmente previsto para 29 de abril de 2004, foi prorrogado para 29 de junho de 2004.

Visando a dar cumprimento ao programa, a Eletrobrás realizou Chamada Pública convocando os interessados a apresentarem a documentação necessária à habilitação de projetos candidatos ao PROINFA no dia 10 de maio de 2004, no horário das 9:00 às 12:00 horas. Nesta data, foram entregues os envelopes de habilitação de inúmeras empresas dedicadas a esse ramo de atividade, as quais, tendo respondido ao edital no prazo assinalado pela Administração, tiveram seus projetos submetidos à fase seguinte da licitação, qual seja a de análise e seleção.

Alegando ter sido prejudicada pela demora da ANEEL no exame de seu pedido de autorização, a Eol Energy Ltda. não apresentou a documentação necessária à participação no aludido Programa. Somente seis meses depois, em 18 de novembro de 2004, ajuizou ação ordinária com pedido de tutela antecipada com a finalidade de ver o seu projeto de fornecimento de energia eólica apreciado pela ELETROBRÁS na quarta reclassificação do programa, marcada para o dia seguinte ao ajuizamento da demanda (fls. 43/54).

A fim de decidir sobre o pedido de tutela antecipada, o ínclito Juiz Federal Titular da 2ª Vara/RN determinou a intimação da ANEEL para pronunciar-se sobre as alegações da autora no prazo de 72 horas (fl. 238). Nesta ocasião, a agência executiva argüiu, preliminarmente, a incompetência do juízo do Rio Grande do Norte para a apreciação da lide (fls. 239/249), uma vez que a sede desta autarquia era em Brasília/DF e a da ELETROBRÁS no Rio de Janeiro/RJ. Mencionou que a ARSEP – cujo endereço foi indicado pela autora para fins de citação – não é subsidiária nem filial da ANEEL, que somente possui representação na Capital Federal.

À vista destas informações, e tendo em consideração o fato de que o processo administrativo de autorização de funcionamen-

to houvera tramitado, efetivamente, na sede da ANEEL em Brasília, o douto Magistrado proferiu decisão fundamentada no bojo da qual declinou da sua competência para processamento e julgamento da demanda e determinou o envio dos autos à Seção Judiciária do Distrito Federal (fls. 250/254).

Inconformada, a Eol Energy Ltda. manejou pedido de reconsideração, aduzindo que a incompetência territorial não poderia ter sido suscitada como preliminar da contestação, mas em instrumento próprio e autônomo, e reiterando a necessidade de provimento urgente de antecipação de tutela (fl. 255).

Respondendo interinamente pela 2ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, o nobre Juiz Federal Dr. Magnus Augusto Delgado revogou aquele despacho anterior e deferiu a antecipação de tutela, ao fundamento de que a incompetência relativa somente poderia ser conhecida em incidente próprio, qual seja, a exceção de incompetência prevista nos arts. 307 e ss. do Código de Processo Civil. É contra esta decisão (fls. 35/37) que se intentou este agravo de instrumento.

Chegando à minha Relatoria por distribuição automática, foi o recurso recebido no efeito suspensivo (fls. 330/332), além do devolutivo que lhe é insito. Em razão de não haver nos autos qualquer notícia sobre a apresentação de exceção de incompetência no juízo de primeiro grau, o exame desta questão preliminar teve seu exame postergado para momento futuro. No que tange à questão de mérito, convenceram-me os argumentos da recorrente de que o recebimento do projeto da agravante era inviável àquelas alturas, eis que as cotas para o fornecimento de energia eólica já haviam sido preenchidas pelos licitantes tempestivamente habilitados.

Demonstrou que a chamada de reclassificação a que se refere a exordial tinha por objetivo a seleção apenas de projetos relativos a energia de biomassa, o que não era o caso da autora, e que o cronograma de contratações do PROINFA não poderia retroceder à fase de entrega de documentos em benefício exclusivo de um participante, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.

Além disso, deixei consignado naquele despacho que a eventual demonstração de prejuízos sofridos em decorrência da práti-

ca de atos omissivos pela ANEEL somente poderia ensejar, se fosse o caso, a reparação civil por perdas e danos através da via própria, não se mostrando razoável o sobrepujamento do interesse público em projeto de tamanha importância para o país em atenção ao interesse privado do particular.

Contra esta decisão, a agravada maneja o presente agravo regimental.

Discorre sobre a ilegalidade do procedimento da ANEEL em exigir uma Licença de Instalação Ambiental para a concessão de autorização de funcionamento, eis que este documento não está previsto na Resolução Normativa nº 112/99. Afirma ter sido prejudicada pela demora na concessão da aludida autorização, eis que ainda teria que obter junto à distribuidora local de serviços elétricos uma Avaliação Preliminar de Acesso, cuja confecção demandaria um “tempo razoável” por parte da COSERN (fl. 335).

Sustenta que a impossibilidade de participação no referido programa causa sérios prejuízos à sociedade, que está sendo privada de obter energia de qualidade a preços acessíveis. Agrega ainda o fato de que as cotas disponíveis para a contratação de energia ainda não foram completamente preenchidas, consoante se infere das duas Chamadas para Contratação previstas para os períodos de 28 de fevereiro a 07 de março de 2005 (fl. 647) e 14 a 21 de março de 2005.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Ao apreciar liminarmente o pedido de recebimento do recurso de agravo no efeito suspensivo, veiculado pela ELETROBRÁS, assim me manifestei:

“No mérito, merecem acolhida as afirmações da recorrente. O principal argumento a convencer este juízo quanto à impossibilidade de concessão da tutela antecipada reside no fato, reconhecido pelo próprio autor, de que as cotas disponíveis para o forne-

cimento de energia eólica já se encontram devidamente preenchidas por licitantes que obtiveram classificação à época oportuna.

Decerto, a quarta reclassificação – que segundo informações trazidas pelas partes deve ter ocorrido em 19 de novembro próximo passado – diz respeito tão-somente à chamada pública para a apresentação de projetos visando a complementar a cota de 1.100 MW relativa a Energia de Biomassa, à qual não se refere o projeto da autora. Portanto, não é admissível fazer retroceder todo o procedimento licitatório para a fase de entrega de projetos quando já concluída a fase de seleção de propostas, eis que tal determinação consubstanciaria injustificável ofensa ao próprio princípio da preclusão administrativa. O processo – seja ele administrativo ou judicial – é um ‘caminhar para a frente’ voltado à consecução de uma finalidade, e somente admite-se sua anulação, para retroceder a etapas já vencidas, quando houver manifesta nulidade a macular todo o seu desenvolvimento. Na hipótese, o recorrente sequer apontou a existência de ilegalidades perpetradas pela Eletrobrás – empresa responsável pela condução do processo seletivo – que autorize tamanha intervenção no PROINFA.

Ainda que a Eol Energy Ltda. logre comprovar a ocorrência de falhas na prestação do serviço por parte da ANEEL, tal fato somente poderia ensejar eventual reparação de danos através da via própria, qual seja a ação indenizatória correspondente, não sendo possível admitir que o interesse particular se sobreponha ao interesse público de modo a conduzir ao descumprimento do cronograma em um programa de tanta importância para o país.

Com essas considerações, defiro o pedido de recebimento do recurso no efeito suspensivo”.

Em que pesem as alegações da agravante de que o processo seletivo ainda está em curso, e que a recusa da ELETROBRÁS

em receber o seu projeto de fornecimento de energia eólica seria ilegal, não consigo vislumbrar a verossimilhança das alegações deduzidas em favor desta tese. Ao revés, quanto mais me debruço sobre a questão de mérito, mais avulta evidente a absoluta falta de amparo jurídico ao acolhimento da pretensão deduzida pela autora.

Em um procedimento licitatório – como, aliás, em qualquer procedimento submetido ao regime jurídico de direito administrativo – impera o princípio da isonomia, cujo escopo maior é evitar favoritismos e escolhas à margem de critérios objetivos e vantajosos para a Administração. Dentre outras, uma das regras elementares a nortear a prática de concursos e licitações reside no assinalamento de um prazo comum para que todos os interessados apresentem documentação e propostas, impedindo-se com isso que alguns disponham de mais tempo para a elaboração de propostas ou ainda que sejam beneficiados pelo conhecimento prévio das demais propostas.

Em estrita observância ao disposto na Lei nº 10.438/2002, e à Portaria ANEEL nº 45/2002, a Eletrobrás divulgou Chamada Pública referente à Primeira Etapa do PROINFA, cujo objetivo seria a escolha de projetos de energia alternativa para a contratação de até 3.300 MW, divididos nas modalidades eólica, de biomassa e PCH. O prazo assinado para a entrega da documentação de habilitação foi o dia 10 de maio de 2004, quando as empresas interessadas deveriam apresentar propostas consonantes com as exigências das Guias de Habilitação por Fonte.

Dentre os documentos exigidos pela Guia de Habilitação Eólica, havia a previsão de entrega de ato autorizativo emitido pela ANEEL, habilitando o empreendedor a atuar como Produtor Independente de Energia Elétrica, tendo a Eol Energy Ltda. protocolado em 30 de março de 2004, perante esta autarquia, pedido de autorização voltado a esta finalidade.

A almejada autorização, entretanto, somente foi expedida em 10 de maio daquele ano – esta era, também, a data limite para a entrega dos documentos de habilitação perante a ELETROBRÁS –, o que teria inviabilizado, segundo a agravante, sua participação no certame. Isto porque ainda faltava providenciar um do-

cumento junto à COSERN que tinha por requisito a concessão da aludida autorização.

Diante deste quadro, a Eol Energy Ltda. não apresentou, no dia e hora marcados pela ELETROBRÁS, nenhum documento. Aliás, presume-se que nem sequer compareceu à sessão de entrega de envelopes, razão pela qual nem é cabível falar em inabilitação da licitante, haja vista que até então a ELETROBRÁS não cogitava – e nem poderia – que esta empresa fosse candidata ao PROINFA.

Pois bem. Mesmo sentindo-se prejudicada pelos supostos atos de retardamento da ANEEL na concessão de sua licença, a Eol manteve-se inerte pelos seis meses seguintes à entrega dos envelopes, não se tendo socorrido em nenhum momento do Poder Judiciário com vistas a salvaguardar seu suposto direito. Assim, o processo de análise e seleção de propostas seguiu seu curso natural apenas entre as empresas habilitadas, dentre as quais não estava, obviamente, a Eol Energy Ltda.

Ao processo licitatório acima descrito acudiram diversas empresas, e as cotas relativas aos potenciais de energia eólica e PCH restaram garantidas pelos projetos apresentados tempestivamente. Quanto à cota destinada ao fornecimento de energia de biomassa, os projetos apresentados não se mostravam suficientes ao seu total preenchimento, o que motivou uma segunda chamada pública em outubro daquele ano para a apresentação apenas de instalações de energia de biomassa.

Animada pela abertura desta nova rechamada, a agravante veio a juízo em novembro de 2004 deduzindo pretensão para que a ELETROBRÁS recebesse e apreciasse o seu projeto de fornecimento de energia eólica, quando em verdade somente se estavam admitindo novos projetos para a energia de biomassa. No que se relacionava à energia eólica, já havia projetos suficientes ao preenchimento das cotas, não obstante ainda não houvesse sido realizada a contratação das empresas.

Para elidir este argumento, a agravante afirma insistentemente que ainda não se teria encerrado o processo de chamamento de empresas, tanto assim que sucessivas chamadas para contratação vêm sendo publicadas no *site* da ELETROBRÁS. Toda-

via, não se pode confundir o processo de avaliação e seleção de projetos com a contratação em si destes projetos.

Ou seja, é natural que, superada a fase de entrega de documentos e análise de propostas, e à medida que vão sendo aprovados os projetos que atendam aos requisitos estabelecidos pelo PROINFA, sejam publicadas sucessivas chamadas para a contratação de empresas que apresentaram documentos em momento oportuno. Por isso, é absolutamente justificável a existência de uma primeira e segunda chamadas para contratação, podendo-se presumir, sem perigo de erro, que outras mais se seguirão a estas duas já publicadas.

Este fato não elide, ao contrário corrobora, o entendimento de que a fase de habilitação e entrega de propostas já foi, de há muito, superada, e que o momento agora é de chamamento de empresas habilitadas para celebrar os contratos vinculados a suas propostas. Em outras palavras, as empresas mencionadas nas indigitadas chamadas de contratação já haviam apresentado suas propostas desde maio do ano passado, e somente agora, após a análise e aprovação de seus projetos, estão sendo convocadas a celebrar os respectivos contratos.

Neste panorama, não se mostra plausível permitir que a Eol Energy Ltda. apresente documentos de habilitação a fim de ver seu projeto incluído nesta primeira etapa do PROINFA. Admitir esta conduta importaria inescusável afronta ao princípio da isonomia, eis que a litigante teria podido dispor de mais de seis meses para a elaboração de sua proposta – quando aos demais participantes somente foram concedidos 40 dias – e, mais grave ainda, ela teria podido elaborá-la – sua proposta – com o conhecimento prévio dos projetos das demais participantes, o que lhe conferiria uma vantagem desmesurada e inadmissível.

Em face do exposto, tendo por não demonstrada a verossimilhança das alegações da Eol Energy Ltda., nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 272.059-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: BERTINO TENÓRIO SOUTO

EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. EXTINÇÃO DO FEITO COM BASE NO ART. 174 DO CTN. PREVALÊNCIA DO CTN SOBRE LEIS ORDINÁRIAS.

- Nas ações executivas fiscais o rito processual a ser obedecido deve ser o constante da Lei 6.830/80, porém em consonância com o Código Tributário Nacional, o qual tem status de Lei Complementar.

- O artigo 40 da Lei n.º 6.830/80 não pode se sobrepor ao artigo 174, CTN.

- Paralisado o processo por mais de 5 (cinco) anos sem a manifestação da parte interessada, é de se reconhecer a prescrição intercorrente, além da falta de interesse processual superveniente por parte da Fazenda Nacional.

- Observância, in casu, dos princípios informadores do Direito, em especial o da segurança jurídica e da efetividade do processo, impedindo que se perpetuem no Judiciário demandas inúteis.

- Precedentes do STJ.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de apelação cível interposta pela Fazenda Nacional contra sentença que extinguiu o processo, com julgamento do mérito, baseado no art. 174 do CTN.

Sustenta a apelante, em suas razões, que a sentença deve ser reformada, tendo em vista a não ocorrência de prescrição no presente caso, e que não se pode falar em extinção do processo sem observância das regras da Lei nº 6.830/80.

Sem contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Cinge-se o recurso apelatório ao fato de ter o *decisum* extinguido a execução fiscal, sem a análise do mérito, com base no artigo 174 do CTN, aduzindo a apelante que não foram obedecidos os trâmites processuais consignados na Lei 6.830/80.

A meu ver, não merecem guarida os argumentos esposados pela Fazenda Nacional, ora apelante. É que nas cobranças executivas fiscais intentadas pela Fazenda Pública contra os particulares, hipótese reinante nos autos, o rito processual a ser obedecido deve ser o constante da Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980, porém, em consonância com o Código Tributário Nacional, o qual tem *status* de Lei Complementar. Em consequência, o artigo 40 da Lei nº 6.830/80 não pode se sobrepor ao CTN e sua aplicação sofre limites impostos pelo artigo 174 que dispõe, *verbis*:

“A ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva”.

É certo que não se discute a impossibilidade de se decretar de ofício a prescrição de direitos patrimoniais, porém, no caso em tela, deve-se ter em mente que com a decretação da prescrição o título executivo não perde somente a sua força executória, mas torna inexigível o crédito tributário nele representado, tornando-o juridicamente nulo. Dessa feita, tal decretação não fere o disposto no art. 219, § 5º, do CPC. Essa é a interpretação em consonância com os princípios informadores do Direito, em especial o da segurança jurídica e o da efetividade do processo, impedindo que se perpetuem no Judiciário demandas inúteis.

Transcrevo, por oportuno, trecho de voto do eminente Ministro Luiz Fux, no julgamento do RESP 622.165-PE, o qual foi julgado por unanimidade em 10/08/2004:

“Ora, se de um lado a interpretação do CTN em conjunto com os princípios que regem o direito público impõe limites acerca da disposição do crédito tributário, de outro lado deve-se dar limites também ao preceito que impede que o Juiz decrete ex officio a prescrição, sob pena de se ter um crédito tributário imprescritível, em detrimento da segurança jurídica que deve permear as relações sociais.

Isto porque a prescrição indefinida afronta os princípios informadores do sistema tributário.

Em conseqüência, paralisado o processo por mais de 5 (cinco) anos, impõe-se o reconhecimento da prescrição, ainda que de ofício, se o executado não foi citado e, por isso, não teve oportunidade de suscitar a questão prescricional.

Essa conclusão se deve ao fato de que a regra do art. 219, § 5º, do CPC pressupõe a convocação do demandado que, apesar de presente à ação, pode pretender adimplir à obrigação natural.

Portanto, é inaplicável o referido dispositivo se a prescrição se opera sem que tenha havido a convocação do executado, hipótese em que se lhe apresenta impossível suscitar a questão prescricional.

Destarte, permitir à Fazenda manter latente relação processual inócua, sem citação e com prescri-

ção intercorrente evidente, é conspirar contra os princípios gerais de direito, segundo os quais as obrigações nasceram para serem extintas e o processo deve representar um instrumento de realização da justiça.

Considere-se, por fim, que a prescrição, tornando o crédito inexigível, faz exsurgir, por força de sua intercorrência no processo, a falta de interesse processual superveniente, matéria conhecível pelo juiz, a qualquer tempo, à luz do § 3º do art. 267 do CPC. Concluindo, a jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça, após divergências, perfilha orientação no sentido de que o juiz pode pronunciar ex officio a prescrição”.

Nesse mesmo sentido, trago ainda à colação os seguintes precedentes da eg. 1ª Turma do STJ:

“EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ARTIGO 40 DA LEI Nº 6.830/80 E ARTIGO 174 DO CTN.

O artigo 40 da Lei nº 6.830/80 deve ser interpretado em harmonia com o disposto no artigo 174 do CTN. Após o transcurso de 05 (cinco) anos sem manifestação da exequente, deve ser decretada a prescrição.

Recurso improvido”.

(RESP 255118-RS, Rel. Ministro Garcia Vieira, 1ª T., julg. em 20/06/2000, publ. em 14/08/2000)

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INÉRCIA DA FAZENDA ESTADUAL.

1. Configurada a inércia da Fazenda Estadual, que permitiu o arquivamento do feito por mais de cinco anos sem que diligenciasse para prosseguir com a execução, consubstancia-se a prescrição intercorrente.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso não provido”.

(RESP 188963-SP, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, 1ª T., julg. em 12/06/2001, publ. em 11/03/2002).

Com essas considerações, aderindo ao entendimento da 1ª Turma do STJ, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 280.267-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMAAGRÁRIA - INCRA
Apelados: DANIEL DE BARROS E OUTROS
Repte.: PROCURADORIA DO INCRA
Advs./Procs.: DRS. BRUNO VALADARES DE SÁ BARRETO SAMPAIO E OUTROS (APDOS.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDORES CELETISTAS DO INCRA LOTADOS NA UNIDADE AGROINDUSTRIAL DE CAXANGÁ (UNAICA). CONTRATOS CARACTERIZADOS COMO DE PRAZO INDETERMINADO. TRANSFORMAÇÃO DO VÍNCULO PARA O ESTATUTÁRIO, INSTITUÍDO PELA LEI Nº 8.112/90, POR FORÇA DO COMANDO DO CAPUT DO SEU ART. 243. DEMISSÕES. ILEGALIDADE ANTE A NÃO OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO IMPROVIDAS.

- Os servidores públicos federais contratados pelo regime da CLT por prazo indeterminado, antes da instituição do Regime Jurídico Único pela Lei 8.112/90, tiveram os seus contratos de trabalho extintos e passaram à condição de estatutários, por força das disposições do caput do art. 243 da referida Lei.

- A demissão desses servidores, portanto, so-

mente pode ocorrer mediante processo administrativo, em que lhes seja assegurada ampla defesa, ou por força de decisão judicial transitada em julgado.

- Ilegalidade do ato de desligamento mediante simples rescisão dos contratos de trabalho, os quais já não mais existiam. Precedentes.

- Direito à estabilidade de que trata o art. 19 do ADCT, suscitada no apelo, que não se discute na ação.

- Remessa oficial e apelação improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 19 de abril de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de apelação interposta pelo INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária contra sentença da lavra do MM. Juiz da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, pela qual foi reconhecida a nulidade das rescisões dos contratos de trabalho dos apelados (11 litisconsortes), funcionários da Unidade Agro-Industrial de Caxangá – UNAICA, órgão da autarquia ré, sendo ainda determinadas as suas reintegrações e o pagamento dos salários e vantagens remuneratórias, desde as datas das demissões, acrescidos de juros de mora e correção monetária.

Acolheu o MM. Juiz sentenciante o argumento dos apelados de que suas demissões foram ilegais, em face de não terem ocor-

rido com obediência ao devido processo legal, no qual lhes fosse assegurado o direito de ampla defesa, em razão das suas condições de servidores estatutários, por força do comando do art. 243 da Lei 8.112/90, que extinguiu o anterior vínculo celetista que mantinham com o Instituto réu.

Nas razões do apelo, aduz o INCRA, em síntese, que os contratos dos apelados não eram por prazo indeterminado, mas determinado, não sendo possível, assim, admitir-se a incidência, no caso, da hipótese do art. 243 da Lei 8.112/90. Assevera, ainda, que os mesmos foram contratados sem prévia aprovação em concurso público, e não contavam com cinco anos de serviço quando entrou em vigor a Constituição Federal de 1988, razão pela qual sequer tinham a estabilidade no emprego prevista no art. 19 do ADCT, não havendo, dessa forma, qualquer ilegalidade nos atos de rescisão dos seus contratos de trabalho. (Fls. 119 a 127).

Contra-razões pela manutenção da sentença (fls. 130 a 140).

Admitido o recurso, subiram os autos, os quais vieram-me por distribuição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

A Unidade Agro-Industrial de Caxangá – UNAICA, através do Decreto nº 56.775/65 (cópia às fls. 83), passou à condição de órgão vinculado ao INCRA, sendo, portanto, legítima a presença da autarquia federal no pólo passivo da demanda.

A questão em debate diz respeito ao reconhecimento da relação estatutária entre os autores da ação e o INCRA, e a reintegração destes ao quadro funcional do ente público, que deve ser resolvida à luz do Direito Administrativo, sendo, portanto, a Justiça Federal competente para processar e julgar a ação.

A propósito, o seguinte precedente da eg. Primeira Turma desta Corte:

“PROCESSUAL CIVIL. INCRA. REINTEGRAÇÃO DE SERVIDORES DA UNAICA. COMPETÊNCIA DA

JUSTIÇA FEDERAL.

- Compete à Justiça Federal o julgamento das causas envolvendo servidores ex-celetistas da Unidade Agro-Industrial de Caxangá – UNAICA, vez que passaram à condição de servidores públicos por força da Lei nº 8.112/90 (RJU).

- Agravo improvido”.

(AGTR 4.880-PE, Rel. Des. Federal Castro Meira, julg. 21/03/1996, *DJU* 19/04/1996, unânime).

Passando ao exame do mérito, tenho que bem decidiu a demanda a r. sentença recorrida.

Ante os elementos dos autos, não pode prosperar o argumento do apelante de que não incidiria no caso o comando do art. 243 da Lei 8.112/90, em razão dos contratos de trabalho dos apelados sob o regime da CLT terem sido firmados por prazo determinado.

Com efeito, os documentos de fls. 53 a 74 (rescisões dos contratos de trabalho), trazidos aos autos pelo próprio apelante, demonstram a indeterminação do prazo das contratações, haja vista os tempos de serviço que ali são verificados, todos superiores ao período de dois anos, estipulado no art. 445 da CLT para os contratos por tempo definido.

Constata-se dos referidos documentos que as admissões ocorreram entre 02/84 e 06/89 e as rescisões dos contratos em 30/08/91.

O art. 243 da Lei 8.112/90 assim dispõe:

“Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do pra-

zo de prorrogação”.

Por força do referido dispositivo legal, os servidores celetistas federais passaram a ser regidos pelo Regime Jurídico Único, não se podendo olvidar que é o que ocorre no presente caso, tendo em vista não serem temporários, como já salientado, os vínculos celetistas dos apelados com o INCRA.

Extintos os vínculos pela CLT, é evidente que não se pode mais falar em rescisões de contratos.

Nesse sentido vêm se posicionando as egs. Turmas desta Corte, conforme os arestos que, a título de ilustração, passo a transcrever:

“ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PERMANÊNCIA DOS SERVIDORES NO QUADRO DO INCRA POR VÍCIO DE FORMA QUANDO DO DESLIGAMENTO.

1. Encontra-se assente na jurisprudência a competência da Justiça Federal, *ratione materiae*, para processar e julgar as lides que tenham por objeto nulidade de atos administrativos e possível reintegração ao serviço público federal.

2. Preliminar rejeitada.

3. O vício de forma no desligamento dos autores está comprovada por ter a Administração rescindido contratos que não mais existiam, bem como por não ter observado os procedimentos previstos pela Lei 8.112/90, no que se refere ao princípio do contraditório e da ampla defesa e do instituto próprio de desligamento (exoneração).

4. Apelação improvida”.

(AC 851131-PE, Segunda Turma, Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira, julg. 30/04/1996, DJU 26/07/96, unânime).

“ADMINISTRATIVO. SERVIDORES EX-CELETISTAS DO INCRA. UNAICA – UNIDADE AGROINDUSTRIAL DE CAXANGÁ. CONTRATO POR TEMPO INDETERMINADO. RESCISÃO. LEI 8.112/90. DIREITO À REINTEGRAÇÃO.

- Os ex-celetistas que tiveram seus contratos por prazo indeterminado rescindidos pela unidade onde eram lotados – UNAICA, devido ao reconhecimento da relação estatutária entre tais servidores e a referida autarquia, têm direito à reintegração aos quadros funcionais do INCRA.

- Apelação e remessa oficial, como se interposta fosse, improvidas”.

(AC 150.427-PE, Primeira Turma, Rel. Des. Fed. Conv. Élio Wanderley Siqueira Filho, julg. 05/10/2000, DJU 23/02/2001, unânime).

“ADMINISTRATIVO. INCRA. REINTEGRAÇÃO DE SERVIDORES EX-CELETISTAS. RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO ESTATUTÁRIA. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. LEI 8.212/90. ARTIGO 243. INAPLICABILIDADE.

I - Os servidores do INCRA, ex-celetistas, lotados na Unidade Agro-Industrial de Caxangá – UNAICA, cujos contratos por prazo determinado foram rescindidos, possuem direito à reintegração, reconhecendo-se a relação estatutária.

II - Inteligência do art. 243 da Lei 8.112/90.

III - Apelação e remessa oficial improvidas”.

(AC 240523-PE, Rel. Des. Fed. Paulo Gadelha, julg. 23/10/2001, DJU 28/02/2002, unânime).

No que tange ao argumento de que não havia óbice às rescisões dos contratos, em face dos apelados não estarem ao abrigo do disposto no art. 19 do ADCT, pois não contavam com cinco anos ininterruptos de serviço quando da entrada em vigor da CF/88, entendo não ser tema em debate na demanda.

Os autores da ação, ora apelados, não postulam o reconhecimento da estabilidade no emprego.

O que questionam é a ilegalidade das rescisões dos contratos de trabalho, os quais não mais existiam à época das rescisões, pois o vínculo que mantinham já era de índole estatutária, nos termos do art. 243 da Lei 8.112/90, razão pela qual as demissões somente poderiam ocorrer mediante o devido processo legal, onde

lhes fosse garantido o direito de defesa, conforme se constata do pedido formulado à inicial, *verbis*:

“Em resumo pode-se asserir, sem receio de contestação:

a) A UNAICA não poderia excluir do serviço os autores, posto não serem eles servidores seus, mas do INCRA, esta sim autarquia com personalidade jurídica, sendo dela a UNAICA mero órgão.

b) Não poderia a UNAICA, e nem mesmo o próprio INCRA, exarar atos de “rescisão” de contratos não mais existentes, substituída que fora *ex vi legis* a relação contratual pela relação estatutária, de direito público.

c) Mesmo não sendo estáveis, não há confundir não estabilidade com livre exonerabilidade. De exoneração, para ter validade, só se poderia cogitar com observância de processo em que, assegurada a ampla defesa, emergissem causas legais, sob pena de infração à Lei e a própria Teoria dos Motivos Determinantes do Ato Administrativo”. (Fls. 8)

Como se vê, o tema suscitado é alheio à questão posta em juízo.

Por fim, ressalto ser inquestionável o direito do INCRA demitir qualquer de seus funcionários, desde que mediante processo administrativo onde lhes seja assegurada ampla defesa, ou, ainda, em decorrência de decisão judicial transitada em julgado, nos termos dos dispositivos que tratam da matéria na CF/88, em especial o art. 41, § 1º, e no Estatuto dos Servidores Públicos.

Com essas considerações, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 280.797-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelantes: COM/ E IND/ BRASILEIRAS COIMBRA S/A E INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. FERNANDA CALDAS MENEZES E OUTROS E RIDALVO MACHADO DE ARRUDA E OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REMESSA OFICIAL. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. INDENIZAÇÃO FIXADA EM VALOR SUPERIOR AO OFERTADO PELO INCRA. REDUÇÃO DA ÁREA A SER INDENIZADA. EXCLUSÃO DE PARQUE INDUSTRIAL. BENFEITORIAS. JUROS COMPENSATÓRIOS. ACRÉSCIMO. LUCROS CESSANTES E DANOS EMERGENTES. INCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM 5%. ÔNUS DO EXPROPRIANTE.

- Sendo o valor da condenação superior a 50% do ofertado na inicial, impõe-se, nos termos do art. 13, § 1º, da Lei Complementar nº 76/93, o reexame da matéria, face à remessa necessária.

- Tendo em conta o laudo pericial, fica patente que o ilustre vistor oficial incluiu, no total indenizável referente à terra nua, a área do Parque Industrial onde se situa a Barragem de Itanhaém, tendo-o avaliado em R\$ 253.187,62 (duzentos e cinquenta e três mil, cento e oitenta e sete reais e sessenta e dois centavos). Entretanto, por constituir imóvel diverso, regularmente escriturado e, portanto, não compreendido no objeto da presente desapropriação, deve ser excluído da área total indenizável.

- Em relação às casas residenciais e aos canais

de irrigação, não há superavaliação, estando, portanto, os valores compatíveis com os preços de mercado.

- As cercas, as porteiras, os currais, os tanques e as lavouras de cana-de-açúcar devem ser incluídos no preço total da indenização, apesar de o perito oficial, ao realizar a vistoria in loco, ter concluído e feito constar do seu relatório que tais benfeitorias não mais existiam àquela época no imóvel expropriando. Tal fato se justifica porque, no instante em que foi realizada a primeira avaliação da Fazenda Santa Helena, nos idos de 1997, quando da imissão do INCRA na posse do imóvel, tais benfeitorias existiam e faziam parte do imóvel, tanto que foram regularmente avaliadas naquele momento.

- Também devem ser indenizadas as árvores frutíferas existentes no imóvel, eis que devidamente avaliadas pelo perito oficial.

- As pastagens não podem ser adicionadas ao montante da indenização, a teor da diretriz estabelecida pelo art. 12, § 2º, da Lei nº 8.629/93, com a redação determinada pela Medida Provisória nº 1.774-25/99.

- Em relação aos juros compensatórios, “é irrelevante o fato de o imóvel ser ou não produtivo para a fixação dos juros compensatórios na desapropriação, vez que estes são devidos tendo em vista a perda antecipada da posse que implica na diminuição da garantia da prévia indenização constitucionalmente assegurada” (AGREsp 426.336/PR, Rel. Min. Paulo Medina, DJU 02.12.2002), à razão de 12% ao ano, a teor da Súmula nº 618 do e. STF.

- Impossibilidade de se cumularem juros compensatórios com lucros cessantes e danos emergentes, sob pena de se aplicarem dois fatores de mesma natureza, incorrendo no que se chama de bis in idem, pois os juros compensatórios

têm o mesmo objetivo/função dos lucros cessantes e dos danos emergentes.

- A teor da Súmula nº 12 do e. STJ são perfeitamente cumuláveis, em desapropriação, juros compensatórios e moratórios.

- Há que se manter o valor dos honorários advocatícios fixados na sentença em 5% (cinco por cento) da diferença entre o valor ofertado na inicial e o estabelecido no decisum a título de indenização, por se adequar ao disposto no art. 27, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365/41, com a redação determinada pela Medida Provisória nº 2.183-56/2001.

- Por força da ADIN nº 2332-2/DF, a parte final do retrocitado dispositivo – não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais) – teve a sua eficácia suspensa através de liminar.

- Apelações e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 5 de maio de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária do imóvel rural denominado Fazenda San-

ta Helena, com área registrada de **3.251,9000 ha.**, localizado no Município de Sapé-PB, de propriedade da empresa Comércio e Indústrias Brasileiras Coimbra S/A.

Com esteio na Lei Complementar nº 76/93 e na Lei nº 8.629/93, respeitando as alterações implementadas pela Medida Provisória nº 1.577/97, o INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária procedeu, em junho de 1997, à reavaliação do imóvel em comento – baseando-se na vistoria realizada em outubro de 1996 –, tendo o laudo técnico concluído que a área planimetrada corresponderia a **3.279,3700 ha.**, sendo as benfeitorias indenizáveis avaliadas em **R\$ 544.645,22** (quinhentos e quarenta e quatro mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e vinte e dois centavos) e a terra nua em **R\$ 795.885,51** (setecentos e noventa e cinco mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e cinqüenta e um centavos), num total indenizável de **R\$ 1.340.530,73** (um milhão, trezentos e quarenta mil, quinhentos e trinta reais e setenta e três centavos).

A título de indenização do valor ofertado pelas benfeitorias úteis e necessárias, o INCRA depositou em juízo, em nome do expropriado, a quantia de **R\$ 543.566,23** (quinhentos e quarenta e três mil, quinhentos e sessenta e seis reais e vinte e três centavos).

Dando continuidade ao processo, foi a autarquia expropriante, através de sua representante legal, imitada na posse do imóvel rural em foco.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar nos presentes autos, opinou pela liberação de 80% do valor depositado em juízo, a título de indenização.

O douto magistrado, às fls. 386/388, deferiu o pedido de liberação dos 80% do valor indenizável depositado em juízo, determinando a expedição do competente alvará. E, por fim, deferiu a realização de prova pericial, devendo as partes ser intimadas para indicar assistentes técnicos e formular quesitos.

Às fls. 483/530, o engenheiro agrônomo indicado para realizar a perícia nos presentes autos apresentou o respectivo laudo, no qual concluiu, através da realização de levantamento topográfico pela Projeagri Engenharia Ltda.: a) que a área total da Fazenda

Santa Helena corresponderia a **3.279,3700 ha.**; b) que o valor atual do imóvel, incluídas terra nua e benfeitorias, seria **R\$ 2.548.330,95** (dois milhões, quinhentos e quarenta e oito mil, trezentos e trinta reais e noventa e cinco centavos), não sendo possível determinar quanto valia o imóvel expropriando na data da imissão do INCRA na posse, eis que já havia transcorrido 3 (três) anos daquele fato; c) que o *quantum* relativo à terra nua totalizaria **R\$ 1.459.319,64** (um milhão, quatrocentos e cinqüenta e nove mil, trezentos e dezenove reais e sessenta e quatro centavos); d) que, dentre as **benfeitorias não reprodutivas**, as construções rurais (casas residenciais) totalizariam **R\$ 193.140,40** (cento e noventa e três mil, cento e quarenta reais e quarenta centavos), as estradas **R\$ 18.068,40** (dezoito mil e sessenta e oito reais e quarenta centavos), as instalações rurais, classificadas em barragens e sangradouros, canais de irrigação a céu aberto, canais de irrigação em alvenaria e rede elétrica, totalizariam **R\$ 318.670,82** (trezentos e dezoito mil, seiscentos e setenta reais e oitenta e dois centavos), **R\$ 6.300,00** (seis mil e trezentos reais), **R\$ 9.940,00** (nove mil e novecentos e quarenta reais) e **R\$ 5.230,13** (cinco mil, duzentos e trinta reais e treze centavos), respectivamente; e) que, dentre as **benfeitorias reprodutivas**, a cobertura vegetal foi avaliada em **R\$ 300.822,88** (trezentos mil, oitocentos e vinte e dois reais e oitenta e oito centavos) e as fruteiras em **R\$ 68.464,00** (sessenta e oito mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais); f) que há, no imóvel a ser expropriado, área de preservação permanente e área de reserva legal, num total de **133,2889 ha.** e **668,4953 ha.**, respectivamente, além da área de pastagem nativa correspondente a **748,0734 ha.**

Por sua vez, o assistente técnico da exproprianda, ao apresentar seu laudo, às fls. 535/545, concordou com a área mensurada pelo perito oficial, qual seja, **3.279,3715 ha.** Entretanto, considerou que a terra nua totalizaria a importância de **R\$ 2.892.405,00** (dois milhões, oitocentos e noventa e dois mil, quatrocentos e cinco reais). Ainda entendeu que as lavouras indenizáveis compreenderiam as de cana-de-açúcar, numa extensão de **1.088,5095 ha.**, avaliadas em **R\$ 1.149.121,16** (um milhão, cento e quarenta e nove mil, cento e vinte e um reais e dezesseis centavos) e as áreas inaproveitáveis corresponderiam a **836,3104 ha.**, dos quais

668,4953 ha. constituem uma reserva legal ocupada por floresta nativa, **133,2889 ha.** são áreas de preservação permanente, localizadas às margens dos açudes e cursos d'água, e **34,5262 ha.** são áreas ocupadas com edificações e estradas internas, totalizando a importância de **R\$ 737.625,80** (setecentos e trinta e sete mil, seiscentos e vinte e cinco reais e oitenta centavos), já inclusa no valor da terra nua. Também concluiu que a área de pastagem artificial ocupa **127,8 ha.** e a de pastagem natural melhorada se estende por **748,0 ha.,** a primeira no valor de **R\$ 41.987,20** (quarenta e um mil, novecentos e oitenta e sete reais e vinte centavos) e a segunda no *quantum* de **R\$ 133.144,00** (cento e trinta e três mil, cento e quarenta e quatro reais); que as construções e instalações existentes no imóvel são avaliadas em **R\$ 598.177,53** (quinhentos e noventa e oito mil, cento e setenta e sete reais e cinqüenta e três centavos); que as estradas existentes no imóvel totalizariam **R\$ 32.708,38** (trinta e dois mil, setecentos e oito reais e trinta e oito centavos); que a área total de mata corresponde a **668,4953 ha.,** sendo avaliada em **R\$ 566.781,30** (quinhentos e sessenta e seis mil, setecentos e oitenta e um reais e trinta centavos). Por fim, sustentou que o preço justo atribuído ao imóvel seria de **R\$ 5.414.324,57** (cinco milhões, quatrocentos e quatorze mil, trezentos e vinte e quatro reais e cinqüenta e sete centavos), dos quais **R\$ 2.521.919,57** (dois milhões, quinhentos e vinte e um mil, novecentos e dezenove reais e cinqüenta e sete centavos) seriam relativos às benfeitorias existentes no imóvel.

Já o assistente técnico do INCRA, às fls. 664/686, informou, através do seu laudo, que a área da Fazenda Santa Helena foi medida através de rastreamento de satélite pelo Sistema GPS (Sistema Global de Posicionamento), totalizando **3.303,6242 ha.,** dos quais 2.976,8569ha pertenceriam à área desapropriada e **326,7673 ha.** fariam parte do Parque Industrial que foi desmembrado do imóvel em vias de ser expropriado, constituindo, portanto, imóvel autônomo. Informou, também, que a justa indenização deveria ser estabelecida no patamar de **R\$ 1.340.530,73** (um milhão, trezentos e quarenta mil, quinhentos e trinta reais e setenta e três centavos). Aduziu, ainda, que *a determinação do valor total do imóvel não pode ser feita pela soma dos valores atribuídos a cada componente: terra nua, matas, florestas e benfeitorias inde-*

*nizáveis, de modo isolado, devendo ser o imóvel ser avaliado como um todo. Na sua concepção, o valor total do imóvel corresponderia a **R\$ 972.822,04** (novecentos e setenta e dois mil, oitocentos e vinte e dois reais e quatro centavos), a terra nua totalizaria **R\$ 863.101,17** (oitocentos e sessenta e três mil, cento e um reais e dezessete centavos) e, por sua vez, as benfeitorias corresponderiam a um total de **R\$ 109.720,87** (cento e nove mil, setecentos e vinte reais e oitenta e sete centavos). As edificações corresponderiam a **R\$ 72.329,24** (setenta e dois mil, trezentos e vinte e nove reais e vinte e quatro centavos) e as construções hidráulicas equivaleriam a **R\$ 23.192,12** (vinte e três mil, cento e noventa e dois reais e doze centavos).*

Em juízo, foi tomado o depoimento do perito oficial, Sr. José de Aquino Mendonça Irmão (fls. 779/785).

A empresa expropriada, Comércio e Indústrias Brasileiras Coimbra S/A, apresentou suas razões finais às fls. 797/806 e o INCRA, às fls. 808/815.

Em decisão fundamentada, o douto Juiz indeferiu o pedido do Ministério Público Federal de realização de nova perícia.

Ao proferir sentença (fls. 831/852), o ilustre Magistrado julgou *desapropriada a área de **2.943,26 ha.** (dois mil, novecentos e quarenta e três hectares e vinte e seis ares), correspondente à subtração da área do parque industrial (**336,10 ha.**) da área total do imóvel (**3.279,3700 ha.**), importância essa a ser paga em TDA's.* E quanto ao valor da terra nua, considerou o laudo ofertado pelo perito oficial, por ter sido elaborado com base em dados fornecidos por entidades idôneas, totalizando **R\$ 1.300.000,00** (um milhão e trezentos mil reais), após a dedução da área de **336,10 ha.** correspondente ao parque industrial da Fazenda Santa Helena. Com relação às casas residenciais de alvenaria, aos tanques, às cercas, às porteiras e aos currais, adotou a avaliação realizada pelo assistente técnico da expropriada, nos valores de **R\$ 104.263,06** (cento e quatro mil, duzentos e sessenta e três reais e seis centavos), **R\$ 1.027,08** (um mil e vinte e sete reais e oito centavos), **R\$ 45.807,23** (quarenta e cinco mil, oitocentos e sete reais e vinte e três centavos), **R\$ 636,00** (seiscentos e trinta e seis reais), **R\$ 3.419,52** (três mil, quatrocentos e dezenove reais e cin-

qüenta e dois centavos), respectivamente. Já no tocante às casas residenciais de taipa, às estradas internas, às barragens, aos canais de irrigação (a céu aberto e em alvenaria), à rede elétrica, às lavouras de cana-de-açúcar e de árvores frutíferas e às pastagens, considerou a avaliação realizada pelo perito oficial, nas importâncias de **R\$ 33.148,40** (trinta e três mil, cento e quarenta e oito reais e quarenta centavos), **R\$ 9.034,20** (nove mil e trinta e quatro reais e vinte centavos), **R\$ 318.670,82** (trezentos e dezoito mil, seiscentos e setenta reais e oitenta e dois centavos), **R\$ 6.300,00** (seis mil e trezentos reais), **R\$ 9.940,00** (nove mil, novecentos e quarenta reais), **R\$ 5.203,13** (cinco mil, duzentos e três reais e treze centavos), **R\$ 815.418,39** (oitocentos e quinze mil, quatrocentos e dezoito reais e trinta e nove centavos), **R\$ 68.464,00** (sessenta e oito mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais) e **R\$ 59.443,00** (cinquenta e nove mil, quatrocentos e quarenta e três reais), respectivamente.

Ainda determinou a incidência de juros compensatórios, no percentual de 6% (seis por cento) ao ano, conforme disciplinado pela Medida Provisória nº 1.774-26/1999, desde a imissão na posse, calculado sobre a diferença entre o valor ofertado pelo imóvel e o preço estabelecido na sentença e de juros de mora, à taxa de 6% ao ano, incidente a partir de 01 de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deve ser feito. Além disso, determinou a aplicação de correção monetária, a partir do laudo de avaliação até o efetivo pagamento da indenização, nos moldes das Súmulas nºs 75 do TFR e 561 do STF, e condenou a autarquia expropriante nos honorários advocatícios fixados em 5% (cinco por cento) sobre a diferença entre o valor oferecido pelo bem expropriado e a indenização fixada no *decisum*, ambas as parcelas corrigidas e com a incidência dos juros de mora e compensatórios, a teor das Súmulas nºs 141-TFR e 617-STF.

Irresignada, a empresa expropriada opôs recurso de apelação (fls. 855/867), através do qual requereu a reforma da sentença, a fim de incluir, na indenização expropriatória, os valores relativos aos lucros cessantes e aos danos emergentes. Pugnou, também, pela fixação dos juros compensatórios em 12% (doze por cento) ao ano a partir da imissão na posse do imóvel.

Por sua vez, o INCRA apelou às fls. 869/887, pleiteando a modificação do *decisum* no tocante ao valor da indenização, porquanto não refletir o verdadeiro preço atual de mercado do imóvel. Para a autarquia expropriante, o total da indenização não poderia ser superior a **R\$ 890.061,89** (oitocentos e noventa mil e sessenta e um reais e oitenta e nove centavos), dos quais **R\$ 795.885,51** (setecentos e noventa e cinco mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e cinqüenta e um centavos) corresponderiam à terra nua, **R\$ 72.329,24** (setenta e dois mil, trezentos e vinte e nove reais e vinte e quatro centavos) corresponderiam às casas lá edificadas, **R\$ 18.026,81** (dezoito mil e vinte e seis reais e oitenta e um centavos) seriam devidos pelas barragens e, finalmente, **R\$ 4.375,33** (quatro mil, trezentos e setenta e cinco reais e trinta e três centavos) pelos canais de irrigação, valores estes consignados pelo assistente técnico do INCRA em seu parecer. Assim, a estimativa monetária em relação às cercas, porteiras, currais, lavouras de cana-de-açúcar e árvores frutíferas e pastagens deveria ser excluída do montante total da indenização.

Em caso de não acolhimento do referido pleito, pugnou o INCRA pela adoção do montante consignado no parecer técnico do seu assistente, qual seja, **R\$ 972.822,04** (novecentos e setenta e dois mil, oitocentos e vinte e dois reais e quatro centavos), sendo **R\$ 863.101,17** (oitocentos e sessenta e três mil, cento e um reais e dezessete centavos) relativos à terra nua e **R\$ 109.720,87** (cento e nove mil, setecentos e vinte reais e oitenta e sete centavos) concernentes às benfeitorias úteis e necessárias. E, ainda, caso não fosse aceito esse valor, que a indenização fosse fixada em **R\$ 1.340.530,73** (um milhão, trezentos e quarenta mil, quinhentos e trinta reais e setenta e três centavos), conforme proposto na exordial, dos quais **R\$ 795.885,51** (setecentos e noventa e cinco mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e cinqüenta e um centavos) corresponderiam à terra nua e **R\$ 544.645,73** (quinhentos e quarenta e quatro mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e setenta e três centavos) às benfeitorias.

Por fim, pugnou pela condenação da expropriada no ônus da sucumbência e pela redução do percentual alusivo aos honorários advocatícios.

As partes apresentaram contra-razões às fls. 880/887 e 889/895.

Subiram os autos a este e. Tribunal.

Instado a se pronunciar nesta instância julgadora, o douto representante do *Parquet* Federal opinou pelo provimento parcial dos recursos de apelação. Entendeu o ilustre Procurador que o vistor oficial não teria observado a regra contida no art. 12, § 1º, da Lei nº 8.629/93, tendo avaliado a terra nua e as benfeitorias em separado, o que gerou uma supervalorização do imóvel. Afirmou que o valor atribuído às casas residenciais de alvenaria e de taipa estaria compatível com o valor de mercado. Entretanto, considerou que a barragem de Itanhaém e seu sangradouro não deveriam ser incluídas como benfeitoria indenizável, por constituir um imóvel desmembrado e autônomo, com planta, registro e matrícula próprios, denominado Parque Industrial da Usina Santa Helena. Assim, deveria ser excluído da indenização o montante de **R\$ 253.187,62** (duzentos e cinqüenta e três mil, cento e oitenta e sete reais e sessenta e dois centavos) relativos àquela barragem. Observou não ter havido superavaliação em relação aos canais de irrigação, bem como não ser possível incluir do *quantum* indenizatório o valor das cercas, das porteiras e dos currais, porque tais benfeitorias já teriam sido avaliadas pelo INCRA no laudo administrativo e já teriam sido pagas no momento da oferta inicial, além de não mais existirem no imóvel no momento em que o perito oficial realizou a avaliação. Considerou, ainda, que, do valor total atribuído à cultura de cana-de-açúcar (**R\$ 815.418,39** – oitocentos e quinze mil, quatrocentos e dezoito reais e trinta e nove centavos), deveria ser deduzido o *quantum* já pago no instante da oferta inicial. Também considerou que as árvores frutíferas pertenceriam aos arrendatários, não sendo devida à expropriada indenização por tais benfeitorias, e que as pastagens não poderiam ser incluídas no valor da indenização, eis que integram o preço da terra.

Por fim, entendeu serem cumuláveis os juros compensatórios e os moratórios nas ações de desapropriação, a teor da Súmula nº 12, do e. STJ, sendo cabível a fixação daqueles em 12% (doze por cento) ao ano, conforme previsão da Súmula nº 618 do c. STF. No tocante aos danos emergentes e aos lucros cessantes, opinou pela não concessão, haja vista integrarem o valor dos

juros compensatórios. E, em relação aos honorários advocatícios, reconheceu que o percentual de 5% (cinco por cento) foi fixado dentro dos limites estabelecidos pelo art. 27 do Decreto-Lei nº 3.365/43, com as modificações introduzidas pela Medida Provisória nº 2027-45/2000, vigente à época da sentença.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Inicialmente, é de se observar que, sendo o valor da condenação superior a 50% do ofertado na inicial, impõe-se, nos termos do art. 13, § 1º, da Lei Complementar nº 76/93, o reexame da matéria, face ao instituto da remessa oficial.

Superada essa questão preliminar, passo a examinar, ponto a ponto, as razões das apelações do INCRA e da expropriada.

Cediço que o Juiz *a quo*, na fixação do valor da indenização, não está adstrito ao laudo apresentado pelo expropriante, tampouco resta vinculado ao estudo apresentado pelo perito oficial. Deve buscar o magistrado aproximar-se ao máximo de um justo valor, que corresponda efetivamente ao bem perdido pelo expropriado, nos termos da Constituição Federal, da Lei Complementar nº 76/93 e do Decreto-Lei nº 3.365/41.

Nesse sentido, há que se observar que o valor ofertado pelo expropriante na petição inicial (**R\$ 1.340.530,73** – um milhão, trezentos e quarenta mil, quinhentos e trinta reais e setenta e três centavos) foi inferior àquele avaliado pelo perito oficial (**R\$ 2.548.330,95** – dois milhões, quinhentos e quarenta e oito mil, trezentos e trinta reais e noventa e cinco centavos) e ao *quantum* fixado na sentença (**R\$ 2.780.774,83** – dois milhões, setecentos e oitenta mil, setecentos e setenta e quatro reais e oitenta e três centavos) a título de indenização.

Com efeito, apesar de se mostrar bem elaborado e minucioso o laudo do perito judicial, o fato é que o insigne Magistrado achou por bem acolher apenas parcialmente os valores especificados naquele laudo, por entender que, em alguns pontos, o laudo elabo-

rado pelo assistente da expropriada teria especificado valores mais condizentes com a realidade de mercado e com a situação do imóvel expropriando.

Diante de tais fatos, a decisão impugnada merece ser mantida em quase toda a sua integralidade, como passarei a demonstrar a seguir.

Uma das grandes discussões no presente feito gira em torno da Barragem de Itanhaém e seu sangradouro, se as áreas correspondentes teriam sido incluídas ou não no valor da indenização.

Segundo o ilustre representante do Ministério Público Federal, tais áreas teriam sido contabilizadas para efeito de indenização, impondo-se, portanto, a sua exclusão, por constituir imóvel desmembrado e autônomo com planta, registro e matrícula próprios, denominado Parque Industrial da Usina Santa Helena.

Com razão o *Parquet* Federal.

Procedendo-se a uma análise acurada da sentença, observa-se que o insigne Magistrado, realmente, fez menção à não inserção, no preço total da indenização, da área correspondente ao aludido parque industrial. Tanto que, mesmo levando em consideração o laudo fornecido pelo perito oficial, decretou a desapropriação de apenas **2.943,26 ha.**, excluindo, expressamente, a área de **336,10 ha.**, relativa ao parque industrial no qual se situa a Barragem de Itanhaém e seu sangradouro, por constituir imóvel diverso, regularmente escriturado e, portanto, não compreendido no objeto da presente desapropriação (fls. 838).

No entanto, ao realizar os cálculos alusivos à indenização, computou a área daquele parque industrial, de forma que o valor da indenização, levando em conta o preço da terra nua fornecido pelo Banco do Brasil e pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Sapé-PB para os imóveis de média qualidade situados naquela região (**R\$ 400,00** – quatrocentos reais), foi fixado em **R\$ 1.300.000,00** (um milhão e trezentos mil reais), tendo-se em conta a avaliação da terra nua ditada pelo perito oficial.

Segundo o ilustre sentenciante, se considerássemos o montante referente à terra nua fixado no laudo do perito oficial e diminuíssemos o valor em reais correspondentes à extensão do Par-

que Industrial da Fazenda Santa Helena, o *quantum* final atribuído à indenização seria aproximadamente o de **R\$ 1.300.000,00** (um milhão e trezentos mil reais).

Entretanto, não é essa a operação matemática mais indicada a ser feita, como se verá adiante.

Tendo em vista o laudo pericial acostado aos autos às fls. 483/501, fica patente que o ilustre vistor oficial incluiu no total indenizável referente à terra nua (**R\$ 1.459.319,64** – um milhão, quatrocentos e cinqüenta e nove mil, trezentos e dezenove reais e sessenta e quatro centavos) a área daquele parque industrial, tendo-o avaliado em **R\$ 253.187,62** (duzentos e cinqüenta e três mil, cento e oitenta e sete reais e sessenta e dois centavos). Diminuindo esse valor em reais daquele total relativo à terra nua obter-se-á a quantia de **R\$ 1.206.132,02** (um milhão, duzentos e seis mil, cento e trinta e dois reais e dois centavos), valor este inferior ao estabelecido no *decisum*.

Destarte, excluindo-se do valor da indenização devida pela terra nua a importância fixada no laudo pericial correspondente à área do Parque Industrial da Fazenda Santa Helena, o montante atribuído à terra nua deverá ser reduzido para **R\$ 1.206.132,02** (um milhão, duzentos e seis mil, cento e trinta e dois reais e dois centavos).

Vale ressaltar que o valor utilizado pelo douto sentenciante para o cálculo da indenização devida pela terra nua foi o mesmo indicado pelo Banco do Brasil, às fls. 514, e pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Sapé-PB (fls. 520) para os imóveis de média qualidade naquela região, qual seja, **R\$ 400,00** (quatrocentos reais) (fls. 840), não cabendo, aqui, qualquer tipo de questionamento sobre a idoneidade desse montante.

Superada esta questão, passo a examinar os demais pontos impugnados pela autarquia expropriante.

No tocante às casas residenciais de alvenaria e de taipa, a teor da informação prestada pelo técnico da Procuradoria Regional da República da 5ª Região, no presente feito, o qual se utilizou de pesquisa junto à Empresa de Melhoramentos de Habitação de Pernambuco – EMHAPE, *os custos unitários dessas benfeitorias, no laudo do Perito Oficial, no montante de R\$ 193.148,40, estão*

compatíveis com o valor de mercado (fls. 920). Sendo assim, os valores fixados no *decisum* em relação a essas duas espécies de benfeitorias não devem ser alterados (**R\$ 137.411,46** – cento e trinta e sete mil, quatrocentos e onze reais e quarenta e seis centavos).

Já em relação aos canais de irrigação a céu aberto, esse mesmo parecer técnico informa que o valor orçado pelo perito oficial ficou aquém daquele estabelecido pelo assistente do INCRA em seu laudo, não tendo havido, portanto, superavaliação. Ademais, os canais de irrigação em alvenaria, avaliados pelo vistor oficial em **R\$ 9.940,00** (nove mil, novecentos e quarenta reais) não foram computados pelo INCRA.

Por seu turno, em relação às barragens houve a alegada superavaliação, eis que a área relativa à Barragem de Itanhaém, benfeitoria pertencente ao Parque Industrial da Fazenda Santa Helena, foi incluída, pelo perito oficial, na área total a ser desapropriada, apesar de constituir imóvel independente e não ter sido objeto da presente demanda.

Neste caso, impõe-se, como já visto anteriormente, a exclusão do montante atribuído a tal benfeitoria (**R\$ 253.187,62** – duzentos e cinqüenta e três mil, cento e oitenta e sete reais e sessenta e dois centavos) do valor total indenizável.

Outrossim, as cercas, as porteiras, os currais e os tanques devem ser incluídas no preço total da indenização, apesar de o perito oficial, ao realizar a vistoria *in loco*, ter concluído e feito constar do seu relatório que tais benfeitorias não mais existiam àquela época no imóvel expropriado (fls. 501). Tal fato se justifica porque, no instante em que foi realizada a primeira avaliação da Fazenda Santa Helena, nos idos de 1997, tais benfeitorias existiam e faziam parte do imóvel, tanto que foram regularmente avaliadas naquele momento. Desta forma, considerando que já existiam no momento da imissão do INCRA na posse, devem ser indenizadas nos montantes de **R\$ 45.807,23** (quarenta e cinco mil, oitocentos e sete reais e vinte e três centavos), **R\$ 636,00** (seiscentos e trinta e seis reais), **R\$ 3.419,52** (três mil, quatrocentos e dezenove reais e cinqüenta e dois centavos) e **R\$ 1.027,08** (um mil e vinte e sete reais e oito centavos), respectivamente.

O mesmo se diga em relação à plantação de cana-de-açúcar, pois, se em setembro de 1997, apenas quatro meses antes da imissão na posse do imóvel em foco, foi detectada a existência de lavoura permanente dessa espécie vegetal, nada mais justo do que fazer constar do montante indenizável o valor atribuído a essa cultura, mesmo que se tenha em conta a informação prestada pelo perito oficial de que, à época da vistoria, não mais existia a cultura de cana-de-açúcar. E nada mais justo, também, que o valor indenizável seja aquele fixado no laudo ofertado na Ação Cautelar nº 97.2133-5, qual seja, **R\$ 815.418,39** (oitocentos e quinze mil, quatrocentos e dezoito reais e trinta e nove centavos).

No tocante às árvores frutíferas, devem elas ser incluídas no montante indenizável, a teor da informação prestada pelo perito oficial em seu laudo, o qual as avaliou em **R\$ 68.464,00** (sessenta e oito mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais) (fls. 498/499).

Neste contexto, a informação do assistente do INCRA às fls. 685, quesito 4, de que tais fruteiras pertenceriam aos posseiros e, por isso, não deveriam ser indenizadas, não deve ser acolhida, até porque inexistem prova nos autos que possam confirmar esta alegação.

Por fim, as pastagens não podem ser adicionadas ao montante da indenização, a teor da diretriz estabelecida pelo art. 12, § 2º, da Lei nº 8.629/93, com a redação determinada pela Medida Provisória nº 1.774-25/99. Segundo esse dispositivo legal, *integram o preço da terra as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, não podendo o preço apurado superar, em qualquer hipótese, o preço de mercado do imóvel.*

Destarte, a indenização devida pela presente desapropriação será constituída das seguintes parcelas:

Terra nua	R\$ 1.206.132,02
Casas residenciais de alvenaria e de taipa	R\$ 137.411,46
Estradas internas	R\$ 9.034,20
Barragens	R\$ 65.483,20
Canais de irrigação a céu aberto	R\$ 6.300,00
Canais de irrigação em alvenaria	R\$ 9.940,00

Rede elétrica	R\$	5.203,13
Tanques	R\$	1.027,08
Cercas	R\$	45.807,23
Porteiras	R\$	636,00
Currais	R\$	3.419,52
Lavoura de cana-de-açúcar	R\$	815.418,39
Árvores frutíferas	R\$	68.464,00
TOTAL	R\$	2.374.276,23

Outro ponto impugnado pelo expropriado nas razões de seu apelo diz respeito à inclusão, no *quantum* indenizatório, dos valores atinentes aos lucros cessantes e danos emergentes. Essa questão, como se verá a seguir, está intrinsecamente relacionada com a aplicabilidade dos juros compensatórios.

Sabe-se que os juros compensatórios têm como pressuposto legal de incidência a perda antecipada do bem, e não a divergência entre o preço ofertado e o valor da indenização fixado na sentença. Segundo o entendimento jurisprudencial mais abalizado, *no que concerne aos juros compensatórios, é firme o entendimento de que “é irrelevante o fato de o imóvel ser ou não produtivo para a fixação dos juros compensatórios na desapropriação, vez que estes são devidos tendo em vista a perda antecipada da posse que implica na diminuição da garantia da prévia indenização constitucionalmente assegurada”* (AGREsp 426.336/PR, Rel. Min. Paulo Medina, DJU 02.12.2002) – STJ, Resp nº 617928-AL, 2ª Turma, Relator: Ministro Franciulli Netto, DJU de 13.12.2004, pág.: 318).

Destarte, são perfeitamente cabíveis os juros compensatórios na presente hipótese, à base de 12% ao ano, a teor da Súmula nº 618 do e. STF, a partir da imissão na posse do imóvel.

Por outro lado, não há como ser cumulada essa espécie de juros com lucros cessantes e danos emergentes, sob pena de se aplicar à presente situação dois fatores de mesma natureza, incorrendo no que se chama de *bis in idem*. Isto porque os juros compensatórios têm o mesmo objetivo/função dos lucros cessantes e dos danos emergentes, conforme se observa da leitura da

ementa proferida no Resp nº 632994-PR, cujo fragmento passo a transcrever:

“1. Os juros compensatórios destinam-se a compensar o que o desapropriado deixou de ganhar com a perda antecipada do imóvel e ressarcir-lo pelo impedimento do uso e gozo econômico do imóvel, motivo pelo qual, na desapropriação indireta, incidem a partir da imissão na posse do imóvel expropriado” (Súmulas 69 e 114 do STJ).

Esse o entendimento que também vem sendo firmado pelo e. TRF – 4ª Região, conforme orientação traçada no AGTR nº 40111-SC, de teor:

“DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. CUMULAÇÃO DE JUROS COMPENSATÓRIOS COM LUCROS CESSANTES. IMPOSSIBILIDADE.

1. O entendimento jurisprudencial é no sentido de que, em ações de desapropriações, mesmo nas denominadas desapropriações indiretas, os juros compensatórios visam ressarcir possíveis lucros cessantes ou danos emergentes. Tanto é assim, que não estando o proprietário expropriado utilizando o imóvel expropriado ou esbulhado, não fará jus aos juros compensatórios”.

Portanto, indevida é a acumulação dos juros compensatórios com lucros cessantes e danos emergentes.

Por seu turno, não há vedação alguma à cumulação dos juros compensatórios e moratórios. Tal assunto, inclusive, já foi sumulado pelo c. STJ, através do enunciado nº 12, de teor:

“Em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios”.

Com relação à condenação da autarquia exproprianda em honorários advocatícios, arbitrados pelo MM. Juiz *a quo* em 5% (cinco por cento) da diferença entre o valor ofertado na inicial e o estabelecido no *decisum* a título de indenização, merece ser mantida a r. sentença, por se adequar ao disposto no art. 27, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/41, com a redação determinada pela Medida

Provisória nº 2.183-56/2001, cujo conteúdo passo a transcrever:

“Art. 27. (...)

§ 1º A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado, que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais)”.

É de se ressaltar que, face à ADIN nº 2332-2/DF, a parte final do retrocitado dispositivo – *não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais)* – teve a sua eficácia suspensa por força de liminar.

Na situação em foco, o valor da indenização fixada no *decisum* foi superior ao ofertado na petição inicial pelo ente expropriante devendo, portanto, os honorários correrem por conta deste.

Em relação ao valor dos honorários advocatícios, também não vejo empecilho a sua manutenção, eis que compatível com o trabalho exercido pelo causídico e com a complexidade da matéria abordada nos autos.

Ante tais fundamentos, dou parcial provimento à apelação da empresa expropriada para elevar o percentual relativo aos juros compensatórios para 12% (doze por cento) ao ano e dou parcial provimento à apelação do INCRA e à remessa oficial no fito de reduzir o valor da indenização devida pela terra nua, para excluir do montante indenizável a área relativa ao Parque Industrial da Fazenda Santa Helena, local onde está situada a Barragem de Itanhaém, e as áreas de pastagens, mantendo o restante da sentença em todos os seus termos.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 308.851-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
E UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO -
UFPE
Apelados: FERNANDO OTÁVIO DA ROSA BORGES DE OLIVEIRA E OUTROS
Advs./Procs.: DRS. HELENA CRISTINA MADI DE MEDEIROS E
OUTROS E JOAQUIM RAIMUNDO ALVES DE CARVALHO E OUTROS (APTES.) E MARIA RUTH FER-
RAZ TEIXEIRA E OUTRO (APDOS.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO INSTRUÍDO NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL. EXTENSÃO DE VANTAGENS DOS SERVIDORES PÚBLICOS EM ATIVIDADE PARA OS APOSENTADOS. APLICAÇÃO DO ART. 40, §§ 4º E 5º (REDAÇÃO ORIGINAL), DA CF/88.

- Até o advento da Lei 8.112/90, as diferenças são devidas pelos mantenedores. A partir de sua vigência, arcam com elas os órgãos de origem. Precedentes.

- Apelações e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 10 de maio de 2005 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelações interpostas contra sentença que julgou parcialmente procedente a ação, para condenar o INSS, bem como a União, a Universidade Federal de Pernambuco e a Fundação Nacional de Saúde, a revisar o benefício dos autores de acordo com o estabelecido nos parágrafos 4º e 5º do artigo 40 da Constituição Federal de 1988.

Alega a UFPE, em resumo, que, em obediência ao que preceitua a regra jurídica, não podia dar uma interpretação ao artigo 40 da Constituição Federal, de ser auto-aplicável, quando esse mesmo dispositivo impunha a exigência de ser regulamentado na forma da lei. Também sustenta ser inadmissível que seja obrigada a pagar diferenças de benefícios a partir de 5 de outubro de 1988, com juros e correção, quando nesta data não se constituía fonte pagadora. Aduz, ainda, que os juros moratórios devem ser reduzidos.

O INSS, em seu recurso, pretende a reforma da sentença para julgar improcedente o pedido, sustentando a impossibilidade de ser responsável pelo pagamento integral da pensão, no intervalo de tempo determinado na sentença.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

A prova tem por escopo convencer o Juiz sobre a veracidade ou a existência dos fatos controvertidos, influentes ou relevantes e determinados, de tal sorte que o órgão da jurisdição possa formar um juízo de valor seguro, coeso, liberto de dúvidas, a respeito do episódio fático que a inicial retrata. Assim sendo, conforme determinado na sentença, não procede o argumento de inexistência de provas que demonstrem o reajustamento incorreto da pensão.

A questão ora discutida já foi objeto de diversos precedentes do eg. Supremo Tribunal Federal, bem como deste Tribunal Re-

gional Federal.

“EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE. VALOR CORRESPONDENTE À TOTALIDADE DOS VENCIMENTOS OU PROVENTOS DO SERVIDOR FALECIDO, ART. 40, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. APLICABILIDADE.

O Supremo Tribunal Federal conclui que a referida norma constitucional não depende de legislação infraconstitucional por ser auto-aplicável. Precedentes.

Recurso extraordinário conhecido e provido”.

“EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR INATIVO. EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS E PERCEPÇÃO DE VANTAGENS RECEBIDAS PELOS SERVIDORES EM ATIVIDADE.

1- A expressão ‘servidores’ é de aceção ampla, incluindo no seu âmbito tanto os celetistas como os estatutários.

2 - Os servidores aposentados têm direito a percepção das vantagens concedidas aos servidores em atividade, inclusive no que tange à transformação do cargo em que se deu a aposentadoria.

3 - Inteligência do artigo 40, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

4 - Com o advento da Lei nº 8.112/90, celetistas e estatutários passaram a ser iguais na forma da lei, independente da época em que se aposentaram.

5 - Apelação improvida”.

Em outro ponto, no entanto, tem razão o INSS em seu recurso de apelação, pois, até o advento da Lei 8.112/90, as diferenças são devidas pelos mantenedores. A partir de sua vigência, arcam com elas os órgãos de origem, por força da obrigação legal constante do já indicado art. 248, o qual determinou a imediata transferência do encargo, não deixando antever qualquer período de adaptação ou reorganização. É que, embora tenha este ocorrido em termos práticos, deve prevalecer o preceito inserto na Lei.

Esta colenda Corte Regional vem adotando essa orientação,

pacificamente.

Vejam-se os acórdãos, que apreciam a mesma questão:

“Documento: TR5-33812

Origem:

TRIBUNAL: TR5 ACORDÃO RIP:5028488

DECISÃO: 11-03-1999

PROC: AC NÚM: 5130360-8 ANO:98 UF:PB

TURMA:1 REGIÃO: 5

APELAÇÃO CÍVEL

Fonte: *DJ* DATA: 21-05-99 PG: 598

Ementa:

ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO ESTATUTÁRIA. EQUIVALÊNCIA COM OS VENCIMENTOS OU PROVENTOS DO SERVIDOR. ARTIGO 40, PARÁGRAFOS 4º E 5º, DA CF E ARTIGOS 215 E 248 DA LEI 8.112/90. ADIANTAMENTO PECUNIÁRIO - PCCS. LEI 7.686/88. INCORPORAÇÃO A APOSENTADORIA OU PENSÃO. NATUREZA JURÍDICA DE REMUNERAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI 6.899/81. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE.

- A PENSÃO POR MORTE DO SERVIDOR ESTATUTÁRIO DEVE SER EQUIVALENTE AOS VENCIMENTOS QUE SERIAM RECEBIDOS PELO MESMO SE VIVO ESTIVESSE (CF/88, ART. 40, PARÁGRAFO 5º).

- EM RELAÇÃO A APOSENTADORIA OU PENSÃO ESTATUTÁRIA, APLICAM-SE AS REGRAS PRÓPRIAS DE REAJUSTE DOS PROVENTOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS, PELAS QUAIS O REAJUSTE É VINCULADO AO AUMENTO DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES EM ATIVIDADE (CF/88, ART. 40, PARAGRAFO 4º).

- EM NÃO SENDO EDITADA LEI NO PRAZO DO ART. 20/ADCT, TORNA-SE AUTO-APLICÁVEL O DISPOSTO NO ART. 40, PARAGRAFOS 4º E 5º.

- RESPONDE O INSS PELO PAGAMENTO DOS BENEFÍCIOS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E ATÉ A VIGÊNCIA DA LEI 8.112/90, DATA EM QUE AS PENSÕES PASSARAM A SER MANTIDAS PELO ÓRGÃO DE ORIGEM DO SERVIDOR.

- APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.

Relator:

JUIZ: 513 - JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE"
(Grifei)

"Documento: TR2-51763

Origem: TRIBUNAL: TR2 ACORDÃO RIP: 93738

DECISÃO: 17-06-1997

PROC: AC NÚM: 227887-9 ANO: 95 UF: RJ

TURMA: 2 REGIÃO: 2

APELAÇÃO CÍVEL

Fonte: DJ DATA: 2-4-98

Ementa:

PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO ESPECIAL.

- RECURSO CONTRA DECISÃO QUE JULGOU PROCEDENTE PEDIDO RELATIVO AO PERCEBIMENTO DE PENSÃO ESPECIAL.

- A RESPONSABILIDADE DO INSS MANTÉM-SE ATÉ O ADVENTO DA LEI 8.112/90, TRANSFERINDO-SE DEPOIS PARA A UNIÃO FEDERAL, RAZÃO POR QUE DEVE SER REINCLUÍDA A AUTARQUIA NO PÓLO PASSIVO.

- O SERVIDOR FAZ JUS A PENSÃO ESPECIAL, JÁ QUE ERA PORTADOR DE CARDIOPATIA GRAVE (LEI 1711/52).

- PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA UNIÃO FEDERAL E À REMESSA OFICIAL.

Relator:

JUIZ: 230 - JUIZ PAULO ESPÍRITO SANTO"

"Documento: TR4-60882

Origem: TRIBUNAL: TR4 ACORDÃO RIP: 4173975

DECISÃO: 09-09-1997

PROC: AMS NÚM: 417397-5 ANO: 94 UF: SC

TURMA: 4 REGIÃO: 4ª

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Fonte: DJ DATA: 3-6-98 PG: 797

Ementa:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR APOSENTADO ANTES DA ATUAL CONSTITUIÇÃO (CF-88). ART. 40, PAR-4 E PAR-5 DA CF-88 E ART. 243 DA LEI 8.112/90. EQUIPARAÇÃO DOS PROVENTOS AOS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES NA ATIVA. AUSÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE CELETISTAS E ESTATUTÁRIOS.

1. A LBA, COMO ÓRGÃO DE ORIGEM, ESTÁ RESPONSABILIZADA PELO PAGAMENTO DOS BENEFÍCIOS DE ACORDO COM A LEI 8.112/90.

2. CITADO O INSS COMO LITISCONSORTE PASSIVO, POR SER O RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DOS BENEFÍCIOS DOS SERVIDORES CELETISTAS ATÉ O ADVENTO DA LEI 8.112/90, ESTÁ LEGITIMADO PARA O PÓLO PASSIVO.

3. LEGITIMIDADE TANTO DO INSS QUANTO DO ÓRGÃO DE ORIGEM DO SERVIDOR, A IMPOR A PERMANÊNCIA NA RELAÇÃO PROCESSUAL.

4. QUANDO SE CUIDA DE PAGAMENTO DE PRESTAÇÕES PERIÓDICAS, ONDE O PREJUÍZO SE RENOVA A CADA VENCIMENTO, O PRAZO DECADENCIAL TAMBÉM COMEÇA A CORRER A PARTIR DE CADA LESÃO AO DIREITO SUBJETIVO.

5. PROPRIEDADE DA VIA MANDAMENTAL RECONHECIDA PORQUE NÃO ATACADA A LEI EM TESE, MAS OS EFEITOS CONCRETOS PRODUZIDOS PELA OMISSÃO ADMINISTRATIVA QUANTO À REVISÃO DAS APOSENTADORIAS.

6. PACIFICADO O ENTENDIMENTO QUANTO À AUTO-APLICABILIDADE DOS ARTIGOS 40, PAR. 4 E PAR. 5, E ART. 42 PAR. 10 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88 COM A DECISÃO DO STF NO MANDADO DE INJUNÇÃO N° 274-6 DF, E COMO A CARTA POLÍTICA NÃO FEZ DISTINÇÃO ENTRE OS

APOSENTADOS PELA LEI 1.711/52 OU PELA PREVIDÊNCIA SOCIAL, FICA AFASTADA A TESE DE QUE A LEI 8.112/90 NÃO TEM REPERCUSSÃO NA APOSENTADORIA CONCEDIDA AOS SERVIDORES REGIDOS PELO REGIME DA CLT.

7. A REGRA BÁSICA DE HERMENÊUTICA PROÍBE DISTINGUIR PARA LIMITAR DIREITOS, ONDE A CONSTITUIÇÃO NÃO O FAZ.

8. GARANTIDA A EQUIPARAÇÃO ENTRE REMUNERAÇÃO E PROVENTOS, COM A EXTENSÃO DOS EFEITOS AOS INATIVOS, PORQUE O VOCÁBULO 'SERVIDORES' REFERE-SE AO CONJUNTO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS E CELETISTAS, ABSTRAÍDA A RELAÇÃO QUE, ORIGINALMENTE, VINCULOU-OS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

9. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS QUE EMBASAM O JULGAMENTO.

10. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.

Relator:

JUIZ: 427 - JUÍZA SILVIA GORAIEB”

Os juros de 1% ao mês decorrem da aplicação imediata do disposto no art. 406 do Código Civil, mas somente a partir da vigência desse diploma, em janeiro de 2003; a taxa anterior é de 0,5%.

Por esses fundamentos, dou parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, para determinar a redução dos juros moratórios e para limitar a responsabilidade do instituto previdenciário até dezembro de 1990, quando a Lei nº 8.112/90 determinou expressamente que os benefícios estatutários passariam a ser pagos pelos órgãos de origem. Dou parcial provimento ao apelo da UFPE e à remessa oficial apenas para estipular os juros de mora em 0,5% ao mês da data da citação até janeiro de 2003 e, daí em diante, de 1% ao mês.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 320.079-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE
Apelante: JOÃO VENERÁVEL DE MORAIS NETO
Apelado: CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DA PARAÍBA - CRF/PB
Advs./Procs.: DRS. DIRCEU ABIMAE L DE SOUZA LIMA (APTE.) E NELSON CALISTO DOS SANTOS E OUTRO (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. DROGARIAS E FARMÁCIAS. FISCALIZAÇÃO E APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. COMPETÊNCIA DO CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. LEI Nº 3.820/60. LEI Nº 5.991/73. RESPONSÁVEL TÉCNICO EM TEMPO INTEGRAL NO HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO. APLICAÇÃO DE MULTA. LEGALIDADE. CARÁTER DE SANÇÃO PECUNIÁRIA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRAZO DE DEFESA. RESOLUÇÃO 258/94. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

- Para o colendo Superior Tribunal de Justiça, resta firmado o entendimento de que: 1 - o Conselho Regional de Farmácia tem competência para promover a fiscalização e punição devidas, uma vez que o art. 24 da Lei nº 3.820/60, que cria os Conselhos Federal e Regionais de Farmácia, é claro ao estatuir que farmácias e drogarias devem provar, perante os Conselhos, ter profissionais habilitados e registrados para o exercício de atividades para as quais são necessários, cabendo a aplicação de multa aos infratores ao Conselho Regional respectivo; 2 - as penalidades aplicadas têm amparo no art. 10, c, da Lei nº 3.820/60, que dá poderes aos Conselhos Regionais para fiscalizar o exercício da profissão e punir as infrações; 3 - a Lei nº 5.991/73 impõe

obrigação administrativa às drogarias e farmácias no sentido de que “terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei” (art. 15), e que “a presença do técnico responsável será obrigatória durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento” (§ 1º). (STJ - RESP 477065 - DF - 1ª T. - Rel. Min. José Delgado - DJ 24.03.2003 p. 161).

- A respeito da matéria, este egrégio Tribunal também já firmou entendimento, perfilhando o posicionamento adotado pela Corte Superior de Justiça, inclusive esta eg. Turma, à unanimidade, assim se pronunciou em julgamento de caso semelhante: “A fiscalização das drogarias é de competência do CRF quanto à exigência de comprovação de presença de profissional de farmácia no estabelecimento. A atuação dos órgãos de vigilância sanitária se limita ao licenciamento e verificação das condições sanitárias de funcionamento das drogarias (art. 44 do Decreto 74.170/74). Precedentes do STJ. - Quanto ao valor das multas, a sucessão de leis tratando sobre a matéria leva ao entendimento de que o limite para a sua fixação é de até 239,9994 UFIR. Se a CDA aplicou multa acima do permitido, deve ser extinta a execução apenas quanto ao valor excedente. - Remessa oficial parcialmente provida”. (TRF 5ª R. - REO 265240 - PB - 1ª T. - Rel. Desembargador Federal Francisco Wildo - DJ 30/11/2004 - Nº: 229).

- Com base na orientação do colendo STJ e deste eg. Tribunal, inclusive desta eg. Turma, acolhe-se o entendimento de que: a) o prazo de 5 (cinco) dias para defesa no processo administrativo fiscal não desrespeita o princípio do devido processo legal nem cerceia o amplo direito de defesa e o contraditório, uma vez que no caso se aplica o rito determinado pela Resolução nº

258, de 24 de fevereiro de 1994, do Conselho Federal de Farmácia, editada com amparo legal nas disposições do art. 6º, g, da Lei nº 3.820, de 1960, para regular o procedimento administrativo fiscal de determinação e exigência dos créditos de natureza tributária ou não, no âmbito dos Conselhos Regionais de Farmácia; b) nos termos da Lei 3.820/60, art. 24, e Lei 5.991/73, arts. 15, 21 e 22, compete ao Conselho Regional de Farmácia fiscalizar e punir o descumprimento da obrigação legal de manter responsável técnico durante todo o horário de funcionamento no estabelecimento, ressaltando que a demonstração e comprovação da existência de um farmacêutico registrado no CRF, como responsável técnico do estabelecimento, não tem o condão de afastar a presunção legal de que goza o auto de infração, pois da existência do profissional devidamente registrado no CRF/PB não se conclui que o farmacêutico se fazia presente no estabelecimento no momento da autuação; c) tem-se por legal a multa pecuniária aplicada pelo CRF nos casos de ausência do responsável técnico do estabelecimento em funcionamento, desde que aplicada dentro dos limites estabelecidos pelo art. 1º da Lei nº 5.724/71, que anteriormente tinha dado nova redação ao parágrafo único do art. 24 da Lei nº 3.820/60, ou seja, não incorre em ilegalidade se obedecido o limite legal. Se aplicada a multa acima do permitido, deve ser excluído da execução apenas o valor excedente.
- Apelação improvida.

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, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 31 de março de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

Cuida-se de apelação interposta em face da sentença prolatada pelo MM. Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Paraíba, Dr. João Bosco Medeiros de Sousa, que julgou improcedente o pedido deduzido na inicial, em que se objetiva anular ato administrativo para desconstituir multa aplicada à parte autora, nos termos do art. 24 da Lei 3.820/60, decorrente da ausência de responsável técnico, devidamente registrado no Conselho Regional de Farmácia – CRF-PB, no estabelecimento em horário de funcionamento.

Em suas razões de apelação, a parte apelante sustenta, primeiramente, que houve violação: a) ao princípio da legalidade por falta de caracterização da infração, tendo em vista ser uma drogaria, possuindo técnico responsável devidamente registrado no CRF/PB, que não manipula fórmula medicamentosa, não havendo, assim, necessidade da presença, em tempo integral, do profissional especializado em seu estabelecimento comercial; b) ao princípio do devido processo legal, tendo em vista que o prazo oferecido para defesa no processo administrativo foi de apenas 5 (cinco) dias, quando deveria ter sido de 30 (trinta), por força do Decreto nº 70.235/1972, alterado pelo Decreto de nº 75.445/75; c) ao princípio da legalidade, ante a incompetência do CRF para exercer a fiscalização de farmácias, drogarias e postos de medicamento; d) ao princípio da reserva legal na fixação dos valores da sanção pecuniária.

Alega, também que, apesar de possuir a denominação de farmácia, suas atividades estão limitadas às de drogaria, vez que não manipula fórmulas medicamentosas, mas, tão-somente, medicamentos finalizados e acabados e produtos correlatos. Argumenta, mais, que o CRF/PB só poderia atuar a demandante/recorrente se a mesma não fosse registrada e não tivesse apresen-

tado o responsável técnico, assim restaria caracterizada a infração ao dispositivo contido no art. 24 da Lei 3.820/60, mas, a presença física do profissional, por ser condição de funcionamento do estabelecimento, segundo alega, é competência da Divisão de Vigilância Sanitária, prevista no art. 18, IV, da Lei nº 8.080/90.

Apresentadas as contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

Consoante salientado no relatório, trata-se de ação ordinária em que se pretende anular ato administrativo para desconstituir multa aplicada pelo CRF/PB à parte autora, nos termos do art. 24 da Lei 3.820/60, decorrente da ausência de responsável técnico, devidamente registrado no Conselho Regional de Farmácia, no estabelecimento em funcionamento.

Objetiva a parte apelante, nesta via recursal, a reforma da r. sentença, que julgou improcedente o pedido deduzido na inicial desta demanda. Para tanto, argumentou que não foi observado o princípio do devido processo legal, tendo em vista que o prazo oferecido para defesa no processo administrativo foi de apenas 5 (cinco) dias, quando deveria ter sido de 30 (trinta), por força do Decreto nº 70.235/1972, alterado pelo Decreto de nº 75.445/75, bem como argüiu a incompetência do CRF/PB para exercer a fiscalização de farmácias, drogarias e postos de medicamentos, sendo da competência da Divisão de Vigilância Sanitária e, por último, argumentou ter sido violado o princípio da reserva legal quando da fixação dos valores da sanção pecuniária.

De outro turno, alegou a parte recorrente que houve violação ao princípio da legalidade por falta de caracterização da infração, tendo em vista ser uma drogaria, possuindo responsável técnico devidamente registrado no CRF/PB, alegando que a autarquia só poderia autuar a demandante/recorrente se a mesma não fosse registrada e não tivesse apresentado o responsável técnico devidamente registrado, assim restaria caracterizada a infração ao dispositivo contido no art. 24 da Lei 3.820/60, mas, a presença física

do profissional, por ser condição de funcionamento do estabelecimento, segundo alega, é da competência da Divisão de Vigilância Sanitária, prevista no art. 18, IV, da Lei nº 8.080/90.

Ao apreciar a lide, verifico que a tese invocada pela parte apelante não tem consistência capaz de sustentar a pretensão veiculada neste recurso. Primeiramente, é de se ressaltar que o prazo de 5 (cinco) dias para defesa no processo administrativo não desrespeitou o princípio do devido processo legal, restando assegurado o amplo direito de defesa e o contraditório, uma vez que, no caso, segue-se o rito determinado pela Resolução nº 258, de 24 de fevereiro de 1994, do Conselho Federal de Farmácia, editada com amparo legal nas disposições do art. 6º, g, da Lei nº 3.820, de 1960, para regulamentar o processo administrativo fiscal de determinação e exigência dos créditos de natureza tributária ou não, no âmbito dos Conselhos Regionais de Farmácia.

Por outro lado, a Lei 5.991/73, apesar de diferenciar farmácias e drogarias, não afastou a exigência da presença de farmacêutico, como responsável técnico durante todo o período de funcionamento de ambos os tipos de estabelecimento. Sendo certo que, nos termos da Lei 3.820/60, art. 24, e Lei 5.991/73, arts. 15, 21 e 22, compete ao Conselho Regional de Farmácia fiscalizar e punir o descumprimento da obrigação legal de manter responsável técnico durante todo o horário de funcionamento no estabelecimento, ao lado da competência do órgão estadual de Vigilância Sanitária para controlar a observância dos padrões sanitários relativos ao comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos. Assim tem entendido a jurisprudência pátria.

Ressalte-se, ademais, que a demonstração e comprovação da existência de um farmacêutico registrado no CRF, como responsável técnico do estabelecimento, não tem o condão de afastar a presunção legal de que goza o auto de infração, pois da existência do profissional devidamente registrado no CRF/PB não se conclui que o farmacêutico se fazia presente no estabelecimento da parte recorrente por ocasião da autuação efetivada pelo fiscal do Conselho, no regular exercício do poder de polícia.

Sobre a controvérsia que se estabelece na presente lide, no âmbito da jurisprudência pacificada em nossos tribunais, inclusive

do colendo STJ, já não comporta maiores digressões a respeito dos pontos em debate, uma vez que já se cristalizou o entendimento que proclama a obrigatoriedade da presença de responsável técnico nas drogarias e farmácias no horário integral de funcionamento. De igual modo, resta assente na jurisprudência o entendimento de que compete ao CRF a fiscalização e aplicação das penalidades às farmácias e drogarias que descumprirem as disposições legais pertinentes.

No que diz respeito à aplicação da multa pecuniária e o seu respectivo valor, desde que aplicada dentro dos limites estabelecidos pelo art. 1º da Lei nº 5.724/71, que anteriormente tinha dado nova redação ao parágrafo único do art. 24 da Lei nº 3.820/60, não incorrem em ilegalidade as multas aplicadas, obedecendo ao limite legal. Se aplicada a multa acima do permitido, deve ser excluída da execução apenas o valor excedente.

A respeito do tema, neste sentido tem decidido o colendo STJ, consoante se vê nos arestos a seguir transcritos:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ESTABELECIMENTOS FARMACÊUTICOS. AUSÊNCIA DE RESPONSÁVEL TÉCNICO DURANTE O HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO. COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAR E APLICAR PENALIDADES. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. PRECEDENTES.

- Compete aos Conselhos Regionais de Farmácia fiscalizar e aplicar penalidades às farmácias e drogarias que não cumprirem a obrigação legal de manter um responsável técnico habilitado em horário integral (artigos 10, c, e 24 da Lei nº 3.820/60, e § 1º do artigo 15 da Lei nº 5.991/73). ‘A atribuição dos órgãos de vigilância sanitária que, de acordo com o art. 44 do Decreto nº 74.170/74, que regulamentou a Lei nº 5.991/73, é competente para licenciar e fiscalizar as condições de funcionamento das drogarias e farmácias, bem como o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, **o que não se confunde com a incumbência do CRF**

de empreender a fiscalização de tais estabelecimentos quanto ao fato de obedecerem à exigência legal de possuírem, durante todo o tempo de funcionamento, profissional legalmente habilitado junto àquela autarquia' ” (REsp nº 411.088/PR, Rel. Min. Luiz Fux, *in DJ* de 27.05.02). Recurso especial provido. (STJ - REsp 491137 - RS - 2ª T. - Rel. Min. Franciulli Netto - *DJ* 26.05.2003 p. 356). (Destacado).

“ADMINISTRATIVO. DROGARIAS E FARMÁCIAS. FISCALIZAÇÃO. COMPETÊNCIA DO CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. RESPONSÁVEL TÉCNICO EM HORÁRIO INTEGRAL. APLICAÇÃO DE MULTA. CARÁTER DE SANÇÃO PECUNIÁRIA. INAPLICABILIDADE DE SUA FIXAÇÃO NOS MOLDES DO ART. 1º DA LEI Nº 6.205/75 ('VALOR MONETÁRIO').

1. (...).

2. O Conselho Regional de Farmácia tem competência para promover a fiscalização e punições devidas, uma vez que o art. 24 da Lei nº 3.820/60, que cria os Conselhos Federal e Regionais de Farmácia, é claro ao estatuir que farmácias e drogarias devem provar, perante os Conselhos, ter profissionais habilitados e registrados para o exercício de atividades para as quais são necessários, cabendo a aplicação de multa aos infratores ao Conselho Regional respectivo.

3. As penalidades aplicadas têm amparo no art. 10, c, da Lei nº 3.820/60, que dá poderes aos Conselhos Regionais para fiscalizar o exercício da profissão e punir as infrações.

4. A Lei nº 5.991/73 impõe obrigação administrativa às drogarias e farmácias no sentido de que 'terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei' (art. 15), e que 'a presença do técnico responsável será obriga-

tória durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento' (§ 1º).

5. (...).

8. Recurso provido”.

(STJ - REsp 477065-DF - 1ª T. - Rel. Min. José Delgado - *DJ* 24.03.2003 p. 161). (Destacado).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO, DÚVIDA OU FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. CARÁTER DE SANÇÃO PECUNIÁRIA. INAPLICABILIDADE DE SUA FIXAÇÃO NOS MOLDES DO ART. 1º DA LEI Nº 6.205/75 (‘VALOR MONETÁRIO’). PRECEDENTES.

1. (...).

4. Sendo as multas sanções pecuniárias, a vedação contida na Lei nº 6.205/75, de considerar ‘valores monetários em salários mínimos’, não as atingiu. Somente o Decreto-Lei nº 2.351/78 submeteu as penalidades estabelecidas em Lei à vinculação do salário mínimo de referência, situação que permaneceu até a edição da Lei nº 7.789/89, que extinguiu o salário mínimo de referência, voltando à antiga denominação, ou seja, pelo art. 1º da Lei nº 5.724/71, que anteriormente tinha dado nova redação ao parágrafo único do art. 24 da Lei nº 3.820/60.

5. Inocorrência de ilegalidade nas multas aplicadas, visto que não ultrapassam o limite legal estabelecido pelo art. 1º da Lei 5.724/71.

6. O colendo Supremo Tribunal Federal, mesmo apreciando demandas penais, pronunciou-se sobre a matéria jurídica de fundo aqui discutida (aplicação de multa como sanção pecuniária e não como valor monetário).

7. Recurso não provido”.

(STJ – REsp 640511-PR – 1ª T. – Rel. Min. José Delgado – *DJU* 20.09.2004 – p. 00210).

A respeito da controvérsia em debate, a orientação jurisprudencial deste egrégio Tribunal, que se faz harmônica ao pacífico e reiterado entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, possui o seguinte entendimento espelhado nos arestos a seguir transcritos:

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. COMPETÊNCIA. **As farmácias e drogarias estão obrigadas a manter inscrição no CRF, bem como um profissional habilitado durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento. Inexistência de afronta a princípios constitucionais. Legalidade do auto de infração. Aplicação da multa dentro dos limites legais.** Apelação improvida”.

(TRF 5ª R. - AC - 309896-PB - 4ª T. - Rel. Desembargador Federal Lázaro Guimarães - DJ 12/01/2005 - Página: 963). (Destacado).

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA DROGARIAS E FARMÁCIAS. TÉCNICO RESPONSÁVEL. FISCALIZAÇÃO. COMPETÊNCIA DO CRF. RECURSO. DEPÓSITO PRÉVIO. EXIGIBILIDADE. MULTA. COBRANÇA. VALIDADE.

1. **Não há que se falar em cerceamento de defesa, posto que o prazo para apresentação da defesa previsto no Decreto nº 70.235/72 não se aplica ao contencioso administrativo dos Conselhos Regionais de Farmácia.**

2. Os Conselhos Regionais de Farmácia, cujas atribuições encontram-se elencadas no art. 10 da Lei nº 3.820/60, destinam-se a regularizar e fiscalizar o exercício das atividades profissionais farmacêuticas. **Daí, a presença de responsável técnico no estabelecimento farmacêutico, prevista no art. 15, parágrafo 1º, da Lei nº 5.991/73, bem como no art. 27, parágrafos 1º e 3º, do Decreto nº 74.170/74, deverá ser cobrada pelo supracitado conselho.**

3. (...).

5. Respeitado o limite legal estabelecido no art. 1º da Lei nº 5.724/71, é válida a cobrança da multa em razão da ausência de responsável técnico.

6. Apelação autoral improvida e remessa oficial e apelação da parte ré providas”.

(TRF 5ª R. - AC - 319648-PB - 4ª T. - Rel. Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria - *DJ* 12/05/2004 - Página: 767). (Destacado)

“ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. FISCALIZAÇÃO E APLICAÇÃO DE MULTA ÀS DROGARIAS E FARMÁCIAS. RESPONSÁVEL TÉCNICO EM HORÁRIO INTEGRAL. COMPETÊNCIA. LEI Nº 3.820, DE 11 DE NOVEMBRO DE 1960. LEI Nº 5.991, DE 17 DE DEZEMBRO DE 1973. AUTO DE INFRAÇÃO. AGENTES FISCALIZADORES. COMPETÊNCIA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRAZO PARA DEFESA. DEPÓSITO PRÉVIO RECURSAL. PRAZO RECURSAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. INFRAÇÃO FISCAL. MULTA. LEGALIDADE.

1. Compete ao Conselho Regional de Farmácia (CRF) fiscalizar e punir as farmácias e drogarias, por não possuírem responsável técnico – profissional farmacêutico registrado e habilitado no conselho regional de sua jurisdição –, durante todo o período em que o estabelecimento estiver funcionando. Art. 24 da Lei nº 3.820, de 1960, c/c art. 15 da Lei nº 5.991, de 1973.

2. A implementação dessa condição deve ser provada perante os Conselhos Federal e Regionais de Farmácia, sob pena da multa prevista no parágrafo único do art. 24 da Lei nº 3.820, de 1960.

3. Os órgãos de vigilância sanitária são competentes apenas para licenciar farmácias e drogarias e fiscalizar as condições sanitárias de funcionamento e do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos,

sob o regime da Lei nº 5.991, de 1973 (art. 44 do Decreto nº 74.170, de 10 de junho de 1974).

4. A apelante não carrou aos autos prova de que os fiscais farmacêuticos do CRF/PB foram contratados sem concurso público.

5. Os prazos de defesa e de recurso consignados nos autos de infração não ferem o devido processo legal nem cerceiam a amplitude de defesa e o contraditório, porquanto previstos na Resolução nº 258, de 24 de fevereiro de 1994, do Conselho Federal de Farmácia (CFF), editada no uso da atribuição conferida pelo art. 6º, g, da Lei nº 3.820, de 1960, para regulamentar o processo administrativo fiscal de determinação e exigência dos créditos que possuam ou não natureza tributária no âmbito dos CRFs.

6. (...)”.

(TRF 5ª R. - AC - 318160-PB - 2ª T. - Rel. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti - DJ 10/03/2004 - Página: 567 - Nº: 47). (Destacado).

Esta egrégia Primeira Turma tem perfilhado o mesmo entendimento adotado por esta eg. Corte, em harmonia com o posicionamento consolidado pelo colendo STJ. Vejam-se, por exemplo, as ementas de julgamentos realizados acerca da matéria tratada nestes autos:

“ADMINISTRATIVO. FISCALIZAÇÃO DE DROGARIA PELO CRF. COMPETÊNCIA. VALOR DA MULTA. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE.

- A fiscalização das drogarias é de competência do CRF quanto à exigência de comprovação de presença de profissional de farmácia no estabelecimento. A atuação dos órgãos de vigilância sanitária se limita ao licenciamento e verificação das condições sanitárias de funcionamento das drogarias (art. 44 do Decreto 74.170/74). Precedentes do STJ.

- Quanto ao valor das multas, a sucessão de leis

tratando sobre a matéria leva ao entendimento de que o limite para a sua fixação é de até 239,9994 UFIR. Se a CDA aplicou multa acima do permitido, deve ser extinta a execução apenas quanto ao valor excedente.

- Remessa oficial parcialmente provida”.

(TRF 5ª R. - REO 265240 - PB - 1ª T. - Rel. Desembargador Federal Francisco Wildo - *DJ* 30/11/2004 - Nº: 229). (Destacado).

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA. ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS DE FARMÁCIA E DROGARIA. EXIGÊNCIA DE PROFISSIONAL FARMACÊUTICO HABILITADO. RECURSO. EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO. IMPUGNAÇÃO NAS CONTRA-RAZÕES.

- O Conselho Regional de Farmácia tem competência fiscalizatória em decorrência da atribuição de zelar pela observância dos princípios éticos e da disciplina dos profissionais farmacêuticos, a teor do que dispõe o art. 1º da Lei nº 3.820/60. Sendo assim, a referida lei outorga poder de polícia às ditas autarquias para fiscalizar e, caso necessário, sancionar as farmácias e drogarias que não se conformem com as prescrições legais.

- É legal a exigência de depósito prévio do valor da multa imposta pelo CRF como condição ao uso do recurso administrativo, conforme previsão do art. 15 da Resolução 258/94 do CFF, pois não há na Carta Magna garantia do duplo grau de jurisdição administrativa. Precedentes do e. STF. (...).

- Apelação provida.

(TRF 5ª R. - AC 321478- PB - 5ª T. - Rel. Desembargador Federal José Maria Lucena - *DJ* 30/11/2004 - Página: 513 - Nº: 229). (Destacado).

Outro não é o entendimento que, reiteradamente, vem sendo aplicado por nossas Cortes Regionais Federais, além deste eg.

Tribunal, consoante se demonstra através dos recentes precedentes a seguir transcritos:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA-CRF. LEI 3.820/60, ARTS. 10, ALÍNEA C, E 24. COMPETÊNCIA PARA A FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL E APENAMENTO AOS INFRATORES. OBRIGATORIEDADE DA PRESENÇA DE RESPONSÁVEL TÉCNICO NAS FARMÁCIAS E DROGARIAS. SÚMULA 120 DO STJ.

I – O Conselho Regional de Farmácia é competente para a fiscalização do exercício profissional nos termos do art. 10, alínea ‘c’, da respectiva Lei instituidora, 3.820, de 11/11/60, bem assim apenamento dos infratores aos seus dispositivos (art. 24).

II. É obrigatória a presença de responsável técnico, seja farmacêutico, ou oficial de farmácia, nas farmácias e drogarias durante todo o período de funcionamento. Art. 15, § único, da Lei 5.991/73. Súmula 120 de STJ.

III. Autuações expedidas pelo órgão competente, embasadas em Lei, que se mantêm.

IV. Apelação e remessa oficial providas”.

(TRF 3ª R. – AMS 2003.61.00.015890-4 – (258451) – 4ª T. – Relª Desª Fed. Salette Nascimento – DJU 29.09.2004 – p. 360). (Destacado).

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. COMPETÊNCIA PARA A FISCALIZAÇÃO DE FARMÁCIA E DROGARIA. LEIS Nº 3.820/60 E Nº 5.991/73. EXIGÊNCIA DE RESPONSÁVEL TÉCNICO.

1. A Lei nº 3.820/60 estabeleceu a competência do Conselho Regional de Farmácia para fiscalizar os estabelecimentos – farmácia ou drogaria – a fim de verificar o cumprimento da exigência de possuírem como responsável técnico profissional habilitado e registrado.

2. Obrigatoriedade da farmácia e drogaria terem um responsável técnico por todo o período de seu funcionamento (art. 15 da Lei nº 5. 991/73).

3. Não há qualquer ilegalidade nas autuações e sanções impostas, em razão da ausência de profissional habilitado e registrado no CRF, como responsável técnico pelo estabelecimento.

4. Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e desta e. Sexta Turma (STJ, REsp. nº 383.222 e REsp. nº 441.135, e TRF3, AMS nº 1999.61.00.023344-1).

5. Apelação e remessa oficial providas”.

(TRF 3ª R. – AMS 2003.61.00.019694-2 – (256425) – 6ª T. – Relª Desª Fed. Consuelo Yoshida – *DJU* 03.09.2004 – p. 457). (Destacado).

“ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA - CRF. COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAR FARMÁCIAS E DROGARIAS, APLICANDO MULTA PELA INEXISTÊNCIA DE RESPONSÁVEL TÉCNICO NELE INSCRITO. VALOR DA MULTA. IMPUGNAÇÃO VAGA.

1 - Os Conselhos Regionais de Farmácia têm competência concorrente com os órgãos de fiscalização sanitária estadual para fiscalizar o cumprimento, pelas farmácias e drogarias, das exigências legais a que estão sujeitas, cabendo a estes últimos o licenciamento dos estabelecimentos e a fiscalização sanitária das drogas, medicamentos e insumos farmacêuticos, assim como da manutenção das condições de licenciamento, dentre elas a permanência, no estabelecimento, durante todo o expediente, de profissional técnico inscrito no CRF (Lei nº 5.991/73, arts. 15, 21, 44 e 45; Lei nº 6.360/76, art. 80). Ao referido Conselho cabe fiscalizar se o estabelecimento possui responsável técnico inscrito em seus quadros, aplicando multa pelo descumprimento dessa obrigação (Lei nº 3.820/60, art. 24; Lei nº 5.991/

73, arts. 15 e 44, § 2º; Lei nº 6.360/76, art. 84).

2 - A teor do art. 15 da Lei nº 5.991/73, também as drogarias estão obrigadas à manutenção de responsável técnico, devidamente inscrito no CRF, no estabelecimento comercial, devendo esse profissional ser farmacêutico, salvo nos casos de que tratam o § 3º desse art. 15 e o art. 19 dessa Lei.

3. Indicado o dispositivo legal que prevê o fato motivador da multa, tem-se esta por devidamente fundamentada, descabendo, também, acolher impugnação vaga ao seu valor.

4 - Apelação improvida”.

(TRF 1ª R. – AC 01990339720 – MG - 7ª T. – Rel. Des. Fed. ANTÔNIO EZEQUIEL DA SILVA – DJU 11/06/2004 PÁGINA: 156).

“ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. FISCALIZAÇÃO E AUTUAÇÃO POR AUSÊNCIA DE RESPONSÁVEL TÉCNICO NO HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO. COMPETÊNCIA. CRF. CONTRATO TRABALHISTA COM FARMACÊUTICO. EXISTÊNCIA. EFEITOS. DROGARIA. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DE MULTA. LEGALIDADE.

1. Preliminar de incompetência afastada, tendo em vista recente decisão proferida pelo STJ, no sentido de que a responsabilidade pela fiscalização e aplicação das penalidades no caso de infrações cometidas pelos estabelecimentos que não cumprirem a obrigação legal de manter um responsável técnico em horário integral é do respectivo CRF, e não do órgão de vigilância sanitária.

2. A existência de um contrato trabalhista entre o farmacêutico e a embargante não tem o condão de afastar a presunção legal de que goza o título executivo, pois da existência dele não se conclui que o farmacêutico se fazia presente no estabelecimento da embargante por ocasião da autuação.

3. As drogarias também estão obrigadas a manter

um responsável técnico nos horários de funcionamento do estabelecimento, por força do disposto no § 1º do artigo 15 da Lei nº 5.991, de 17/12/1973.

4. A Lei nº 6.205/75 não revogou a Lei nº 5.724/71, na medida em que objetivou apenas abolir a utilização do salário mínimo como fator de atualização monetária, sem impedir sua adoção como indicador de valor originário de penalidades. É válida, pois, a conversão do salário mínimo em Salário Mínimo de Referência – SMR (DL nº 2.531/87), deste em BTN's (Lei nº 7.843/89) e deste último na UFIR, não se cogitando de ilegalidade na fixação dos valores das multas da forma como foram aplicadas ao embargante, as quais não ultrapassaram o limite estabelecido pelo art. 1º da Lei nº 5.724/71”.

(TRF 4ª R. – AC 447715 – PR - 3ª T. – Rel. Des. Fed. Francisco Donizete Gomes – DJU 10/07/2002 Página: 375). (Destacado).

Nestas circunstâncias, reportando-me aos fundamentos dos precedentes retrotranscritos, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 329.518-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelantes: SIROS - ENGENHARIA E ADMINISTRAÇÃO LTDA. E OUTRO
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. ÁTILA DE ALENCAR ARARIPE MAGALHÃES E OUTROS (APTES.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INTEMPERIDADE. INOCORRÊNCIA. ARGUMENTOS GENÉRICOS DA EMBARGANTE.

- Cuida-se de embargos à execução fiscal em que

se alega, basicamente, ser inepta a inicial da demanda executiva, porquanto teria aludido à rubrica de crédito tributário errada, bem assim que haveria excesso, porquanto a TR não poderia ser utilizada como fator de atualização monetária do valor perseguido.

- Ao impugnar a natureza do crédito fiscal, alardeando que o Fisco errara em sua inicial, o embargante sustentou que a Fazenda teria transformado o débito existente em outro, a demonstrar que eventual erro, se efetivamente tivesse ocorrido, seria mero erro material, dado que ele próprio se assumiu devedor, nada tendo ocorrido de embaraço à sua defesa. De mais a mais, o que o embargante supõe ser a referência à rubrica do crédito (=código da receita) é, em verdade, esclareceu o Fisco, o período de apuração (1285, a significar dezembro de 1985), daí não se falar de inépcia no caso dos autos.

- O STF vedou, de fato, o uso da TR como correção monetária, mas isso para os contratos, e quando estes forem anteriores ao advento do indexador, hipótese sequer remotamente assemeelhada à dos autos.

- O art. 3º da Lei de Execuções Fiscais dispõe que a Dívida Ativa goza da presunção de certeza e liquidez, podendo tal presunção ser elidida através da apresentação de prova inequívoca que a contrarie, fato este que, data venia, não ocorreu na hipótese vertente.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Cuida-se de apelação em embargos à execução fiscal propostos pela empresa Siros - Engenharia e Administração Ltda., na qual esta se insurge contra sentença que julgou improcedente o seu pedido. Alega a suposta intempestividade da impugnação aos embargos da Fazenda Nacional, requerendo, por conseguinte, a nulidade desta peça, além da suposta inépcia da inicial da ação executiva e de excesso da execução.

O magistrado *a quo* julgou improcedentes os embargos por considerar ser possível a utilização da TR como taxa de juros sobre débitos vencidos, condenando a embargante a arcar com as custas e a pagar honorários advocatícios de 10% sobre o valor da execução.

Nas suas contra-razões, a Fazenda Nacional afirma que a Certidão da Dívida Ativa goza da presunção de liquidez e certeza e que não foram carreadas provas que a elidissem. Requer, finalmente, que o acórdão se refira explicitamente sobre a aplicabilidade do art. 30 da Lei nº 8.218/91.

Há contra-razões.

É o relatório.

VOTO

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

A questão envolve a falta de pagamento de tributo, o que levou a apelante a ser executada pelo fisco federal.

Cumpre-me, primeiramente, tratar da preliminar suscitada quanto à intempestividade da impugnação aos embargos.

Não prospera tal argumento, pois a data que se tem nos autos do conhecimento, por parte da Fazenda Nacional, de que foram interpostos embargos à execução é 06/02/1998 (dia da remessa ao órgão), presumindo-se que nesta mesma data tenha ela tomado conhecimento. A impugnação foi apresentada em juízo no dia 26/02/1998, portanto, em menos de trinta dias da ciência dos embargos, a teor do que dispõe o art. 17 da legislação de regência.

No mérito, o que se tem?

Cuida-se de embargos à execução fiscal em que se alega, basicamente, ser inepta a inicial da demanda executiva, porquanto teria aludido à rubrica de crédito tributário errada, bem assim que haveria excesso, porquanto a TR não poderia ser utilizada como fator de atualização monetária do valor perseguido.

Ao impugnar a natureza do crédito fiscal, alardeando que o Fisco errara em sua inicial, a embargante sustentou que a Fazenda teria transformado o débito existente em outro, a demonstrar que eventual erro, se efetivamente tivesse ocorrido, seria mero erro material, dado que ela própria se assumiu devedora, nada tendo ocorrido de embaraço à sua defesa.

De mais a mais, o que a embargante supõe ser a referência à rubrica do crédito (=código da receita) é, em verdade, esclareceu o Fisco, o período de apuração (1285, a significar dezembro de 1985), daí não se falar de inépcia no caso dos autos.

Também, no que resta de argumentação, nada há a prover.

O STF vedou, de fato, o uso da TR como correção monetária, mas isso para os contratos, e quando estes forem anteriores ao advento do indexador, hipótese sequer remotamente assemelhada à dos autos.

O art. 3º da Lei de Execuções Fiscais dispõe que a Dívida Ativa goza da presunção de certeza e liquidez, podendo tal presunção ser elidida através da apresentação de prova inequívoca que a contrarie, fato este que, *data venia*, não ocorreu na hipótese vertente.

Diante do exposto, nego provimento à apelação da embargante.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 337.698-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelante: FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - FUNASA
Apelados: ARTUR HEITOR LORETO E OUTROS
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 5ª
REGIÃO
Advs./Procs: DRS. JEAN CHARLES ARAÚJO SAMPAIO E OU-
TRO (APDOS.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PAGAMENTO DO REAJUSTE DECORRENTE DA IMPLANTAÇÃO DO PERCENTUAL DE 28,86% NA FOLHA DE PAGAMENTO DOS SERVIDORES. TRANSAÇÃO. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LEI Nº 8.906/94. INOCORRÊNCIA DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ, POR PARTE DOS EMBARGADOS. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 18, CPC, À EMBARGADA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. OCORRÊNCIA, EM PARTE. PEDIDO REALIZADO APENAS NA APELAÇÃO CÍVEL. ARTIGO 517 - CPC.

- Não há que se falar em pagamento de qualquer valor relativo a honorários. Embargos que foram julgados procedentes, em parte. Sucumbência recíproca.

- Pedido de aplicação de honorários que não foi formulado antes da apelação cível. Ausência de motivo impeditivo para que tal pedido tivesse sido efetuado durante a instrução processual (art. 517, CPC). Preliminar de ausência de interesse recursal que se acolhe, em parte.

- Improcedência da aplicação de multa (art. 18 – CPC) à embargante. Ausência de enquadramento da embargante na situação de litigante de má-fé. Ausência de interseção das atitudes da FUNASA, com aquelas condenáveis pelo artigo

17, CPC.

- Inocorrência de litigância de má-fé. Os advogados dos embargados: “...simplesmente, de acordo com o Princípio da Inocência, já que não existem provas em contrário, não devem ter sido comunicados pelos autores da realização das transações”.

- O pagamento dos honorários advocatícios, no caso sub examem, nenhuma relação tem com a transação realizada pelos exeqüentes. Configura-se a verba honorária um direito do causídico.

- “Não cabe a transação em relação aos honorários advocatícios, tendo em vista que estes pertencem ao patrono vencedor da causa, conforme o preceito do artigo 23 da Lei nº 8.906/94”.

- Preliminar acolhida, em parte. Apelação cível improvida.

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, acolher, em parte, a preliminar e, no mérito, negar provimento à apelação cível, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 17 de março de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Cuida-se de embargos à execução interpostos pela Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, em face da decisão monocrá-

tica que concedeu aos embargados o reajuste nos seus vencimentos no percentual de 28,86%.

A FUNASA suscitou preliminar de extinção da execução e, no mérito, alegou, basicamente: a) que os embargados incorreram em litigância de má-fé; e b) que há excesso de execução, por erro de cálculos, face ao fato de que os embargados assinaram termos de transação com a Administração. Anexou documentos.

Os embargados ofertaram impugnação (fls. 107/109) a rebaatar os argumentos da União Federal.

Réplica de fls. 123/126.

Em sentença de fls. 139/143, o nobre Magistrado monocrático rejeitou a preliminar de extinção da execução, como também afastou a ocorrência de litigância de má-fé, por parte dos embargados. Alfim, julgou procedentes, em parte, os embargos, homologando as transações realizadas pelos embargados com a Administração e determinando o prosseguimento da execução, apenas em relação aos honorários advocatícios a serem pagos aos patronos destes, à base de 10% sobre o valor total das transações.

Determinou-se, também, que: *“Em face da situação desta ação de embargos e do desfecho acima consignado, cada parte arcará com os honorários dos seus respectivos patronos”*.

A FUNASA, irresignada, apelou (fls. 148/151), a alegar que: a) *“Na sentença ora atacada (fl. 142) o n. Julgador a quo não acatou a alegação da embargante de que os embargados teriam agido de má-fé ao não mencionarem a existência da transação efetuada entre os embargados e a embargante, sob o fundamento de que os termos da transação só foram juntados aos autos, posteriormente à inicial da execução.”*; e b) deve ser modificada a sentença, na parte em que não condenou os embargados em honorários advocatícios, à base de 20% sobre o valor atualizado da causa.

Os embargados ofertaram contraminuta às fls. 153/156, a suscitar preliminar de ausência de interesse recursal, por não se haver configurado a sucumbência, sendo, pois, manifestamente inadmissível o recurso. Alfim, defenderam os argumentos sentençiais, pugnando pela aplicação de multa prevista no art. 18 do CPC, em desfavor da embargante.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO (Relator):

Penso, não merecer qualquer glosa a decisão monocrática.

Quanto à preliminar de ausência de interesse recursal argüida pelos embargados, tenho que prospera, em parte.

Não há que se falar em pagamento de qualquer valor relativo a honorários, posto que os embargos foram julgados procedentes, em parte, cabendo a sucumbência recíproca, como determinado na douta decisão.

Ainda mais que o pedido de aplicação de honorários pela embargada, na apelação cível, não foi formulado anteriormente, sendo impossível acolhê-lo no recurso. Não há como amparar a pretensão da embargante, posto que não se constata qualquer motivo impeditivo para que tal pedido tivesse sido efetuado durante a instrução processual e, destarte, não se subsume o preceito do art. 517 do CPC, o qual passo a transcrever:

“Art. 517 – As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior”.

Acolho, em parte, a preliminar, apenas em relação ao pedido de pagamento dos honorários, formulado pela apelante.

Passo à análise da questão central.

Em relação ao pleito de aplicação de multa (art. 18 – CPC) à embargante, não procede. O artigo referido prevê o seguinte:

“Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou”.

Os embargados não procuraram enquadrar a embargante na situação de litigante de má-fé, antes de pugnar pela aplicação da referida reprimenda e, de fato, não há interseção das atitudes da FUNASA, com aquelas condenáveis pelo Código de Processo Civil, em seu artigo 17:

“Art. 17 – Reputa-se litigante de má-fé aquele que:
I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
II – alterar a verdade dos fatos;
III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
VI – provocar incidentes manifestamente infundados;
VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”.

Em relação ao não acolhimento da alegação de litigância de má-fé, por parte dos embargados, tenho que resta correta, pelo que acompanho totalmente o posicionamento do nobre Magistrado monocrático (sentença - fls. 142), ao afirmar que os advogados dos embargados: *“...simplesmente, de acordo com o Princípio da Inocência, já que não existem provas em contrário, não devem ter sido comunicados pelos autores da realização das transações.”*

E que: *“Não procede a alegação da embargada de que a homologação da transação só poderia ocorrer na fase de conhecimento. Se a transação é realizada por partes capazes, o objeto é lícito e segue os rigores da lei, não há por que o Poder Judiciário impedir a solução da lide; logo quando, como acontece no caso sub judice, há possibilidade de satisfação para ambas as partes. Vale ressaltar que, entre as exigências para validade da transação, não há nenhuma que se refira à necessidade da presença de advogados no ato negocial”.*

Neste mister específico, devo esclarecer que o pagamento dos honorários advocatícios, no caso *sub examem*, nenhuma relação tem com a transação realizada por parte dos exequentes. Confirma-se a verba honorária um direito do causídico.

Transcrevo, a propósito, alguns julgados sobre o assunto, que se harmonizam com o entendimento ora defendido:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA EXTINTIVA DA EXECUÇÃO AO FUNDAMENTO DE CELEBRAÇÃO DE ACORDO ADMINISTRATIVO ENTRE AS PARTES. AFIRMATIVA DE NÃO-PARTICIPAÇÃO DOS ADVOGADOS DOS EXEQÜENTES. NÃO IMPUGNAÇÃO DA AFIRMATIVA. DETERMINAÇÃO DE COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA HONORÁRIA IMPOSTA EM TÍTULO JUDICIAL TRANSITADO EM JULGADO. DIREITO DO CAUSÍDICO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 23 E 24, § 4º, DA LEI 8.906/94 (ESTATUTO DA ADVOCACIA). PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO PROVIDO.

1 – Extinguindo o Magistrado *a quo* a execução de título judicial concessivo de reajuste de 28,86% relativamente a todos os exeqüentes, ora apelantes, em razão de celebração de acordo administrativo entre as partes litigantes, sem que de referidos acordos tenham participado os advogados constituídos, deve ser ressalvada a possibilidade de execução da verba honorária imposta na sentença exeqüenda.

2 – ‘Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor’. (Lei 8.906/94, art. 23).

3 – ‘O acordo feito pelo cliente do advogado e a parte contrária, salvo aquiescência do profissional, não lhe prejudica os honorários, quer os convencionados, quer os concedidos por sentença’. (Lei 8.906/94, art. 24, § 4º).

4 – Precedentes do STJ.

5 – Apelação a que se dá provimento para ressalvar o direito dos advogados dos exeqüentes de promo-

verem a execução da verba honorária, imposta em seu favor, no processo de conhecimento originário da execução nº 1999.34.00.001565-0”.

(TRF 1ª R., AC 34000068958/DF, Rel. Desemb. Federal José Amílcar Machado, 1ª T., julg. 14/10/2003, publ. 28/10/2003).

“PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. 28,86%. EXTINÇÃO DO PROCESSO DEVIDO À TRANSAÇÃO ENTRE AS PARTES. HONORÁRIOS DO ADVOGADO.

- Apelação face à sentença que julgou extinto o processo, com julgamento do mérito, conforme o artigo 269, III, do Código de Processo Civil, tendo em vista o Juízo ter homologado as transações entre as partes, sem condenação de honorários advocatícios.

- Anteriormente a União Federal tinha sido condenada a reajustar os vencimentos dos autores em 28,86%, com compensação de aumentos, e a pagar as diferenças, com juros de 0,5% (meio por cento) ao mês, sendo fixados os honorários advocatícios em 5% (cinco por cento) da verba atrasada.

- Não cabe a transação em relação aos honorários advocatícios, tendo em vista que estes pertencem ao patrono vencedor da causa, conforme o preceito do artigo 23 da Lei nº 8.906/94.

- O artigo 26, § 2º, do Código de Processo Civil não pode ser aplicado ao advogado que não participou da transação.

- Recurso provido”.

(TRF 2ª R., AC280948/RJ, Rel. Juiz Ricardo Regueira, 1ª T., julg. 20/05/2002, publ. 03/09/2002). (Grifei)

Esforçado nestas razões, nego provimento à apelação cível. Manutenção da sucumbência.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 341.215-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA
Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E UNIÃO
Apeladas: ELVIRA BARBOSA DOS REIS E OUTRAS
Advs./Procs.: DRS. CARLA MENDONÇA DIAS ALVES DA SILVA E OUTROS (APTE.) E CARLOS ALBERTO ROMA (APDAS.)

EMENTA: PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. VIÚVAS DE EX-FERROVIÁRIOS. PRELIMINARES DE CARÊNCIA DE AÇÃO, DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO REJEITADAS. COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÕES. POSSIBILIDADE. APOSENTAÇÕES ANTERIORES AO DECRETO-LEI 956/69. DIREITO ALCANÇADO COM O ADVENTO DA LEI Nº 8.186/91. COEFICIENTE APLICADO AOS CÁLCULOS DAS PENSÕES. LEI Nº 9.032/95. PERCENTUAL DE 100% SOBRE O SALÁRIO-DE BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE. CONFIRMAÇÃO DO DECISUM SINGULAR.

- Não há falar-se em carência de ação, por falta de interesse processual das autoras, vez que os benefícios não foram requeridos administrativamente, porquanto é pacífico o entendimento de que independe de prévia postulação administrativa o ingresso na via judicial – tal postulação, bem como o seu esgotamento, não são requisitos necessários para que se ingresse na via judicial, conforme garantido pelo art. 5º, XXXV, da CF e Súmulas 197 e 213 do TFR. Ademais, mesmo que se entenda pela necessidade de requerimento na via administrativa, em face de configuração de uma pretensão resistida, in casu, resta configurada a lide no momento da contestação.

- O prazo decadencial de 5 (cinco) anos, previsto

no art. 103 da Lei nº 8.213/91, criado com a nova redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.98, não alcançou o direito das autoras, tendo em vista que a ação para revisão dos benefícios foi proposta em 10.09.2002, e, como a contagem do referido prazo teve início a partir da vigência da lei que deu a nova redação ao artigo, ficou faltando para atingi-lo mais de 1 (um) ano e 2 (dois) meses, portanto.

- Não se pode confundir prescrição de fundo de direito com prescrição progressiva, posto que, em se tratando de dívidas da Fazenda Pública, embora as mesmas possuam o mesmo prazo de extinção de direitos, a primeira extingue o próprio fundo de direito, enquanto a segunda, por ser sucessiva, apenas as parcelas alcançadas pelo prazo de 5 (cinco) anos. A jurisprudência é pacífica quanto ao entendimento de que o fundo de direito, neste caso, não é alcançado pela prescrição, mas apenas pelas parcelas vencidas há cinco anos anteriormente ao ajuizamento da ação.

- Conforme dicção do artigo 5º da Lei 8.186/91, “a complementação da pensão de beneficiário do ferroviário abrangido por esta lei é igualmente devida pela União e continuará a ser paga pelo INSS, observadas as normas de concessão de benefícios da Lei Previdenciária e as disposições do § único do artigo 2º desta Lei”.

- Quanto aos critérios de reajuste, no que tange ao coeficiente aplicado nos cálculos das pensões, o artigo 75 da Lei nº 9.032/95, ao alterar o plano de benefícios da Previdência Social, fixou como coeficiente único da pensão, independentemente da quantidade de dependentes, o percentual de 100% sobre o salário-de-benefício, tal incidência há de ser aplicada a partir da edição da Lei nº 9.032/95, devendo aplicar-se, no que se refere ao pagamento das pensões, por

cuidar de prestação de trato sucessivo, a legislação vigente à época do efetivo pagamento e não da concessão do benefício.

- Preliminares de carência de ação, de decadência e de prescrição rejeitadas.

- Apelações e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, rejeitar as preliminares de carência de ação, de decadência e de prescrição. No mérito, negar provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 12 de abril de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de apelações do INSS (fls. 270/280) e da UNIÃO (fls. 286/297) contra sentença (fls. 253/268) da lavra do Exmo. Juiz Federal Substituto, Dr. Tarcísio Barros Borges, da 5ª Vara/PE, que julgou procedentes os pedidos das autoras de terem reajustadas suas pensões concedidas por morte dos seus maridos – ferroviários aposentados –, condenando o INSS e a União a procederem tal revisão, fixando-as no valor integral dos proventos que os instituidores perceberiam se vivos estivessem, devendo o INSS pagar 100% do salário-de-benefício e a União a complementação do que faltar para o salário da ativa, nos termos da Lei nº 8.186/91, bem como a efetuarem o pagamento das diferenças levantadas nos moldes acima referidos, a partir de 10.09.97, respeitando-se, assim, a prescrição das parcelas vencidas há mais de cinco anos do ajuizamento da ação, acrescidas de juros e correção monetária. Fixou honorários em 10% sobre o valor da condenação.

Nas razões de apelação, o INSS, fls.270/280, pugna pela reforma da sentença singular, alegando ocorrência de decadência do direito das autoras e de prescrição de fundo de direito. No mérito, alega que as autoras não fazem jus à revisão das pensões nos moldes fixados pelo juiz monocrático, entendendo que caberia à União o pagamento dos valores dos benefícios em igualdade à remuneração que os instituidores das pensões recebiam se vivos estivessem.

Pugna, ainda, pela fixação dos juros moratórios em 0,5% (a partir da citação) e de 1% (a partir da vigência do novo Código Civil – 10.01.2003), invertendo-se o ônus da sucumbência.

Por sua vez, a União, nas razões de apelação, fls.286/297, pugna pela reforma da sentença, alegando: 1) falta de interesse processual das autoras por serem as mesmas carecedoras de ação; 2) ocorrência de decadência do direito das autoras e de prescrição de fundo de direito. No mérito, pugna pela improcedência da ação entendendo que os fatos não são compatíveis com as regras da Lei nº 8.186/91, inviabilizando a complementação das pensões nos moldes fixados pelo magistrado monocrático.

Contra-razões apresentadas pelo particular às fls.300/326.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Cuida a hipótese de apelações do INSS (fls. 270/280) e da União (fls. 286/297) contra sentença (fls. 253/268) da lavra do Exmo. Juiz Federal Substituto, Dr. Tarcísio Barros Borges, da 5ª Vara/PE, que julgou procedente os pedidos das autoras de terem reajustadas suas pensões concedidas por morte dos seus maridos – ferroviários aposentados –, condenando o INSS e a União a procederem tal revisão, fixando-as no valor integral dos proventos que os instituidores perceberiam se vivos estivessem, devendo o INSS pagar 100% do salário-de-benefício e a União a complementação do que faltar para o salário da ativa, nos termos da Lei nº 8.186/91, bem como a efetuarem o pagamento das diferenças levantadas nos moldes acima referidos, a partir de 10.09.97, respeitando-se,

assim, a prescrição das parcelas vencidas há mais de cinco anos do ajuizamento da ação, acrescidas de juros e correção monetária. Fixou honorários em 10% sobre o valor da condenação.

Nas razões de apelação, o INSS, fls. 270/280, pugna pela reforma da sentença singular, alegando ocorrência de decadência do direito das autoras e de prescrição de fundo de direito. No mérito, alega que as autoras não fazem jus à revisão das pensões nos moldes fixados pelo juiz monocrático, entendendo que caberia à União o pagamento dos valores dos benefícios em igualdade à remuneração que os instituidores das pensões recebiam se vivos estivessem. Pugna, ainda, pela fixação dos juros moratórios em 0,5% (a partir da citação) e de 1% (a partir da vigência do novo Código Civil – 10.01.2003), invertendo-se o ônus da sucumbência.

Por sua vez, a União, nas razões de apelação, fls. 286/297, pugna pela reforma da sentença, alegando: 1) falta de interesse processual das autoras por serem as mesmas carecedoras de ação; 2) ocorrência de decadência do direito das autoras e de prescrição de fundo de direito. No mérito, pugna pela improcedência da ação entendendo que os fatos não são compatíveis com as regras da Lei nº 8.186/91, inviabilizando a complementação das pensões nos moldes fixados pelo Magistrado monocrático.

Trata a matéria de revisão de benefício pago a pensionista de ex-funcionários da Rede Ferroviária Federal S/A – RFFSA.

Inicialmente, cumpre analisar as prejudiciais de mérito, argüidas pelo INSS e pela União nas suas razões de apelação:

Conforme já assente na jurisprudência, o direito previdenciário, tendo em vista a sua natureza alimentar, é imprescritível quanto ao fundo de direito, nos exatos termos do art. 103 da Lei 8.213/91, bem como do Decreto nº 20.910/32, cujas dicções, *ipsis literis*, transcrevo:

Decreto nº 20.910 /32.

“Art. 3º. Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente Decreto”.

Lei nº 8.213/91.

“Art. 103. Sem prejuízo do direito ao benefício, prescreve em 5 (cinco) anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes”.

“Súmula nº 443 do STF. A prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre, quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado, ou a situação jurídica de que ele resulta”.

“Súmula nº 85 do STJ . Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”.

Não se pode, então, confundir prescrição de fundo de direito com prescrição progressiva, posto que, em se tratando de dívidas da Fazenda Pública, embora as mesmas possuam o mesmo prazo de extinção de direitos, a primeira extingue o próprio fundo de direito, enquanto a segunda, por ser sucessiva, apenas as parcelas alcançadas pelo prazo de 5 (cinco) anos. A jurisprudência é pacífica quanto ao entendimento de que o fundo de direito, neste caso, não é alcançado pela prescrição, mas apenas pelas parcelas vencidas.

É de se reconhecer, outrossim, prescritas, apenas, as parcelas vencidas há cinco anos do ajuizamento da ação.

Da mesma sorte, não há falar-se em ocorrência da decadência do direito das autoras. Neste sentido, já se posicionara o Magistrado *a quo*, na sentença recorrida, *in verbis*: “...Os réus, tomando por base as datas de vigência das leis que deram nova redação ao artigo 103 da Lei 8.213/91, argüiram a decadência do direito das autoras, bem como a prescrição do correspondente direito de ação. Vale ressaltar, de início, que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, previsto no art. 103 da Lei nº 8.213/91, criado

com a nova redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.98, não alcançou o direito das autoras, tendo em vista que a ação para revisão dos benefícios foi proposta em 10.09.2002, e, como a contagem do referido prazo teve início a partir da vigência da lei que deu a nova redação ao artigo, ficou faltando para atingi-lo mais de 1 (um) ano e 2 (dois) meses, portanto”.

Quanto à alegação de carência de ação, por falta de interesse processual, vez que os benefícios não foram requeridos administrativamente, não merecer prosperar. É pacífico o entendimento de que independe de prévia postulação administrativa o ingresso na via judicial – a prévia postulação administrativa, bem como o seu esgotamento, não são requisitos necessários para que se ingresse na via judicial, conforme garantido pelo art. 5º, XXXV, da CF, e Súmulas 197 e 213 do TFR (*in* AC 95.04.28748-4; 5ª Turma TRF 4ª Região).

Assim sendo, rejeito as preliminares de carência de ação por falta de interesse processual das autoras; de decadência e de prescrição de fundo de direito (reconhecendo, entretanto, prescritas as parcelas vencidas há cinco anos do ajuizamento da ação).

Passo à análise do mérito.

A fim de delimitar o pleito postulado na exordial, faz-se necessária, primeiramente, uma análise breve sobre a unificação dos institutos de aposentadoria e pensões em nosso país, para melhor enquadrarmos a situação dos ex-ferroviários.

Diante da existência de vários institutos que enquadravam os trabalhadores em instituições de previdência, segundo a sua categoria profissional, dando tratamento diferenciado, em face de legislações distintas, onde se sobressaíam algumas categorias, é que surgiu a Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960, denominada Lei Orgânica da Previdência Social, unificando tais institutos.

Tal enunciado com as legislações pertinentes que surgiram merece destaque o Decreto-Lei 956/69, quando entendeu que, em sendo **a aposentadoria da União superior à da previdência, a mesma será acrescida da diferença existente entre o valor desse benefício e o da pensão**, mantidas e pagas pelo INSS, por conta do Tesouro e reajustada na forma da lei previdenciária,

conforme os artigos abaixo transcritos:

“Art. 1º. As diferenças ou complementação de proventos, gratificações adicionais ou quinquênios e outras vantagens, excetuado o salário-família, de responsabilidade da União, presentemente auferidas pelos ferroviários servidores públicos e autárquicos federais ou em regime especial aposentados da previdência social, serão mantidas e pagas pelo Instituto Nacional de Previdência Social, por conta do Tesouro Nacional, com parcela complementar da aposentadoria, a qual será com esta reajustada na forma da Lei Orgânica da Previdência Social.

(...)

Art. 5º. As diferenças ou complementações de pensão devidas pela União aos dependentes dos ferroviários servidores públicos, na forma das Lei nº 4.259, de 12 de setembro de 1963, e 5.057, de 29 de junho de 1966, serão mantidas e pagas pelo Instituto Nacional de Previdência Social, por conta do Tesouro Nacional, como parcela complementar do benefício, a qual será com este reajustada na forma da Lei Orgânica da Previdência Social”. (Grifei)

Por sua vez, o entendimento constante no art. 1º do Decreto-Lei supra-referido, não restou alterado pelos Decretos 77.077/76 e 89.312/84, onde em seus arts. 95 e 84, respectivamente, se houve:

“Art. 95. As diferenças ou complementação de proventos, gratificações adicionais ou quinquênios e outras vantagens, excetuado o salário-família, de responsabilidade da União, auferidas pelos ferroviários servidores públicos e autárquicos federais ou em regime especial aposentados pela Previdência Social, serão mantidas e pagas pelo INPS, por conta do Tesouro Nacional, como parcela complementar da aposentadoria, com esta reajustada, na forma desta consolidação”.

“Art. 84. As diferenças ou complementação de proventos, gratificações adicionais ou quinquênios e outras vantagens, excetuado o salário-família, de responsabilidade da União, do ferroviário servidor público ou autárquico ou em regime especial aposentado pela Previdência Social Urbana é paga por esta, por conta do Tesouro Nacional, como parcela complementar da aposentadoria, com esta reajustada, na forma desta consolidação”.

Diante da análise dos dispositivos supratranscritos, é de se observar que a complementação de aposentadoria objetivou afastar desigualdade entre os ferroviários funcionários públicos aposentados pelo Tesouro e os funcionários públicos e autárquicos que foram cedidos à RFFSA.

Com o advento da Lei 8.186, de 21 de maio de 1991, que dispõe sobre a complementação de aposentadoria de ferroviários e dá outras providências, tal quadro não restou modificado no tocante ao reajuste do benefício, estabelecendo *in verbis*:

“(…)

Art. 2º. Observadas as normas de concessão de benefícios da Lei Previdenciária, a complementação da aposentadoria devida pela União é constituída pela diferença entre o valor da aposentadoria paga pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o da remuneração do cargo correspondente ao pessoal em atividade na RFFSA e suas subsidiárias, com a respectiva gratificação adicional por tempo de serviço.

Parágrafo único. O reajustamento do valor da aposentadoria complementada obedecerá aos mesmos prazos e condições em que for reajustada a remuneração do ferroviário em atividade, de forma a assegurar a permanente igualdade entre eles”.

Dentro de tal entendimento, é inegável a responsabilidade da autarquia em reajustar o benefício do autor; ademais o STJ, ao reconhecer a legitimidade do INSS para realizar o reajuste do ex-ferroviário, assim decidiu:

“PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. EX-FERROVIÁRIOS CELETISTAS.

APOSENTADORIAS. REAJUSTE NA VIGÊNCIA DA LEI 8.213/91. ÍNDICES. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL.

1. Os ex-ferroviários celetistas aposentados após o DL 956/69 têm seus benefícios reajustados e pagos pela Previdência Social.

2. Na vigência da Lei 8.213/91, a contar de 01.92, os reajustamentos são feitos pela variação do INPC (IBGE) e demais índices que se seguiram, de conformidade com o art. 41, inciso II, da referida lei.

3. Os juros de mora, nas ações previdenciárias, incidem a contar da citação e não desde o débito.

4. Recurso conhecido e provido. REsp. 214450/PB. Min. Gilson DIPP. Julg. 08.06.200”.

Atualmente, a complementação da aposentadoria dos ferroviários admitidos na RFFSA até outubro de 1969 é um direito assegurado pela Lei 8.186/91. É que aqueles que se aposentaram após a vigência do Decreto-Lei nº 956/69 não tinham direito à complementação da aposentadoria paga pelo INSS por conta do Tesouro Nacional, e, em consequência, as pensões pagas aos seus dependentes também não recebiam esta complementação – direito somente alcançado com o advento da Lei 8.186/91.

No que se refere ao reajuste, observa-se dos autos que os instituidores das pensões faleceram antes do advento da Lei 8.186/91. As suas viúvas somente conferiram direito ao reajuste das pensões com o advento da referida Lei, no seu artigo 5º, *in verbis*:

“Artigo 5º da Lei 8.186/91. A complementação da pensão de beneficiário do ferroviário abrangido por esta lei é igualmente devida pela União e continuará a ser paga pelo INSS, observadas as normas de concessão de benefícios da Lei Previdenciária e as disposições do § único do artigo 2º desta Lei”.

Quanto aos critérios de reajuste, importa observar que a Súmula nº 260 do ex. TFR dispõe que “no primeiro reajuste do benefício previdenciário deve-se aplicar o índice integral do aumento

verificado, independentemente do mês de concessão, considerando, nos reajustes subseqüentes, o salário mínimo atualizado". Conforme voto do Exmo. Juiz Ridalvo Costa, a referência ao salário mínimo não significa equivalência ao número de salários mínimos concedidos como benefício previdenciário, mas sim marco temporal de atualização, de modo que os benefícios sejam reajustados observando-se a política salarial do governo.

Convém, entretanto, ressaltar que, assim como o entendimento jurisprudencial firmado na Súmula nº 71 do ex-TFR instituiu a correção monetária nas decisões judiciais, anteriormente à edição de lei própria, com o fundamento de que não se poderia aviltar o débito em favor daqueles que recorriam em juízo, não se pode alegar que a forma de atualização pelo salário mínimo determinado pela Súmula nº 260 do ex-TFR não o seria pelo índice do salário mínimo, de modo a garantir a preservação do poder aquisitivo do benefício, sob o fundamento de que não haveria lei específica determinando tal atualização, pois, se assim entendermos, não poderíamos aplicar a correção monetária anteriormente à Lei nº 6.889/81. Assim como a referida lei confirmou o entendimento do ex-TFR no tocante à concessão da correção monetária, a Carta Magna confirmou o da Súmula nº 260 daquele extinto Tribunal, não apenas ao determinar a atualização do benefício em número de salários mínimos (art. 58 do ADCT), mas, também, ao enfatizar a irredutibilidade do benefício e preservação do seu poder aquisitivo (art.194, IV, art. 201, § 2º, e art. 202).

Logo, não adiantaria afirmar e reafirmar que, diante da situação econômica do país, o salário mínimo não é suficiente para a sobrevivência da população, se quando da atualização dos benefícios não se observa o disposto no art. 5º da LICC, que dispõe, *in verbis*:

“Na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Adotando a dicção do artigo 5º da Lei nº 8.186/91, e sendo, portanto, do INSS o ônus do pagamento, observadas as normas previdenciárias, não há olvidar, como já registrou o Magistrado singular: “No que tange ao coeficiente aplicado nos cálculos das pensões, entendo que a incidência do percentual de 100% sobre o

salário-de-benefício deve ser aplicado a partir da edição da Lei nº 9.032/95, a qual estabeleceu o percentual único de 100%, independentemente do número de dependentes do segurado falecido. Antes dessa lei os coeficientes de cálculo eram variáveis, de acordo com número de dependentes do segurado”.

É que o artigo 75 da Lei nº 9.032/95, ao alterar o plano de benefícios da Previdência Social, fixou como coeficiente único da pensão, independentemente da quantidade de dependentes, o percentual de 100% sobre o salário-de-benefício.

E concluiu o Magistrado singular: “Aplica-se, pois, o coeficiente de 100% sobre o salário-de-benefício referente, apenas, à parte da pensão que cabe ao INSS, a partir de abril de 1995. Entretanto, no regime anterior à Lei nº 9.032/95, apesar do coeficiente ser inferior a 100% (entre 60 a 90%), o valor global da pensão deve corresponder à totalidade do salário do ex-ferroviário, já que o decreto-Lei nº 956/69 e a Lei nº 8.186/91 garantiam a complementação da aposentadoria ou pensão, conforme o salário da ativa do trabalhador. Na verdade, a variação ocorre, apenas, entre a parte que cabe a cada ente público, o INSS e a União. Assim, até a vigência da Lei nº 9.032/95, o INSS deve pagar 60% do salário-de-benefício previdenciário e a União, o que faltar para o valor do salário do ex-ferroviário. A partir da Lei nº 9.032/95, o INSS paga 100% do salário-de-benefício e a União o que faltar. O que muda é, apenas, parcela devida por cada um dos órgãos públicos, mas o montante total será o mesmo”.

É que, de fato, as normas que regem o Direito Previdenciário, tal qual o Direito do Trabalho, têm aplicação imediata, ressalvados os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, observada a regra da *lex mitior*, ou seja, a retroação beneficente, nos termos apontados pelo Direito Penal intertemporal.

Do exposto, tem-se que, independentemente do direito ao benefício, o valor deste, por se tratar de prestação de trato sucessivo, de modo a manter o equilíbrio da prestação, deverá sempre obedecer à Lei vigente à época do efetivo pagamento, razão pela qual não há falar-se na presente hipótese em violação ao ato jurídico perfeito.

Assim, é de se confirmar o entendimento no que tange aos critérios de reajuste, ao coeficiente aplicado nos cálculos das pensões, o artigo 75 da Lei nº 9.032/95, ao alterar o plano de benefícios da Previdência Social, fixou como coeficiente único da pensão, independentemente da quantidade de dependentes, o percentual de 100% sobre o salário-de-benefício, tal incidência há de ser aplicada a partir da edição da Lei nº 9.032/95, devendo aplicar-se, no que se refere ao pagamento das pensões, por cuidar de prestação de trato sucessivo, a legislação vigente à época do efetivo pagamento e não da concessão do benefício.

Ante o exposto, fazem jus as autoras à revisão das pensões nos moldes fixados na sentença recorrida, confirmando-se, do mesmo modo, o *decisum* em relação aos juros de mora e à correção monetária, em face dos créditos serem de natureza alimentar.

Ex positis, rejeito as preliminares de carência de ação, decadência e prescrição, e, no mérito, nego provimento às apelações e à remessa oficial.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 342.005-CE*

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Apelante: UNIÃO
Apelada: ANA LÚCIA MARQUES LEOPOLDINO MOTA
Advs./Procs.: DRS. ALFREDO LEOPOLDO FURTADO PEARCE E OUTRO (APDA.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REMOÇÃO A PEDIDO. EXERCÍCIO PROVISÓRIO. LEI 8.112/90. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA UNIDADE FAMILIAR. GARANTIA CONSTITU-

* Voto vencido. A ementa publicada no *DJ* é a do voto vencedor, da lavra do Exmo. Sr. Desembargador Federal Napoleão Nunes Maia Filho.

CIONAL DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. TUTELA ANTECIPADA. APELAÇÃO E REMESSA EX OFFICIO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO.

- A remoção a pedido é um direito do servidor público, desde que verificada qualquer das hipóteses dos incisos II e III do art. 36 da Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela Lei nº 9.527/97.

- A remoção de servidor público de um Tribunal para outro Tribunal encontra óbice no caput do art. 36 da Lei 8.112/90, que exige que a remoção ocorra dentro de um mesmo quadro funcional.

- A remoção a pedido independente do interesse da Administração para acompanhar cônjuge ou companheiro que haja sido deslocado no interesse da Administração (L. 8.112/90, art. 36, III, a) só pode ser deferida quando o cônjuge ou companheiro deslocado seja também servidor público, conceito que não abrange o empregado de sociedade de economia mista.

- O exercício provisório em outro órgão ou entidade da Administração Federal direta, autárquica ou fundacional poderá ser concedido ao servidor público licenciado por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro, desde que este também seja servidor público, conceito que não abrange o empregado de sociedade de economia mista, e haja interesse das partes interessadas, o que não ocorre in casu.

- O princípio da unidade familiar (CF, art. 226) ou a garantia de proteção à criança e ao adolescente (CF, art. 227) não podem ser interpretados de forma isolada, antes deve sê-lo em conjunto com os demais princípios e normas constitucionais, tais como os princípios da independência dos Poderes e da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, além do princípio da legalidade. Ademais, os arts. 36, III, a, e 84 da

Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela Lei nº 9.527/97, já dão albergue ao princípio da unidade familiar e à garantia de proteção à criança e ao adolescente, compatibilizando os interesses e conveniências familiares com os interesses e conveniências da Administração.

- Inaplicável, ao caso, a teoria do fato consumado, pois não se trata de situação de fato irreversível. Precedentes do STJ e do STF.

- Apelação e remessa ex officio providas.

- Decisão antecipatória da tutela cassada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto condutor e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Recife, 10 de maio de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Cuida-se de remessa *ex-officio* e de apelação interposta pela União Federal contra a sentença que, “tornando definitiva a antecipação de tutela anteriormente deferida” e com fulcro no art. 36, parágrafo único, III, *a*, da Lei N.º 8.112/90, nos princípios constitucionais de proteção à família e à criança e ao adolescente (arts. 226 e 227, *caput*) e na teoria do fato consumado, concedeu o “exercício provisório” de Ana Lúcia Marques Leopoldo Mota, técnica judiciária do Tribunal Regional do Trabalho em Aracajú, no Tribunal Regional do Trabalho em Fortaleza - CE, cidade para onde foi transferido seu marido, empregado do Banco do Brasil, por interesse desta entidade paraestatal.

A apelante aduziu, em suma, que o exercício provisório e a remoção só podem ocorrer com relação a cargos pertencentes à mesma estrutura organizacional; a alínea *a* do art. 36 da Lei nº 8.112/90 ampara o deslocamento do servidor para acompanhar cônjuge ou companheiro que também seja servidor público, havendo este sido removido no interesse da Administração; o § 2.º do art. 84 da Lei 8.112/90 poderá ser concedido ao servidor, na hipótese de licença por motivo de afastamento do cônjuge, mas desde que o cônjuge afastado seja também servidor público; e o dispositivo constitucional que assegura especial proteção à família deve ser interpretado em harmonia com o necessário resguardo da ordem administrativa. Requereu a reforma do *decisum a quo*, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

Nas contra-razões, a apelada infirmou todo o exposto na apelação, acrescentando que se aplica ao caso a teoria do fato consumado, posto que, com a decisão antecipatória da tutela, foi removida provisoriamente, em 2001, para o TRT da 7ª Região em Fortaleza – CE, cidade onde se encontra residindo com o marido e os três filhos menores do casal. Pugnou pela confirmação da sentença.

É o relatório.

VOTO-VENCIDO

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

Inicialmente, cabe observar, a sentença contém uma confusão *in terminis*.

A autora, ora apelada, pediu, alternativamente, a sua remoção do TRT da 20ª Região para o TRT da 7ª Região, ou o seu exercício provisório neste último sodalício.

Em sede de liminar, foi concedida a tutela antecipada, nos seguintes termos: “**concedo a antecipação de tutela pleiteada**, a fim de ordenar à requerida que diligencie no sentido de deferir o exercício provisório de Ana Lúcia Marques Leopoldino Mota, ora requerente, no TRT da 7ª Região (Ceará), haja vista o direito da autora consubstanciado nos princípios constitucionais da proteção à família e à criança (artigos 226 e 227, *caput*, da CF/88)”.

Todavia, a sentença apresenta fundamentação versando tão-somente sobre remoção, para, na parte dispositiva, “julgar procedente o pedido, tornando definitiva a antecipação de tutela anteriormente deferida, a fim de determinar que a União Federal garanta, enquanto subsista a situação fática esposada nos autos, o exercício provisório das funções da autora em Fortaleza/CE, sem qualquer discriminação funcional ou pecuniária”.

Considerando que não houve embargos de declaração – muito embora a lei para as partes seja o dispositivo da sentença –, passo a explicitar porque a apelada não tem direito nem ao exercício provisório nem à remoção pleiteados, conforme bem ponderou a apelante.

A remoção a pedido é um direito do servidor, desde que verificada qualquer das hipóteses dos incisos II e III do art. 36 da Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela Lei nº 9.527/97, *in verbis*:

“Art. 36. A remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidade de remoção:

I – de ofício, no interesse da Administração;

II – a pedido, a critério da Administração;

III – a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração:

a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração;

b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial;

c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados”.

A remoção a pedido a critério da Administração (inciso II do art. 36 da Lei Nº 8.112/90) é subordinada ao juízo discricionário de conveniência e oportunidade da Administração, constituindo mérito administrativo, impossível de determinação pelo Judiciário.

No caso aqui discutido, haja vista o indeferimento do requerimento administrativo e as razões da apelação, não há interesse da Administração na remoção da apelada, que, assim, não pode se beneficiar da remoção prevista no inciso II do artigo supratranscrito.

A remoção a pedido independentemente do interesse da Administração (inciso III do art. 36 da Lei Nº 8.112/90) também não pode ser deferida à apelada, pois a invocada alínea *a* ampara a remoção do servidor para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público, que haja sido deslocado no interesse da Administração, isto é, socorre situação diversa da que se encontra a parte apelada.

Comungo do entendimento segundo o qual o conceito de servidor público, para efeitos não penais, compreende apenas os agentes públicos pertencentes aos quadros funcionais das entidades estatais (União, Estados, Municípios e o Distrito Federal), das entidades autárquicas e das entidades fundacionais de Direito Público, estejam sob o regime estatutário ou celetista, não abrangendo, portanto, os empregados das fundações públicas de Direito Privado, das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

Sobre o tema, trago à baila a lição de José dos Santos Carvalho Filho, *in Manual de Direito Administrativo*, ed. 13.^a, p. 461:

“Servidores públicos são todos os agentes que, exercendo com caráter de permanência uma função pública em decorrência de relação de trabalho, integram o quadro funcional das pessoas federativas, das autarquias e das fundações públicas de natureza autárquica”.

Em nota de rodapé, p. cit., acrescenta:

“Por fim, a própria tradição do Direito brasileiro nunca enquadrava tais empregados como servidores públicos em sentido lato. Com o mesmo entendimento Hely Lopes Meirelles”.

O cônjuge deslocado, *in casu*, trata-se de empregado do Banco do Brasil, sociedade de economia mista, o que não confere à apelada direito à remoção a pedido independente do interesse da Administração.

Aliás, a remoção pretendida pela apelada, do TRT da 20ª Região para o TRT da 7ª Região, encontra óbice no próprio *caput* do art. 36 suso transcrito, que exige que a remoção ocorra dentro de um mesmo quadro funcional, como salienta Ivan Barbosa Rigolin, em sua obra *Comentários ao Regime Único dos Servidores Civis*, ed. 2ª, p. 91:

“Cuida o art. 33 da remoção de servidor público, que é o seu deslocamento, a pedido ou de ofício, dentro do mesmo quadro de trabalho, com ou sem mudança de sede”.

Já o exercício provisório em outro órgão ou entidade da Administração Federal direta, autárquica ou fundacional “poderá”, havendo interesse das entidades envolvidas, ser concedido ao servidor público licenciado por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro, desde que este também seja servidor público, conforme a dicção do art. 84, *caput* e § 2º, da Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela Lei nº 9.527/97:

“Art. 84. Poderá ser concedida licença ao servidor para acompanhar cônjuge ou companheiro que foi deslocado para outro ponto do território nacional, para o exterior ou para o exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo.

(...)

§ 2º No deslocamento de servidor cujo cônjuge ou companheiro também seja servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, poderá haver exercício provisório em órgão ou entidade da Administração Federal direta, autárquica ou fundacional, desde que para o exercício de atividade compatível com o seu cargo”.

Nessa esteira, muito embora não seja necessário que o exercício provisório se dê num mesmo quadro funcional, a apelada

também não faz jus a tal instituto. A uma, porque, como já analisado, o cônjuge deslocado, *in casu*, não se trata de “servidor público”, mas de empregado do Banco do Brasil, sociedade de economia mista; e, a duas, porque ausente o “interesse das entidades envolvidas”, pois, se é certo que, conforme a declaração de fls. 29, o TRT da 7ª Região se dispõe a ter a apelada ali desempenhando suas funções, o TRT da 20ª Região, por outro lado, opõe-se a que isso ocorra, haja vista o indeferimento do requerimento administrativo e as razões da apelação, onde consta literalmente **“A declaração de fl. 29 não possui o condão de demonstrar o interesse da Administração em sua remoção, ou exercício provisorio, vez que, assentadas a autonomia e independência dos Tribunais Regionais do Trabalho, expressa ela o pensamento de um órgão que teria acrescido o seu Quadro de Pessoal sem observar a convergência de pensamento do órgão que teria o seu Quadro de Pessoal reduzido”**.

No que pertine ao dito princípio constitucional da unidade familiar expresso no art. 226, *caput*, bem como à garantia constitucional de proteção da criança e do adolescente contida no art. 227, *caput*, esses não podem ser interpretados de forma isolada, antes devem sê-lo em conjunto com os demais princípios e normas constitucionais, tais como os princípios da independência dos Poderes e da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, além do princípio da legalidade, posto que o método de interpretação constitucional não deve ser tópico, mas sim sistemático.

Não me parece razoável, pois, que o princípio da unidade familiar ou a garantia de tutela da criança e do adolescente tenham por consequência deixar o funcionamento da Administração Pública à mercê da disponibilidade dos servidores casados e/ou com filho(s) menores de serem lotados apenas nos órgãos administrativos situados no âmbito territorial de suas residências.

Ademais, os arts. 36, III, a, e 84 da Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela Lei nº 9.527/97, já dão albergue ao princípio da unidade familiar e à garantia de proteção à criança e ao adolescente, compatibilizando os interesses e conveniências familiares com os interesses e conveniências da Administração, posto que, só por má exegese é dado perceber conflito entre princípios cons-

titucionais, com supremacia de um sobre o outro, o que seria apenas aparente, e não verdadeiro.

Destarte, somente nas hipóteses em que a remoção e o exercício provisório atendam aos requisitos legais – respectivamente, alínea *a* do inciso III do art. 36 e § 2º do art. 84, todos da Lei nº 8.112/90 – é que o princípio da unidade familiar condiz com o princípio da supremacia do interesse público, o que não ocorre *in casu*.

Por fim, inaplicável, ao presente caso, a teoria do fato consumado, pois, como anunciou a própria autora, ora apelada, ao pedir a antecipação da tutela (fl. 17), “inexiste perigo de irreversibilidade do *status quo* caso a decisão antecipatória venha a qualquer momento ser reformada”. Por outras palavras, não se trata de situação de fato irreversível.

A decisão antecipatória da tutela *in limine* é, por sua própria natureza, provisória e revogável, posto que concedida numa cognição sumária, na qual se realiza tão-somente o juízo da “probabilidade” do direito do autor. Dessa forma, após a cognição exauriente, deverá ser cassada, na sentença, quando o Juiz se convencer da ausência de quaisquer dos requisitos legais necessários para a configuração do direito do autor, exceto se se tratar de situação de fato irreversível.

Nesse sentido, tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça, consoante explicitado na ementa a seguir:

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA. HOMOLOGAÇÃO FINAL. PRESCRIÇÃO. CANDIDATO NO EXERCÍCIO DO CARGO. APLICAÇÃO DA ‘TEORIA DO FATO CONSUMADO’. INADMISSIBILIDADE.

I – Conforme as regras estabelecidas no edital do concurso (nº 001, publicado em 24/05/93), a homologação final seria publicada em seguida ao encerramento das provas e exames, e não somente após o término do Curso de Formação, tendo em vista que a disputa não se destinava ao preenchimento direto dos cargos de Delegado de Polícia, mas sim à admissão da matrícula no Curso de Formação respectivo.

II – Assim sendo, considerando-se correta a homologação final procedida pela Administração, verifica-se que se encontra prescrito o direito de ação do candidato, conforme a previsão do art. 11 do Decreto-Lei 2.320/87.

III – Inadmissível a aplicação, *in casu*, da chamada ‘teoria do fato consumado’ para justificar a permanência do candidato no cargo, apenas em face de estar no seu exercício, tendo em vista a reversibilidade da situação de fato e também a ausência do direito do autor.

IV - Recurso conhecido e provido”. (REsp. 293461/CE, Rel. Min. Felix Fischer, *DJ* de 03.02.2003).

Do voto do Relator, o Exmo. Mins. Felix Fischer, destaco:

“Em relação à aplicação da chamada ‘teoria do fato consumado’, não há qualquer justificativa para manter o entendimento esposado pelo egrégio Tribunal de origem.

Em primeiro lugar, porque a nomeação do candidato aprovado *sub judice*, por si só, não é irreversível. Em segundo lugar, a aplicação dessa ‘teoria’ só tem cabimento nas hipóteses raras e raríssimas, não se justificando para o fim de legitimar a permanência no cargo de candidato aprovado no concurso mas com classificação além do limite estabelecido no edital, simplesmente porque obteve liminar na ação”.

O mesmo entendimento vem sendo revelado na jurisprudência do Supremo Tribunal, conforme se observa na ementa abaixo:

“EMENTA: CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. REPROVAÇÃO EM EXAME PSICOTÉCNICO. PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO POR FORÇA DE LIMINAR. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. SÚMULA 15. INAPLICABILIDADE.

Se a lei exige, para a investidura no cargo, o exame psicotécnico, não pode este ser afastado a pretexto de se resguardar fato consumado. Precedentes da

Primeira Turma do STF.

A participação em segunda etapa de concurso público assegurada por força de liminar em que não se demonstra a concessão definitiva da segurança pleiteada, não é apta a caracterizar o direito líquido e certo à nomeação.

Recurso ordinário a que se nega provimento”. (RMS 23692/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 16.11.2001).

Destaco, ainda, o seguinte excerto do voto da Relatora, a Exma. Min. Ellen Gracie:

“Assim, o fato de ter o autor participado da segunda etapa do concurso, por força de liminar, não dá o direito líquido e certo de ser nomeado, dado que, se a lei exige a aprovação em exame psicotécnico para a investidura no cargo de policial rodoviário federal (fls. 81), esta não pode ser afastada, sob pena de ofensa ao art. 37, I, da Constituição Federal.

Ademais, esta Primeira Turma, em decisões recentes (RE 275.159, Rel. Min. Ellen Gracie, REED 190.664 e RMS 23.638, Rel. Min. Octavio Gallotti, e RMS 23.593, rel. Min. Moreira Alves), tem afastado a teoria do fato consumado, na linha do que firmado no AGRAG 120.893, Rel. Min. Moreira Alves, em que ficou assentado:

‘Não desconheço que esta Corte tem, vez por outra, admitido – por fundamento jurídico que não sei qual seja – a denominada ‘teoria do fato consumado’, desde que se trate de situação ilegal consolidada no tempo quando decorrente de deferimento de liminar em mandado de segurança.

Jamais compartilhei esse entendimento que leva a premiar quem não tem direito pelo fato, tão-só, de um Juízo singular ou de um Tribunal retardar exagerada e injustificadamente o julgamento definitivo de um mandado de segurança em que foi concedida liminar, medida provisória por natureza, ou de a demora, na desconstituição do ato administrativo praticado por força de liminar posteriormente cassada,

resultar de lentidão na máquina administrativa.

(...)

Ora, admitir – como por vezes tem feito esta Corte – que se mantenham situações de fato consolidadas no tempo por atraso da prestação jurisdicional não implica sustentar (o que o Tribunal jamais fez) que há direito adquirido à preservação de quaisquer situações de fato que, por qualquer motivo, se prolongaram no tempo. Para que haja direito adquirido se faz necessária a existência de um direito, o que, nesses casos, não ocorre a toda a evidência”.

À vista do exposto, dou provimento à apelação e à remessa ex officio, cassando a decisão antecipatória da tutela e invertendo os ônus da sucumbência.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 342.005-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO

Relator

p/Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelada: ANA LÚCIA MARQUES LEOPOLDINO MOTA

Advs./Procs.: DRS. ALFREDO LEOPOLDO FURTADO PEARCE E OUTRO (APDA.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. NORMAS DE PROTEÇÃO À FAMÍLIA E À INFÂNCIA. ARTS. 226 E 227 DA CARTA MAGNA. DIREITO DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL SER REMOVIDO PARA O LUGAR ONDE SEU CÔNJUGE FIXA NOVO DOMICÍLIO, EM FUNÇÃO DO DESEMPENHO DE CARGO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. ART. 36, PARÁG. ÚNICO, DA LEI 8.112/90.

- Os arts. 226 e 227 da Carta Magna estabelecem superior resguardo à família e à infância, como valores primários da coletividade, pondo-os sob a proteção do Poder Público, de sorte que qualquer interpretação normativa inferior, que pertina a essas entidades, deve efetivar e realizar o comando constitucional, em homenagem à sua inquestionável supremacia.

- O art. 36, parág. único, da Lei 8.112/90 institui, em prol do servidor público federal, o direito subjetivo de ser removido, a pedido, para desempenhar as suas funções no local em que o cônjuge fixa novo domicílio, motivando-se essa movimentação no interesse de acompanhá-lo.

- Não se subordina a remoção de servidor abrangida no art. 36, parág. único, da Lei 8.112/90 a qualquer juízo de conveniência administrativa, por representar esta um interesse meramente secundário, em contraposição a valores superiormente protegidos pela Carta Magna (arts. 226 e 227).

- O direito previsto no art. 36, parág. único, da Lei 8.112/90 independe da atividade do cônjuge transferido e pode ser invocado até mesmo em caso de desempenho de emprego privado, pois a finalidade da norma constitucional que lhe dá suporte é a proteção ao núcleo familiar, sobrelevante a qualquer conveniência administrativa.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 342.005-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, em negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 10 de maio de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - Relator para Acórdão

VOTO-CONDUTOR

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

1. No caso sob exame, verifica-se, ao meu sentir, uma contraposição entre o interesse primário da coletividade, protegida pela Carta Magna, consistente na preservação do núcleo familiar e na proteção da infância, resguardados pelos arts. 226 e 227 da Constituição, e o interesse secundário dessa mesma coletividade, representado pela conveniência administrativa de conservar os servidores públicos operantes nos lugares das respectivas lotações.

2. A solução deve propender para prestigiar a prevalência do interesse primário que, no caso, envolve até mesmo a aplicação de dispositivos constitucionais explícitos, cuja supremacia não pode sensatamente ser questionada.

3. O art. 36, parág. único, da Lei 8.112/90 institui um direito subjetivo do servidor público federal, que se concretiza na remoção, a seu pedido, para desempenhar as atribuições do seu cargo em local diverso do que se acha lotado, motivando-se essa movimentação no interesse de acompanhar o cônjuge ou o companheiro, que tenha de mudar de domicílio em razão do desempenho de atividades laborativas.

4. É um equívoco da União Federal afirmar que somente haveria o direito pleiteado se o marido da agravada também fosse servidor público; na verdade, a Lei 8.112/90 outorgou o direito buscado pela parte aos servidores públicos federais e a recorrida ostenta claramente essa qualidade, daí porque ela está invocando uma prerrogativa **própria de sua categoria**, não importando que o marido seja vinculado ou não ao serviço público.

5. Creio mesmo que ela teria o direito de pleitear a remoção, para acompanhar o cônjuge, ainda que este fosse, por exemplo, empregado de empresa privada, quanto mais sendo um servidor

da Administração Indireta, até porque, quanto a estes últimos, a Administração, também por interesse público e coletivo, pode proceder à sua transferência, gerando situação análoga à dos servidores da Administração Direta; ***o que se protege, com a norma em apreço, é o núcleo familiar e este tem de ser preservado em qualquer contexto concreto.***

6. Também sem relevo, a meu ver, o argumento da União Federal de que a declaração emitida pelo Banco do Brasil S/A, Agência Cascavel/CE (fls. 28), não possui o condão de demonstrar o interesse da Administração em sua remoção, ou exercício provisório, pois o que interessa ao julgamento do caso é que ele mudou de domicílio e a sua esposa, por ser servidora pública federal, tem o direito líquido e certo de ser removida, para acompanhá-lo, passando a desempenhar o seu cargo em repartição federal do lugar do novo domicílio do marido (art. 36, parág. único, da Lei 8.112/90).

7. A alegação de que a remoção da servidora deveria ficar subordinada aos juízos de conveniência e oportunidade da Administração Pública não merece acatamento, *porque representa uma tentativa de subordinar os ditames constitucionais dos arts. 226 e 227 da Carta Magna que revestem meros interesses secundários, embora legítimos.*

8. Sempre que o Juiz deparar uma situação em que uma norma inferior ou uma atitude administrativa tenda a encurtar, condicionar ou limitar a amplitude de um dispositivo ou de um valor constitucional, deve prover no sentido de dar efetividade plena ao comando superior, assim contribuindo para estabilização dos ditames da Carta Magna.

9. Em casos análogos, esta Corte já decidiu pela prevalência à Carta Magna Federal, em sede de remoção de servidor, para proteção do núcleo familiar:

“Restando comprovada a possibilidade de lesão à unidade familiar em consequência de anterior escolha feita pela recorrente em obediência aos ditames da lei, compete ao estado prover a tutela da entidade familiar (CF/99, art. 226). Precedente jurisprudencial”. (AGTR 35.393-CE, Rel. Desembargador Fe-

deral Luiz alberto Gurgel de Faria, *DJU* 25.02.02, p. 1.715).

* * *

“A proteção do estado à unidade familiar é princípio constitucional que tem precedência sobre medidas administrativas que vão ao contrário de suas disposições”. (AC 301.478-CE, Rel. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, *DJU* 04.06.03, p. 830).

* * *

“Ausência de requisitos para a concessão da segurança baseada no art. 36 da Lei 8.112/90. Direito assegurado a remoção do servidor público por força do art. 226 da Constituição, que visa à proteção e unidade da família”. (AMS 48.175-RN, Rel. Desembargador Federal Manoel Erhardt, *DJU* 13.03.98, p. 358).

10. Em face dos fundamentos expendidos, nego provimento à apelação da União Federal e mantenho a decisão recorrida, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

11. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 342.665-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Apelados: CIMENTO POTY DA PARAÍBA S/A E OUTRO
Advs./Procs.: DRS. LUIZ DOS SANTOS FILHO E OUTROS (APTE.)
E EDGAR MOURY FERNANDES NETO E OUTROS (APDOS.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRELIMINARES. INTEMPERIDADE DO RECURSO E NÃO OCORRÊNCIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. REJEITADAS. FGTS. AGROINDÚSTRIA. USINA DE ÁL-

COOL E AÇÚCAR. TRABALHADORES DA LAVOURA CANAVIEIRA. DEPÓSITOS FUNDIÁRIOS. NÃO EXIGÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM 20% TANTO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO QUANTO NA EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM EXCESSIVO. REDUÇÃO.

- A Caixa Econômica Federal - CEF, na cobrança judicial e extrajudicial dos débitos do FGTS, goza das mesmas prerrogativas processuais conferidas à Procuradoria da Fazenda Nacional. Restando vencida a CEF nos embargos à execução fiscal, é de se reconhecer a configuração de hipótese de duplo grau de jurisdição obrigatório.

- As usinas sucroalcooleiras – que absorvem em seu quadro funcional os empregados da lavoura canavieira ou designados de trabalhadores rurais – são consideradas empresas agroindustriais. Isentas, por força da Lei Complementar nº 11/71 e da Lei nº 5.889/73, da exigência dos depósitos do FGTS.

- O TST vem adotando entendimento mais amplo no conceito de trabalhador rural, no sentido de que, a partir da promulgação da Lei nº 5.889/73 e do Decreto nº 73.626/74, que dispõem sobre a atividade rurícola, seu efetivo enquadramento deve se dar a partir da atividade desenvolvida pelo empregado e não pela categoria do empregador.

- Do conjunto probatório constante dos autos, extrai-se que tais trabalhadores desempenham atividade de lavradores – cortadores de cana-de-açúcar –, inclusive descritos como “trabalhadores rurais” ou “trabalhadores do campo” em diversos documentos, não sendo possível enquadrá-los como trabalhadores urbanos pela própria natureza do serviço que eles desempenham, de forma que se torna inexigível o recolhimento dos depósitos fundiários.

- Os honorários advocatícios arbitrados nos

embargos à execução – que substituem os fixados na execução fiscal – devem ser reduzidos para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), de acordo com o entendimento majoritário desta eg. Turma. Preliminares rejeitadas. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, por maioria de votos, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado. Custas, como de lei.

Recife, 7 de abril de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de remessa oficial e apelação contra sentença que julgou procedentes os embargos à execução nº 7.461/99 interpostos pela empresa CIPASA - Cimento Poty da Paraíba S/A, oriundos da Execução Fiscal nº 7.234/98, que tem como objeto a cobrança dos depósitos do FGTS não recolhidos no período de agosto de 1983 a julho de 1988, dos trabalhadores da extinta Usina Tiúma, alienada à Usina São José S/A.

Entendeu o nobre Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de São Lourenço da Mata que não seriam devidos os depósitos fundiários no período acima referido, à míngua de legislação pertinente à época a exigir tal recolhimento, bem assim por não se enquadrarem os trabalhadores rurais das usinas de cana-de-açúcar e álcool na categoria “trabalhadores urbanos”, de forma que

julgou extinta a execução fiscal e condenou a Caixa Econômica Federal em honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor da causa, tanto nos embargos quanto na execução fiscal.

A Caixa Econômica Federal apresentou impugnação aos embargos à execução argüindo a impossibilidade de conhecimento dos embargos, por não ter havido a avaliação dos bens dados em segurança do juízo. Em réplica à impugnação, aduz a embargante que não há necessidade de tal cálculo do valor dos bens.

O douto magistrado de primeiro grau converteu o feito em diligência, no fito de que fosse certificada a idoneidade dos bens oferecidos em garantia, que restou concluída com os laudos lançados às fls. 225 e 265. Apesar de regularmente intimadas a esse respeito, as partes quedaram-se silentes.

A justificar a sua legitimidade ativa *ad causam*, alega a empresa embargante, CIPASA, que, não obstante a venda de 99,9999% de ações de capital social adquiridas das extintas Usina São José e Usina Tiúma S/A ao Sr. Paulo Pessoa Cavalcanti de Petribú e à Usina Petribú S/A, manteve-se responsável pelo adimplemento de todas as obrigações tributárias, previdenciárias, trabalhistas e comerciais referentes às extintas empresas, conforme consta do item 46, da Seção III – *Estipulações Contratuais* – do Contrato de Compra e Venda de Ações e Capital Social (fls.71).

Nas razões de apelação (fls. 310/325), a Caixa Econômica Federal alega que, com base na documentação existente nos autos, os trabalhadores da Usina Tiúma seriam industriários, por se enquadrarem no disposto do art. 2º, § 5º, do Dec. 73.626/74 e na súmula 196 do STF, razão porque devidos os depósitos de FGTS.

Alfim, pugna pelo provimento do apelo e pela redução dos honorários advocatícios, fixados em 20%, tanto nos embargos quanto na execução fiscal, com fundamento no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Aduz a embargante, ora apelada, preliminarmente, a intempestividade do recurso, eis que inaplicável a prerrogativa de prazo em dobro, de intimação pessoal e de duplo grau obrigatório à Caixa Econômica Federal. No mérito, assinala que a súmula 196 do STF é inaplicável ao caso, uma vez que anterior à lei que criou o

FGTS (Lei nº 5.107/66) e da lei que regula o trabalhador rural (Lei nº 5.889/73), além do que tal entendimento já restaria superado pelo advento do Estatuto do Trabalhador Rural (Lei nº 4.214/63).

Noutro turno, argumenta que, sendo os empregados rurícolas, descabido seria o depósito do FGTS.

Relatei.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Das preliminares de intempestividade do recurso e de impossibilidade da remessa de ofício, à mingua de extensão das prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública.

No que concerne à aplicação das prerrogativas da Fazenda Pública à Caixa Econômica Federal, especificamente do prazo em dobro para recorrer e do benefício da intimação pessoal, percebe-se que se trata de discussão já superada.

A Caixa Econômica Federal, embora tenha personalidade jurídica de direito privado, o que, em princípio, afastaria a aplicação de tais prerrogativas, não está atuando, neste particular, como defensora de interesses próprios, mas, ao revés, está agindo em defesa de um interesse público cuja guarda lhe fora outorgada por força da Lei nº 9.467/97, que autorizou a celebração de convênio com a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para a promoção de ações de cobrança dos valores atinentes ao FGTS.

Nesse caso específico, o interesse público defendido impõe a extensão à Caixa Econômica Federal das mesmas prerrogativas processuais conferidos à Fazenda Pública.

Eis como enfrentou a questão o TRF 2ª Região:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FGTS. EXECUÇÃO FISCAL. CONVÊNIO CELEBRADO ENTRE CEF E FAZENDA NACIONAL.

- Agravo de instrumento impugnando decisão de 1º grau, que não devolveu o prazo para a agravante recorrer da decisão de conversão de rito na execu-

ção fiscal.

- A Lei nº 9.467/97 alterou a disciplina do art. 2º da Lei nº 8.844/94, possibilitando, mediante celebração de convênio entre a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e a Caixa Econômica Federal, a delegação à empresa pública do poder/dever de representar o FGTS legal e extrajudicialmente para cobrança de seus débitos.

- Com o estabelecimento do convênio acima referido, a Caixa Econômica Federal - CEF, na representação judicial e extrajudicial do FGTS, se investe das prerrogativas processuais a que faz jus a Fazenda Pública, tais como o prazo em dobro para recorrer, em quádruplo para contestar e a intimação pessoal. (Grifei)

- Provimento ao recurso”.

(TRF 2ª Região, Ag nº100509-RJ, Rel. Juiz Paulo Espírito Santo, Segunda Turma, data da decisão: 29/10/2003, DJU data:13/11/2003, página: 239, unânime)

Por esses fundamentos, reputo tempestivo o apelo, pois, embora se tenha publicado a decisão recorrida no dia 17.02.2004, a Caixa Econômica Federal só teve vista dos autos em 16.03.2004 (v.fl.309), ao passo que o presente recurso veio a ser protocolizado em 18.03.2003 (cf. chancela eletrônica aposta no fronte da peça recursal).

Quanto ao reexame necessário em relação às ações em que for parte a Caixa Econômica Federal, desde que figure no pólo ativo e versem sobre a cobrança de valores relativos ao FGTS, aplicável o mesmo raciocínio anteriormente desenvolvido.

Nesses casos, o art. 2º da Lei nº 8.844/94, com a redação dada pela Lei nº 9.467/97, prevê igualmente que a representação judicial e extrajudicial do FGTS, mediante convênio com a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, para a cobrança judicial dos débitos a ele relativos, é de responsabilidade da Caixa Econômica Federal.

Eis, no sentido, jurisprudência do TRF da Primeira Região:

“PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES INSTITUÍDAS NOS ARTS. 1º E 2º DA LC Nº 110/01. EXIGIBILIDADE. ADINs 2556-2/DF E 2568-6/DF. FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO - FGTS. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA CEF E INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA REJEITADAS. **DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIO. SÚMULA Nº 423 DO STF.**

1. A sentença que é desfavorável à União está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, nos termos do art. 475, II, do CPC. Silenciando no ponto, tem-se a remessa por interposta, nos termos da Súmula nº 423 do STF.

2. O art. 2º da Lei nº 8.844/94, com a redação dada pela Lei nº 9.467/97, prevê a representação judicial e extrajudicial do FGTS, para a cobrança judicial dos débitos a ele relativos, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, “diretamente ou por intermédio da Caixa Econômica Federal, mediante convênio”. (Grifei)

3. Constatada a existência do referido convênio, que atribui à Caixa Econômica Federal o encargo de ingressar com os processos de execução judicial “por conta própria”, tem-se, no caso, legitimação ativa daquela empresa pública federal para propor as ações que visam à cobrança judicial dos débitos relativos ao referido fundo, bem assim para responder às ações que objetivam afastar as exigências das contribuições instituídas nos artigos 1º e 2º da LC nº 110/01.

4. Não há que falar em mandado de segurança contra lei em tese, quando se busca afastar atos acionados de ilegais e abusivos de efeitos concretos.

5. O Supremo Tribunal Federal, apreciando as ADINs nºs 2556-2/DF e 2568-6/DF, em sede de liminar, negou a suspensão da eficácia dos arts. 1º e 2º da

Lei Complementar nº 110/01, suspendendo apenas a exigibilidade das novas contribuições no mesmo exercício em que instituídas, por entender que as exações em questão têm natureza jurídica de contribuições sociais de caráter geral, nos termos do art. 149 da Constituição Federal, não se tratando, portanto, de contribuições para a seguridade social, do que resulta serem as referidas contribuições exigíveis a partir de janeiro de 2002.

6. Apelações da CEF e da Fazenda Nacional e remessa oficial, tida por interposta, improvidas”.

(TRF 1ª Região, AMS nº 200138000372145-MG, Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva, Quinta Turma, Data da decisão: 24/3/2003, DJ DATA: 10/6/2003, Pág. 166, unânime)

Ademais, é de ser aplicado o benefício do Duplo Grau Necessário de Jurisdição pelo fato de a cobrança se referir a valores regularmente inscritos em dívida ativa e apta a ser cobrada em execução fiscal, sendo irrelevante o ente responsável pela cobrança em juízo do crédito em comento, uma vez que o atributo da dívida exequenda permanecerá inalterado.

Desta forma, concluo que, vencida a Caixa Econômica Federal, e não sendo caso que esbarre na limitação inserta no §2º do art. 475 do Código de Processo Civil em relação ao valor discutido em juízo, cabível é o Reexame Necessário.

Tenho, portanto, que a Caixa Econômica Federal – CEF, na cobrança judicial e extrajudicial dos débitos do FGTS, goza das mesmas prerrogativas processuais conferidos à Procuradoria da Fazenda Nacional.

Ex positis, rejeito as preliminares.

Assim voto.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A controvérsia cinge-se a saber se é devido o recolhimento do

FGTS das usinas de álcool e açúcar, relativos aos trabalhadores da lavoura canavieira, no período de agosto de 1983 a julho de 1988.

Inicialmente, para fins de conceituação de trabalhador rural e sua atividade, pinço trechos da valiosa obra intitulada *Instituições de Direito do Trabalho*, de Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão e Segadas Viana:

*“Trabalho Rural é aquele prestado à pessoa física ou jurídica que explore atividades agrícolas, pastoris ou na indústria rural. Ficam, assim, desfeitas as dúvidas que o art. 7º, letra b, da Consolidação, como ficou exposto, suscitava. As atividades (agrícolas, pastoris ou na indústria rural) são as que constituem objeto de quem o trabalho é prestado. Apenas, a citada Lei nº 5.889 ampliou o conceito de atividade rural: ‘em caráter permanente ou temporário, diretamente, ou através de prepostos’ (art.3º). Perdeu, pois, qualquer sentido saber se se trata de exploração principal ou acessória. **Onde há atividade econômica rural, há empregador rural e quem para este trabalho nessa atividade, como empregado, é trabalhador rural.**”* (Pág. 183, vol. 1) (Grifei).

Em relação ao trabalho específico desenvolvido na indústria açucareira, assinalam os autores:

*“Tais garantias [conferidas pelos Decs.-Leis nºs 3.855/41 e 6.969/44, que tratam de certas garantias aos trabalhadores na cultura de cana e na indústria açucareira], como se viu, se referem ao **‘trabalhador rural’** que preste serviços na cultura de cana ou na indústria açucareira”. (...) (grifei).*

Desse posicionamento não destoa Sérgio Pinto Martins, *in* *Direito do Trabalho*, 17ª ed., Ed. Atlas, 2003:

“O empregado rural é a pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços com continuidade a empregador rural, mediante dependência e salário (art. 2º da Lei nº 5.889/73). O empregador rural é a pessoa física ou jurídica, proprie-

*tária ou não, que explore atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por meio de prepostos e com auxílio de empregados (art. 3º da Lei nº 5.889/73). [...] **Prédio rústico é o destinado à exploração agrícola, pecuária, extrativa ou agroindustrial.** Pode até estar localizado no perímetro urbano, mas deve ser utilizado na atividade agroeconômica. Não é, portanto, a localização que irá indicar se o prédio é rústico ou urbano, mas se é destinado à atividade agroeconômica. [...] **Na verdade, não é apenas quem presta serviços em prédio rústico ou propriedade rural que será considerado empregado rural. O empregado poderá prestar serviços no perímetro urbano da cidade e ser considerado trabalhador rural. O elemento preponderante, por conseguinte, é a atividade do empregador. Se o empregador exerce atividade agroeconômica com finalidade de lucro, o empregado será rural, mesmo que trabalhe no perímetro urbano da cidade.**" (Pág. 152) (Grifei).*

Conclui-se dessas lições que as usinas sucroalcooleiras – ao absorverem em seu quadro funcional os empregados da lavoura canavieira, trabalhadores rurais, portanto – são consideradas empresas agroindustriais, isentas, por força da Lei Complementar nº 11/71 e da Lei nº 5.889/73, da exigência dos depósitos do FGTS.

Neste diapasão, transcrevo os seguintes precedentes jurisprudenciais:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA RURAL. LC 16/73. INAPLICABILIDADE . PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. As atividades de empresas rurais, no regime da LC 16/73, conforme entendimento jurisprudencial, não se sujeitam à contribuição social urbana.

2. No MS 85.709/SP, o então e egrégio TFR dispôs que: ‘PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONTRIBUIÇÕES. TRABALHADORES NA AGROINDÚSTRIA AÇUCA-

REIRA. Os empregados que prestam serviços no setor agropecuário, mesmo que estejam vinculados a empresas industriais ou comerciais, são empregados rurais, excluídos, portanto, do Regime Geral da Previdência, ressalvada, porém, a situação de fato daqueles que já vinham contribuindo para o EX-IAPI. Hoje, o que prevalece para a conceituação de empregado rural é a natureza da atividade exercida pelos trabalhadores’.

3. Idem na AC nº 84.392/PB, DJU de 23.08.84: ‘TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. TRABALHADORES DA AGROINDÚSTRIA AÇUCAREIRA. VINCULAÇÃO AO FUNRURAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1 – Trabalhadores do campo, dedicados ao plantio, amanho e colheita da cana de açúcar, para o consumo de usinas, exercem atividade tipicamente rural, não devendo filiar-se ao regime jurídico-previdenciário do INPS, MAS EXCLUSIVAMENTE AO FUNRURAL, conforme a legislação de regência, no tempo. Precedentes do TFR’.

4. Idem na AC nº 51.525, DJU de 22.04.83, pg. 5.030: ‘ADMINISTRATIVO. FISCAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS RELATIVAS AO EXERCÍCIO DE 1972. INPS. EXECUÇÃO FISCAL CONTRA USINAS AÇUCAREIRAS. Trabalhadores rurícolas que não se vinculam ao sistema geral da previdência social (INSS) anteriormente ao estatuto do trabalhador rural. Sua vinculação, exclusivamente, ao FUNRURAL, para fins previdenciários. Aplicação da Lei Complementar nº 11, de 25.05.71, art. 27, § 3º e Lei Complementar nº 16, de 30.01.73, art. 4º. Precedentes’.

5. O TRF da 1ª Região, na AMS nº 103.106/DJ de 26.11.60: ‘TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EMPREGADOS DE EMPRESA AGROINDUSTRIAL E AGROCOMERCIAL. LEI COMPLEMENTAR Nº 11. TRABALHADORES RURAIS. 1. Os empregados das empresas agroindustriais e agrocomerciais, que prestam serviço em suas seções agrárias, ainda que não sejam essen-

cialmente de natureza rural, são trabalhadores rurais e estão excluídos do regime geral da previdência social urbana. 2. Essas empresas contribuem para o custeio da previdência por alíquota incidente, sobre o valor comercial do produto agrário por ela negociado ou diretamente industrializado. 3. Contribuir, ao mesmo tempo e para o mesmo fim (Previdência Social) sobre o valor comercial dos produtos e sobre os salários dos empregados, cujo trabalho concorre para aquele valor, é incidir em dupla tributação, por serem inseparáveis as respectivas bases de cálculos, até porque, para aquele valor comercial, concorrem, indistintamente, com seu trabalho, tanto os empregados vinculados ao PRORURAL, quanto os que, excepcionalmente, mantiveram a condição de segurados do INPS' (o item 3 da Ementa, adotado pelo Relator, é, segundo sua própria indicação, transcrição de passagem de Arnaldo Sússekind e Délio Maranhão).

6. A ação declaratória não está afetada pela prescrição.

7. Recurso improvido”.

(REsp 198.413-AL, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 25.06.2002, DJ30.09.2002, pág. 161, unânime)

Observe-se, ainda, o posicionamento desta Corte Regional estampado nas seguintes ementas:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADORES DE USINAS PRODUTORAS DE AÇÚCAR E ÁLCOOL. AGROINDÚSTRIA. FGTS. APELAÇÃO. RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA. EXCLUSÃO. ACÓRDÃO. LAVRATURA EXTEMPORÂNEA. PROVIMENTO.

- Hipótese em que os presentes foram recebidos neste gabinete em 21.11.2001, para lavratura de acórdão vencedor.

- Os empregados do setor de agroindústria, a partir da Lei Complementar nº 11, de 1971, que instituiu o

programa de assistência ao trabalhador rural e da Lei nº 5.889, de 1973, que estatuiu normas reguladoras do trabalho rural, estão excluídos da exigência dos depósitos relativos ao FGTS por serem conceituados como trabalhadores rurais.

- Apelação provida”.

(TRF 5ª Região, AC 82.567, Rel. para acórdão Des. Federal Castro Meira, *DJ* de 23/04/2002, pág. 290).

“FGTS. EMPREGADOS DA INDÚSTRIA CANAVIEIRA. ‘Com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural, Lei 4.214, de 1963, artigos segundo e terceiro, parágrafo primeiro, a caracterização do trabalhador rural não mais poderia assentar-se no critério inscrito no artigo sétimo, *b*, CLT, vale dizer, tomando-se por base a atividade preponderante da empresa empregadora. a partir do estatuto do trabalhador rural, Lei 4.214/63, artigos segundo e terceiro, parágrafo primeiro, se uma empresa explorar atividades rurais e atividades da indústria e do comércio, os trabalhadores vinculados às atividades rurais serão trabalhadores rurais, regidos pelo ETR.’ ‘O FGTS não é devido quanto aos empregados da indústria canavieira que exerçam a sua atividade no campo.’ Remessa oficial e apelação improvidas”.

(TRF 5ª Região, AC nº 10.397/PB, Rel. Juiz Francisco Falcão, Primeira Turma, Data da decisão: 31/10/1991, *DJ* DATA:18/11/1991, pág. 29034, unânime)

“MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. EMPRESA AGROINDUSTRIAL. ART. 3º DA LEI 8.889/73. EMPREGADORA RURAL. EMPREGADO DO CAMPO. TRABALHADOR RURAL. INSUBMISSÃO AO REGIME DO FGTS ATÉ 1988.

1. Segundo dispõe o art. 3º parágrafo único da Lei 8.889/73, é considerada empregadora rural aquela empresa que exerce atividade industrial em estabelecimento agrário.

2. As usinas açucareiras são consideradas empre-

gadoras rurais, de modo que os empregados das mesmas, que laborarem efetivamente no campo, detêm a qualidade de trabalhadores rurais, daí porque até o advento da Constituição de 1988, não é devida a contribuição para o FGTS incidente sobre a remuneração paga aos trabalhadores rurais.

3. Apelação e remessa oficial improvidas”.

(TRF 5ª Região, AMS nº 66896-PE, Des. Federal Napoleão Maia Filho, Quarta Turma, Data da decisão: 26/03/2002, DJData: 25/04/2002, pág. 585, unânime)

Por oportuno, ressalto o posicionamento do C. TST que vem adotando entendimento mais amplo no conceito de trabalhador rural, no sentido de que, a partir da promulgação da Lei nº 5.889/73 e do Decreto nº 73.626/74, que dispõem sobre a atividade rurícola, seu efetivo enquadramento deve se dar a partir da atividade desenvolvida pelo empregado e não pela categoria do empregador.

No sentido, manifesta-se de forma pacífica o Tribunal Superior do Trabalho, conforme acórdãos, de ementas:

“RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO TRABALHISTA CONSTITUCIONAL (COM REDAÇÃO ANTERIOR À EMENDA Nº 28/2000). ENQUADRAMENTO, SE RURAL OU URBANO. LAVRADORA: CORTE DE CANA E COLHEITA DE GRÃOS DE CAFÉ: RURÍCOLA. EMPREGADO RURAL. CARACTERIZAÇÃO. NATUREZA DOS SERVIÇOS PRESTADOS. DESPROVIDO.

Qualquer que seja a atividade preponderante do empregador, há que se observar a natureza do trabalho desempenhado pelo próprio empregado, antes de reputá-lo urbano ou rurícola. Assim, o empregado que executa o trabalho de corte de cana-de-açúcar e colheita de grãos de café é rurícola, a teor do art. 3º, § 1º, da Lei nº 5.889/73, submetendo-se, por isso mesmo, no que se refere ao instituto da prescrição, à inteligência do art. 7º, alínea b, da CF/88. Não há, pois, que se falar em prescrição durante o período laborado”.

(TST, RR nº 371602/1997.6, Min. José Simpliciano Fontes De F. Fernandes, Segunda Turma, DJ 15/02/2002, unânime)

“EMPREGADO DE USINA DE AÇÚCAR E ÁLCOOL. TRABALHADOR RURAL. PRESCRIÇÃO.

A qualificação do empregado decorre da natureza dos serviços prestados. Se a função exercida for tipicamente rural, será considerado trabalhador rural. Na espécie, o fato de a beneficiária do serviço ser usina de industrialização da cana de açúcar, não exclui o Reclamante da qualificação de rurícola, para todos os efeitos legais, inclusive para a prescrição, por ser lavrador”.

(TST, RR nº 388314/1997.3, Rel. Conv. Min. Walmir Oliveira da Costa, Quinta Turma DJ Data: 21/09/2001, unânime).

“RECURSO DE REVISTA. TRABALHADOR RURAL DE USINA DE AÇÚCAR. PRESCRIÇÃO.

A Lei 5889/73, sendo norma especial, define a condição de rurícola para os fins prescricionais, não podendo ser considerado industrialário o empregado que só trabalha no campo, no corte de cana, sem modificação desta, que ocorrerá *a posteriori*, sem a sua menor interferência. Recurso conhecido, mas improvido”.

(TST, RR nº 376934.1997, Rel. José Pedro de Camargo, Segunda Turma, DJ Data: 10/08/2001, unânime)

Efetivamente, verifico que a recente jurisprudência do c. TST ajusta-se com perfeição à hipótese dos autos.

Em análise dos documentos trazidos, nota-se que na própria decisão do Chefe da Região Fiscal há a expressa menção a que *“foi constatado, pela fiscalização, o não recolhimento para o FGTS das contribuições devidas sobre o total da remuneração paga aos empregados na lavoura canavieira”* (fl. 107).

Desta forma, o conjunto probatório constante no processo aponta que tais empregados exerceram a atividade de lavradores, de cortadores de cana-de-açúcar, sendo inclusive descritos como

“trabalhadores rurais” ou “trabalhadores do campo” em diversos documentos, não sendo possível enquadrá-los como trabalhadores urbanos pela própria natureza do serviço que eles desempenharam.

No que tange ao percentual de 20% (vinte por cento), a título de honorários advocatícios, arbitrados tanto nos embargos à execução quanto no processo executivo fiscal, entendo que a condenação feita pelo respeitável magistrado *a quo* foi exacerbada, diante do que impõe o art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.844/94, com a redação dada pela Lei nº 9.964/2000.

Eis os dispositivos aludidos:

“Art. 2º. Compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em Dívida Ativa dos débitos para com o Fundo de Garantia do Tempo de serviço - FGTS, bem como, diretamente ou por intermédio da Caixa Econômica Federal, mediante convênio, a representação Judicial e extrajudicial do FGTS, para a correspondente cobrança, relativamente à contribuição e às multas e demais encargos previstos na legislação respectiva.

§ 4º Na cobrança judicial dos créditos do FGTS, incidirá encargo de 10% (dez por cento), que reverterá para o Fundo, para ressarcimento dos custos por ele incorridos, o qual será reduzido para 5% (cinco por cento), se o pagamento se der antes do ajuizamento da cobrança”. (Redação dada pela Lei nº 9.964, de 10.4.2000).

Com efeito, os dispositivos tratam da fixação de verbas de sucumbência em favor da Fazenda Pública, entretanto, e sob pena de incorrer-se em injustificável tratamento desigual das partes em litígio, favorecendo o enriquecimento ilícito do contendor privado em detrimento do que busca a satisfação do interesse público, as verbas de sucumbência contra a Fazenda Pública também devem obedecer aos mesmos critérios.

Em assim sendo, impende concluir que a verba honorária dos embargos à execução deve ser reduzida, por expressa prescrição legal, impondo-se o registro, ademais, de que tais honorários subs-

tituem os fixados no executivo fiscal.

Neste sentido, registro os seguintes precedentes jurisprudenciais:

“PROCESSUAL CIVIL. COBRANÇA JUDICIAL DE CRÉDITOS DO FGTS. ENCARGO LEGAL. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO.

1. Na cobrança judicial de créditos do FGTS, o encargo previsto no art. 2º, § 4º, da Lei 8.844/94 (com redação dada pela Lei 9.964/2000), substitui os honorários advocatícios, à luz da *ratio essendi* do § 2º do mesmo dispositivo.

2. O referido encargo está textualmente vinculado à sucumbência (§ 2º do art. 2º da Lei 8.844/94) e se aplica pró e contra o Fundo, sob pena de enriquecimento sem causa. Cobrada a verba para a hipótese de sucumbência do Fundo, resta este exonerado de despesa quando vence a demanda. Em consequência, a exigência da referida verba consolida-se na hipótese de êxito, tornando-se excessiva a imputação, também, de outra parcela de honorários. Coexistência da Lei especial (Lei 8.844/94) com a Lei geral (art. 20 do CPC). (Grifei).

3. Para que o recurso especial seja admitido, pela alínea c, os acórdãos recorrido e paradigma devem ter dado soluções diferentes à mesma questão de fato.

4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido”.

(STJ, REsp nº 396.889/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, data da decisão: 06/06/2002, DJU data: 05.08.2002, pág. 209, unânime)

“EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRIBUIÇÕES AO FGTS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DA CEF PARCIAL-

MENTE PROVIDO. RECURSO DA EMBARGANTE IMPROVIDO.

1. A dívida ativa é líquida, quanto ao seu montante, e certa, quanto à sua legalidade, até prova em contrário. No caso, a embargante não trouxe aos autos qualquer documento que a infirmasse, de modo a sustentar a necessidade de realização das provas pretendidas.

2. O título executivo está em conformidade com o disposto no art. 2º da Lei 6.830/80, não tendo a executada conseguido elidir a presunção de liquidez e certeza da dívida inscrita.

3. A verba honorária dos embargos é fixada em 10% do valor atualizado do débito, ou seja, no percentual previsto no § 4º do art. 2º da Lei 8.844/94, com redação dada pela Lei 9.964/2000, consignando que tal verba substitui os honorários fixados na execução. (Grifei).

4. O encargo de 10% a que se refere o § 4º do art. 2º da Lei 8.844/94, com redação dada pela Lei 9964/2000 não é mero substituto da verba honorária, mas destina-se também a atender as despesas relativas à arrecadação de tributos não pagos pelos contribuintes.

5. Preliminar rejeitada. Recurso da CEF parcialmente provido. Recurso da embargante improvido”.

(TRF 3ª Região, AC nº 975.643-SP, Rel. Juíza Ramza Tartuce, Quinta Turma, data da decisão: 08/11/2004, DJU data: 01/02/2005, página: 207, unânime)

Ante o exposto, rejeitadas as preliminares, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, para reduzir – de acordo com o posicionamento desta eg. Primeira Turma – a verba honorária dos embargos à execução – que substitui a arbitrada na execução fiscal – em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ressalvando o meu entendimento no sentido de que os honorários advocatícios devem ser fixados em cinco por cento (5%) sobre o valor da condenação.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 349.467-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
Apelantes: JOSÉ LUIZ DA SILVA FILHO E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. MARIA LÚCIA SOARES DE ALBUQUERQUE MARQUES E OUTRO

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.032/95. EXPOSIÇÃO À ELETRICIDADE, COM PERIGO DE VIDA. PRESUNÇÃO LEGAL COM BASE NO GRUPO PROFISSIONAL. ANEXO DO DECRETO Nº 53.831/64. LEI Nº 5.527/68. DIREITO AO CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO COMO ATIVIDADE INSALUBRE ATÉ A VIGÊNCIA DA MP Nº 1.523/96-1. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. JUROS DE MORA.

- O cálculo do tempo de serviço prestado em condições especiais 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.

- O segurado que trabalhou alternativamente em atividade comum e especial tem direito a ter convertido o seu tempo de serviço especial incompleto, para efeitos de concessão de aposentadoria por tempo de serviço (Lei nº 8.213/91, art. 57, § 5º; e Decreto nº 2.172/97, art. 58, inciso XXII, e art. 64).

- Juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde a citação e correção monetária a partir de quando devido o pagamento das parcelas em atraso.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação do autor e negar provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto anexos que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 5 de maio de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

José Luiz da Silva Filho ajuizou, perante a 12ª Vara Federal – PE, ação ordinária contra o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, objetivando a concessão de aposentadoria por tempo de serviço. Asseverou que parte de seu tempo de trabalho foi em condições especiais, contudo, como a autarquia previdenciária não efetuou a contagem qualificada, não foi atingido o tempo necessário para a aposentação.

A sentença julgou procedente o pedido para reconhecer como especial o tempo de serviço de 04.09.69 a 15.09.90, devendo proceder-se à conversão para tempo comum com a aplicação do fator e posterior concessão de aposentadoria.

Apela o INSS alegando que a atividade do autor não pode ser reconhecida como especial por ausência de previsão legal e, consoante Emenda Constitucional nº 20, não foram cumpridos os requisitos de tempo de contribuição e idade mínima necessários para a aposentadoria.

O autor apela pedindo a procedência total do pedido com a concessão da aposentadoria.

Houve resposta ao recurso do INSS.

É o relatório.

Dispensada a revisão. Peço dia.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

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.

As 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 pro-

porcional 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, pede-se a aplicação do fator de conversão 1,40 ao tempo de serviço exercido na condição de instalador de telefonia no período de 04.09.69 a 15.09.90, exposto à eletricidade, com risco de choques, sob a égide da CLT e vinculação ao RGPS.

O exercício de atividade em locais com exposição à eletricidade, em condições de perigo de vida, foi considerada especial pelo Anexo do Decreto nº 53.831/64 – item 1.1.8 - 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 das atividades exercidas com exposição à eletricidade como especiais. Contudo, com a edição da Lei nº 5.527/68, de 08.11.1968, a atividade exercida com exposição à eletricidade continuou a ser considerada especial até 11.10.96, data em que a Medida Provisória 1.523/96 revogou a citada lei.

Ainda ressalto que, 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 n.º 8.213/91, ripristinou a eficácia jurídica do Anexo do Decreto nº 53.831/64 e dos Anexos I e II do Decreto nº 83.080/79, revigorando, durante a sua vigência, a previsão legal de natureza especial das atividades citadas 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.

Tem-se, pois, que as atividades desempenhadas com exposição à eletricidade, com perigo de vida, independentemente do cargo, categoria ou ramo da empresa foram consideradas especiais, por presunção, pela legislação supramencionada.

A legislação previdenciária anteriormente à vigência da Lei nº

9.032, de 28 de abril de 1995, adotava, entre outros, o critério da presunção legal por grupo profissional para o enquadramento da atividade prestada como especial no que concerne à contagem do respectivo tempo de serviço para fins de aposentadoria especial, sendo desnecessárias a prova do efetivo contato com agentes prejudiciais à saúde.

Apenas com o advento da Lei nº 9.032/95, estabeleceu-se a necessidade de comprovação da efetiva exposição a agentes prejudiciais à saúde como requisito à caracterização da atividade especial para fins de aposentadoria.

Entendo, contudo, que, ao tempo de serviço prestado anteriormente à Lei nº 9.032/95, devem ser aplicados os critérios legais então em vigor, incidindo a regra da presunção legal mediante prova exclusiva do exercício de atividade enquadrada nos supra citados Decretos.

Dessa forma, o autor fez prova de haver exercido atividade em condições especiais no período de 04.09.69 a 15.09.90, ou seja, por mais de 20 anos, quando a legislação fixou o mínimo de 25 anos de permanência em atividade especial, razão por que não lhe pode ser deferida a aposentadoria especial, fazendo jus, no entanto, à conversão do referido tempo especial para comum e posterior cômputo para fins de aposentadoria por tempo de serviço, em conformidade com o art. 57, § 5º da Lei nº 8.213/91 e com a tabela do art. 64 do Decreto nº 611/91 (CTPS, SB-40, laudo técnico, perfil profissiográfico, fls. 11-25).

A Lei nº 8.213/91, em sua redação original, estabelecia:

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

(...)

§ 3º O tempo de serviço exercido alternadamente em atividade comum e em atividade profissional sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade

física será somado, após a respectiva conversão, segundo critérios de equivalência estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, para efeito de qualquer benefício”.

As alterações introduzidas pela Lei nº 9.032/95, excluíram a previsão legal de conversão de tempo comum para especial, para aposentadoria especial.

O autor pede a conversão de tempo de serviço especial para cômputo no cálculo de concessão de sua aposentadoria por tempo de serviço, portanto, as alterações introduzidas pela nova lei em nada modificam sua pretensão, que está amparada no § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, acrescentado a este pela Lei nº 9.032/95, *verbis*:

“Art. 57. § 5º. O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício”.

Por sua vez, o Decreto nº 2.172, de 05 de março de 1997, que expressamente revogou o Decreto nº 611/92, estabeleceu:

“Art. 58. São contados como tempo de serviço, entre outros:

(...)

XXII – o tempo de trabalho em que o segurado esteve exposto a agente nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, observado o disposto no art. 64”.

“Art. 64. O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que foram, sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, ao tempo de trabalho exercido em atividade comum,

aplicando-se a seguinte tabela de conversão, para efeito de concessão de qualquer benefício:

Utilizando-se, pois, a tabela anterior, com o índice de conversão 1,40 (35 anos de tempo de serviço para o homem), o tempo de serviço especial de 21 anos e 11 dias converte-se em 29 anos, 05 meses e 12 dias, os quais, somados ao tempo de serviço em atividade comum: 05 anos, 10 meses e 06 dias, perfaz um total de 36 anos, 03 meses e 18 dias de tempo de serviço, na data do requerimento administrativo, conforme cálculos abaixo transcritos:

ç
í
ç
ç

Desta feita, faz jus o autor, ora apelante, à aposentadoria por tempo de serviço, desde a data do requerimento administrativo (18.02.93), com renda mensal inicial correspondente a 100% do valor do seu salário-de-benefício, na forma do inciso II, do art. 53 da Lei nº 8.213/91.

A alegação do INSS de que seria necessário observar os requisitos estabelecidos pela emenda nº 20/98 para a concessão de aposentadoria não pode prosperar, o autor cumpriu os requisitos para a aposentadoria muito antes da vigência da citada emenda.

Ante o exposto, dou provimento à apelação do autor para julgar procedente o pedido de concessão da aposentadoria por tempo de serviço, e nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial.

Honorários já fixados na sentença em R\$ 500,00 (quinhentos reais), não impugnados pelas partes.

Sobre o valor da condenação incidirão os juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde a citação e correção monetária a partir de quando devido o pagamento das parcelas em atraso.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 351.014-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
Apelantes: MARCOS DE ANDRADE LIMA, CARMEN MARIA LEITE DE ANDRADE LIMA E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. FELIPE BORBA BRITTO PASSOS E OUTROS E CONCEIÇÃO KEANE GOMES CHAVES E OUTROS

EMENTA: CIVIL. SFH. CONTRATO. INCIDÊNCIA DA TR (LEI Nº 8.177/91). URV. ACRÉSCIMO AO VALOR NOMINAL DAS PRESTAÇÕES. LEGALIDADE. JUROS. CAPITALIZAÇÃO. COEFICIENTE DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL (CES) – PREVI-

SÃO CONTRATUAL. AMORTIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNDHAB. ILEGALIDADE. SEGURO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE APÓS A ENTRADA EM VIGOR.

- A TR (Taxa Referencial) pode ser utilizada como fator de atualização monetária de prestações e saldo devedor de contrato de financiamento regido pelo SFH, celebrado antes do advento da Lei nº 8.177/91. O que não é possível, nos termos da decisão do STF, é a substituição de índices previstos em contrato pela TR.

- Caso em que o contrato não impede a aplicação da TR.

- É lícito ao agente financeiro repassar às prestações do financiamento os acréscimos obtidos no valor nominal do salário em cruzeiros reais, em face da conversão para URV-Unidade Real de Valor, nos meses de março a junho/94.

- Capitalização de juros. Vedada a prática do anatocismo. Precedentes do eg. STJ.

- O adicional do Coeficiente de Equivalência Salarial é aplicável nos cálculos do financiamento regido pelo SFH, em contratos celebrados antes do advento da Lei n.º 8.690/93, havendo Previsão Contratual.

- Atualização do saldo devedor antes da dedução das parcelas do financiamento. Legalidade. Jurisprudência do eg. TRF - 5.ª Região.

- É legal a inserção da contribuição para o Fundo de Assistência Habitacional-FUNDHAB, criada pela Lei nº 4.380/64, nos contratos de financiamento habitacional. Precedentes.

- Ausência de prova de que o percentual de seguro incidente sobre a prestação sofreu reajuste durante o curso do contrato.

- O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) é aplicável às operações de crédito de financiamento regido pelo SFH, mas somente

aos contratos celebrados a partir de sua entrada em vigor.

- Revisão contratual em obediência ao Plano de Equivalência Salarial - PES/CP. Recurso que não apresenta nenhum argumento capaz de desconstituir os fundamentos da sentença.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, às apelações, nos termos do relatório e voto anexos que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 7 de abril de 2005 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

Marcos de Andrade Lima e outro e a Caixa Econômica Federal interpuseram apelações contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 10ª Vara, PE, que, na ação ordinária, julgou procedente, em parte, o pedido de revisão contratual de financiamento regido pelo SFH.

Marcos de Andrade Lima e outro alegam que o contrato de financiamento habitacional, firmado entre o agente financeiro e os mutuários, vem sendo desrespeitado, sendo ilegal a incidência de juros capitalizados e a aplicação da TR ao saldo devedor, tendo em vista que o col. STF declarou sua inconstitucionalidade na ADIN 493-0/DF.

Salientam que a conversão dos salários em URV, instituída pelas MP's 434, 457 e 482/94, convertida na Lei nº 8.880/94, não representa ganho real de salário do mutuário, sendo incabível seu reflexo na correção da prestação do imóvel.

Defendem a que a correção monetária do saldo devedor deve ser feita após a amortização das parcelas pagas; a revisão dos

valores dos seguros; ilegalidade da contribuição para o FUNDHAB; e que o CES - Coeficiente de Equivalência Salarial tem sido aplicado ilegalmente ao contrato.

Sustenta a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato firmado no âmbito do SFH, pedindo a repetição do indébito, em dobro, de acordo com o art. 42 do CDC. Por fim, insurge-se contra a condenação em honorários advocatícios.

A CEF argumenta que vem cumprindo o PES/CP; que nunca fez incidir juros capitalizados; sustenta, ainda, que o Código de Defesa do Consumidor é inaplicável aos contratos firmados antes de sua entrada em vigor.

Houve contra-razões.

É o relatório.

Dispensada a revisão, peço dia.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

Recurso de Marcos de Andrade Lima e outro - O col. STF, ao julgar a ADIN nº 493-0/DF, não declarou a inconstitucionalidade da utilização da TR como indexador de correção monetária, mas, apenas, que ela não pode substituir índice estipulado em contrato celebrado antes da Lei nº 8.177/91, em respeito ao ato jurídico perfeito.

Inexiste, pois, qualquer inconstitucionalidade na utilização da TR (Taxa Referencial) como índice de reajuste de prestações referentes a contratos de financiamento regidos pelo SFH, pactuados posteriormente à Lei nº 8.177/91, que instituiu a Taxa Referencial, conforme demonstram os seguintes posicionamentos do col. STF e eg. STJ:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. UTILIZAÇÃO DA TR COMO ÍNDICE DE INDEXAÇÃO.

I – O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIns 493, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, 768,

Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio e 959-DF, Relator o Sr. Ministro Sydeney Sanches, não excluiu do universo jurídico a Taxa Referencial, TR, vale dizer, não decidiu no sentido de que a TR não pode ser utilizada como índice de indexação. O que o Supremo Tribunal decidiu, nas referidas ADIns, é que a TR não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente a Lei 8.177, de 01.03.91.

Essa imposição violaria os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. CF., ART. 5º, XXXVI.

II – No caso, não há falar em contrato em que ficara ajustado um certo índice de indexação e que estivesse esse índice sendo substituído pela TR. É dizer, no caso, não há nenhum contrato a impedir a aplicação da TR.

III – R. E. não conhecido”.

(RE 175.678, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*04.08.95).

No mesmo sentido, as decisões proferidas no RESP 142.447/MG; Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; *DJ* de 14.12.1998; RESP 229.590/SP-1999; Rel. Min. Eduardo Ribeiro; *DJ* de 18.05.2000; RESP 228.031/RS; Rel. Min. Barros Monteiro; *DJ* 19.03.2001.

No caso em exame, o contrato prevê expressamente a atualização monetária do saldo devedor do financiamento habitacional pelos mesmos índices utilizados para a correção das cadernetas de poupança, sendo legal a incidência da TR (Taxa Referencial).

Não há nenhuma ilegalidade na incidência da URV sobre as prestações do financiamento habitacional, de acordo com a MP nº 434, de 27.02.94 e Lei nº 8.880, de 28.05.94. No julgamento da AC nº 186.986, no qual funcionei como Relator, a eg. Terceira Turma se posicionou nestes termos:

“EMENTA: CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA.

Tendo a categoria profissional do mutuário recebido nos meses de março a junho/94, acréscimo no va-

lor nominal do salário em cruzeiros reais, em face da conversão para a URV-Unidade Real de Valor, é lícito ao agente financeiro repassar referidos acréscimos ao valor nominal das prestações do financiamento, sob pena de, se assim não proceder, haver desequilíbrio econômico financeiro do contrato, enriquecimento ilícito do devedor e desobediência ao Plano de Equivalência Salarial.

Existência de prova da obediência às cláusulas contratuais (cláusula oitava, nona e/ou décima) que fixam a época e os modos próprios para o reajuste das prestações do financiamento habitacional”.

(AC n.º 186.986, Rel. Des. Federal Ridalvo Costa; julgado em 13.06.2002).

O regime de capitalização de juros faz incidir juros sobre o capital acrescido dos juros acumulados, operação renovada sucessivamente a cada vencimento. Na prática, opera-se a incorporação dos juros ao capital inicial, passando o numerário a render juros no período seguinte, caracterizando o denominado anatocismo, gerando atrito com o art. 4º do Decreto 22.626/33, ainda em vigor, que vedou a usura:

“Art. 4.º É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos de conta-corrente de ano a ano”.

A capitalização de juros poderia ser admitida nos cálculos dos contratos se houvesse expressa disposição legal, a exemplo das cédulas de crédito comercial, industrial e rural. Nesse sentido a Súmula nº 93 do col. STJ:

“A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros”.

Nos demais casos, fora do permissivo legal, a capitalização de juros viola o preceito da Súmula nº 121 do col. STF:

“É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”.

É iterativa a jurisprudência do eg. STJ vedando a prática do anatocismo, nestes termos:

“EMENTA: COMERCIAL. CONFISSÃO DE DÍVIDA. FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS Nº 282 E 356-STF. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS REMUNERATÓRIOS. VEDAÇÃO. LEI DE USURA (DECRETO Nº 22.626/33). INCIDÊNCIA. SÚMULA Nº 121 - STF. CORREÇÃO MONETÁRIA TR. FALTA DE PREVISÃO CONTRATUAL. INAPLICAÇÃO.

I - Inadmissível recurso especial em que é debatida questão federal não objetivamente enfrentada no acórdão *a quo*.

Nos contratos de mútuo firmados com instituições financeiras, ainda que expressamente acordada, é vedada a capitalização mensal dos juros remuneratórios, somente admitida nos casos previstos em lei, hipótese diversa dos autos. Incidência do art. 4.º do Decreto n. 22.626/33 e da Súmula nº 121-STF.

II - Inobstante não haja vedação legal para utilização da TR como indexador de contrato de crédito bancário, deve ser ela pactuada, o que não ocorreu no caso dos autos. E, inexistindo outro índice alternativo contratualmente previsto, prevalece, na omissão, o IGP-M, como estabelecido pelo Tribunal estadual.

III - Recurso especial conhecido e improvido”.
(RESP - 450.822 - STJ; Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior; DJ 16.12.2002)

No mesmo sentido, as decisões proferidas no RESP 31805/RS - DJ 07.06.1993; RESP 39323/RS, DJ de 07.02.94.

Dessa forma, é ilegal a capitalização de juros nos contratos de financiamento regidos pelo SFH.

Os recorrentes defendem a exclusão da cobrança do CES – Coeficiente de Equiparação Salarial nos cálculos do contrato de financiamento habitacional.

José Maria Aragão, em engenhoso estudo sobre o Sistema Financeiro da Habitação, esclarece que o Coeficiente de Equipa-

ração Salarial – CES era “um multiplicador aplicado à prestação inicial refletindo a relação salário-mínimo/UPC e que variava em função do mês de assinatura do contrato e da previsão de variação da ORTN até o próximo reajuste, o que equivalia a um prognóstico sobre a evolução futura da inflação. O CES, na realidade, era um adicional à prestação, que se destinaria a reforçar o FCVS, ao qual caberia a responsabilidade de liquidar o saldo devedor ao final do prazo contratual (...)”.

O referido autor explicita que a “disparada das taxas de inflação, a partir de 1979, combinada com a política de achatamento salarial das classes médias observada a partir daquele ano, tornaria tais reajustamentos de todo insuficientes para impedir o acúmulo de responsabilidade do FCVS em valores muito superiores aos de sua disponibilidade”. (Sistema Financeiro da Habitação - editora Juruá, 1.ª edição-2.ª tiragem-2000/pág.190).

O Coeficiente de Equiparação Salarial - CES tem, assim, a finalidade de corrigir eventuais distorções entre os reajustes salariais do mutuário e a correção monetária aplicável nos financiamentos habitacionais. A aplicabilidade do CES era prevista pelos normativos infralegais editados pelo BNH - Banco Nacional da Habitação ou pelo BACEN - Banco Central do Brasil.

Com o advento da Lei nº 8.692, de 28.07.1993, o CES passou a integrar a legislação relativa ao PES e ao Plano de Comprometimento de Renda - PCR, nestes termos:

“Art. 8.º No Plano de Equivalência Salarial o encargo mensal, conforme definido no parágrafo único do art. 2.º, desta Lei, acrescido do Coeficiente de Equivalência Salarial - CES, será reajustado no mesmo percentual e na mesma periodicidade dos aumentos salariais da categoria profissional do mutuário, aplicável no mês subsequente ao de competência do aumento salarial”.

No caso, não há previsão contratual sobre a cobrança do Coeficiente de Equiparação Salarial-CES, tendo havido, nesse aspecto, desrespeito às regras contratuais.

Os recorrentes defendem a atualização monetária da dívida

após da dedução das parcelas quitadas e não antes do pagamento das prestações, com base no art. 6.º, alínea c da Lei nº 4.380/64, que instituiu a correção monetária nos contratos imobiliários e o Sistema Financeiro para aquisição da casa própria, orientando que:

“ao menos parte do financiamento, ou do preço a ser pago, seja amortizado em prestação mensais sucessivas, de igual valor, antes do reajustamento, que incluam amortizações e juros”.

O citado dispositivo legal foi revogado pelo art. 1º do Decreto-lei nº 19/66, ensejando a edição das Resoluções nº 1.446/88 e 1.980/93 (art. 20) do Banco Central do Brasil, que preconizam:

“XXIII – O Banco Central do Brasil fica autorizado a baixar as normas, a adotar as medidas necessárias à execução do disposto nesta Resolução, bem como disciplinar as operações de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação – SFH, inclusive no que diz respeito aos seguintes aspectos:

(...)

e) regime de amortização empregado.”

“Resolução n.º 1.980/93 - Art. 20. A amortização decorrente do pagamento de prestação deve ser subtraída do saldo devedor do financiamento depois de sua atualização monetária, ainda que os dois eventos ocorram na mesma data”.

A interpretação jurisprudencial deste eg. Tribunal, através da Primeira Turma, firmou-se no sentido de que a atualização do saldo devedor deve preceder à amortização das parcelas, nestes termos:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO E CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO-SFH. CASA PRÓPRIA. CONTRATO DE MÚTUO. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – CDC AOS CONTRATOS DO SFH. POSSIBILIDADE DE USO DA TR COMO FATOR DE ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR.

I – O SFH possui regras e princípios próprios, caracterizando, com efeito, um regime especial, sob o qual não incidem as regras do CDC.

II – Inexistindo óbice legal ao uso da TR como fator de correção do saldo devedor, mantém-se a vontade das partes consolidada na avença. O SFH capta seus recursos das cadernetas de poupança e do FGTS. Se esses recursos na origem são corrigidos pela TR, modificar tal critério de correção implicaria inadmissível desequilíbrio da operação financeira.

III – Restou evidenciado nos autos o desrespeito às regras do PES/CP, razão pela qual o valor das parcelas do contrato deve ser revisto para que não seja majorado acima do reajuste concedido à categoria profissional do autor.

IV – O coeficiente de equiparação salarial não se presta a reajustar o valor do encargo mensal, porquanto a utilização do mesmo não está prevista no contrato celebrado.

V – A atualização do saldo devedor deve anteceder a amortização, pois, do contrário, o principal estaria sendo pago sem a devida correção monetária, o que implicaria depreciação do montante e conseqüente prejuízo para o detentor do capital.

VI – Apelação parcialmente provida”. (TRF. 5.^a Região; Primeira Turma; AC n.º 282.220 - RN; Rel. Margarida Cantarelli; DJ de 01.08.2002).

Não há previsão contratual sobre a fórmula de cálculo de amortização das prestações, se antes ou depois da atualização do saldo devedor, constando apenas a periodicidade da atualização da dívida, no dia correspondente ao da assinatura do contrato.

Dessa forma, acompanho o posicionamento da eg. Primeira Turma deste Tribunal para acolher a fórmula de evolução do saldo devedor, com dedução da parcela após a correção da dívida do financiamento, utilizada pelo agente financeiro.

No contrato de mútuo, a inserção da contribuição para o Fundo de Assistência Habitacional - FUNDHAB, criada pela Lei nº 4.380/

64, disciplinada pelo Decreto 89.284/84, gera obrigação para o mutuário sem configurar ilegalidade. Eis a jurisprudência sobre o tema:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEGITIMIDADE DA CEF. COBRANÇA DO FUNDO DE ASSISTÊNCIA HABITACIONAL. LEGALIDADE.

1. A natureza jurídica do contrato de financiamento do SFH fica na dependência da vinculação ao Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS.

2. Se o contrato está vinculado ao FCVS, é ele um contrato administrativo, sendo a CEF, como sucessora do SFH, legitimada a responder às demandas em que se questiona sobre tais avenças. A natureza jurídica de contrato administrativo justifica a competência da Seção de Direito Público desta Corte.

3. Não havendo vinculação do contrato de financiamento do FCVS, tem-se um contrato civil com a só presença do agente financeiro. Os litígios oriundos de tais contratos são examinados, no STJ, pelas Turmas que compõem a Seção de Direito Privado.

4. A contribuição para o Fundo de Assistência Habitacional - FUNDHAB constitui prestação de natureza civil, inserida em contrato livremente pactuado, sem a cogência que lhe daria a natureza de contribuição compulsória.

5. Legalidade da contribuição prevista na Lei nº 4.380/64, criada pelo Decreto 89.284/84 e normatizada por Resolução do extinto BNH.

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (STJ - RESP 183.428/SP; Rel. Min. Eliana Calmon; Segunda Turma; DJ de 01.04.2002)

“EMENTA: CORREÇÃO MONETÁRIA. FINANCIAMENTO DA CASA PRÓPRIA. ÍNDICE APLICÁVEL MARÇO/90. FUNDO DE ASSISTÊNCIA HABITACIONAL (FUNDHAB).

- O saldo do financiamento com garantia hipotecária, celebrado em 26.04.89, nos termos do Decreto-

Lei nº 70/66, deve ser atualizado, em março de 1990, a partir da data-base, pela variação do BTNF (art. 6º, § 2º da Lei nº 8.024/90).

- Não há ilegalidade na cobrança do FUNDHAB, contra-prestação civil assumida voluntariamente pelo mutuário. Preliminares de incompetência rejeitadas. Recurso conhecido em parte, e nessa parte provido". (STJ; RESP 82.532/SP, 4.ª Turma; DJ de 13.05.96, I, p.15.561)

Não há ilegalidade, portanto, na cobrança do FUNDHAB.

A discussão sobre as relações jurídicas de consumo firmadas entre o agente financeiro e o mutuário, encontra-se superada pela jurisprudência do eg. STJ, que firmou o entendimento de que o contrato de financiamento regido pelo Sistema Financeiro de Habitação encerra as atividades prestadas no mercado de consumo, caracterizando-se, na espécie, pela concessão de crédito ao mutuário para aquisição do imóvel e a prestação contínua de serviços pelo agente financeiro, no decurso do contrato, enquadrando-se na Lei n.º 8.078/90. Eis os precedentes:

“EMENTA: Sistema Financeiro de Habitação. Reajuste das prestações e do saldo devedor. Prequestionamento. Dissídio. Não prequestionados os artigos 330 e 331 do Código de Processo Civil, ficam prejudicadas as questões relativas ao saneamento do processo e à produção de provas, sendo certo que os próprios autores pediram o julgamento antecipado da lide.

- O Código de Defesa do Consumidor se aplica aos contratos de financiamento, conforme já assentou a Corte, mas, no caso, a afirmação de que não são os autores hipossuficientes, de resto, não enfrentada, tira a substância da impugnação sobre a inversão do ônus da prova.

- No que concerne à aplicação do Plano de Equivalência Salarial – PES, a afirmação do acórdão recorrido sobre a ausência de prova de cobrança ilegal ou contrária ao contrato, coberta pela Súmula nº

07 da Corte, impede a passagem do especial.

- As questões da aplicação da TR e do índice de março de 1990, 84,32%, chegam sem o apoio de dispositivo de lei federal e com paradigmas sem confrontação analítica e sem indicação de repositório autorizado.

- Recurso especial não conhecido. (STJ – RESP 390276/PR; Terceira Turma; DJ de 28.10.2002; Rel. Min. Carlos Alberto Direito)

“EMENTA: Processual Civil. Civil. Recurso Especial. Competência do juízo.

Foro de eleição. Domicílio do devedor. Execução. Contrato de compra e venda de imóvel e financiamento. SFH. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Empréstimo concedido por associação a associação.

- Deve ser afastada a aplicação da cláusula que prevê foro de eleição diverso do domicílio do devedor em contrato de compra e venda de imóvel e financiamento regido pelo Sistema Financeiro de Habitação, quando importar em prejuízo de sua defesa. Há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH, que concede empréstimo para aquisição de caso própria, e o mutuário.

- Ao operar como os demais agentes de concessão de empréstimo do SFH, a associação age na posição de fornecedora de serviços aos seus associados, então caracterizados como consumidores.

- Recurso Especial não conhecido. (RESP 436815/DF; DJ de 28.10.2002; Rel. Min. Nancy Andrighi).

O pedido de restituição do indébito, em dobro, tem por base o parágrafo único, do art. 42 da Lei nº 8.078/90, que dispõe:

“O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano injustificável”.

Com a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas firmadas no âmbito do SFH, é direito do mutuário à restituição, em dobro, dos valores pagos em excesso sobre as prestações do imóvel, devendo ser compensados com os débitos do financiamento habitacional.

Entretanto, o eg. STJ já decidiu que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica aos contratos assinados antes de sua entrada em vigor. No caso, o contrato foi celebrado em novembro de 1988, não fazendo jus, portanto, à restituição em dobro dos valores pagos indevidamente - (RESP. 94.303/SP; Min. Carlos Alberto Menezes Direito; DJ de 15.09.1997).

Não procede a apelação, nessa parte.

Quanto ao seguro, não há prova nos autos de que a taxa de seguro tenha sido majorada em índices superiores aos utilizados para a correção das prestações do financiamento habitacional.

Recurso da CEF - Procede o apelo da CEF quanto à inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos firmados antes de sua entrada em vigor, matéria, aliás, já analisada no recurso de Marcos de Andrade Lima e outros, cujo contrato fora celebrado em novembro de 1998.

Os contratos firmados no âmbito do SFH são de adesão, contrariando a pretensão da CEF que pugna pelo seu enquadramento como “uma intervenção pública na autonomia privada”. A questão já se encontra pacificada no seio deste eg. Tribunal:

“EMENTA: SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CONJUNTO HABITACIONAL. PARQUE DOS CORQUEIROS. CONTRATO DE ADESÃO. CLÁUSULA CONTRATUAL.

Uma sentença que examinou adequadamente as provas existentes nos autos não é passível de anulação. Deve ser alterada a cláusula contratual que torna o preço do imóvel dissociado da realidade, repassando valores acertados entre a CEF e as empreiteiras, sem conhecimento do mutuário, especialmente por se tratar de um contrato de adesão. Precedentes das três Turmas desta e. Corte”.

(TRF - 5ª R. Ap. Cível 112.807-RN - 1ª T. - Rel. Des. Federal José Maria Lucena - DJU de 11.12.1998) (Grifo nosso).

A apelante alega que sempre observou o PES/CP. Portanto, não há razão plausível para a desconstituição da sentença que determinou a revisão dos cálculos das prestações pelos índices aplicados à categoria profissional da parte apelada.

O recurso não apresenta nenhum argumento capaz de desconstituir os fundamentos da sentença.

Quanto à atualização e amortização do saldo devedor e a questão dos juros, essa matéria já foi discutida no recurso de Marcos de Andrade Lima e outros.

Isso posto, dou provimento, em parte, às apelações.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 3.395-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelante: HÉLIO JOSÉ GOMES
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Advs./Procs.: DRS. ALDENOR SOUSA DE OLIVEIRA E OUTRO (APTE.)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. SÚMULAS 146 E 497 DO STF. PRETENSÃO RECURSAL PREJUDICADA.

- O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva exige o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação ou o improvimento do seu recurso, observado, sempre, o lapso temporal entre a data de publicação da sentença e a do recebimento da denúncia ou da queixa, ou entre esta data e aquela da consumação do deli-

to. Em todos os seus efeitos, declarada mesmo de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública, a prescrição é causa de extinção da punibilidade, restando prejudicado o mérito recursal por perda de objeto.

- Fatos ocorridos nos anos de 1992 e 1993, com o recebimento da denúncia em 2002. A pena-base imposta na sentença restou fixada em 02 (dois) anos de reclusão, aumentada em 06 (seis) meses pelo reconhecimento da continuidade delitiva, havendo também condenação em multa. Considerando a pena cominada, não havendo interposto recurso da sentença o Ministério Público Federal, impõe-se reconhecer da prescrição em sua modalidade retroativa, com fundamento nos artigos 107, V, 109, IV, 110, §§ 1º e 2º, e 114, II, do Código Penal.

- Consenso jurisprudencial. Súmulas 146 e 497 do STF.

- Extinção da punibilidade decretada.

- Apelação prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, decretar a extinção da punibilidade e julgar prejudicada a apelação, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 28 de abril de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Cuidam os autos de apelação criminal interposta por Hélio José Gomes contra a sentença de fls. 290/301, da lavra da MMª. Juíza

Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que condenou o ora recorrente pela prática do delito de apropriação indébita previdenciária, previsto no artigo 168-A, 1º, I, do Código Penal, às penas de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e multa, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direito.

Em suas razões acostadas às fls. 312/319, o apelante pretende, inicialmente, seja reconhecido o evento da prescrição; e, no mérito, pugna pela reforma da sentença para ser absolvido ou, alternativamente, obter a redução da pena que lhe foi imposta.

Nas suas contra-razões, acostadas às fls. 323/325, o Ministério Público reconhece da prescrição retroativa.

Parecer da Procuradoria Regional Federal, às fls. 332/351, pelo provimento do recurso de apelação, no que tange ao prazo prescricional.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADE-LHA (Relator):

Noticia-se dos autos que, entre os anos de 1992 e 1993, o ora apelante, na qualidade de administrador da empresa Grupo Quatro Acessoria e Serviços Ltda., deixou de recolher aos cofres do INSS as contribuições descontadas de seus funcionários.

O recebimento da denúncia, conforme se verifica à fl. 132, mais de 09 anos após a imputação do delito, ocorreu em 11/04/2002.

A pena-base imposta ao réu foi fixada em 02 (dois) anos de reclusão, aumentada em 06 (seis) meses pelo reconhecimento da continuidade delitiva, havendo também condenação em multa.

A sentença transitou em julgado para o Ministério Público.

Diante desse quadro, de fácil percepção revela-se a ocorrência da prescrição retroativa, de sorte que a análise da pretensão do mérito recursal encontra-se prejudicada.

Em todos os seus efeitos, a prescrição põe fim à ação penal, ficando o julgador impedido de apreciar o mérito do recurso, pois

que se trata de matéria de ordem pública que deve ser decretada de ofício, por força do art. 61 do Código de Processo Penal.

O prazo prescricional, após sentença penal condenatória, com trânsito em julgado para a acusação, tem como parâmetros a data de publicação da sentença condenatória e a do recebimento da denúncia ou da queixa, ou entre esta data e aquela da consumação do delito. Excedido qualquer desses marcos, a hipótese é de ocorrência da prescrição retroativa.

Nesse sentido, é o magistério de Damásio de Jesus, *in Prescrição Penal*, Saraiva, 1997, 11ª edição:

“Desde que transitada em julgado para a acusação ou improvido o seu 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. Encontrado 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”.

De aplicabilidade, é o entendimento jurisprudencial sumulado pelo Supremo Tribunal Federal:

Súmula 497. “Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação”.

Súmula 146. “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

No caso, considerando o lapso superior a 08 anos entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia, como antes visto,

após mais de 09 anos, e considerando, ainda, a pena privativa de liberdade cominada na sentença, com trânsito em julgado para o *Parquet* Federal, forçoso é reconhecer da prescrição em sua modalidade retroativa.

Ante o exposto, declaro a extinção da punibilidade ante o reconhecimento do evento prescricional, nos termos dos artigos 107, V, 109, IV, 110, §§ 1º e 2º, e 114, II, do Código Penal, e julgo prejudicado o mérito da apelação.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 87.425-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC
Apelada: ANA CLÁUDIA SILVA FARIAS
Advs./Procs.: DRS. FERNANDO SANTOS CHRISÓSTOMO E
OUTROS (APTE.) E PEDRO PAULO AUGUSTO
OLIVEIRA (APDA.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDADE. PROFESSOR SUBSTITUÍDO. CANDIDATO ANTERIORMENTE CONTRATADO. INSCRIÇÃO NO PROCESSO SELETIVO. CONTRATAÇÃO. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO III, DO ART. 9º, DA LEI 8.745/93, ALTERADO PELA LEI Nº 9.849/99. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA ACESSIBILIDADE AOS CARGOS PÚBLICOS.

- A vedação imposta pelo inciso III, do art. 9º, da Lei nº 8.745/93, modificado pela Lei nº 9.849/99, foi direcionada apenas à hipótese de contratação temporária de profissionais antes de decorrido o prazo de 24 (vinte e quatro) meses após findo o contrato anterior. Não abrangeu a etapa anterior à contratação, qual seja, a participação no concurso público para seleção do candidato

mais qualificado para o cargo.

- Até mesmo o impedimento à nova contratação temporária de profissional, antes do prazo de 24 (vinte e quatro meses) do encerramento do contrato anterior, já fora declarado inconstitucional pelo Plenário deste e. Tribunal, em 23.10.2002, no julgamento da argüição de inconstitucionalidade na AMS nº 72.575-CE, por atentar contra os princípios constitucionais da isonomia e da acessibilidade aos cargos públicos, entendimento este que vem sendo seguido pela e. Primeira Turma.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 10 de março de 2005 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de apelação e remessa oficial em mandado de segurança contra sentença do douto juízo substituto da 10ª Vara do Ceará, que concedeu a segurança impetrada, para, confirmando a liminar antes concedida às fls. 43/44, determinar à autoridade impetrada que afaste, no momento da inscrição da impetrante no Concurso Público para Professor Substituto na disciplina de Criação de Modas da Universidade Federal do Ceará e, em caso de aprovação, da sua contratação, o requisito exigido no art. 9º, III da Lei nº 8.745/93.

Argumenta o apelante que a impetração deveria ter sido ajuí-

zada contra o setor competente, qual seja, o MARE - Ministério de Administração e Reforma do Estado, que está inviabilizando todas as nomeações resultantes da aplicação da Emenda Constitucional nº 11/96.

Intimada para contra-razões, a impetrante deixou transcorrer o prazo *in albis*, sem apresentá-las.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

A matéria ventilada no presente *mandamus* cinge-se à discussão acerca da possibilidade ou não de um professor universitário substituto, cujo contrato tem natureza temporária, vir a se submeter a um novo certame para o mesmo cargo, antes de decorrido o prazo de 24 (vinte e quatro) meses do encerramento do contrato anterior, e, acaso aprovado, vir a ser contratado.

Essa polêmica surgiu em face da proibição imposta pelo art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.745/93, alterada pela Lei nº 9.849/99, que dispôs sobre *a contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal.*

Eis o conteúdo do mencionado dispositivo legal:

“Art. 9º. O pessoal contratado nos termos desta Lei não poderá:

.....
III – ser novamente contratado, com fundamento nesta Lei, antes de decorridos vinte e quatro meses do encerramento de seu contrato anterior, salvo na hipótese prevista no inciso I do art. 2º, mediante prévia autorização, conforme determina o art. 5º”.

Analisando o texto legal em referência, observo que a mencionada vedação foi direcionada apenas à hipótese de contratação antes de decorrido o prazo de 24 (vinte e quatro) meses após findo o contrato anterior. Não abrangeu, pois, a etapa anterior à contratação, qual seja, a participação no concurso público para seleção

do candidato mais qualificado para o cargo.

Sendo assim, é facultado à(ao) impetrante participar do processo seletivo para o cargo de professor substituto da UFC, mesmo não tendo decorrido o prazo estabelecido no art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.745/93, modificado pela Lei nº 9.849/99. Qualquer obstáculo, porventura imposto pela Administração, constituirá ato abusivo e, portanto, passível de reparação pela via judicial.

Ademais, até mesmo o impedimento à nova contratação temporária de profissional, antes do prazo de 24 (vinte e quatro meses) do *dies ad quem* do contrato anterior, já fora declarado inconstitucional pelo Plenário deste e. Tribunal, em 23.10.2002, no julgamento da argüição de inconstitucionalidade na AMS nº 72.575-CE, por atentar contra os princípios constitucionais da isonomia e da acessibilidade aos cargos públicos.

Segue abaixo transcrita a ementa proferida no feito acima identificado:

“ADMINISTRATIVO. SELEÇÃO PARA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSOR SUBSTITUTO. PARTICIPAÇÃO DE PROFESSOR JÁ CONTRATADO. VEDAÇÃO. LEI 8.745/93.

1. Atenta contra o princípio constitucional da isonomia a vedação estabelecida em lei para a contratação de professor substituto que já foi contratado dentro do período de 24 meses;

2. Se violação ao art. 37, IX da Constituição Federal existe, essa violação é na própria perpetuação da contratação temporária pela Administração Pública, de quem quer que seja, ao invés da realização de concurso público para provimento de cargo em caráter efetivo; não na participação do impetrante no processo seletivo, que, em princípio, é objetivo e isonômico;

3. Declaração da inconstitucionalidade do art. 9º, III, da Lei nº 8.745/93”.

Esse entendimento tem determinado as decisões proferidas pelas Turmas de Julgamento deste e. Tribunal, conforme se ob-

serva do teor da ementa a seguir trasladada, da lavra do ilustre Desembargador Federal Francisco Wildo.

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROFESSOR SUBSTITUTO. NOVO CONTRATO. VEDAÇÃO DO ART. 9º DA LEI Nº 8.745/93. INCONSTITUCIONALIDADE.

- Uma interpretação sistêmica do texto constitucional revela que a norma contida no art. 9º, da Lei nº 8.745/93, ao proibir a participação no novo concurso de candidatos já contratados anteriormente, afronta os princípios da isonomia e da acessibilidade aos cargos públicos.

- O aludido dispositivo não se coaduna, igualmente, com o princípio da eficiência, por impedir a contratação exatamente daqueles que já adquiriram experiência no ensino.

- Precedente da 1ª Turma desta Corte.

- Agravo de instrumento improvido”.

(TRF - 5ª Região, AGTR nº 45122-AL, 1ª Turma, Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo, julgamento: 07.08.2003, publicação: *DJU* 17.09.2003, pág.1054).

Pelo exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 89.751-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)

Apelante : SINEDBEB – SINDICATO INTERESTADUAL DE EMPRESAS DISTRIBUIDORAS VINCULADAS AOS FABRICANTES DE CERVEJA, ÁGUA MIINERAL E BEBIDAS EM GERAL NO ESTADOS DE PE, AL, PB, CE, MA E PI

Apelada: FAZENDA NACIONAL

Advs./Procs.: DRS. BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTROS (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IPI. PAUTA FISCAL. DESCONTOS INCONDICIONADOS. SINDICATO DE DISTRIBUIDORAS DE BEBIDAS. POSIÇÃO INTERMEDIÁRIA NA CADEIA ECONÔMICA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. APELO IMPROVIDO.

O art. 51 do CTN determina que o IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados deve ser recolhido pelo industrial ou quem a lei a ele equipare, sendo pago pelo produtor e transferido, embutido no preço do produto, ao consumidor, que apenas suporta o ônus da exação no preço final. Tratando-se de discussão sobre a utilização do regime de pautas fiscais para o cálculo do imposto e a impossibilidade de se abater os descontos incondicionais, apenas aquele que recolhe o imposto, no caso, o produtor, é que pode buscar a repetição do indébito e, por conseguinte, postular em juízo a respeito.

As distribuidoras de bebidas defendidas pelo Sindicato impetrante não são nem contribuintes de direito, nem de fato, pois apenas intermediam a venda da bebida do produtor (que recolhe o IPI) para o consumidor final (que suporta o ônus da carga tributária).

***Ilegitimidade ativa ad causam reconhecida.
Apelo improvido.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação em mandado de segurança, em que são partes as acima mencionadas.

Acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 14 de junho de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado):

Trata-se de Mandado de Segurança em que o Sindicato Interestadual das Empresas Distribuidoras Vinculadas aos Fabricantes de Cerveja, Refrigerante, Água Mineral e Bebidas em Geral nos Estados de Pernambuco, Alagoas, Paraíba, Ceará, Maranhão e Piauí impetra em favor das empresas a ele associadas no Estado de Pernambuco, dedicadas à atividade de distribuição de bebidas, mandado de segurança em que postula seja reconhecida a ilegalidade da cobrança de IPI com base no regime de pauta fiscal, que não permite o abate, da base de cálculo, dos descontos incondicionais concedidos. Pugna pelo aproveitamento imediato dos créditos que entende serem devidos a seus associados em Pernambuco, via compensação.

A parte impetrada pediu o reconhecimento de prefacial de ilegitimidade passiva *ad causam* da impetrante e de seus associados, refutando o mérito.

O MM. Juiz *a quo* acolheu a preliminar de ilegitimidade ativa em sentença prolatada às fls. 473/476 dos autos, extinguindo o processo sem exame de mérito, na forma do art. 267, VI do CPC.

Irresignada, a impetrante apelou, pedindo a reforma da sentença. Asseverou que as empresas associadas em nome das quais postula em juízo suportam o ônus da carga tributária, tendo em vista tratar-se de tributo indireto. Alegou que a lei presume que o encargo financeiro seja repassado ao contribuinte de fato.

Afirmou, ainda, que os fabricantes de bebidas são os contribuintes de direito, mas que, com o repasse do custo para os consumidores, as empresas distribuidoras de bebidas são os contribuintes de fato, por estarem no final da cadeia de não cumulatividade. Argumentou que não há presunção de repasse do valor cobrado a título de IPI para os consumidores que compram as bebidas das distribuidoras associadas ao impetrante, pois não há determinação legal para tanto. Apontou o fato de que, para repetir o indébito, o industrial precisaria de autorização da distribuidora, não havendo essa necessidade em relação à distribuidora quanto ao consumidor final.

Pedi ainda a concessão da ordem para que seja assegurada a compensação dos valores que entende terem sido recolhidos indevidamente.

A parte apelada apresentou suas contra-razões às fls. 505/508, postulando pela manutenção da sentença recorrida.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Relator Convocado):

A questão posta à apreciação consiste, preliminarmente, em verificar se a apelante é detentora de legitimidade ativa para a proposição da presente ação mandamental, posto que extinto o processo sem exame de mérito na sentença vergastada.

Trata-se de sindicato de distribuidoras de bebidas ingressando em juízo na defesa do interesse das empresas a ele associadas.

A análise da matéria passa, inicialmente, pela dicção do art. 121 do Código Tributário Nacional:

“Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei”.

Também do CTN, o art. 51 estabelece quem é o contribuinte do IPI, Imposto sobre Produtos Industrializados:

“Art. 51. Contribuinte do imposto é:

I – o importador ou quem a lei a ele equiparar;

II – o industrial ou quem a lei a ele equiparar;

III – o comerciante de produtos sujeito ao imposto, que os forneça aos contribuintes definidos no inciso anterior;

IV – o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados levados a leilão”.

A análise dos dispositivos acima colacionados induz à conclusão de que as distribuidoras de bebidas associadas ao Sindicato impetrante não são contribuintes do IPI, sequer sendo responsáveis pelo pagamento do imposto sob exame. Assim, verifica-se que somente o industrial, ou pessoa a ele equiparada nos termos legais, é que pode propor demanda relativa ao tributo em comento.

Tem-se da análise dos autos que as empresas representadas pelo impetrante são distribuidoras de bebidas. Adquirem o produto da indústria, já com o valor do IPI embutido no preço, operação através da qual o fabricante transfere o encargo financeiro ao contribuinte de fato. Ocorre que o contribuinte de fato não é legitimado a pleitear a suspensão da cobrança do imposto através do sistema de pauta financeira, nem mesmo a reclamar que os descontos incondicionais sejam abatidos da base de cálculo da exação sob

comento. Somente quem recolheu o imposto, no caso, a indústria, é que pode questionar judicialmente a sua forma de cálculo.

Sobre o tema, o aresto que segue:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. IPI. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. EMPRESA COMERCIANTE DE BEBIDAS. PAUTA DE VALORES FISCAIS. ILEGITIMIDADE ATIVA.

1. Não há se confundir o interesse econômico decorrente do pagamento do IPI incluído no preço da mercadoria e da impossibilidade de repassar o encargo, por circunstâncias também econômicas, com o interesse jurídico defluente da relação direta do contribuinte com o fato gerador, ausente na espécie, em que se trata de empresas comercializadas.

2. Apelação improvida”.

(TRF 4ª Região, AMS 85.335/RS, Juiz Wellington M. de Almeida, 1ª Turma, julg. un., DJU 31.03.04).

Apesar disso, as empresas associadas defendidas pelo impetrante também não são contribuintes de fato, tendo em vista que não ocupam o último elo da cadeia tributária, o que ocorre após a venda ao consumidor final. Assim, o distribuidor está localizado justamente na etapa intermediária da cadeia econômica. Tratando-se, como se trata, de imposto indireto, o ônus da carga tributária recai sobre o consumidor final, este sim, contribuinte de fato. Entretanto, como acima delineado, não legitimado à repetição de indébito.

A respeito, impende colacionar o aresto a seguir:

“TRIBUTÁRIO IPI. BEBIDAS. SISTEMA DE PAUTAS. DISTRIBUIDOR. ALTERNATIVA. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM. CARÊNCIA DE AÇÃO.

- O distribuidor de bebidas, porque não as fabrica nem as consome, situando-se em meio da cadeia econômica, não é contribuinte nem de fato, nem de direito, do IPI. Não pratica o fato gerador, não recolhe o imposto e se sofre a repercussão econômica,

transfere o ônus para o comerciante varejista e este para o consumidor final, o que denota a sua falta de legitimação para combater o tributo em tela". (TRF 5ª Região, 2ª Turma, AMS 84.633/PB, rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, *DJU* 06.11.03, p.350).

O argumento de que, na conformidade do art. 166 do CTN, somente com a autorização de quem sofreu o ônus do encargo é que aquele que o pagou e depois transferiu pode postular a repetição do indébito, não reforça a tese do impetrante, senão a afasta. Por certo que autorizar o legitimado a postular é diferente de postular. E há de ser evidenciado, através de provas consistentes da movimentação de caixa da empresa que primeiro recebeu a transferência da carga tributária, que não a repassou para o consumidor final, mas isso para que o produtor vá a juízo, não o distribuidor.

Tecidas essas considerações, nego provimento ao apelo.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 89.863-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)
Apelante: DIVINAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTEFATOS TÊXTEIS LTDA.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs: DRS. MARIANA CAVALCANTI DE FIGUEIREDO LIMA E OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL. EMENDA Nº 27/2000. CONSTITUCIONALIDADE PRESUMIDA ENQUANTO NÃO DECLARADA A INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. ADIN 2.199. DESVINCULAÇÃO DE PARCELA DE 20% DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. INOCORRÊNCIA DE PRE-

JUÍZO AO CONTRIBUINTE. MERA MUDANÇA DE DESTINAÇÃO. APELO IMPROVIDO.

- O art. 1º da Emenda Constitucional nº 27/00 alterou a redação do art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, desvinculando 20% da arrecadação de impostos e contribuições sociais.

- Presume-se a constitucionalidade da Emenda aludida enquanto não declarada a sua inconstitucionalidade pela Corte Suprema, matéria em exame na ADIN 2.199, pendente de julgamento.

- Inocorrência de prejuízo para o contribuinte, vez que houve mera mudança de destinação com a desvinculação, não sendo aumentados os valores das contribuições, anteriormente fixados.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 14 de junho de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O EXMO DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado):

Trata-se de mandado de segurança em que a empresa impetrante, dedicada à exploração de comércio e industrialização de tecidos, confecções e artefatos têxteis, postula que a autoridade

coatora proceda à inclusão, por via eletrônica, dos créditos que entende lhe serem devidos em função da desvinculação determinada pela Emenda Constitucional nº 27, de 20% (vinte por cento) do total das contribuições sociais. A desvinculação foi instituída através da alteração da redação do art. 76 do ADCT, o que teria, ao seu ver, transformado as aludidas contribuições sociais (constitucionalmente identificadas pela sua vinculação) em tributos, insuscetíveis de modificação até mesmo por emenda à Constituição, razão pela qual não se pode exigir do contribuinte o seu adimplemento.

O MM. Juiz *a quo* denegou a segurança, em sentença prolatada às fls. 85/86 dos autos.

Irresignada, a impetrante apelou, pedindo a reforma da sentença com lastro nos argumentos expendidos na exordial. Pugnou pela declaração da inexistência da relação jurídica autorizadora da exigência do percentual de 20% (vinte por cento) do total das contribuições sociais, parcela desvinculada pela EC 27/00. Pediu ainda a compensação dos valores recolhidos a esse título com quaisquer outros tributos federais devidos pela impetrante ou por terceiros, a quem queira repassar seu crédito, postulando, ao fim, pela inclusão do referido crédito no sistema de informações da Receita Federal.

A parte vencedora apresentou suas contra-razões às fls. 118.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Relator Convocado):

A questão posta à apreciação concerne, em sua essência, na constitucionalidade da desvinculação de 20% dos valores cobrados a título de contribuição social, à vista da dicção da Emenda Constitucional de nº 27, que alterou a redação do art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A redação emprestada ao aludido dispositivo legal, por obra do art. 1º da EC 27/00 é a seguinte:

“Art. 76. É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, no período de 2000 a 2003, vinte por cento da arrecadação de impostos e contribuições sociais da União, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais.
(...)”.

Foi protocolada ADIN, de nº 2.199, em que se questiona a legalidade do dispositivo sob exame. Pendente de apreciação por parte da nossa Corte Suprema, até a presente data, resta que labora em favor da Emenda Constitucional atacada a presunção de constitucionalidade.

Já houve enfrentamento da questão, como demonstra o aresto a seguir:

“CONSTITUCIONAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 27/2000. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DOS LIMITES MATERIAIS E FORMAIS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS.

1. Vigora em favor da emenda constitucional nº 27/2000 a presunção de constitucionalidade, até o pronunciamento contrário da corte suprema.

2. A emenda questionada não modificou as chamadas cláusulas pétreas aduzidas no art. 60, parágrafo 4º, CF/88 (limite material), nem tampouco sofreu qualquer impugnação formal.

3. Os acréscimos introduzidos no art. 76 do ADCT não trouxeram prejuízos aos contribuintes, causando apenas mudança de destinação de parcela dos valores arrecadados.

4. Apelação improvida”.

(TRF- 5ª Região, AC 322.837/CE, rel. Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria, *DJU* 27.04.2004, p. 713).

E, mesmo que fosse reconhecida a ilegalidade do dispositivo, não remanesceria qualquer prejuízo aos contribuintes, tendo em vista que não houve alteração dos valores cobrados, senão que apenas a destinação foi modificada.

Impende colacionar o aresto a seguir, por elucidativo:

“PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 27. “DESVINCULAÇÃO DE PARTE DOS VALORES ARRECADADOS A TÍTULO DE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS (PIS, COFINS, CSL E CPMF).

1. A desvinculação de parte dos recursos arrecadados a título de contribuições sociais, no período de 2000 a 2003, previsto na EC nº 27, é constitucional.

2. A insatisfação daqueles contribuintes que visam eximir-se do recolhimento das referidas contribuições não se justifica, vez que não representaria aos mesmos uma diminuição da exação a ser recolhida, vez que o precentual de 20% a ser desvinculado nada mais é do que uma parcela do montante das contribuições que eram exigidas do contribuinte antes da Emenda, ou seja, o valor a ser recolhido pelo contribuinte permaneceu, nesse particular, intangível. O que mudou, na realidade, foi a destinação.

3. As contribuições sociais (PIS, COFINS, CPMF e CSL), que se encontravam de conformidade com o texto constitucional antes da edição da EC 27, não foram contaminadas por vícios de inconstitucionalidade após aquela Emenda, porquanto as leis que as instituíram permaneceram inalteradas.

4. A nova destinação não implica em criação de novo tributo.

5. Apelo improvido”.

(TRF - 1ª Região, AMS 34000311435/DF, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, *DJU* 09.04.2003, p. 61).

Ademais, há de ser visto que se o legislador intentasse dar destinação exclusiva aos recursos arrecadados, o faria de forma expressa, a exemplo do que estatui o art. 167, XI, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, que veda “a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201”. Trata-se (art. 195, I, a) da contribuição social do empregador sobre folha de salários e rendimentos pa-

gos a trabalhador por prestação de serviços e (inciso II) contribuição do trabalhador e demais segurados da previdência.

Tecidas essas considerações, nego provimento ao apelo.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 89.872-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Apelante: IZAIRTON MARTINS DO CARMO
Apelada: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC
Repte.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDADE
Adv./Proc.: DR. RODRIGO ANTÔNIO MAIA BARRETO (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ATO DE APOSENTADORIA CONCEDIDA NO ANO DE 1992. ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVERSÃO APÓS DEZ ANOS. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA BOA-FÉ.

- A aposentadoria constitui ato administrativo complexo, que somente se perfaz com o registro e homologação pelo TCU, nos termos do art. 71, III, da CF/88, apresentando-se descabido falar em decadência enquanto não estiver o ato perfeito.

- In casu, a aposentadoria especial de professor deferida 1992 com utilização do “arredondamento” previsto no parágrafo único do art. 101 da Lei nº 8.112/90 (revogado pela Lei nº 9.527/97), foi julgada pelo TCU ilegal no ano de 2002, tendo em vista que a legislação vigente à época exigia o efetivo exercício da função de magistério, o que seria inconciliável com o arredondamento.

- Não obstante a Administração utilizar seu po-

der de autotutela, que possibilita a esta anular ou revogar seus próprios atos, quando eivados de nulidades, deve-se preservar a segurança jurídica e a estabilidade das relações firmadas, respeitando-se os direitos incorporados ao patrimônio material e moral do administrado, acobertado pelo princípio da boa-fé, restando a presente situação consolidada.

- “Sob a presunção de legalidade foi a aposentadoria da Impetrante deferida e mantida durante o longo prazo de 10 (dez) anos. Seria, destarte, manifestamente contrário ao interesse público e à estabilidade das relações jurídico-administrativas, exigir-se que a impetrante retornasse às funções do magistério após, repita-se, o decurso de dez longos anos, para cumprir cerca de apenas 03 (três) meses de serviço, em razão de irregularidade para a qual não concorreu”. (TRF 5ª R. – AMS 82.422 – (2001.81.00.013291-3) – CE – 2ª T. – Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti – DJU 24.03.2004 – p. 673/674).

- Apelação provida. Segurança concedida.

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, 28 de abril de 2005 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de apelação da sentença de fls. 102/104, da lavra do MM. Juiz Federal da 10ª Vara/CE, que julgou improcedente o pedi-

do do autor, denegando a segurança, sob os fundamentos de que não se aplica o prazo decadencial previsto na Lei nº 9.784/99, tendo em vista que o ato de aposentadoria de servidor público federal somente se apresenta perfeito e acabado após julgamento por parte do TCU. Outrossim, tendo em vista a inconstitucionalidade do artigo 101, da Lei 8.112/90, por parte do c. STF, incabível a manutenção do ato que o aplicou.

Insurge-se o particular contra r. sentença onde alega, em apertada síntese, que descabe a revisão do ato de aposentação após decorrido dez anos de efetivação, nos termos do artigo 54, da Lei 9.784/99, observando-se, dessa forma, os princípios da boa-fé e segurança jurídica. Pugna pela concessão da segurança, ratificando-se o ato de aposentação, sem a necessidade do seu retorno ao trabalho, ou para que a mesma seja revisada para percepção na forma proporcional.

Foram apresentadas contra-razões.

Admitido o recurso na origem, ascenderam os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

A questão trazida à baila é de fácil deslinde.

Merece reforma a sentença impugnada, por não haver apreciado a questão na melhor forma que o direito ampara.

A impetrante obteve o benefício de aposentadoria em maio/1992, no cargo de professor, nos termos do art. 40, III, *a*, da Constituição Federal então em vigor, perfazendo tempo de serviço equivalente a 34 anos, 06 meses e 26 dias, ao utilizar da regra inculpada no artigo 101, da Lei 8.112/90, arredondando referido tempo para trinta e cinco anos.

O ato do impetrado de deferimento do benefício foi, então, submetido à apreciação do Tribunal de Contas da União, para fins de registro, nos termos do art. 71, III, da Carta Magna. Em março de

2002, foi notificado de que o TCU havia concluído pela ilegalidade de sua aposentadoria, tendo em vista a inaplicabilidade do arredondamento previsto no art. 101, parágrafo único da Lei nº 8.112/90 aos casos de aposentadoria especial de professor.

A apelante suscita a decadência do direito de anulação pelo Impetrado do ato respectivo, nos moldes do art. 54 da Lei nº 9.784/99, tendo em vista o decurso de aproximadamente 10 (dez) anos.

O juiz sentenciante denegou a segurança, sob a alegação de não decadência por ser ato administrativo complexo que só se aperfeiçoa com a homologação pelo Tribunal de Contas e, somente a partir deste ato homologatório teria início o prazo decadencial.

A aposentadoria da Impetrante foi concedida nos termos dos art. 40, III, da Constituição Federal c/c art. 186, III, *a* da Lei n.º 8.112/90. Foi-lhe, então, concedido o arredondamento previsto no art. 101, parágrafo único da Lei n.º 8.112/90, o qual assim dispunha, antes de ser revogado pela Lei n.º 9.527/97:

“Art. 101. A apuração do tempo de serviço será feita em dias, que serão convertidos em anos, considerado o ano como de trezentos e sessenta e cinco dias. Parágrafo único. Feita a conversão, os dias restantes, até cento e oitenta e dois, não serão computados, arredondando-se para um ano quando excederem este número, para efeito de aposentadoria”.

De acordo com o entendimento do Tribunal de Contas da União, a aposentadoria especial de professor não se coadunava com o arredondamento em questão, porquanto exigia efetivo exercício das funções de magistério.

Restou demonstrada a existência de erro no deferimento da aposentadoria da Impetrante, já que a Universidade concedeu arredondamento em desacordo com os pronunciamentos vinculantes do TCU.

O ato de aposentadoria do servidor público enquadra-se entre os denominados atos administrativos complexos, os quais, na lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, “são os que resultam da manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou

colegiados, cuja vontade se funde para formar um ato único. As vontades são homogêneas; resultam de vários órgãos de uma mesma entidade ou de entidades públicas distintas, que se unem em uma só vontade para formar o ato; há identidade de conteúdo e de fins”.

Sendo ato complexo, impossível falar em decadência enquanto não estiver o ato perfeito. Sendo assim, verificando o TCU que o ato inicial encontrava-se eivado de ilegalidade, por deferir aposentadoria em desacordo com as normas legais aplicáveis à época, não estaria, a princípio, impedido de determinar sua anulação.

Porém, o caso em apreço requer melhor compreensão para sua elucidação, com base nos princípios gerais da Administração e do Estado Democrático de Direito.

Dentre os princípios norteadores do Estado de Direito, podemos encontrar o da legalidade e o da segurança jurídica. A Administração pode e deve se utilizar de seu poder de autotutela, que a possibilita anular ou revogar, a qualquer tempo, seus próprios atos, quando eivados de nulidades. É neste sentido a Súmula nº 473 do STF:

“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

No entanto, o exercício da autotutela não é ilimitado. Em verdade, deve-se sempre ter em conta outro princípio da segurança jurídica: o da boa-fé. Na medida em que o Estado se apropria da organização da vida em coletividade, deve assegurar aos administrados um mínimo de estabilidade social para que possam desenvolver suas atividades e realizar seus próprios objetivos.

Neste sentido, destaco excerto do elucidativo voto da lavra do Des. Fed. Francisco Cavalcanti, ao julgar caso análogo:

“Sendo assim, se um particular celebrou certo negócio com a Administração ou foi beneficiário de determinado ato administrativo, desde que estives-

se acobertado pelo 'manto' da boa-fé, não poderia ficar sujeito indefinidamente à possibilidade de alteração ou de anulação desses atos, ainda que ilegais. Apesar da faculdade da Administração de invalidar as atividades ilegítimas do Poder Público, deve-se preservar a estabilidade das relações jurídicas firmadas, respeitando-se os direitos já incorporados ao patrimônio material e moral do particular. Acerca da importância e dos limites deste confronto entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica, assim se pronunciou o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello: "Finalmente, vale considerar que um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. É a pacificação dos vínculos estabelecidos, a fim de se preservar a ordem. Este objetivo importa muito mais no Direito Administrativo do que no Direito Privado. É que os atos administrativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta e outros indiretamente, como observou Seabra Fagundes. Interferem com a ordem e estabilidade das relações sociais em escala muito maior. Daí que a possibilidade de convalidação de certas situações – noção antagônica à de nulidade em seu sentido corrente – tem especial relevo no Direito Administrativo. Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe ao espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprimivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida".

Mais adiante continua:

"Não se trata, *in casu*, de relevar uma ilegalidade, mas sim de convalidar os efeitos de uma aposentadoria que, aos olhos do administrado e, de acordo com a interpretação da UFC, tinha toda a aparência de legal, porquanto baseada no permissivo do art. 101, parágrafo único da Lei nº 8.112/90 ensejador

do ‘arredondamento’ e perfeitamente válido à época dos fatos. Sob esta presunção de legalidade foi a aposentadoria da Impetrante deferida e mantida durante o longo prazo de 10 (dez) anos. Seria, destarte, manifestamente contrário ao interesse público e à estabilidade das relações jurídico-administrativas, exigir-se que a Impetrante retornasse às funções do magistério após, repita-se, o decurso de dez longos anos, para cumprir cerca de apenas 03 (três) meses de serviço, em razão de irregularidade para a qual não concorreu”.

Sendo assim, tendo em vista o decurso de mais de dez anos entre o ato de deferimento do benefício pela UFC e a decisão do TCU, bem como em razão da preservação do princípio da segurança jurídica e da boa-fé dos administrados, tenho por consolidada a situação da impetrante.

Neste diapasão os precedentes abaixo colacionados, no que interessa:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – SERVIDOR PÚBLICO – TRANSFORMAÇÃO DAS FUNÇÕES DE CONFIANÇA DAS INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO EM CARGOS DE DIREÇÃO – LEI Nº 7.596/87 – DECRETO Nº 94.664/87 – PORTARIA MEC Nº 474/87 – LEI Nº 8.168/91 – ‘QUINTOS’ INCORPORADOS DE ACORDO COM VALORES DA PORTARIA MEC Nº 474/87 – REDUÇÃO – LEGITIMIDADE PASSIVA DAS AUTARQUIAS – REVISÃO DO ATO ADMINISTRATIVO – DECADÊNCIA – ART. 54 DA LEI Nº 9.784/99.

I - (...).

II - A jurisprudência do Colendo STF, na linha da orientação de Antônio Luís da Câmara Leal (*in* Da Prescrição e da Decadência, 3ª Ed., págs. 90/91), consagrou o entendimento de que a lei que encurta o prazo de prescrição aplica-se às situações em curso, contando-se, porém, o novo prazo, do dia em que essa mesma lei começou a vigorar, a menos

que inferior o prazo restante da lei antiga, hipótese em que continua a reger a contagem da prescrição. Admitindo-se que tal regra de direito intertemporal também seja válida para a decadência, o termo inicial do prazo de cinco anos, previsto no art. 54 da Lei nº 9.784, de 29.01.1999, publicada em 01.02.1999, coincidiria com o início de sua vigência, em 01.02.1999 (art. 70), operando-se em 01.02.2004, já que, anteriormente à Lei nº 9.784/99, inexistia tal prazo de decadência.

III - Entretanto, a jurisprudência majoritária do TRF/1ª Região conta o novel prazo do art. 54 da Lei nº 9.784/99 desde a data da Portaria MEC nº 474, de 26.08.1987, – ora inquinada de ilegal e que fixara os valores das funções comissionadas incorporadas pelos impetrantes –, concluindo que, decorridos cinco anos de sua edição, não poderia ela ser anulada com base no parecer AGU nº 203, de 06.12.1999 (AMS nº 2000.39.00.000958-4/PA, Rel. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, 1ª T. do TRF/1ª Região, unânime, *in DJU* de 24.03.2003, pág. 99; AMS nº 2000.35.00.003634-5/GO, Rel. Juiz convocado Velasco Nascimento, 2ª T. do TRF/1ª Região, unânime, *in DJU* de 17.02.2003, pág. 82). Em igual sentido o precedente do egrégio STJ (RESP nº 444.126/PR, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T. do STJ, unânime, *in DJU* de 10.03.2003, pág. 294).

IV - Ressalva do entendimento da Relatora.

V - Preliminar rejeitada. Apelação e remessa oficial improvidas”.

(TRF 1ª R. – AMS 39000110433 – PA – 2ª T. – Relª Desª Fed. Assusete Magalhães – *DJU* 30.03.2004 – p. 11).

“ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – APOSENTADORIA – REVOGAÇÃO – DECADÊNCIA – ART. 54 DA LEI Nº 9.784/99 – PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NO DIREITO ADMINISTRATIVO – ALCANCE – 1. Embora se reconheça o poder-dever da Administração em anular seus próprios atos quando eiva-

dos de ilegalidade, porquanto da inteira submissão da atuação administrativa ao princípio da legalidade, o certo é que essa prerrogativa precisa ser compatibilizada com outro princípio próprio do Estado Democrático de Direito, qual seja, o da segurança jurídica. Mesmo considerando que “a Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos”, tal prerrogativa somente pode ser levada a efeito no limite temporal insculpido no art. 54 da Lei nº 9.784/99. Ultrapassado o prazo decadencial da norma referida sem que o ato impugnado fosse expurgado do universo jurídico, prevalece a segurança jurídica em detrimento da legalidade da atuação administrativa, razão pela qual não merece reforma a r. sentença objurgada. (...) Em voto que proferiu quando integrante da Corte, publicado na RTRF/4ª Região, V. 6, p. 269, disse o então Des. Federal Gilson Dipp, *verbis*: ‘a Administração Pública pode, de modo implícito, pelo silêncio ou pela inação, durante prolongado lapso temporal, ratificar ato administrativo. O Poder Público atentaria contra a boa-fé dos destinatários da administração se, com base em supostas irregularidades, por ele tanto tempo toleradas, pretendesse a supressão do ato’. Incide, pois, *in casu*, o disposto no art. 54 da Lei nº 9.784.

2. Precedentes do STJ.

3. Improvimento da apelação e da remessa oficial”. (TRF 4ª R. – AC 2002.71.00.034813-3 – RS – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – *DOU* 23.06.2004 – p. 462).

“ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDORA PÚBLICA – APOSENTADORIA ESPECIAL DE PROFESSORA CONCEDIDA EM 1991 – ILEGALIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE REVERSÃO – PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA BOA-FÉ
(...)

7. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada.

8. Aposentadoria especial de professora deferida pela UFC em 05.09.1991 com a utilização do 'arredondamento' previsto no parágrafo único do art. 101 da Lei nº 8.112/90 (revogado pela Lei nº 9.527/97). Decisão do TCU em 2001 pela ilegalidade do benefício tendo em vista que a legislação vigente à época exigia o efetivo exercício da função de magistério, o que seria inconciliável com o arredondamento.

9. A aposentadoria constitui ato administrativo complexo, que somente se perfaz com o registro e homologação pelo TCU, nos termos do art. 71, III, da CF/88. Impossível, assim, falar em decadência enquanto não estiver o ato perfeito.

10. Pode a Administração utilizar de seu poder de autotutela, que possibilita a esta anular ou revogar seus próprios atos, quando eivados de nulidades. Entretanto, deve-se preservar a segurança jurídica e a estabilidade das relações firmadas, respeitando-se os direitos incorporados ao patrimônio material e moral do particular, desde que esteja acobertado pela boa-fé.

11. Sob a presunção de legalidade foi a aposentadoria da Impetrante deferida e mantida durante o longo prazo de 10 (dez!) anos. Seria, destarte, manifestamente contrário ao interesse público e à estabilidade das relações jurídico-administrativas, exigir-se que a impetrante retornasse às funções do magistério após, repita-se, o decurso de dez longos anos, para cumprir cerca de apenas 03 (três) meses de serviço, em razão de irregularidade para a qual não concorreu.

12. Remessa oficial e apelação improvidas”.

(TRF 5ª R. – AMS 82.422 – (2001.81.00.013291-3) – CE – 2ª T. – Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti – DJU 24.03.2004 – p. 673/674).

“MANDADO DE SEGURANÇA – ATO DE REDUÇÃO DE PAGAMENTO DE APOSENTADORIA APÓS

PASSADOS DEZ ANOS DE SUA CONCESSÃO –
PRESCRIÇÃO

1. É ilegal o ato administrativo que, ao corrigir erro, reduz o pagamento da aposentadoria cuja concessão ocorreu há mais de dez anos, porquanto atingido pelo instituto da prescrição. 2. Recurso provido”. (STJ – ROMS 11.147 – ES – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 13.08.2001 – p. 00272).

Posto isto, dou provimento à apelação para conceder a segurança.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 2.142-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA
Impetrantes: DRS. LAÉRCIO PEREIRA COSTA JÚNIOR E OUTRO
Impetrado: JUÍZO DA 5ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
Paciente: JOSÉ PAULO QUEIROZ

EMENTA: PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. RÉU APENADO POR CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS EM CONTINUIDADE DELITIVA. INTERCÂMBIO COM ESTRANGEIROS DO ESTADO DE ISRAEL. PEDIDO DE PROGRESSÃO DA PENA PARA O REGIME ABERTO. APENADO CONSIDERADO FORAGIDO POR NÃO TER COMPARECIDO AO ESTABELECIMENTO PRISIONAL, ONDE CUMPRIA O REGIME SEMI-ABERTO, POR ENTENDER, POR SI SÓ, QUE JÁ TERIA O DIREITO SUBJETIVO DA PROGRESSÃO DA PENA PARA O REGIME ABERTO. ANTECIPAÇÃO DO APENADO À DECISÃO JUDICIAL. FALTA GRAVE COMETIDA ANTES DO TEMPO MÍNIMO

MO EXIGIDO PARA PROGRESSÃO (1/6 DO CUMPRIMENTO DA PENA). PROVIMENTO DE MÉRITO. REGIME SEMI-ABERTO. EQUIPARAÇÃO COM A FALTA COMETIDA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME SEMI-ABERTO.

- A progressão da pena deve ser lastreada não só no requisito objetivo – cumprimento de pelo menos 1/6 da pena no regime anterior, mas também no requisito subjetivo – mérito do apenado.

- Noticiando a autoridade impetrada que o paciente, advogado apenado, não cumpriu o tempo mínimo de 1/6 da pena para ter direito à progressão (fls.164), e que o mesmo paciente, protocolando requerimento ao estabelecimento prisional pleiteando tal progressão da pena, o fez por si só, em causa própria, não mais comparecendo ao presídio para responder a chamada, tendo sido incurso pela Lei de Execução Penal em falta grave, em face de ter sido considerado foragido, autorizando inclusive a regressão do regime da pena, como o fez o magistrado singular.

- Outrossim, o próprio provimento de mérito entendeu que a culpabilidade, as circunstâncias judiciais e a mensuração da pena autorizam virtualmente a convivência social do paciente, e pelo exame das condições pessoais do paciente que conforme a sentença, não possui antecedentes criminais, tem residência fixa e profissão definida, há de ser mantido o paciente no cumprimento da pena no regime semi-aberto, vez que a equiparação em gravidade da falta praticada e da fuga apta a fazer regredir o regime prisional, viola o princípio da proporcionalidade, o que se torna mais evidente ante o fato de que o ilícito penal praticado não foi visto como merecedor do cumprimento em fechado.

- Ordem de habeas corpus parcialmente concedida tão-somente para manter o paciente no cumprimento da pena no regime semi-aberto.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, para determinar o retorno do cumprimento da pena ao regime semi-aberto, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de ação de *habeas corpus* liberatório impetrado pelos advogados Laércio Pereira Costa Júnior, OAB/RN nº 5360 e Cláudio Queiroz Bezerra de Melo, OAB/RN nº 5482, em favor do Paciente, Sr. José Paulo Queiroz, brasileiro, casado, advogado inscrito na OAB/RN sob o nº 2355, contra ato do Exmo. Juiz Federal Substituto na Vara de Execuções Penais do Rio Grande do Norte, que determinou a regressão do regime prisional em desfavor do paciente, sob o argumento de estar o mesmo a cometer falta grave (fuga). Alegam os impetrantes que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal decorrente da regressão do regime semi-aberto para o fechado, argumentando que após ter requerido ao Juiz das execuções penais o pedido de progressão para o regime aberto, entendeu ter o mesmo o direito subjetivo a usufruí-lo, por isso não compareceu à chamada no Estabelecimento Prisional em que cumpria pena em regime semi-aberto. Ao final, afirma que não podia ter sido considerado em momento algum como fugitivo, pelo que pugna pela manutenção do regime anterior da pena, qual seja o semi-aberto, a fim de que possa dar continuidade às suas atividades laborais. Nos fatos, o paciente foi conde-

nado na primeira instância, e confirmado nesta Corte, pelo crime de tráfico internacional de criança, em continuidade delitiva – artigos 239 da Lei nº 8.069/90 c/c 71 do CPB, à uma pena de 06(seis) anos, 11(onze) meses e 10(dez) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, em face de ter promovido inúmeros processos de adoção de crianças para estrangeiros (intercâmbio com o Estado de Israel), sendo que, conforme noticiou a sentença de primeiro grau e o Voto Condutor nesta Corte, referido apenas se serviu de meios ilícitos para conseguir o seu desiderato, contando com colaboração de serventuário da Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, Sr. João Batista Guilherme Caldas, consolidaram processos de adoção, falsificando o funcionário, inclusive, as assinaturas do Juiz da Infância e Juventude, para que o co-réu, advogado, ora Paciente, se desobrigasse com celeridade junto aos clientes estrangeiros, na maioria pertencentes ao Estado de Israel. Nas informações prestadas, o Exmo. Juiz Federal Substituto da 5ª Vara /RN, Dr. Francisco Glauber Pessoa Alves, comunicou a este Relator, fls.177/183, que o Paciente, condenado na ação penal em trâmite naquele juízo pelo delito de tráfico internacional de crianças, teve decretada cautelarmente a regressão de seu regime prisional porquanto cumpria pena no regime semi-aberto e, enquanto aguardava a decisão acerca da progressão para o regime aberto, deixou de responder à chamada no Complexo Penal Dr.João Chaves. Informa, ainda, a DD. Autoridade Coatora que o apenado cometeu falta grave, nos termos do artigo 50, II da Lei de Execuções Penais, inclusive para os fins de regressão (artigo 118 da LEP) e ainda o fez antes de completar o tempo mínimo de um sexto (1/6) de cumprimento da pena exigido pela Lei (artigo 112 da LEP), afirmando que mantê-lo em regime semi-aberto significaria em premiar um condenado que, ao protocolar requerimento para o regime aberto, julgou-se por si só apto a gozá-lo e se proporcionou tal regalia, esquecendo-se de que não lhe cabe tal dispor, mas sim à decisão judicial. No seu parecer, a Exma. Procuradora da República, Dra. Maria do Socorro Leite Paiva, opinou pelo não conhecimento do *writ*, em face do mesmo não comportar matéria probatória, pois exige prova pré-constituída.

É o relatório. Em mesa para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Conforme noticiou o incluso relatório, Cuida a hipótese de ação de *habeas corpus* liberatório impetrado pelos advogados Laércio Pereira Costa Júnior, OAB/RN nº 5.360 e Cláudio Queiroz Bezerra de Melo, OAB/RN nº 5.482, em favor do Paciente, Sr. José Paulo Queiroz, brasileiro, casado, advogado inscrito na OAB/RN sob o nº 2.355, contra ato do Exmo. Juiz Federal Substituto na Vara de Execuções Penais do Rio Grande do Norte, que determinou a regressão do regime prisional em desfavor do paciente, sob o argumento de estar o mesmo a cometer falta grave.

Alegam os impetrantes que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal decorrente da regressão do regime semi-aberto para o fechado, argumentando que após ter protocolado o pedido de progressão, teria o mesmo o direito subjetivo a usufruí-lo, por isso não compareceu à chamada no Estabelecimento Prisional em que cumpria pena em regime semi-aberto. Ao final, afirma que não pode ser considerado em momento algum como fugitivo, pelo que pugna pela manutenção do regime anterior da pena, qual seja o semi-aberto, a fim de que possa dar continuidade às suas atividades laborais.

Nos fatos, o paciente foi condenado na primeira instância, e confirmado nesta Corte, pelo crime de tráfico internacional de criança, em continuidade delitiva – artigos 239 da Lei nº 8.069/90 c/c 71 do CPB, à uma pena de 06(seis) anos, 11(onze) meses e 10(dez) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, em face de ter promovido inúmeros processos de adoção de crianças para estrangeiros (intercâmbio com o Estado de Israel), sendo que, conforme noticiou a sentença de primeiro grau e o Voto Condutor nesta Corte, referido apenado se serviu de meios ilícitos para conseguir o seu desiderato, contando com colaboração de serventuário da Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, Sr. João Batista Guilherme Caldas, consolidaram processos de adoção, falsificando o funcionário, inclusive, as assinaturas do Juiz da Infância e Juventude, para que o co-réu, advogado, ora paciente, se desobrigasse com celeridade junto aos clientes estrangeiros, na maioria pertencentes ao Estado de Israel.

Nas informações prestadas, o Exmo. Juiz Federal Substituto da 5ª Vara /RN, Dr. Francisco Glauber Pessoa Alves, comunicou a este Relator, fls.177/183, que o Paciente, condenado na ação penal em trâmite naquele juízo pelo delito de tráfico internacional de crianças, teve decretada cautelarmente a regressão de seu regime prisional porquanto cumpria pena no regime semi-aberto e, enquanto aguardava a decisão acerca da progressão para o regime semi-aberto, deixou de responder à chamada no Complexo Penal Dr.João Chaves. Informa, ainda, a DD. Autoridade Coatora que o apenado cometeu falta grave, nos termos do artigo 50, II da Lei de Execuções Penais, inclusive para os fins de regressão (artigo 118 da LEP) e ainda o fez antes de completar o tempo mínimo de cumprimento da pena exigido pela Lei (1/6), afirmando que mantê-lo em regime semi-aberto significaria em premiar um condenado que, ao protocolar requerimento para o regime aberto, julgou-se por si só apto a gozá-lo e se proporcionou tal regalia, esquecendo-se de que não lhe cabe tal dispor, mas sim à decisão judicial.

Ademais, despidiendo afirmar-se que, na hipótese, estando os autos da ação criminal originária, na fase de execução penal, onde tal processo de execução gera um conflito natural entre o Estado, objetivando a satisfação da pretensão executória, e o condenado, com expectativa de obter a liberdade, através de um sistema gradativo de cumprimento de pena.

A despeito disso, por ter a execução penal caráter jurisdicional, submetendo-se aos mesmos princípios do processo de conhecimento, sempre que a coação ilegal resultar evidente, líquida e certa, cerceando o direito de defesa, *o due process of law* e qualquer outra garantia do preso, legitimada estará a utilização do *writ*.

A execução criminal tem inescandível caráter de processo judicial, que, por isso, como garantia que é do réu, deve observar os princípios constitucionais respectivos. Não é possível o Juiz da Execução excluir algum benefício prisional, quer indeferindo-o quer revogando-o, sem a observância do devido processo legal, fazendo ouvir previamente o réu e assegurando a ele a assistência técnica indispensável a que se observe o preceito constitucional do contraditório – Nesse sentido *TACRIM-SP – HC nº 132.753/5, 5ª C.Cr., Rel.Juiz Aduauto Suannes*).

No que pertine à execução da pena privativa de liberdade, a pena será fixada de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 do CP, nos regimes fechado, semi-aberto e aberto. Será cumprida de forma progressiva, para o regime menos rigoroso, ou em determinados casos, sujeitando-se o sentenciado à regressão.

Tal desconto de forma progressiva, passando-se de regime mais severo para menos rigoroso. O preso que tiver cumprido, pelo menos, 1/6 (um sexto) da pena no regime mais rigoroso e seu mérito indicar a medida poderá progredir de regime prisional. Nesse sentido, assim dispõe o artigo 112 da Lei de Execução Penal – Lei nº 7210/84, *in verbis*:

“Artigo 122 da LEP (Lei nº 7.210/84).

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão”.

Na hipótese dos autos, o Paciente alega que estaria sofrendo constrangimento ilegal decorrente da regressão do regime semi-aberto para o fechado, argumentando que após ter protocolado o pedido de progressão para o regime aberto, teria o mesmo o direito subjetivo a usufruí-lo, por isso não compareceu à chamada no Estabelecimento Prisional em que cumpria pena em regime Semi-aberto.

No que pertine ao instituto da regressão do regime prisional no cumprimento da pena privativa de liberdade, a mesma ocorrerá se o preso: 1) praticar fato definido como crime; 2) cometer falta grave; 3) sofrer condenação por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena da execução, torne incabível o regime.

Na hipótese dos autos, o Magistrado singular ao decretar a regressão da pena, entendeu que o paciente cometeu falta grave, *ex-vi* dos artigos 50 da LEP, em face do mesmo ter sido considerado foragido, pois, conforme se verifica do teor da decisão de fls.177/183, “apenado cometeu falta grave, nos termos do artigo 50, II da Lei de Execuções Penais, inclusive para os fins de regressão (artigo 118 da LEP) e ainda o fez antes de completar o tempo mínimo

de um sexto (1/6) de cumprimento da pena exigido pela Lei (artigo 112 da LEP), afirmando que mantê-lo em regime semi-aberto significaria em premiar um condenado que, ao protocolar requerimento para o regime aberto, julgou-se por si só apto a gozá-lo e se proporcionou tal regalia, esquecendo-se de que não lhe cabe tal dispôr, mas sim à decisão judicial”.

Quanto ao requisito temporal para concessão da progressão prisional, colhe-se da decisão de fls.164, *in verbis*: “Primeiramente, observa-se o não cumprimento do período mínimo de um sexto da pena para se ter direito à progressão. É que o réu foi condenado a uma pena de seis anos, onze meses e dez dias de reclusão (fls.109/112), o que totaliza 2.530 dias. Um sexto desse período equivaleria, portanto a 421 dias. Os autos noticiam que o réu se apresentou espontaneamente para iniciar o cumprimento de sua pena em 10 de junho de 2002 (fls.157), deixando de responder à chamada de presídio a partir do dia 1º de agosto de 2003, ou seja, permaneceu na penitenciária até o dia 31 de julho de 2003. Desarte, verifica-se que o réu cumpriu um ano, um mês e vinte e dois dias da pena, totalizando 417 dias, o que fica aquém do período de um sexto marcado na Lei de Execuções Penais”.

E continua o Magistrado singular, “no que toca ao comportamento carcerário do condenado, não se lhe afigura melhor sorte. Apesar de haver se apresentado espontaneamente para o início do cárcere, o réu evadiu-se da penitenciária antes de completar o tempo mínimo exigido pela LEP para pleitear a progressão de regime, protocolou nos autos requerimento de tal benefício quando, na realidade, não mais comparecia ao presídio para responder a chamada. Fato que causa bastante estranheza, considerando que o réu é advogado e deveria ter ciência das conseqüências ocasionadas por tal agir”.

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), no seu artigo 50 classifica a fuga como falta grave, *in verbis*:

“Artigo 50 da LEP. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
(...) *omissis*
II - fugir”.

Sendo a fuga considerada falta grave, como tal deve ser trata-

da, inclusive para os fins de regressão do regime, nos termos do artigo 118 da Lei nº 7.210/84, *in verbis*:

“Artigo 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”.

Diante de tais considerações, é de considerar-se que progressão da pena deve ser lastreada não só no requisito objetivo – cumprimento de pelo menos 1/6 da pena no regime anterior, mas também no requisito subjetivo – mérito do apenado.

Ora, noticiando a autoridade impetrada que o paciente, advogado apenado, não cumpriu o tempo mínimo de 1/6 da pena para ter direito à progressão (fls.164), e que o mesmo Paciente, protocolando requerimento ao Estabelecimento Prisional pleiteando tal progressão da pena, o fez por si só, em causa própria, não mais comparecendo ao presídio para responder a chamada, tendo sido incurso pela Lei de Execução Penal em falta grave, em face de ter sido considerado foragido, autorizando inclusive a regressão do regime da pena, como o fez o magistrado singular.

Nesse sentido é o entendimento o colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“PENAL. PROCESSUAL. REGIME PRISIONAL. FUGA DO CONDENADO. SUSPENSÃO CAUTELAR DO REGIME SEMI-ABERTO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS. RECURSO.

1.Constituindo a fuga falta grave que autoriza a regressão para regime mais rigoroso (LEP, art. 50 e 118, I), pode o Juiz das Execuções determinar cautelarmente a suspensão do regime semi-aberto em que se encontrava o apenado, sem prejuízo de seu direito de ser posteriormente ouvido, antes da decisão final de regressão para o regime fechado (LEP, art.118, § 2º)”.

(RHC 9671-SP; 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 08.05.2000)

“PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. FALTA GRAVE. FUGA. REGRESSÃO PARA O REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

Inexiste constrangimento ilegal quando o preso comete falta grave, no caso concreto, empreendendo fuga, e o juiz susta cautelarmente o regime semi-aberto do sentenciado (art.118, I c/c art.50 da LEP). (Precedentes). Recurso desprovido”.

[STJ RHC 14797-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 08/03/2004]

Ora, quanto ao objetivo do presente *writ* – de retorno do cumprimento da pena para o regime semi aberto – o inicial estabelecido no acórdão que reduziu a pena de 1º grau, que o condenou à pena de 6 anos, 11 meses e 10 dias em regime inicialmente semi-aberto.

Por primeiro, três são os regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade : o regime fechado - que implica a clausura do condenado (CP, art. 33, § 1º, a), o regime semi-aberto, que consiste no cumprimento da pena em colônia penal agrícola, industrial ou estabelecimento similar (CP, art.33, 1º, b) e o regime aberto chamado de “prisão sem grades”, que implica a possibilidade de o condenado trabalhar durante o dia, recolhendo-se, à noite e nos dias de folga, na “casa do albergado” ou em estabelecimento adequado (CP, art.33, §1º, c).

O Regime inicial é estabelecido na sentença, observados os critérios do art. 59 do CP. Estabelece o Código Penal o chamado sistema progressivo para cumprimento da pena privativa de liberdade. Isso significa que, cumprido aos menos um sexto da pena em determinado regime, poderá o condenado passar a descontar o restante em regime menos rigoroso. E daí por diante. Tudo para o fim de prepará-lo para o pleno retorno ao convívio social. Mas, se o condenado se mostrar desmerecedor do regime menos rigoroso, poderá tornar a cumprir a pena em regime mais rigoroso.

O Sistema Progressivo para cumprimento da pena privativa de liberdade, assim, implica três possibilidades : (a) promoção – o condenado está cumprindo pena em regime mais rigoroso, e pas-

sa a cumpri-la em regime menos rigoroso; (b) regressão – o condenado estava cumprindo pena em regime mais rigoroso, foi promovido para o regime menos rigoroso; e retornou ao regime mais rigoroso; e (c) transferência – o condenado inicia já o cumprimento da pena em regime menos rigoroso, mas acaba “transferido” para o regime mais rigoroso.

Inobstante o acima exposto, é de ser considerado que o paciente foi condenado a uma pena de 6 anos, 11 meses e 10 dias de reclusão em regime inicialmente semi-aberto, e que em face da regressão da pena, pela falta grave, o mesmo foi posto em reclusão em regime fechado. Comungo do entendimento de que não pode o indivíduo ser submetido a tratamento mais gravoso quando lhe deve ser garantida a possibilidade de outro menos severo. Destarte, se o próprio provimento de mérito entendeu que a culpabilidade, as circunstâncias judiciais e a mensuração da pena autorizam virtualmente a convivência social do paciente, não haveria motivos claros para exigir-se o prolongamento da custódia processual nos termos impostos pelo magistrado. O entendimento pela concessão é fortalecido pelo exame das condições pessoais do paciente que conforme a sentença, não possui antecedentes criminais, tem residência fixa e profissão definida.

Ademais, o Ministério Público Federal, no curso do processo, manifestou-se pela concessão do paciente pela manutenção da pena em regime semi-aberto, entendendo “que a equiparação em gravidade da falta praticada e da fuga apta a fazer regredir o regime prisional, viola o princípio da proporcionalidade, o que se torna mais evidente ante o fato de que o ilícito penal praticado não foi visto como merecedor do cumprimento em fechado.

Ex positis, concedo parcialmente a ordem de *habeas corpus*, tão-somente para que o Réu retorne ao cumprimento da pena no regime semi-aberto.

É o meu voto.

HABEAS CORPUS Nº 2.147-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Impetrantes: DRS. STÊNIO JOSÉ DE SOUSA NEIVA COELHO E OUTRO
Impetrado: JUÍZO DA 4ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Paciente: IRAJÁ BARBOSA DE LUNA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INAPLICABILIDADE DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. PEDIDO REFERENTE AO CUMPRIMENTO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS PENDENTE DE APRECIÇÃO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

- Se ainda em curso a ação penal e presentes os requisitos legais, impõe-se a pronúncia do Ministério Público acerca da possibilidade de suspensão condicional do processo. No entanto, havendo condenação penal transitada em julgado, não há mais sentido em suspender um processo que já está findo.

- Não cabe falar-se em suspensão condicional da pena se o réu foi condenado a penas restritivas de direitos.

- Existindo pedido referente ao cumprimento de pena restritiva de direitos pendente de decisão, é de conceder em parte a ordem para suspender a realização da audiência admonitória até que o mesmo seja apreciado.

- Ordem parcialmente concedida.

- Agravo regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus* e julgar prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 17 de maio de 2005 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuidam os autos de *habeas corpus* impetrado por Stênio José de Sousa Neiva Coêlho e outro, em favor de Irajá Barbosa de Luna, apontando como autoridade coatora a Dra. Amanda Torres de Lucena Diniz Araújo, MM. Juíza Federal Substituta da 13ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco que, considerando não ser mais cabível a aplicação do artigo 89, da Lei nº 9.099/95, negou o requerimento de suspensão condicional do processo.

Afirmam os impetrantes que o paciente foi denunciado e condenado na primeira instância da Justiça Federal por falsidade ideológica e desobediência, no entanto, esta Turma restou por condená-lo apenas pelo crime de falsidade ideológica, mantendo o patamar de condenação estabelecido no Juízo *a quo*, ou seja, um ano, o que implicaria em direito do paciente à suspensão condicional do processo, nos termos em que disciplinado no artigo 89 da Lei nº 9.099/1995. Feito o pedido à autoridade apontada como coatora, esta o indeferiu, de forma que entendem que houve coação ilegal, sanável pela via escolhida, pugnano pela concessão da ordem *“a fim de ordenar a realização de audiência suspensiva do processo, desconstituindo, por conseguinte, o trânsito em julgado da sentença condenatória lançada no identificado feito contra o paciente, rescindindo-se a própria condenação, em razão da indisputável viabilidade jurídica de aplicação ao caso do instituto*

despenalizador em comento, em face, como sobredito, da desclassificação do tipo operada em sede recursal”.

Deferi, em parte, a liminar, apenas para sustar a realização da audiência admonitória, até o julgamento deste *habeas corpus*, dada a relevância do fundamento consistente na aquisição do direito à suspensão condicional do processo, após a exclusão da pena pelo delito do artigo 330 do Código Penal.

Nas informações de estilo, a autoridade apontada como coatora relata que, *“Considerando não ser cabível, àquele momento, a aplicação do art. 89, da Lei n.º 9.099/95, também não aplicável para suspender o processo de conhecimento, porque a imputação que recaía sobre o réu era de prática de dois crimes, este Juízo determinou, à fl. 310, o agendamento de data para a realização da audiência admonitória, bem como a intimação do sentenciado para o recolhimento das custas e da multa imposta”.*

Em parecer da lavra do Dr. Rogério Tadeu Romano, a Procuradoria Regional da República opinou pela denegação do *writ*, ao passo em que ajuizou agravo regimental ante a concessão da liminar, sustentando que a decisão recorrida conflita diretamente com a jurisprudência do país.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Os impetrantes apontam como coação ilegal o indeferimento do pedido de realização de audiência suspensiva do processo, nos termos do artigo 89 da Lei nº 9.099/1995. A referida lei, que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais, disciplina o instituto da suspensão condicional do processo nos seguintes termos:

“Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas 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 o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por

outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”.

Percebe-se, assim, que a lei dispõe sobre a suspensão condicional do processo indicando o momento adequado – oferecimento da denúncia - e as condicionantes para a sua proposição – o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

A jurisprudência em muito elasteceu o entendimento sobre o momento adequado para a realização da audiência de suspensão do processo, havendo decisões do Superior Tribunal de Justiça entendendo ser possível a sua proposição, mesmo se o processo estiver em grau recursal.

No entanto, é estreme de dúvidas que não cabe a suspensão condicional do processo quando há o trânsito em julgado da sentença condenatória, cabendo, nesse momento, a execução da pena. Nesse sentido já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ORDINÁRIO. CRIME MILITAR. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. IMPROVIMENTO.

1. A Lei nº 9.099/95 não se aplica aos delitos militares ocorridos antes do início de sua vigência, por constitucionalmente proibida a retroatividade da *lex* gravior.

2. A suspensão condicional do processo, enquanto resposta penal, tem a sua imposição subordinada fundamentalmente à sua suficiência, diante do homem-autor e do fato-crime concreto, para a prevenção do crime.

3. Não há falar em suspensão condicional do processo após o trânsito em julgado do decisum condenatório.

4. Recurso improvido”.

(RHC 8711 / SP; Relator Ministro Hamilton Carvalhido; Órgão Julgador Sexta Turma; Data do Julgamento

16/09/1999; Data da Publicação/Fonte *DJ* 01.10.2001 p. 246).

A Procuradoria Regional da República se referiu à possibilidade de haver a suspensão condicional da pena. A esse respeito, o Código Penal assim disciplina em seu artigo 77:

“Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código”.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

A simples leitura do dispositivo acima já faz ver que não tem o réu direito a essa suspensão. É que já houve a aplicação da substituição da pena de reclusão por penas restritivas de direitos, nos termos em que disposto no artigo 44 do Código Penal, de sorte que não cabe falar-se em suspensão condicional da pena. Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Leia-se:

“CRIMINAL. HC. PORTE ILEGAL DE ARMA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRETENSÃO DE CONCESSÃO DO SURSIS. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA QUE AFASTA ANÁLISE DOS REQUISITOS PARA A SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. ORDEM CONCEDIDA PARA DETERMINAR A SUBSTITUIÇÃO DA PENA.

I. Requisitos da suspensão condicional da pena que abrangem o aspecto de que não seja indicada ou cabível a substituição da pena privativa de liberdade

pela reprimenda restritiva de direitos.

II. Se a paciente reuniu as condições para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, não há que se falar em análise da possibilidade de concessão do benefício da suspensão condicional da pena.

III. Remessa dos autos ao Tribunal a quo, com a determinação de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

IV. Ordem concedida”.

(HC 28212 / SP ; Relator Ministro Gilson Dipp; Órgão Julgador Quinta turma; Data do Julgamento: 01/04/2004; Data da Publicação/Fonte: *DJ* 17.05.2004 p. 248).

O paciente postulou, também, em juízo, a aplicação de apenas uma pena restritiva de direitos – o fornecimento de cestas básicas –, com o que concordou o Ministério Público, mas esse pedido não foi apreciado no primeiro grau.

Assim, antes da audiência admonitória, deve ser definida a aplicação da pena restritiva de direitos.

Por todo o exposto, concedo, em parte, a ordem, para suspender a realização da audiência admonitória, até a definição da pena restritiva de direitos e julgo prejudicado o agravo regimental.

É como voto.

**REMESSA EX OFFICIO NA
APELAÇÃO CÍVEL Nº 245.958-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Parte Autora: LUANA - AGRICULTURA E COM/ LTDA.
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Remetente: JUÍZO DA 8ª VARA FEDERAL DO CEARÁ
Advs./Procs.: DRS. GERSON LOPES FONTELES E OUTROS
(PARTE A.) E RUY VIDAL GOMES DA SILVA E OU-
TROS (PARTE R.)

***EMENTA: CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO
E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DAS LEIS NºS
7.787/89 E 8.212/91. PROVA DA ASSUNÇÃO DO
ENCARGO FINANCEIRO. ARTIGO 89 DA LEI Nº
8.212, DE 1991. TRIBUTO QUE NÃO COMPOR-
TA REPERCUSSÃO COMPENSAÇÃO. PRES-
CRICÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR.***

***- O Supremo Tribunal Federal declarou, ao jul-
gar o RE 169.740-7-PR, a inconstitucionalidade
do inciso I do artigo 3º, da Lei nº 7.787/89, ocor-
rendo o mesmo em relação ao disposto no inciso
I do artigo 22, da Lei nº 8.212/91 (ADIn 1102-2-DF).***

***- A prova da assunção do encargo financeiro do
tributo, prevista no artigo 89 da Lei nº 8.212, de
1991, não se exige relativamente a tributos que,
por sua natureza, não comportam repercussão,
tais como a contribuição sobre os pagamentos
efetuados a administradores e autônomos.***

***- Caso se admitisse como tributo indireto a cita-
da contribuição, e como contribuintes de fato os
consumidores, estar-se-ia admitindo que as
empresas não seriam contribuintes (de fato) de
tributo algum, dado que – regra geral – transfe-
rem todos os seus custos (inclusive tributários)
ao preço final do produto ou serviço que ofere-
cem.***

- O instituto da compensação, nos termos da Lei

8.383/91, pode ser utilizado entre tributos da mesma espécie, isto é, os que tiverem a mesma natureza jurídica, e uma só destinação orçamentária, ou seja, impostos, taxas, empréstimos compulsórios, contribuições de melhoria e contribuições sociais, com eles mesmos.

- O prazo prescricional só começa a ser contado, nos casos em que lei tributária é declarada inconstitucional, pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, a partir da data dessa decisão. Sistemática dos “cinco mais cinco” que é de ser aplicada, também, nesses casos. Precedentes do STJ. Preliminar de prescrição que se rejeita.

- “Nos casos de devolução do depósito efetuado em garantia de instância e de repetição do indébito tributário, a correção monetária é calculada desde a data do depósito ou do pagamento indevido e incide até o efetivo recebimento da importância reclamada”. (Súmula nº 46, TFR).

- A Taxa Referencial – TR – não pode ser utilizada como fator de correção monetária, posto que representa autêntica taxa de juros.

- Sentença mantida. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 19 de maio de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO:

Cuida-se de ação declaratória proposta pela empresa Luana - Agricultura e Comércio Ltda contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com o objetivo de ver reconhecido o direito à compensação das quantias indevidamente recolhidas a título de contribuição previdenciária prevista na Lei nº 7.787/89, em face da sua inconstitucionalidade, tudo acrescido de correção e juros, bem como a inexistência de amparo jurídico a ensejar a incidência da TR em parcelamento de débito relativo à Contribuição Previdenciária.

Na contestação, o INSS alegou, preliminarmente, a prescrição quinquenal; no mérito, afirma ser necessária a comprovação de que a Autora não repassou para o custo de seus bens e serviços o valor recolhido a maior.

A decisão monocrática é pela procedência, em parte, do pedido.

Malgrado a ausência de apelo voluntário, vieram-me os autos conclusos à conta da remessa oficial.

Os autos foram a mim redistribuídos, em razão da aposentadoria do Desembargador Nereu Santos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO (Relator):

Entendo, rogando a devida vênia aos entendimentos em contrário sentido, não merecer reforma a r. sentença *a quo*.

Em que pesem os argumentos da Autarquia Previdenciária, penso não haver incidência, *in casu*, da prescrição quinquenal.

Já está pacificada no colendo Superior de Justiça a orientação, segundo a qual, nos casos em que lei tributária é declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, o prazo prescricional só começa a ser contado, a partir da data dessa decisão.

São nesse sentido, os seguintes julgados que transcrevo a seguir:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARTIGO 535 DO CPC. OFENSA. NÃO-OCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O PRÓ-LABORE. AUTÔNOMOS E ADMINISTRADORES. ART. 3º, I, DA LEI Nº 7.787/89. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. STF. EFEITOS INTER PARTES. RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL Nº 14/95. EXTENSÃO ERGA OMNES. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS.

1. A alegada ofensa ao artigo 535 do CPC improcede, pois o voto condutor do acórdão recorrido não restou omissivo, decidindo a questão de direito com base em elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide.

2. A declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 166.772-9/RS somente passou a ter eficácia erga omnes com a publicação da Resolução do Senado Federal nº 14/95, quando foi tornado sem efeito o inciso I do art. 3º da Lei nº 7.787/89.

3. O prazo prescricional para a propositura da ação de repetição de indébito da contribuição social sobre o pró-labore, cobrada com base no art. 3º, I, da Lei nº 7.789/89, iniciou-se, portanto, em 19.04.95, data em que publicada a Resolução nº 14/95 do Senado Federal, findando em 18.04.00. Precedentes.

4. No caso em questão, a ação foi proposta em 10.07.95, não estando, portanto, fulminada pela prescrição.

5. Reconhecida a inconstitucionalidade da exação e não estando prescrita a ação, o direito do contribuinte à repetição do indébito independe do exercício financeiro em que se deu o pagamento indevido. Precedentes.

6. Este Tribunal entende que, nos casos em que vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários advocatícios poderá ser em percentual abaixo do mínimo indicado no § 3º do artigo 20 do CPC, ante o disposto no § 4º do mesmo dispositivo.

7. Agravo regimental provido em parte”.

(STJ, AGRESP - 332368, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* 06/09/2004).

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O PRÓ-LABORE. AUTÔNOMOS E ADMINISTRADORES. ART. 3º, I, DA LEI Nº 7.787/89. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. STF. RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL Nº 14/95. RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO.

1. A Primeira Seção, em 24.03.04, pacificou a questão no julgamento dos embargos de divergência 435.835/SC (cf. Informativo de Jurisprudência do STJ, nº 203), ficando positivado o entendimento de que a “sistemática dos cinco mais cinco” também se aplica em caso de tributo declarado inconstitucional pelo STF, mesmo que tenha havido resolução do Senado nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal.

2. Ressalva do entendimento pessoal do relator pela ocorrência da prescrição, caso a pretensão de repetição do indébito tenha sido aforada após o transcurso de cinco anos da publicação da resolução do Senado que suspendeu a execução de norma tida como inconstitucional pelo STF.

3. Ante a função uniformizadora desta Corte, prestigia-se o entendimento atualmente prevalecente no Tribunal.

4. Somente os valores recolhidos antes de dez anos da propositura da presente ação estão atingidos pela prescrição.

5. Recurso especial provido em parte”.

(STJ RESP 637816, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* 06.09.2004).

Observa-se pois, que em face do pronunciamento da Primeira Seção, em 24 de março do ano em curso, a sistemática “dos cinco mais cinco” deve ser aplicada, também, nos casos em que uma exação tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo que o Senado da República tenha feito editar resolução, na forma referida no inciso X, do art. 52, da Carta Política em vigor.

Esse entendimento pretoriano, é o óbvio, milita em favor dos contribuintes, e dele se beneficia, por suposto, a Autora, cujo pedido tem por suporte, justamente, o fato de o Supremo Tribunal Federal ter declarado, em 17 de novembro de 1995, a inconstitucionalidade da contribuição identificada na inicial desta Ação de Segurança.

Rejeito a preliminar e analiso o mérito.

A autora requereu que lhe fosse autorizada a compensação dos valores recolhidos indevidamente, a título de contribuição previdenciária sobre a folha de salários de seus empregados.

Entendo que esta matéria já mereceu apreciação por diversos Tribunais, inclusive pela Corte Suprema.

O eg. Supremo Tribunal Federal, em decisões reiterada, já vinha se manifestando contra a cobrança da exação; confira-se:

“CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVISTA NA MEDIDA PROVISÓRIA 63/89, CONVERTIDA NA LEI Nº 7.787/89. VIGÊNCIA DO ARTIGO 3., I. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ARTIGO 21.

1 – O inciso I, do artigo 3º, da Lei 7.787/89, não é fruto de conversão do disposto no artigo 5º, I, da medida Provisória 63/89. E, assim sendo, o período de noventa dias a que se refere o disposto no § 6º, do artigo 195, da Constituição Federal, se conta, quanto a ele, a partir da data da publicação da Lei 7.787/89, e não em 1º de setembro de 1989.

2 – Isso implica dizer que o artigo 21 dessa Lei 7.787/89 (art. 21. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos, quanto a majoração

da alíquota, a partir de 1º de setembro de 1989) só é constitucional se entendido – interpretação conforme a constituição – como aplicável apenas àquelas majorações de alíquota fruto de conversão das contidas na Medida Provisória 63/89.

3 – Recurso Extraordinário conhecido e provido”. (STF, RE nº 169740-7, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 17/11/95).

Passo a analisar o argumento relativo ao artigo 89, § 1º, da Lei nº 8.212, de 1991.

Confira-se o teor do citado dispositivo:

“Art. 89. Somente poderá ser restituída ou compensada contribuição para a Seguridade Social arrecadada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS na hipótese de pagamento ou recolhimento indevido.

§ 1º. Admitir-se-á apenas a restituição ou a compensação de contribuição a cargo da empresa, recolhida ao INSS, que, por sua natureza, não tenha sido transferida ao custo de bem ou serviço oferecido à sociedade”. (Grifei)

O § 1º do artigo guarda similitude de conteúdo e de finalidade com o artigo 166 do Código Tributário Nacional – CTN –, o qual dispõe, *in verbis*:

“A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la”.

Ambos os dispositivos dizem respeito aos tributos indiretos, ou seja, àqueles onde há o contribuinte de direito – que recolhe o tributo, mas não assume o encargo financeiro – e o contribuinte de fato – que efetivamente arca com o pagamento da exação.

O exemplo clássico de tributo indireto é o ICMS, muito embo-

ra, conforme observa o eminente Hugo de Brito Machado¹, não exista um critério científico “*capaz de determinar quando um tributo tem o ônus transferido a terceiro, e quando é o mesmo suportado pelo próprio contribuinte*”.

No meu entender – rogando a costumeira vênia aos posicionamentos divergentes –, não se há de exigir, no caso em tela, seja comprovada a assunção do encargo financeiro do tributo.

A contribuição incidente sobre os pagamentos realizados a administradores e autônomos não comporta, em sua natureza, transferência do encargo, haja vista que a relação se forma, tão-somente, entre a empresa e o profissional. Trata-se de tributo que não comporta repercussão.

Ainda que se alegue que o custo despendido com a citada contribuição é transferido para o preço dos produtos ou serviços oferecidos pela empresa, o entendimento não será diverso.

A transferência dos custos para o preço do produto final é fato econômico, metajurídico.

Caso se admitisse como tributo indireto a multicitada contribuição, e como contribuintes de fato os consumidores, estar-se-ia admitindo que as empresas não seriam contribuintes (de fato) de tributo algum, dado que – regra geral – transferem todos os seus custos (inclusive tributários) ao preço final do produto ou serviço que oferecem.

Cai bem a lança, neste tocante, o magistério do insigne Hugo de Brito Machado², *ad litteram*:

“Tema importante em matéria de restituição do indevidamente pago é o que diz respeito aos chamados tributos indiretos. O CTN não adotou a classificação dos tributos em diretos e indiretos. Na verdade essa classificação importa mais à Ciência das finanças que ao Direito Tributário. Postas de lado

¹ *In Curso de Direito Tributário*. 11ª edição, Malheiros, p. 135.

² Ob. cit., p. 135-6.

algumas controvérsias, pode-se dizer que o tributo é direto quando o respectivo ônus financeiro é suportado pelo próprio contribuinte; e indireto quando esse ônus é transferido para terceiros.

(...)

A classificação dos tributos em diretos e indiretos não tem, pelo menos do ponto de vista jurídico, nenhum valor científico. É que não existe critério capaz de determinar quando um tributo tem o ônus transferido a terceiro, e quando é o mesmo suportado pelo próprio contribuinte. O imposto de renda, por exemplo, é classificado como imposto direto, entretanto, sabe-se que nem sempre o seu ônus é suportado pelo contribuinte. O mesmo acontece com o IPTU, que em se tratando de imóvel alugado é quase sempre transferido para o inquilino.

Atribuindo, porém, certa relevância a tal classificação, o CTN estipulou que ‘a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la’ (art. 166).

(...)

A nosso ver, tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro são somente aqueles tributos em relação aos quais a própria lei estabeleça dita transferência. Somente em casos assim aplica-se a regra do art. 166 do Código Tributário Nacional, pois a natureza, a que se reporta tal dispositivo legal, só pode ser a natureza jurídica, que é determinada pela lei correspondente, e não por meras circunstâncias econômicas que podem estar, ou não, presentes, sem que se disponha de um critério seguro para saber quando se deu, e quando não se deu, tal transferência. Admitir que o contribuinte sempre transfere o ônus do tributo ao consumidor dos bens ou serviços é uma idéia tão equivocada quanto difundida. Na ver-

dade o contribuinte tenta transferir, não apenas o tributário, mas todos os ônus que pesam sobre sua atividade. Mas nem sempre consegue. Ou nem sempre consegue inteiramente. Tudo depende das circunstâncias de cada caso e de cada momento. Seja como for, o certo é que não se pode confundir a relação jurídica de Direito Tributário, existente entre o contribuinte e o Fisco, com a relação jurídica de Direito Privado, existente entre o comprador e o vendedor dos bens e serviços". (Grifos inexistentes no original.)

Quanto à possibilidade de ser compensado o excesso recolhido das Contribuições Previdenciárias previstas nos incisos "I", do artigo 3º, da Lei nº 7.787/89, face à inconstitucionalidade, com contribuições sociais da mesma espécie e as devidas à Previdência, incidentes sobre a Folha de Salários (parte empregador, é intuitivo), nos termos do artigo 66, da Lei nº 8.383/91, penso que não se há de obstaculizar o seu procedimento. O artigo 66 e seus parágrafos, da Lei nº 8.383, de 30.12.91, foi editado nos seguintes termos:

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

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

§ 2º. É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição.

§ 3º. A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do imposto ou contribuição corrigida monetariamente com base na variação da UFIR.

§ 4º. O Departamento da Receita Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS expedirão as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo".

A referida normatização disciplinou o artigo 170 do CTN, que se encontrava sem regulamentação, resolvendo, assim, em parte, as dificuldades a que se submetia o contribuinte que, indevidamente, recolhia qualquer tributo, pois, o indébito tributário, requerido tanto administrativamente como judicialmente, costuma demorar anos para alcançar seu termo final.

Entretanto, a referida lei limita a utilização de tal benefício, restringindo-o. O contribuinte apenas pode utilizar-se do instituto da compensação com tributos e contribuições da mesma espécie.

As espécies tributárias relacionadas na CF/88 estão dispostas no capítulo que trata sobre o Sistema Tributário Nacional, artigos 145 a 162 e dividem-se em impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições sociais.

Assim, temos cinco espécies de tributos, permitindo, dessa forma, a Lei nº 8.383/91 a compensação desde que pertençam à mesma espécie tributária. E isso por motivos óbvios, pois, encontra-se disciplinado no artigo 167, inciso VI, da Carta de 88 que é vedado “a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa”.

Portanto, é compreensível a determinação de se obedecer às espécies tributárias para a compensação de tributos. Todavia, frise-se bem, não se pode chegar ao absurdo de apenas aceitar a compensação entre tributos do mesmo código, pois, cada código equívale a um tipo de tributo específico.

Destarte, é plenamente permitida a compensação entre as exações, acima destacadas, eis que têm elas a mesma natureza jurídica e é uma só a destinação orçamentária de todas elas.

Por outro lado, não entendo que o instituto da compensação esteja vinculado ao poder discricionário da administração. A dicção do artigo 66 da Lei nº 8383/91 diz, expressamente: “... *o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subseqüentes*”.

Em conclusão, a compensação é possível toda vez que as exações forem da mesma espécie (isto é, ostentarem a mesma natureza jurídica) e tiverem a mesma destinação orçamentária (não

é constitucionalmente possível pretender compensar tributos cuja destinação orçamentária seja diferente - ver a propósito, CF de 1988, artigo 167, VI).

As “Contribuições Sociais”, conquanto sujeitas ao princípio da anterioridade sob a forma mitigada (ou princípio “nonagesimal” ou da “noventalidade”, se assim se preferir), submetem-se às normas e princípios que conformam o regime jurídico tributário (sem prejuízo da existência de peculiaridades próprias desse tipo de exação).

Por isso se vem sustentando que, malgrado a sujeição a princípio específico, tal “... não lhes retira a qualidade de tributo”³, na medida em que se apresentam como “prestações pecuniárias compulsórias, instituídas em lei, que não se constituem sanção de ato ilícito, cobradas mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (ver Código Tributário Nacional - CTN, artigo 3º).

E tanto faz a “contribuição devida sobre a paga a segurados-empresários e/ou administradores e autônomos”, quanto a que é possível de ser exigida em função dos pagamentos efetuados aos empregados em geral: a natureza jurídica daquela e desta última é sempre a mesma.

E que dizer da destinação orçamentária? cumpre consignar, *ab initio*, que é juridicamente irrelevante o fato do recolhimento se fazer às burras do Tesouro; de uma ou de outra sorte, a destinação orçamentárias dessas espécies tributárias é uma só: a de se integrarem ao orçamento da União (a uma, à Previdência; a outra, à Fazenda Nacional), sempre tão sequiosa de recursos.

Admitir-se a suspensão da exigibilidade de uma dada exação, face à evidência de que o contribuinte é credor do Fisco e que, em tese, os tributos cuja compensação se pretende, detêm a mesma natureza jurídica, e a eles se reservou a mesma destinação orçamentária, não implica a extinção da obrigação.

³Cf. Aires F. Barreto in “Natureza Jurídica das Contribuições dos artigos 149 e 195 da CF”, Repertório “IOB” de Jurisprudência, 6/95:115 e ss.; a jurisprudência do colendo Tribunal Regional Federal da Quinta Região, em julgado recente (voto condutor o do em. Juiz Vladimir Carvalho), prestigiou tal entendimento.

Afinal, é bom nunca perder de vista, repito, o Fisco não estará, em casos que tais, impedido de aferir a exatidão das informações trazidas pelo contribuinte e de reclamar, se necessário se fizer, em Juízo ou fora dele, tudo o que compatível for, na defesa dos respectivos interesses.

Relativamente à correção monetária do indébito tributário, transcrevo a Súmula nº 46 do extinto TFR, cuja dicção é a seguinte:

“Nos casos de devolução do depósito efetuado em garantia de instância e de repetição do indébito tributário, a correção monetária é calculada desde a data do depósito ou do pagamento indevido e incide até o efetivo recebimento da importância reclamada”.

A correção monetária não é pena; independe, pois, de culpa de quem quer que seja; é simples fator de atualização da moeda, cujo poder aquisitivo foi desgastado pela inflação.

A utilização da TR como índice de correção monetária, já constitui matéria pacificada, neste e noutros tribunais, a sua impossibilidade.

Filiou-se o mesmo ao posicionamento, largamente adotado, no sentido de que a Taxa Referencial (TR) constitui remuneração de capital aplicado, e não meio de corrigir o poder aquisitivo da moeda, diante da perda ocasionada pela inflação.

É a TR calculada “a partir da remuneração média mensal líquida dos impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais ou de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, Caixas Econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com metodologia aprovada pelo Conselho Monetário Nacional” (art. 1º da Lei 8.177/91).

Percebe-se, através de seu próprio conceito legal, estar o cálculo da TR vinculado, entre outros, aos juros concedidos nas aplicações financeiras, pelo que nítido se apresenta o seu caráter remuneratório. O percentual da Taxa Referencial, pelo visto, compreende inflação mais juros.

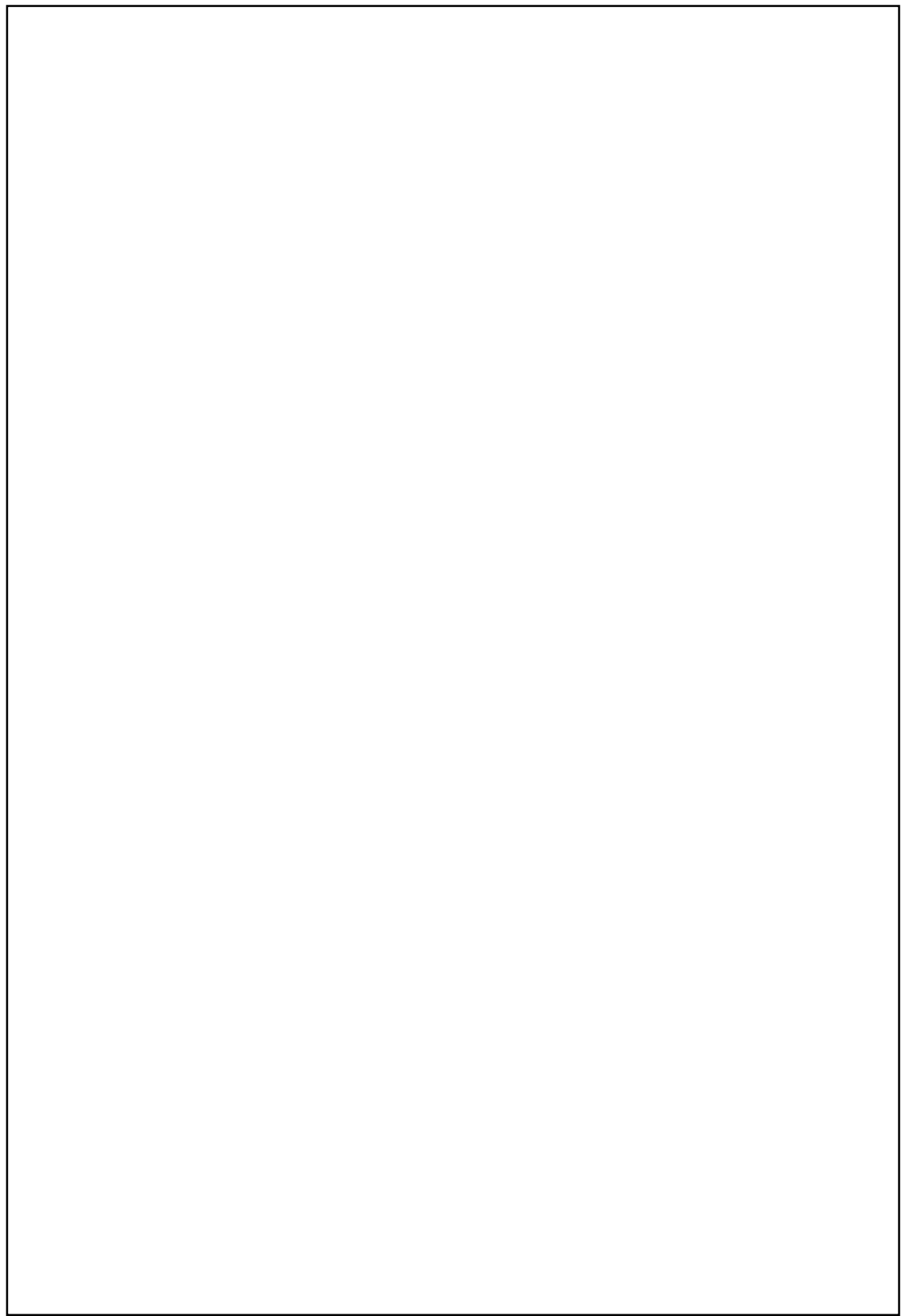
Destarte, não pode ser a mesma utilizada como índice de cor-

reção monetária.

Esforçado nessas razões, nego provimento à remessa oficial,
para confirmar a sentença.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO



DECISÕES

AGRAVO EM SUSPENSÃO DE LIMINAR

3557-PE Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti 13

SUSPENSÃO DE LIMINAR

3570-CE Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti32

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA

4713-PE Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho...67

AGRAVO DE INSTRUMENTO

54398-PE Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante74

59064-SE Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria81

61685-PE Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho87

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

59674-RN Rel. Des. Federal Francisco Wildo94

APELAÇÃO CÍVEL

272059-PE Rel. Des. Federal Marcelo Navarro 103

280267-PE Rel. Des. Federal Marcelo Navarro 107

280797-PB Rel. Des. Federal José Maria Lucena 114

308851-PE Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães 132

320079-PB Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante 139

329518-CE Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. 155

337698-PE Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano 159

341215-PE Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira 166

342005-CE	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho..	178
	Rel. p/ Acórdão Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho.....	189
342665-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	193
349467-PE	Rel. Des. Federal Ridalvo Costa	211
351014-PE	Rel. Des. Federal Ridalvo Costa	219

APELAÇÃO CRIMINAL

3395-PE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	233
---------	---------------------------------------	-----

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

87425-CE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	237
89751-PE	Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado).....	242
89863-CE	Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado).....	247
89872-CE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	252

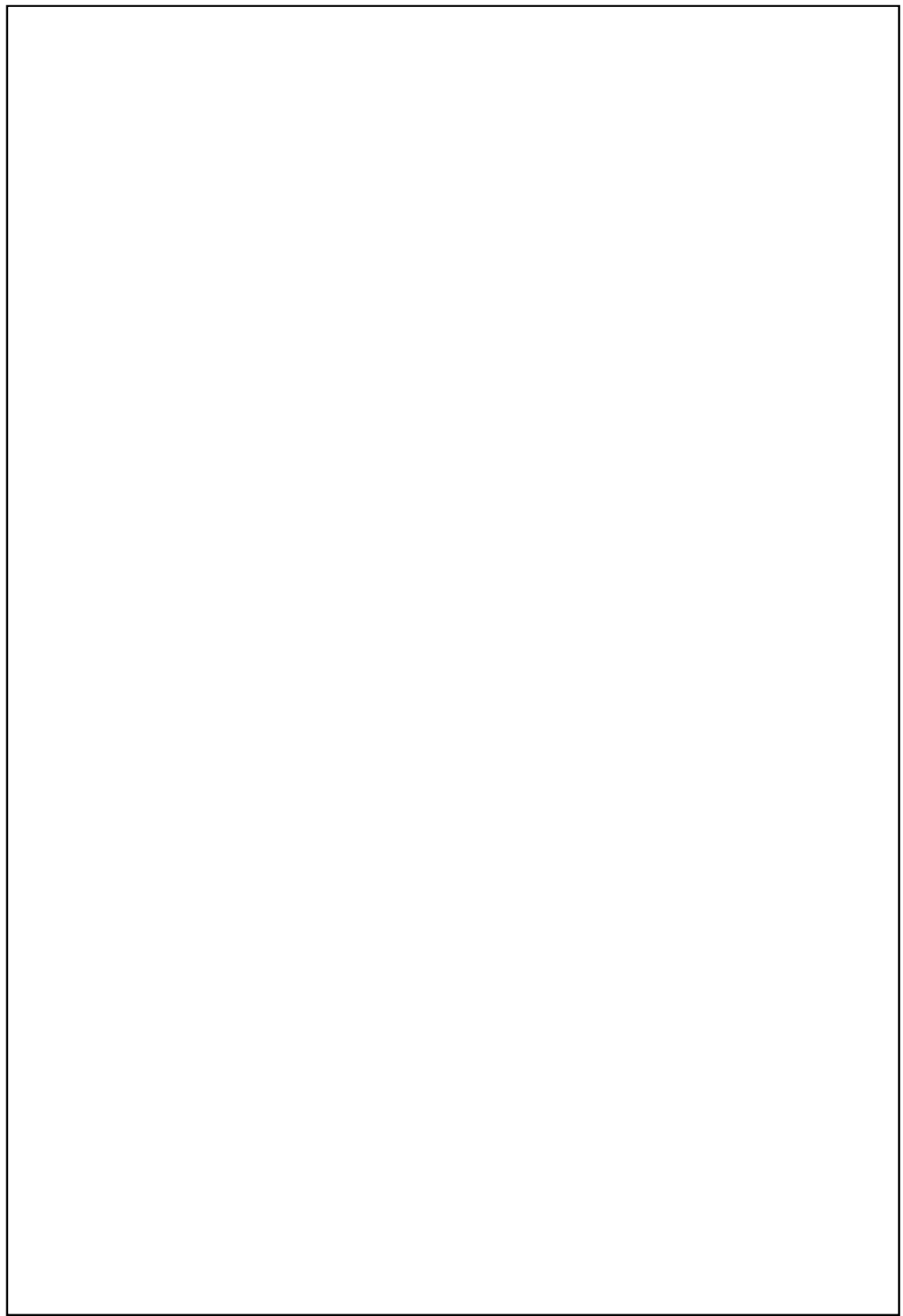
HABEAS CORPUS

2142-RN	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira	262
2147-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	273

REMESSA EX OFFICIO EM APELAÇÃO CÍVEL

245958-CE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	279
-----------	--	-----

ÍNDICE ANALÍTICO



A

- PrCv e CV Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público para ajuizar a ação, desde que presente o interesse social. Tutela antecipada. Seguro de automóveis. Indenização. Valor de mercado. Novo Código Civil. Possibilidade. Requisitos. Não ocorrência. AgTr 59064-SE 81
- PrCv Ação rescisória. Alegações de ofensa à coisa julgada e erro de fato no julgamento de ação de reparação de danos. Pedido de novo julgamento para exclusão de valor referente a lucros cessantes e para que a execução se proceda na modalidade de liquidação por artigos. Inexistência de documento novo ou erro de fato e de ofensa à coisa julgada. Improcedência da ação. AR 4713-PE 67
- PrCv e Trbt Agravo de instrumento contra decisão denegatória de tutela antecipada para suspender exigência do crédito. Empresa agroindustrial. Contribuição previdenciária. Entendimento firmado por esta Corte de que é devida a contribuição prevista na Lei nº 8.212/91, art. 22. Clareza da notificação fiscal. Inexistência de nulidade da NFLD. Ausência de verossimilhança. AgTr 61685-PE 87
- PrCv Alegações de ofensa à coisa julgada e erro de fato no julgamento de ação de reparação de danos. Pedido de novo julgamento para exclusão de valor referente a lucros cessantes e para que a execução se proceda na modalidade de liquidação por artigos. Inexistência de documento novo ou erro

de fato e de ofensa à coisa julgada. Ação rescisória. Improcedência da ação. AR 4713-PE 67

Ct e Adm Aposentadoria concedida no ano de 1992. Servidor público federal. Ilegalidade julgada pelo TCU no ano de 2002. Impossibilidade de reversão. Respeito aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé. AMS 89872-CE 252

C

Adm Chamada pública. Programa de Incentivo às Fontes de Energia Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA. Fase de habilitação. Encerramento. Inclusão de novo licitante. Impossibilidade. AgRg no AgTr 59674-RN 94

Cv Contrato. SFH. Incidência da TR. URV. Acréscimo ao valor nominal das prestações. Legalidade. Juros. Capitalização. Coeficiente de equivalência salarial (CES) – previsão contratual. Amortização do saldo devedor. Contribuição para o FUNDHAB. Ilegalidade. Seguro. Ausência de prova de reajuste no curso do contrato. Código de Defesa do Consumidor. Aplicação apenas aos contratos celebrados a partir de sua entrada em vigor. AC 351014-PE 219

PrCv e Trbt Contribuição previdenciária. Empresa agro-industrial. Entendimento firmado por esta Corte de que é devida a contribuição prevista na Lei nº 8.212/91, art. 22. Clareza da notificação fiscal. Inexistência de nulidade da NFLD. Agravo de instrumento contra decisão

	denegatória de tutela antecipada para suspender exigência do crédito. Ausência de verossimilhança. AgTr 61685-PE 87
Ct, Prev e Trbt	Contribuições previdenciárias previstas nas Leis nºs 7.787/89 e 8.212/91. Prova da assunção do encargo financeiro. Inexigibilidade. Compensação. Possibilidade de efetuação. Prescrição. Não ocorrência. Correção monetária. Impossibilidade de utilização da Taxa Referencial – TR. REO em AC 245958-CE 279
Ct	Contribuições sociais. Desvinculação da parcela de 20% do total dos recursos arrecadados. Inocorrência de prejuízo ao contribuinte. Emenda Constitucional nº 27/2000. Constitucionalidade presumida enquanto não declarada a inconstitucionalidade pelo STF. ADIN nº 2.199 pendente de julgamento. AMS 89863-CE 247
PrCv e Trbt	CPMF. Movimentação dos valores oriundos de operação de exportação. Suspensão da exigibilidade do crédito. Depósito judicial. Responsável tributário. Provimento liminar em mandado de segurança. Ausência do <i>fumus boni iuris</i> quanto à inexigibilidade do tributo discutido judicialmente. AgTr 54398-PE 74

D

Ct e Adm	Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Indenização fixada em valor superior ao ofertado pelo INCRA. Redução da área a ser indenizada. Exclusão do parque industrial. Benfeitorias. Ju-
----------	---

ros compensatórios. Acréscimo. Lucros cessantes e danos emergentes. Inclusão. Impossibilidade. Honorários advocatícios fixados em 5%. Ônus do expropriante. AC 280797-PB 114

E

PrCv e Trbt Embargos à execução fiscal. Intempestividade. Inocorrência. Argumentos genéricos da embargante. AC 329518-CE 155

Trbt Embargos à execução fiscal. Preliminares de intempestividade do recurso e de não ocorrência do duplo grau de jurisdição. Rejeição. FGTS. Agroindústria. Usina de álcool e açúcar. Trabalhadores da lavoura canavieira. Depósitos fundiários. Não exigência. Honorários advocatícios. Fixação em 20%, tanto nos embargos à execução quanto na execução fiscal. Valor excessivo. Redução. AC 342665-PE 193

Ct Emenda Constitucional nº 27/2000. Constitucionalidade presumida enquanto não declarada a inconstitucionalidade pelo STF. ADIN nº 2.199 pendente de julgamento. Contribuições sociais. Desvinculação da parcela de 20% do total dos recursos arrecadados. Inocorrência de prejuízo ao contribuinte. AMS 89863-CE 247

PrCv e Trbt Empresa agroindustrial. Contribuição previdenciária. Entendimento firmado por esta Corte de que é devida a contribuição prevista na Lei nº 8.212/91, art. 22. Clareza da notificação fiscal. Inexistência de nulidade da NFLD. Agravo de instrumento contra decisão

	denegatória de tutela antecipada para suspender exigência do crédito. Ausência de verossimilhança. AgTr 61685-PE 87
Adm e PrCv	Execução. Pagamento do reajuste decorrente da implantação do percentual de 28,86% na folha de pagamento dos servidores. Transação. Pagamento de honorários advocatícios. Inocorrência de litigância de má-fé. Ausência de interesse recursal. Ocorrência em parte. AC 337698-PE 159
PrCv e Trbt	Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Extinção do feito com base no CTN, art. 174. Prevalência do CTN sobre leis ordinárias. AC 272059-PE 103
Pen	Execução penal. <i>Habeas corpus</i> liberatório. Réu apenado por crime de tráfico internacional de crianças em continuidade delitiva. Intercâmbio com estrangeiros do Estado de Israel. Pedido de progressão da pena para o regime aberto. Apenado que se antecipou à decisão judicial por entender que já teria direito subjetivo da progressão da pena para o regime aberto. Falta grave cometida antes do tempo mínimo exigido para a progressão. Provimento de mérito. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Manutenção do cumprimento da pena no regime semi-aberto. HC 2142-RN 262
Pen e PrPen	Extinção da punibilidade. Decretação. Pretensão recursal prejudicada. Prescrição retroativa. Ocorrência. Súmulas 146 e 497 do STF. ACr 3395-PE 233

F

Adm Farmácias e drogarias. Fiscalização e aplicação de penalidades. Competência do Conselho Regional de Farmácia. Responsável técnico em tempo integral no horário de funcionamento. Auto de infração. Aplicação de multa. Legalidade. Caráter de sanção pecuniária. Procedimento administrativo-fiscal. Prazo de defesa. Resolução 258/94. Cerceamento de defesa. Inocorrência. AC 320079-PB 139

Trbt FGTS. Agroindústria. Usina de álcool e açúcar. Trabalhadores da lavoura canavieira. Depósitos fundiários. Não exigência. Embargos à execução fiscal. Preliminares de impestividade do recurso e de não ocorrência do duplo grau de jurisdição. Rejeição. Honorários advocatícios. Fixação em 20%, tanto nos embargos à execução quanto na execução fiscal. Valor excessivo. Redução. AC 342665-PE 193

Adm Fiscalização e aplicação de penalidades. Farmácias e drogarias. Competência do Conselho Regional de Farmácia. Responsável técnico em tempo integral no horário de funcionamento. Auto de infração. Aplicação de multa. Legalidade. Caráter de sanção pecuniária. Procedimento administrativo-fiscal. Prazo de defesa. Resolução 258/94. Cerceamento de defesa. Inocorrência. AC 320079-PB 139

H

PrPen *Habeas corpus*. Sentença condenatória transitada em julgado. Impossibilidade de

aplicação da suspensão condicional do processo. Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Inaplicabilidade, no caso, da suspensão condicional da pena. Pedido referente ao cumprimento da pena restritiva de direitos pendente de apreciação. Concessão parcial da ordem. HC 2147-PE 273

Pen *Habeas corpus* liberatório. Execução penal. Réu apenado por crime de tráfico internacional de crianças em continuidade delitiva. Intercâmbio com estrangeiros do Estado de Israel. Pedido de progressão da pena para o regime aberto. Apenado que se antecipou à decisão judicial por entender que já teria direito subjetivo da progressão da pena para o regime aberto. Falta grave cometida antes do tempo mínimo exigido para a progressão. Provimento de mérito. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Manutenção do cumprimento da pena no regime semi-aberto. HC 2142-RN 262

I

Adm INCRA. Servidores celetistas lotados na Unidade Agroindustrial de Caxangá (UNAI-CA). Contratos caracterizados como de prazo indeterminado. Transformação do vínculo para o estatutário. Demissões. Ilegalidade ante a não observância do devido processo legal. Direito a reintegração. AC 280267-PE 107

PrCv e Trbt Intempestividade. Embargos à execução fiscal. Inocorrência. Argumentos genéricos da embargante. AC 329518-CE 155

Trbt e PrCv IPI. Pauta fiscal. Descontos incondiciona-
dos. Sindicato dos distribuidores de bebi-
das. Posição intermediária na cadeia eco-
nômica. Pleito de repetição do indébito. Ile-
gitimidade ativa *ad causam* para a deman-
da. Reconhecimento. AMS 89751-PE 242

M

Prev Mandado de segurança. Prova pré-consti-
tuída. Tempo de serviço especial anterior à
vigência da Lei nº 9.032/95. Exposição à
eletricidade com perigo de vida. Presunção
legal com base no grupo profissional. Direi-
to ao cômputo do tempo de serviço como
atividade insalubre até a vigência da MP nº
1.523/96-1. Aposentadoria por tempo de
serviço. Concessão. AC 349467-PE 211

PrCv e Trbt Movimentação dos valores oriundos de ope-
ração de exportação. CPMF. Suspensão da
exigibilidade do crédito. Depósito judicial.
Responsável tributário. Provimento liminar
em mandado de segurança. Ausência do
fumus boni iuris quanto à inexigibilidade do
tributo discutido judicialmente. AgTr 54398-
PE 74

P

Adm e PrCv Pagamento do reajuste decorrente da im-
plantação do percentual de 28,86% na fo-
lha de pagamento dos servidores. Transa-
ção. Pagamento de honorários advocatí-
cios. Inocorrência de litigância de má-fé. Au-
sência de interesse recursal. Ocorrência
em parte. Execução. AC 337698-PE 159

Trbt e PrCv	Pauta fiscal. IPI. Descontos incondiciona- dos. Sindicato dos distribuidores de bebi- das. Posição intermediária na cadeia eco- nômica. Pleito de repetição do indébito. Ile- gitimidade ativa <i>ad causam</i> para a deman- da. Reconhecimento. AMS 89751-PE 242
PrCv, Adm e Prev	Pensões. Reajuste. Viúvas de ex-ferroviá- rios. Possibilidade. Aposentações anterio- res ao Decreto-Lei nº 956/69. Direito alcan- çado com o advento da Lei nº 8.186/91. Coe- ficiente aplicado aos cálculos das pensões. Lei nº 9.032/95. Percentual de 100% sobre o salário-de-benefício. Possibilidade. Preli- minares de carência de ação, decadência e prescrição de fundo de direito. Rejeição. AC 341215-PE 166
PrCv e Trbt	Prescrição intercorrente. Extinção do feito com base no CTN, art. 174. Prevalência do CTN sobre leis ordinárias. Execução fiscal. AC 272059-PE 103
Pen e PrPen	Prescrição retroativa. Ocorrência. Súmulas 146 e 497 do STF. Extinção da punibilidade. Decretação. Pretensão recursal prejudica- da. ACr 3395-PE 233
Ct e Adm	Professor substituto. Universidade. Candi- dato anteriormente contratado. Inscrição no processo seletivo. Contratação. Possibilida- de. Inconstitucionalidade do inciso III do art. 9º da Lei nº 8.745/93 alterado pela Lei nº 9.849/99. AMS 87425-CE 237
Adm	Programa de Incentivo às Fontes de Ener- gia Alternativas de Energia Elétrica – PRO- INFA. Chamada pública. Fase de habilita-

ção. Encerramento. Inclusão de novo licitante. Impossibilidade. AgRg no AgTr 59674-RN 94

R

Ct e Adm Remoção a pedido. Servidor público. Exercício provisório. Princípio constitucional da unidade familiar. Garantia constitucional de proteção à criança e ao adolescente. Tutela antecipada. Ausência dos requisitos legais. Inaplicabilidade da teoria do fato consumado. AC 342005-CE (Voto-Vencido) ... 178

Ct e Adm Remoção de servidor público para o lugar onde seu cônjuge fixa novo domicílio em função do desempenho de cargo na Administração Pública indireta. Direito. Lei nº 8.112/90, art. 36, parágrafo único. Constituição Federal, arts. 226 e 227. Normas de proteção à família e à infância. AC 342005-CE (Voto-Vencedor) 189

S

PrCv e Cv Seguro de automóveis. Indenização. Valor de mercado. Novo Código Civil. Possibilidade. Requisitos. Não ocorrência. Tutela antecipada. Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público para ajuizar a ação, desde que presente o interesse social. AgTr 59064-SE 81

PrPen Sentença condenatória transitada em julgado. Impossibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo. Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Inaplicabilidade, no

	<p>caso, da suspensão condicional da pena. Pedido referente ao cumprimento da pena restritiva de direitos pendente de apreciação. <i>Habeas corpus</i>. Concessão parcial da ordem. HC 2147-PE 273</p>
Ct e Adm	<p>Servidor público. Direito de remoção para o lugar onde seu cônjuge fixa novo domicílio em função do desempenho de cargo na Administração Pública indireta. Lei nº 8.112/90, art. 36, parágrafo único. Constituição Federal, arts. 226 e 227. Normas de proteção à família e à infância. AC 342005-CE (Voto-Vencedor) 189</p>
Ct e Adm	<p>Servidor público. Remoção a pedido. Exercício provisório. Princípio constitucional da unidade familiar. Garantia constitucional de proteção à criança e ao adolescente. Tutela antecipada. Ausência dos requisitos legais. Inaplicabilidade da teoria do fato consumado. AC 342005-CE (Voto-Vencido) ... 178</p>
Ct e Adm	<p>Servidor público federal. Aposentadoria concedida no ano de 1992. Ilegalidade julgada pelo TCU no ano de 2002. Impossibilidade de reversão. Respeito aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé. AMS 89872-CE 252</p>
Adm	<p>Servidores celetistas do INCRA lotados na Unidade Agroindustrial de Caxangá (UNAI-CA). Contratos caracterizados como de prazo indeterminado. Transformação do vínculo para o estatutário. Demissões. Ilegalidade ante a não observância do devido processo legal. Direito a reintegração. AC 280267-PE 107</p>

Adm e PrCv Servidores públicos. Pagamento do reajuste decorrente da implantação do percentual de 28,86% na folha de pagamento. Transação. Pagamento de honorários advocatícios. Inocorrência de litigância de má-fé. Ausência de interesse recursal. Ocorrência em parte. Execução. AC 337698-PE 159

Adm, PrCv e Prev Servidores públicos em atividade. Extensão de vantagens para os aposentados. Aplicação da CF/88, art. 40, §§ 4º e 5º. Diferenças devidas pelos mantenedores até o advento da Lei nº 8.112/90. A partir da entrada em vigor do citado diploma legal arcam com elas os órgãos de origem. AC 308851-PE .. 132

Cv SFH. Contrato. Incidência da TR. URV. Acréscimo ao valor nominal das prestações. Legalidade. Juros. Capitalização. Coeficiente de equivalência salarial (CES) – previsão contratual. Amortização do saldo devedor. Contribuição para o FUNDHAB. Ilegalidade. Seguro. Ausência de prova de reajuste no curso do contrato. Código de Defesa do Consumidor. Aplicação apenas aos contratos celebrados a partir de sua entrada em vigor. AC 351014-PE 219

T

Prev Tempo de serviço especial anterior à vigência da Lei nº 9.032/95. Exposição à eletricidade com perigo de vida. Presunção legal com base no grupo profissional. Direito ao cômputo do tempo de serviço como atividade insalubre até a vigência da MP nº 1.523/96-1. Aposentadoria por tempo de serviço. Concessão. Mandado de segurança. Prova pré-constituída. AC 349467-PE 211

U

Ct e Adm	Universidade. Professor substituto. Candidato anteriormente contratado. Inscrição no processo seletivo. Contratação. Possibilidade. Inconstitucionalidade do inciso III do art. 9º da Lei nº 8.745/93 alterado pela Lei nº 9.849/99. AMS 87425-CE 237
----------	---

V

Adm, PrCv e Prev	Vantagens dos servidores públicos em atividade. Extensão para os aposentados. Aplicação da CF/88, art. 40, §§ 4º e 5º. Diferenças devidas pelos mantenedores até o advento da Lei nº 8.112/90. A partir da entrada em vigor do citado diploma legal arcam com elas os órgãos de origem. AC 308851-PE ... 132
PrCv, Adm e Prev	Viúvas de ex-ferroviários. Reajuste de pensões. Possibilidade. Aposentações anteriores ao Decreto-Lei nº 956/69. Direito alcançado com o advento da Lei nº 8.186/91. Coeficiente aplicado aos cálculos das pensões. Lei nº 9.032/95. Percentual de 100% sobre o salário-de-benefício. Possibilidade. Preliminares de carência de ação, decadência e prescrição de fundo de direito. Rejeição. AC 341215-PE 166