

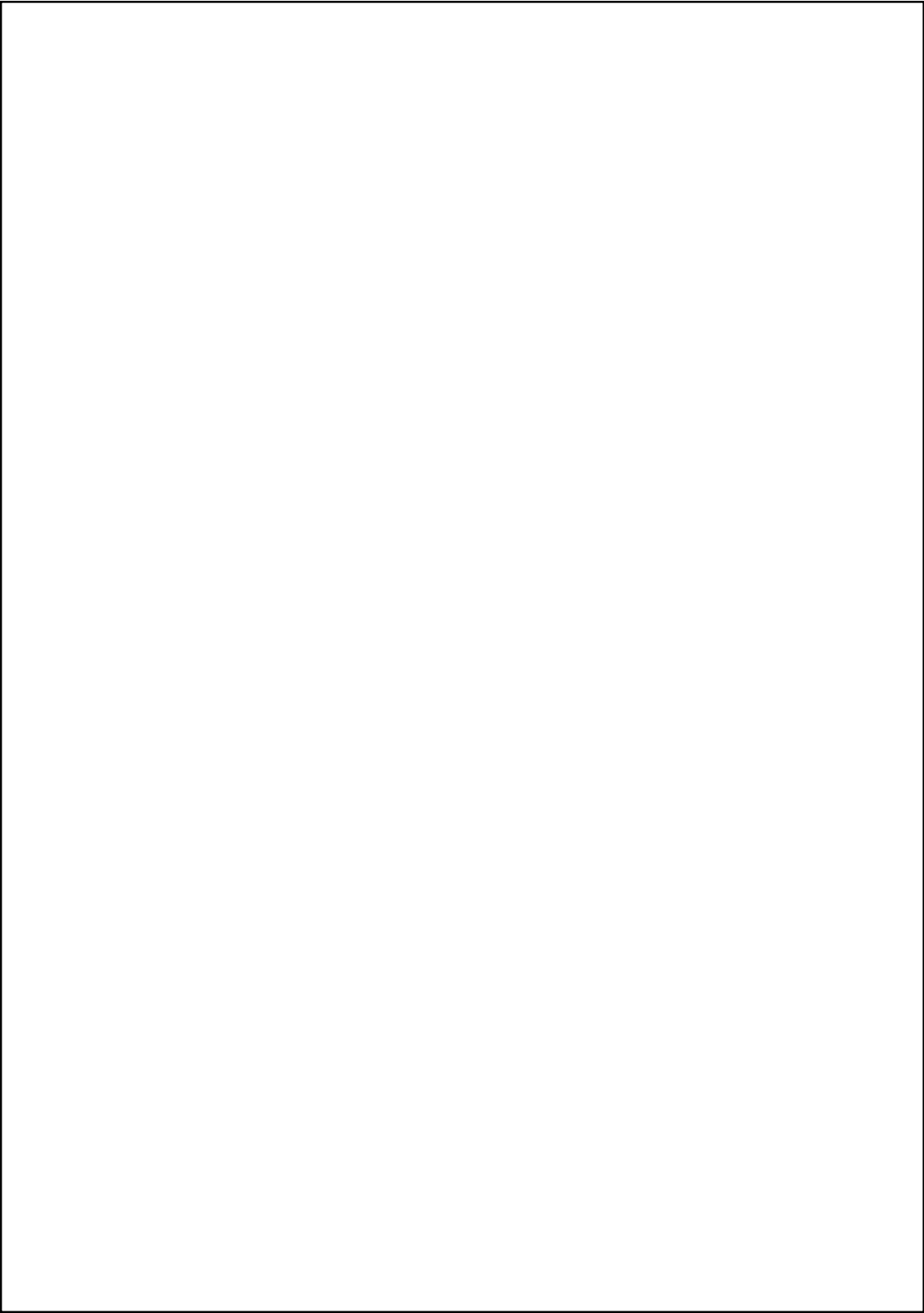
**REVISTA DO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL  
5ª REGIÃO**

**JURISDIÇÃO**

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

Número 46 – Outubro/Dezembro - 2001

R. TRF 5ª Região, nº 46, p. 1 - 329, Outubro/Dezembro - 2001



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

**Diretora da Revista**  
Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI

Administração

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO  
Cais do Apolo, s/n – Bairro do Recife  
CEP 50030-908 - Recife - Pernambuco

GABINETE DA REVISTA:

Diretora

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI

Supervisão de Coordenação de Gabinete

CARME MARIA VASCONCELOS MOTTA

Supervisão de Pesquisa, Coleta, Revisão e Publicação

MARIA CAROLINA PRIORI BARBOSA

Supervisão de Base de Dados

PEDRO AUGUSTO ESCOREL DINIZ

Apoio Técnico

ARIVALDO FERREIRA SIEBRA JÚNIOR

NIVALDO DA COSTA VASCO FILHO

WILSON ALBUQUERQUE DA SILVA

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

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

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 5ª Região

CDU 34(05)

## TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargador Federal

**FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS** - 13-3-96 - Presidente

Desembargador Federal

**UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE** - 03.12.97 – Vice- Presidente

Desembargador Federal

**FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI** – 03.07.00 -  
Corregedor

Desembargador Federal

**RIDALVO COSTA** - 30-3-89

Desembargador Federal

**JOSÉ DE CASTRO MEIRA** - 30-3-89

Desembargador Federal

**PETRUCIO FERREIRA DA SILVA** - 30-3-89

Desembargador Federal

**JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES** - 30-3-89

Desembargador Federal

**NEREU PEREIRA DOS SANTOS** - 30-3-89

Desembargador Federal

**JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA** - 29-4-92

Desembargadora Federal

**MARGARIDA CANTARELLI** – 09.12.99 - Diretora da Revista

Desembargador Federal

**JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO** – 03.07.00

Desembargador Federal

**NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO** – 03.07.00

Desembargador Federal  
**LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA** – 03.07.00

Desembargador Federal  
**PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA** – 17.05.01

Desembargador Federal  
**PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA** – 19.09.2001

# TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

## TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

Presidente: Desembargador Federal GERALDO APOLIANO  
Vice-Presidente: Desembargador Federal UBALDO CAVALCANTE  
Corregedor: Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI

## PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI - Presidente  
Desembargador Federal CASTRO MEIRA  
Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA

## SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

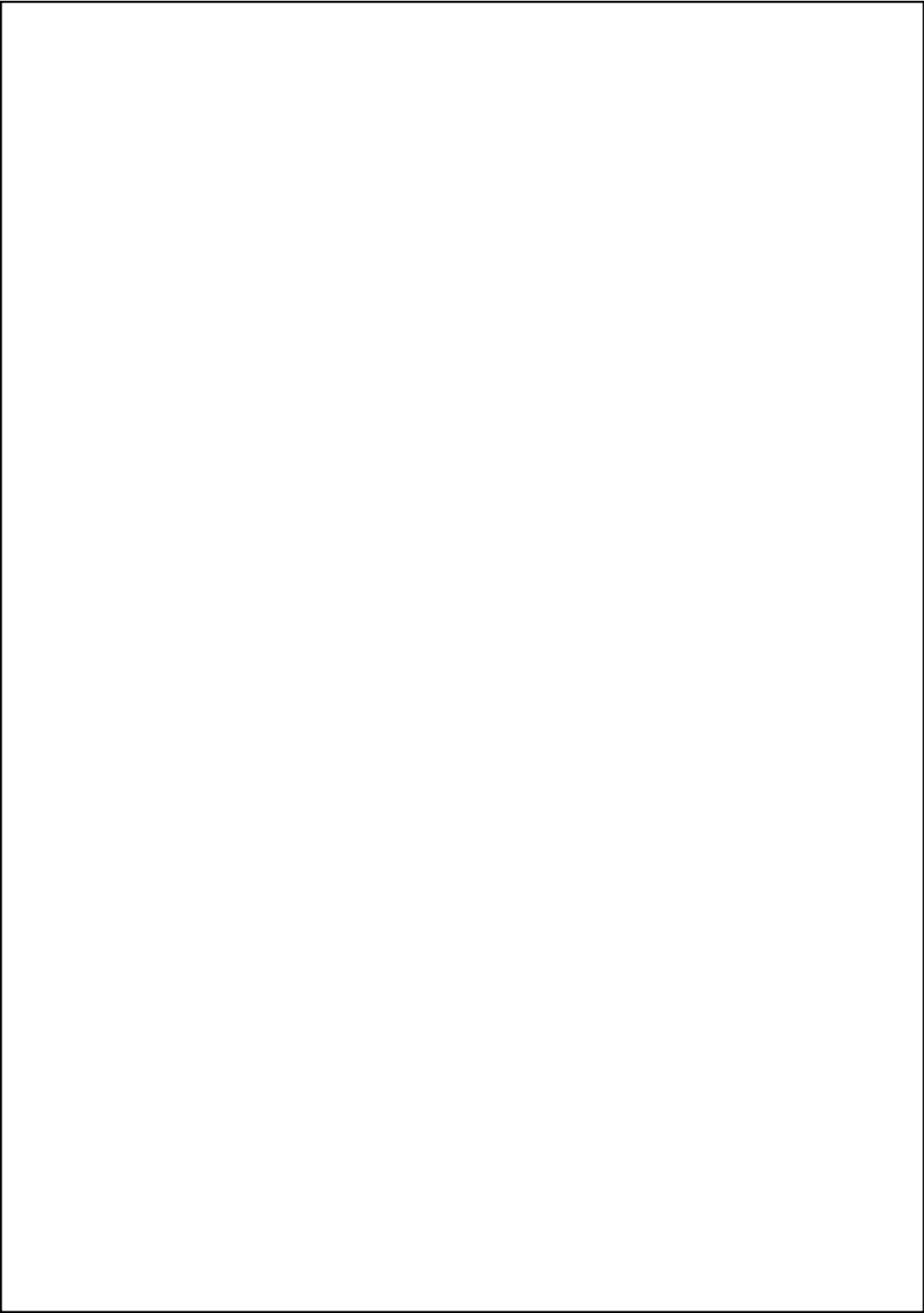
Desembargador Federal PETRUCIO FERREIRA - Presidente  
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES  
Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

## TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal RIDALVO COSTA - Presidente  
Desembargador Federal NEREU SANTOS  
Desembargador Federal PAULO GADELHA

## QUARTA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA FILHO - Presidente  
Desembargador Federal NAPOLEÃO MAIA FILHO  
Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL





## SUMÁRIO

---

### I - Doutrina

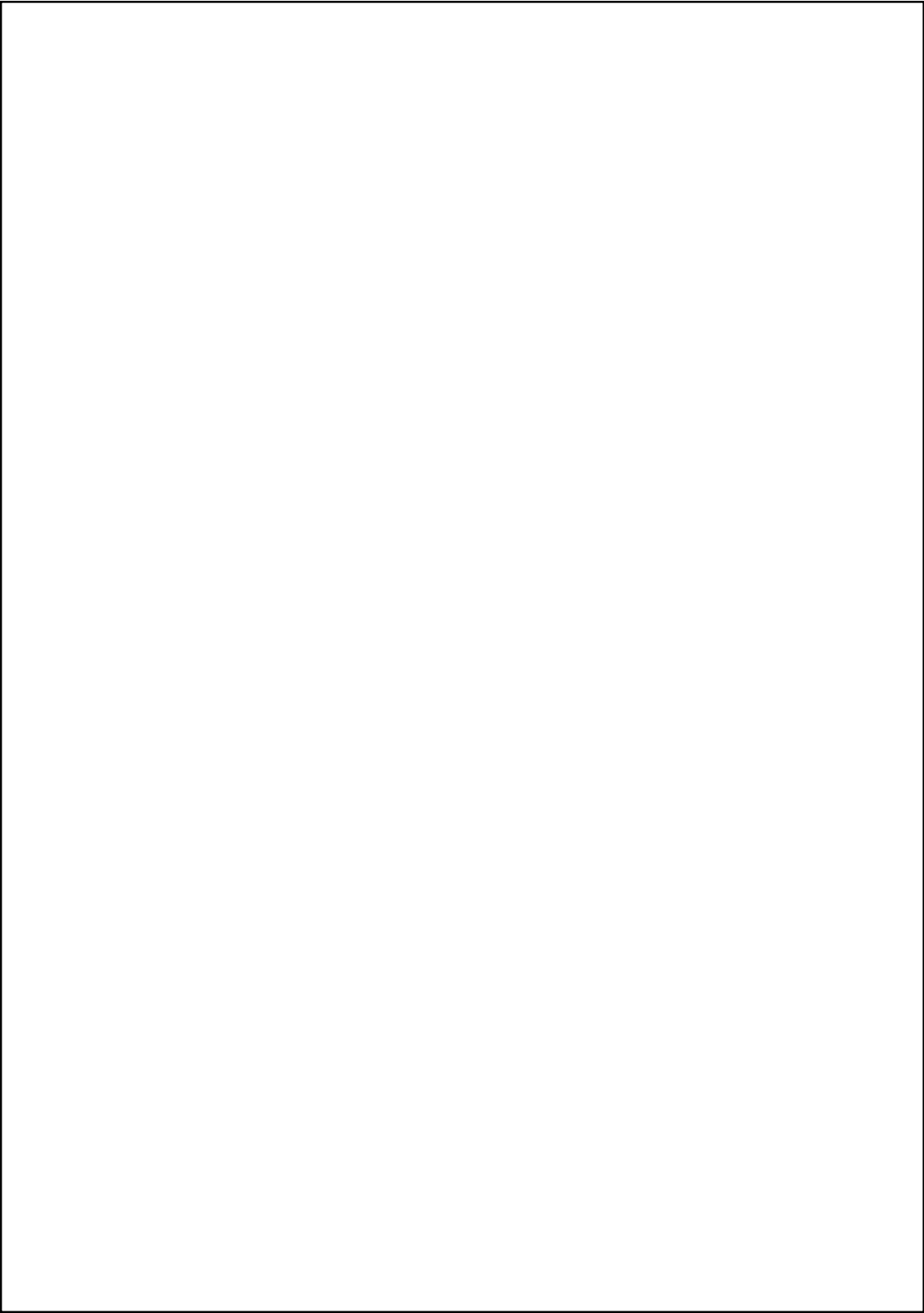
Saudação proferida por Sua Excelência o Desembargador Federal Ridalvo Costa na solenidade de posse do Dr. Paulo de Tasso Benevides Gadelha no cargo de Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região .....

Discurso proferido por Sua Excelência Dr. Paulo de Tasso Benevides Gadelha, por ocasião de sua posse no cargo de Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em 19.09.2001 ..... 00

II - Jurisprudência ..... 00

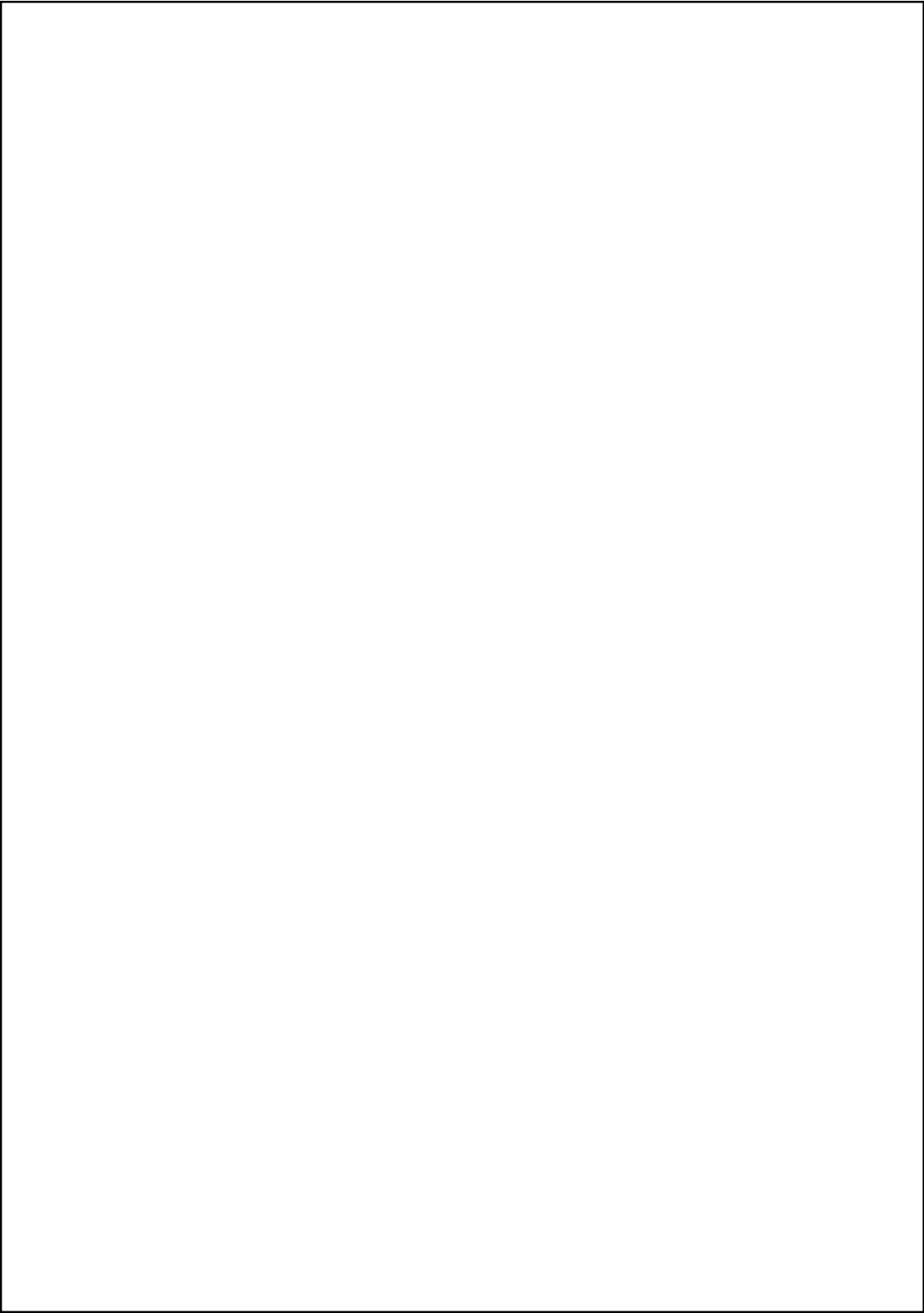
III - Índice Sistemático .....000

IV - Índice Analítico ..... 000



**DOCTRINA**

---



## **Saudação proferida por Sua Excelência o Desembargador Federal Ridalvo Costa na solenidade de posse do Dr. Paulo de Tasso Benevides Gadelha no cargo de Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região**

Designado quase às vésperas da sessão solene que havia sido marcada anteriormente, encontrara na exigüidade do tempo a justificativa para as minhas dificuldades de orador. O adiamento da posse retirou-me a justificativa e em nada me favoreceu.

De qualquer modo, sou consciente da enorme honraria que é a de interpretar o pensamento do Tribunal em grandes eventos assim.

A recepção de cada novo membro aqui, como em uma família, é sempre motivo de expectativa, de renovação das esperanças e de muita alegria.

Por isso, nada vou dizer da crise do Estado brasileiro tão preocupante; do grave e assustador desconcerto entre nações; da autonomia mínima do Judiciário que o torna impotente para fazer cumprir suas decisões contra a Fazenda Pública, perpetuando determinadas causas na espera do pagamento de precatórios; nem sobre as infundáveis reformas das leis processuais, ainda que de inegável valor científico, se nenhuma delas contribui para combater a crônica morosidade da Justiça; menos ainda do nosso assustador volume de trabalho.

Não posso, entretanto, omitir-me em informar que este Tribunal, nesses 12 anos de existência, com dez juizes, número elevado para quatorze, julgou 339.676 processos, mas ainda há pendentes de julgamento mais de 40.000 processos, segundo a estatística do mês de abril passado, não computados os processos de precatórios em tramitação na Presidência e os em fase de admissibilidade de recursos especiais e extraordinários, em número superior a 40.000.

Iniciarei por dizer que gostaria de ter nascido poeta, rico

de preferência, para que o trabalho árduo, fator de cansaço, não embotasse a atividade criadora.

Numa hora como esta, teria um poema semi-acabado. Completá-lo-ia no momento de oferecê-lo a Paulo, D. Cecília, sua eleita, Raissa, sua querida filha, e aos demais familiares.

Cativaria a gratidão da assistência por não ser obrigada a ouvir uma exposição como as que às vezes faço, com uma única qualidade positiva, a da brevidade.

Mas, quem me dera! Dou-me por feliz haver-me sido concedida a sensibilidade para tentar entender o versejar de Neruda, Prêmio Nobel de Literatura, e dos que mais próximos tanto me encantam: Manoel Bandeira, Mauro Mota, os "Poetas da Rua do Imperador" e os desta casa, que tanto admiro: Petrucio e Napoleão.

O Desembargador Paulo de Tasso Benevides Gadelha vem do vale do Rio do Peixe, afluente do Piranhas, da Cidade de Sousa, encravada na Zona Sertaneja que se estende além dos limites da Paraíba, penetra no Rio G. do Norte, une-se ao Seridó norterio-grandense, com vários municípios, dentre eles, Caicó, terra de minhas raízes, imortalizada por Villa Lobos nas bachianas e depois por excelentes intérpretes populares da "Cantiga de Caicó".

Temos, portanto, a mesma origem sertaneja, a admiração pelos mesmos valores interioranos, pelos mesmos costumes, as lembranças dos sons antigos das nossas cidades: dos cantadores, dos leiloeiros, das feiras, sem barulho ensurdecedor ou poluente, no máximo uma difusora local oferecendo "postais sonoros".

E mais que isso tudo, a lembrança sempre presente da cor do nosso céu, azul como nenhum outro, de um azul diferente de todos os azuis. Lá se diz, quando o tempo está carregado de nuvens escuras, que está bonito para chover. Mau tempo é tempo de seca, quando as terras ficam barbaramente estéreis e na estação das chuvas se transmudam em maravilhosamente exuberantes, segundo a linguagem euclidiana.

Sousa, pela simpatia e hospitalidade do seu povo, foi sempre conhecida como a "Cidade Sorriso", denominação que

Ihe dera o primeiro médico que ali chegara, o Dr. Silva Mariz, avô de dois ex-Governadores da Paraíba: João Agripino e Antonio Mariz.

O Des. Paulo Gadelha chega ao Tribunal pela nobre classe dos advogados, escolhido inicialmente para compor lista sextupla elaborada pela Ordem dos Advogados do Brasil, depois em lista tríplice condensada por este Tribunal, para finalmente ser escolhido e nomeado pelo Exmo. Sr. Presidente da República. O adiamento da sua posse trouxe-lhe dissabores, tristezas e angústias pela incerteza do resultado do julgamento. O destino reservou-lhe esta provação como a preparar-lhe a iniciação de uma nova etapa profissional. Vossa Excelência, Des. Paulo, saberá entender, mais do que todos nós, o drama dos que esperam o julgamento de um processo.

A integração à magistratura pelo quinto constitucional, repito sempre, tem a vantagem de trazer profissionais já formados pelo estudo dos casos, pelo contato direto com a parte, ouvindo súplicas, lamentos, revoltas, desespero, pressões, pelo contacto com juizes e servidores do foro nem sempre atenciosos.

A sua caminhada profissional também foi longa, embora facilitada pela estrutura familiar sólida, moral e economicamente. Fizera o curso primário na cidade natal sob a orientação dos pais, José de Paiva Gadelha, comerciante, industrial, ex-deputado federal pela Paraíba, e D. Miriam Benevides Gadelha, na convivência com os oito irmãos; o curso ginásial, como se dizia, fê-lo em Patos, cidade ribeira do Rio Espinharas, no Ginásio Diocesano, dirigido pelo grande educador paraibano, o Padre Vieira; o Curso Clássico, no Colégio Padre Felix, em Recife, sob a inspiração do modelar líder católico, educador e magistrado, Desembargador Rodolfo Aureliano, honra da magistratura pernambucana. Bacharelara-se pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba, filha intelectual da velha escola do Recife, a faculdade germinal do Nordeste deste imortal Pernambuco, responsável direta pelas nossas raízes jurídicas na precisa e sempre repetida expressão do inexcelsível Mestre Pinto Ferreira.

Como orador começara precocemente, aos doze anos de idade, saudando Juarez Távora, de passagem por Sousa,

na campanha para a Presidência da República, para nunca mais parar. Iniciara-se na Tribuna do Júri, ainda como primeiroanista de Direito, no julgamento de Chico Belo, em Sousa.

O seu currículo registra, dentre outras funções relevantes, também o exercício da Procuradoria Jurídica do Município de São José da Lagoa Tapada, o magistério jurídico nos graus médio e superior, dois mandatos de Deputado Estadual e a partir de 1975 a advocacia do Movimento Democrático Brasileiro perante o Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba, época em que nos conhecemos. O jovem advogado já ostentava nos seus arrazoados, oralmente da tribuna ou nos autos, a segurança do estudioso, a ética profissional cultivada como uma das suas marcas mais admiradas por todos que o conhecem e testemunham a sua vida profissional, como o Des. Plínio Leite Fontes, atual presidente do TRE-PB, e por muitos anos titular da 1ª Vara da Comarca de Sousa.

Não é fácil a iniciação na magistratura quando se vem de outra categoria, como o Ministério Público ou a advocacia e com fortes ligações políticas. Este Tribunal recebe-os sem qualquer preconceito, pedindo apenas para ser amado. Aqui só não há lugar para os que não amam a Justiça.

Há uma tese aprovada pela Fundação Getúlio Vargas sobre a atuação judicial dos Ministros do STF nomeados logo após a Revolução de 1964, originários quase todos da retumbante Banda de Música da UDN, os quais, vestindo a toga negra do luto, símbolo da simplicidade, passaram a ter um comportamento de verdadeiros juizes.

Não há neste Tribunal donos da verdade nem das nossas ações. Pretendemos ser livres no ato de julgar. Desagradamos sempre a uma das partes, mas não procedemos assim com o propósito de contrariar, mas por dever.

As funções do magistrado federal têm sido mais difíceis em razão dos sucessivos planos governamentais. Nós, os antigos, temos experiência para aquilo que já vivenciamos, tal como a "Lanterna de Popa", de Roberto Campos. Não para os novos litígios, como os que vão surgindo.

A legítima pressão social de um lado não dispõe de meios iguais para enfrentar judicialmente a outra parte, a União, ar-



mada com o poder de elaborar normas com força de lei para modificar as relações processuais e materiais, até mesmo já desenhado o litígio, sem a participação do Poder Legislativo. É este um dos desafios presentes.

Mas a realização do juiz está no ato de julgar, na descoberta da verdade, na busca da solução mais justa dentro do ordenamento jurídico. A experiência de vida ajuda muito, mas é imprescindível dedicação permanente, porque o magistrado federal é submetido a um trabalho desumano.

Des. Paulo Gadelha, o Tribunal, ampliado e revitalizado pelo trabalho eficiente dos seus novos julgadores, o recebe de braços abertos e deseja-lhe, na sinceridade destas singelas palavras, que Vossa Excelência realize como magistrado o modelo dos seus ideais e de sua formação e que as funções que lhe são confiadas sejam, acima de tudo, instrumento para servir à causa da justiça.

Seja feliz.



## **Discurso proferido por Sua Excelência Dr. Paulo de Tasso Benevides Gadelha, por ocasião de sua posse no cargo de Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em 19.09.2001**

Toda liturgia de posse é, simultaneamente, compromisso e desafio.

Compromisso com o discurso que busca pragmatizar a sua proposta.

Desafio como instrumento indutor de mudanças e transformações.

É, pois, este instante, a simbiose entre a esperança e o ato. Entre o sonho e a realidade.

Dentro desta expectativa, assumo o cargo de Desembargador Federal do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Faço-o, acreditem, tomado da inabalável convicção de que o Direito e a Justiça são o evangelho sócio-jurídico-político dos tempos modernos.

É verdade - e não vai nisso nenhum segredo de Polichinelo - que o universo legal brasileiro está em crise. A lei, fonte primeira e maior do Direito, precisa modernizar-se, fenômeno presentido pelo Mestre Orlando Gomes quando estigmatiza que "o direito está em mora com o fato".

No final do Século XVIII, o Marquês de Pombal, em carta a seu sobrinho, Governador da Província do Maranhão, ensinava: "Há três deuses que os antigos pintavam de olhos vendados, sinal que não eram cegos. Há um Cupido, deus do amor, um Plutão, deus da riqueza, uma Têmis, deusa da justiça".

Para concluir: "Não consinta que se ergam templos a tais divindades, pois é prejudicial a quem governa, amor cego, riqueza cega, justiça cega".

Hoje, a Justiça, embora simbolizada pelos olhos vendados, está mais perto da sociedade, perscrutando-lhe a vida, sen-

tindo os seus anseios, enxergando os seus problemas.

Terna como a alma do poeta, o julgador busca no seu ofício, sempre que possível, humanizar o direito.

É o respeito à máxima de Ésquilo, o grande teatrólogo grego, poetizando: "O erro não deve prevalecer por causa da tecnicidade". Este aceno sentimental, todavia, não inibe o grande dilema da Justiça brasileira.

Há um cipoal de problemas atormentando o Poder Judiciário pátrio.

Começa, de logo, com a morosidade da nossa Justiça. Faltam juízes para o incomensurável número de processos.

Estatísticas colhidas em 1999 apontavam que na Alemanha a relação juiz/população era da ordem de um aplicador da lei para 3.800 habitantes e na França era de um julgador para 7.200 habitantes. No Brasil, a média é de um magistrado para 29.542 habitantes. Na Paraíba, meu Estado, a relação é de um julgador para 32.575 paraibanos.

Depois deste quadro desolador, é indispensável lembrar a pletera de leis provocando um verdadeiro entulho jurídico. Até 20 anos atrás, o país tinha 16.946 leis em vigor, das quais 9.252 são ordinárias, dizendo respeito ao dia-a-dia do brasileiro. Códigos vetustos, fora do mundo, como por exemplo a Lei número 556, de junho de 1850, instituidora do atual Código Comercial, herança do império.

Na esfera do Processo Penal, a cena é digna da imaginação de Dante Alighieri pintando o inferno. Hoje, são 223.000 presos recolhidos em nossas pouco mais de 130.000 unidades prisionais. Cerca de trezentos mil mandados de prisão não cumpridos.

Os cárceres, infectos e desumanos, são usinas geradoras de criminosos.

Roberto Lyra, uma das glórias do Direito Penal Brasileiro, estudioso dos descaminhos do sistema penitenciário, em obra seminal chamada "Penitência de um Penitenciário", lembra que "A Pedagogia, a Medicina, a Psicologia, a Economia, até a própria Moral já não admitem discussão sobre a monstruosidade antinatural, antiindividual e anti-social de prender, isolar, segregar. É pior do que eliminar e transportar".

Porém, ante tamanha paisagem desagradável, agressiva, injusta, o Direito é vida, luta, garra, e os seus operadores têm o desiderato de guerrear para fazê-lo ágil, dinâmico e ativo.

Dentro deste objetivo de modernizar o processo brasileiro, abstraindo a reforma do Poder Judiciário, como fator de celeridade processual, é inexorável desburocratizá-lo, eliminando procedimentos formalísticos e protelatórios que retardam a prestação jurisdicional.

Assim, comentando o excesso de recursos na legislação brasileira, o Desembargador Luis Fernando Ribeiro de Carvalho, da Associação Brasileira de Magistrados, afirmou que “nosso processo de execução é inteiramente superado. Há processos que permitem 40 e até 50 recursos, o que mostra como a estrutura jurídica brasileira está obsoleta. Ela é uma herança das velhas ordenações lusitanas, que valorizam mais o recurso do que o direito”.

Há anos, um gênio da Filosofia e do Direito, chamado Tobias Barreto, pregava que “O Direito não é filho do céu. É um produto cultural e histórico da evolução humana”. É obra do homem. É engenharia social, digo eu.

Há pouco tempo, um gênio da fé, o Papa João Paulo II, em mensagem à União Internacional de Juristas Católicos, afirmou que “O Direito surge de uma profunda exigência humana, presente em todos os homens e que não pode ser alheio ou marginal a nenhum deles: trata-se da exigência da justiça que é a realização de uma ordem equilibrada das relações interpessoais e sociais, aptas para garantir que a cada um seja dado tudo aquilo a que tem direito”.

Como profetizou o Ministro Carlos Veloso, em discurso que proferiu como paraninfo da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba, “O Século XXI será o século do Poder Judiciário”.

Por isso, a elaboração das leis passará a ter um caráter mais participativo.

Aliás, é esta a tese defendida pelo respeitável constitucionalista português e mestre de Coimbra, Gomes Canotilho, quando, discutindo quem deveria elaborar as leis, sustenta que “A produção de leis, especialmente as consolidadas, como as dos

Códigos Civil e Penal, exige a convocação de pessoas que tenham conhecimento de sua utilização. Bons projetos de Magistrados vêm sendo desenvolvidos com a colaboração de Tribunais, Professores e Faculdades de Direito. Deve haver muita participação do Judiciário para se conseguir uma lei minimamente realista, adequada aos nossos tempos, que não apresente problemas graves de aplicação política. As pessoas que hoje elaboram as normas jurídicas são teóricos e políticos que não conhecem a realidade dos Tribunais”.

Assim, entendo como Juiz recém-empossado, que o processo precisa ter e sentir a emoção das ruas. O Direito é filho do entrechoque das idéias. Ordená-lo é dever impostergável dos que gravitam nele.

Dentro deste encarte, a nós, Juizes e aplicadores dos textos legais, deve estar sempre presente a lição de Hans Kelsen, na sua “Teoria Pura do Direito”, doutrinando que “O Direito, enquanto norma, ordenamento jurídico, é perfeito. Entretanto, a forma como é utilizado pelos homens da Administração da Justiça é um outro problema que não tem nada a haver com o Direito como Justiça”.

Assim, a crença no império da lei, na força dinâmica e renovadora do Direito, no primado da Justiça, tudo isso deve balizar a trajetória do Julgador no exercício da difícil missão de prolatar sentenças.

Um texto magistral de Del Vecchio é luz no fim do túnel quando nos ensina a nós, Magistrados: “Nós não devemos apenas obedecer às leis, mas, antes de tudo, vivificá-las e cooperar para sua renovação. O respeito à legalidade representa apenas um aspecto e não o mais alto da nossa missão humana, porque, através da legalidade de hoje, cabe-nos preparar a de amanhã, servindo, por um trabalho perpétuo, àquela idéia de justiça que, imanente e sempre renovada no nosso espírito, se encontra em todas as leis, porém em nenhuma se exaure”.

Como disse Ransson, o velho Magistrado francês, “O Juiz, a despeito da gravidade de sua missão, subsiste como homem, para quem o coração não é órgão inútil é, ao contrário de lhe paralisar os impulsos, deve, sob o controle da razão, submeter-se à humana influência”.

O Julgador tem que ser padrão de decência, honradez, comedimento e sobriedade. Ou, como ensina Calamandrei, “Os Juizes são como os membros de uma ordem religiosa: é preciso que cada um deles seja um exemplo de virtudes, se não quiser que os crentes percam a fé”.

Agora, o ritual da gratidão e o espaço das homenagens. À Cecília, esposa, e Raissa, filha, pelo apoio constante e encorajador que sempre o tiveram. Aos meus sogros, Carmen e José Maciel, pelo constante incentivo à minha luta. Aos meus irmãos e cunhados, pelo estímulo sempre presente. Agora um halo de saudade à memória dos meus pais, José e Miriam Gadelha, que Deus os convocou, na certeza de que acompanharam, passo a passo, os caminhos da minha trajetória.

Uma palavra de homenagem ao Desembargador Rivalvo Costa, amigo de quase três décadas, ele, como Juiz Federal com assento no TRE da Paraíba, como sempre brilhante, e eu, modesto advogado, defendendo os interesses dos que litigavam naquela Corte. A vida, agora, deu-nos a mesma tribuna para dizermos do Direito. Aprendi muito com ele. A Everaldo Dantas Nóbrega, advogado que falou em nome da OAB-PB, pelas palavras elogiosas a mim dirigidas. Ao Doutor Joaquim Dias, exemplo de dedicação ao Ministério Público, a minha gratidão.

Agora, à força do improviso, devo dizer que não foi fácil a minha chegada até aqui. Foi uma batalha, foi uma luta, começando pelo convencimento dos advogados do meu Estado; depois, pela sabatina do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, onde fui o terceiro mais votado; em seguida, no julgamento sereno e imparcial desta egrégia Corte, onde venci no primeiro escrutínio. Depois, a sanção presidencial à minha indicação, até os recursos com que tentaram impugnar a minha posse. Venci a todos e entro nesta Casa pela porta do direito, ungido por todas essas instâncias, aproveitando para dizer que aprendi com Sartre, o pai do Existencialismo, que “O homem não é outra coisa, senão o seu próprio projeto, e só se realiza quando o executa”. O projeto que sempre motivou a minha alma e animou o meu espírito e as minhas convicções foi vestir a toga.

Por isso, meus senhores e minhas senhoras.

Como Juiz, eu repito o que disse quando sabatinado pelo

Conselho Federal da OAB em Brasília, fazendo minhas as palavras do maior tribuno nordestino, o ex-ministro Alcides Carneiro, do STM, que pediu que quando de sua morte escrevessem na sua lápide: "Foi Juiz. Se absolveu por compaixão, não condenou por fraqueza".

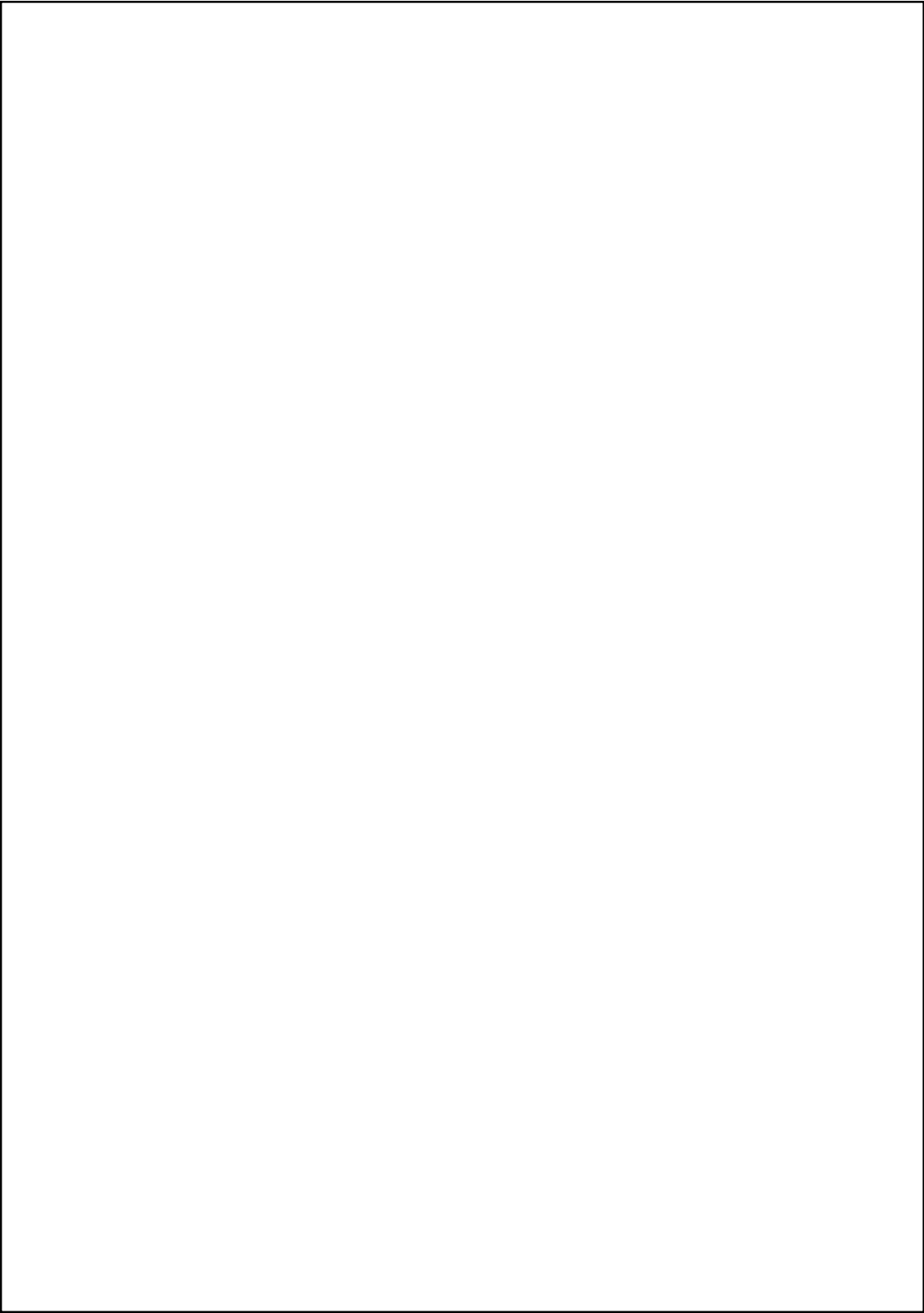
Direi finalmente: quero ser feliz, fazendo justiça "com os livros da lei nas mãos, e o seu espírito no coração, como ensinava o filósofo Bacon.

Muito obrigado.



**JURISPRUDÊNCIA**

---



## AÇÃO RESCISÓRIA Nº 2.473-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA  
Autora: UNIÃO  
Réu: FRANCISCO ALEXANDRE FERREIRA - INCA-PAZ  
Representante: JOAQUIM ALEXANDRE FERREIRA  
Advogados: DRS. MARIA LÚCIA SOARES DE ALBUQUERQUE E OUTRO (RÉU)

### **EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA.**

*- Cuidando-se de julgamento ultra petita, e não extra como propugna a autora da rescisória, impõe-se apenas sua redução aos limites da postulação.*

*- Procedência parcial do pedido de rescisão, na medida em que o acórdão reconheceu o direito à reforma de militar na graduação de Terceiro Sargento, quando, em verdade, o pedido da ação ordinária concernira à reforma no posto de Cabo, com remuneração com base no soldo correspondente ao grau hierárquico superior (Terceiro Sargento).*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, julgar procedente em parte o pedido, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 17 de outubro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA: Trata-se de ação rescisória, proposta pela União, que objetiva rescisão do acórdão prolatado pela egrégia Terceira Turma deste colendo Tribunal Regional Federal, que reconheceu devida a reforma de militar no posto de Terceiro Sargento.

Alega a autora que o pedido inicial se limitara à reforma na patente de Cabo, com os proventos da graduação de Terceiro Sargento, e que o referido acórdão exarara decisão *extra petita*, pois ampliara um pedido que não fora feito, pelo que requer a sua nulidade absoluta.

O acórdão rescindendo está assim ementado: "Administrativo. Militar. Doença mental incapacitante. Direito a reforma na graduação de Terceiro Sargento (Lei 5.554, arts. 112, IV, e 114, parágrafos 1º e 2º, c). Pedido que se limita à promoção a posto imediatamente superior. Deferimento. Apelo provido".

(AC nº 56.775 – PE, Rel. Des. Fed. Lázaro Guimarães, j. 29.09.94).

A contestação do réu fora apresentada intempestivamente, de acordo com certidão acostada aos autos, às fls. 40. As razões finais da autora e da parte ré constam às fls. 52 e 53/59, respectivamente.

O acórdão rescindendo transitou em julgado em 02.07.1997.

O Ministério Público Federal opinou pela parcial procedência do pedido, de modo que se rescinda o acórdão, no tocante à reforma do réu na graduação de Terceiro Sargento.

Ao eminente Revisor.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO

ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA (Relator): A questão é simples. A União sustenta ter o acórdão rescindendo violado os arts. 128 e 460 do CPC, na medida em que emanara julgamento *extra petita*.

Com efeito, deduz-se da cópia da exordial da ação ordinária manejada por Francisco Alexandre Ferreira que o pedido concernira à sua "reforma na patente de Cabo, com os proventos da graduação de Terceiro Sargento...". Entretanto, o acórdão reconheceu o direito à reforma na graduação de Terceiro Sargento.

Aduz a União ser o caso de nulidade absoluta do julgamento, porque fora do pedido. Note-se que não se discute, pois, se a doença é incapacitante, ou se era preexistente e apenas eclodiu ante o desempenho do labor castrense, ou se restou provada a relação de causa e efeito entre as atividades militares e a eclosão da doença. Não. O fundamento da rescisão é a afronta a literal disposição de lei, em face do julgamento dissociado do pedido.

O juiz está, de fato, jungido aos limites em que proposta a lide pelo autor, em face do princípio dispositivo. No entanto, aqui não se cuida de julgamento fora do pedido, *extra petita*, mas, apenas, além do pedido, é dizer, *ultra petita*, e, em casos que tais, impõe-se, não a declaração de sua nulidade absoluta, sendo pertinente, tão-só, reduzi-lo aos limites da postulação.

Nesse sentido, a jurisprudência é copiosa, cuja citação é absolutamente despendida.

Procede, pois, apenas no particular, o pleito rescisório da União.

Com esses breves adminículos, julgo procedente em parte o pedido da ação rescisória, para rescindir o acórdão apenas quanto à reforma no posto de Terceiro Sargento, reconhecendo a procedência do pedido do autor da ação ordinária para ser reformado na graduação de Cabo, com remuneração com base no soldo correspondente ao grau hierárquico superior (Terceiro Sargento), mantidos os demais termos da condenação.

Havendo sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seus advogados, nos termos do *caput* do art. 21 do CPC.

É como voto.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 20.808-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Agravado: AMARO FERREIRA DA SILVA  
Advogados: DRS. MARIA DE FÁTIMA F. ALBUQUERQUE E OUTROS (AGRTE.) E CÉLIA REGINA NARCISO DOS SANTOS (AGRDO.)

**EMENTA: PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. TUTELA ANTECIPADA. DESCONTO NO BENEFÍCIO PARA RESTITUIR O INSS. CUMULAÇÃO DE APOSENTADORIA E AUXÍLIO-ACIDENTE. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC.**

*- É possível cumular aposentadoria por tempo de serviço e auxílio-acidente, percebidos antes do advento da Lei nº 9.528/97.*

*- É incabível o desconto de valores do benefício do segurado, sob o pretexto de ressarcir a autarquia previdenciária, ainda mais quando era recebido de boa-fé.*

*- Inquestionável a existência da verossimilhança das alegações do autor e do perigo de dano irreparável no caso de reforma da decisão agravada. Tutela antecipada mantida.*

*- Agravo improvido.*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo

parte integrante do presente julgado.

Recife, 18 de outubro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA -  
Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA: Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão do MM. Juiz da 1ª Vara Federal/AL, a qual deferiu tutela antecipada, visando a suspender o desconto de valores no benefício do segurado, realizado sob o fundamento de que seria para restituir a autarquia previdenciária do pagamento indevido de auxílio-acidente.

O agravante alega que é ilegal a cumulação de aposentadoria por tempo de serviço e auxílio-acidente. O agravante aduz, também, que tem direito de ser restituído dos valores pagos indevidamente a título de auxílio-acidente. Alega, ainda, que inexistem os requisitos legais para a concessão de tutela antecipada, além de sua concessão ferir o princípio do duplo grau de jurisdição. Requer, ao final, a reforma da decisão.

Em sessão, a 3ª Turma desta Corte Regional negou efeito suspensivo ao recurso.

Apesar de devidamente intimado (fls. 35), o agravado não ofertou contra-razões ao agravo.

Relatei.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator): A concessão de tutela antecipada depende da existência de prova inequívoca que convença o magistrado da verossimilhança dos fatos alegados, tal como dispõe o *caput* do art. 273 do CPC:

“Art. 273. Poderá o juiz, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos

da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:  
(...)”

No presente caso, entendo que existe a verossimilhança das alegações do agravado.

Isso porque, na antiga legislação previdenciária, vigente na época das concessões dos benefícios previdenciários em tela, não havia qualquer vedação ao acúmulo de aposentadoria por idade e auxílio-acidente.

No caso, o auxílio-acidente foi concedido em 07.12.1977, em decorrência da perda de um olho, num acidente de trabalho, e a aposentadoria por tempo de serviço, em 20.03.1984.

Da mesma forma, na atual Lei de Benefícios (Lei nº 8.213/91), a antiga redação do art. 86, também não havia qualquer vedação de perceber, cumulativamente, aposentadoria por tempo de serviço e auxílio-acidente. Tal vedação, na realidade, surgiu, apenas, em 1997, com o advento da Lei nº 9.528/97.

Versava o art. 86 da Lei nº 8.213/91, antes da referida alteração:

“Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar seqüelas que impliquem redução da capacidade funcional.

§ 3º O recebimento de salário ou concessão de outro benefício não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente”.

Desta forma, a posterior alteração legislativa, vedando-se a referida cumulação, não pode vir a prejudicar o segurado, posto que possui direito adquirido ao antigo regramento legal, afinal, na época da concessão de cada benefício, o mesmo havia preenchido todos os requisitos legais.

Assim, a ação do agravante mostra-se abusiva, haja vista descontar indevidamente valores corretamente pagos ao segurado, que são, além de tudo, de natureza eminentemente alimentar.



Neste sentido, vale conferir a seguinte decisão do STJ:  
“Previdenciário. Auxílio-acidente. Termo inicial. Perícia administrativa. Cumulação com aposentadoria. Possibilidade.

I – O termo inicial do benefício acidentário, havendo negativa do pedido formulado pelo segurado na via administrativa, recai sobre a data desse requerimento. Precedentes.

II – O benefício do auxílio-acidente, concedido anteriormente à Lei 9.528/97, pode ser cumulado com a aposentadoria por tempo de serviço. Precedentes.

III - Recurso não conhecido.

(STJ. REsp. nº 309.924/SP. 5ª Turma. Rel. Min. Félix Fischer. Julg. 15.05.2001, dec. unân. *DJ*, 18.06.2001, p. 182).

Por outro lado, ainda que fosse incabível a cumulação dos benefícios em tela, é de se atentar que o próprio agravante permaneceu pagando os benefícios, mesmo após a alteração legislativa que vedou a cumulação, até o momento em que percebeu seu equívoco.

Desta forma, o agravado percebia tais valores sem qualquer intenção dolosa, pois nada há, nos autos, que demonstre ter o agravado agido fraudulentamente, tentando permanecer recebendo indevidamente o auxílio-acidente.

Assim, os valores percebidos pelo segurado de boa-fé não devem ser objeto de restituição.

Portanto, reconheço a existência dos requisitos autorizadores da tutela antecipada, diante da verossimilhança das alegações do agravado e do perigo de dano irreparável, no caso de permanecerem os descontos em seu benefício, não devendo, portanto, ser reformada a decisão agravada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Assim voto.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 22.035-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO  
Agravante: UNIÃO  
Agravada: CANINDÉ CALÇADOS LTDA.  
Advogados: DRS. RAFAEL PEREIRA DE SOUZA E OUTROS (AGRDA.)

**EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE MULTA TRABALHISTA. MAQUINÁRIO OFERECIDO COMO CAUÇÃO REAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 112 DO STJ.**

*- A multa decorrente de infração à legislação trabalhista tem natureza administrativa e não tributária.*

*- O oferecimento de maquinário como garantia real é meio idôneo para suspender a exigibilidade do crédito de natureza não tributária, ao qual não se aplica a Súmula 112 do STJ.*

*- Agravo improvido.*

### ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGTR 22.035-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, na forma da lei.

Recife, 28 de agosto de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Trata-se de agravo de instrumento com pedido liminar interposto pela União, contra decisão exarada nos autos da Ação Cautelar Preparatória 99.0002913-5, do eminente Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, na qual o douto Magistrado, *por entender que resta sem utilidade o provimento concedido ao final da ação de desconstituição de crédito administrativo caso este já tenha sido executado, concedeu a liminar requerida*, determinando a suspensão da exigibilidade do crédito relativo a multa por descumprimento do art. 41 da CLT, devendo a União se abster de ajuizar a respectiva ação de execução e de coagir a requerente ao pagamento do alegado indébito até o julgamento final da lide.

2. Pode-se resumir as razões do agravo de instrumento na alegação de que a oferta de bem, como garantia real, não garante o ente federal com relação ao seu crédito, principalmente se o bem ofertado estiver sujeito, em virtude do uso, a processo de depreciação em seu valor econômico, como ocorre com o maquinário oferecido em garantia no caso sob análise. Aduz, ainda, que a decisão impugnada não encontra qualquer respaldo legal e jurisprudencial, haja vista a Súmula 112 do STJ, segundo a qual *o depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro*.

3. Em resposta ao presente recurso, ressalta a agravada que o crédito é oriundo de multa administrativa, por suposta prática infracional, de modo que, em não se tratando de crédito tributário, não se subordina às normas de Direito Tributário, nem, tampouco, à citada Súmula 112 do STJ, não havendo, portanto, qualquer óbice ao oferecimento de garantia real para o fim de suspender a exigibilidade do crédito.

4. É o relatório.

## VOTO

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

1. É cediço que o processo cautelar é caracterizado pela urgência em se preservar uma determinada situação fática, a fim de garantir a eficácia do provimento a ser proferido na ação principal a que a ação cautelar está vinculada. É em nome desta função eminentemente assecuratória que, para o julgamento da ação cautelar, basta que o julgador esteja convicto da *verossimilhança* das alegações, dispensando-se a *certeza* exigida para o julgamento dos processos de cognição.

2. No tocante à plausibilidade do direito, tem-se que, na seara tributária, conforme dispõe o art. 151 do CTN, o depósito integral do montante considerado devido pelo erário é um dos meios idôneos a suspender a exigibilidade do crédito tributário.

3. É precisamente a este dispositivo que se refere a Súmula 112 do STJ, a qual determina que o aludido depósito somente terá o efeito pretendido, qual seja, suspender a exigibilidade do crédito, se for *integral*, condição esta expressamente consignada no próprio texto do CTN, e *em dinheiro*, requisito determinado por construção jurisprudencial no intuito de se garantir que o crédito do Fisco será satisfeito caso se verifique, ao final do procedimento administrativo, que o montante é efetivamente devido. Ressalte-se, todavia, que a própria Súmula é expressa ao exigir o depósito, repita-se, integral e em dinheiro, para suspender a exigibilidade do *crédito tributário*.

4. Todavia, embora todos os ramos do Direito partam de um tronco comum, não se pode negar que cada um destes ramos possui características e princípios próprios, não raras vezes contrapostos uns aos outros, de modo que é perfeitamente admissível, sem que isto seja motivo de estranheza, que determinada conduta seja permitida em um ramo da Ciência Jurídica e vedada nos demais.

5. É o que ocorre, por exemplo, com a exigência contida na citada Súmula, cuja aplicabilidade se restringe aos fins nela expressamente previstos, não sendo lícito aplicá-la, por mero processo de interpretação analógica, a outros créditos da Fa-

zenda Pública de natureza não tributária, principalmente porque não se trata de determinação legal, mas de *limitação imposta por construção jurisprudencial para fins estritamente afetos à matéria tributária*.

6. Para se aferir se é devida a aplicação da multicitada Súmula ao presente caso, faz-se importante aferir qual a natureza do crédito cuja exigibilidade se pretende suspender. No caso em apreço, conforme se infere da documentação constante dos autos, o crédito, apurado pelo Ministério do Trabalho, mais precisamente pela Delegacia Regional do Trabalho no Ceará, surgiu em decorrência de multa aplicada por suposta infringência ao art. 41 da CLT, que obriga o empregador a registrar, em livro próprio ou em fichas, os respectivos empregados.

7. Trata-se, portanto, nitidamente de crédito de natureza administrativa, e não tributária, de modo que não há que se falar, no presente caso, em incidência da retromencionada Súmula 112, bem como de quaisquer outras disposições normativas próprias do Direito Tributário.

8. Assim, não havendo qualquer impedimento legal ou jurisprudencial para tanto, é perfeitamente lícito o oferecimento de garantia real para caucionar o crédito fazendário, o qual será plenamente satisfeito com a execução dos bens ofertados, caso se apure ser realmente devido o montante e se houver recusa, por parte do devedor, em quitá-lo espontaneamente.

9. Compartilhando de posicionamento semelhante, têm-se os seguintes julgados proferidos nesta egrégia Corte:

“Processual Civil e Administrativo. Multa decorrente de infringência à legislação do trabalho. Natureza administrativa. Inaplicabilidade da Súmula 112 do STJ. Possibilidade de caução real, com o efeito de suspensão do crédito administrativo. Agravo provido”.

(AGTR 18.378/CE, Rel. Min. Francisco Cavalcanti, DJU 04.12.1998, p. 1112).

“Agravo. Suspensão da exigibilidade do crédito de dívida trabalhista mediante oferta de maquinário como garantia real. Súmula 112 do STJ. - A multa trabalhista tem natureza administrativa, possibilitando a oferta de caução real com

o efeito de suspensão do crédito administrativo.

- Inaplicabilidade da Súmula nº 112 do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

- Agravo improvido”.

(AGTR 23572/CE, Rel. Min. Castro Meira, DJU 02.06.2000, p. 510).

10. Por outro lado, case se negue o provimento ora pleiteado pela agravada, esta terá seu débito inscrito como dívida ativa da União e, posteriormente, executado e, como bem destacou o eminente Juiz *a quo* ao fundamentar sua decisão concessiva de liminar, a ação cautelar visa a resguardar a eficácia do provimento concedido ao final do julgamento da ação principal, o qual restaria sem utilidade, caso determine a desconstituição de crédito que já tenha sido executado.

11. Por todo o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

12. É como voto, Sr. Presidente.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 28.926-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA  
Agravante: SINDICATO DOS TRABALHADORES RURAIS AUTÔNOMOS DE CHAVAL - CE  
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Advogado: DRS. CLEIDE HELENA MARQUES LOUSADA E OUTROS (AGRTE.) E ROGÉRIO SANTOS CORREIA E OUTROS (AGRDO.)

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS SOBRE O VALOR DA CAUSA. PRECLUSÃO. OPORTUNIDADE DE MODIFICAÇÃO. RESPEITO À COISA JULGADA.***

***- Fixados os honorários advocatícios sobre o valor da causa e não tendo a parte se in-***

*surgido no momento processual adequado, é incabível, após o trânsito em julgado, pleitear a reforma da sentença.*

## ACÓRDÃO

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

Recife, 13 de setembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA: Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em execução de sentença, indeferiu pedido de fixação dos honorários advocatícios sobre o valor da condenação e não sobre o valor da causa.

Alega que o valor da causa teve efeitos fiscais e que a sentença, ao arbitrar a verba honorária sobre referido valor, teria cometido erro material, porque ela é usualmente arbitrada sobre o valor da condenação.

Não houve resposta ao recurso.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator): A sentença impôs a condenação dos honorários advocatícios sobre o valor da causa.

Pretendeu o agravante, ao ser executado o título judicial, modificar a condenação, ao fundamento de que teria havido erro material porque os honorários deveriam incidir sobre a condenação.

Diz-se erro material quando o julgador quer dizer uma coisa e diz outra diversa. Se ele diz o que quer dizer e diz errado não comete erro material e sim erro de entendimento.

Foi o que ocorreu. Não é possível na liquidação ou na execução modificar-se a sentença transitada em julgado, em face da vedação constante do art. 610 do CPC.

Nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 31.609-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Agravante: UNIÃO  
Agravado: MAURO FERNANDO SIMONETI  
Advogada: DRA. DAISY MARIA MONTENEGRO MACEDO (AGRDO.)

***EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ORDEM JUDICIAL PARA GARANTIR A EXECUÇÃO DE DECISÃO ANTERIOR. JULGAMENTO DA LIDE ALÉM DOS LIMITES EM QUE FOI PROPOSTA. POSSE EM CARGO PÚBLICO. LICENÇA SEM VENCIMENTOS EM OUTRO CARGO. ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS PÚBLICOS.***

***- Improcede a alegação de irregularidade processual por julgamento da lide além dos limites em que foi proposta ou aditamento do pedido inicial após a citação, quando a ordem judicial impugnada tem tão-só o escopo de garantir a execução de decisão anteriormente proferida, esclarecendo não haver óbice ao seu cumprimento, sem, contudo ampliá-la, dar-lhe novo objeto.***

***- Não afronta a vedação de acumulação re-***



*munerada de cargos públicos a posse em novo cargo de servidor que se encontra sob licença sem vencimentos, vez que inexistente, em casos tais, a duplicidade de rendimentos vedada pelo art. 37, XVI, da Constituição da República, ainda mais quando tal posse se dá a título precário, por provimento judicial passível de anulação.*  
*- Agravo improvido.*

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região decide, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 25 de outubro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
- Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA: A União opõe agravo de instrumento contra decisão da lavra do MM. Juiz Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, nos autos da Ação Ordinária nº 2000.81.00.000235-1, a de determinar "que o direito do autor (ora agravado) de ser nomeado para o cargo de Delegado da PF seja assegurado, devendo o mesmo, por ocasião de sua posse, apresentar certidão de que está licenciado sem remuneração do cargo de Agente de Polícia Federal" (fls. 12).

Invocou o ente público recorrente, para justificar o inconformismo, o julgamento da lide além dos limites em que foi proposta, havendo aditamento do pedido inicial após a citação.

Expôs que a decisão de primeiro grau afrontou a proibi-

ção de acumulação de cargos públicos, insculpida no art. 37 da Constituição da República, e nos arts. 118 e 120 da Lei Federal nº 8.112/90.

O recurso foi recebido somente no efeito devolutivo, negando o Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, então Relator deste feito, a atribuição de efeito suspensivo (fls. 28).

A parte agravada, embora regularmente intimada, não apresentou contraminuta ao agravo (fls. 32-v).

As informações foram regularmente prestadas pelo Magistrado de primeira instância (fls. 31).

Relatei.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): Esclareço, por primeiro, não prosperar a invocação de irregularidade processual por julgamento da lide além dos limites em que foi proposta com aditamento do pedido inicial após a citação. Com efeito, a ordem judicial impugnada somente teve o escopo de garantir a execução da tutela antecipada anteriormente deferida, esclarecendo não haver óbice ao seu cumprimento, sem, contudo, ampliá-la, dar-lhe novo objeto.

Passo, agora, à análise do mérito propriamente dito.

A matéria trazida aos autos diz respeito à legalidade da posse em cargo público de servidor que se encontra sob licença não remunerada.

A Constituição da República, no inciso XVI do art. 37, preconiza que “é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos”, no que foi seguida pela Lei Federal nº 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União), no Capítulo III – Da acumulação, cujo art. 118, *caput*, comanda que “Ressalvados os casos previstos na Constituição, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos”.

Nessa moldura, é de se concluir que o Direito pátrio veda a acumulação de cargos públicos, com algumas exceções, mas o faz quando tal acumulação for remunerada.

No caso em tela, o recorrido está sob licença sem vencimentos do primeiro cargo (aquela prevista no art. 91, *caput*, da Lei nº 8.112/90), de sorte que não haveria duplicidade de rendimentos ao ser o recorrido empossado no segundo cargo.

Perfilhando a mesma guia, a posição do festejado mestre Hely Lopes Meirelles, consoante demonstra o excerto abaixo transcrito:

*“A proibição de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções, tanto na Administração direta como nas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e sociedades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público (CF, art. 37, XVI e XVII), visa a impedir que um mesmo cidadão passe a ocupar vários lugares ou a exercer varas funções sem que as possa desempenhar proficientemente, embora percebendo integralmente os respectivos vencimentos.*

*(...)*

*A proibição de acumular, sendo uma restrição de direito, não pode ser interpretada ampliativamente. Assim, como veda a acumulação remunerada, inexistem óbices constitucionais à acumulação de cargos, funções ou empregos do serviço público desde que o servidor seja remunerado apenas pelo exercício de uma das atividades acumuladas”.*

*(In Direito Administrativo Brasileiro, 25ª ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Ballestero Aleixo e José Emmanuel Burlem Filho, São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 403 e 404.)*

Da mesma forma, esclarece a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

*É importante assinalar que: a vedação só existe quando ambos os cargos, empregos ou funções forem remunerados (...).*

*(In Direito Administrativo, 11.ª ed., São Paulo, 1999, p. 443.)*

A jurisprudência pátria tem-se posicionado com esse entendimento, como demonstra aresto do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em caso idêntico ao sob exame, a seguir reproduzido:

“Administrativo. Concurso público. Acumulação proibida de cargos públicos. Inocorrência.

1. A Constituição Federal, no art. 37, XVI, veda a acumulação remunerada de cargos públicos, hipótese que não abrange o servidor que se licencia de um cargo para assumir outro, mormente quando, como no caso, a nomeação encontra-se *sub judice*, ante a possibilidade de anulação do concurso.

2. Sentença confirmada.

3. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, desprovidas”.

(AMS n.º 1998.010.00.82565-5/DF – 6.ª Turma, unânime – Rel. Juiz Daniel Paes Ribeiro – DJ 25.06.2001, p. 206.)

Há de se estimar, ainda, que a posse aludida encontra-se *sub judice*, determinada em provimento judicial precário, passível, pois, de anulação, o que, a se efetivar, acarretaria ingente prejuízo ao agravado.

Ressalto, por fim, que, se a posse em novo cargo, com a continuação da licença, constitui providência contrária ao interesse do serviço, a Administração poderá, a qualquer tempo e a seu critério, interromper a licença concedida ao agravado, a teor do que estatui o art. 91, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, momento em que deverá o servidor optar por um dos dois cargos aludidos.

À vista do exposto, nego provimento ao recurso.

Assim voto.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 37.223-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Agravante: UNIÃO FEDERAL  
Agravado: SINDJUF/PB - SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL  
Advogada: DRA. CARMEN RACHEL DANTAS MAYER (AGRDO.)

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL DO SERVIDOR - PSSS. FUNÇÃO COMISSIONADA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE.**

*- Não há, no presente caso, proibição no que pertine à concessão da tutela antecipada, podendo a mesma conviver harmoniosamente com as causas sujeitas à futura suspensibilidade recursal, desde que atendidos os requisitos do artigo 273 do CPC, mormente quando a demora na prestação jurisdicional venha a tornar inócua a providência judicial.*

*- A parcela de remuneração dos servidores efetivos que desempenham função de direção, chefia e assessoramento comissionada, não sofre a incidência da contribuição para com o PSSS, tendo em vista que, após a edição da Lei nº 9.527/97, a retribuição da referida função não mais se incorpora nos futuros proventos e pensões.*

*- Quanto ao ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão, vinculado, pois, ao Regime Geral de Previdência Social (art. 40, § 13, CF, c/ redação dada pela EC nº 20/98), o desconto em comento se justifica, devendo ser recolhido, tomando-se por base o teto estabelecido na tabela da Previdência.*

*- Agravo parcialmente provido. Regimental prejudicado.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que figuram com partes as acima identificadas, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo de instrumento, julgando prejudicado o regimental, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 23 de outubro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL  
DE FARIA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA: A União Federal interpôs agravo de instrumento contra decisão que concedeu tutela antecipada, determinando que o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região abstenha-se de efetuar o desconto para o Plano de Seguridade Social do Servidor Público Federal sobre a retribuição referente ao exercício de função comissionada.

A recorrente alega, em síntese, que estão ausentes os requisitos ensejadores da antecipação de tutela, eis que seu deferimento contra a Fazenda Pública é vedado pela Lei nº 9.494/97, bem como pela obrigatoriedade do reexame pela instância superior.

O pedido para emprestar efeito suspensivo ao recurso foi parcialmente deferido em decisão de fls. 40/41, da qual foi interposto agravo regimental de fls. 56/61.

Regularmente intimado, o recorrido apresentou contra-razões (fls. 62/67).

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator): A pretensão do agravante é formulada no sentido de reforma da decisão que concedeu tutela antecipada, determinando que o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região abstenha-se de efetuar o desconto para o Plano de Seguridade Social do Servidor Público Federal sobre a retribuição referente ao exercício de função comissionada.

Observo que o pleito da parte é digno de parcial acolhimento.

No tocante à impossibilidade de aplicação da tutela antecipatória contra a Fazenda Pública, não subsiste a alegação da recorrente, pois a mesma pode conviver harmoniosamente com as causas sujeitas à futura suspensividade recursal, desde que atendidos os requisitos do artigo 273 do CPC, eis que o objetivo do instituto é justamente o de evitar que a demora na prestação jurisdicional venha a tornar inócua a providência judicial.

Ademais, a decisão do colendo Supremo Tribunal Federal proferida na ADC nº 04-06, que declarou ser constitucional o art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997, dispositivo este que prevê ser aplicável ao instituto da antecipação da tutela a vedação do deferimento de liminar para o efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias, não se aplica ao caso em debate, onde o que se determinou foi apenas a abstenção de abatimento de quantia destinada ao PSSS.

Desse modo decidiu esta Egrégia Corte em aresto da lavra do Desembargador Federal Araken Mariz, cujo teor expõe a seguir:

“EMENTA: Previdenciário. Agravo de instrumento. Trabalho exercido em condições prejudiciais à saúde e à integridade física. Concessão de aposentadoria especial. Antecipação de tutela. Possibilidade.

1 - Restando comprovado que o agravado desempenhou as suas atividades com risco à saúde ou à integridade física, mantém-se a decisão que concedeu a aposentadoria especial.

2 - Inexiste, *in casu*, vedação quanto ao deferimento de antecipação da tutela, para pagamento de benefício previdenciário, após a edição da Lei 9.494/97, uma vez que a proibição refere-se à concessão de aumento de vencimentos ou à extensão de vantagens funcionais.

3 - Agravo de instrumento improvido. (TRF 5ª Região, 2ª Turma, AGTR 19577-CE, Relator Desembargador Federal Araken Mariz, DJ 27.10.2000.) (Grifei).

No que concerne à possibilidade da redução ocorrida sobre a remuneração dos servidores que exercem função comissionada, a título de contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor Público Federal - PSSS, verifico que, em relação aos servidores efetivos que desempenham função de direção, chefia e assessoramento comissionada, tendo em vista que após a edição da Lei nº 9.527/97 a retribuição da função comissionada não mais se incorpora nos futuros proventos e pensões pagos aos servidores, não se justifica a incidência da referida contribuição.

O fato de existirem outros benefícios pagos com base na integralidade da remuneração (v.g., salário maternidade) não justifica, em princípio, o desconto pretendido, em face de suas excepcionalidades.

O mesmo entendimento, contudo, não deve prevalecer no que pertine ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão, vinculado, pois, ao Regime Geral de Previdência Social (art. 40, § 13, CF, c/ redação dada pela EC nº 20/98). Para este há que existir o desconto da contribuição em comento, tomando-se por base o teto estabelecido na tabela da Previdência.

Necessário se faz registrar que, em face do julgamento do recurso ora examinado, resta prejudicado o agravo regimental.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, revogando a decisão atacada, apenas em relação aos servidores ocupantes unicamente de posto comissionado, e julgando prejudicado o regimental.

É como voto.



## AGRAVO REGIMENTAL NA APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 72.255-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ  
ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Agravante: UNIÃO  
Agravada: ASTRA - ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO  
TRT – 6ª REGIÃO  
Advogado: DR. DAGMAR SOARES DE CASTRO  
(AGRDA.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI Nº 9.783/99. ORDENADOR DE DESPESAS. DELEGAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO A RECURSO. ART. 557, CAPUT, CPC. APLICAÇÃO INCLUSIVE À REMESSA OFICIAL. JULGAMENTO ULTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA.**

*- Havendo o Presidente do TRT-6ª Região delegado as atribuições de ordenador de despesas a serventário da Justiça do Trabalho, a este compete figurar no pólo passivo da relação processual em que se discute a cobrança da alíquota progressiva da contribuição previdenciária instituída pela Lei nº 9.783/99. Precedentes do col. STJ.*

*- Nos termos do art. 557, caput, pode o relator, através de decisão monocrática, negar seguimento a recurso, inclusive remessa oficial, quando estiver em confronto com jurisprudência pacífica do respectivo Tribunal e/ou dos Tribunais Superiores.*

*- Inexistência de julgamento ultra petita.  
- Agravo regimental não 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, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 23 de outubro de 2001 (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 regimental interposto pela União contra despacho que, nos autos de ação mandamental impetrada por ASTRA - Associação dos Servidores do TRT da 6ª Região, na qual se discute a cobrança da contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores inativos, instituída pela Lei nº 9.783/99, negou seguimento à apelação e à remessa oficial, com fulcro no art. 557 do CPC.

Alega a agravante, em síntese, que o ordenador de despesas, apontado na exordial como autoridade coatora, é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente ação mandamental, uma vez que o Regimento Interno do eg. TRT 6ª Região confere ao Juiz Presidente a atribuição de determinar descontos nos vencimentos dos servidores decorrentes de lei, sentença judiciária, decisão do Tribunal ou a pedido do próprio interessado; que, nos termos do art. 21, VI, da Lei Complementar nº 35, de 14.03.79, a competência para julgar mandado de segurança contra ato do Presidente do TRT é daquela mesma Corte Trabalhista; que a sentença, ao assegurar aos substituídos o direito de não se submeterem aos ditames da Lei nº 9.783/99, incidiu em julgamento *ultra petita*, uma vez que o pedido constante da exordial cinge-se à não sujeição à alíquota progressiva instituída pelo art. 2º do referido diploma legal; que a decisão agravada, ao negar à União o direito à apreciação da apelação e da remessa oficial pelo Juízo colegiado, malferiu o art. 475 do CPC, que prevê o duplo grau obrigatório, bem como os princípios consti-

tucionais da ampla defesa e do devido processo legal.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator): Insurge-se a agravante contra decisão que negou seguimento à apelação e à remessa oficial, mantendo sentença que acolheu pretensão formulada em ação mandamental, no tocante à contribuição previdenciária instituída pela Lei nº 9.783/99.

Inicialmente, a recorrente levanta a preliminar de ilegitimidade da autoridade apontada como coatora - o ordenador de despesas do TRT/6ª Região -, que, sendo mero serventuário da Justiça do Trabalho, agindo por delegação, não poderia responder administrativamente pela realização dos descontos, atribuição esta do Presidente do Tribunal, consoante art. 24, XLII, do Regimento Interno daquela eg. Corte.

Tal prefacial, contudo, não merece prosperar.

Com efeito, é sabido que quem tem legitimidade para responder no pólo passivo de ação mandamental é a autoridade que detém poderes para praticar atos administrativos decisórios, e não o mero executor.

Na hipótese, no entanto, de delegação, quem responde pelos atos praticados é aquele a quem fora outorgada a atribuição, nos termos da Súmula 510 do col. STF, do seguinte teor:

“Praticado o ato por autoridade no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”.

Neste sentido, colho julgados do col. STJ, cujas ementas destaco:

“Direito Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Função comissionada. Pagamento a menor. Leis 8.911/94, 9.421/96 e 9.527/97. Ato apontado ilegal. Autoridade coatora. Ministro-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Ilegitimidade. Delegação ao Diretor-Geral. Legitimidade da autoridade de-

legada.

I - Não tem legitimidade o Ministro-Presidente do Superior Tribunal de Justiça para figurar como autoridade coatora em mandado de segurança que vise a coibir atos referentes a pagamento de pessoal, em face da delegação da função de ordenador de despesas ao Diretor-Geral da Secretaria.

II - Tendo a impetrante apontado o Ministro-Presidente e o Diretor-Geral como autoridades coatoras, extingue-se o processo, sem julgamento de mérito, em relação àquele, remetendo-se os autos à Justiça Federal de primeiro grau". (STJ, Corte Especial, MS nº 6.633-DF, Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 28.08.2000).

"Constitucional e Previdenciário. Mandado de segurança. Contribuição previdenciária de inativos e pensionistas. Lei nº 9.783/1999, arts. 1º e 2º. Autoridade coatora. Ordenador de despesa. Ilegitimidade passiva do Presidente do Tribunal.

1. Mandado de segurança impetrado contra o Presidente do Superior Tribunal de Justiça no intuito de isentar a pensão do impetrante de sofrer os descontos de que tratam os arts. 1º e 2º da Lei 9.783/99.

2. O ato que se diz ser violador (cobrança de contribuição previdenciária instituída pela Lei nº 9.783/99) é da competência do ordenador de despesa, por delegação - Sr. Diretor Geral -, a quem o impetrante é, *in casu*, subordinado diretamente e, não, à dita autoridade indicada no pólo passivo da ação.

3. Extinção do feito, sem análise e julgamento do mérito, com apoio no art. 267, VI, do CPC". (STJ, Corte Especial, MS nº 6.461-DF, Rel. Min. José Delgado, *DJ* 17.12.99).

Assim sendo, rejeito a preliminar de ilegitimidade passi-

va da autoridade coatora, ficando prejudicada a preliminar de incompetência da Justiça Federal.

Argumenta ainda a agravante, em prol de seu pleito, que a decisão agravada contraria o art. 475, II, do CPC, que condiciona a eficácia do *decisum* ao duplo grau obrigatório, e o art. 5º, LV, da CF, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa.

Esse argumento, no entanto, não merece acolhida, tendo em vista que, mesmo nas hipóteses em que se dá a negativa de seguimento à remessa oficial, houve a efetiva submissão do *decisum* ao duplo grau obrigatório, que nada mais é do que o reexame da decisão monocrática pelo Tribunal, seja pelo Relator, seja por seu órgão colegiado.

Ressalte-se que, a essa decisão que obsta o seguimento do recurso, antecede um exame minucioso do caso *in concreto*, a fim de se verificar o perfeito enquadramento em uma das hipóteses elencadas no referido art. 557 do CPC.

Destarte, são apreciadas todas as questões trazidas pela parte, justamente em homenagem ao princípio da ampla defesa, e, apenas quando verificada a inexistência de qualquer nulidade ou irregularidade processual e a absoluta consonância da decisão recorrida com a jurisprudência pacífica desta eg. Corte e/ou dos Tribunais Superiores, é que se dá aplicação ao art. 557 do CPC.

Vale salientar ainda que a Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao art. 557 do CPC, veio emprestar maior celeridade à tramitação dos feitos junto aos Tribunais, sendo amplamente majoritário o entendimento jurisprudencial no sentido de que a remessa *ex officio* está inserida nas hipóteses elencadas naquele dispositivo, já havendo o Egrégio Superior Tribunal de Justiça sumulado a questão:

“Súmula nº 573 - O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário”.

Por fim, aprecio a alegação de que a sentença de primeiro grau incorreu em julgamento *ultra petita*.

Argumenta a impetrante que, conquanto tenham os agra-

vados se insurgido, através da presente ação mandamental, tão-somente contra a cobrança da alíquota progressiva, instituída pelo art. 2º da Lei nº 9.783/99, a sentença vergastada assegurara aos substituídos o direito de não se submeterem aos ditames da referida lei.

Ao decidir, a MMA. Juíza singular assim se houve, em excerto da decisão objurgada (fls. 307):

“(...) O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010-2, em que a OAB questionou a cobrança da contribuição previdenciária para aposentados e pensionistas e do aumento progressivo das alíquotas para os servidores públicos federais, decidiu **ser inconstitucional o art. 2º da Lei nº 9.783/99**, que trata da progressividade das alíquotas da contribuição ao Plano de Seguridade Social do Servidor Público, sob o fundamento de que a cobrança realizada nesses moldes ofende o princípio que veda a utilização de qualquer tributo com efeito de confisco (CF, art. 150, IV), salientando que o exame da questão do efeito confiscatório deve ser feito em função da totalidade do sistema tributário e não em função de cada tributo isoladamente.

(...)

Nota-se, diante da manifesta inconstitucionalidade da Lei nº 9.783/99, no que tange à exceção sobre os vencimentos dos servidores em atividade, que assiste razão à impetrante, porquanto a malsinada norma legal vergastou os princípios constitucionais pertinentes à vedação da progressividade sobre as contribuições previdenciárias, a utilização do tributo como meio de confisco, bem como dos princípios gerais da razoabilidade e proporcionalidade.

### **III - DISPOSITIVO**

Posto isso, **concedo** a segurança para, tornando definitiva a liminar deferida, determinar à

autoridade coatora que se abstenha de proceder ao desconto da contribuição previdenciária instituída nos moldes da Lei nº 9.783/99, nos vencimentos dos servidores ativos, substituídos neste *mandamus*, nominados às fls. 53/109" (grifos no original).

Da leitura do trecho do julgado supratranscrito, verifica-se que o entendimento sufragado pela MMA. Juíza singular o foi em consonância com o posicionamento já manifestado pelo col. STF, no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da alíquota progressiva instituída pela Lei nº 9.783/99, evitando-se assim a majoração da contribuição previdenciária dos servidores públicos.

Destarte, inexistente o vício apontado pela recorrente.

Com tais considerações, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

## **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 34.257-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA  
Agravante: JOÃO NYLSON FAGUNDES SOARES  
Agravada: UNIÃO  
Advogado: DR. MANOEL JOVÊNCIO DOS SANTOS FILHO (AGRTE.)

***EMENTA: PROCESSO CIVIL. RESERVA BIOLÓGICA. PROTEÇÃO AMBIENTAL. IMISSÃO NA POSSE. DESOCUPAÇÃO DEFERIDA EM FAVOR DA UNIÃO. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO. DENEGAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR. CONEXÃO. AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO ANTERIOR ÀQUELA. JUÍZO PREVENTO. AGRAVO REGI-***

**MENTAL. MODIFICAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.**

*- Hipótese em que se busca reforma de decisão denegatória de efeito suspensivo a despacho monocrático que, em ação de imissão de posse, determinara a desocupação de imóvel em virtude de o mesmo estar situado em área de proteção ambiental.*

*- Observando-se que o ora agravante interpusera ação de interdito proibitório antes da ação de imissão de posse intentada pela União, na qual obtivera a tutela antecipada, e, de outra sorte, sabendo-se que em ambas as ações a causa petendi repousa sobre o mesmo objeto, não há como desconhecer a existência de conexão entre as ações.*

*- Preliminar de conexão que imperiosamente deve ser reconhecida, impondo, desde logo, a cassação do mandado de desocupação, uma vez residir em decisão teratológica, e a remessa dos autos ao Juízo prevento.*

*- Agravo regimental provido.*

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade de votos, dar provimento ao agravo regimental para deferir o efeito suspensivo requerido e cassar o mandado de imissão na posse, emitido em favor da União Federal, de modo a preservar a presença do agravante no imóvel até decisão final da ação em que se discute tal matéria, nos termos do voto do Desembargador Federal Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 20 de março de 2001 (data do julgamento).



DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA  
- Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA: Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão lavrada pelo Exmo. Sr. Desembargador Federal Ridalvo Costa, integrante da Turma de Férias deste Regional, que, no AGTR 34.257-SE, denegou a atribuição de efeito suspensivo a despacho monocrático que, em sede de ação de imissão de posse, deferiu tutela antecipada a fim de garantir à União, ora agravada, a desocupação do imóvel objeto daquela ação, em virtude de o mesmo constituir-se em área de reserva ambiental.

Insurge-se o agravante, alegando, preliminarmente, que, despachada aquela ação pelo MM. Juiz da 2ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe, em 18.12.2000, todavia tendo ingressado em juízo com interdito proibitório na 1ª Vara daquela mesma Seção Judiciária, em 27.07.2000, deveria o Juiz da 2ª Vara declinar de sua competência em razão da prevenção estabelecida em favor do Juízo da 1ª Vara, haja vista a ocorrência de conexão.

No mérito, refuta a alegação de a área ocupada ainda gozar da prerrogativa de "reserva biológica", haja vista ter sido a mesma destinada para tal fim tão-somente durante 02 (dois) anos, com fundamento na Portaria Ministerial nº 074/86. Sustenta que sua ocupação deu-se de forma mansa, pacífica e de boa-fé e restou plenamente legalizada e autorizada, cuja inscrição se dera há mais de 18 (dezoito) anos.

Pugna pela reforma da decisão ora vergastada.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator): Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão lavrada pelo Exmo. Sr. Desembargador Federal

Ridalvo Costa, integrante da Turma de Férias deste Regional, que, no AGTR 34.257-SE, denegou a atribuição de efeito suspensivo a despacho monocrático que, em sede de ação de imissão de posse, deferiu tutela antecipada a fim de garantir à União, ora agravada, a desocupação do imóvel objeto daquela ação, em virtude de o mesmo constituir-se em área de reserva ambiental.

Insurge-se o agravante alegando, preliminarmente, que, despachada aquela ação pelo MM. Juiz da 2ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe, em 18.12.2000, todavia tendo ingressado em juízo com interdito proibitório na 1ª Vara daquela mesma Seção Judiciária, em 27.07.2000), deveria o Juiz da 2ª Vara declinar de sua competência em razão da prevenção estabelecida em favor do Juízo da 1ª Vara, haja vista a ocorrência de conexão.

No mérito, refuta a alegação de a área ocupada ainda gozar da prerrogativa de “reserva biológica”, haja vista ter sido a mesma destinada para tal fim tão-somente durante 02 (dois) anos, com fundamento na Portaria Ministerial nº 074/86. Sustenta que sua ocupação deu-se de forma mansa, pacífica e de boa-fé e restou plenamente legalizada e autorizada, cuja inscrição se dera há mais de 18 (dezoito) anos.

A decisão agravada assim se houve, *in verbis*:

“DECISÃO

Vistos etc.

A incompetência relativa deve ser argüida ao Juízo de 1º grau através de instrumento adequado (exceção de incompetência), não podendo ser alegada originariamente em agravo de instrumento contra decisão que não a apreciou. O prazo de 02 (dois) anos constante da Portaria nº 074/86 do Secretário-Geral do Ministério da Fazenda é referente apenas ao tempo de duração do contrato de cessão de uso gratuito da área da Praia de Santa Isabel ao, então, IBDF, não trazendo qualquer consequência legal no que pertine à instituição da Reserva Biológica de Santa Isabel, no Litoral de Sergipe, pelo Decreto nº 96.999/88.

Desse modo, o cancelamento da inscrição do imóvel do agravante no SPU e a pretensão de imissão de posse da União deferida em 1º grau encontram respaldo no disposto no art. 09, II, e no art. 10, *caput*, da Lei nº 9.636/98. Ante o exposto, ausente a relevância da fundamentação, indefiro o pedido liminar de concessão de efeito suspensivo a este agravo de instrumento. Intime-se a agravada para responder ao recurso no prazo do 10 (dez) dias. Publique-se. Intimem-se. Após, remetam-se os autos ao Gabinete do MM. Juiz Relator. Recife, 25 de janeiro de 2001.

Juiz Ridalvo Costa

Relator na Turma de Férias”.

Como se verifica dos documentos que instruem o presente agravo, a União Federal, dando a conhecer que o agravante é ocupante de zona costeira e que, igualmente, constituiu-se em sítio de desova das tartarugas marinhas, área, pois, de reserva biológica, nos termos do Decreto nº 96.999, de 20.10.88, ajuizou ação contra o mesmo, objetivando imitir-se na posse de tal área.

De quando da oportunidade de responder àquela ação, o ora agravante dá ciência de que, no Juízo da 1ª Vara Federal da mesma Seção Judiciária de Sergipe, corre a ação de interdito proibitório ajuizada em data anterior ao ajuizamento da ação de imissão de posse da União, e, face à existência de conexão, pede, inclusive, que, respeitado o instituto da prevenção, a ação interposta pela União seja encaminhada ao Juízo da 1ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe, de modo a correrem aquelas ações juntas, fato este, inclusive, denunciado no corpo do presente agravo de instrumento, como se lê às fls. 03, onde se ataca o despacho ora agravado, inclusive sob fundamento de nulidade do mesmo por ter sido de lavra de juiz incompetente, no caso, o MM. Juiz da 2ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe, Vladimir Souza Carvalho, de cuja competência já houvera o agravante pedido que declinasse em favor da 1ª Vara da mesma Seção, atendendo que aquele Juízo, em relação a esta ação da União, já tivera preventa a sua jurisdição.

O MM. Juiz, despachando sobre o pedido de antecipação de tutela na ação de imissão de posse ajuizada pela União, sob o de que "O terreno ocupado pertence à União, não havendo prova de qualquer ato de concessão ou similar a justificar a ocupação" (fls. 24), concedeu tal imissão do imóvel em favor da agravada.

No presente agravo, pois, ao atacar-se o despacho concessivo de antecipação de tutela a favor da União e deferido na ação de imissão de posse por ela intentada contra o agravante, por primeiro, argüi-se de nulidade tal despacho em face da incompetência do Juiz prolatante de tal despacho pelos motivos acima já expostos. Objetivando-se, ainda, a cassação de tal despacho em razão de ser fato inconteste que o agravante, há mais de 18 (dezoito) anos, tem posse mansa, pacífica e de boa-fé do imóvel questionado, com o pagamento das taxas exigidas pela União, expedidas pela SPU.

O Exmo. Desembargador Federal Ridalvo Costa, integrando a Turma de Férias, em negando o efeito suspensivo ao presente agravo, considerou imprópria a utilização de recurso de agravo de instrumento quando se discute a incompetência relativa, sendo cabível para tanto exceção de incompetência.

Atenho-me, no entanto, a apreciar as alegações do agravante no tocante à alegada conexão entre as ações.

Estabelece o Código de Processo Civil, em cuidando das modificações da competência, que, em sendo comum a duas ou mais ações o objeto, a *causa petendi*, reputam-se as mesmas conexas (art. 103). E, em havendo conexão, ou mesmo continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações (art. 105), e, finalmente, estabelece a mesma lei processual que, correndo em separado ações conexas, perante juízes que tenham a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em 1º lugar.

De importância, igualmente, atentar-se para o comando do art. 95 da mesma lei processual que, ao tratar da competência territorial, fixa que, nas ações fundadas em direito real sobre imóveis, é competente o foro da situação da coisa, podendo o autor, no entanto, "optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança,

servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova”.

Em cuidando de tal dispositivo, Moacyr Amaral Santos observa que o mesmo trata, na verdade, de uma competência especial, determinada pela situação da coisa, e, na 2ª parte de tal dispositivo, tal competência do foro da situação do imóvel é absoluta em relação às ações reais imobiliárias mencionadas em tal parte, em que o litígio recaia sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova.

Há, ainda, por fim, a considerar que, inobstante a conexão atinar à competência relativa, considerando ser inadmissível modificar-se competência absoluta, o art. 107 do Código Processual Civil tem norma disciplinadora de competência de foro em razão da situação do imóvel quando o mesmo se achar situado em mais de um estado ou comarca, estabelecendo-se que o foro será determinado por prevenção, caso em que a competência estender-se-á sobre a totalidade do imóvel.

E o que dizer quando o imóvel litigado, em termos de direito de propriedade ou de posse, como ocorre no caso presente, situado em uma mesma comarca, dentro de uma mesma jurisdição, em face de tal direito ser pleiteado em várias ações, estas, por distribuição, competiriam a diversos juízes igualmente competentes.

*Mutatis mutandis*, vale dizer, por analogia, nos termos precisos do art. 107 do Código Processual Civil, resolver-se-á a questão aplicando-se à hipótese o instituto da prevenção, que, no caso, não será facultativa, dado tratar a espécie de competência absoluta.

Em suma, ajuizada por primeiro ação de interdito proibitório e competindo esta à 1ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe, e, discutindo-se na mesma direito real sobre direito de posse, tem-se este Juízo como prevento em relação à ação de imissão de posse, atinente ao mesmo imóvel, ajuizada desta feita no Juízo da 2ª Vara, vale dizer, a ação ajuizada na 1ª Vara, em relação à ação proposta na 2ª Vara, exercerá a força atrativa de modo a determinar que esta corra em união com aquela. E, por cuidar a hipótese de competência absoluta, tal união se impõe.

Assim ocorrendo, a matéria tinha que inicialmente ser decidida pelo Juiz prolator do despacho agravado, que, deixando de atentar à natureza absoluta da mesma, decidiu o processo cuja competência lhe falece.

Inegável a nulidade de tal decisão, que se apresenta, assim, a toda prova, teratológica. Some-se ainda a tal fundamento o fato de que, na hipótese, inobstante não se negue a situação especial de reserva biológica ao sítio cuja posse é questionada, em tese, atendendo que o agravante fora autorizado a ocupar a referida área há 18 (dezoito) anos, ou seja, oficialmente legalizada por termo de ocupação passado pela União ao mesmo, e a sua demissão da posse, entendo, ao menos *prima facie*, não deva ser resolvida de modo simplório ou automático, pois não há como simplesmente sobrepor-se o interesse de preservação de uma espécie animal a um direito basilar do indivíduo, no caso, o da sua residência, máxime quando a questão de fato exigirá exame mais demorado, onde se verifique ou não o prejuízo que possa ou não advir da presença do agravante em tal reserva.

*Ad argumentandum tantum* que, por outro lado, o reconhecimento de tal localidade como reserva biológica, em sendo um reconhecimento de situação de fato, preexistente ao próprio decreto, leva a um segundo raciocínio, qual seja, se o agravante habita aquele local há 18 (dezoito) anos e habita com as tartarugas, por que sua presença passou a ser prejudicial às mesmas por força de um ato legislativo?

Meu voto, pois, é no sentido de, dando provimento ao presente agravo regimental, cassar o mandado de imissão na posse, emitido em favor da União, de modo a preservar a presença do agravante no imóvel até decisão final das ações que discutem tal posse, e determinar, de logo, que a ação que corre na 2ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe, ação onde se prolatou o despacho que deu origem ao presente agravo de instrumento, seja remetida à 1ª Vara daquela Seção Judiciária para correrem juntas.

É como voto.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 9.822-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS  
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Apelada: EMURB - EMPRESA MUNICIPAL DE URBANIZAÇÃO  
Advogada: DRA. CÁSSIA SOBRAL DE MELO TELES (APDA.)

**EMENTA: CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA CEDIDA PELA UNIÃO A EMPRESA MUNICIPAL DE URBANIZAÇÃO PARA IMPLANTAÇÃO DE PROJETO URBANÍSTICO. DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE. RESPONSABILIDADE. LEI Nº 7.347/85.**

*- Não se pode condenar, por depedração do meio ambiente, a empresa municipal, responsável pela execução de projeto urbanístico realizado em área cedida pela União, desde que não restou comprovado, através de exames periciais, ter sido ela a causadora dos danos ecológicos provocados em áreas vizinhas de preservação ambiental.*

*- Sentença mantida. Apelação improvida.*

### ACÓRDÃO

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

Recife, 19 de abril de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS - Relator

### RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SAN-

TOS: O Ministério Público Federal, pela sua Procuradoria da República, em Sergipe, moveu a presente ação civil pública contra a EMURB - Empresa Municipal de Urbanização.

Alegou, assim, que a mencionada empresa municipal, "sob o pretexto de localizar pessoa sem teto, promove o desmonte e aterro de manguezais situados na Coroa do Meio, exatamente no local conhecido como 'Maré do Apicum', tendo já destruído 23.000m<sup>2</sup> de mangues, na área compreendida entre as Ruas Aloísio Campos, Desembargador Otávio e Avenida Rotary". Acrescentou, ainda, que "A ré pretende implantar projeto de urbanização de toda a área, estimada em 160.000 m<sup>2</sup>, dos quais apenas 60.000 m<sup>2</sup> estão recobertos e 100.000m<sup>2</sup> impactados, mas ainda regeneráveis. (Fls. 2 e 3).

Fundamentou a ação proposta nos artigos 1º, incisos I e III, da Lei nº 7.347, de 24.07.85.

Foi concedida a liminar pleiteada, *initio litis*, pelo então Juiz Federal, Dr. José de Castro Meira, titular, à época, da 1ª Vara Federal de Sergipe, hoje integrando esta egrégia Corte.

A ação seguiu os seus trâmites regulares com o oferecimento da contestação pela EMURB - Empresa Municipal de Urbanização, vinculada esta à Prefeitura Municipal de Aracaju. Pediu, assim, a improcedência da ação, esclarecendo que havia dado, no caso, andamento ao projeto de urbanização, aprovado pela Câmara Municipal.

Observa-se, ainda, que o douto Juiz Federal, que havia concedido a liminar, em decisão posterior, tornou sem efeito o seu despacho, ao entendimento de ser a Justiça Federal incompetente para conhecer da ação, determinando a remessa dos autos à Justiça Estadual (fls. 155).

Ocorre que o Ministério Público Federal, autor da ação, interpôs agravo de instrumento contra a mencionada decisão, que foi acolhido pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, declarando, desta forma, competente a Justiça Federal (fls. 159). Diante disso foi, então, a liminar restaurada (fls. 162).

Determinada a realização de perícia, esta foi realizada, conforme laudo apresentado pelo perito do Juízo (fls. 459 a 482), o qual recebeu a concordância da ré (fls. 483).

Houve, ainda, apresentação de quesitos suplementares



(fls. 514), respondidos pelo perito (fls. 507). Foram anexados aos autos memoriais subscritos pela ré (fls. 511 a 518) e pelo Ministério Público Federal (fls. 524).

O douto Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe, Dr. Carlos Rebêlo Júnior, prolatou sentença (fls. 530 a 542), julgando improcedente a ação proposta.

O Ministério Público Federal, autor da ação, não se conformando com os termos da sentença, interpôs apelação (547 a 552), pedindo o provimento do recurso para julgar procedente a ação. A apelação interposta foi recebida em ambos efeitos (fls. 557). Contra-razões apresentadas pela ré (fls. 599 a 630).

A eminente Procuradora Regional da República, Dra. Gilda Pereira de Carvalho Berger, oficiando neste Tribunal, emitiu longo e substancial parecer (fls. 570 a 587), opinando no sentido de ser dado provimento à apelação para que fosse julgada procedente a ação.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS (Relator): Alegou o Ministério Público Federal, autor da presente ação civil pública, que a EMURB - Empresa Municipal de Urbanização, em Aracaju, Sergipe, sob o pretexto de localização de pessoas sem teto, vem promovendo o desmatamento e aterro de manguezais situados na denominada "Coroa do Meio", no local conhecido como "Maré do Apicum", precisamente entre as Ruas Aloísio Campos, Desembargador Otávio e Avenida Rotary, na cidade de Aracaju, Capital do Estado de Sergipe.

Discorreu, assim, na inicial, sobre o valor ecológico dos manguezais para a preservação e desenvolvimento das espécies marinhas, apontando, ademais, os efeitos perniciosos provocados por sua depredação.

Fundamentou, desta forma, a ação na Lei nº 7.347, de 24.07.85, que dispõe sobre a responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente.

Pediu, portanto, o "procedimento da ação e a condenação da promovida a se abster de destruir o manguezal, na zona

delimitada no item I, "Maré do Apicum", sob pena do pagamento de multa diária no valor de Cz\$ 1.000.000,00, enquanto insistir na violação e de somente implantar loteamento após prévio licenciamento do órgão competente e nos limites do que for aprovado" (fls. 4 e 5).

A EMURB - Empresa Municipal de Urbanização, ora apelada, na sua resposta à inicial, negou que haja promovido depredação dos manguezais, esclarecendo que a União havia cedido, sob a forma de aforamento, uma área, no lugar denominado "Coroa do Meio", com o objetivo de urbanização. Afirmou, assim, que a Câmara Municipal aprovou projeto, convertido em lei, sancionada pelo Prefeito Municipal de Aracaju, estabelecendo as diretrizes e estrutura urbana da "Coroa do Meio", projeto esse que incluiu um aterro nesta área, financiado pelo Banco do Nordeste. Argumentou, por outro lado, que, se o projeto foi aprovado pela Câmara Municipal, sem impugnação do IBDF, só restava à contestante dar andamento ao mencionado projeto, já havendo cumprido as suas três (3) primeiras etapas. Pediu, afinal, a improcedência da ação.

Como se pode observar, a Lei nº 7.347, de 24.07.85, regula a ação civil pública no que se refere a danos causados ao meio ambiente.

Por sua vez, o Ministério Público está, assim, legitimado para a propositura da mencionada ação, como estabelece o artigo 5º da aludida lei.

Tenho, ainda, que a competência para conhecer desta ação deve ser atribuída à Justiça Federal, como, de resto, já ficou definido no agravo de instrumento proposto pelo Ministério Público Federal, julgado pelo antigo Tribunal Federal de Recursos.

Entendo, portanto, que a análise desta apelação deve se limitar à verificação se, na realidade, a EMURB - Empresa Municipal de Urbanização foi a responsável pelos danos causados ao meio ambiente, quando pôs em execução projeto de urbanização em área cedida pela União, ou, em outras palavras, se foi ela quem causou a destruição dos manguezais, situados na região da "Coroa do Meio", precisamente no local conhecido como "Maré do Apicum", consoante localização indicada pelo autor na inicial.

Não há dúvida que ficou comprovado, no decorrer da instrução da ação, que foram praticados atos de depredação de manguezais na área litorânea de Aracaju. Aliás, o douto Juiz Federal, prolator da sentença ora recorrida, realizou minucioso estudo sobre o valor dos mangues e os resultados deletérios decorrentes de sua depredação.

Com efeito, conforme acentuou o douto Juiz sentenciante ao proferir a sentença, objeto do presente recurso, o contrato de cessão de área de terreno, mencionado na inicial, foi firmado entre a União, como cedente, e a EMURB - Empresa Municipal de Urbanização, como cessionária, decorrendo, assim, das cláusulas quinta e nona do mencionado contrato, a responsabilidade desta sobre o plano global de urbanização.

A questão, portanto, a ser dirimida na presente ação, cinge-se a saber se a área que foi cedida pela União, em que está sendo implantado projeto de urbanização da Prefeitura, importou na destruição ou depredação de manguezais que porventura existissem naquela área.

O douto Juiz Federal, examinando as provas existentes nos autos, fundamentando-se, principalmente, no laudo pericial, destacou na sua sentença:

*“Insista-se, o laudo pericial destacou os dois polígonos: um objeto do contrato entre a União e a a EMURB e o outro denominado Maré do Apicum. Fls. 466. Este último está fora da área objeto daquele contrato” ( fls. 539).*

No mesmo *decisum*, ainda argumentou o redator da sentença:

*“Se não se pode imputar uma responsabilidade por omissão, uma vez que a área Maré do Apicum não está contida no objeto do contrato entre a União e a EMURB, não se verifica nos autos qualquer prova de que a mesma EMURB tenha tido uma atividade considerada lesiva ao meio ambiente” (fls. 540).*

Ao final, arrematando os fundamentos que embasaram a peça sentencial, acrescentou o ilustrado Julgador:

*“Que há uma agressão ao meio ambiente é*

*incontroverso. Mas esta não pode ser imputada à EMURB, com as responsabilidades de que trata a Lei Ápice:*

*a) por omissão, uma vez que a Maré do Apicum não se encontra na área que lhe fora cedida;*

*b) por ação, desde que inexistente prova de que a suplicada tenha patrocinado as agressões ambientais na Maré do Apicum.*

*Não cabe, portanto, prosperar a ação” (fls. 540 a 541).*

Como se vê, o fundamento decisivo que utilizou o MM. Juiz, prolator da sentença recorrida, resumiu-se assim no entendimento de que, embora tenha havido dano ao meio ambiente em face da depredação dos manguezais, não ficou comprovado, como decorreu da perícia, que esta ação tivesse ocorrido na área cedida pela União à ré, daí porque julgou improcedente a ação.

A eminente Procuradora Regional da República, Dra. Gil-da Pereira de Carvalho Berger, atualmente ocupando o cargo de Subprocuradora da República, em longo, analítico e fundamentado parecer, procurando rebater o fundamento maior da sentença, assim afirmou:

“ 30. É certo, como se pode ver do Laudo Pericial, *data venia*, nele não está inserido que na área cedida pela União à EMURB, cujas limitações coincidem com as estampadas no contrato de aforamento, de fls. 386 dos autos, e estão identificadas nos anexos I e II do Laudo e na Planta de fls. 480, com a coloração amarela, não constasse o BOSQUE DE MANGUES e a MARÉ DO APICUM.

31. Verifica-se, pelas plantas, que toda a área de coloração amarela, objeto de urbanização pela EMURB, circunda a MARÉ DE APICUM e o BOSQUE DE MANGUE NATIVO, que se constituíam em área verde do Projeto de Urbanização da recorrida, de conformidade com a Lei Municipal nº 604/78 e os anexos, às fls. 93-95.

Todavia, mesmo que se excluísse a MARÉ DO APICUM e o BOQUE DE MANGUES da área aforada, revelam-se as terras cedidas à recorrida limítrofes da área de preservação permanente, incluídas no Plano de Urbanização da Península denominada COROA DO MEIO, o que teria como consequência, de forma direta, se colher a responsabilidade da postulada pela preservação da área". (Fls. 577).

Na verdade, examinando-se as plantas que foram anexadas pelo perito ao seu laudo, destaca-se, precisamente, da planta referente ao título Situação Anterior da Coroa do Meio (fls. 476), a área cedida pela União à EMURB, decorrente dos Decretos nºs 77.439 e 77440/76, não inclui a Maré do Apicum e o Bosque de Mangue Nativo.

Por sua vez, a planta referente à Situação Atual da Coroa do Meio aponta a depredação no Bosque Nativo, mas passível de regeneração. Verifica-se, ainda, a ocupação irregular na área do Bosque Nativo.

Desta forma, ficou comprovado que, realmente, ocorreu depredação do manguezal situado na Maré do Apicum e Bosque de Mangue Nativo. Esta situação, todavia, não ocorreu na área que foi cedida pela União à EMURB - Empresa Municipal de Urbanização. Não vislumbro, conseqüentemente, a alegada responsabilidade por parte da empresa urbana pelos danos ocasionados ao manguezal, que ocorreu na área de preservação ambiental que não foi objeto da presente ação, desde que esta visou, apenas, a área de cessão.

Nego, pois, provimento à apelação, mantendo a respeitável sentença de primeiro grau.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 168.136-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA  
Apelante: SEVERINO ALVES DOS RAMOS  
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF  
Advogados: DRS. ARAMIS FRANCISCO TRINDADE DE SOUZA E OUTRO (APTE.) E SANDRA MARIA GARRETT RIOS SIQUEIRA E OUTROS (APDA.)

***EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. SISTEMA FINANCIERO DA HABITAÇÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL.***

***- A Lei nº 8.692/93, que criou o Plano de Comprometimento de Renda, fixando em 30% o limite máximo para os encargos mensais, é inaplicável aos contratos firmados antes de sua vigência, salvo por acordo entre as partes.***

### **ACÓRDÃO**

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

Recife, 6 de setembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA: Severino Alves dos Ramos apelou de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara - PE que julgou improcedente ação consignatória proposta contra a CEF – Caixa Econô-

mica Federal, para o depósito de prestações de financiamento de imóvel pelo Sistema Financeiro da Habitação - SFH.

Aduziu que a Caixa tem aplicado reajustes nas prestações, em desrespeito ao Plano de Equivalência Salarial, cujos valores cobrados têm superado o limite de 30% de comprometimento máximo da renda bruta, estipulado pela Lei nº 8.692/93.

Resposta apresentada.

É o relatório.

### VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA: A pretensão consignatória consiste no depósito das prestações mensais do contrato de financiamento habitacional regido pelo Plano de Equivalência Salarial, com observância do limite de 30% do comprometimento da renda firmado no pacto de mútuo, nos termos da Lei nº 8.692/93.

A sentença pôs em devido destaque que a Lei nº 8.692, de 28.07.93, que criou o Plano de Comprometimento da Renda – PCR, estabelecendo percentual de no máximo 30% da renda bruta do mutuário destinado ao pagamento dos encargos mensais do financiamento habitacional, é posterior à assinatura do contrato do autor (julho/91), não podendo retroagir para modificar ato jurídico perfeito, salvo por acordo entre as partes (art. 28), hipótese, aliás, que não ficou demonstrada nos autos.

Desta forma, tendo o contrato do autor sido firmado sob a égide da Lei nº 8.004/90, que vincula o comprometimento da renda familiar ao percentual apurado no ato da assinatura do contrato habitacional para o pagamento das prestações do financiamento, incabível se me afigura a utilização da consignatória para depositar valores das prestações calculadas em respeito a um parâmetro previsto em norma posterior.

Com essas considerações, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

Juiz Ridalvo Costa

Relator

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 197.265-CE**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
Apelante: VIAÇÃO PERNAMBUCANA S/A - TRANSPORTE E TURISMO  
Apelada: UNIÃO  
Advogado: DR. CRISTÓVÃO CAPOTE DE PAULA FILHO (APTE.)

***EMENTA: ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE FATO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE TUTELA SATISFATIVA EM SEDE DE CAUTELAR.***

*- A manutenção, sem o devido procedimento licitatório, da exploração irregular de linha de transporte interestadual de passageiros, caracteriza afronta ao texto constitucional (artigos 21, XII, e, e 175 da Constituição Federal de 1988).*

*- Não compete ao Poder Judiciário a autorização para continuidade da exploração de serviço de transporte interestadual, que vinha sendo prestado de fato, ainda que sob o argumento de prover às necessidades do interesse público.*

*- Competência exclusiva da Administração Federal, atendendo a juízos de oportunidade e conveniência, e obedecido o devido processo de licitação.*

*- Impossibilidade de deferimento de tutela satisfativa em sede de ação cautelar. Ausência dos caracteres de instrumentalidade e provisoriedade.*

*- Apelação improvida.*



## ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 8 de novembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA  
CANTARELLI - Relatora

## RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI: Cuida-se de apelação, interposta pela autora, irresignada contra sentença proferida pelo douto Juízo de origem, que julgou improcedente o pedido, em sede de ação cautelar, de autorização judicial que lhe assegurasse a continuidade da prestação de serviço de transporte rodoviário de passageiros, no trecho Fortaleza/CE - Juazeiro/BA, via Juazeiro do Norte/CE, que vem operando, de fato, há mais de 05 (cinco) anos.

O MM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pleito formulado na exordial, por entender que a cautelar não representa o meio e o modo de se conseguir a tutela de uma pretensão de direito substancial. Asseverou, ainda, que, caracterizando-se a medida como satisfativa, não poderia ser desfeita pela sentença de mérito, restando, portanto, irreversível.

Inconformada, apela a autora, alegando que o douto Julgador se baseou exclusivamente em preceitos doutrinários e que, em momento algum, pretendeu a satisfação do direito substancial, mas sim evitar o prejuízo iminente. Alega ainda que as provas oferecidas demonstram a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Requer, para tanto, a reforma da sentença, no sentido de julgar procedentes os pleitos for-

mulados na peça vestibular.

Subiram os autos a esta Corte, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório

## VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora): Discute-se no presente feito a possibilidade de continuidade da prestação de fato de serviço de transporte rodoviário. Pretende a autora, ora apelante, a permanência do estado de fato em que se encontra, continuando na exploração da rota rodoviária Fortaleza/CE - Juazeiro/BA, via Juazeiro do Norte/CE.

A paralisação das atividades de exploração da linha questionada, segundo a empresa apelante, acarretaria graves prejuízos, não apenas à referida empresa, mas também aos usuários, que deixariam de dispor do serviço de transporte por ela prestado.

A empresa apelante alega que vinha se mantendo na exploração de fato da referida linha rodoviária, com a tolerância da autoridade fiscalizadora, o Departamento Nacional de Estradas e Rodagem (DNER), sem autorização formal, mas submetendo-se à sua fiscalização e controle.

A Constituição Federal de 1988, ao determinar as competências da União Federal, assim dispõe:

“Art. 21 - Compete à União:

(...)

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

(...)

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros”.

Além disso, o art. 175 da mesma Carta Magna, assim prescreve:

“Art. 175 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de conces-

são ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

De início, parece plausível o argumento de que poderia ser autorizada a manutenção do serviço que já vem sendo desempenhado de fato, a fim de suprir a falta do serviço. Ocorre, porém, que tal avaliação configura um juízo de oportunidade e conveniência, inserido, como já demonstrado, na competência da autoridade administrativa.

O Decreto nº 952/93, que fixa, dentre outras coisas, o procedimento para a licitação de linhas de transporte interestadual, assim versa:

“Art. 13 - Incumbe ao Departamento de Transportes Rodoviários decidir sobre a conveniência e a oportunidade da licitação para a prestação de serviço de transportes rodoviário interestadual ou internacional de passageiros”.

A matéria em tela já fora apreciada por este Egrégio Tribunal, tanto pelo Pleno como pelos seus órgãos fracionários. Inicialmente, o entendimento era no sentido de que, face ao interesse social do transporte coletivo, dever-se-ia resguardar a prestação de fato do serviço público por particular, ainda que sem licitação, até que a Administração promovesse o respectivo procedimento licitatório.

Entretanto, esta Egrégia Corte reviu o seu posicionamento, manifestando-se contrariamente, ao deixar de reconhecer a plausibilidade jurídica da manutenção da exploração irregular de serviço de transporte de passageiros. Tal entendimento foi, inclusive, consagrado em Sessão do Pleno, conforme o acórdão *in verbis*:

“Constitucional. Administrativo. Processual Civil. Serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros. Licitação. Princípios basilares. Constituição Federal. Artigos 37 e 175. Interesse de agir de terceiro. Inocorrência de carência de ação.

1. Terceiro alcançado pelos efeitos de decisão judicial tem interesse de agir de terceiro, máxime quando se evidencia a possibilidade de dano a direito de que seja ele titular. Não há

carência de ação, se o restabelecimento da paz e da ordem sociais torne indispensável a intervenção do Estado-juiz.

2. Os princípios norteadores da novel Constituição afastam qualquer dúvida acerca da imprescindibilidade da licitação, para outorga da permissão de prestação de serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros.

3. A existência de irregularidade na exploração de outras linhas de transporte de passageiros não autoriza o Poder Judiciário a deferir, ainda quando em caráter precário, a prestação desses serviços, à margem dos parâmetros legalmente fixados para a respectiva concessão.

4. Tampouco é possível inviabilizar, a partir de ordens judiciais, o exercício da competência fiscalizadora, atividade própria do poder de polícia conferido à Administração, à qual os serviços de transportes interestaduais de passageiros acham-se sujeitos. Inteligência dos artigos 37 e 175 da Constituição Federal.

5. Cassação de medida liminar que assegurou à litisconsorte passiva o direito de manter-se, sem licitação, na exploração de linha de transporte de passageiros e tornou defesa a paralisação da atividade, se decorrente de ato praticado no exercício de atividade própria da Administração. Precedentes dos Tribunais Regionais Federais e do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

6. Segurança concedida”.

(MS nº 51555/CE, Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, Pleno TRF 5ª Região, j. 21.08.96, ratificado na Sessão de 11.11.98, grifos nossos).

Esta Turma, em diversos julgados, vem também se posicionando da mesma forma, conforme os acórdãos transcritos:

“Administrativo. Transporte rodoviário interestadual. Prestação irregular. Inadmissibilidade.

1. Hipótese em que empresa de ônibus que

vinha prestando irregularmente o serviço de transporte interestadual de passageiros obteve, por sentença, declaração de seu direito a continuar a operar a linha, até que a competente licitação regularizasse a situação.

2. Anterior indeferimento administrativo de pleito com idêntico objeto.

3. Previsão constitucional de prévio processo licitatório como pressuposto à válida exploração do transporte interestadual de passageiros. CF-88, art. 21, XII, c/c art. 175.

4. Prejuízo às empresas funcionando regularmente na área, pela interseção de itinerários.

5. Apelação e remessa oficial providas”.

(AC nº 135348/CE, Rel. Des. Federal Castro Meira, 1ª Turma, TRF 5ª Região, DJU 28.08.98, grifos nossos).

“Administrativo. Transporte coletivo. Ilegitimidade passiva do DNER. Prestação de serviço de fato. Ausência de licitação. Impossibilidade do Judiciário se imiscuir em matéria de competência exclusiva da União. Inteligência do art. 21, XII, e, da CF.

- Objetiva-se na presente ação a continuidade da prestação de serviço de transporte rodoviário de passageiros, até que a Administração se disponha a prestá-lo diretamente ou promova a sua licitação. A União, portanto, é a única que possui legitimidade passiva *ad causam*.

- A autorização judicial para exploração de linha interestadual de transporte rodoviário, sob o argumento de prover a carência de algumas comunidades, caracterizaria ingerência em matéria de competência exclusiva da Administração, pois a concessão desse tipo de serviço alberga juízo de oportunidade e conveniência.

- Entendimento já pacificado no TRF – 1ª Região, objeto da Súmula nº 39.

- Preliminar acolhida.

- Apelação e remessa providas”.

(AC nº 123720/CE, Rel. Des. Federal José Maria Lucena, 1ª Turma, TRF 5ª Região, *DJU* 23.04.99, grifos nossos).

“Administrativo. Serviço de transporte rodoviário interestadual de passageiros.

- Ante as disposições da Carta Magna de 1988 (arts. 21, XII, e, 37, XXI, e 175, não se encontra plausibilidade jurídica na manutenção, sem licitação, da exploração irregular de linha de transporte interestadual de passageiros.

- É defeso ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para autorizar, conceder ou permitir a exploração de serviço de transporte rodoviário interestadual. (Súmula 39 do TRF 1ª Região, *DJU* II - 09.07.98).

- O Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que ‘ofende o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, a concessão de serviço público sem prévio procedimento licitatório, ainda que a contratada já prestasse atividade delegada pelo Poder Público sob a forma de autorização’. (ROMS 6918-TO, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.03.2000, *DJ* 15.05.2000, p. 148).

- Precedentes deste Tribunal.

- Apelação e remessa oficial providas”.

(AC nº 175698/CE, Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, 1ª Turma, TRF 5ª Região, *DJU* 11.08.2000, grifos nossos).

Verifica-se, portanto, dos arestos transcritos, que a autorização, por parte do Judiciário, para exploração de linha interestadual de transporte rodoviário, sob o argumento de prover a carência de determinadas comunidades, resultaria em ingerência em matéria de competência exclusiva da Administração, tendo em vista que pressupõe juízo de oportunidade e conveniência, característico do poder discricionário da Administração Pública.

O Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao se pronunciar sobre tal tema, acabou por editar uma súmula, de nº

39, que prescreve:

“Súmula nº 39 – É defeso ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para autorizar, conceder ou permitir a exploração de serviço de transporte rodoviário interestadual”.

No que pertine à alegação da autora, no sentido de que o pleito formulado não fora de cunho satisfativo, mas apenas para salvaguardar e acautelar o seu direito, face à probabilidade iminente de prejuízos à empresa e à comunidade, entendo que agiu acertadamente o MM. Juiz *a quo*. Ora, sabe-se que a tutela cautelar apresenta como caracteres básicos a instrumentalidade e a provisoriedade. Resta, pois, incabível o deferimento da tutela quando se coloca em questão o próprio direito substancial, pois, desta forma, tratar-se-ia de uma tutela satisfativa e definitiva.

Diante do exposto, nego provimento ao apelo da autora, mantendo, *in totum*, o disposto na r. decisão monocrática.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 198.713-RN**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
Apelante: DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS DE RODAGEM - DNER  
Apelado: DEUSDETE GOMES NEVES  
Advogados: DRS. CLOVES MARTINS E OUTROS (APTE.) E REGINA CELIA PINTO DA SILVA (APDO.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ÁREA DECLARADA DE UTILIDADE PÚBLICA OBJETIVANDO DESAPROPRIAÇÃO COM FINS RODOVIÁRIOS. POSSE NÃO COMPROVADA. PORTARIA Nº 381/96. AUSÊNCIA DE PRÉVIA E JUSTA INDENIZAÇÃO. OFENSA AO DIREITO DE PROPRIEDADE DO PARTICULAR.**

- *A simples declaração de utilidade pública, não transfere a posse e a propriedade do imóvel para o Poder Público.*
- *É necessária a indenização prévia, em conformidade com o texto constitucional, para dar fundamento legal à transmissão da posse e da propriedade do bem expropriado.*
- *Não se pode conceder a proteção possessória se não foi provada pela parte autora a posse e o molestamento da posse.*
- *Apelação e remessa oficial, como se interposta fosse, improvidas.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível, em que são partes as acima mencionadas, acorda a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento ao apelo e à remessa oficial, como se interposta fosse, nos termos do voto da Relatora e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 18 de outubro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA  
CANTARELLI - Relatora

## RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI: O DNER - Departamento Nacional de Estradas de Rodagem propôs ação de reintegração de posse contra Deusdete Gomes Neves, objetivando ser reintegrado na posse de imóvel objeto de declaração de utilidade pública.

Argumenta o autor que o imóvel em questão foi incorporado à domicialidade da pessoa jurídica de direito público, não



podendo ser suscetível de posse por particular, uma vez que foi declarado bem de utilidade pública.

Afirma que o réu construiu um prédio comercial que invade a faixa de domínio em 2,60 m, situado na BR 101, Km 107. Alega que embargou a obra, mas, mesmo assim, o prédio foi concluído.

O réu, às fls. 40/48, aduz que já era possuidor há mais de um ano e dia do imóvel em questão, de forma mansa e pacífica, antes da declaração de utilidade pública do mencionado imóvel pela Portaria nº 381, de 13 de dezembro de 1996.

Afirma que a simples declaração de utilidade pública não importa ainda em desapropriação, e, por isso, admite a normal utilização do bem. Alega que para a Administração ser imitada na posse, é preciso que seja observado o princípio constitucional da indenização justa e prévio, o que não aconteceu. Argumenta, ainda, que a afirmação do autor de que ele, réu, adentrou 2,60 m na faixa de domínio, não corresponde à verdade, pois, no tocante a estradas de rodagem, há limitação administrativa imposta pela legislação rodoviária, visando a proibições de construções a menos de 15 m do leito da pista.

O perito, em fls. 87/91, respondeu aos quesitos formulados pelas partes e pelo MM. Juiz monocrático, informando que: a) o réu adentra 15,10 (quinze metros e dez centímetros) na área de terra declarada de utilidade pública para efeito de desapropriação, descrita em fls. 65 dos autos; b) o imóvel do demandado não está invadindo a faixa de segurança exigida pela legislação pertinente.

O MM. Juiz *a quo* julgou improcedente a reintegração com fundamento na Portaria nº 381/96, bem como a demolição da construção.

Inconformada, apela o autor às fls. 114/116, requerendo a modificação da sentença e a concessão do seu pleito.

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

É o relatório.

## VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora): Compulsando os autos, observo que não há o que se retorquir da sentença monocrática.

O art. 97 do CPC dispõe sobre os requisitos necessários para que haja a ação de reintegração de posse e uma das primeiras exigências é que o autor prove a sua posse.

Portanto, há de se verificar primeiro se o autor provou que detinha a posse do imóvel.

O DNER procurou fazer prova de sua posse através da declaração de utilidade pública para efeito de desapropriação do imóvel com fins rodoviários, conforme consta na Portaria nº 381, de 13 de dezembro de 1996, com cópia anexada às fls. 06 dos autos.

Vale salientar que o Decreto-lei nº 512, de 23 de março de 1969, em seu art. 14, permite que a declaração para utilidade pública com fins rodoviários seja por meio de portaria por ato do Diretor Geral do DNER. Esta é uma exceção à regra.

Todavia, foi a única prova trazida aos autos pelo autor para demonstrar sua posse.

Será que a simples declaração de utilidade pública do bem já transmite a posse do imóvel à Administração Pública?

Declaração é a anunciação pública da vontade do Estado de desapropriar o imóvel. Pelo ato declaratório a entidade estatal dá início ao exercício do direito de desapropriar.

No entanto, para que o Poder Público expropriante seja imitado na posse, deve haver o pagamento da indenização pela desapropriação pretendida, seja por acordo ou no processo judicial, sendo fixada em definitivo por sentença transitada em julgado e paga ao expropriado ou posta à disposição deste.

Portanto, até a indenização, o expropriado é senhor e possuidor do imóvel.

Neste sentido comenta o mestre José Cretella Júnior em seu livro *Comentários à Lei da Desapropriação*, 4ª edição, editora Forense, p. 90:

" 'O ato de declaração de desapropriação -

*escreve Pontes de Miranda - é de direito público. A declaração de desapropriação é mero exercício do direito formativo-extintivo, porém ainda sem eficácia distintiva, porque a Constituição estabeleceu que, antes de tal eficácia, teria de ser indenizado, com justiça, o que se perde com a desapropriação' (Comentários à Constituição de 1967, ed. de 1968, vol. V, p. 433).*

*'O particular, antes de ser indenizado, pode alienar o bem desapropriado, mas o adquirente fica adstrito somente aos direitos e deveres que caibam ao alienante, desapropriado' (Azevedo Marques, Revista do Supremo Tribunal Federal, 29:379).*

*'Nenhuma dúvida parece, pois, lógica, quanto ao momento em que se transfere o domínio do expropriado para o expropriante. A melhor doutrina civil é a que considera o expropriado senhor e possuidor até a indenização, pois assim se explica, melhor do que por qualquer dos artifícios propostos por autores de outro parecer, a faculdade a ele reconhecida de alienar e onerar a coisa expropriada, de perceber-lhe os frutos' (San Tiago Dantas, Problemas de Direito Positivo, 1953, p.194)".*

Quanto à construção do prédio comercial, dispõe a Súmula 23 do Supremo Tribunal Federal:

*"Verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada ".*

Desta forma, não pode o Poder Público negar a aprovação de plantas para a construção de imóvel sob a alegação de que sobre ele pende a expropriação, como também não se pagará uma indenização maior pelo bem, para que não haja prejuízo para a Fazenda Pública.

Como bem se pronunciou o MM. Juiz *a quo*:

*“Aliás, quando da implantação da BR - 101, nos idos anos do final da década de sessenta, início da década de setenta, nos moldes em que funcionava anteriormente a sua duplicação, que, se no lado oposto à propriedade do réu, não consta nos autos que o DNER ou qualquer outro órgão que tivesse esta função à época tenha promovido desapropriação do imóvel, ou parte dele, tendo pago indenização aos seus proprietários.*

*Ademais, verifica-se das fotos acostadas, bem como transitando nesta via pública, que há muitas outras edificações no mesmo limite da obra realizada pelo requerido, o que demonstra a inexistência de desapropriação dos imóveis que acompanham, naquela localidade, a BR-101.*

*Afigura-se um pleito muito mais justo e digno de acato, ao invés do ajuizamento da presente demanda por parte do DNER, que a citada autarquia tivesse promovido, com fundamento na portaria referida acima, a ação desapropriatória, onde obteria a imissão provisória, com o depósito prévio e justo do valor do imóvel, deixando o réu com uma compensação pela perda de parte de seu imóvel, que, no caso, é utilizado na atividade comercial”.*

Diante do exposto, nego provimento ao apelo e à remessa oficial, como se interposta fosse, mantendo a sentença recorrida.

É como voto.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 230.320 - RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA  
Apelante: COREN/RN - CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DO RIO GRANDE DO NORTE  
Apelada: SOLANGE GONÇALVES BELCHIOR  
Advogados: DRS. JAYME RENATO PINTO DE VARGAS E OUTROS (APTE.)

**EMENTA: CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DO DANO.**

*- O dano patrimonial pressupõe sempre ofensa ou diminuição de certos valores econômicos.*

*- Para se configurar a obrigação de indenizar, a antijuridicidade deve atender a três requisitos, quais sejam: a existência do elemento objetivo ou material, que é justamente o dano; a existência do elemento subjetivo, que se biparte nas figuras dos sujeitos ativo (quem causou o dano ou é responsável por sua reparação sem ter culpa) e passivo (a vítima que sofreu a lesão em um de seus direitos) e o nexu causal, que deve vincular os sujeitos ativo e passivo ao dano efetivamente ocorrido.*

*- In casu, não restando configurada prática de uma ação ou omissão provocada por um sujeito contra outro a ensejar um resultado lesivo, seja de ordem moral ou material, caracterizando a existência de culpa, inexistente, conseqüentemente, a obrigação de indenizar.*

*- Apelação improvida.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade de votos, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 15 de maio de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA  
- Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA: O Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Norte apela da decisão singular da lavra do MM. Juiz Francisco Barros Dias, da 3ª Vara/RN, que, na ação de indenização por danos morais cumulada com danos materiais, onde julgou improcedente o pedido, infundadas as pretensões de indenização por danos morais e materiais.

O MM. Juiz assim decidiu por entender que as declarações da apelada não caracterizaram efetivamente um fato lesivo e um correspondente dano, de modo que tenha se configurado o dever de indenizar, inexistindo um nexo de causalidade entre o fato imputado a determinada pessoa e os danos relatados, configurando-se impossível a responsabilização no dever de indenizar.

Alega a União em suas razões de apelo que, embora as ofensas não tenham se dirigido ao apelante, dirigiram-se ao sistema (COFEN/CORENS) e, uma vez direcionadas a este, verificando-se a existência de danos morais e materiais, não só aos órgãos bem como aos seus diretores, denegrindo todo um sistema que goza de reputação ilibada junto aos diversos organismos da sociedade e sua categoria profissional.

Sem contra-razões.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator): Cuida a hipótese de apelação do Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Norte da decisão singular da lavra do MM. Juiz Francisco Barros Dias, da 3ª Vara/RN, que, em ação de indenização por danos morais cumulada com danos materiais, julgou improcedente o pedido, no sentido de não ter ficado evidenciado o nexo de causalidade entre os fatos imputados a determinada pessoa e os danos apresentados, não se evidenciando, desta forma, o dever de indenizar. A parte apelada, citada no prazo legal, porém, não ofereceu contestação nem de qualquer forma se pronunciou nos autos do processo, nem tampouco ofereceu suas contra-razões.

Sustenta o Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Norte, em sua razões de apelo, que, embora as ofensas não tenham sido diretamente dirigidas ao COFEN/RN, estas foram dirigidas a todo o sistema, denegrindo a imagem tanto do órgão apelante quanto a dos seus diretores.

No tocante à matéria, cumpre-se fazer algumas considerações gerais e básicas a respeito do dano em sua dimensão no quadro geral do direito.

Analisando a palavra dano em seu próprio significado gramatical, significa mal que se faz a alguém; prejuízo; destruição; inutilização ou deterioração de coisa alheia ... (*Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*, 11ª ed., 10º tiragem, Gamma). Juridicamente, ressalta Fabrício Zamprogna Matielo em *Dano Moral/Material-Reparações*, ser o dano:

" 'Qualquer ato ou fato humano produtor de lesões a interesses alheios juridicamente protegidos'. Quando se fala em interesse 'este tem sentido bastante amplo, de modo a abarcar não apenas aqueles sem exteriorização imediata (direito à vida ou à preservação da honra, por exemplo), mas especialmente interesses imediatos sobre bens cujo caráter econômico é candente e visualizável de plano, como ocorre no tocante aos bens corpóreos de um modo geral'."

Dispõe Américo Martins da Silva em *Dano Moral/Material e a sua Reparação Civil*, Ed. RT-1999, elencando o posicionamento doutrinário dos seguintes mestres em direito a respeito da noção conceitual e estrutural do dano:

Francesco Carnellutti fixa o entendimento sobre dano “como lesão de interesse”. “O direito não se insurge contra toda e qualquer lesão de interesse, mas somente contra a que, de acordo com a ordem jurídica, deva ser evitada ou reparada, isto é, dano antijurídico”.

Segundo o posicionamento de Ugo Enrico Paoli, dano, em sentido jurídico, quer dizer “abolição ou diminuição, mesmo parcial ou temporária, de um bem da vida”.

J. M. Antunes Varela destaca que “dano, para o efeito da responsabilidade civil, é toda lesão nos interesses, sejam de ordem material, quer sejam de caráter não patrimonial”.

Segundo Giovanni Formica “dano constitui a diminuição ou subtração de um bem jurídico”.

Ludwig Enneccerus ressalta “dano é toda desvantagem que sofremos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição etc)”.

O Código Prussiano define dano como “lesão ou ofensa que o homem sofre no seu corpo, liberdade, honra ou patrimônio”.

Agostinho Alvim, citado por Carlos Roberto Gonçalves em *Responsabilidade Civil*: “Dano, em sentido amplo, vem ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral”. “Há de se abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar”.

Fazendo uma abordagem sobre dano moral e dano material, Fabrício Zamprogna Matielo, em *Dano Moral/Material – Reparação*, ressalta:

“Danos puramente materiais – consubstanciados em fatos humanos que produzem lesões em interesses alheios juridicamente protegidos, com caráter exclusivamente material”. “A conduta afronta tão-somente direitos patrimoniais/materiais, sem alcançar interesses psíquicos, ou morais, do lesado”.



“Danos puramente morais – verificados através de fatos humanos que conduzem a lesões em interesses alheios, juridicamente protegidos, mas que atingem apenas a reserva psíquica do ofendido”.

Verifica-se sob os diversos entendimentos uma conclusão sobre o dano: este surge de uma conduta positiva ou negativa de um agente, atitude que acarreta prejuízo efetivo, seja à própria pessoa no âmbito de sua própria existência seja ao seu patrimônio, surgindo assim para o agente causador o dever de indenizar, caracterizando-se a responsabilidade civil em virtude da existência da culpa, ou melhor, de todo e qualquer comportamento contrário ao direito e imputável a alguém. Para se configurar, portanto, a obrigação de indenizar, é inerente que tenha havido um contudente e demonstrado prejuízo por parte do sujeito passivo, pessoa que suportou as conseqüências de uma ação ou omissão do agente causador do dano. Além do mais, não se demonstra o que de fato o apelante perdeu e o que deixou de ganhar como resultado das declarações feitas pela apelada.

Américo Luís Martins da Silva, em *Dano Moral e a sua Reparação Civil*, Ed. RT-1999, a respeito dos requisitos necessários para a configuração da obrigação de indenizar surgida pelo ocasionamento de um dano: “Para se configurar a obrigação de indenizar, a antijuridicidade deve atender a três requisitos: a) a existência do elemento objetivo ou material, que é justamente o dano; b) a existência do elemento subjetivo, que se biparte nas figuras dos sujeitos ativo (quem causou o dano ou é responsável por sua reparação sem ter culpa) e passivo (a vítima que sofreu a lesão em um de seus direitos) e c) o nexu causal, que deve vincular os sujeitos ativo e passivo ao dano efetivamente ocorrido. O dano patrimonial pressupõe sempre ofensa ou diminuição de certos valores econômicos”.

Carlos Roberto Gonçalves, em seu já citado livro, retrata ainda sobre as condições para se configurar a obrigação de indenizar: “Os pressupostos da obrigação de indenizar são: ação ou omissão do agente, culpa, nexu causal e dano. Não se pode falar em responsabilidade civil se não houve dano”.

V. Pollaco destaca – dano como “A efetiva diminuição do patrimônio e consiste na diferença entre o valor atual do patrimônio do credor e aquele que teria se a obrigação fora exatamente cumprida”.

Pontes de Miranda em *Tratado de Direito Privado*: “Para se entender o dano, tem-se que considerar o patrimônio do ofendido no momento em que ocorreu a ofensa mais o que seria se o ato ou fato não houvesse ocorrido e o que é no momento da indenização”.

*In casu*, cumpre-se fazer algumas nuances no tocante ao que realmente teve como causa a propositura da ação de indenização por danos morais cumulada com danos materiais. Ficou evidenciado pela devida observância na documentação acostada aos autos que todo o contexto da presente ação se calçou no assassinato de um casal que era líder sindical no Conselho Regional de Enfermagem no Estado do Rio de Janeiro. Acontece que através de entrevistas televisivas concedidas pela apelada, a mesma, através de declarações contidas às fls. 09 e 10 bem como a fita de vídeo acostada aos autos, dirigiu-se genericamente ao COFEN/CORENs. Verifica-se pelas próprias declarações que a apelada não se referiu expressamente ao Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Norte, pelo contrário, foi um posicionamento genérico sem qualquer objetivo de atingir o COREN/RN.

Desta forma, não se observa uma relação de causalidade, necessária ao reconhecimento da obrigação de indenizar, pelo fato das declarações não terem de fato e de direito, comprovadamente, afetado, direta ou indiretamente, seja a própria imagem de que goza tal instituição, seja o próprio patrimônio, que não foi da mesma forma atingido. As declarações não foram feitas pela apelada com o intuito de causar qualquer dano moral ou material ao apelante, é o que se conclui pelas provas acostadas aos autos. O alvo das declarações foi genérico, portanto, sem o condão de especificar quem realmente foi o sujeito passivo do suposto dano reivindicado.

Graficamente, podemos verificar quando se configura a existência da obrigação de indenizar:

NEXO CAUSAL CONDUTA ←→ RESULTADO LESIVO= CULPA/RESPONSABILIDADE
--

Ou seja, para que exista a responsabilidade é indispensável que através da prática de uma ação ou omissão provocada por um sujeito contra outro surja um resultado lesivo seja de ordem moral ou material, caracterizando a existência de culpa, e, conseqüentemente, a responsabilidade. Sem a observância de tais requisitos condicionantes, não logrará êxito um possível pedido de reparação de danos, sejam morais ou materiais, como de fato está a acontecer.

Diante do exposto, verificada a ausência de relação de causalidade entre os fatos imputados e a expressa falta de probabilidade de qualquer dano ao apelante, não fica evidente a obrigação de indenizar, tanto do ponto de vista moral quanto patrimonial. Não houve dano já que as declarações não atingiram, direta ou indiretamente, o apelante, não tendo respaldo as indagações feitas pelo mesmo, uma vez que para se configurar o dever de indenizar é indispensável uma relação de causalidade entre a conduta, seja uma ação ou omissão, capaz de provocar um resultado lesivo e dirigida diretamente para um sujeito determinado, ficando suficientemente demonstrada a existência da culpa do agente causador do dano para que finalmente surja a obrigação de indenizar.

Já firmou o Tribunal Regional Federal da 5ª Região seguindo o mesmo entendimento, conforme se pode verificar:

“AC 003397/PB – 1ª Turma

Rel. Juiz Hugo Machado

Decisão unânime

Civil. Dano moral

- A indenização por dano moral pressupõe a ocorrência deste, caracterizada por elementos objetivos, capazes de viabilizar sua avaliação.

- A simples consideração subjetiva daquele que se reputa moralmente atingido é insuficiente para caracterizar dano moral indenizável.

- Apelação improvida”.

“AC 010387/CE - 2ª TURMA

Rel. Juiz Lázaro Guimarães

Decisão: unânime

Administrativo. Pedido de indenização por danos morais e financeiros. Servidor que litiga com a Universidade Federal do Ceará, em ações sucessivas, há mais de vinte anos. Inexistência de causalidade entre a atuação da ré e a situação do autor. Apelo improvido".

"AC 081899/RN - 3ª TURMA

Rel. Juiz Nereu Santos

Decisão: unânime

Administrativo. Ação ordinária. Militar. Aspirante-a-oficial. Pedido de reforma no posto de segundo tenente e de indenização por dano estético, em face de acidente quando se encontrava em serviço. Aplicação do art. 106, II, c/c art. 114, da Lei 6.880/80.

1. Concede-se a reforma *ex officio* ao militar julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das forças armadas, por acidente em serviço.

2. Tratando-se de aspirante-a-oficial, a sua reforma há de ser no posto de segundo tenente. Exegese do art. 114 da Lei 6.880/81.

3. Cabe indenização por dano moral (estético), uma vez verificado o dano e o nexo de causalidade deste com o serviço público executado.

4. Apelação da União e remessa oficial improvidas. Apelação do autor provida".

Diante de tais considerações, não tendo ficado expressamente demonstrada a relação causal entre as declarações feitas pela apelada, que não foram objetivamente feitas com o objetivo específico de atingir, seja a moral ou o patrimônio especificamente do Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Norte, o que se comprova pelos próprios documentos que instruíram o processo, onde se verifica que todos os fatos narrados acontecem circundando o assassinato de um casal de líderes sindicais do Estado do Rio de Janeiro, sem sequer mencionar o apelante em nenhum momento.

Por tais razões, nego provimento à apelação.  
É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 237.377-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA  
Apelante: UNIÃO FEDERAL  
Apelada: JACIRA PESSOA DA SILVA  
Advogado: DR. CHARLES EDGAR SEABRA MANSO (APDA.)

**EMENTA: ALVARÁ JUDICIAL. LEVANTAMENTO DE DIFERENÇA DE VENCIMENTOS DE SERVIDOR FALECIDO. COMPETÊNCIA. EXPEDIÇÃO MANTIDA.**

*- O pedido de alvará judicial para levantamento de diferença de vencimentos não recebida em vida pelo servidor, sem carga contenciosa, insere-se na competência da Justiça Estadual.*

*- Se a União Federal opõe-se ao levantamento, salvo em parcelas ao longo de sete anos, é evidente o interesse federal a ser dirimido no juízo próprio, o federal.*

*- Levantamento autorizado e mantido.*

### ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 23 de agosto de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA: Trata-se de pedido de alvará, formulado por viúva e pensionista de ex-servidor público federal, para o levantamento de valores depositados pela Administração a título de reajuste dos 28,86%, relativos ao período de janeiro de 1993 a junho de 1998.

A União Federal não se opôs ao pedido, ressaltando, apenas, que fosse observada a Medida Provisória nº 1.904-16/99, que estabelece o pagamento dos 28,86% em 14 parcelas, sendo duas anuais.

Ouvido, o Ministério Público opinou pela procedência do pedido.

A sentença deferiu o pedido, determinando a imediata liberação dos valores de forma integral e em uma única parcela, não considerando as alegações da União, porque o parcelamento do crédito em quatorze prestações só se aplicaria na hipótese em que é firmado acordo entre servidor e União.

Inconformada, apelou a União, no intuito de que o pagamento em favor da apelada seja procedido conforme a Medida Provisória nº 1.922 e suas reedições.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA: O pedido de "alvará", como procedimento autônomo e não contencioso, insere-se na competência da Justiça Estadual.

As diferenças salariais depositadas em favor de servidor falecido seguem a mesma regra de competência, por ausência de interesse processual da entidade a que ele pertencia.

Se, no entanto, como no presente caso a União Federal opõe resistência ao pedido, salvo em longo parcelamento em 7 anos, compete à Justiça Federal solucionar a pendência (CC nº 5.905-CE, Rel. Min. Hélio Pinheiro, CC nº 5.906-CE, Rel. Min. Costa Lima).

Entendo que a r. sentença bem dirimiu a matéria posta em juízo - fls 24:

“08. Na hipótese dos autos, a requerente comprovou que era dependente de João Pereira da Silva, encontrando-se devidamente habilitada nessa condição perante o Ministério da Marinha, ente a quem estava vinculado o servidor falecido. Importante registrar que a própria União Federal concordou com o pedido de liberação. Ademais, a documentação acostada à inicial notícia que a requerente é beneficiária da pensão deixada por morte do mencionado servidor.

09. Portanto, é perfeitamente cabível a liberação da importância referente à diferença de 28,86% (vinte e oito virgula oitenta e seis por cento) através de alvará judicial, independente de inventário, devendo-se concordar com o parecer ministerial, porquanto a liberação, por meio de alvará, da importância creditada em favor do servidor, está expressamente prevista no art. 1º da Lei nº 6.858/80.

10. Com relação ao pleito formulado pela União, no sentido de ser observada a disposição contida no art. 6º da Medida Provisória nº 1.962-20/99, indefiro o requerido, por ser aplicável unicamente nas hipóteses em que os servidores firmam acordo com a União, o que não corresponde à situação presente”.

Com a mesma fundamentação, nego provimento à apelação.

É como voto.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 237.730-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

Apelantes: BAPTISTA DA SILVA – PARTICIPAÇÕES E PROJETOS S/A E OUTROS E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Advogados: DRS. TÚLIO DE CARVALHO MARROQUIM E OUTROS E MÁRCIA BATISTA BEZERRA DE MENEZES E OUTROS

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS A TÍTULO DE REMUNERAÇÃO DE ADMINISTRADORES E AUTÔNOMOS, EM DECORRÊNCIA DO ART. 3º, INCISO I, DA LEI 7.787/89, E ART. 22 DA LEI 8.212/91.**

*- Declarou o Egrégio STF a inconstitucionalidade da contribuição social sobre a remuneração de autônomos e administradores (Lei nº 7.787/89, art. 3º, I, e Lei nº 8.212/91, art. 22, I).*

*- É possível a compensação de valores recolhidos indevidamente, a título da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração de administradores e autônomos, com parcelas de outros tributos da mesma espécie (parte patronal), devidas ao INSS, ao teor do art. 66 da Lei nº 8.383/91.*

*- A contribuição previdenciária não é tributo que por sua natureza comporte transferência do encargo financeiro, como estabelece o art. 166 do Código Tributário Nacional, para obstar a restituição do indevido, por isso que não incide a regra disposta no art. 89, § 1º, da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95.*



- *Os valores compensáveis até a data das publicações das Leis nºs 9.032/95 e 9.129/95 estão resguardados dos limites percentuais fixados (art. 89, § 3º), enquanto que os créditos remanescentes, cujos débitos venceram-se posteriormente, sujeitam-se àquelas limitações.*
- *Apelação da parte autora provida.*
- *Apelação do INSS improvida.*
- *Remessa oficial parcialmente provida.*

## 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 maioria, dar provimento à apelação da parte autora, negar provimento à apelação do INSS e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 11 de setembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA: Cuidam-se de apelações contra sentença que julgou procedentes os pedidos da parte autora, para determinar a restituição dos valores recolhidos indevidamente a título de remuneração de administradores e autônomos, em decorrência do art. 3º da Lei nº 7.787/89, no período de janeiro/92 a agosto/94, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado, reconhecendo, ainda, o direito da parte autora compensar estes valores com parcelas que deva de contribuições previdenciárias sobre a folha de salários de seus empregados.

Em sua apelação, a parte autora alega que o juiz *a quo* só analisou o seu pedido para autorizá-la a compensar os valores recolhidos indevidamente, no período de janeiro/92 a agosto/94, referentes a contribuição previdenciária sobre remuneração de autônomos e administradores, com débitos previdenciários eventualmente existentes junto ao INSS, objeto ou não de parcelamento, corrigidos monetariamente na forma prevista no art. 66 e §§ da Lei nº 8.383/91, e/ou, igualmente, a restituição destes valores, restando prejudicado o pedido de declaração de inexigibilidade das contribuições previdenciárias cobradas pelo INSS, sobre a remuneração paga, a qualquer título, a administradores e autônomos, com fulcro no art. 3º, I, e § 2º, da Lei nº 7.787/89, e no art. 22, I, e § 1º, da Lei nº 8.212/91, e deixando de analisar a condenação da requerida para devolver os valores recolhidos a este título desde setembro/89 até dezembro/91, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros, ocasião em que ensejou a oposição de embargos de declaração para suprir esta omissão, restando o Julgador novamente silente quanto a este pedido.

Aduziu, ainda, que na sentença o Juiz condenou a parte sucumbente em honorários advocatícios sobre o valor da causa, ao invés do valor da condenação, como dispõe o art. 20, § 3º ou § 4º, do CPC, requerendo, alfim, a reforma da sentença nestes particulares.

O INSS, irrisignado, alega em sua apelação, em síntese, que a parte deverá demonstrar o não repasse do encargo financeiro para o custo do bem ou serviço posto à disposição da sociedade, ser incompatível a aplicação de juros de mora na compensação ou na repetição de indébito de tributos recolhidos indevidamente, mas, sendo estes mantidos, que sejam fixados em 0,5% ao mês, a partir do trânsito em julgado.

Contra-razões apresentadas pelo INSS.

Duplo grau obrigatório.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO RO-

BERTO DE OLIVEIRA LIMA (Relator): O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou, em liminar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.102/DF e no Recurso Extraordinário nº 166.772-9/RS, declarando a inconstitucionalidade da expressão “autônomos e administradores”, contida no art. 3º, I, da Lei nº 7.787, de 30.06.89. Foi declarada a inexistência da cobrança impugnada, eximindo a empresa impetrante do recolhimento daquela contribuição, em face da inconstitucionalidade da legislação questionada, o mesmo ocorrendo em relação ao disposto no inciso I, do art. 22, da Lei nº 8.212/91.

Pelo entendimento adotado pela Suprema Corte não é legítima a cobrança de contribuição previdenciária sobre a remuneração paga a administradores e autônomos, porquanto ditos não recebem salários, nem comparecem à folha de pagamento.

Por pertinente, transcrevo o entendimento do Pretório Excelso que deve vincular as demais instâncias, em prol da unidade do Direito.

“EMENTA: Recurso extraordinário. Contribuição social. Folha de salários. Constituição, art.195, I. Lei 7.787/1989, art. 3º, I. Retribuição paga a avulsos.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 166.772-9RS, a 12.05.1994, declarou a inconstitucionalidade das expressões ‘autônomos e administradores’ constantes do inciso I do art. 3º da Lei nº 7.787/1989.

3. Pelos mesmos fundamentos, não cabe incidir a contribuição social prevista no dispositivo aludido, quanto à retribuição paga a ‘avulsos’.

4. Não se compreendem no art. 195, I, da Constituição, quando se refere a ‘folha de salários’, as retribuições pagas aos que *stricto sensu*, relativamente aos ‘empregadores’, previstos na norma constitucional. Distinção entre as fontes de custeio da seguridade social dos incisos I e II do art. 195 da Constituição. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

No que pertine à repercussão do encargo financeiro, com-

preendo que a contribuição previdenciária não é tributo que por sua natureza comporte transferência do encargo financeiro, como estabelece o art. 166 do Código Tributário Nacional, para obstar a restituição do indevido, por isso que não incide a regra disposta no art. 89, § 1º, da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95.

Somente são passíveis daquela restrição as espécies tributárias em que o ônus recaia, efetivamente, sobre o contribuinte de fato, cabendo ao contribuinte de direito apenas o recolhimento do valor que é embutido no preço da mercadoria ou serviço.

Nesse sentido, já pacificou o entendimento a egrégia Primeira Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento que assentou compreensão uniformizadora assim ementada:

“Tributário. Contribuição previdenciária. Art. 3º, I, da Lei nº 7.787/89, e art. 22, I, da Lei nº 8.212/91. Autônomos, empregadores e avulsos. Compensação. Transferência de encargo financeiro. Art. 166 do CTN. Leis nºs 8.212/91, 9.032/954 e 9.129/95.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em sede de embargos de divergência, pacificou o entendimento para acolher a tese de que o art. 66 da Lei nº 8.383/91, em sua interpretação sistêmica, autoriza ao contribuinte efetuar, via autolancamento, compensação de tributos pagos cuja exigência foi indevida ou inconstitucional.

2. Tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro são somente aqueles em relação aos quais a própria lei estabeleça dita transferência.

3. 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 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, aludida transferência.

4. Na verdade, o art. 166 do CTN contém referência bem clara ao fato de que deve haver pelo intérprete sempre, em casos de repetição de indébito, identificação se o tributo, por sua natureza, comporta a transferência do respectivo encargo financeiro para terceiro ou não, quando a lei, expressamente, não determina que o pagamento da exação é feita por terceiro, como é o caso do ICMS e do IPI. A prova a ser exigida na primeira situação deve ser aquela do poder tributante. Nos casos em que a lei expressamente determina que o terceiro assumiu o encargo, necessidade há, de modo absoluto, que esse terceiro conceda autorização para a repetição de indébito.

5. A contribuição previdenciária examinada é de natureza direta. Apresenta-se com essa característica porque a sua exigência se concentra, unicamente, na pessoa de quem a recolhe, no caso, uma empresa que assume a condição de contribuinte de fato e de direito. A primeira condição é assumida porque arca com o ônus financeiro imposto pelo tributo; a segunda, caracteriza-se porque é a responsável pelo cumprimento de todas as obrigações, quer as principais, quer as acessórias.

6. Em conseqüência, o fenômeno da substituição legal no cumprimento da obrigação, do contribuinte de fato pelo contribuinte de direito, não ocorre na exigência do pagamento das contribuições previdenciárias quanto à parte da responsabilidade das empresas.

7. A repetição do indébito e a compensação da contribuição questionada podem ser assim deferidas, sem a exigência da repercussão.

8. Embargos de divergência rejeitados”.

(REsp nº 168.469-SP, Rel. p/ acórdão Min. José Delgado – julg. em 10.11.1999).

Este Tribunal já se posicionou para assegurar ao contribuinte o direito à compensação de valores pagos indevidamente, a título de contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração paga aos administradores e autônomos, com parcelas de outros tributos da mesma espécie, sobre a folha de pagamento dos salários dos empregados, devidas ao INSS, evidenciando-se a possibilidade de sua compensação, a teor do art. 66 da Lei nº 8.383/91:

“Art. 66 - Nos casos de pagamento indevido, de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou revisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento da 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 corrigido 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 inclusão dos valores das contribuições dos empregados por ocasião do pagamento dos salários, tenho por inviável, pois a lei atribui à empresa a capacidade jurídica de intermediadora entre os empregados e a Autarquia Previdenciária. A Lei nº 8.212/91, em seu art. 30, I, a, dispõe:

“Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguin-

tes normas:

I - a empresa é obrigada a:

a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração”.

A própria empresa está obrigada a reter na fonte, ou seja, na hora do pagamento dos salários dos empregados e remunerações a trabalhadores avulsos, autônomos e administradores, as contribuições previdenciárias, ficando muito mais fácil a cobrança daqueles valores por parte do órgão previdenciário.

A empresa é apenas o meio pelo qual o INSS se utiliza para receber as contribuições previdenciárias dos trabalhadores no Brasil. Foi a forma mais lógica e prática que o legislador encontrou para evitar a sonegação, bem como facilitar a fiscalização. Imaginem como estaria inviabilizada a fiscalização se tivesse de ser realizada sobre cada trabalhador brasileiro.

Vê-se, portanto, que estas importâncias, retidas antecipadamente, não pertencem à empresa, não tendo porque utilizá-las na compensação.

A contribuição sobre a folha de pagamento que a empresa poderá compensar é aquela devida pela autora, a qual, com os seus próprios recursos, recolhe aos cofres da Autarquia Previdenciária.

No tocante às limitações para compensação, introduzidas pelas Leis nºs 9.032/95 e 9.129/95, deverá ser observado que os valores compensáveis até a data das publicações destas leis estão resguardados daqueles limites percentuais (art. 89, § 3º, da Lei nº 8.212/91), no entanto, os créditos remanescentes, cujos débitos venceram-se posteriormente, sujeitam-se àquelas limitações. Trago à colação ementas que espelham este posicionamento:

“Tributário. Compensação. Transferência do encargo financeiro. Artigo 89 da Lei nº 8.212, de 1991, na redação que lhe deu a Lei nº 9.032, de 1995.

A Lei aplicável, em matéria de compensação, é aquela vigente na data do encontro de créditos.

tos e débitos e, por isso, a partir da respectiva publicação, a restrição nela imposta incide e é eficaz; considerando que a sentença é proferida com efeitos a partir da propositura da ação, isso se reflete em relação às demandas ajuizadas antes da Lei nº 9.032, de 1995, do seguinte modo: a) todos os valores compensáveis até a data da respectiva publicação estão a salvo da exigência da prova da não repercussão, bem assim da limitação; b) os créditos remanescentes que, para o efeito da compensação, dependam de débitos a vencer posteriormente, estão sujeitos aos ditames do artigo 89 da Lei nº 8.212, de 1991, na redação que lhe deu a Lei nº 9.032, de 1995. Recurso especial conhecido e provido, em parte”.

(REsp186544/PR, Min. Ari Pargendler, 2ª Turma do STJ, julg. 06.09.99).

“Tributário. Contribuição previdenciária. Art. 3º, I, da Lei nº 7.787/89, e art. 22, I, da Lei nº 8.212/91, autônomos, empregadores e avulsos. Compensação. Prescrição. Decadência. Termo inicial do prazo. Impossibilidade de limitação. Transferência de encargo financeiro. Art. 166 do CTN. Leis nºs 8.212/91, 9.032/95 e 9.129/95.

- *Omissis*.

- Acórdão que reconheceu o direito do contribuinte de compensar os tributos pretendidos sem as limitações contidas nas Leis nºs 9.032/95 e 9.129/95.

- *Omissis*.

- Tais limites, portanto, não podem atingir uma situação consolidada do contribuinte à compensação, visto que os recolhimentos indevidos foram realizados antes da vigência das leis limitadoras. Aplica-se, conseqüentemente, o art. 66 da Lei nº 8.383/91, por ser a legislação vigente à época dos recolhimentos indevidos.



- Recurso improvido".  
(REsp 233671/SC, Rel. Min. José Delgado, 1ª  
Turma do STJ, julg. 07.12.99).

Conforme entendimento assente na jurisprudência pátria, a atualização da dívida deverá incluir os índices expurgados pelo Governo Federal, obedecendo ao seguinte: ao índice de 42,72 % para o mês de janeiro/89, ao índice de 10,14% para o mês de fevereiro/89, aos índices do IPC até fevereiro de 1991, ao INPC de março de 1991 a dezembro de 1991 e à UFIR, a partir de janeiro de 1992 até dezembro de 1995.

A fim de corroborar o posicionamento acima indicado, transcrevo aresto do colendo Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, *in verbis*:

"Tributário. Contribuição para o Finsocial (Lei nº 7.689/88). Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, LC 70/91). Compensação (Lei 8.383/91): possibilidade. Prescrição. Inocorrência. Correção monetária – IPC/INPC e UFIR – Inclusão. Recurso especial não conhecido.

I – Os valores recolhidos a título de contribuição para o Finsocial, cuja exação foi considerada inconstitucional pelo STF (RE 150.764-1), são compensáveis diretamente pelo contribuinte com aqueles devidos à conta de Cofins, no âmbito do lançamento por homologação. Precedente: REsp 78.301-BA, Rel. Ministro Ari Pargendler, 1ª Seção, julgado em 11/12/96.

II – No lançamento por homologação, a prescrição do direito de pleitear sua restituição se dá após o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, a partir da homologação tácita.

III – Na correção monetária dos valores compensáveis, deve ser aplicado, no mês de janeiro/1989, o índice de 42,72 %; no período de março/1990 a janeiro/1991, o IPC, e, a partir de janeiro/1992, a UFIR.

IV – Recurso não conhecido."

(Recurso Especial 139668-5/97 – Rio Grande do Sul – 2ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, *DJU* de 04.05.98).

A partir de janeiro de 1996, aplicar-se-á a taxa SELIC, prevista no art. 39, § 4º, da Lei Federal nº 9.250/95, que, segundo entendimento já pacificado pela Primeira Seção do egrégio Superior Tribunal de Justiça, possui caráter compensatório. Assim ficou ementado o entendimento acima indicado, *in verbis*:

“Tributário e Financeiro. Cofins. Finsocial. Compensação. Juros. Lei 9.250/95 (art. 39, § 4º). Natureza jurídica. Incidência.

- **Os juros previstos no art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, têm caráter compensatório.** Eles incidem na compensação de tributos indevidos, recolhidos em consequência de lançamento por homologação.

Negar a incidência de juros na compensação é tratar pejorativamente o contribuinte que confiou na presunção de constitucionalidade. É que o contribuinte desconfiado, que se negou em recolher o tributo, manteve seu patrimônio indene, ao contrário, quem efetiva o autolancamento, sofre evidente prejuízo”.

(Embargos de Divergência no REsp nº 162.914-PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Seção, *DJU* de 04.09.2000 – grifo nosso).

Impende ressaltar, nessa senda, que, no Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, o valor apurado possui natureza dúplice de juros nominais e fator de correção monetária, o que afasta a incidência de qualquer outro índice de reajustamento anteriormente aplicável, quando da utilização da referida taxa.

É o que se denota do teor do voto condutor do referido aresto do colendo STJ (ERESP n.º 162.914-PR), *in verbis*:

“Nesse contexto, comporta mencionar que o valor apurado no Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC corresponde, de um lado, aos **juros nominais** e, de outro, à **taxa**

**de inflação** no período considerado. Quanto à sua aplicação, desde logo, significa que, se contados os juros moratórios usuais ou comuns e aplicados os índices de correção monetária, não pode incidir, assim, evitando-se o **bis in idem** ou **idem per idem**.

Todavia, excluídos os referenciados juros e atualização usual, compreendo que o **SELIC** não encontra óbice. A uma, porque, em contrário, os valores ficariam sem correção, direito albergado pela jurisprudência correntia. A duas, porque a valia numerária indevidamente recolhida e compensável, deve ser solvida desde a data do recolhimento indevido. É o procedimento na restituição do indébito, do qual a 'compensação' é solução por via oblíqua.

(...)

*Enfim, quem recebe mal ou o indevido deve suportar os ônus financeiros decorrentes da equivocada relação jurídico-tributária, à qual deu causa. A **SELIC** incide a contar da sua vigência, enquanto que os juros e correção monetária até aquela data. (Grifos no original)".*

Assim, em homenagem ao entendimento da Corte Superior acima exposto, concluo pela aplicação, a partir de janeiro de 1996, unicamente da taxa SELIC, vez que a correção monetária já se encontra considerada nos cálculos fixadores da citada taxa. A utilização de outros fatores de reajustamento, portanto, corresponderia a um *bis in idem* se aplicado em concomitância com a mesma.

Relativamente à aplicação dos juros moratórios, entendo-os cabíveis na forma suplicada pela parte autora – taxa de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito em julgado da decisão que determina a restituição (art. 167, c/c 161, § 1º, do CTN) –, vez que os juros de mora são devidos pelo atraso culposo no cumprimento da obrigação.

No tocante aos honorários advocatícios, deverá ser observado o mandamento do art. 20, § 3º, do CPC, que dispõe incidir os honorários advocatícios sobre o valor da condenação.

A sentença objeto do presente recurso não foi terminativa, hipótese em que a verba honorária incidiria sobre o valor da causa, mas sim condenatória, motivando a incidência daquela verba sobre o valor da condenação. Idem se a hipótese prevista fosse consubstanciada no art. 20, § 4º, do CPC, a sua fixação seria sobre o valor da condenação (STJ-RTJE 103/186;STJ-1ª Turma, REsp12.888-0-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 16.12.92).

Com estas razões, dou provimento à apelação da parte autora para autorizar a restituição dos valores pagos indevidamente a título de remuneração de administradores e autônomos em decorrência do art. 3º, I, § 2º, da Lei nº 7.787/89 e art. 22, I e § 1º, da Lei nº 8.212/91, recolhidos entre setembro/1989 e dezembro/1991, acrescidos de correção monetária desde o desembolso e juros de mora de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado e determinar que os honorários advocatícios sejam de 10% incidindo sobre o valor da condenação. Nego provimento à apelação do INSS e dou parcial provimento à remessa oficial para restringir a compensação autorizada apenas às contribuições previdenciárias devidas, exclusivamente pela parte patronal, ao INSS, e para que na compensação, referente ao período de janeiro/1992 a agosto/1994, seja observado que os valores compensáveis até a data das publicações das Leis nºs 9.032/95 e 9.129/95 estejam resguardados dos limites percentuais fixados (art. 89, § 3º, da Lei nº 8.212/91), enquanto que os créditos remanescentes, cujos débitos venceram-se posteriormente, sujeitem-se àquelas limitações, ressalvando-se, por óbvio, o direito de a autoridade administrativa fiscalizar, lançar e cobrar eventuais diferenças no lançamento.

É como voto.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 240.050-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Apelante: LENIRA FRANCISCO RÉGIS DO NASCIMENTO  
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Advogados: DRS. LEVY PEREIRA DE ARAÚJO (APTE.) E ULISSES JOSÉ DE ALBUQUERQUE COUTELO (APDO.)

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. IRRELEVÂNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ART. 102 DA LEI DE BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. VIGENTE À ÉPOCA DO ÓBITO DO INSTITUIDOR.**

*- Nos termos do art. 102 da CLPS, com a redação vigente à época do óbito do instituidor da pensão, é irrelevante a perda da qualidade de segurado para a concessão do benefício, desde que satisfeitos os demais requisitos legais.*

*- Hipótese em que o falecido contribuiu por mais de 290 meses para os cofres da Previdência Social, fazendo jus, a sua viúva, ao benefício postulado.*

*- Apelação parcialmente provida.*

### ACÓRDÃO

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

Recife, 23 de outubro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL  
DE FARIA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA: Trata-se de apelação interposta por Lenira Francisco Régis do Nascimento contra sentença que julgou improcedente o pedido formulado na inicial, ao argumento de que a pensão por morte restou inviabilizada, em função da perda da qualidade de segurado do falecido esposo da promovente.

Nas razões do seu apelo, a suplicante sustenta que a perda da condição de segurado não obsta a concessão da pensão por morte.

Contra-razões apresentadas.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator): A pretensão da parte apelante é dirigida no sentido de compelir o INSS a pagar o benefício denominado Pensão por Morte, não tendo tido guarida no primeiro grau de jurisdição, em face da perda da qualidade de segurado do Sr. Antônio Vicente do Nascimento, seu esposo falecido.

De logo, constato que a decisão monocrática merece censura.

A questão há de ser analisada à luz da Lei 8.213/91, vigente à época do óbito do segurado, que, em seu art. 74, assim previa:

"Art. 74 - A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data do óbito ou da decisão judicial, no caso de

morte presumida”.

Referido dispositivo não mais exige qualquer carência para a concessão do benefício postulado, sendo irrelevante a perda ou não da qualidade de segurado da previdência, desde que atendidos os requisitos legais, nos exatos termos do art. 102 da lei de regência, vigente na data do falecimento do instituidor da pensão.

Ademais, ainda que se aplique a exigência do § 2º do art. 102 da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97, a apelante continua a fazer jus ao benefício (art. 25, II, Lei 8.213/91), tendo em vista que o seu cônjuge contribuiu por mais de 290 meses para a Previdência Social, consoante documentação acostada às fls. 11/20.

A propósito, vale ressaltar os seguintes precedentes do Colendo STJ:

“Previdenciário. Recurso especial. Aposentadoria por idade - perda da qualidade - arts. 32 e 98 da CLPS/84 (Dec. 89.312/84).

- A perda da qualidade de segurada não implica em perecimento do direito ao benefício de aposentadoria por idade, desde que comprovado o adimplemento das condições legais exigidas.

- Recurso conhecido e provido”.

(REsp nº 177.190/SP, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 28.08.2000).

“Previdenciário. Pensão por morte. Perda da qualidade de segurado do *de cuius*. Inexistência.

- O segurado que deixa de contribuir por um período superior a 12 (doze) meses para a Previdência Social, perde a sua condição de segurado. No entanto, para efeito de concessão de pensão, desde que preenchidos todos os requisitos legais, faz jus ao benefício, por força do artigo 102 da Lei 8.213/91.

- Precedentes.

- Recurso conhecido e provido”.

(REsp nº 182.410/SP, Rel. Min. Hamilton Car-

valhido, DJ 05.06.2000).

Isto posto, dou parcial provimento à apelação, condenando o INSS à concessão da pensão por morte à demandante a partir do ajuizamento da ação, bem como ao pagamento das parcelas vencidas acrescidas de correção monetária, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, e juros de mora de 1% ao mês, estes a contar da citação válida.

Condeno, ainda, o apelado ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 248.983-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E UNIÃO  
Apelado: ANTONIO TAVARES PEDROSA  
Advogados: DRS. JOSÉ ARAÚJO FILHO E OUTROS (APTE.) E ANTONIO FERNANDES DE OLIVEIRA (APDO.)

***EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. ANISTIADO. ATO DE EXCEÇÃO. APOSENTADORIA. SENTENÇA EXTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. ADCT, ART. 8º, § 1º E § 5º. LEI 8.213/91, ART. 150. DECRETO 2.172/97, ARTIGOS 118 e 125.***

***- Restando comprovado que a sentença apreciou o conteúdo dos pedidos do autor, impossível falar-se em decisão extra petita.***

***- Comprovada a condição de anistiado do recorrido, tendo sido o mesmo retirado do quadro por meio de ato de exceção, sua aposentadoria coaduna-se com o disposto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, artigo 8º, § 1º e § 5º.***



- Para aferição do valor devido a título de tal benefício, há de ser observado o artigo 150 e parágrafo único da Lei nº 8.213/91, *in verbis*: “Art. 150. Os segurados da Previdência Social, anistiados pela Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, ou pela emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, ou ainda pelo art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal terão direito à aposentadoria em regime excepcional, observado o disposto no Regulamento.

*Parágrafo único. O segurado anistiado já aposentado por invalidez, por tempo de serviço ou por idade, bem como seus dependentes em gozo de pensão por morte, podem requerer a revisão do seu benefício para transformação em aposentadoria excepcional ou pensão por morte de anistiado, se mais vantajosa”.*

- O Decreto nº 2.172/97, por meio de seus artigos 118 e 125, assegurou para o aposentado anistiado a garantia às promoções, ao cargo, emprego ou posto a que teria direito se estivesse em serviço ativo, obedecidas as características e peculiaridades da carreira a que pertencia, bem como, no caso de entidade ou empresa inexistente, ou cujo plano de carreira seja desconhecido, o último salário percebido pelo segurado no emprego ocupado à época da destituição por ato de exceção, institucional ou complementar, atualizado até o mês anterior ao do início do benefício.

- *Apelações e remessa oficial improvidas.*

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as aci-

ma indicadas, decide a Terceira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas consantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 18 de outubro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA -  
Relator

### RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA: O INSS - Instituto Nacional do Seguro Social e a União interpuseram apelações contra sentença concessiva de aposentadoria excepcional de anistiado em relação ao ora apelado, em sede de ação declaratória, proferida pelo MM. Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, ressaltando-se a remessa oficial interposta.

O primeiro recorrente alegou não restar provada a condição de anistiado do apelado, não havendo preenchimento dos requisitos expostos no artigo 8º, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Magna em vigor, inclusive pelo fato de o autor não ter sofrido perseguições políticas, pleiteando a reforma da sentença vergastada.

Em suas razões de apelação, a União, representando a CEFET/PB, frisou que a decisão vergastada extrapolou o pedido formulado pela parte autora, tratando-se de sentença *extra petita*, com desrespeito ao disposto nos artigos 293 e 460 do CPC.

Aduziu, ainda, a impossibilidade de concessão de aposentadoria em valor superior ao limite máximo do salário de contribuição, haja vista o disposto no artigo 33 da Lei 8.213/91, inexistindo pleito em tal sentido, bem como em relação à aplicação de indexadores de correção monetária não pretendidos, conforme concedido pelo juízo *a quo*.

No mérito, reportou-se aos argumentos levantados pelo INSS.

O apelado pretendeu priorizar o feito, haja vista sua idade superior a 65 anos, consoante dispõe a Lei nº 10.173/2001, pedido acatado nos termos legais (fls. 138).

É o que havia de importante para relatar.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

### PRELIMINARMENTE

#### DA ALEGAÇÃO DE SENTENÇA *EXTRA PETITA*

A União ressaltou que a sentença foi proferida fora dos limites da sentença, tratando-se de caso de decisão *extra petita*, por não haver consubstanciação legal que autorize a concessão de aposentadoria em valor superior ao limite máximo do salário de contribuição, com a exceção da aposentadoria por invalidez, nos termos da Lei 8.213/91, ressaltando que o recorrido não formulou o montante do benefício com tal base. Também frisou existir decisão extrapoladora dos pedidos do apelado em relação à correção monetária deferida pelo juízo *a quo*.

Urge, por hora, conceituar tal instituto conforme lições do mestre Humberto Theodoro Júnior :

*"A sentença extra petita incide em nulidade porque soluciona causa diversa da que foi proposta através do pedido. E há julgamento fora do pedido tanto quando o juiz defere uma prestação diferente da que lhe foi postulada, como quando defere a prestação pedida mas com base em fundamento jurídico não invocado como causa do pedido na propositura da ação. Quer isto dizer que não é lícito ao julgador alterar o pedido, nem tampouco a causa petendi".* (Theodoro Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Editora Forense, 1998. Volume I. 25ª edição. p. 516).

A petição inicial do ora apelado consolida-se nos termos seguintes (fls. 09):

“Ante todo o exposto, o autor requer respeitosamente que V. Exa. se digne de:

a) declarar, com fulcro no art. 8º do ADCT, a concessão da anistia ao autor, desde 05 de outubro de 1988, assim como a existência de relação jurídica que obriga o INSS a conceder a aposentadoria ao autor, seja por tempo de serviço (art. 52 da Lei 8.213/91), ou excepcional (art. 150 da Lei 8.213/91), facultando ao mesmo tempo a opção pelo benefício mais vantajoso;

b) condenar a União Federal no pagamento de indenização correspondente à remuneração a que faria jus o autor, de 1988 até a concessão da aposentadoria ora pleiteada, computadas as promoções, gratificações etc., tudo a ser apurado em liquidação, adotando-se como referência o paradigma apontado; tudo, acrescido da verba honorária de seu patrono;

c) citar a União Federal e o INSS, nas pessoas de seus representantes legais, para, querendo, contestarem a presente ação, sob pena de revelia, e, após ouvido o douto representante do MPF, seja julgada a presente ação, nos termos do pedido”.

Feitas tais considerações, faz-se mister transcrever o teor da sentença vergastada, comparando-se o seu dispositivo com os pleitos supracitados :

“Isto posto, julgo procedente, em parte, o pedido para declarar a existência de relação jurídica entre o requerente e os réus, considerando o requerente anistiado nos termos do art. 8º do ADCT, §§ 1º e 5º, bem como para condenar o INSS e a União na concessão de aposentadoria excepcional de anistiado do requerente, com o valor mensal do benefício tendo por base o salário com todas as promoções a

que teria direito se estivesse em serviço ativo no cargo de médico, não estando subordinado ao valor-teto (art. 33 da Lei 8.213/91), podendo utilizar-se de paradigma (o salário de outro servidor que se tenha mantido no cargo de médico até 05.10.88), em face do caráter excepcional da demanda. (Grifo nosso).

Condeno os réus, ainda, no pagamento das diferenças, a contar de 05.10.88, apuradas em liquidação, com atualização monetária devida (Súmulas 43 e 148/STJ), incluídos os seguintes indexadores: IPC's de jan./89 – 42, 72%; fev./89 – 10,14%; mar./90 – 84,32%; abr/90 – 44,80% e fev./91 – 21,87%; e juros de mora de 6% (seis por cento), a contar da citação (Súmula 204/STJ), descontadas as quantias porventura recebidas pelo requerente em outra aposentadoria do Regime Geral da Previdência Social, em caso de opção pelo benefício mais vantajoso (art. 150, parágrafo único, da Lei 8.213/91)".

*Prima facie*, não resta comprovado nenhum excesso na sentença guerreada, de modo a configurar-se a mesma na categoria de decisão *extra petita*.

A extrapolação na decisão vergastada consistiria, conforme afirmação da União, na fixação de valor superior ao teto máximo do salário de contribuição, ferindo-se o disposto no artigo 33 da Lei nº 8.213/91. O apelado pleiteou a condenação em valores a que faria jus desde 1988, com as respectivas remunerações e gratificações a que teria direito, adotando-se um paradigma apontado. Ocorre que a sentença, conforme o conteúdo supracitado e grifado, concedeu expressamente o pleito pretendido, inclusive com fulcro na legislação pertinente ao pedido explícito.

Em relação ao salário superior ao teto máximo e à consequente ofensa ao artigo 33 da Lei 8.213/91, tal legislação refere-se aos planos de Benefícios da Previdência Social em geral, ressaltando-se que a aposentadoria do anistiado é regulada pelo artigo 150 da lei mencionada, matéria a ser analisada no mérito

recursal. Portanto, não há, por hora que se falar em sentença *extra petita* quanto a tal fato.

Já a assertiva da impossibilidade da inclusão dos indexadores monetários, é sabido que os mesmos referem-se apenas à atualização do valor, não sendo necessário pedido expresso, conforme se depreende da norma processual civil mencionada adiante:

“Art. 293. Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais”.

Vale destacar o seguinte tópico do voto do Ministro Barros Monteiro, do STJ, no REsp nº 1.124/SP:

*“É sabido que a atualização monetária não amplia a dívida; tão-só obsta que se a diminua em face da corrosão da moeda por força do fenómeno inflacionário. Já teve oportunidade de assentar a Suprema Corte que ela ‘não remunera o capital, apenas assegura a sua identidade do tempo’”* (RTJ 94/806; Rev. dos Tribunais 537/144).

Ante o exposto, impossível acatar dita preliminar, restando infundada a assertiva de ser a decisão vergastada *extra petita*.

## DO MÉRITO

A sentença guerreada inseriu a posição do ora apelado no artigo 8º, § 1º e 5º, urgindo transcrevê-los :

“Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obe-

decidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

§ 1º O disposto neste artigo somente gerará efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo.

(...)

§ 5º A anistia concedida nos termos deste artigo aplica-se aos servidores públicos civis e aos empregados em todos os níveis de governo ou em suas fundações, empresas públicas ou empresas mistas sob controle estatal, exceto nos Ministérios Militares, que tenham sido punidos ou demitidos por atividades profissionais interrompidas em virtude de decisão de seus trabalhadores, bem como em decorrência do Decreto-lei nº 1.632, de 4 de agosto de 1978, ou por motivos exclusivamente políticos, assegurada a readmissão dos que foram atingidos a partir de 1979, observado o disposto no §1º.”

Feitas tais alusões, resta constatar se a situação do recorrido coaduna-se com o disposto na norma supracitada.

De um análise dos autos, comprova-se que o apelado manteve vínculo com o Serviço de Assistência Médica Domiciliar de Urgência – SAMDU, Instituição de Previdência Social e de personalidade de direito público, no cargo de médico, tendo sido admitido em 15 de setembro de 1962, conforme demonstra anotação em sua CTPS (fls. 12) e contrato de locação (fls. 82).

Acrescente-se o fato de o recorrente ter respondido pela Chefia do Posto de Guarabira a partir de 04.02.93 (Ordem de Serviço nº 22 – fls. 85).

Em 25 de fevereiro de 1964, houve designação de Antônio Tavares Pedrosa para exercício na função de confiança de Chefe de Posto tipo “C”, FC-5, no posto de Guarabira, consoante o disposto na Portaria nº 378/64 (fls. 84).

Por fim, foi o apelado afastado por ato de exceção, com fulcro no Decreto de 06.10.1964 (fls. 86), legislação publicada no *Diário Oficial* em 07 de outubro de 1964 (fls. 15).

O cerne de dito afastamento foi o ato de exceção externado pelo Ato Institucional nº 01, de 09 de abril de 1964, nos termos do artigo 7º, § 1º, de dita legislação, o qual se transcreve:

“Art. 7º. Ficam suspensas, por 6 (seis meses), as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade.

§ 1º Mediante investigação sumária, no prazo fixado neste artigo, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos ou dispensados, ou ainda, com vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, mediante atos do Comando Supremo da Revolução até a posse do Presidente da República e, depois da sua posse, por decreto presidencial ou, em se tratando de servidores estaduais, por decreto do governo do Estado, desde que tenham tentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública, sem prejuízo das sanções penais a que estejam sujeitos”.

Inconteste o fato de o apelado enquadrar-se na condição do artigo mencionado e respectivos parágrafos, afastando-se de seu cargo por ato de exceção em 15 de setembro de 1962. Ora, estando o recorrido em atividade no cargo do qual foi sumariamente arreadado, estaria com mais de vinte e seis anos de serviço público, ou seja, prazo suficiente para a aposentadoria especial de médico, tratando-se de atividade insalubre, consoante o disposto no artigo 35 do Decreto nº 89.312/84.

Frise-se que ambas as apelantes alegaram a inadequação do ora apelado ao esposado no § 2º do artigo 8º do ADCT, *in verbis* :

“§ 2º. Ficam assegurados os benefícios estabelecidos neste artigo aos trabalhadores do



setor privado, dirigentes sindicais que, por motivos exclusivamente políticos, tenham sido punidos, demitidos ou compelidos ao afastamento das atividades remuneradas que exerciam, bem como aos que foram impedidos de exercer atividades profissionais em virtude de pressões ostensivas ou expedientes oficiais sigilosos. (Grifo nosso).

De fato, como bem sustentam os apelantes, a situação do recorrido não se configura com o prescrito pelo § 2º, art 8º, do ADCT. Entretanto, tal parágrafo representa regra acrescentadora ao *caput* de dita norma, isto é, não se trata de hipótese obrigatória para o cumprimento da norma como um todo, sendo apenas uma de suas hipóteses de cabimento.

A situação do recorrido enquadra-se em tipo especial de aposentadoria, regulado pela Lei nº 8.213/91, em seu artigo 150, *in verbis*:

“Art. 150. Os segurados da Previdência Social, anistiados pela Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, ou pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, ou ainda pelo art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, terão direito à aposentadoria em regime excepcional, observado o disposto no Regulamento. Parágrafo único. O segurado anistiado já aposentado por invalidez, por tempo de serviço ou por idade, bem como seus dependentes em gozo de pensão por morte, podem requerer a revisão do seu benefício para transformação em aposentadoria excepcional ou pensão por morte de anistiado, se mais vantajosa”.

Vale ressaltar, ainda, que os valores da aposentadoria de anistiado, consoante o disposto no artigo 118 e 125 do Decreto nº 2.172/97, calculam-se nos seguintes termos :

“Art. 118. Os segurados de que trata esta Seção terão garantidas as promoções, para fins de aposentadoria, ao cargo, emprego ou posto a que teriam direito se estivessem em servi-

ção ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade e respeitadas as características e peculiaridades das carreiras a que pertenciam.

(...)

Art. 125. O valor da aposentadoria excepcional terá por base o salário do cargo, emprego ou posto garantido ao segurado conforme previsto no art. 118 e, no caso de entidade ou empresa inexistente, ou cujo plano de carreira seja desconhecido, o último salário percebido pelo segurado no emprego ocupado à época da destituição por ato de exceção, institucional ou complementar, atualizado até o mês anterior ao do início do benefício, não estando subordinado ao limite máximo previsto no art. 33”.

Tecidas tais considerações, nota-se que o autor comprovou seu afastamento por ato de exceção, corroborando o fato constitutivo do seu direito, ressaltando-se, ainda, que, desde a tramitação da ação originária, os apelantes não colacionaram aos autos quaisquer documentos justificadores do motivo para o afastamento do recorrido.

Há de ser transcrito, ainda, teor da decisão vergastada : *“Se, porventura, o requerente (segurado anistiado) já for aposentado por invalidez, tempo de serviço ou por idade, pelo Regime Geral da Previdência Social, poderá optar pela aposentadoria mais vantajosa. Nesse caso, receberá somente o valor que ultrapassar a aposentadoria previdenciária que recebe, ou seja, as diferenças serão compensadas com os valores já pagos em outra aposentadoria”* (fls. 111).

Diante do exposto, nego provimento às apelações e à remessa oficial, mantendo *in totum* a sentença guerreada.

É como voto.

## APELAÇÃO CÍVEL Nº 258.996-PE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
Apelante: ELANDO MARCOS WANDERLEY FERNANDES LIMA  
Apelada: FAZENDA NACIONAL  
Advogado: DR. GLÁUCIO MANOEL DE LIMA BARBOSA

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. REMESSA DE DIVISAS PARA O EXTERIOR. TRATAMENTO DE SAÚDE. DEPENDENTE. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. PRESCRIÇÃO. INEXISTENTE. FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA. RESTITUIÇÃO. DIREITO. ARTIGO 165, INCISO I, DO CTN.**

*- A remessa de divisas para tratamento de saúde de dependente menor no exterior, onde a Previdência Social Brasileira não possuía condições de atendimento satisfatório, não configura o fato gerador do imposto de renda, uma vez que não concretiza a hipótese de aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica da renda, entendida como produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos.*

*- Apelação provida.*

### ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 18 de outubro de 2001 (data do julgamento).

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI: Elando Marcos Wanderley Fernandes Lima propôs ação ordinária de repetição de indébito contra a União Federal, objetivando o ressarcimento dos valores recolhidos a título de imposto de renda pessoa física retido na fonte, cobrado quando da remessa de numerário ao exterior para fins de cobertura de tratamento de saúde de seu dependente.

O MM. Juiz *a quo* julgou improcedente a ação, por entender que inexistem elementos nos autos que comprovem os fatos alegados na inicial.

Inconformado, apela o autor, com as razões de fls. 72/82.

Subiram os autos a esta Corte, sendo-me conclusos por distribuição.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora): Inicialmente, quanto à preliminar de decadência, saliento para o disposto no artigo 150, § 4º, do CTN, o qual preceitua que:

“Art. 150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame de autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa;

.....  
§ 4º. Se a lei não fixar a homologação, será ela

de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

Sendo o tributo sujeito à homologação, como no presente caso, não ocorrendo a homologação expressa, o direito de pleitear a restituição só ocorrerá após o transcurso do prazo de 5 anos, contados da data em que se efetivou a homologação tácita.

Ora, como o disposto no inciso I do art. 168 do CTN, o direito de pleitear a restituição do tributo pago indevidamente extingue-se quando decorrido o prazo de cinco anos, contado da data da extinção do crédito tributário, hipóteses dos incisos I e II do art. 165 do CTN.

Em sendo assim, o prazo para o postulante pleitear a restituição do tributo só começa a correr depois que houver a homologação do seu pagamento, pois só a partir daí fica extinto o crédito tributário.

Por outro lado, saliento que o fato gerador do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, instituído pelo art. 153, III, da Carta Magna, é definido no art. 43 do Código Tributário Nacional, nos seguintes termos:

“Art. 43. O imposto de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza assim entendidos os acréscimos não compreendidos no inciso anterior”.

Há de se observar que, no caso em tela, o autor, ao reter os valores para o exterior, não configurou a hipótese de incidência exigida, qual seja, o auferimento de renda, proveniente de capital, do trabalho, ou de proventos. Ao revés, a referida renda era proveniente basicamente de doações feitas por tercei-

ros (fls. 66/67).

O momento da cobrança do imposto de renda foi ou deveria ter sido outro, anteriormente, quando de fato ocorreu o fato gerador do tributo, qual seja, a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda, entendida como produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos.

Por sua vez, quanto à alegação de que inexistem provas nos autos que comprovem os fatos alegados na inicial, destaco que a Fazenda Nacional, em sua contestação, em nenhum momento refutou os fatos alegados na inicial

O MM. Juiz *a quo*, por sua vez, manifestou-se sobre a necessidade de dilação probatória tão-somente em seu *decisum*.

Em seu apelo, o embargante argüi sobre a nulidade da sentença, aduzindo que os termos de sua inicial foram ignorados, prejudicando a defesa de seu direito.

No meu entender, o fato de não ter o Juiz *a quo* permitido a produção da prova pericial, por exemplo, eiva de vício o julgamento, uma vez que se trata de questão que envolve conhecimentos especiais, inclusive aferição da autenticidade da documentação e procedimentos médicos específicos.

É cediço o entendimento de que o Juiz não está obrigado a pronunciar-se na sentença sobre todos os aspectos levantados na inicial, mas, necessariamente, terá que demonstrar seu convencimento. No caso em tela, o Juiz fundamenta sua decisão na ausência de prova inequívoca produzida pelo autor. Entretanto, ao mesmo tempo, nega tacitamente a produção de provas e silencia a respeito da sua necessidade antes da prolação da decisão, julgando extinto o processo com apreciação do mérito.

Entendo que a documentação carreada aos autos atesta que o dependente do autor submeteu-se a tratamento de saúde no exterior, para cura de uma leucemia mielóide aguda (docs. fls. 10 e 62), cujo custo foi suportado pelo genitor, ora apelante.

Destaco, ainda, que o autor não pleiteou o custeamento do tratamento de saúde de seu filho, mas, tão-só, a devolução do imposto de renda indevidamente recolhido, por força de imposição de uma Resolução do BACEN, a qual fundamentou

tal exigência no disposto nos Decretos-leis nºs 1.418/75 e 1.446/76.

Ao seu turno, a Súmula 174 do extinto TFR determina que a partir da vigência do Decreto-lei nº 1.418/75, o imposto de renda incide na fonte sobre a remessa de divisas para o exterior, em pagamento de serviços técnicos, de assistência técnica, administrativa e semelhantes, ali prestados por empresa estrangeira, sem prejuízo das isenções previstas no Decreto-lei nº 1.446/76.

Como vemos, a remessa feita pelo autor em nada coincide com o pagamento pela prestação de **serviços técnicos, de assistência técnica, administrativa e semelhantes**. Mas, sim, pagamento por serviços médicos e hospitalares para tratamento de seu filho, em substituição ao atendimento da Previdência Social Brasileira.

Sobre a peculiaridade de cuidar-se de uma situação de necessidade de tratamento médico no exterior, em que o próprio BACEN adotou posicionamento diferenciado, o E. TRF 3ª Região apreciou a matéria, a exemplo do julgamento do Processo nº 89.03.002331-5, cujo Relator foi o Juiz Freury Pires, com a seguinte ementa:

“Tributário. Encargo financeiro. Resolução nº 1.154, de 23.07.86, do Banco Central do Brasil. Compra de moeda estrangeira para remessa ao exterior em pagamento de tratamento médico.

1. O plenário do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, à unanimidade, declarou a inconstitucionalidade dos encargos financeiros criados pela Resolução nº 1.154/86 do Banco Central do Brasil, considerando indevida a exigência (Arguição de Inconstitucionalidade na AMS nº 2.498-SP, julgada em 09.11.89).

2. Ademais, em se tratando de compra de moeda estrangeira por motivo de doença, ato administrativo superveniente excluiu a cobrança do referido encargo (direx-87/035-bsb do Banco Central do Brasil).

3. Recursos improvidos”.

O E. STJ, por sua vez, já se pronunciou a respeito da questão do que seriam os “serviços técnicos” a que se referem os referidos decretos-leis, a exemplo do julgamento do REsp 51725/SP, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, cuja ementa é a seguinte:

“Tributário. Imposto de renda na fonte. Decretos-leis 1.418/1975 e 1.446/1976. Serviços de fornecimento de notícias artigos analíticos e crônicas assinadas.

I - Não incide o imposto de renda sobre a remessa de divisas para o pagamento de ‘serviços noticiosos’ prestados no exterior por empresa que não opera no Brasil, por não se incluírem no conceito de ‘serviços técnicos e de assistência técnica, administrativa e semelhantes’, a que se refere o art. 6º do Decreto-lei 1.418, de 1975.

II - Recurso especial conhecido e provido”.

Destaco, ainda, que o próprio STF, até mesmo nas questões comerciais ou decorrentes de serviços técnicos, o que não é o caso, entendeu que o imposto de renda não é devido quando a empresa prestadora é estrangeira, segundo o seguinte exemplo:

“Imposto de renda. Não incide sobre a remessa de divisas para o pagamento de serviços produzidos no exterior por empresa que não opera no Brasil.

Recurso extraordinário conhecido e provido”.  
(RE 83939/SP, Relator Ministro Leitão de Abreu).

O código Tributário Nacional, em seu artigo 165, assim dispõe:

“Art. 165 - O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face



da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido”.

Diante do exposto, dou provimento ao apelo, determinando a restituição ao autor dos valores pagos indevidamente. Inversão da sucumbência.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 262.108-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Apelante: SÉRGIO AUGUSTO DE QUEIROZ  
Apelada: UNIÃO FEDERAL  
Advogado: DR. ÍTALO RICARDO AMORIM NUNES (APTE.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. REMOÇÃO. PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 36 DA LEI 8.112/90. PRINCÍPIO DA ISONOMIA,**  
*- Ressalvado o entendimento pessoal do Relator, que atribui ao art. 36, III, a, da Lei nº 8.112/90, interpretação restritiva, em face da supremacia do interesse público sobre o particular, há que ser deferida a remoção do servidor para o domicílio de sua família, garantindo-se, assim, o mesmo tratamento conferido aos Advogados da União.*  
*- A Advocacia da União, em âmbito administrativo, vem imprimindo interpretação extensiva ao art. 36 da Lei nº 8.112/90, de modo a harmonizá-lo com o preceito contido no art. 226, CF.*  
*- Os Procuradores da Fazenda e os Advogados da União integram a Advocacia-Geral da União, sendo inadmissível o tratamento diferenciado entre os integrantes de tais carreiras.*

- *Presentes os requisitos previstos no art. 273, CPC, há que ser deferida a antecipação dos efeitos da tutela.*
- *Apelação provida.*

## 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 maioria, dar provimento à apelação, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 6 de novembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL  
DE FARIA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA: Cuida-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente o pedido de remoção do autor, Procurador da Fazenda Nacional em Recife/PE, para exercer função idêntica no Estado da Paraíba, por não entender configuradas as hipóteses previstas no art. 36, III, da Lei nº 8.112/90.

O apelante alega, em síntese, que o dispositivo legal supracitado deve ser interpretado em harmonia com os arts. 226 e 227 da Constituição Federal, que tratam da proteção à família, esclarecendo, ainda, que o cargo de sua esposa, também servidora pública federal, não é passível de remoção, por pertencer a quadro de pessoal diverso daquele existente nesta Capital. Ao fim, requereu a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional almejada e o provimento da apelação.

Contra-razões apresentadas.

Às fls. 88/90, o recorrente pugnou pela juntada de decisões, que atestam o procedimento adotado pela Advocacia-Geral

da União para solucionar casos análogos ao presente.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator): A matéria devolvida no presente apelo diz respeito à possibilidade de remoção a pedido de servidor público federal para o domicílio de sua família, após dele ter se ausentado a fim de tomar posse no cargo de Procurador da Fazenda Nacional.

O instituto na remoção está disciplinado no art. 36 da Lei nº 8.112/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.527/97, que assim dispõe:

“Art. 36. 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 modalidades de remoção:

(...)

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”.

Na hipótese *sub examine*, o recorrente embasa seu pleito na alínea *a* do dispositivo legal acima transcrito. Não obstante, conforme já tive oportunidade de me pronunciar ao analisar matéria semelhante, em sede de agravo de instrumento, o referido dispositivo deve ser interpretado restritivamente, de forma a não ferir o princípio da primazia do interesse público sobre o particular.

A esposa do suplicante não foi *deslocada no interesse da Administração*, como exige a lei, para dar ensejo à remoção do apelante. Ao contrário, continua laborando na Seção Judiciária da Paraíba, desde sua posse, ocorrida em abril de 1993. O suplicante, por outro lado, ao prestar concurso para o cargo que ora ocupa, estava ciente da possibilidade de vir a ser lotado em local diverso de sua residência, uma vez que a Procuradoria da Fazenda Nacional possui quadro de pessoal único em toda a federação.

Ademais, se o apelante teve sua lotação em Pernambuco e não em outro local de sua preferência, tal fato decerto ocorreu em razão deste Estado necessitar de servidores para que a qualidade, ou até mesmo a continuidade do serviço público não fossem afetadas, sendo importante observar, ainda, que a proteção que a Constituição Federal confere à família não pode ser aplicada de forma absoluta, mas em harmonia com os demais preceitos constitucionais, mormente aqueles referentes à supremacia do interesse público e demais princípios que norteiam a Administração Pública.

Embora sejam esses, em síntese, os argumentos que lastreavam o entendimento por mim já esposado, não posso deixar de admitir que os documentos carreados aos autos pelo apelante, às fls. 91/100, emprestam ao caso em debate uma conotação diferente.

De fato, ali restou demonstrado que a Advocacia da União, em sede administrativa, vem emprestando interpretação extensiva ao art. 36 da Lei nº 8.112/90, conforme se depreende da Nota nº AGU//WN-4/2000, da lavra do Consultor da União Wilson Teles de Macedo, sendo válido destacar o seguinte trecho:

"8. Outrossim, a Lei nº 8.112, no art. 36, disciplina a remoção e, no *caput* do próprio art. 84,

faculta o deferimento de licença por motivo de afastamento do cônjuge, com abrangência deveras considerável e o propósito, à evidência, de sobrelevar o princípio constitucional da unidade da família.

9. O alcance da regulamentação dessa temática, embora restrito, de maneira explícita, ao **deslocamento** do cônjuge ou companheiro, impressiona o intérprete a ponto de concluir que o legislador apenas não previu a hipótese de lotação e exercício em localidade diversa daquela em que o servidor tem domicílio, ditados pela nomeação em virtude de habilitação em concurso público. Houvesse atinado com caso tal, por certo o teria contemplado, a fim de proteger a família, assegurar o direito à convivência familiar e proporcionar aos pais melhores condições de assistência, criação e educação dos filhos, em observância ao disposto nos arts. 226, 227 e 229 da Carta". (Grifo original - fls. 93).

Ressalte-se, ainda, que no processo onde foi proferido o parecer supracitado, restou deferido o pedido de lotação provisória de pessoa que sequer havia tomado posse, para que esta se desse no local de sua residência, em homenagem ao disposto no art. 226, *caput*, CF (fls. 95).

Em tal hipótese, o instituto da lotação provisória em tudo se assemelha à remoção, pois, se fora deferida a lotação da servidora em determinada localidade, em face de ali residir seu cônjuge, enquanto perdurar essa situação, estará mantida a referida lotação. Assim, embora o documento de fls. 95 faça alusão ao art. 84, § 2º, da Lei 8.112/90, na prática alcançou a mesma finalidade da remoção (art. 36 da mesma lei).

Às fls. 96/99 foram anexados alguns atos do Advogado-Geral da União, concedendo exercício provisório a diversos advogados, em locais diferentes daqueles para os quais haviam sido lotados, onde se invocou o dispositivo constitucional acima mencionado.

Ora, nos termos do art. 2º, § 5º, da LC nº 73/93, são membros da Advocacia-Geral da União, dentre outros, os Advogados da União e os Procuradores da Fazenda Nacional. Dessa forma, o tratamento diferenciado aos integrantes de uma ou outra carreira consiste em inaceitável violação ao princípio da isonomia.

Ademais, resta insubsistente o argumento de que a lotação do servidor em determinado ente federativo deve-se ao interesse público, o qual se sobrepõe ao particular, se a própria Administração vem mitigando a prevalência desse interesse público em face da proteção constitucional à família.

Assim sendo, e ressaltando meu ponto de vista acerca da matéria, entendo que, de forma excepcional, o pleito do demandante deve ser atendido, de forma a se garantir tratamento igual ao conferido aos Advogados da União.

No tocante ao pedido de antecipação dos efeitos da tutela, o art. 273 do CPC estabelece como requisitos: 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.

*In casu*, conforme fundamentação desenvolvida acima, restou demonstrada a existência de prova inequívoca e a verossimilhança das alegações. Do mesmo modo, uma vez conferida ao art. 36 da Lei nº 8.112/90 uma interpretação extensiva, harmonizando-o com o preceito contido no art. 226, CF, o risco de lesão irreparável é inegável, haja vista encontrar-se o apelante privado do convívio familiar, impossibilitado, portanto, de auxiliar o desenvolvimento de seus filhos em tenra idade.

O fato de o feito encontrar-se em julgamento em segunda instância e de eventual recurso especial ou extraordinário não possuir efeito suspensivo, não exclui a possibilidade de dano provocado por possível demora na efetivação da tutela jurisdicional, pois, além daqueles, as leis processuais estabelecem outros recursos e procedimentos que podem embaraçar a rápida conclusão da controvérsia.

Com essas considerações, dou provimento à apelação, condenando a União Federal a efetuar a remoção do apelante

para a Procuradoria da Fazenda Nacional na Paraíba, em João Pessoa/PB, antecipando, desde logo, os efeitos da tutela jurisdicional. Inversão do ônus da sucumbência.

Oficie-se ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional para imediato cumprimento da presente decisão.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.967-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO  
Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E CID OLIVETTI JÚNIOR  
Apelados: OS MESMOS  
Advogado: DR. JOSÉ CORDEIRO DOS SANTOS FILHO

***EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. CARACTERIZAÇÃO. COMPRIMIDOS DE METANFETAMINA ADQUIRIDOS NA HOLANDA. LEI 6.368/76, ART. 12, C/C ART. 18, INC. I. REMESSA PELOS CORREIOS. INTERCEPTAÇÃO. CRIME CONSUMADO. REGIME PRISIONAL. PROGRESSÃO. INADMISSIBILIDADE. CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA EM REGIME FECHADO. LEI 8.072/90.***

***- O crime de tráfico internacional de substâncias entorpecentes resta caracterizado quando a droga, que foi adquirida na Holanda, foi interceptada na agência dos Correios no Rio Grande do Norte, após o seu ingresso no território nacional.***

***- Impossibilidade da progressão de regime prisional, se o delito imputado foi praticado sob a égide da Lei 8.072/90, que estatui que a pena respectiva será cumprida integralmente em regime fechado.***

***- Apelação do Ministério Público Federal pro-***

*vida.*

*- Apelação do réu improvida.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal 1967/RN, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Juízes da Quarta Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação do Ministério Público e negar provimento à apelação do condenado, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, na forma da lei.

Recife, 15 de maio de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA  
FILHO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Trata-se de apelação criminal interposta pelo douto Ministério Público contra Cid Olivetti Júnior, conhecido como Júnior Paulista, apontado como incurso nas penas capituladas no art. 12 combinado com o art. 18, inciso 1, ambos da Lei 6.368/76, com redação dada pela Lei 8.072 / 90, ou seja, tráfico internacional de entorpecentes.

2. De acordo com a denúncia, o acusado obteve um lote de 938 (novecentos e trinta e oito) comprimidos derivados de *Metanfetamina*, popularmente conhecida como *ecstasy*, substância psicotrópica, poderoso estimulante do sistema nervoso central, catalogada dentre as que causam dependência física e/ou psíquica, segundo o Laudo 39.937 do Instituto Nacional de Criminalística.

3. Os comprimidos tidos como entorpecentes foram despachados da Holanda para o Brasil, depois de entendimento



travado por telefone entre o acusado e pessoas residentes na Holanda, havendo entrado em território nacional pelos correios. Ressalte-se que só não foram retirados pelo apelante por faltar a identificação do remetente, a data de validade e o nome do medicamento, formalidades exigidas pelo Ministério da Saúde referentes à liberação de mercadoria oriunda do exterior sujeita à vigilância sanitária. Como o interessado não cumpriu as exigências, resolveu a empresa enviar a mala postal para o Serviço de Vigilância Sanitária.

4. Dirigiu-se, então, o denunciado ao Serviço de Vigilância Sanitária, alegando que os ditos comprimidos eram AZT, destinavam-se ao tratamento de um parente seu que tinha AIDS. Não foi atendido na sua tentativa de liberar a mercadoria, uma vez que não tinha cumprido as exigências determinadas.

5. Passados alguns dias, compareceu outro cidadão fardado de carteiro da EBCT, tentando a liberação da mercadoria. Mais uma vez foi informado da necessidade da apresentação de documentos capazes de atender às exigências do Ministério da Saúde. No final da tarde, retorna o carteiro, tentando mais uma vez a liberação dos comprimidos.

6. Diante das inúteis tentativas para liberação da mercadoria sem cumprimento das formalidades legais, foi então a mala postal enviada para a Delegacia de Repressão a Entorpecentes, onde foi constatado que a mercadoria em apreço tinha conteúdo de substância entorpecente.

7. Foi instaurado inquérito policial para apurar e esclarecer o envolvimento de Cid Olivetti Júnior no fato de terem sido remetidos da Holanda mais de 900 comprimidos de *Metarqkamina* endereçados a ele. A autoridade policial solicitou a decretação da prisão preventiva do acusado, antes mesmo do oferecimento da denúncia, haja vista terem sido presos por tráfico de drogas, alguns elementos que citaram a participação de Cid Olivetti no feito. A solicitação foi atendida e decretada a prisão do acusado.

8. Durante o interrogatório, na instrução policial, o acusado, perante a autoridade policial, confessou que conhecia as pessoas de nome Rubam e Ricard, ambos de nacionalidade holandesa, e que foram esses estrangeiros que remeteram a mercadoria por via postal para ele. Reconhece, ainda, a subs-

tância retida pela Vigilância Sanitária, conhecida como *ecstasy*, como sendo a mercadoria remetida pelos correios para ele, pelos citados estrangeiros. Em Juízo, o acusado se retratou, negando tudo o que afirmara no interrogatório policial.

9. O douto Juízo *a quo*, baseado na denúncia e nas declarações das testemunhas, condenou o réu pelo prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes, aplicando a pena-base em 10 (dez) anos de reclusão, aumentando-a em consequência de o tráfico ter conexão internacional, de acordo com o art. 18, inciso I, do citado diploma legal, perfazendo um total de 15 (quinze) anos de reclusão, a ser cumprido, inicialmente, no regime fechado. Condenou, ainda, no pagamento de multa, fixado em 300 (trezentos) dias-multa.

10. No que tange às razões recursais e no parecer, o Ministério Público Federal pleiteia a reforma da sentença proferida pelo douto Juiz *a quo*, para que o cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao réu seja integralmente no regime fechado, nos termos do art. 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/90, e pelo improvimento do recurso do réu, mantendo-se a sentença a ele aplicada.

11. Em sede de razões recursais, apela o condenado, pleiteando a modificação da sentença monocrática com a finalidade de desclassificar o delito em que fora apenado da forma consumada para a tentada, como prevê o art. 14, inciso II, do Código Penal, para que seja aplicada ao apelante uma pena justa e que se preste a sua ressocialização. Caso assim não entenda essa Corte de Justiça, que seja a pena reduzida.

12. É o que havia de relevante para relatar.

13. É o relatório. Ao eminente Revisor.

## VOTO

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

1. O Ministério Público interpôs recurso de apelação, pugnando pela reforma da sentença monocrática, no que pertine, somente, ao regime de cumprimento da pena. Pleiteia o *Parquet* a modificação do regime de cumprimento da pena estipulado

pela sentença ora atacada, de inicialmente fechado para integralmente fechado, até final.

2. Cumpre observar que o crime de tráfico internacional de entorpecentes imputado ao réu é assemelhado a crime hediondo, devendo, portanto, a pena cominada ao caso em apreço ser cumprida integralmente em regime fechado. Essa ilação decorre do fato do crime em tela estar insculpido no art. 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/90, que determina:

“Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insusceptíveis de:

I – anistia, graça e indulto;

II – fiança e liberdade provisória.

Parágrafo 1º - A pena prevista neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”.

3. *In casu*, assiste razão ao douto Ministério Público, quando pleiteia a modificação da sentença *a quo* para fazer incidir na condenação o preceito prescrito na lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90), ou seja, que a pena imputada ao condenado seja cumprida integralmente no regime fechado.

4. Cabe trazer à colação decisões dos Tribunais Pátrios no sentido do integral cumprimento da pena em regime fechado para os condenados pelo crime de tráfico internacional de entorpecentes:

“Tendo sido o delito de tráfico de entorpecentes praticado durante a vigência da Lei 8.072/90, correto o acórdão impugnado, ao acolher o recurso do Ministério Público e aplicar o regime integralmente fechado previsto no art. 2º, parágrafo 1º, cuja constitucionalidade já foi reconhecida pelo Plenário do STF”.

(STF, HC 72.214-8, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 17.05.96, p. 16.322).

“Os condenados pela prática de crimes hediondos e os a estes assemelhados (tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo) deverão cumprir integralmente a pena em regime fechado”.

(STJ, REsp 62.008, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 22.04.96, p. 12.593).

5. Superada, então, a alegação suscitada pelo douto Ministério Público, de que a pena imposta ao réu deve ser cumprida integralmente em regime fechado, impõe-se analisar as outras questões levantadas na presente apelação criminal pelo próprio condenado.

6. O réu, em suas razões recursais, inconformado com a decisão que o condenou a 15 anos de reclusão, pugna pela modificação da sentença, alegando que o fato descrito na denúncia *não se consumou* e ter sido a pena aplicada exasperada, fugindo à nova técnica penal, devendo partir do mínimo legal.

7. Analisando o argumento defendido pelo acusado de que o crime em apreço *não se consumou*, devendo, portanto, ser julgado na forma tentada, tal pleito não deve prosperar, haja vista que o crime se consumou com a entrada da mercadoria alienígena no território nacional.

8. Tanto os agentes que enviaram a droga da Holanda para o Brasil por via postal, quanto o destinatário da mesma, ou seja, Cid Olivetti, praticaram o crime de tráfico internacional de entorpecentes na sua forma consumada, uma vez que houve a efetiva internação da mercadoria em território nacional.

9. Destarte, o crime praticado pelo acusado, tráfico internacional de entorpecentes, *caracterizou-se na sua forma consumada*, uma vez que a mercadoria entrou no território nacional, depois dos diversos contatos telefônicos travados entre o réu e os holandeses, pois, como já anteriormente dito, *o momento consumativo do crime é a chegada da mercadoria no território nacional, sendo desnecessário o seu transporte ao local a que era destinada ou mesmo a sua comercialização*.

10. Indispensável, a esse respeito, transcrever decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que preceitua:

“Configura o delito do art. 12 da Lei Antitóxicos, na forma consumada, adquirir, por intermediação de outra pessoa, à qual se forneceu dinheiro para o negócio escuso, substância entorpecente, que, remetida pelo correio, veio a ser interceptada por ação policial. Quem de qualquer modo concorre para o crime, incide nas mesmas penas a este cominadas. Materi-

alidade e autoria comprovadas, caracteriza o tráfico internacional se a droga adquirida na Bolívia foi apreendida na agência dos Correios em Corumbá, destinada ao Estado de São Paulo”.

(ACR Processo 89.03.030241-9 - SP, Rel. Juiz José Kalás, *DOE*, 29.06.92, p. 102).

11. Ressalto que a pena fixada pelo Juízo de origem achase na conformidade dos motivos narrados.

12. Diante dos argumentos expendidos, dou provimento à apelação do Ministério Público, *no sentido de ordenar que a pena imposta seja cumprida integralmente no regime fechado e nego provimento à apelação do acusado.*

13. É como voto, Presidente.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.237**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS  
Apelante: IVO DE BARROS PORTO  
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA  
Advogado: DRS. PAULO FERNANDO DE ALBUQUERQUE E OUTRO (APTE.)

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. REVOGAÇÃO DE MANDATO. CONCUSSÃO. CONTINUIDADE DELITIVA.**

*- É de se conhecer da 2ª apelação interposta pelo acusado, desde que restou provado que a revogação do mandato foi anterior à apresentação da 1ª apelação.*

*- Pratica o delito de concussão o servidor público que, valendo-se do cargo, exige vantagem indevida.*

*- É incabível a aplicação das penas cominadas ao crime continuado quando as provas se fundam apenas no inquérito policial.*

*- Apelação, em parte, provida.*

## ACÓRDÃO

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

Recife, 22 de maio de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS: O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Ivo de Barros Porto como incurso nas penas do art. 316, c/c arts. 69 e 70 do CPB, conforme os fatos a seguir narrados:

“Segundo consta do procedimento investigatório referenciado, o denunciado Ivo de Barros Porto, no período de junho de 1984 a junho de 1989, quando atuou como representante do Instituto Nacional de Previdência Social no Município de Palmares/PE, por força de contrato cujo termo encontra-se às fls. 140, exigiu vantagem indevida de diversos titulares de benefícios previdenciários, para entregar a estes os carnês de pagamento dos respectivos benefícios.

No dia 05 de abril de 1988, Ivo de Barros Porto, após declarar seguidas vezes às beneficiárias Luzinete Maria da Silva e Maria José da Conceição que não haviam chegado os carnês para pagamento dos seus benefícios previdenciários, concordou em entregar a estas os carnês de pagamento referentes a dois meses de benefícios mediante a exigência da importância

de Cz\$ 600,00 (seiscentos cruzados), retendo ainda os carnês referentes a um terceiro mês. Após receberem na agência bancária os valores referentes a dois meses dos seus benefícios previdenciários, as titulares Luzinete Maria da Silva e Maria José da Conceição retornaram ao local de trabalho do denunciado Ivo de Barros Porto e efetuaram a este, cada uma, o pagamento da importância de Cz\$ 200,00 (duzentos cruzados), fato que foi presenciado pelo servidor da autarquia previdenciária Adilson Antônio de Oliveira Ferreira.

O denunciado Ivo de Barros Porto, em razão da função de representante da Previdência Social em Palmares/PE, exigiu também do Sr. José Luiz da Silva a vantagem indevida de quatro mil cruzeiros para providenciar a aposentadoria deste, embora já lhe tivesse deferido o benefício de aposentadoria por invalidez". (Fls. 03/04).

O MM. Juiz Francisco Cavalcanti, à época na 5ª Vara-PE, julgou procedente a denúncia, condenando o acusado Ivo de Barros Porto nas penas do art. 316, c/c art. 71 do CPB, à pena de 6 anos de reclusão, em regime aberto, e 30 dias-multa, à base de ½ salário mínimo por dia.

Irresignado, o acusado, através da sua advogada dativa, ofereceu recurso, pleiteando, em preliminar, a nulidade da sentença, em razão de não ter sido analisada a defesa do acusado; e, no mérito, pela reforma da sentença, por inexistência de provas.

Apresentação de nova apelação pelo acusado, desta vez através de advogados constituídos, conforme se verifica da petição de fls. 308 dos autos. Alega o apelante, em preliminar, a ocorrência da prescrição retroativa e a nulidade da sentença, por falta de apreciação da defesa apresentada pelo acusado; e, no mérito, pugna pela reforma da sentença, por ausência de provas, ao mesmo tempo em que pleiteia a descaracterização do crime continuado.

Contra-razões apresentadas, argüindo, em preliminar,

impossibilidade de conhecimento das razões da 2ª apelação, ao tempo em que pleiteia a rejeição das preliminares de prescrição e de nulidade da sentença, e, no mérito, pela manutenção do *decisum*.

Parecer ofertado perante esta instância, às fls. 336/346, pela rejeição das preliminares argüidas na apelação e contra-razões, e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

É o relatório. À revisão.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS (Relator): Antes de analisar a apelação interposta pelo acusado, observo a preliminar argüida nas contra-razões, referente à impossibilidade de conhecimento das razões interpostas na 2ª apelação.

O Juiz *a quo*, às fls. 212, nomeou defensora dativa para funcionar no processo. Verifico que a advogada nomeada ofereceu recurso de apelação em 07.05.99, sob a petição nº 37.334.

Ocorre, todavia, que, no mesmo dia 07.05.99, o acusado peticionou revogando os poderes conferidos à advogada dativa, nomeando outro de sua confiança,

É de se observar que a petição em comento teve como número de registro 37.306, ou seja, foi registrada anteriormente ao recurso interposto pela advogada dativa, razão por que entendendo que a primeira apelação não pode ser considerada, já que apresentada por quem não possuía poderes.

É de se aplicar o estabelecido no art. 263 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

“Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se caso tenha habilitação”.

Rejeito, pois, a preliminar argüida pelo Ministério Público em suas contra-razões.

Passo, agora, à análise das preliminares suscitadas na



apelação interposta pelo acusado.

Alega o apelante a ocorrência da prescrição retroativa.

Tenho, contudo, que não assiste razão ao apelante. É que, com a prolação da sentença condenatória, conta-se o prazo prescricional da pena aplicada. No caso em exame, a pena aplicada foi de 6 anos de reclusão.

O acusado atuou como representante da Previdência Social no período de junho/84 a junho/89, período esse que deve ser considerado como do fato delituoso. Mesmo considerando como fato delituoso a data de 05.04.88, conforme mencionado na denúncia, tenho que não se operou o prazo prescricional, já que, entre essa data e o recebimento da denúncia, em 16.01.95 (fls.174), e entre esse e a prolação da sentença, em 26.03.91 (fls. 291/295), não decorreram 12 anos, prazo estabelecido pelo art. 109, III, do CPB, para os crimes com pena máxima de 8 anos.

Rejeito, pois, a preliminar.

Quanto à preliminar de nulidade da sentença por falta de apreciação da defesa apresentada pelo acusado, tenho que também não merece guarida.

Ao prolatar a sentença, o Juiz *a quo* analisou a questão referente à ausência de provas que ensejasse a condenação, conforme se verifica do trecho da decisão, que passo a transcrever:

“... Verifica-se do exame dos autos, vários expedientes de segurados se insurgindo contra a conduta do acusado no sentido de exigir vantagens pecuniárias em seu favor, para obtenção pelo segurado de benefício previsto em lei. (...)

A prova é robusta no sentido de que o acusado, entre junho/84 e junho/89, valendo-se da condição de Chefe da Representação Previdenciária na cidade de Palmares, aproveitou-se dessa condição para exigir dos segurados humildes vantagens financeiras, como indevido requisito para a liberação dos carnês necessários ao gozo de benefícios previdenciários”. (Fls. 293/294).

Rejeito, pois, a preliminar.

Passo ao estudo do mérito da apelação.

O acusado foi condenado nas penas do art. 316, que estabelece, *in verbis*:

"Art. 316. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida.

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa".

O delito em questão diz respeito à exigência de vantagem pecuniária por parte do representante do INSS em Palmares para entrega de carnês de benefícios ou outras atividades ligadas ao autor.

Apesar do acusado negar, tanto na fase policial como em juízo, que tenha recebido quaisquer vantagens dos beneficiários, é de se observar o que foi dito à autoridade policial pelos beneficiários do INSS.

Luzinete Maria da Silva, ao prestar depoimento na Polícia Federal, afirmou:

"Que a depoente confirma o conteúdo do depoimento prestado no dia 05.04.1988 na Agência do INPS desta cidade, perante os funcionários Adilson Antônio de Oliveira Ferreira e Manoel Bernardo da Silva, nestes autos, às fls. 13 e 14; ... que, certa feita, foi informada pelo Sr. Lau que o *carnet* havia chegado com os atrasados e que deveria apanhá-lo com o Sr. Ivo, que era, na época, o Agente do FUNRURAL; que, desde a primeira vez que tinha para receber o *carnet* do INPS, o Sr. Ivo pedia dinheiro à depoente, fazendo do mesmo modo em relação aos demais segurados, informando que um grande número de pessoas aceitava dar o dinheiro pedido pelo Sr. Ivo, para poder receber o *carnet*, para não ter de voltar outras vezes a esta cidade; que a depoente sempre presenciou as pessoas entregarem dinheiro diretamente ao Sr. Ivo pela janela do Posto. do FUN-

RURAL, e outras davam ao Sr. Ivo galinha, milho, feijão, inhame etc., para não ter de voltar novamente..." (Fls. 57 e v).

A beneficiária Maria José da Conceição confirma a exigência do Sr. Ivo de Barros Porto, ao afirmar, perante a autoridade policial, que:

"... que sofreu muito nas mãos do Sr. Ivo que tomava conta do FUNRURAL há uns tempos atrás, uma vez que o mesmo pedia dinheiro aos pobres coitados para poder entregar os camês; que se lembra também que uma vez teve de dormir nesta cidade, na casa da patroa da filha de Luzinete, juntamente com a mesma, para poder no dia seguinte ver se conseguia o seu *carnet*, porque o Sr. Ivo queria um dinheiro alto das duas porque as prestações estavam atrasadas..." (Fls. 58).

O auditor do INSS, Adilson Antônio de Oliveira Ferreira, na fase policial, esclareceu que:

"O depoente no mês de abril do ano de 1988, encontrava-se na cidade de Palmares/PE, realizando inspeção no INPS, tanto na área rural como urbana, recordando-se que em uma manhã, quando se aproximava do prédio onde funcionava a representação do FUNRURAL, viu duas senhoras que saíam da respectiva sede do FUNRURAL, comentando que, para receber um dinheiro atrasado, teriam que pagar um dinheiro; que, em razão dessa conversa, o depoente abordou as duas senhoras, as quais confirmaram que o então representante do FUNRURAL, Sr. Ivo, havia solicitado a quantia de seiscentos cruzeiros para liberação dos atrasados; que o depoente solicitou à Sra. Luzinete que fosse até o banco, recebesse o dinheiro e, no retorno, fosse até o FUNRURAL para entregar o dinheiro ao Sr. Ivo, uma vez que o depoente iria estar nas proximidades para dar um flagrante no referido senhor; que houve um

pequeno desencontro, fazendo com que a Sra. Luzinete e sua acompanhante, Sra. Maria José da Conceição, chegassem primeiro até o Sr. Ivo, porém, o depoente viu sobre a mesa do Sr. Ivo a quantia de seiscentos cruzeiros, e, após repreender o Sr. Ivo, ele devolveu a quantia à Sra. Luzinete, dizendo que a mesma tinha dado aquela quantia de livre e espontânea vontade, o que não é a verdade dos fatos, tanto que, logo em seguida, o depoente tomou por termo o depoimento da Sra. Luzinete Maria da Silva e da Sra. Maria José da Conceição, como se vê às fls. 13 e 14". (Fls. 66 e v).

Em juízo, a testemunha Adilson Antônio de Oliveira Ferreira, confirmando o depoimento prestado na fase policial, afirmou que:

"... o depoente presenciou quando o acusado recebia pagamento das mãos das Sras. Luzinete e Maria José para liberar-lhes o benefício previdenciário a que faziam jus; ocorreu que o depoente chegou ao Posto do INSS em Palmares no momento em que as duas senhoras estavam apresentando reclamação contra o representante Ivo de Barros Porto, que estava exigindo pagamento para liberação dos benefícios, de sorte que o depoente, na sua condição de auditor, orientou as referidas senhoras para retornarem ao escritório do representante e efetuarem o pagamento, enquanto o depoente ouvia do lado de fora, logo junto à porta, tratando-se de um pequeno escritório; logo após perceber que o pagamento estava sendo feito e o representante, aliás, ainda reclamava das beneficiárias porque estavam pagando menos do que ele havia exigido, o depoente adentrou no recanto, fazendo severas críticas ao representante, que logo taxou de desonesto, conduzindo, em seguida, as mesmas se-

nhoras para colheita de seus depoimentos, quando tudo foi confirmado por elas..." (Fls. 263).

O fato do depoimento das beneficiárias ter ocorrido apenas na fase inquisitorial não invalida a prova, já que comprovada pelo depoimento do auditor do INSS, não apenas na polícia, como também em juízo.

Além do mais, existe farta documentação apreendida pelo INSS referente a denúncias de irregularidades na Representação da Previdência Social em Palmares, através de documentos assinados pelos prejudicados ou reduzidas a termo por servidores da Previdência, como também através de denúncia feita através da imprensa escrita.

Resta, assim, configurado o delito de concussão.

Observo, entretanto, que não se pode considerar, no caso em espécie, a continuidade delitiva, já que a outra exigência comprovada ocorreu apenas na fase policial, quando o beneficiário José Luiz da Silva afirma ter o acusado Ivo de Barros Porto exigido pagamento para efetuar sua aposentadoria. (Fls. 62/63).

O Juiz sentenciante, ao aplicar o estabelecido no art. 71 do CPB, ou seja, a continuidade delitiva, o fez baseado em depoimento prestado apenas na Polícia Federal.

A respeito da prova apenas na fase inquisitorial, ensina-nos Júlio Fabbrini Mirabete:

"O inquérito policial tem valor informativo para a instauração da competente ação penal, como instrução provisória, de caráter inquisitivo, que é. Não se pode, por isso, fundamentar uma decisão condenatória apoiada exclusivamente no inquérito policial, o que contraria o princípio constitucional do contraditório... Além disso, os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo". ( *In Código de Processo Penal Interpretado*, Atlas, 3ª ed., p. 37).

Ao que pese a existência de inúmeras denúncias contra

a conduta do acusado referentes ao delito de concussão, entendendo que só restou provada a espécie delituosa em relação às vítimas-beneficiárias Luzinete Maria da Silva e Maria José da Conceição.

Com essas considerações, dou provimento, em parte, à apelação do acusado, para retirar da condenação a pena referente à continuidade delitiva, ao mesmo tempo em que diminuo o valor do dia de multa, permanecendo, entretanto, inalterada a pena do delito de concussão, ou seja, 4 anos de reclusão e 30 dias-multa, à base de 1/4 do salário mínimo por dia.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.367-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Apelante: BENEDITO RICARDO DE GUSMÃO OMENA  
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA  
Advogado: DR. JOÃO OLYMPIO VALENÇA DE MENDONÇA (APTE.)

***EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CARACTERIZAÇÃO. CONFISSÃO E POSTERIOR RETIFICAÇÃO EM JUÍZO. CONJUNTO PROBATÓRIO INCRIMINATÓRIO. REGIME PRISIONAL. DESCAMINHO. TIPIFICAÇÃO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.***

***- Encontrando-se em poder de 204 ampolas de cloreto de etila, submete-se o apelante à aplicação da Lei 6.368/76, visto que a Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, atualizada pela Resolução - RDC nº 98, de 20 de novembro de 2000, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, enquadra o cloreto de etila como psicotrópico.***

***- Havendo confissão perante a autoridade***

*policial e estando o conjunto probatório a incriminar o apelante, a retificação da confissão em juízo não afasta a culpabilidade do réu.*

*- Por expressa determinação legal, a pena de reclusão imposta ao apelante deve ser cumprida integralmente em regime fechado. Redução da pena para o mínimo legal.*

*- A posse de mercadorias de origem alienígena acompanhadas apenas de notas fiscais em branco, caracteriza o crime de descaminho.*

*- Apelação parcialmente provida.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e examinados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar parcial provimento à apelação, reduzindo a pena imposta ao apelante pela prática do delito previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 para 3 anos, mantendo a pena de 1 ano pela prática do delito do art. 334 do Código Penal, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que integram o presente.

Custas como de lei.

Recife, 13 de Março de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES –  
Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES: Cuida-se de recurso de apelação interposto por Benedito Ricardo de Gusmão Omena ante sentença da lavra do MM. Juiz Substituto da 2ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, Dr. Frederico José Pinto de Azevedo, que o condenou pela

prática do crime de tráfico de drogas a 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, mais multa, e, pelo crime de descaminho, a 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto.

Sustenta, em resumo, que deve ser absolvido da acusação do crime de tráfico de drogas, já que não sabia qual o conteúdo das caixas que transportava, inexistindo o elemento subjetivo para a prática do crime, ou seja, o dolo. Sustenta, ainda, existir dissídio jurisprudencial acerca do transporte do cloreto de etila, substância contida nas ampolas de "lança-perfume", havendo entendimento no sentido de se constituir tráfico de drogas e também no sentido de se constituir contrabando, devendo prevalecer, no caso, a interpretação mais favorável ao réu. Argúi também que explicou razoavelmente o motivo de estar de posse de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais e de portar notas fiscais em branco, defendendo sua absolvição em relação ao crime de descaminho.

Pede, ao final, a substituição da pena de reclusão por penas restritivas de direitos, nos termos da Lei nº 9.714/98.

Com contra-razões pela confirmação da sentença, vieram os autos.

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator): As bases que sustentam as razões do recurso ora sob exame fundamentam-se na inexistência de dolo; na existência de dissídio jurisprudencial acerca do transporte do cloreto de etila; na razoável explicação para portar notas fiscais em branco e aparelhos eletrônicos sem documentação legal correspondente e na aplicação das penas restritivas de direitos para o caso concreto.

Encontra-se, às fls. 33/35, o laudo de exame em substância líquida, levado a efeito por peritos criminais da Superintendência Regional da Polícia Federal em Pernambuco, onde se identifica que a substância líquida contida nas ampolas encon-



tradas com o apelante é o cloreto de etila. Alega o apelante que existiria dissídio jurisprudencial a respeito do transporte da substância, devendo ser aplicada a norma penal a ele mais benéfica.

A Portaria 344/98, de 12 de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, atualizada pela Resolução - RDC nº 98, de 20 de novembro de 2000, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, define logo em seu artigo 1º o que vem a ser psicotrópico, nos seguintes termos:

“CAPÍTULO I  
DAS DEFINIÇÕES

‘Art. 1º. Para os efeitos deste Regulamento Técnico e para a sua adequada aplicação são adotadas as seguintes definições:

(...)

Psicotrópico - Substância que pode determinar dependência física ou psíquica’ ”.

A seguir, a mesma norma legal elenca, na sua “LISTA F2”, as substâncias consideradas psicotrópicas na forma exposta a seguir:

“LISTA F2 - SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS  
1. 4-METILAMINOREX (#)-CIS-2-AMINO-4-METIL-5-FENIL-2-OXAZOLINA  
2. BENZOFETAMINA  
3. CATINONA ( (-)-(5)-2-AMINOPROPIOFENONA)  
4. CLORETO DE ETILA  
(...)”

De forma harmônica, a Lei nº 6.368/76, de 21 de outubro de 1976 (dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências), tipifica como crime o transporte de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, na forma abaixo:

“Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar,

de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa”.

Assim, por expressa determinação legal, o cloreto de etila é uma substância que pode determinar dependência física ou psíquica, e o seu transporte, no caso concreto na forma de ampolas do chamado ‘lança-perfume”, é punível na forma da Lei nº 6.368/76.

Nesse sentido é o posicionamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, como se lê dos seguintes julgados:

“Embargos de declaração. Tráfico de drogas. Cloreto de etila. Princípio da reserva legal.

1. Encontrando-se o cloreto de etila listado pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, no seu Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial (Portaria 344, *DOU* de 19.5.1998), como psicotrópico - substância que causa dependência física ou psicológica, está sujeito à incidência da Lei 6.368/76, art. 12 (norma penal em branco de complementação heteróloga). Por conseguinte, não há falar-se em ofensa ao princípio da reserva legal.

2. Embargos rejeitados”.

“*Habeas corpus*. Argumentação deduzida em agravo regimental que se confunde com o próprio mérito da impetração. Agravo prejudicado. Cloreto de etila (lança-perfume). Introdução no território nacional. Crime de tráfico de entorpecentes. Configuração. Portaria nº 344, 19.05.98, da DIMED, do Ministério da Saúde. O cloreto de etila continua sendo classificado como substância vedada pela Lei nº 6.368/76, de igual modo que a cocaína, a heroína e a

*canabis sativa*.

Ordem denegada, prejudicado o agravo regimental”.

“REsp 219637/PR; Recurso Especial [NL] (1999/0054163-4)

Fonte *DJ*; data: 20.11.2000; pg: 00320; Relator(a) Min. Vicente Leal (1103); data da decisão: 17/10/2000; Órgão Julgador: T6 - Sexta Turma.

‘Tráfico de entorpecentes. Cloreto de etila (lança-perfume). Importação. Definição jurídica.

A Egrégia Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça consolidou a tese de que o Cloreto de Etila (lança-perfume) é substância entorpecente por força de Portaria do Ministério da Saúde, configurando o ato de importação desse produto o crime previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76. Ressalvado o ponto de vista do Relator.

Recurso especial conhecido e desprovido’ ”.

A existência do dolo, consistente no conhecimento do apelante de que transportava ‘lança-perfume”, está evidenciada em vários momentos do processo. O apelante confessou perante a autoridade policial que sabia o que transportava (fls. 08), vindo em juízo a retificar a sua confissão, alegando que estava nervoso. Não se apresenta razoável essa alegação, já que o apelante é comerciante há vários anos, pessoa experiente, além de ter sido vereador em sua cidade natal, tudo conduzindo ao entendimento de que, mesmo nervoso, não assinaria uma confissão inverídica, mormente quando afirmou em juízo que não sofrera constrangimentos para apor a sua assinatura no Auto de Prisão em Flagrante. (Fls. 54).

No entanto, testemunhos da acusação e da defesa concorrem para o entendimento de que o apelante realmente sabia o que transportava.

Um dos Policiais Federais que o abordou por ocasião do flagrante testemunhou nos seguintes termos:

*“Quanto às caixas de lança-perfume, inicialmente o ora denunciado negou que as adquirira e depois que foi alertado que a operação foi pre-*

*senciada findou por confessar que de fato comprara mencionadas caixas, com a finalidade de levá-las para uma festa de carnaval na cidade de Maceió”. (Fls. 94).*

Além disso, uma das testemunhas de defesa afirmou textualmente:

*“Que, pelo que soube, as lança-perfumes encontradas em seu veículo seriam utilizadas pelo próprio denunciado e distribuídas entre seus amigos, em prévia carnavalesca a ser realizada em Recife ou em Maceió”. (Fls. 150).*

Assim, o simples fato de negar em juízo que conhecia o conteúdo das caixas que transportava não tem o condão de invalidar as outras provas dos autos. Também nesse sentido se pronunciou a jurisprudência desta Corte. (Apelação Criminal 1947/CE; Relator: Juiz Ubaldo Ataíde Cavalcante; 1ª Turma; julgamento: 10.06.1999; publicação: 03.09.1999; fonte: *DJ*, pág.: 000873; unânime; Apelação Criminal 696/CE; Relator: Juiz Nereu Santos; 2ª Turma; julgamento: 19.10.1993; publicação: 03.12.1993; fonte: *DJ*, pág.: 053045; unânime).

É insubsistente o pedido de substituição da pena de reclusão aplicada ao apelante pela pena restritiva de direitos. É que a Lei nº 8.072, de 15 de julho de 1990, veda, expressamente, essa aplicação nos seguintes termos:

“Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”.

No entanto, verificando a primariedade do réu, entendo que a pena deva ser fixada no mínimo legal, ou seja, 3 anos, a ser cumprida integralmente em regime fechado.

Quanto ao crime de descaminho, não se admite que um comerciante tenha em seu poder duas (02) baterias para telefone celular, de marca Nokia; cinco (05) aparelhos de telefone celular de marca Nokia, acompanhados de baterias e fontes de

energia; treze (13) suportes/pegadores para telefone celular; dois (02) fones de ouvido para telefone celular e dois (02) carregadores para telefone celular, acompanhados apenas de notas fiscais em branco, provenientes de uma empresa "fantasma", e pretenda fugir da tipificação do artigo 334 do Código Penal. É que documentação legal, para os fins do indigitado artigo, não pode ser confundida, muito mais por um comerciante, com notas fiscais em branco.

Por todo o exposto, dou parcial provimento à apelação, apenas para reduzir a pena pelo ilícito do art. 12 da Lei 6.368/76 a 3 (três) anos, a ser cumprida integralmente em regime fechado.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.461-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA  
Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E JUSSARA CORREA DA COSTA LEITE (RÉ PRESA)  
Apelados: OS MESMOS  
Advogado: DR. JUCELINO TAVARES DA ROCHA

***EMENTA: PENAL. ENTORPECENTES. TRÁFICO INTERNACIONAL. ASSOCIAÇÃO. PROVA.***

***- Robusta a prova dos ilícitos previstos nos arts. 12 e 18 da Lei nº 6.368/76, correta a condenação.***

***- Para a configuração do ilícito de que cuida o art. 14 da Lei nº 6.368/76, reclama-se a pluralidade de agentes, posto que não há associação de um único elemento, e, no caso, a denúncia apenas se reporta a um réu, donde a impossibilidade da condenação abranger também o art. 14.***

***- Demais disso, inexistente, na hipótese, prova***

*da participação de terceiros, ainda que não incluídos na denúncia.*

*- Apelações desprovidas. Manutenção da sentença.*

## 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 às apelações, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 2 de outubro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA: Trata-se de apelações criminais interpostas contra a sentença de fls. 125/132, da lavra do MM. Juiz Federal no exercício da 13ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, Dr. Frederico José Pinto de Azevedo, que, julgando precedente, em parte, a denúncia oferecida contra Jussara Correa da Costa Leite, restou por condená-la pela prática do tipo penal de tráfico de entorpecentes, previsto no art. 12, *caput*, com a agravante do art. 18, I, da Lei nº 6.368/76.

Inconformado com a decisão *a quo*, recorre o Ministério Público Federal, pugnando pela reforma da sentença para ampliar a condenação da acusada, incursionando-a também no art. 14 da Lei nº 6.368/76.

A recorrente Jussara Correa da Costa Leite pede a reforma da sentença para absolvê-la da imputação que lhe é feita, alegando, em síntese, que a materialidade não restou comprovada nos autos.

Contra-razões apresentadas (fls. 162/164 e 175/180).

Nesta Corte, após distribuídos, vieram-me os autos conclusos.

Instada a atuar como *custos legis*, a Procuradoria Regional da República ofertou o parecer opinando pelo não provimento do recurso da denunciada e pelo provimento da apelação do Órgão Ministerial.

Seguiram estes autos, nos termos regimentais, ao Exmo. Sr. Desembargador Federal Revisor.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA (Relator): O recurso manifestado pelo Ministério Público Federal prende-se à pretensão de ver a denunciada condenada também pelo ilícito do art. 14 da Lei n.º 6.368/76, irresignado com a sentença que somente a puniu pelas transgressões aos artigos 12 e 18 da mesma lei.

O dispositivo em comento cuida da figura da associação criminosa, espécie peculiar da co-autoria, posto que se perfaz da pluralidade de agentes (co-autoria) somada à organização própria de empreendimentos perenes, ainda que um único ilícito reste cometido.

A figura típica vem assim descrita na norma de regência:

“Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 desta lei”.

(Art. 14 da Lei n.º 6.368/76).

O uso da expressão “associarem-se” denota o elemento agregador que une os agentes no mesmo propósito e sugere organização e método. Daí a inconfundibilidade com a mera co-autoria.

No caso dos autos, restou denunciada apenas a ora apelada. Sequer de pluralidade de agentes cogitou a denúncia. É verdade que em algumas passagens do depoimento da própria

apelada (SEM QUE NENHUM OUTRO ELEMENTO DE CONVICÇÃO REFORCE OU CONFIRME A EXISTÊNCIA DE OUTRAS PESSOAS) esta se refere à participação de terceiros. Não se sabe, contudo, se tais referências foram feitas com o intuito de diminuir sua responsabilidade, eis que as pessoas referenciadas pela acusada são aquelas a quem ela atribui cota mais significativa de participação, ou se tais pessoas efetivamente existiram.

As provas coligidas não confirmam a pluralidade necessária à incidência do art. 14, tanto que o próprio *Parquet*, embora insista na configuração do tipo descrito no art. 14, não se animou a denunciar os demais “associados”. Como justificar a imputação do ilícito à acusada diante da singularidade da condenada? Tratar-se-ia de associação de um só?!!

Penso que andou bem a sentença hostilizada quando afastou a incidência do art. 14 na espécie.

Já o recurso manejado pela defesa é absolutamente impertinente, atingindo as raias de severa contradição interna, na medida em que amontoa alegações desconexas e impossíveis. Traz passagens pueris, como quando aduz que a confissão no inquérito foi obtida através de violência, deslembado de que a confissão restou repetida em juízo. Sustenta a invalidade do auto de prisão em flagrante, mercê das testemunhas que nele intervieram serem policiais, quanto tal circunstância nem induz a invalidade nem a invalidade do flagrante comprometeria, quer a validade quer a correção da sentença.

A análise das provas contidas nos autos autoriza a condenação nos termos em que imposta pela sentença atacada. A apelante restou flagrada depois de cumprir o primeiro trecho de viagem (São Paulo – Recife), cujo prosseguimento a levaria ao exterior (Recife - Lisboa, com conexão para Madrid), levando consigo maleta com fundo falso onde se acondicionava cocaína. Diante deste achado não há outras circunstâncias a pesquisar, posto que configurados os ilícitos de posse e transporte de substância entorpecente, com a especialidade de se destinar ao exterior.

A apelante não nega o conhecimento a respeito do porte, explicando que recebia por sua participação a importância de US\$ 4.000,00 (quatro mil dólares americanos), dinheiro cuja



parte restou também apreendida.

No que respeita à dosimetria da pena, também foi feliz a sentença hostilizada, sendo de se ressaltar neste particular que a apelante é reincidente e se achava em gozo de livramento condicional quando da consumação do delito. Sua periculosidade é demonstrada, seja pelo retorno à delinqüência em pleno período de prova (livramento condicional), seja em função dos ilícitos que perpetra (tráfico internacional de entorpecentes e extorsão mediante seqüestro).

Com estas considerações que alinho à guisa de fundamentação e repisando os fundamentos utilizados na sentença, mantenho-na, negando provimento aos recursos tanto do Ministério Público como da defesa.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.477-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA  
Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA  
Apelados: PAULO CÉSAR OLIVEIRA SOUZA E JOSÉ MARCOS OLIVEIRA SOUZA  
Advogados: DRS. CARLOS AUGUSTO AMÂNCIO MACHADO E OUTRO (APDOS.)

***EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 95, ALÍNEA D, DA LEI Nº 8.212/91. CRIME OMISSIVO PRÓPRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO. PENA MÍNIMA. SURSIS.***

***- A conduta criminosa descrita no art. 95, d, da Lei nº 8.212/91, perfaz-se com o não recolhimento, na época própria, de contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do***

*público.*

*- No crime de apropriação indébita, a natureza é um crime de ação; no crime de que cuida o art. 95 da Lei nº 8.212/91, uma ação não comissiva, uma ação omissiva - deixar.*

*- Suficientemente comprovadas a autoria e a materialidade delituosas e inadmitida a mera alegação de crise financeira generalizada, desacompanhada de qualquer prova ligada ao caso concreto, impõe-se a reforma do decreto absolutório, apenas em relação ao acusado Paulo César, mantendo-se a decisão a quo em relação ao acusado José Marcos, tendo em vista que o mesmo não mais fazia parte da administração da empresa em data anterior ao período do débito narrado na denúncia.*

*- Aplicação da pena mínima, face à primariedade e ausência de maus antecedentes.*

*- Apelação provida.*

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria de votos, dar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 15 de maio de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA  
– Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO

FERREIRA: Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal contra decisão da lavra do MM. Juiz Federal Vladimir Souza Carvalho, da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Sergipe, que, entendendo inexistir prova da existência do fato, restou por absolver o acusado Paulo César Oliveira Souza, nos termos do artigo 386, inciso II, do CPPB, absolvendo, também, o acusado José Marcos de Oliveira Souza, por o mesmo não fazer mais parte da empresa à época do período relativo ao recolhimento não efetuado das contribuições previdenciárias.

Afirma o órgão recorrente que r. sentença de fls. 49/50, em relação ao acusado Paulo César Oliveira Souza, merece ser reformada; que restou provado que o acusado Paulo César, na qualidade de representante legal da empresa Sinal Trabalho Temporário Ltda., deixou de recolher, nas épocas pertinentes, as contribuições previdenciárias descontadas dos seus empregados nos períodos de outubro/1996 a agosto/1997; que o desconto e não recolhimento das aludidas contribuições foram devidamente constatados pelo Fiscal do INSS, através do exame das folhas de pagamento, contratos de prestação de serviços e notas fiscais, conforme se depreende das declarações de fls. 24/25; que, comprovado o desconto e o não recolhimento das contribuições previdenciárias, não é possível afastar a tipicidade da conduta, como fez o ilustre Juiz sentenciante.

No mérito, pugna pelo provimento do recurso, no sentido de ser reformada a sentença *a quo* para condenar o acusado Paulo César Oliveira Souza pela prática do delito previsto no art. 95, alínea *d*, da Lei 8.212/91.

Contra-razões ao recurso de apelação apresentadas às fls. 67/70.

Em seu Parecer (fls. 78/86), o Ministério Público Federal em segunda instância, por sua representante, Dra. Eliane de Albuquerque Oliveira Recena, opina pelo provimento do recurso de apelação da acusação.

Remetam os Autos ao Revisor, Desembargador Federal Lázaro Guimarães, nos termos do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator): Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal contra decisão da lavra do MM. Juiz Federal Vladimir Souza Carvalho, da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Sergipe, que, entendendo inexistir prova da existência do fato, restou por absolver o acusado Paulo César Oliveira Souza, nos termos do artigo 386, inciso II, do CPPB, absolvendo, também, o acusado José Marcos de Oliveira Souza, por o mesmo não fazer mais parte da empresa à época do período relativo ao recolhimento não efetuado das contribuições previdenciárias. Afirma o órgão recorrente que r. sentença de fls. 49/50, em relação ao acusado Paulo César Oliveira Souza, merece ser reformada; que restou provado que o acusado Paulo César, na qualidade de representante legal da empresa "Sinal Trabalho Temporário Ltda,, deixou de recolher, nas épocas pertinentes, as contribuições previdenciárias descontadas dos seus empregados nos períodos de outubro/1996 a agosto/1997; que o desconto e não recolhimento das aludidas contribuições foram devidamente constatados pelo Fiscal do INSS, através do exame das folhas de pagamento, contratos de prestação de serviços e notas fiscais, conforme se depreende das declarações de fls. 24/25; que, comprovado o desconto e o não recolhimento das contribuições previdenciárias, não é possível afastar a tipicidade da conduta, como fez o ilustre Juiz sentenciante.

No mérito, pugna pelo provimento do recurso, no sentido de ser reformada a sentença *a quo* para condenar o acusado Paulo César Oliveira Souza pela prática do delito previsto no art. 95, alínea *d*, da Lei 8.212/91.

Contra-razões ao recurso de apelação apresentadas às fls. 67/70.

Em seu Parecer (fls. 78/86), o Ministério Público Federal em segunda instância, por sua representante, Dra. Eliane de Albuquerque Oliveira Recena, opina pelo provimento do recurso de apelação da acusação.

Remetam os Autos ao Revisor, Desembargador Federal Lázaro Guimarães, nos termos do Regimento Interno desta Corte.

Nos fatos, colhe-se na exordial, às fls.02/03, a seguinte narrativa: "(...) Os denunciados, na qualidade de representantes legais e administradores da empresa "Sinal Trabalho Temporário Ltda." (...), embora houvessem descontado dos seus empregados contribuições previdenciárias relativas aos períodos de 10/96 a 08/97 (fls.05/06), deixou de recolhê-las à Previdência Social no prazo previsto em lei, como era devido. A indevida apropriação de contribuição previdenciária foi detectada através de fiscalização empreendida pelo INSS em abril de 1998, no referido estabelecimento comercial, no que resultou, inclusive, na lavratura da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 32.733.365-0. As folhas de pagamento de fls.35/94, bem como as rescisões de contrato de trabalho de fls.95/102, constataam os mencionados descontos, servindo de base para a expedição das NFLDs. Ouvidos perante a autoridade policial, os denunciados esclareceram que sempre exerceram a administração das empresas "Sinal Trabalho Temporário Ltda." e "Sinal Projeto Construções e Montagens Ltda." e confirmaram o não recolhimento das contribuições devidas à seguridade social, alegando dificuldades financeiras para liquidar o débito (fls.127/128, 163/164 e 129/130 e 169/170). Os fatos descritos evidenciam a prática do delito previsto na Lei 8.212/91, em seu artigo 95, letra "d" e § 1º, ensejando, dessa forma, a sanção estabelecida no art. 5º da Lei 7.492, de 16.06.86 (...)"

O MM. Juiz sentenciante assim se houve, ao fundamentar a decisão recorrida às fls.49/50:

"(...) Sobre o fato em si – falta de recolhimento de contribuições previdenciárias –, nenhuma dúvida. O próprio acusado (Paulo César Oliveira Souza) confessa não tê-las recolhido. O fato, em princípio, enquadra-se no art. 95 da Lei 8.212, a considerar crime o ato de deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à seguridade social e arrecadada dos segurados ou do público. Primeiro, portanto, o ato de arrecadar, de descontar, de ter em mãos a quantia a ser recolhida. Depois, completando o itinerário infracional, o não recolhimento, significando que o empre-

*gador arrecada, mas fica com a quantia arrecadada, não a recolhendo à Previdência Social. Assim é que a infração em tela deve ser entendida, de forma que não se perfaz só com o não recolhimento das contribuições previdenciárias, mas com este e com a retenção indevida de contribuições previdenciárias (...).*

O ato de arrecadar a contribuição previdenciária do segurado não se concretiza só com o registro, em folha de pagamento, do desconto, mas com a existência da quantia que, efetivamente, é deduzida, tendo-a o empregador em mãos. Em lugar de recolhê-las à Previdência Social, destino correto, o empregador fica com ela, isto é, desvia, para si, em detrimento do seu real destino. (...). No caso dos autos, há o registro dos descontos efetuados nos vencimentos dos empregados. Mas não há prova de que esse desconto efetivamente foi efetuado, se de fato ocorreu, se o acusado teve as quantias anotadas como descontadas em mãos, não repassando-as à Previdência Social. O registro do desconto nas folhas de pagamento, por si só, não configura o desconto real, de verdade, sobretudo quando a prova testemunhal atesta a crise que afundou aos poucos a empresa do acusado. À míngua da prova neste sentido, absolvo o acusado Paulo César Oliveira Souza, com encosto no inc. II do art.386, CPP, e também o acusado José Marcos de Oliveira Souza, o último por não fazer mais parte da empresa à época do período relativo ao recolhimento não efetuado. (...)"

O apelante, Ministério Público Federal, invoca, em suas razões de apelação (fls. 55/58), que restou provado que o acusado Paulo César, na qualidade de representante legal da empresa "Sinal Trabalho Temporário Ltda.", deixou de recolher, nas épocas pertinentes, as contribuições previdenciárias descontadas dos seus empregados nos períodos de outubro/1996 a agos-

to/1997; que o desconto e não recolhimento das aludidas contribuições foram devidamente constatados pelo Fiscal do INSS, através do exame das folhas de pagamento, contratos de prestação de serviços e notas fiscais, conforme se depreende das declarações de fls. 24/25; que, comprovado o desconto e o não recolhimento das contribuições previdenciárias, não é possível afastar a tipicidade da conduta, como fez o ilustre Juiz sentenciante. No mérito, pugna pelo provimento do recurso, no sentido de ser reformada a sentença *a quo* para condenar o acusado Paulo César Oliveira Souza pela prática do delito previsto no art. 95, alínea *d*, da Lei 8.212/91.

No que pertine à matéria dos autos, a prática do ilícito penal descrito no art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, esta Corte, seja por uma de suas Turmas, ou mesmo pelo Pleno, tem, muitas das vezes, posicionado-se no sentido de não encontrar perfeição de crime, quando não identifica, *a prima facie*, o dolo na conduta do réu que deixa de recolher na época própria contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público. Sustentei posição, com respaldo em jurisprudência de Tribunais Federais, que, no momento em que uma lei erige em termos de tutela de um bem uma proteção manifesta numa sanção penal, a ofensa a esse dispositivo, pela prática do ilícito tipificado, constitui a perfeição do tipo penal. Ante a expressa disposição do referido art. 95, *d*, verifica-se, primeiramente, ser núcleo desse tipo penal, por se tratar a espécie de um crime por natureza omissivo - o deixar, diferentemente, inclusive, de apropriar-se, apropriação indébita, que tem exatamente como núcleo, não é o deixar de devolver a importância ou a coisa que lhe foi entregue, mas sim o apropriar-se indevidamente da coisa cuja posse ele tinha. No crime de apropriação indébita, a natureza é um crime de ação; no crime de que cuida o art. 95 da Lei 8.212/91, uma ação não comissiva, uma ação omissiva, - deixar. Nas lições do mestre Everardo Luna, esse "deixar" se constitui exatamente no que ele chamava de ação estática, é um crime quase sem ação, onde não existe, na verdade, nenhuma atividade física. Também, não se há de identificar, na hipótese, ou confundir-se esse tipo, ou relacioná-lo como um mero crime de sonegação fiscal. Inclusive, não se identificando, no levantamento contábil, uma fraude contábil ou um dolo, não

se identificaria conduta criminosa nenhuma, simplesmente em termos de elemento, de núcleo de conduta, o que importa é deixar de recolher na época própria contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público.

Neste sentido, entendo que, por analogia, não haveria de aplicar-se a extinção da punibilidade decorrente do pagamento do tributo, se não fosse tal causa expressa na própria lei. A Lei 8.137/90 cuidou de estabelecer como causa de extinção da punibilidade o recolhimento, desde que realizado antes do recebimento da denúncia oferecida. De seu turno, a Lei 8.383/91, em seu art. 98, foi específica quando, em revogando dispositivos de várias leis, reformou o dispositivo do art. 14 da Lei 8.137/90. A partir da edição da Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, aquele dispositivo específico, art. 14, que estabelecia como causa da extinção da punibilidade para os crimes praticados contra o INSS o recolhimento daquelas contribuições, deixou de existir, porque expressamente revogado.

Inegavelmente, cuida o tipo penal do art. 95, *d*, da Lei 8.212, de crime de natureza fiscal-tributária, que, a exemplo da retenção indevida do IR ou de ICM, tem como núcleo de conduta o dispor, como se seu fosse, de valor público, e cuja guarda lhe coube por força de lei. Claro que, do ponto de vista administrativo, identifica-se, como de modo explícito, sob certa forma desnecessária, veio reconhecer a Lei 8.866, em seu art. 1º, §§ 1º e 2º, a situação de depositário da Fazenda daquele que, por força de lei, retenha ou receba de terceiro tais valores a recolhimento aos cofres públicos. Desnecessário registrar-se que, restringindo-se tal diploma legal ao específico campo tributário-previdenciário, identificado, inclusive, conforme o estabelecido no § 2º do seu art. 1º, a figura do depositário infiel naquele que não entregou à Fazenda Pública valores que lhe foram confiados, não há como, dentro, inclusive, da autonomia e independência das instâncias administrativa e penal, ter-se em tal § 2º uma norma discriminante em relação ao art. 95, *d*, da Lei 8.212.

O eminente Ministro José Delgado, quando integrante desta 2ª Turma, em voto prolatado quando do julgamento da ACR 1206-PE, em relação ao depósito instituído pela Lei nº 8.866/94, entendeu de não ter aquele depósito civil por equiparação



natureza penal, *verbis*: “Não possuindo, portanto, essa característica, não tem força bastante para produzir o fenômeno denominado de *abolitio criminis*, previsto no art. 2º do nosso Código Penal. O ordenamento jurídico brasileiro, tanto em campo doutrinário como na órbita jurisprudencial, acata, à unanimidade, a compreensão de que as instâncias penais e civis são totalmente independentes. Ambas, vinculadas ao fim a atingir, são desenvolvidas em princípios específicos e sem qualquer possibilidade de, no campo da construção das entidades que as compõem, os efeitos de uma excluïrem os da outra”.

Cuidando a hipótese de crime de natureza tributário-previdenciária, não há como se exigir, para identificar tal conduta como dolosa, tenha o agente sido movido com o *animus rem sibi habendi*, contudo, assim ocorrendo, desde que em seu agir seja de afastar-se tal *animus*, por em razão do mesmo ter pedido parcelamento do valor devido, ou ter ressarcido os cofres públicos, à inexistência do nexos de causalidade subjetiva, que, juntamente com o nexos de causalidade objetiva, integra os elementos essenciais do delito, tem-se como não realizado referido tipo penal.

Igualmente, importa atentar que, antes da vigência da Lei 8.383, de 30.12.91, que explicitamente revogou o art. 14 da Lei 8.137, no tocante aos crimes de natureza tributário-previdenciária, o recolhimento do valor devido antes do recebimento da denúncia se apresentava como causa extintiva da punibilidade, situação essa ressuscitada com o advento da Lei 9.249/95, art. 34, *verbis*:

“Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.”

Não é de aplicar-se tal entendimento ao caso *sub judice*, pois que, ante mesmo a ausência de prova favorável à defesa dos apelados, resta, à evidência, demonstrado o dolo genérico.

De uma análise das provas carreadas aos autos, verifica-se inexistir documento que comprove o efetivo pagamento que

desse causa à extinção do débito junto à Previdência Social. Ao contrário, restam suficientemente comprovadas a autoria e materialidade delituosas, seja pelo não efetivo pagamento do tributo devido, seja pela farta documentação coligida. No interrogatório, já em juízo, oportunidade em que atribui a responsabilidade pelo não recolhimento do tributo à situação financeira em que se encontrara, e que, em relação ao parcelamento da dívida junto ao INSS, deixou de efetuar o pagamento de referidas parcelas em face das dificuldades financeiras. Referida crise financeira, segundo o próprio acusado Paulo César, foi agravada por vários motivos, entre eles falta de pagamento de alguns clientes, aumento de taxas de juros e de elevada taxa de impostos e encargos sociais. A testemunha arrolada pela acusação, Marcelo Campos Bahia, Fiscal do INSS, em depoimento na esfera judicial, fls. 24, confirma o débito confessado pelo acusado, e afirma que a fiscalização do INSS constatou que o acusado deixou de recolher, nos prazos legais, contribuições previdenciárias descontadas dos salários pagos aos empregados. Referida testemunha acrescentou que o gerente de pessoal da empresa chegou a falar ao depoente a respeito de dificuldades financeiras, mas isso não podia ser verificado diante da falta de uma contabilidade regular na empresa. Outrossim, a defesa do réu não provou as alegadas dificuldades financeiras durante a instrução processual, nem na defesa prévia, tampouco na fase do artigo 499 do CPPB e das alegações finais.

Passo à análise da tese desenvolvida em alguns julgados sobre a aplicação do instituto da *abolitio criminis* em face da revogação do artigo 95 da Lei 8.212/91 pela Lei 9.983/2000.

Primeiramente, observo que o nosso Código Penal, a exemplo do Código Penal Italiano<sup>1</sup>, inicia estabelecendo, em respeito ao princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia

---

<sup>1</sup> *Codice Penal Italiano, approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n° 1398, art. 1. Reati e pene: disposizione espressa di legge – Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite.*

<sup>2</sup> Código Penal Brasileiro, art. 1º.

cominação legal<sup>2</sup>, dispositivo este que está listado entre os direitos individuais elencados como direitos e garantias fundamentais pela nossa Carta Magna<sup>3</sup>, a exemplo do que, igualmente, ocorre na Constituição Italiana<sup>4</sup>.

Importa observar que, ainda, a exemplo do Código Italiano<sup>5</sup>, o nosso Código Penal, em seu art. 2º, ao tratar da lei penal no tempo, em respeito ao princípio da anterioridade da lei, não fala em crime punível, mas sim na punição de fato considerado pela lei como crime, em uma alusão ao *reato fatto italiano* já tratado como *fatto spèce* no art. 1º de tal Lei Penal – *un fatto espressamente preveduto como reato dalla legge*.

Para Aníbal Bruno cabe ao tipo descrever a ação que ameaça ou ofende o bem a que se concede proteção penal, no quanto, para aquele autor, o tipo se lhe apresenta, “realmente” como a criação decisiva do Direito Penal, no quanto nele se identifica a formulação, em termos precisos e bem definidos, do fato a que se quer atribuir o caráter de crime, vez que, para ele, “é a exigência da adequação ao tipo que traça a rígida delimitação, asseguradora da liberdade, entre a zona do ilícito penal, sobre o qual pesa a ameaça de punição, e a do lícito ou do ilícito não penal”.

Aníbal Bruno, em tendo que o fato para constituir-se em crime se faz necessário que com a tipicidade concorram os outros elementos conceituais da ação punível, seu caráter ilícito e a culpabilidade e, principalmente, que não ocorra qualquer causa capaz de excluir a antijuridicidade, tem que desta se distingue essencialmente a tipicidade, inobstante o tipo sirva de indício à ilicitude do comportamento por ele definido, pois, no domínio penal, a forma de expressão do ilícito é o tipo e somente ele representa a antijuridicidade penalmente relevante, só ele co-

---

<sup>3</sup> Constituição da República Federativa do Brasil – 1988, Título II, Capítulo I, art. 5º, XXXIX.

<sup>4</sup> *Costituzione della Repubblica Italiana, 1948 – Parte I – Diritti e Doveri Dei Cittadini – Titolo I, Rapporti Civili, art. 25, secondo – Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sai entrata in vigore prima del fatto commesso.*

<sup>5</sup> *Codice Penal Italiano, approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n° 1398, art. 1.*

munica à Parte Especial da Lei Penal uma função de garantia, no quanto reduz o poder estatal de punir fatos somente fixados com precisão como puníveis, somente ele cria o necessário regime de estabilidade e segurança, fornecendo, pois, meio, para que se cumpra o princípio liberal da absoluta legalidade do Direito punitivo<sup>6</sup>.

Nelson Hungria, ao cuidar do fato típico, doutrina que o crime é, antes de tudo, “um fato”, fato este que “deve corresponder fielmente à descrição contida no preceito legal incriminador”, a cujo caráter se chama tipicidade.

Tal apresenta-se a força do tipo para Hungria que, para o mesmo, a excepcional licitude de um fato correspondente a um tipo de crime somente pode ser encontrada na órbita do direito positivo, não se apresentando, pois, admissível àquele Mestre a existência de um direito rondando fora, acima ou *a latere* da esfera legal que tem como incompatível com o positivismo jurídico o supralegalismo de Mezger<sup>7</sup>.

Não tendo a punibilidade como elemento componente do crime, apesar de nela identificar a nota específica do crime, pois somente ela assina, de modo inconfundível, o ilícito penal, em cotejo com o ilícito civil e o ilícito administrativo, entre outros, o mesmo Nelson Hungria observa não serem de confundirem-se as condições de punibilidade - circunstâncias que para ele se encontram extrínsecas ao crime e, assim, não se encontram nos campos da tipicidade, da injuricidade e da culpabilidade – os chamados “pressupostos” do crime, que, para ele, são, exatamente, fatos ou situações preexistentes a que a lei subordina o reconhecimento de determinado crime ou grupo de crimes, fatos estes que, embora extrínsecos à atividade do réu, passam a fazer parte integrante, vale dizer, elemento constitutivo do *crime in specie*, como ocorre, segundo exemplo elencado em sua obra<sup>8</sup> pelo próprio autor, com a existência de casamento anterior no crime de bigamia, a qualidade de funcionário público do sujeito ativo nos crimes funcionais ou do sujeito passivo no desacato.

---

<sup>6</sup> Bruno, Aníbal, *Direito Penal*, parte especial, tomo 4º, Forense.

<sup>7</sup> Mezger – *Tratado de Derecho Penal*, in Hungria, *Comentários ao Código Penal*.

<sup>8</sup> Hungria, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo 2º, 3ª edição, Revista Forense

Quanto à revogação do artigo 95 da Lei 8.212/91 pela Lei 9.983, de 14.07.2000, faz-se oportuno destacar que a conduta continuou a ser prevista, havendo nova definição jurídica para os fatos anteriormente definidos, assim entendendo que não se tem crime punível, mas sim na punição de fato considerado pela lei como crime, em uma alusão ao *reato fatto* italiano, já tratado como *fatto spèce* no art. 1º do Código Penal Italiano – *un fatto espressamente preveduto como reato dalla legge*. Não se descurando de que se deve analisar o fato, bem como o seu conteúdo e como aquele está descrito, e não tão-somente o *nomen juris*. É que se cuidando de crime omissivo próprio, exige-se o dolo genérico e não o específico, como no caso dos crimes de apropriação indébita. Na presente hipótese, segundo notícia a exordial, o caso é de crime omissivo próprio. Assim, o instituto da *abolitio criminis* contido no artigo 2º do Código Penal, no sentido de declarar-se extinta a punibilidade do réu nos termos do artigo 107, III, do CPB, não há como ser aplicado, nos termos da fundamentação supra.

Assim, afasto a tese de caracterização da *abolitio criminis*, bem como a de inexistência de dolo na conduta do réu, pois, *in casu*, aceitar tal figura seria declarar a ineficácia da Lei 8.212/91, o que não é verdadeiro, até mesmo porque referida Lei 8.212/91 foi revogada, em 17.10.2000, pela Lei 9.983, de 14.07.2000, que acresce à Parte Especial do Código Penal o crime de apropriação indébita previdenciária – artigo 168 A do CP. Como a data dos fatos narrados foi anterior à da Lei revogadora, deixo de aplicar, na espécie o comando da Lei 9983/2000, e afastando-se, de plano, qualquer interpretação no sentido de que os delitos apropriatórios em questão possam representar a adoção, pela legislação penal pátria, da chamada responsabilidade objetiva, há que se perquirir acerca da pertinência da penalização do denunciado. A materialidade delitiva restou substancialmente demonstrada na prova documental acostada, não elidida pela parte interessada, que apenas buscou desviar de si a “culpa” pela violação da ordem jurídica, atribuindo a mesma às dificuldades financeiras pela qual passava. Outrossim, não restou nos autos provada referida dificuldade financeira, mas como bem entendeu o Douto Juiz sentenciante. Não cuida a hipótese de admitir-se se não havia falência formal, existia um estado de

falência factual da empresa do réu. Outrossim, entendo que as dificuldades financeiras não afastam o dolo, entendido este como a vontade livre e consciente de não recolher a contribuição descontada. Há absolvição quando há comprovação de dificuldades financeiras extremadas, tendo como afastado o próprio dolo, e não a culpabilidade. As dificuldades financeiras pelas quais a empresa passava, deveriam ter sido provadas nos autos, através de perícia contábil ou outra prova idônea, até mesmo para dar subsídio a este Tribunal verificar a possibilidade da ocorrência de um estado de necessidade (= causa de excludente de ilicitude legal) ou de uma inexigibilidade de conduta diversa supralegal (= causa de excludente da culpabilidade). A comprovação de que o não recolhimento foi motivado por dificuldades financeiras extraordinárias configura hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, motivando a absolvição por inexistência de culpabilidade, hipótese que não se aplica ao caso.

*Ex positis*, em relação ao denunciado José Marcos de Oliveira, conforme se verifica do seu interrogatório (fls.12/13), o mesmo havia, de fato, deixado a administração da empresa em 1995, data anterior ao período do débito narrado na exordial – outubro de 1996 a agosto de 1997 -, fato este incontestado nos autos, e corroborado pelo outro denunciado Paulo César, mantenho a absolvição posta em primeiro grau e, considerando demonstrada a materialidade do delito e suficientes os indícios de sua autoria, dou provimento à apelação do Ministério Público, para, modificando a sentença, ter o réu Paulo César Oliveira Souza condenado nas penas do artigo 95, letra *d*, da Lei 8.212/91, c/c artigo 5º da Lei 7.492/86, a quem aplico, atendendo à sua primariedade e à ausência de maus antecedentes, a pena básica de 02 (dois) anos de reclusão, que torno definitiva, em virtude de ausência de circunstâncias legais atenuantes e agravantes e de causas de diminuição ou aumento da pena. O réu cumprirá sua pena desde o início em regime aberto. Concedo ao réu o benefício da suspensão condicional da pena – *sursis* - pelo prazo de 02 (dois) anos, nos termos do artigo 77 do CP, durante o qual o mesmo se apresentará ao Juiz das Execuções Penais, de 06 em 06 meses, e sem autorização daquela autoridade judiciária não se ausentará do Estado por mais de 30 (trinta) dias, devendo ainda comunicar o seu endereço em caso de

mudança de residência e/ou domicílio. Designará o MM. Juiz das Execuções data para audiência admonitória.

É o meu voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.590**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA  
Apelado: RAIMUNDO CARLOS COSTA MOURÃO

***EMENTA: PENAL. OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ART. 95, D, DA LEI Nº 8.212/91. MATERIALIDADE COMPROVADA. DIFICULDADES FINANCEIRAS SOBEJAMENTE COMPROVADAS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CAUSA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. ABSOLVIÇÃO.***

*- Inegável constituir crime o não recolhimento aos cofres da autarquia previdenciária das contribuições correspondentes.*

*- Reconhece-se, no entanto, a possibilidade de excluir-se a culpabilidade do agente se carrear aos autos provas irretorquíveis de dificuldades financeiras que justifiquem a incidência da causa supralegal de exclusão da culpabilidade em face da inexigibilidade de conduta diversa.*

*- Precedente do TRF 4ª Região reconhecendo a inexigibilidade de conduta diversa.*

*- Apelação a que se nega provimento.*

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Egrégio Tribunal Regi-

onal Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 8 de novembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA -  
Relator

### RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA: Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal ante sentença absolutória que reconheceu a incidência de causa supralegal de exclusão da culpabilidade pelo princípio da inexigibilidade de conduta diversa.

Entendera o MM. Juiz *a quo* que restara indene de dúvida que a empresa dispunha de numerário que atendia tão-só à continuidade da exploração comercial que lhe era própria e ao pagamento de seus empregados.

Fundamentou sua decisão em provas carreadas aos autos, testemunhal e documental, no sentido de que a empresa atravessara sérias dificuldades financeiras, culminando, inclusive, com a decretação de sua concordata.

Insurge-se o MPF, alegando em suas razões de apelação que, em absoluto, fora comprovada a dificuldade financeira da empresa que justificasse o reconhecimento da aplicação da causa de exclusão de culpabilidade. Ao contrário, alega o representante do MPF, ao invés de buscar alternativas que contornassem a alegada dificuldade financeira, optou por lesar a Seguridade Social.

Parecer do Procurador Regional Federal inclinou-se por dar provimento ao recurso do *Parquet* Federal, para que seja reformada a sentença, condenando o réu nos termos formulados pela denúncia.

Relatei. À douta revisão (art. 31, IV, RI).



## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator): Embora tenha reconhecido o MM. Juiz do primeiro grau a materialidade e autoria do delito, entendeu ser o caso de aplicar-se o princípio de inexigibilidade de conduta diversa, ante a farta comprovação da caótica e precária condição financeira da empresa, razão pela qual entendo deva ser mantida a sentença absolutória.

Francisco de Assis Toledo diz ser a inexigibilidade de outra conduta a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E afirma, ainda, que "constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislativos, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito". (*Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 328).

Os críticos de semelhante posicionamento fazem registro do perigo da aplicação extensiva desse princípio, arguindo eles que apenas deva ser restringida àqueles casos previstos pelo legislador para evitar-se a excessiva impunidade.

Em resposta à crítica, diz-nos Assis Toledo que tal temor é infundado na medida em que não se considere a "não-exigibilidade de outra conduta" como um juízo subjetivo do próprio agente do crime, mas sim um juízo de reprovação do juiz do processo e a mais ninguém. Para tanto, aponta a doutrina de Bettiol acerca dessa expressa advertência:

"Cabe ao juiz, que exprime o juízo de reprovação, avaliar a gravidade e a seriedade da situação histórica na qual o sujeito age, dentro do espírito do sistema, globalmente considerado: sistema que jamais pretende prescindir de um vínculo com a realidade histórica na qual o indivíduo age e de cuja influência sobre a exigibilidade da ação conforme ao direito o único juiz deve ser o magistrado". (Bettiol, Giuseppe,

*Diritto Penale*, apud Toledo, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*, p. 329).

Quando Ministro do STJ, o próprio Assis Toledo, ao julgar o REsp nº 2.492/RS, 5ª T., chegou mesmo a admitir a alegação de inexigibilidade de outra conduta em crime de homicídio, desde que se apresentassem ao Júri quesitos sobre fatos e circunstâncias para tal, e não sobre mero conceito jurídico.

*In casu*, foi o que ocorreu.

A sentença do MM. Juiz *a quo* é irretorquível, pois venceu, passo a passo, as etapas de seu raciocínio lógico. Constatou inicialmente que, malgrado ter cometido o Sr. Raimundo Carlos Costa Mourão o ilícito previsto no art. 95, alínea *d*, da Lei nº 8.212/91, o fez, conforme provas robustas nos autos, por falta de absoluta possibilidade, haja vista as dificuldades financeiras pelas quais passou.

Tanto assim é que na sua fundamentação, às fls. 171 dos autos, observara o Magistrado que:

“A defesa trouxe aos autos, especificamente às fls. 144, cópia do edital de concordata preventiva decretada, em favor da Viação Caponga Ltda., pela MM. Juíza de Direito da Comarca de Cascavel-CE, na data de 17 de abril de 1997. Do conteúdo do documento em apreço extrai-se o nítido e sério descompasso entre obrigações e haveres da empresa, ou seja, sua situação pré-falimentar, cujo tamanho permitiu a opção drástica de redução do passivo privado da sociedade mediante a absorção da quota devida por seus empregados à Previdência. Da leitura da peça em referência vê-se, inclusive, que a empresa possuía dívidas vencidas desde o início do ano de 1996, totalizando um enorme saldo devedor, o qual estava a ameaçar a continuidade de suas atividades empresariais”.

Efetivamente, à vista de todo o conjunto probatório dos autos, evidencia-se a difícil situação financeira da empresa. O documento constante às fls. 144 vem demonstrar o ponto central de toda a questão: antes mesmo de deixar de recolher aos cofres públicos, em março de 1996, os valores devidos da con-

tribuição social arrecadados de seus empregados, a empresa já se encontrava abalada financeiramente.

Precedente do TRF 4ª Região, admitindo inexigibilidade de conduta diversa, em ementa de teor:

“Direito Penal. Não recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados. Dificuldades financeiras. Cooperativa.

- A partir de dados trazidos pela defesa, entre os quais as ações de execução e os títulos protestados, conclui-se que a situação financeira da cooperativa era extremamente crítica, motivo pelo qual deve ser reconhecida a dificuldade financeira alegada e ser absolvido o seu administrador, com fundamento na **INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA**, causa supralegal de exclusão da culpabilidade. A crise financeira enfrentada pela cooperativa atinge diretamente seus associados, diminuindo-lhes o patrimônio pessoal, o que praticamente impossibilita que se lhes exija reposição de capital para saldar os compromissos da entidade. Ademais, não há como pretender, na esfera penal, impor ao administrador da cooperativa a obrigação de exigir dos cooperados que cumpram pessoalmente com as obrigações PREVIDENCIÁRIAS desta, sob pena de que, não o fazendo o administrador ou não comparecendo os cooperados, seja o administrador penalmente responsabilizado pela omissão.

(Embargos Infringentes e de Nulidade na ACR 56, Proc.: 97.04.45053-2/PR; j. 08.06.2001, DJU 04.07.2001, p. 576, DJU 04.07.2001, Rel. Juiz Wilson Darós).

*Ex positis*, julgo improcedente a apelação, para manter a sentença absolutória em todos os seus termos.

Assim voto.

## APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 64.707-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
Apelado: JOÃO PRAÇA DE SOUSA  
Advogados: DRS. JOSÉ LEANDRO MONTEIRO DE MACEDO E OUTROS (APTE.) E GUSTAVA LEAL MELLO DA SILVA (APDO.)

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. CASAMENTO CIVIL E RELIGIOSO. EXTENSÃO DE IGUALDADE DE EFEITOS PARA O FIM DE NEGAR A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS EM ÉPOCA ANTERIOR À CF/88. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE REGISTRO PÚBLICO PARA GERAÇÃO DE EFEITOS CIVIS.**

*- Não há proibição em virtude da instituidora da pensão ter casado no religioso, na época, pois ausente o registro cartorário, imprescindível à constituição de efeitos civis.*

*- Caso houvesse essa interpretação de igualdade, esta se realizaria no sentido da concessão do benefício, e não de sua negação, tendo por finalidade amparar os beneficiários, e não o contrário, como pretende a indigitada autoridade, ao igualar os efeitos de um e outro, com o intuito de estender-lhes as proibições.*

*- Recurso a que se nega provimento.*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, decide a Quarta Turma do Tribu-

nal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade de votos, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Juiz Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 14 de agosto de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE  
ALMEIDA FILHO – Relator

### RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO: O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS interpõe apelação contra sentença concessiva de segurança requerida por João Praça de Sousa contra ato do Chefe do Posto Especial do Seguro Social do INSS – Setor de Benefícios da Cidade de Juazeiro do Norte (CE), que indeferiu pedido de concessão de pensão sob o fundamento de que o benefício foi irregularmente instituído.

Sustenta o apelante que, em virtude do procedimento administrativo realizado pela autarquia, constatou-se a irregularidade da concessão do benefício, uma vez que a instituidora da pensão, ao requerer a aposentadoria por idade de trabalhador rural, apresentou documentos de carácter civil como solteira, frustrando a aplicação do art. 4º da LC nº 11/71, na época, aplicável. Alega, por último, que a autarquia só procedeu ao indeferimento do benefício após a perfeita caracterização da irregularidade da sua concessão, e, ainda assim, depois de esgotados todos os meios para apurar tal irregularidade.

Houve contra-razões.

É o relatório.

### VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO (Relator): A não concessão da pensão ao apelado pela fundamentação defendida pela autarquia

não encontra respaldo legal na legislação que rege a matéria.

Dispõe o art. 4º da LC nº 11/71:

“Art. 4º. A aposentadoria por velhice corresponderá a uma prestação mensal equivalente a 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo de maior valor no país, e será devida ao trabalhador rural que tiver completado 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

Parágrafo único. Não será devida a aposentadoria a mais de um componente da unidade familiar, cabendo apenas o benefício ao respectivo chefe ou arrimo”.

Segue não existir menção a respeito do estado civil do segurado, mas à sua condição de trabalhador rural, à idade mínima de 65 (sessenta e cinco) anos e à situação de chefe ou arrimo de família.

De outro lado, ao tempo da concessão do benefício originário, a trabalhadora possuía estado civil de solteira, conquanto eclesiasticamente casada.

A CF/88 deixa ao legislador ordinário a regulação para a igualdade de efeitos entre o casamento civil e religioso (art. 226, § 2º).

Para a produção dos mesmos efeitos que o casamento civil, o casamento religioso deveria ser registrado em cartório, consoante previsto no art. 75, Lei nº 6.015/73, *in verbis*:

“Art. 75. O casamento religioso, celebrado sem a prévia habilitação, perante o oficial de registro público, poderá ser registrado desde que apresentados pelos nubentes, com o requerimento de registro, a prova do ato religioso e os documentos exigidos pelo Código Civil, suprimindo eles eventual falta de requisitos nos termos da celebração.

Parágrafo único. Processada a habilitação com a publicação dos editais e certificada a inexistência de impedimentos, o oficial fará o registro do casamento religioso, de acordo com a prova do ato e os dados constantes do pro-

cesso, observado o disposto no artigo 71.

Art. 76. O registro produzirá efeitos jurídicos a contar da celebração do casamento”.

Com efeito, não há proibição em virtude da instituidora da pensão ter casado no religioso, na época, pois ausente o registro cartorário, imprescindível à constituição de efeitos civis; além do que, a vedação é o recebimento da aposentadoria por mais de um componente da unidade familiar, cabendo apenas o benefício ao respectivo chefe ou arrimo.

Caso houvesse essa interpretação de igualdade, esta se realizaria no sentido da concessão do benefício, e não de sua negação, tendo por finalidade amparar os beneficiários, e não o contrário, como pretende a indigitada autoridade ao igualar os efeitos de um e outro, com o intuito de estender-lhes as proibições.

Portanto, a fundamentação defendida pela apelante não é suficiente para impedir a concessão do benefício, ressalvando-se, entretanto, o direito da autarquia examinar o preenchimento dos demais requisitos legais necessários à concessão do benefício.

Com essas considerações, voto por negar provimento à apelação.

## **APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 68.371-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelada: DICEETEL ENGENHARIA COM. IND. E REPRESENTAÇÃO LTDA.  
Advogados: DRS. FRANCISCO DANILO FEITOSA E OUTROS (APTE.) E REGIVANIA EVANGELISTA LIMA E OUTRO (APDA.)

**EMENTA:TRIBUTÁRIO. DÉBITO PARCELADO. PEDIDO DE CERTIDÃO. EXIGÊNCIA DE GARANTIA. LEGALIDADE.**

**- A exigência de prestação de garantia como condição necessária à expedição de certidão positiva de débito com efeitos de negativa para a realização de determinados atos jurídicos no curso de parcelamento do débito tributário previdenciário tem previsão legal – art. 47, § 8º, da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, c/c art. 153, caput e inciso III, alínea c, do CTN.**

**ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 6 de setembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

**RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA: Diceetel Engenharia Com. Ind. e Representação Ltda. impetrou mandado de segurança perante a 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará contra ato do Superintendente do INSS, objetivando o fornecimento de certidão negativa de débito durante o período de parcelamento de seus débitos, sem a necessidade de prestação da garantia prevista no art. 47, § 8º, da Lei nº 8.212/91.

A sentença concedeu a segurança para determinar a expedição da CND.

o INSS apelou, argumentando que a sentença, ao autorizar o fornecimento da CND, ignorou a diretriz imposta pelo art.



47, § 8º, da Lei nº 8.212/91, que condiciona a emissão de CND ao fornecimento de garantia real suficiente para garantia do débito fiscal.

Houve contra-razões.

Por força da prevenção, vieram-me conclusos os autos.

Duplo grau obrigatório.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator): O recurso cinge-se ao exame da legalidade ou não da exigência da garantia contida no art. 47, parágrafo 8º, da Lei nº 8.212/91, com a alteração da Lei nº 9.032/95, para a obtenção de certidão positiva de débito com efeitos de negativa para a prática dos atos previstos nos incisos I, alíneas *b*, *c* e *d*, e II do art. 47 da Lei nº 8.212/91.

O parcelamento de débito tributário é espécie de moratória individual, nos termos do art. 153 do Código Tributário Nacional, constituindo-se em hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, I, do CTN), da qual resulta o direito à expedição de certidão positiva de débito com efeitos de negativa (art. 206 do CTN).

Contudo, da leitura do art. 153, *caput* e inciso III, alínea *c*, do CTN, vê-se que a lei autorizadora da moratória individual pode exigir o fornecimento de garantias para a concessão dessa espécie de favor fiscal.

Se pode a lei autorizadora da moratória individual fixar requisito genérico de prestação de garantia como condição para o seu deferimento, pode, também, concedê-la, de início, sem a mencionada garantia, mas exigí-la para que possa o contribuinte em débito praticar determinados atos.

É esse, justamente, o caso da exigência do art. 47, parágrafo 8º, da Lei nº 8.212/91 (alterada pela Lei nº 9.032/95), que, ao condicionar a expedição de certidão positiva de débito com efeitos de negativa para a realização dos atos jurídicos constantes dos incisos I, alíneas *b*, *c* e *d*, e inciso II do mencionado

artigo, instrumentaliza a prestação de garantia posterior como requisito da moratória individual.

Ressalte-se que a regra insculpida no art. 153, inciso III, alínea c, não restringe o momento nem as hipóteses de formulação da exigência de garantia para a concessão da moratória individual, deixando ao legislador ordinário o delineamento de sua concretização prática da forma que melhor atenda à proteção do interesse do ente tributante de realização de seu crédito.

Ante o exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial para denegar a segurança.

É como voto.

## **APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 74.923-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA  
Apelante: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DO RIO GRANDE DO NORTE - OAB/RN  
Apelada: CADIDJA CAPUXU ROQUE  
Advogados: DRS. RICARDO GEORGE F. DE M. E MENEZES (APTE.) E FERNANDA CUNHA LIRA E OUTROS (APDA.)

***EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCILIADOR DE JUIZADO ESPECIAL. INSCRIÇÃO NA OAB. AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO DE EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PERANTE OS JUIZADOS ESPECIAIS. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E SISTEMÁTICA. ART. 7º DA LEI Nº 9.099/95, PARÁGRAFO ÚNICO.***

***- Nenhum mal se vislumbra na permissão do exercício da advocacia por parte dos conciliadores desde que exclua a esfera dos Juizados Especiais em que atuam. Bastaria tal restrição à liberdade de advogar para se afas-***

*tar o risco de parcialidade no processo que impulsiona as proibições. Assim, a espécie de proibição "impedimento", que é específica em relação a uma esfera de atuação - e não absoluta como a incompatibilidade -, já satisfaria o propósito da norma.*

*- Em atenção à qualificação legal de auxiliar de justiça (art. 7º, Lei nº 9.099/95) e em obediência à própria finalidade das proibições ao exercício da advocacia, deve-se estender aos conciliadores a regulamentação expressa dada aos juízes leigos que atuam nos Juizados pelo parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95.*

*- Possibilidade de exercício da advocacia excetuando o âmbito dos Juizados Especiais.*

*- Precedente desta Turma.*

*- Apelação e remessa oficial improvidas.*

## ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas anexos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 30 de agosto de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA: Trata-se de apelação em mandado de segurança impetrado por Cadidja Capuxu Roque contra ato do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Rio Grande do Norte que indeferiu a inscrição definitiva da impetrante no respectivo quadro de advogados, por considerar o exercício do

cargo de conciliadora do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Natal incompatível com o exercício da advocacia, com fulcro no art. 28, inciso IV, da Lei nº 8.906/94.

A impetrante alega que não está sendo tratada com isonomia, vez que aos juízes leigos é permitido exercer a advocacia, exceto perante os Juizados Especiais, consoante art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95. Pleiteia tratamento isonômico, para que seja declarada impedida de exercer a advocacia somente perante os Juizados Especiais, tal como os juízes leigos.

*Argumenta que “se ao juiz leigo, que assume uma posição mais comprometedora, sob a ótica processual, no procedimento previsto nos Juizados Cíveis, lhe é permitido exercer a advocacia em outras esferas da Justiça, o posicionamento dominante hodiernamente, que nega ao conciliador tal possibilidade, cristalinamente faz da hermenêutica uma arma contra o direito e não o escudo em prol de sua defesa, infringindo, assim, o princípio da proporcionalidade”.*

A liminar foi indeferida por ausência do justo receio de dano irreparável (fls. 44/45).

O impetrado defendeu sua conduta nas informações com a alegação de que o conciliador integra o quadro de pessoal do Poder Judiciário e, por isso, estaria abrangido pela norma proibitiva do exercício da advocacia do art. 28, II, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB). Argúi que *“a lei não deixou margem a controvérsias. E o seu princípio-mor - o de que qualquer pessoa ligada ao Judiciário está impedida de exercer, em sua totalidade, a advocacia, em respeito à independência e à dignidade da profissão - não pode ser relegado a segundo ou terceiro plano sob a arguição de que a atividade de Conciliador não compõe o sistema judiciário dos estados-membros”.* Afirma que o Conselho Federal da OAB assim tem se posicionado.

O Representante do Ministério Público Federal ofertou parecer pela concessão da segurança. Defendeu que, *“ao contrário do que entendeu o Conselho Seccional da OABIRN, não vejo como enquadrar a impetrante na situação de membro de juizados especiais, sendo o bastante lembrar que é o próprio art. 7º da Lei nº 9.099/95 que coloca o conciliador como um mero*

*auxiliar da justiça”.*

O Juiz Federal *a quo* julgou procedente o pedido por entender que *“uma vez que o juiz leigo, mediante previsão legal (art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95), encontra-se apenas impedido de exercer a advocacia perante os juizados especiais, não me afigura razoável o conciliador, por não ter sido contemplado com o impedimento do referido dispositivo legal, ser penalizado com a aplicação de incompatibilidade (art. 28, II, da Lei nº 8.906/94) a uma pelo fato de ambas as categorias (juiz leigo e conciliador) serem auxiliares da Justiça, e a duas por não haver conflito real das aludidas, e sim a aplicação do princípio da especialidade”.*

A OAB apelou, alegando que a atividade dos Conciliadores é incompatível com a advocacia, por fazerem parte do quadro de pessoal do Poder Judiciário. Enfatizou ser esse o entendimento do Conselho Federal da OAB. Concluiu afirmando não ser *“eticamente recomendável que um integrante do Poder Judiciário, que estaria muito mais próximo do centro das decisões judiciais, inclusive em situação de coleguismo com serventuários de outros fóruns, possa exercer a advocacia. Não se admite que uma só pessoa, de uma forma ou de outra, seja juiz e advogado”.*

Transcorreu *in albis* o prazo para as contra-razões.

A sentença está sujeita ao reexame necessário.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA (Relator): A sentença concedeu a segurança *“para determinar à autoridade impetrada que proceda à inscrição da impetrante nos quadros da Ordem de Advogados do Brasil, Seccional do Estado do Rio Grande do Norte, expedindo-se, por conseguinte, a respectiva carteira de identidade profissional, com a anotação do impedimento para o exercício da advocacia no âmbito dos Juizados Especiais, enquanto a demandante exercer sua atividade de conciliadora”.*

Dois dispositivos de lei são apontados como regedores da matéria específica:

**“Lei nº 8.906/94**

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

I - *omissis*;

II - membros de órgão do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais e Conselhos de Contas, dos Juizados Especiais, da Justiça de Paz, Juízes Classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da Administração Pública Direta ou Indireta;

III - *omissis*;

IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro”.

**Lei nº 9.099/95**

Art. 7º. Os conciliadores e juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferencialmente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre os advogados com mais de cinco anos de experiência.

Parágrafo único. Os juízes leigos ficarão impedidos de exercer a advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto no desempenho de suas funções”.

A controvérsia reclama a análise sistemática e teleológica das normas aparentemente conflitantes.

Consoante lembra o próprio impetrado, o intuito da norma proibitiva do exercício da advocacia é o de garantir a necessária isenção e igualdade no julgamento das lides levadas ao Poder Judiciário. Todos aqueles que por seu cargo possam influenciar no teor da decisão, fragilizar a imparcialidade do julgamento e trâmite processual devem ser afastados do exercício da advocacia. Assim ocorre com os magistrados que são membros do Poder Judiciário, excluídos do exercício da advocacia pela norma do art. 28, II, da Lei nº 8.906/94.

Paulo Luiz Neto Lôbo ensina:

*“A incompatibilidade implica a proibição total de advogar ao bacharel em direito que passar a exercer cargos ou funções, que o estatuto expressamente indica”.*

*(In Comentários ao Estatuto da Advocacia, ed. Brasília Jurídica, 1996, p. 128).*

No caso dos conciliadores, nenhum mal se vislumbra na permissão do exercício da advocacia, desde que exclua a esfera dos Juizados Especiais em que atuam. Bastaria tal restrição à liberdade de advogar para se afastar o risco de parcialidade no processo que impulsiona as proibições. Assim, a espécie de proibição “impedimento”, que é específica em relação a uma esfera de atuação - e não absoluta como a incompatibilidade -, já satisfaria o propósito da norma. É o entendimento que me parece mais razoável.

Ademais, não sendo os conciliadores membros do Poder Judiciário, tampouco ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a órgão do Poder Judiciário, não se enquadram nas incompatibilidades do art. 28, incisos II e IV, da Lei nº 8.906/94.

Nesse sentido, opinou o ilustre Procurador da República Dr. Francisco Chaves dos Anjos Neto:

*“Essa conclusão nos remete a outra consideração não menos importante, naquilo que igualmente não vejo como situar o conciliador como ocupante de um cargo ou função vinculada, ainda que indiretamente, a qualquer órgão do Poder Judiciário, naquilo que faz menção o inciso IV do art. 28 da Lei nº 8.906/94.*

*Não se pode perder de vista que, sendo a função de conciliador de caráter temporário, a exemplo da de juiz leigo, e não de natureza permanente, por isso mesmo não há como vislumbrar a nota de perenidade que caracteriza uma vinculação propriamente dita.*

*Dito por outras palavras, não há, a rigor, uma função vinculada do conciliador a qualquer órgão do Poder Judiciário, justamente pelo fato*

*de se encontrar à frente de uma função pública meramente temporária". (Fls. 69).*

Em atenção à qualificação legal de auxiliar de justiça (art. 7º, Lei nº 9.099/95) e em obediência à própria finalidade das proibições ao exercício da advocacia, deve-se estender aos conciliadores a regulamentação expressa dada aos juízes leigos que atuam nos Juizados pelo parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95.

O ilustre sentenciante invocou o posicionamento da doutra Juíza Federal, Dra. Ana Cecília Mendonça de Souza, que também acolho:

*"14. Analisando estes dois institutos, não entende este juízo haver sentido algum considerar-se incompatível com a advocacia um conciliador, que apenas exerce a função de conciliar, ou seja, promover acordo entre as partes; e admitir-se, aos Juízes leigos - aos quais foi conferido poder de decisão, ainda que suas sentenças precisem ser homologadas por Juiz togado - a atuação perante tais órgãos, com a restrição apenas de impedimento, conforme preceitua o parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.099/95, verbis:*

*(...)*

*15. A Lei nº 9.099/95 não mencionou expressamente a condição do conciliador diante de tal situação, no entanto, foi além, no momento em que determinou claramente qual dispositivo seria aplicado em caso mais complexo, qual seja, o do juiz leigo. Adotando uma interpretação extensiva e lógica, não posso deixar de entender que o legislador tenha pretendido excluir o conciliador da abrangência do dispositivo".*

*(MS nº 99.9941-7/RN) - fls. 76 - grifo do Relator.*

Desse modo, resta dissipado o conflito aparente entre as normas apontadas como disciplinadoras da situação. Incide a norma da Lei nº 9.099/95. Não é outra a conclusão a que chega o juízo de origem:

*"Não há muito mais o que dizer; seria apenas*



*mero reforço à tese do impetrante. Apenas acrescento que não existe incongruência alguma entre o art. 28, II, do Estatuto da Advocacia, e o art. 7º, parágrafo único, da Lei dos Juizados Especiais. Esta última norma é exceção à primeira, regra geral que é. Esta continua subsistindo, sem possuir força cogente quanto aos Juízes leigos dos Juizados Especiais (e, em analogia, aos conciliadores), em virtude do permissivo legal de advogar, impedido de exercer esta atividade perante os próprios Juizados Especiais” - fls. 78.*

Ressalte-se que idêntico raciocínio já foi adotado por esta 1ª Turma:

“EMENTA: Processo Civil. Administrativo. Mandado de segurança. Art. 1º do Provimento nº 63/87 do Conselho Federal da OAB. Compatibilidade entre o exercício de advocacia e o cargo de conciliador do juizado de pequenas causas. Art. 5º, LV, CF/88.

- Remessa oficial improvida”.

- (1ª Turma, REO 55617-CE, Rel. Des. Fed. Francisco Falcão, j. em 22.08.1996).

Diante do exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

## APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 74.937-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA  
RA  
Apelante: BOSCO GIOVANNI MEIRA COSTA  
Apelada: UNIÃO  
Advogados: DRS. JOÃO FERREIRA SOBRINHO E OUTROS  
(APTE.)

**EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. FISCAL DO TRABALHO. REMOÇÃO A PEDIDO A CRITÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO. ART. 36, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INDIVIDUAL DO IMPETRANTE. INEXISTÊNCIA DO DIREITO À REMOÇÃO.**  
- Não se trata de pedido de remoção por processo seletivo - previsto no art. 36, parágrafo único, inciso III, a -, mas sim de remoção a pedido de que trata o art. 36, parágrafo único, inciso II. Dessa forma, perfeitamente lícito o ato da autoridade apontada como coatora de indeferir o pedido de remoção pelo interesse público demonstrado.  
- Não se enquadrando o impetrante numa das três hipóteses do art. 36, parágrafo único, inciso III, não há que se falar em direito de remoção absoluto, independentemente da aquiescência da Administração.  
- Precedente desta Turma.  
- Apelação improvida.

### ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas ane-

xos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 30 de agosto de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Bosco Giovanni Meira Costa contra o ato do Sr. Delegado Regional do Trabalho na Paraíba de indeferir o pedido de remoção do impetrante da Subdelegacia Regional do Trabalho em Campina Grande para a sede da Delegacia Regional do Trabalho em João Pessoa. A União foi incluída como litisconsorte passiva necessária.

O impetrante afirma que é Fiscal do Trabalho desde 1996 e que em 01.06.98 foi publicada a Portaria nº 341, que previu o processo seletivo de remoção dos Agentes de Inspeção do Trabalho, sem, entretanto, apontar a existência de vagas na sede da DRT da Paraíba, localidade de específico interesse do impetrante.

Diante da inexistência de vagas em João Pessoa, o impetrante teria deixado de apresentar o seu pedido de remoção, não participando, assim, do certame. Acrescenta que, por suspeitar da omissão deliberada da autoridade coatora, requereu que fosse expedida certidão informadora do número de vagas existentes na sede da DRT/PB. A certidão apontava a existência de duas vagas em João Pessoa e três em Campina Grande. Aduz que, diante da notícia, requereu ao impetrado a sua remoção para João Pessoa, pedido esse que foi indeferido, sob a alegação de haver um sensível desfalque no Quadro de Fiscais do Trabalho na Subdelegacia de Campina Grande. Todavia, aponta que o servidor Celso de Barros Filho teve idêntico pleito deferido.

Entende ter a autoridade coatora violado os preceitos dos arts. 5º, 226 e 227 da Constituição Federal e do art. 36 da Lei nº 8.112/90, que asseguram igualdade no tratamento dos servi-

dores e à convivência familiar, vez que reside em Cabedelo (Grande João Pessoa) e tem que deslocar-se diariamente a Campina Grande para trabalhar.

Liminar indeferida às fls. 48/50, por não vislumbrar a MM. Juíza a quo o necessário *fumus boni iuris*, vez que *“ainda que na publicação do edital de nº 1, de 29 de maio de 1998 (fls. 13), constasse a existência de vagas na sede dessa regional, tal indicação não consubstanciaria direito a remoção para o candidato, nem obrigação para a administração, posto que sujeita a certa-me entre os interessados”*.

Nas informações, o impetrado alegou que a responsabilidade de anunciar a quantidade de vagas disponibilizadas para remoção via processo seletivo não seria sua, mas do Ministério do Trabalho e Emprego, através da Secretaria de Fiscalização do Trabalho.

Conclui que *“há 3 (três) vagas em Campina Grande ocorridas em decorrência de aposentadoria e exoneração, demonstrando claramente que o quadro de Fiscais naquela unidade ficou desfalcado, impossibilitando à autoridade, desta centralizada, deferir pedidos de remoção de Fiscais sem que com isso venha a causar prejuízos ao trabalho de fiscalização ali desenvolvido”*.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança por se tratar de pedido de remoção apreciado sob o prisma do art. 36, parágrafo único, II, da Lei nº 8.112/90. Trata-se, pois, de pedido de remoção a critério da Administração. Entendeu que *“tendo o pedido de remoção, como já foi dito, sido feito após o decurso do processo seletivo, não há que se falar em direito de remoção à revelia do interesse da Administração. Nesses casos, fica a critério do Ministério do Trabalho deferir ou não a remoção do servidor de acordo com o seu interesse e necessidade”*.

O Juiz a quo denegou a segurança sob o fundamento de que *“incabível a remoção de servidor público, à revelia do interesse do serviço, quando inexistente disponibilidade de vaga para o local almejado declarada em processo seletivo e tampouco estão configuradas as situações previstas no art. 36 da Lei nº 8.112/90”*.

O impetrante interpôs apelação aduzindo que *“o MM. Juiz*

*monocrático deixou de utilizar-se do melhor direito pátrio, negando vigência aos termos dos arts. 37, 226 e 227 da CF/88, quanto à determinação para que a DRTE/PB e União procedessem a sua remoção de Campina Grande para João Pessoa - PB, violando, assim, direito líquido e certo do recorrente, que está com sua família residindo na Grande João Pessoa”.*

A União apresentou suas contra-razões com a defesa de que a proteção do Estado à família (art. 226 da CF) *“não é panacéia para satisfazer todos os interesses daqueles servidores que constituem família”*. Alega que tal direito não se pode transformar num *“privilegio odioso, em detrimento do interesse público e até dos colegas que, por terem constituído família, não possam gozar das mesmas concessões casuísticas”*.

Subiram-me os autos conclusos por distribuição.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA (Relator): A matéria versa sobre o direito de remoção do impetrante, servidor público federal, a pedido, como forma de proteção do núcleo familiar.

O impetrante, Fiscal do Trabalho, lotado desde a posse na cidade de Campina Grande, reside em Cabedelo, onde possui casa financiada pelo SFH e reside com sua esposa e duas filhas. Entende ter direito à remoção da Subdelegacia de Campina Grande para João Pessoa por ter havido processo seletivo de remoção no qual não foram disponibilizadas quaisquer vagas para João Pessoa e vez que descobriu posteriormente haver duas vagas na sede da DRT/PB.

Primeiro, faz-se necessário esclarecer o equívoco que está ocorrendo com a figura jurídica da remoção de servidores públicos.

Cumpre distinguir as diferentes modalidades de remoção previstas na Lei nº 8.112/90:

*“Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mes-*

mo quadro, com ou sem mudança de sede.  
Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção (redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97):

I - de ofício, no interesse da Administração (inciso acrescentado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97);

II - a pedido, a critério da Administração (inciso acrescentado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97);

III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração (inciso acrescentado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97):

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 (alínea acrescentada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97);

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 (alínea acrescentada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97);

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 (alínea acrescentada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97). - Grifo do Relator.

Ocorre que quando o Ministério do Trabalho, através da Secretaria de Fiscalização do Trabalho, no Edital nº 01, de fls. 13, publicou o quadro de vagas existentes, não disponibilizou vagas para preenchimento por remoção via processo seletivo

para a sede da DRT em João Pessoa, destino almejado pelo impetrante. Não se vislumbra erro da Administração ou ilicitude na não disponibilização de vagas para preenchimento via processo seletivo de remoção, haja vista tratar-se de ato discricionário da Administração. Esta tem a faculdade de escolher a conduta mais oportuna e conveniente ao interesse público. Decerto, no momento de publicação do quadro de vagas, não convinha à Administração abrir vagas no processo seletivo para o Estado da Paraíba e isso deve ser respeitado, pois trata-se de mérito administrativo no qual não cabe adentrar o Judiciário.

Esclarecido isso, vê-se que não se trata o pedido feito neste *mandamus* de remoção por processo seletivo - previsto no art. 36, parágrafo único, inciso III, *a* -, mas sim de remoção a pedido de que trata o art. 36, parágrafo único, inciso II. Dessa forma, perfeitamente lícito o ato da autoridade apontada como coatora de indeferir o pedido de remoção, ainda que provadas as vagas disponíveis, como de fato restou demonstrado às fls.15. Não se enquadrando o impetrante numa das três hipóteses do art. 36, parágrafo único, inciso III, não há que se falar em direito de remoção absoluto, independentemente da aquiescência da Administração.

O douto representante do Ministério Público Federal, Dr. Marcelo Alves Dias de Souza, ao opinar pela denegação da segurança, teceu as seguintes razões que ora transcrevo:

*“11 - Tendo o pedido de remoção, como já foi dito, sido feito após o decurso do processo seletivo, não há de se falar em direito de remoção à revelia do interesse da Administração. Nesses casos, fica a critério do Ministério do Trabalho deferir ou não a remoção do servidor, de acordo com o seu interesse e necessidade. (...)*

*14 - Analisando os documentos acostados aos autos, mais especificamente a Certidão de fls.15, que demonstra maior vacância na Subdelegacia de Campina Grande, e as informações, abaixo transcritas, prestadas pelo impetrado (fls. 55), constata-se que, de fato, não há interesse da Administração na remoção do im-*

*petrante, uma vez que existe uma defasagem maior nos quadros da Subdelegacia:*

*'... Dos 29 aprovados e nomeados, os 21 primeiros colocados tiveram direito a ficar na Delegacia Regional do Trabalho (sede), sendo os demais lotados na Subdelegacia em Campina Grande, em virtude da necessidade de Fiscais naquela região e por haver na sede um número de Fiscais do Trabalho suficiente para a realização da fiscalização em João Pessoa'.*

Nesse sentido já entendeu esta 1ª Turma, senão vejamos:

“EMENTA: Constitucional e Administrativo. Servidor. Lotação no interior por força de concurso público. Regras do edital. Remoção para a capital. Impossibilidade. Prevalência do interesse público sobre o particular. Mandado de segurança contra ato de indeferimento de remoção de servidora lotada em interior do Estado para a capital, onde seu marido exerce cargo público e reside a sua família.

- Invocação inócua ao princípio constitucional da unidade familiar. No caso, é cristalina a prevalência do interesse público sobre o interesse particular.

- Mais importante que a remuneração do emprego de médica para a impetrante é a assistência médica que o poder público poderá proporcionar às famílias interioranas. Além disso, a prevalecer a tese da inicial, se os aprovados no concurso forem casados e residentes na capital, jamais um médico se deslocará para o interior.

- Improvimento da apelação”.

(TRF5, 1ª Turma, AMS nº 50263/RN, Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, Rel. para acórdão Des. Federal Castro Meira, j. em 10.12.1998, DJ 19.03.1999, p. 882)

O exposto evidencia a ausência do direito líquido e certo do impetrante a permitir a concessão da segurança.



Em razão do exposto, nego provimento à apelação para manter os termos da sentença recorrida.

É como voto.

## **APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 75.443-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Apelantes: CASAS RUSSO LTDA. E FAZENDA NACIONAL  
Apelados: OS MESMOS  
Advogados: DRS. MARA REGINA SIQUEIRA DE LIMA E OUTROS

***EMENTA: TRIBUTÁRIO. CRÉDITO ADVINDO DE RECOLHIMENTOS INDEVIDOS REFERENTES À CONTRIBUIÇÃO DO FINSOCIAL. SENTENÇA ULTRA PETITA. PRESCRIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. JUROS COMPENSATÓRIOS.***

*- Trata-se de sentença ultra petita, vez que a compensação deferida não fora matéria trazida pela impetrante em seu pleito inicial. Restando, portanto, ao Tribunal reduzir o decisorum aos limites do pleito.*

*- Nos lançamentos por homologação, o prazo em regra para sua ocorrência é de 5 (cinco) anos a contar do fato gerador. Após o decurso deste prazo, acrescenta-se mais um lustro, em conformidade com o disposto no art. 168 do CTN, perfazendo, assim, 10 anos.*

*- Aplicação de correção monetária como mecanismo de proteção à moeda. Devem ser aplicados os índices de IPC/INPC/UFIR, correspondentes ao período de incidência.*

*- Incabíveis os juros de mora, vez que se trata de lançamento por homologação, não*

*havendo demora por parte da Fazenda Pública.*

*- A taxa SELIC apresenta caráter compensatório. Incidência de acordo com a vigência das Leis 9.250/95 e 9.532/97. Afastada a ocorrência de qualquer outra forma de correção monetária.*

*- Preliminar de prescrição rejeitada.*

*- Apelação da Fazenda Nacional desprovida, apelação da impetrante e remessa oficial providas em parte.*

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar de prescrição e, no mérito, negar provimento à apelação da Fazenda Nacional e dar parcial provimento à apelação da impetrante e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 13 de setembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA -  
Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA: Trata-se de apelações e remessa oficial de sentença concessiva, em parte, da segurança impetrada por Casas Russo Ltda., visando ao reconhecimento do direito de incluir em seu crédito, referente ao recolhimento indevido a título de FINSOCIAL, além da correção monetária, os expurgos inflacionários, os juros de mora e os juros compensatórios.

O MM. Juiz *a quo* reconheceu o direito à compensação do que fora indevidamente recolhido a título de FINSOCIAL com

parcelas vencidas e vincendas da COFINS, devendo a referida quantia ser corrigida monetariamente pela UFIR, sendo que as parcelas anteriores ao advento da Lei nº 8.383/91 devem ser atualizadas pelo mesmo índice que a União Federal corrigia seus créditos. Ademais, determinou a incidência dos juros moratórios, relativamente às parcelas anteriores à Lei nº 9.250/95, e, quanto às demais parcelas, determinou a correção pela Taxa SELIC.

Apela a Casas Russo Ltda., requerendo a anulação da sentença monocrática no que se refere à autorização da compensação do indébito a título de FINSOCIAL com a COFINS, uma vez que não guarda identidade com o objeto do feito. Pleiteou, outrossim, a incidência dos expurgos inflacionários e a inclusão dos juros compensatórios, a partir de cada pagamento indevido.

A Fazenda Nacional sustentou, em sua apelação, que se operou a prescrição dos recolhimentos efetuados há mais de um quinquênio da propositura da ação. Argüiu, ainda, a impossibilidade da compensação do FINSOCIAL com a COFINS, vez que são contribuições com finalidades distintas e que o referido crédito não goza de liquidez e certeza, contrariando o disposto na Lei nº 8.383/91.

Contra-razões apresentadas às fls. 141/150 e 153/155.

Relatei.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): A matéria em deslinde versa sobre a inclusão no crédito, advindo de recolhimentos indevidos a título de FINSOCIAL, além da correção monetária, os expurgos inflacionários e os juros compensatórios e moratórios.

Inicialmente, entendo tratar-se de sentença *ultra petita*, porquanto fora concedido o direito à compensação, matéria não trazida pela impetrante na exordial, razão pela qual reduzo a decisão aos limites ali contidos.

Quanto à suscitada preliminar de prescrição, tem-se que, nos termos do art. 168 do Código Tributário Nacional, o direito

de pleitear a restituição de tributos recolhidos indevidamente extingue-se com o decurso de 5 (cinco) anos.

Na hipótese dos autos, contudo, tratando-se de tributos sujeitos a lançamento por homologação, deve-se observar o disposto no § 4º do art. 150 do CTN, de dicção:

“Art. 150, § 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

Somando-se este prazo àquele estabelecido no artigo 168 do CTN, temos que o direito a pleitear a restituição dos valores recolhidos indevidamente, a título das exações em comento, extingue-se em 10 anos, razão pela qual rejeito a preliminar de prescrição.

A respeito da utilização do mandado de segurança como via acertada para se efetivar a compensação, valiosa a lição do ilustre tributarista, Desembargador Federal aposentado desta Corte, Hugo de Brito Machado, que passo a transcrever:

“É importante esclarecer que a Lei 8.383/91 cuidou da compensação de forma diversa da prevista no art. 170 do Código Tributário Nacional, sendo importantes as diferenças entre as duas prescrições normativas.

No art. 170 do Código cuida-se de compensação de créditos tributários com créditos de qualquer natureza, desde que líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo com a Fazenda Pública.

(...)

Na Lei 8.383/91 a compensação autorizada é apenas de créditos do contribuinte, ou responsável tributário, contra a Fazenda Pública, decorrentes de pagamento indevido de tributos ou contribuições federais, com tributo da mesma espécie, relativo a períodos

subseqüentes”.<sup>1</sup>

Na esteira deste entendimento, conclui-se que, para efetuar a compensação disciplinada pela Lei 8.383/91, necessária não se faz a prévia exigência de créditos líquidos e certos. Por conseguinte, o mandado de segurança é instrumento apropriado para se ver declarado o direito à compensação e à inclusão da atualização monetária do que fora pago indevidamente.

No que concerne à aplicação da correção monetária no montante restituído ou compensado, nada mais acertada, posto que tal mecanismo visa à proteção da moeda, para que lhe seja conservado o poder aquisitivo. Eis arestos do c. Superior Tribunal de Justiça a confirmar tal entendimento:

“Tributário. Processual Civil. Falta de motivação das decisões. Prequestionamento. Ausência. Compensação do FINSOCIAL com a COFINS. Possibilidade. CTN, art. 170. Lei nº 8.383/91, art. 66 e parágrafos. Correção monetária.  
(...)

III. Os valores a compensar devem ser corrigidos monetariamente, desde quando indevidamente pagos, tendo em conta a variação do IPC até fevereiro/91; a partir daí, considerando-se o INPC (Lei nº 8.177/91, art. 4º), em vez da TR (Supremo Tribunal Federal – ADIN 493 – STF); de janeiro/92 em diante, aplicando-se a UFIR (Lei 8.383/91, art. 66, § 3º). Precedentes.  
IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido”.

(Resp 80.430-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 2ª Turma, DJU 23.08.99, unânime).

“Tributário. FINSOCIAL e COFINS. Compensação. Correção monetária. Índices aplicáveis. Precedentes.

1. Os créditos compensáveis do FINSOCIAL com a COFINS devem ser corrigidos pelos ín-

---

<sup>1</sup> Machado, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 157.

lices do IPC, INPC e UFIR no respectivo período de incidência, consoante orientação consagrada no STJ.

2. Recurso especial conhecido e provido, determinando que a atualização seja feita com observância dos critérios estabelecidos nesta Corte e nos termos do pedido”.

(Resp 249.814-PE, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, *DJU* 29.05.00, unânime).

“Tributário. Compensação. FINSOCIAL x COFINS. Correção monetária. Inclusão dos expurgos inflacionários.

1. Na compensação de valores pagos a título do FINSOCIAL (DL 1.940/82), considerado inconstitucional, com aqueles devidos a título de contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, a correção monetária far-se-á com a aplicação dos índices referentes aos expurgos inflacionários do Governo, atendendo à seguinte forma: mês de janeiro de 1989, índice de 42,72%; no período de março de 1990 a janeiro de 1991, o IPC; a partir da promulgação da Lei 8.177/91, vigora o INPC; a partir de janeiro de 1992, a UFIR, na forma preconizada pela Lei 8.383/91.

(...)”.

(REsp nº 198618/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, *DJU* 21.06.1999, unânime).

Passo a analisar a possibilidade de aplicação dos juros moratórios e juros compensatórios.

No pertinente à aplicação dos juros moratórios, vem esta e. Turma, em consonância com a jurisprudência emanada do STJ, decidindo pela sua inaplicabilidade, vez que estes só seriam cabíveis ante a demora por parte da Fazenda Pública, hipótese não configurada na compensação tratada pela Lei 8.383/91, onde o próprio contribuinte apura o seu débito, ficando a autoridade administrativa incumbida, tão-só, da homologação.

No que tange à inclusão dos juros compensatórios, ne-

cessária a observância do disciplinamento da taxa SELIC, que na Lei 9.250, de 26.12.95, em seu art. 39, § 4º, assim prescreve:

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

§ 4º. A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada”.

Posteriormente, a Lei 9.532, de 10.12.97, no art. 73, estabelece:

“Art. 73. O termo inicial para cálculo dos juros de que trata o § 4º do art. 39 da Lei 9.250, de 1995, é o mês subseqüente ao do pagamento indevido ou a maior que o devido”.

A natureza da taxa SELIC vem sendo matéria controvertida. A Primeira Seção do col. STJ, quando do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 162.914-PR, em 13.10.1999, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, assim se manifestou:

“Tributário e Financeiro - COFINS - FINSOCIAL - Compensação - Juros - Lei 9.250/95 (art. 39, § 4º) - Natureza jurídica - Incidência.

- Os juros previstos no art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, têm caráter compensatório. Eles incidem na compensação de tributos indevidos, recolhidos em conseqüência de lançamento por homologação.

(...)"

Desta feita, filio-me a tal corrente, entendendo ter a taxa SELIC caráter compensatório. Sua incidência deverá ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1996, sobre os recolhimentos que vinham sendo efetuados anteriormente à vigência da Lei 9.250/95. Aos valores recolhidos indevidamente, quando já vigente o mencionado diploma legal, deverá incidir a partir da data do pagamento indevido ou a maior. Noutra turno, com o advento da Lei 9.532/97, o termo inicial passou a ser o mês subsequente ao do pagamento indevido ou a maior. Descartando-se, todavia, qualquer outra forma de correção monetária.

Esse também tem sido o entendimento eleito por esta Turma, conforme se noticia nas ementas a seguir transcritas:

"Tributário. Atualização de crédito oriundo de recolhimentos indevidos a título de FINSOCIAL. Correção monetária. Juros compensatórios. Juros moratórios. Não incidência.

(...)

- A partir da Lei nº 9.250/95, aplicar-se-á a Taxa SELIC, que tem caráter compensatório (ERESP 162.914-PR), excluídas, contudo, outras incidências, a título de correção monetária, sob pena de *bis in idem*.

- Os juros de mora são devidos pelo atraso culposo no cumprimento da obrigação. Contudo, não há que se falar em mora da Fazenda Pública na compensação da Lei 8.383/91, haja vista esta se dar por iniciativa do sujeito interessado, cabendo ao Fisco, tão-somente, a posterior homologação".

(AMS 67543-PE, Rel. Desembargador Federal Castro Meira, DJU 26.05.00, unânime).

"Tributário. FINSOCIAL. Súmula nº 06. Compensação. Art. 66 da Lei 8.383/91. Taxa SELIC. Aplicação a partir de 1º de janeiro de 1996.

(...)



III - Aplica-se, a partir de 1º de janeiro de 1996, no caso de compensação tributária, o art. 39, parágrafo 4º, da Lei 9.250/95, que trata da Taxa SELIC.

IV - Remessa e apelação às quais se nega provimento”.

(AMS 72004-RN, Rel. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, *DJU* 27.10.00, unânime).

No presente caso, evidencia-se, conforme planilha acostada aos autos, terem sido os recolhimentos indevidos efetuados antes da edição da Lei 9.250/95, restando, portanto, incabível a aplicação da SELIC a contar de cada pagamento, como pleiteado pela autora, sendo devida a partir de 1º de janeiro de 1996.

Isto posto, nego provimento à apelação da Fazenda Nacional, dou parcial provimento à apelação da impetrante para conceder a incidência da correção monetária, incluindo os expurgos inflacionários, e dos juros compensatórios, nos termos do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, e dou parcial provimento à remessa oficial para excluir da condenação os juros moratórios e afastar da decisão a parte *ultra petita*.

Assim voto.

## **APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 75.501-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA  
Apelante: COMÉRCIO E NAVEGAÇÃO E. BATISTA LTDA.  
Apelada: UNIÃO  
Advogados: DRS. GABRIEL TEIXEIRA DE OLIVEIRA JÚNIOR E OUTRO (APTE.)

***EMENTA: ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO SANITÁRIA. AGENTE MARÍTIMO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CARÊNCIA DE AÇÃO.***

- *A impetrante insurge-se contra o auto de infração sanitária lavrado pelo impetrado, partindo do pressuposto fático de que participou da relação como agente marítimo, exercendo um mandato mercantil. Como não faz prova dessa sua condição quando da relação travada com o navio "Multitank Britania", carece de sustentação tal afirmativa basilar para a análise da procedência de seu pedido, do mérito propriamente dito.*
- *Necessitando de prova pré-constituída, como verdadeira condição especial da ação, o mandado de segurança não comporta dilação probatória.*
- *Apelação improvida.*
- *Sentença mantida.*

#### ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas anexos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 30 de agosto de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA - Relator

#### RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Comércio e Navegação E. Batista Ltda. contra ato do Sr. Chefe da Secretaria de Vigilância Sanitária - Departamento Técnico-Operacional da Coordenadoria de Portos, Aeroportos e Fronteiras no Estado de Pernambuco, argumentando que o auto de infração lavrado por essa autoridade seria nulo e errôneo quanto ao destinatário.

A impetrante narrou que foi autuada pelo impetrado, em 28.10.99, quando da visita da vigilância sanitária ao navio "Multi-tank Britannia" (Auto de Infração Sanitária nº 17). Insurge-se contra o ato administrativo por vislumbrar a sua nulidade, uma vez que teria sido omissa em relação a dois requisitos obrigatórios na lavratura, previstos no art. 13 da Lei nº 6.437/77, quais sejam, o nome do infrator e a penalidade a que se sujeita. Acrescentou que a autoridade impetrada autuou o agente marítimo, mero detentor de mandato comercial, como se infrator fosse. Alegou que é agência marítima nacional e não a proprietária do navio em que foram encontradas as supostas irregularidades, pelo que não poderia ser tida como infratora, tampouco responsabilizada. Pugnou pela anulação do auto de infração.

Liminar concedida às fls. 74.

Nas informações, o impetrado argüiu a carência de ação por falta de comprovação do direito líquido e certo de plano, como requer a via mandamental. No mérito, defendeu o ato por *"não conceber a lavratura de um auto de infração contra um armador que se encontra na Europa, Ásia, ou em outro continente, sustando por completo a eficácia da norma, por não ser possível a aplicação da sanção cabível, todavia, o agente, representante legal, concorreu para o evento infracional, fato pelo qual é pertinente a lavratura do auto de infração contra este"*. Acrescentou, em sua defesa, que a ANVS (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) agiu no estrito cumprimento do dever legal, no uso do poder de polícia.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da segurança por entender que não poderia o agente marítimo ser autuado por infração sanitária de responsabilidade do armador do navio.

O MM. Juiz Federal, cassando a liminar anteriormente concedida, extinguiu o processo sem julgamento de mérito pela carência de prova pré-constituída. Asseverou:

*"(...)*

*O impetrante não instruiu a inicial com o contrato firmado com o armador, sequer juntou aos autos documento que comprovasse sua condição de simples mandatário comercial, na condição de agente marítimo, que excluiria da*

*condição de responsável tributário, segundo a Súmula nº 192 do ex-TFR. Sente-se falta de documentos que comprovem que estivesse, tão-somente, no exercício das atribuições próprias de agente marítimo, ausência essa que descaracteriza a liquidez e certeza do suposto direito a ser protegido pela via estreita do mandado de segurança, em cujo processo não é pertinente a instrução probatória, exigindo-se que as situações e os fatos sejam comprovados de plano quando da propositura da ação". (Fls. 118/119).*

A impetrante apelou da decisão com o seguinte argumento, em síntese:

"(...)

*A impetrante juntou vasta prova, restando, data vênia, inequívoca, da sua condição de mandatária comercial dos armadores/proprietários do navio, parte ilegítima, portanto, para figurar como infratora nos 'autos de infração citados'. Acrescentou que "o contrato de mandato entre agente marítimo e armador é tácito, proveniente dos usos e costumes e da agilidade que exige o comércio marítimo.*

*(...)"*. (Fls. 125/131).

Em contra-razões, a União sustentou não haver vícios a inquinarem de nulidade o auto de infração. Aduziu: *"as infrações constatadas foram devidamente descritas e corretamente capituladas na Lei pela autoridade coatora"; "também consta do auto de infração referido o nome do infrator, qual seja, a própria impetrante"*. Afirmou, ainda, a responsabilidade da impetrante por falta de comprovação da condição de mandatária, vez que teria como objetivos sociais a realização de comércio de comissões, consignações, agenciamento de navios e demais atividades conexas e correlatas.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA (Relator): Trata-se de mandado segurança em que se questiona o auto de infração lavrado contra agente marítimo que se diz mero mandatário do armador do navio "Multitank Britannia" e, portanto, insuscetível de responsabilização pela infração sanitária constatada no interior do mesmo. Argumenta que a práxis vem sendo a celebração de contratos tácitos de mandato entre agente marítimo e armador.

Embora houvesse concedido a medida liminar, o ilustre Magistrado extinguiu o feito sem julgamento de mérito por ausência da prova pré-constituída considerada essencial, qual seja, documento demonstrativo de que a relação desenvolvida entre a impetrante e o navio infrator era de mandato, agindo a impetrante, pois, na condição de agente comercial e não armadora/proprietária do navio.

Deve-se atentar, na análise da questão processual, para o objeto social da empresa impetrante, pois, como ressalta a União em suas contra-razões, este é bastante amplo. Vejamos o que reza a cláusula terceira do contrato de sociedade comercial acostado pela impetrante às fls. 28/38:

*"A sociedade tem por objeto a realização do comércio de comissões, consignações, agenciamento de navios e demais atividades conexas e correlatas". (Fls. 29; originariamente sem grifo).*

Diante da amplitude do objeto contratual, é de reconhecer-se que, no âmbito da área comercial marítima, mais precisamente na atividade portuária, pode a impetrante exercer diversas tarefas, celebrar diversos contratos, dentre os quais se inclui o de fretamento, arrendamento ou mesmo compra e venda de navios. Nada impede que a impetrante atue também como armadora ou proprietária de navios. Remanesce a dúvida sobre a espécie de relação estabelecida pela impetrante quanto ao navio "Multitank Britannia".

O alegado direito líquido e certo da impetrante de não ser autuada por ser mera agente marítima, detentora de manda-

to mercantil, pressupõe a comprovação dessa qualidade. Mostra-se correta a decisão do MM. Juiz Federal *a quo*, ao concluir pela extinção do feito sem julgamento do mérito.

Em mandado de segurança, exige-se como pressuposto especial da ação o direito líquido e certo, ou seja, o embasamento documental dos fatos narrados. Assim, deve o impetrante comprovar a situação fática em que se encontra e o ato abusivo sofrido ou que está em vias de ocorrer.

Nesse sentido tem defendido a mais abalizada doutrina. Confira-se o que ensina Eduardo Arruda Alvim a respeito:

*“Examinemos com mais vagar a idéia de certeza do direito, em função do tipo de prova. Como se disse, está ela ligada à prova documental que instrui a inicial. No mandado de segurança os fatos deverão estar cabalmente provados, mediante prova documental junta com a petição inicial.*

*(...)*

*Em realidade, a prova no mandado de segurança se deve restringir aos documentos acostados à inicial e, nesse sentido, realmente a prova deve ser pré-constituída (por outras palavras, diz-se que a prova deve ser pré-constituída ao processo de mandado de segurança, pois que em seu curso não se admite dilação probatória. O de que não há necessidade, todavia, é que a prova tenha sido constituída especificamente para ação de mandado de segurança.*

*(...)*

*A certeza do direito é aferível a partir da inexistência de dúvida quanto aos fatos, sendo, efetivamente, o requisito da liquidez um verdadeiro reforço de expressão, como diz Castro Nunes, em feliz observação, que, de tão pertinente, nos permitimos repetir. Como se disse, em acórdão do STJ, referido linhas atrás, o direito líquido e certo pressupõe a incidência da regra jurídica sobre fatos incontroversos, chegando-se à certeza por prova documental.*

(...)

*Finalmente, uma última consideração faz-se necessária. Já se disse que a ausência de direito líquido e certo haverá de levar à carência do mandado de segurança. Isto porque o direito líquido e certo configura verdadeira condição da ação do mandado de segurança (estabelecida no patamar constitucional). Deste modo, a decisão que conclua que os fatos narrados na inicial não estão suficientemente provados deverá decretar a carência do mandado de segurança, não lhe julgando o mérito. Nessa hipótese, o pedido poderá ser renovado pelas vias ordinárias (art. 15 da Lei 1.533/51), o que não ocorre quando há julgamento de mérito do mandado de segurança, ou mesmo poderá ser renovado o próprio mandado de segurança, se dentro dos 120 (cento e vinte) dias (art. 16 da Lei 1.533/51).*

*Cássio Scarpinella Bueno diz, com razão, ser o direito líquido e certo condição específica da ação de mandado de segurança, in verbis: 'É (o direito líquido e certo), ao lado das tradicionais condições da ação: interesse de agir, legitimidade para a causa e a possibilidade jurídica do pedido, uma condição específica para que possa o mandado de segurança ser julgado em seu mérito, atendendo ou rejeitando o pedido do impetrante'. Como idéia eminentemente processual - segundo o que se disse anteriormente -, a ausência de direito líquido e certo haverá de conduzir à carência de ação. - Grifo do Relator (In Mandado de Segurança no Direito Tributário, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 92-103).*

Lição análoga fora ministrada em obra clássica do saudoso Hely Lopes Meirelles:

*"Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com*

*todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo para fins de segurança. Evidentemente, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (CC, art. 1.533). É um conceito impróprio – e mal expresso – alusivo à precisão e comprovação do direito quando deveria aludir à precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito. Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança”.*

*(In Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”;* São Paulo: Malheiros, 1998, p. 35).

Os ensinamentos aplicam-se com perfeição ao caso dos autos. Vê-se que está comprovado documentalmente o ato apontado como coator, qual seja, o auto de infração sanitária de nº 17 (fls. 45). Todavia, a impetrante insurge-se contra a conduta da autoridade impetrada partindo do pressuposto fático de que participou da relação como agente marítimo, exercendo um mandato mercantil. Como não faz prova dessa sua condição quando da relação travada com o navio “Multitank Britannia”, carece de sustentação tal afirmativa basilar para a análise da procedência de seu pedido, do mérito propriamente dito. Necessitando da prova pré-constituída acima referida pelos autores citados, o mandado de segurança não comporta dilação probatória.

Diante do exposto, nego provimento à apelação para manter os termos da sentença.

É como voto.



**APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº  
75.591-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO  
NUNES MAIA FILHO  
Apelantes: DEMALVA MARIA DA SILVA E OUTROS  
Apelada: UNIÃO FEDERAL  
Advogados: DRS. MANUEL BATISTA DE MEDEIROS E OU-  
TROS (APTES.) E BENEDITO HONÓRIO DA  
SILVA (APDA.)

***EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PRO-  
CESSO CIVIL. ADICIONAL DE GESTÃO EDU-  
CACIONAL. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCU-  
LO NA INCORPORAÇÃO DOS QUINTOS E  
DÉCIMOS. REDUTIBILIDADE DOS VENCI-  
MENTOS. IMPOSSIBILIDADE. DECADÊNCIA.***

***- Em nosso ordenamento prevalece o enten-  
dimento segundo o qual o ato será regido  
pela lei do tempo em que se efetuou, de  
modo que um determinado dispositivo legal  
não poderá retroagir para prejudicar um in-  
divíduo, salvo as exceções legalmente per-  
mitidas.***

***- O art. 54 da Lei 9.784/99 dispõe que o direi-  
to da Administração de anular os atos admi-  
nistrativos de que decorram efeitos favorá-  
veis para os destinatários decai em cinco  
anos, contados da data em que foram prati-  
cados, salvo comprovada má-fé.***

***- Apelação provida.***

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AMS 75.591-PB, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em dar provimento à apelação, nos ter-

mos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, na forma da lei.

Recife, 28 de agosto de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA  
FILHO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Trata-se de apelação em mandado de segurança contra sentença proferida pelo douto Juízo de origem que denegou o *writ*, indeferindo o pleito dos apelantes visando, à suspensão de desconto em seus vencimentos relativos a qualquer valor incidente sobre a vantagem de décimos incorporados.

2. Os apelantes alegam, em suas razões recursais, o seguinte: (a) o art. 15, parágrafo 1º, da Lei 9.527/97 é inconstitucional, eis que não respeita o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a irredutibilidade constitucional dos estímulos dos servidores públicos; (b) a incorporação da vantagem dos décimos remunerativos se verificou antes da lei, que não retroage para prejudicar ninguém; (c) a transformação imposta pela Lei 9.527/97 conflita com o que dispõem as Leis 8.112/90 e 8.911/94, já que ambas asseguram aos servidores a manutenção de seu nível econômico remunerativo, depois do desempenho de CD e de FG.

3. As contra-razões recursais podem ser assim resumidas: (a) segundo a jurisprudência do STF, o que a irredutibilidade veda é a diminuição, por lei posterior, dos vencimentos que o servidor, antes de sua vigência, estivesse recebendo; (b) o art. 20 da Lei 9.624/98 convalidou os atos praticados por várias medidas provisórias, entre elas a MP 1.480-22, que regulou os cálculos dos décimos no período em que vigorou, dado que a redação da Lei 8.911/94 não existe no mundo jurídico.

4. É o que havia de relevante para relatar.

## VOTO

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

1. Os apelantes, Normando Gomes Filgueiras, Demalva Maria da Silva Oliveira e José Rômulo Gondim de Oliveira, respectivamente, em 01.01.91, 31.12.92 e 17.07.93, incorporaram às suas remunerações frações de quintos/décimos de Funções Gratificadas/Cargos de Direção, conforme Leis 6.732/79 e 8.911/94.

2. *A posteriori*, em 04.12.98, o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado emitiu o Ofício 439/AUDIR/SRH/98, determinando que o Adicional de Gestão Educacional - AGE não fosse considerado como base de cálculo na incorporação de quintos/décimos, diminuindo, via de consequência, os vencimentos dos apelados.

3. De acordo com os enunciados 346 e 473 da Súmula do colendo Supremo Tribunal Federal, a Administração Pública pode rever os seus próprios atos e anulá-los, em caso de vício, ou revogá-los, por inoportunos ou inconvenientes, ***sendo essa prerrogativa administrativa uma real e inafastável necessidade, em vista dos erros, equívocos e fraudes que podem efetivamente ocorrer na confecção dos atos que emite.***

3. Igualmente, pode a Administração Pública, em razão da relevância do interesse geral, social ou público, revogar atos de sua prática, *mas sempre ressaltando os direitos individuais, sendo essa garantia, até, uma autêntica característica do nosso sistema normativo.*

4. Não se pense, porém, que essa prerrogativa administrativa, mesmo submetida ao *due process of law*, possa ser exercida por tempo indeterminado, *como se sobre a cabeça dos administrados pudesse pender indefinida e constantemente a espada de Dâmocles*, pois ***essa prerrogativa administrativa não é inextinguível, eis que a estabilidade das relações jurídicas exige que o instituto da decadência e da prescrição opere em todas as direções, tranquilizando a vida das pessoas e permitindo que possam fazer com segurança os seus projetos existenciais.***

5. Na verdade, ***mesmo em sede administrativa discipli-***

*nar*, o instituto da preclusão opera efeitos, como se vê nesta paradigmática lição de Hely Lopes Meirelles:

*“A prescrição administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre a matéria sujeita à sua apreciação. Não se confunde com a prescrição civil, nem estende seus efeitos às ações judiciais, pois é restrita à atividade interna da Administração e se efetiva no prazo que a norma legal estabelecer. Mas, mesmo na falta de lei fixadora do prazo prescricional, não pode o Servidor Público ou o particular ficar perpetuamente sujeito à sanção administrativa por ato ou fato praticado há muito tempo. A esse propósito, o STF já decidiu que a regra é a prescritibilidade e que esta ocorre no prazo de quatro anos para as penalidades disciplinares do funcionalismo federal. Entendemos que, quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Decreto 20.910/32), das punições dos profissionais liberais (Lei 6.838/80) e para cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174)”. (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 18ª ed., p. 583).*

6. Discorrendo sobre o tema da invalidação dos atos administrativos, quer por anulação, quer por revogação, a Professora Weida Zancaner ensina:

*“O princípio da legalidade, fundamento do dever de invalidar, obriga a Administração Pública a fulminar seus atos viciados não passíveis de convalidação. Só que a invalidação não pode ser efetuada **sempre e indistintamente**, com referência a todas as relações inválidas não convalidáveis que se apresentem ao administrador, **em razão das barreiras ao dever de invalidar**. Os limites ao dever de invalidar surgem do próprio sistema jurídico po-*

sitivo, pois, como sabemos, coexistem com o princípio da legalidade outros princípios que devem ser levados em conta quando do estudo da invalidação. Claro está que o princípio da legalidade é basilar para a atuação administrativa, mas como se disse, encartados no ordenamento jurídico estão outros princípios que devem ser respeitados, ou por se referirem ao Direito como um todo, como, por exemplo, o princípio da segurança jurídica, ou por serem protetores do comum dos cidadãos, como, por exemplo, a boa-fé, princípio que também visa protegê-los quando de suas relações com o Estado". (Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos, Malheiros, 2ª ed., p. 60).

7. E arremata a notável administrativista, no seu estudo pioneiro:

*"Assim, em nome da segurança jurídica, simetricamente ao que referimos quanto à convalidação, o decurso do tempo pode ser, por si mesmo, a causa bastante para estabilizar certas situações, fazendo-as intocáveis. Isso sucede nos casos em que se costuma falar em prescrição, a qual obstará a invalidação do ato viciado".* (Op. cit., p. 61).

8. A principal finalidade dessas construções doutrinárias, com firme apoio normativo, é permitir que as pessoas **tenham o merecido sossego e possam aquietar as suas vidas, sem maiores atribulações.**

9. Veja-se a posição do saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles sobre a questão:

*"A prescrição administrativa e a judicial impedem a anulação do ato no âmbito da Administração ou pelo Poder Judiciário. E justifica-se essa conduta porque o interesse da estabilidade das relações jurídicas entre o administrado e a Administração ou entre esta e seus servidores é também interesse público, tão re-*

*levante quanto os demais. Diante disso, impõe-se a estabilização dos atos que superem os prazos admitidos para sua impugnação, qualquer que seja o vício que se lhes atribua. Quando se diz que os atos nulos podem ser invalidados a qualquer tempo, pressupõe-se, obviamente, que tal anulação se opere enquanto não prescritas as vias impugnativas internas e externas, pois, se os atos se tornaram inatacáveis pela Administração e pelo Judiciário, não há como pronunciar-se sua nulidade". (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 24ª edição, p. 189).*

9. *In casu*, o regramento que implica a redução do *quantum* dos vencimentos dos apelados foi expedido em 04.12.98, dessa forma, os efeitos de tal Parecer só poderão abranger as situações perpetradas até 04.12.1993, sob pena de penetrarem o manto inabalável da decadência. Não há como se estender, então, os efeitos de citado Parecer aos apelados, eis que a incorporação das frações de quintos e décimos de FCs perfez-se em data anterior a 04.12.93.

10. A conclusão acima exposta encontra, finalmente, fundamento no dispositivo insculpido no art. 54 da Lei 9.784/99, *in verbis*:

"Art. 54 - O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários **decai em cinco anos**, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé".

11. Por outro lado, não merece prosperar o argumento segundo o qual a Lei 9.784/99 só seria aplicável aos fatos ocorridos posteriormente a ela, haja vista que tal dispositivo legal só veio concretizar o posicionamento há muito defendido pela doutrina, conforme se pode constatar dos escólios citados no decorrer do presente julgamento.

12. É patente, pois, no presente caso, a impossibilidade do direito da Administração em tentar retroagir os efeitos do Ofício 439/AUDIR/SRH/98 a situações que foram consolidadas, res-

pectivamente, em 01.01.91, 31.12.92 e 17.07.93, até porque o ordenamento jurídico adota o princípio segundo o qual o ato é regido pela lei do tempo em que foi efetuado, não podendo um dispositivo legal retroagir seus efeitos para prejudicar um indivíduo, salvo as exceções legalmente permitidas.

13. Pelos motivos expostos, dou provimento à apelação, no sentido de que a apelada não efetue qualquer desconto referente a valor incidente sobre a vantagem de décimos incorporados, bem como não ordene a devolução de valores referentes à mesma vantagem pessoal de décimos incorporados.

14. É como voto, Presidente.

## **APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 77.388-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Apelante: UNIÃO  
Apelado: JOSÉ RICARDO BAZANTE GUEDES  
Advogado: DR. MIGUEL BARBOSA DA SILVA (APDO.)

### ***EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO.***

***- Reserva de vagas: 50% civis e 50% militares.***

***- Ofensa ao princípio da isonomia.***

***- Apelação e remessa improvidas.***

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e examinados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, por maioria, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que integram o presente.

Custas, como de lei.

Recife, 25 de setembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES -  
Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES: Insurge-se a apelante contra sentença que julgou procedente o pedido, para assegurar ao autor o direito de ingressar na Escola de Sargento das Armas.

Alega, em resumo, preliminarmente, a nulidade processual por falta de citação dos litisconsortes passivos necessários, quais sejam, todos os candidatos aprovados no referido concurso, notadamente o candidato civil classificado em 5º lugar; e que o impetrante deu entrada tardiamente em impugnação judicial contra as disposições do edital do concurso, de cujas regras não pode alegar desconhecimento, incidindo o instituto da decadência, em respeito ao princípio da segurança jurídica.

No mérito, argúi que não há que se falar em ofensa ao princípio constitucional da igualdade, em virtude da disposição do edital que, no seu art. 10, § 1º, assegura 50% das vagas, fixadas por RM e QMS, para os candidatos militares em serviço ativo, e a outra parte para candidatos civis.

Contra-razões apresentadas.

É o relatório. Peço dia para julgamento.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator): Não existindo candidatos em situação idêntica à do litigante, conclui-se pela inexistência de litisconsorte necessário, não viciando de nulidade processual a não citação dos mesmos. Rejeito a preliminar suscitada.

O ato impugnado foi a sua não convocação para o curso



da Escola de Sargento das Armas, apesar de ter obtido o quarto lugar dentre as quatro vagas existentes. Assim, rejeito a preliminar de decadência da impugnação argüida.

No mérito, a regra do concurso público é a da igualdade de condições com vedação de discriminações. Não havendo justificativa, portanto, para se reservar vagas levando em consideração a anterior profissão do aprovado, militar ou civil. Dentre as quatro vagas existentes, devem ser admitidos os quatro melhores, aferidos pela classificação no concurso, em atenção ao princípio da isonomia.

Por essas razões, rejeito as preliminares e, no mérito, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

## **ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 753-CE**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
Apelante: BORIS FRÈRES & CIA. LTDA.  
Apelada: UNIÃO FEDERAL  
Advogados: DRS. JOSÉ ROBERTO MENESCAL DE ABREU E OUTRO (APTE.)

***EMENTA: CIVIL. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 7.450/85. ARTIGO 88. ENFITEUSE DE IMÓVEL DA UNIÃO. INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO - ADMINISTRATIVO. ATUALIZAÇÃO DO VALOR DO FORO. CONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO.***

***- "O Código Civil regula a enfiteuse de bens particulares, pertencentes a pessoas naturais ou jurídicas. A enfiteuse dos terrenos de marinha sempre se regeu por lei especial, ainda que se lhe aplicassem preceitos do***

*direito comum, naquilo em que não havia provisões próprias desse caso particular de aforamento. E a essa lei especial remetia o Código Civil, art. 694, a enfiteuse e a subenfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos". (Clóvis Beviláqua, Direito das Coisas, Forense, 1956, p. 291).*

*- O aforamento de terrenos da União está regido por lei especial, sendo enfiteuse de Direito Público Administrativo, de modo que a atualização dos valores do foro deve corresponder à compensação correlativa à desvalorização da moeda, e não ao aumento aleatório do foro a ser pago. Precedentes.*

*- Havendo pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucionalidade do artigo 88 da Lei nº 7.450/85, ainda que tenham ocorrido em sede de controle difuso, deve ser prestigiado tal entendimento, em face da primazia da Corte Maior como intérprete da Constituição.*

*- Arguição de inconstitucionalidade rejeitada.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em Sessão Plenária, por unanimidade, em rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, nos termos do voto da Relatora e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 12 de setembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI - Relatora

## RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI: Cuida-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada nos autos da Apelação no Mandado de Segurança nº 753-CE, relativamente ao art. 88 da Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985.

A colenda Primeira Turma deste Tribunal, em sessão realizada em **25 de abril de 1991**, por maioria, arguiu a inconstitucionalidade do dispositivo antes mencionado, quanto aos imóveis aforados antes da sua vigência.

A inconstitucionalidade suscitada estaria no art. 88 da Lei nº 7.450/85, que deu uma nova redação ao art. 101 do Decreto-lei 9.760, de 5 de setembro de 1946, e referente à atualização do valor do domínio pleno dos terrenos aforados pela União, sujeitos ao pagamento de foro anual de 0,6% (seis décimos por cento).

Rezava o art. 101 do DL 9.760/46:

“Os terrenos aforados pela União ficam sujeitos ao foro de 0,6% (seis décimos por cento) do valor do respectivo domínio pleno”.

A nova redação do mencionado art. 101, e que lhe foi dada pelo referido art. 88 da Lei 7.450/85, complementava-o dizendo:

“Os terrenos aforados pela União ficam sujeitos ao foro de 0,6% (seis décimos por cento) do valor do respectivo domínio pleno, **que será anualmente atualizado**” (negritei).

Quanto aos fatos, convém relatar que o presente mandado de segurança foi impetrado por Boris Frères & Cia. Ltda., empresa do Estado do Ceará, contra ato do Delegado do Serviço do Patrimônio da União naquele Estado que passou a cobrar em valores atualizados o foro pago pela impetrante em razão do aforamento de terrenos de marinha.

A impetrante - Boris Frères & Cia Ltda. - havia aforado dois terrenos de marinha e acrescidos de marinha situados, um na Avenida Pessoa Anta, e o outro no Poço das Dragas, na cidade de Fortaleza. Os respectivos contratos de aforamento

foram firmados: o primeiro, em 28.04.1950, no valor fixo de Cr\$ 1.126,40, e o segundo em 19.12.1953, também no valor fixo de Cr\$ 2.570,00.

No período que compreende da assinatura dos contratos até o ano de 1988, várias normas - Leis e Decretos-leis - incidiram sobre a forma de pagamento e valor do foro, quer em razão das mudanças da moeda brasileira (cruzeiro novo, cruzado, cruzado novo etc.), quer para isentar do pagamento anual quando o valor a ser pago fosse inferior a uma determinada referência (por exemplo, o Decreto-lei 1.876/81 dispensou o pagamento do foro cujo valor fosse inferior a 5 ORTNs).

O Delegado da Secretaria do Patrimônio da União no Ceará, ao prestar as informações, anexou, além do texto legal, vários documentos que embasaram o seu ato de majorar o valor do foro a ser pago pelo impetrante, entre tais: Pareceres da Procuradoria da Fazenda Nacional, Decisão do Tribunal de Contas da União e a Portaria do SPU nº 111/88.

O *Parquet* Federal que atua junto à 1ª Instância, reconhecendo que o interesse público prevalece sobre os interesses individuais ou particulares, opinou pela denegação da segurança.

O mandado de segurança, ao final, foi julgado improcedente, por entender o douto Juiz *a quo* ser aplicável ao caso a teoria da imprevisão, por se tratar de contrato de longa duração, de execução sucessiva, com possibilidade de surgimento de circunstâncias tais que, se previsíveis na ocasião da sua celebração, fariam incorporar cláusulas específicas para regulamentá-las, ou seria de se aplicar, *in casu*, a cláusula *rebus sic stantibus*. Considerou, ainda, que a fixação inicial dos valores a serem pagos não passou de um ato administrativo, sujeito a revisão pela Administração, posto que, quando do termo *a quo*, os valores da moeda brasileira eram estáveis.

No entender do MM. Juiz sentenciante, a única discussão cabível, e não em sede de mandado de segurança, seria a de se aferir se o valor cobrado corresponderia ou não aos 0,6% (seis décimos por cento) do respectivo domínio pleno, ou se teria havido aumento real.

Inconformada, apela a impetrante, anexando como documento uma decisão, noutro processo, do então Juiz da mes-

ma Seção Judiciária, Geraldo Apoliano, hoje Presidente desta Casa, trazendo fundamentos diversos dos esposados na decisão apelada.

Nesta Corte, foram os autos distribuídos à eg. 1ª Turma, cabendo a relatoria ao em. Juiz Castro Meira. No seu voto, o nobre Relator traz decisões deste eg. Tribunal, na lavra dos Juízes Hugo Machado, José Delgado e Petrucio Ferreira, concluindo todos pela legalidade do dispositivo que determinava a atualização anual do valor do domínio pleno das áreas aforadas pela União, para fazer adequação à realidade inflacionária do país. Isto não violaria “o princípio constitucional do direito adquirido, nem haveria conflito com a invariabilidade, certeza do foro e a perpetuidade do contrato de enfiteuse”<sup>1</sup>. Esta posição foi a adotada pelo em. Relator Castro Meira.

Pedindo vista dos autos, o então Juiz Francisco Falcão manifesta-se em sentido contrário, lastreando seu voto com decisão do TRF da 1ª Região, da Juíza Eliana Calmon, que considera ter a nova redação do art. 101 alterado a lei civil, onde a cláusula de fixação de foro é imutável, não somente pela natureza jurídica do contrato de enfiteuse, como pelo princípio da não retroação de lei em prejuízo dos contratantes. Feria, assim, o princípio constitucional relativo ao ato jurídico perfeito.

Seguindo-se, o em. Juiz Ridalvo Costa fundou o seu voto na análise do instituto da enfiteuse, concluindo ser o mesmo de Direito Civil e não de Direito Administrativo e que o foro anual é certo e invariável. Conclui reconhecendo que o § 1º do art. 49 do ADCT garantira a imutabilidade de contratos, de tal forma que a nova redação do art. 101 atentava contra o próprio instituto da enfiteuse.

Prosseguindo, a Turma, por maioria, argúi a inconstitucionalidade do art. 88 da Lei 7.450/85 quanto à atualização do valor do foro a ser pago relativamente aos imóveis aforados antes da sua vigência, tendo, então, sido suspenso o julgamento (25.04.1991) até o pronunciamento deste eg. Plenário.

Vencido o Relator, o acórdão foi lavrado pelo em. Juiz Francisco Falcão, ficando assim ementado:

---

<sup>1</sup> AC 6854/90-PE, Rel. Petrucio Ferreira, j. 18.09.1990.

“EMENTA: DIREITO CIVIL. ENFITEUSE. FORO.  
- Se a Lei n.º 7.450, de 1985, complementou o art. 101, *caput*, do Decreto-lei n.º 9.760/46, para autorizar a atualização anual do domínio pleno do terreno aforado, a inferência lógica é a de que, antes disso, a providência era inviável. Como corolário, segue-se que ela não pode afastar os aforamentos já constituídos, que estão ao abrigo da garantia constitucional reservado aos atos jurídicos perfeitos.  
- Inconstitucionalidade do art. 88 da Lei n.º 7.450/85, que se submete ao Egrégio plenário do TRF – 5ª Região”.

Com vista ao Órgão Ministerial, a douta Procuradora da República, Dra. Armanda Soares Figueiredo, reformulando manifestação anterior nos próprios autos, às fls. 145v., opinou pela declaração da inconstitucionalidade do dispositivo referido (Parecer de fls. 167/8).

Conclusos os presentes ao em. Juiz Francisco Falcão, este, apesar da designação de Pauta, não logrou trazer seu entendimento a este Plenário. Havendo-o sucedido e não localizando nos autos o relatório lançado pelo em. Ministro Francisco Falcão, entendi necessárias estas detalhadas considerações, até mesmo pela distância no tempo, além da própria alteração na composição deste em. Plenário.

É o que importava relatar.

## VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora): O cerne desta questão está em se reconhecer se o art. 88 da Lei n.º 7.450/85, ao modificar o *caput* do art. 101 do Decreto-lei n.º 9.760, de 05 de setembro de 1946, fere os princípios constitucionais, quando conduz ao entendimento da obrigatoriedade de atualização anual do valor do domínio pleno de todos os terrenos aforados pela União, independentemente da data do contrato enfiteutico, se anterior, ou não, ao novo dispositivo legal.

Assim estabelece a norma em comento (art. 88 da Lei nº 7.450/85):

“O *caput* do art. 101 do Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, passa a vigorar com a seguinte redação, mantidos seus parágrafos: Art. 101 - Os terrenos aforados pela União ficam sujeitos ao foro de 0,6% (seis décimos por cento) do valor do respectivo domínio pleno, **que será anualmente atualizado**” (negritei).

A questão, destarte, está colocada na possibilidade de o Poder Público alterar o valor do foro estabelecido em contratos celebrados antes da vigência do mencionado art. 88 da Lei 7.450/85, tendo em vista o art. 678 do Código Civil, que rege a enfiteuse, e, segundo o qual:

“Dá-se a enfiteuse, aforamento, ou empraçamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável”.

Para os que consideram que todos os contratos de enfiteuse estariam regidos pelas regras do Código Civil, o Poder Público ficaria no plano dos conceitos e limites do direito privado. Assim, a lei nova não poderia retroagir os seus efeitos para alcançar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito que se configurariam presentes no contrato celebrado anteriormente à sua vigência.

No outro campo estão os que admitem a enfiteuse de Direito Público e como tal não há falar em direito adquirido à imutabilidade do foro estabelecido, podendo ser aplicada aos contratos de enfiteuse, quando o senhorio direto for o Poder Público, a regra *rebus sic stantibus*. Ante situações novas, deve-se ter presente para que uma das partes (o particular) não se enriqueça indevidamente em detrimento da outra (a Administração Pública). Seriam, portanto, tais contratos prevalentemente de Direito Público - Administrativo.

Ao analisar os votos constantes deste processo, todos abordando relevantes questões jurídicas, preocupei-me, dado

o lapso de tempo entre a arguição de inconstitucionalidade e a presente data (mais de dez anos), na maneira como a matéria estaria sendo tratada pelas demais Turmas deste Tribunal, nas outras Regiões (TRFs) e nos Tribunais Superiores, de modo especial no Supremo Tribunal Federal. Verifiquei inúmeros julgados sobre o assunto.

Nesta Casa, conforme me referi no relatório, entre os que se posicionaram pela aplicabilidade do art. 88 da Lei 7.450/85, estavam, na 1ª Turma, o em. Des. Federal Castro Meira, relator original deste processo, e o em. Juiz Hugo Machado, que, no voto condutor do julgamento da AMS nº 724-RN, assim se posicionou:

“Administrativo e Constitucional. Terrenos de marinha. Reajustamento de foros. Art. 88 da Lei 7.450/85. Inocorrência de irretroatividade.

- A atualização do valor do domínio pleno dos terrenos aforados à União, nos termos do art. 101, Decreto-lei 9.760/46, com a redação que lhe deu o art. 88 da Lei 7.450/85, não implica retroatividade constitucionalmente vedada.

- Apelo improvido”.

Nas demais Turmas, seguiam o mesmo entendimento o então Juiz José Delgado (Apelação em Mandado de Segurança 622-PE, AC 7632/90-PE); o Des. Federal Nereu Santos, na AMS 1.860-CE, *DJU* 12.04.1991; o Des. Federal Araken Mariz, na AC 101486-CE - decisão unânime) e o Des. Federal Petrucio Ferreira (AC 6854-PE, *DJ* 18.09.1990, e AC 129.445-CE, *DJ* 09.10.1998: unânime), esta última ementada:

“Administrativo. Taxa de ocupação. Terreno de marinha. Lei nº 7.450/85. Atualização monetária do foro. Ausência de violação ao princípio do ato jurídico perfeito.

1. A Lei nº 7.450/85, que estabelece a atualização monetária do foro, visando adequar tal prestação à realidade inflacionária, não viola o princípio constitucional que resguarda o ato jurídico perfeito, nem se conflita com a invariabilidade e a certeza do foro e a perpetuidade do contrato de enfiteuse.



2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Apelação improvida”.

A 3ª Turma do TRF da 1ª Região, por unanimidade, julgou a Apelação Cível 01035618, cujo acórdão, publicado no *DJ* de 01 de março de 2000 (p. 12), Relator o em. Juiz Cândido Ribeiro, ficou assim ementado:

“Administrativo. Terreno de marinha. Enfiteuse. Atualização do valor do domínio pleno. Lei nº 7.450, de 1985, e Decreto-lei nº 9.760, de 1946. Arrendamento: taxa de ocupação de imóvel. Avaliação do valor de mercado: laudo unânime.

I - A atualização do valor do domínio pleno para fins de cobrança do foro anual nos termos do art. 101 do Decreto-lei nº 9.760, de 1946, na redação que lhe dera o art. 88 da Lei nº 7.450, de 1985 (‘Os terrenos aforados pela União ficam sujeitos ao foro de 0,6% do valor do respectivo domínio pleno, que será anualmente atualizado’), alcança os contratos de aforamento celebrados anteriormente a essa lei, nos termos de pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

II – *Omissis*.

III - Apelações e remessa de ofício improvidas”.

No TRF da 2ª Região, na Apelação em Mandado de Segurança nº 90.02.16565-RJ, a Quarta Turma julgou, por maioria, sendo Relator para o acórdão o Desembargador Federal Carreira Alvim, e ficando ementado:

“Enfiteuse. Aforamento. Imóvel da União. Atualização de foro.

I - A atualização prevista pela Lei 7.450/85, superveniente à constituição da enfiteuse ou aforamento, ao dar nova redação ao art. 101 do Decreto-lei 9.760/46.

II - Providência legítima, na medida em que se ativer aos índices de correção monetária, mas inconciliável com a garantia do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF 88, e art. 153, § 3º

da anterior), quando venha a refletir a valorização do domínio pleno, resultante de fatores outros que não a simples desvalorização da moeda.

III - Excluem-se, assim, das importâncias exigidas ao enfiteuta ou foreiro, a parcela excedente do foro inicial, monetariamente corrigido, conforme se apurar em liquidação.

IV - Precedente do Supremo Tribunal Federal (RE nº 143.856-8, Relator Ministro Octavio Gallotti).

O Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado, reiteradamente, em julgamentos das 1ª, 3ª e 4ª Turmas, à unanimidade.

A 1ª Turma, sendo Relator o Ministro Demócrito Reinaldo, em decisão no REsp 68342-RJ, em 10.06.1996 (*DJ* 01.07.1996) o acórdão lavrado, ataca o assunto nos diversos enfoques da controvérsia:

“EMENTA: Administrativo. Contrato de enfiteuse envolvendo bens da União. Atualização do foro. Possibilidade. Decreto-lei nº 9.760/46 e Lei nº 7.450/85. Os contratos de enfiteuse celebrados com particulares e envolvendo imóveis da União se regem por normas de Direito Público (Decreto-lei nº 9.760/46), inaplicável o preceito do Código Civil (art. 678) no pertinente à atualização do foro, prevalecendo, nesta parte, a lei especial. A enfiteuse dos terrenos de marinha tem sua disciplina em lei especial (por ser contrato de Direito Administrativo), aplicando-se-lhe as normas do Direito comum nos aspectos jurídicos em que o legislador não instituiu provisões atinentes ao aforamento de bens públicos. A retribuição da enfiteuse (foro), uma vez que atrelada ao valor do domínio pleno do imóvel, esteve sempre sujeita a variação, quer em decorrência do processo inflacionário, quer por fatores outros que alteram o valor patrimonial (do imóvel), estando a União autoriza-

da, independentemente da promulgação da Lei nº 7.450/85, a alterar a percentualização do foro sempre que modificado o valor do domínio pleno do terreno emprazado. Precedentes. Recurso improvido. Decisão unânime”.

Na 3ª Turma, na relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, o REsp 206461, julgado em 25.10.1999, tem a seguinte ementa:

“Mandado de segurança. Denegação de ordem. Enfiteuse. Lei 7.450/85. Precedentes desta Corte.

1. Já está assentada a jurisprudência da Corte no sentido de que ‘a atualização prevista pela Lei 7.450/85, que modificou o art. 101 do Decreto-lei 9.760/46, não corresponde a um aumento do valor do foro e se aplica a todos os contratos de aforamento, inclusive os firmados antes da referida alteração legislativa”.

O Recurso Especial nº 210813-RJ, julgado pela 4ª Turma, também à unanimidade, cujo Relator foi Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ficou ementado:

“Enfiteuse. Foro. Reajustamento anual. Art. 101 do Decreto-lei 9.760/46. A regra que permite a atualização anual do foro aplica-se à enfiteuse constituída anteriormente à vigência da Lei nº 7.450/85. Recurso conhecido e provido”.

Ainda a 4ª Turma do STJ manteve a unanimidade em julgado relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, REsp 39920-RJ, *DJ* 30.03.1998:

“Enfiteuse. Foro. Atualização anual do valor. Contratos de aforamento anteriores à Lei 7.450/85. Aplicação geral. Inocorrência. Recurso desacolhido.

- A atualização prevista pela Lei 7.450/85, que modificou o art. 101 do Decreto-lei 9.760/46, não corresponde a um aumento do valor do foro e se aplica a todos os contratos de aforamento, inclusive aos firmados antes da referi-

da alteração legislativa “.

Apesar de toda a jurisprudência trazida, na realidade, o assunto não tem sido pacífico, posicionaram-se com entendimento diverso o em. Des. Federal Ridalvo Costa, o em. Des. Federal Geraldo Apoliano, o então Juiz Francisco Falcão, Relator desta argüição de inconstitucionalidade. Na 2ª Região também seguiam o mesmo posicionamento os Des. Federais Castro Aguiar, Rogério Carvalho, Tanyra Vargas; na 1ª Região a então Juíza Eliana Calmon, entre outros.

Na doutrina fui buscar apenas uma referência, inclusive como homenagem, neste momento em que nos encontramos às vésperas de um novo Código Civil que, entre outras inovações, elimina dos Direitos Reais o instituto da enfiteuse. Trago o pensamento do próprio Clóvis Beviláqua, cuja contribuição ao Código Civil vigente colocou a nossa legislação civil como uma das mais destacadas dentre as gestadas no final do século XIX, e que conseguiu atravessar todo o século XX, século das maiores transformações de toda a História da Humanidade.

Mas, observa Clóvis Beviláqua, embora com relação à legislação anterior, o Decreto-lei 2.490, de 1940, contudo, com absoluta pertinência:

“As diferenças, que se encontram no regime estabelecido pelo Decreto-lei nº 2.490, de 16 de agosto de 1940, em relação ao estabelecido pelo Código Civil, não alteram este último; porque o referido Decreto-lei se refere, exclusivamente, ao aforamento de terrenos, acrescidos e mangues da costa, bens da União submetidos assim a lei especial, e que, aliás, gozam de situações privilegiadas. Além disso, as medidas tomadas pelo referido Decreto-lei visavam a resguardar interesses da Fazenda Nacional, comprometidos por irregularidades, indenizações ou confusões de limites e outros pontos obscuros das concessões existentes. O Código Civil regula a enfiteuse de bens particulares, pertencentes a pessoas naturais ou jurídicas. A enfiteuse dos terrenos de marinha sempre se regeu por lei especial, ainda que se

lhes aplicassem preceitos do direito comum, naquilo em que não havia provisões próprias desse caso particular de aforamento. E a essa lei especial remetia o Código Civil, art. 694, a enfiteuse e a subenfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos”.<sup>2</sup>

Para concluir, trago decisões do Supremo Tribunal Federal, a primeira no RE nº 240.210-PE, em que foi Relator o em. Ministro Ilmar Galvão. Peço a devida vênia para transcrever breve trecho do seu voto:

“Esta Turma já apreciou hipóteses análogas à presente, quando do julgamento do RE 143.856, Rel. Ministro Octavio Gallotti, que restou assim ementado:

‘Aforamento de imóvel da União.

Atualização prevista pela Lei nº 7.450/85, superveniente à constituição do aforamento, ao dar nova redação ao art. 101 do Decreto-lei nº 9.760/46.

Providência legítima, na medida em que se ativer aos índices da correção monetária, mas inconciliável com a garantia do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da Carta de 1988, e art. 153, § 3º, da pretérita), quando venha a refletir a valorização do domínio pleno, resultante de fatores outros que não a simples desvalorização da moeda.

Recurso extraordinário parcialmente provido, a fim de ser julgada, em parte, procedente a ação, para excluir, das importâncias exigidas ao enfiteuta, a parcela porventura excedente do foro inicial, monetariamente corrigido, conforme se vier a apurar, em liquidação’.

Ainda mais recentemente, quando do julgamento do RE 196.372, de que fui Relator, da mesma forma decidiu esta Turma, em acórdão

---

<sup>2</sup> Clóvis Beviláqua, *Direito das Coisas*, Forense, 1956, p. 291.

com a seguinte ementa:

“AFORAMENTO DE IMÓVEL DA UNIÃO.  
ATUALIZAÇÃO DO RESPECTIVO FORO.

Providência que se tem por legítima, na forma preconizada no art. 101 do DL nº 9.760/46, quando resultante da atualização do valor do domínio pleno do imóvel, operada dentro dos limites dos índices oficiais refletidores da desvalorização da moeda. Precedentes do STF (RE nº 143.856, Min. Octavio Gallotti)“.

Trago à colação mais um acórdão da 1ª Turma do STF, unânime, também do Min. Ilmar Galvão, lavrado no RE nº 243.476-1/PE:

“Enfiteuse de imóvel da União. Atualização do foro, conforme a Lei nº 7.450/85. Pretendida violação do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

A atualização do foro não contraria a garantia ao ato jurídico perfeito, quando resultante de modificação no valor do domínio pleno e realizada dentro dos limites dos índices oficiais refletidores de desvalorização da moeda

Orientação assentada pela jurisprudência do STF.

Recurso extraordinário não conhecido”.

Desta forma, embora reconhecendo a consistência jurídica das opiniões em contrário, depreende-se dos acórdãos antes mencionados que as Cortes Regionais e o Superior Tribunal de Justiça têm aplicado o art. 88 da Lei nº 7.450/85 nos seus julgados, na interpretação de que o aforamento de terrenos da União está regido por lei especial, sendo enfiteuse de Direito Público Administrativo, e que a atualização dos valores deve corresponder à compensação correlativa à desvalorização da moeda e não ao aumento aleatório do foro a ser pago.

De modo especial, já havendo pronunciamentos da mais Alta Corte invocando o dispositivo sobre o qual se argüi a inconstitucionalidade, apesar de não o fazer em sede concentrada, não vejo como prosperar a argüição formulada nos presentes autos, eis que já apreciada por quem cabe de direito a

palavra final, o Supremo Tribunal Federal.

Frisando que o em. Ministro Francisco Falcão, Relator desta arguição, a quem tive a honra de suceder, tinha à época posicionamento diverso, todavia, o meu entendimento é no sentido de rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, fazendo voltar os autos à 1ª Turma para conclusão do julgamento da AMS 753-CE.

É como voto.

## **EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 144.648-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS  
Embargante: FAZENDA NACIONAL  
Embargado: MICREL BENFIO TEXTIL LTDA.  
Advogados: DRS. SOLANGE VENTURINI E OUTRO (EMBD-DO.)

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. VOTO VENCIDO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.***

***- Impossibilidade de conhecimento dos embargos infringentes se não fora suprida, por meio de embargos de declaração, a omissão do acórdão embargado, no concernente aos fundamentos do voto divergente. Precedentes desta Corte.***

***- Embargos infringentes não conhecidos.***

### **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, não conhecer dos embargos infringentes, 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, 22 de agosto de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS: Trata-se de embargos infringentes interpostos pela Fazenda Nacional contra acórdão da egrégia Segunda Turma deste Tribunal que está assim ementado:

"Constitucional e Tributário. FINSOCIAL. Majorações de alíquotas. Inconstitucionalidade. Compensação de valores pagos indevidamente a título de FINSOCIAL com contribuições sociais sobre o faturamento. Possibilidade. Lei nº 9.430/96 e Decreto nº 2.138/97. Correção monetária.

1. 'Subsiste, até a vigência e eficácia da Lei Complementar nº 70/91, a cobrança do FINSOCIAL, com base no Decreto-lei nº 1.940/82, sendo inconstitucionais as alterações introduzidas pela Lei 7.787/89, ressalvada a situação das empresas prestadoras de serviços'.

2. A contribuição para o FINSOCIAL, em relação às empresas prestadoras de serviço e não prestadoras de serviço, é devida de acordo com o determinado pelo art. 28 da Lei 7.738/89, ou seja, à razão de 0,5% sobre a receita bruta.

3. As majorações posteriores, ocasionadas pela Lei 7.787/89, Lei 7.894/89 e Lei 8.147/90 são também inconstitucionais para as prestadoras de serviço.

4. Possibilidade de compensação entre os valores recolhidos indevidamente, a título de FINSOCIAL, com outros tributos sob a administra-



ção da mesma Secretaria, conforme determina o Decreto nº 2.138/97.

5. Na correção monetária dos créditos objeto de compensação, deverão ser utilizados o IPC, até fevereiro/91, INPC de março a dezembro/91 e a UFIR, a partir de janeiro/92, até a efetivação da compensação.

6. Precedentes jurisprudenciais.

7. Apelação e remessa oficial improvidas".

(Rel. Araken Mariz, julgamento em 15.06.1999).

Irresignada com o *decisum*, através do presente recurso, pretende a embargante fazer prevalecer o voto vencido do eminente Des. Federal Petrucio Ferreira.

Devidamente intimada, a parte embargada apresentou impugnação aos presentes embargos infringentes.

É o relatório.

#### VOTO - PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS (Relator): Irresignada com o *decisum* da eg. 2ª Turma, que reconheceu, por maioria, o direito dos ora embargados à "*compensação entre valores indevidamente recolhidos a título de FIN-SOCIAL com outros tributos sob a administração da mesma Secretaria*", a ora embargante objetiva fazer prevalecer as razões do voto vencido do eminente Desembargador Federal Petrucio Ferreira.

O CPC, em seu artigo 530, é taxativo ao determinar os limites em que é possível a interposição dos embargos infringentes:

"Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência".

Verifico, porém, que não constam do acórdão vergastado os argumentos do voto vencido, o que, a meu ver, torna-se óbice ao conhecimento dos presentes embargos infringentes,

desde que não se conhecem as razões que fundamentaram o voto discrepante.

É, ainda, neste sentido que esta eg. Corte tem se manifestado a respeito da questão, como se vê das ementas que, a título de ilustração, passo a transcrever:

“Processual Civil. Embargos infringentes. Ausência do voto vencido. Não conhecimento do recurso.

- Ausente o voto vencido, vício este sanável mediante embargos de declaração sequer opostos, não se conhecem dos embargos infringentes, notadamente quando o embargante não faz, em momento algum, referência ao voto divergente.

- Embargos infringentes não conhecidos”.

(EAC 77.006-CE, Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcanti, julg. 29.03.2000, à unanimidade).

“Embargos infringentes. Administrativo. Servidor público. Reajuste salarial. Índice de 47,94%.

- Os embargos infringentes são cabíveis de julgamento não unânime e estão restritos aos motivos da divergência.

- Recurso que não faz qualquer referência ao fundamento do voto vencido.

- O fato de ser conhecida pelo eg. Plenário a respeitável posição do voto vencido sobre a questão, não dispensa a recorrente de fundamentação dos infringentes que têm pressupostos específicos”.

(EAC 144.203-AL, Rel. Des. Federal Rivaldo Costa, julg. 29.06.1999, por maioria).

“Processual Civil. Embargos infringentes. Voto vencido. Ausência nos autos. Não conhecimento.

- Embora o recurso já tenha sido admitido, pode o Relator dos embargos reexaminar a presença dos requisitos específicos. -

O limite objetivo dos embargos infringentes encontra-se no voto vencido, cujos

fundamentos se pretende sejam prevalentes.  
- Ausência do voto vencido enseja o não conhecimento dos embargos infringentes. Vício que poderia ser sanado com a oposição de embargos declaratórios.  
- Embargos não conhecidos".  
(EAC 119.595-CE, Rel. Des. Federal Castro Meira, julg. 28.06.1999, à unanimidade).

Aderindo, pois, aos precedentes colacionados, não conhecimento dos embargos infringentes.

É como voto.

### **HABEAS CORPUS Nº 1.252-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Impetrante: DRA. MARIA DAS DORES GONÇALVES SANTOS  
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA – CE  
Pacientes: EDONELDO HONORATO XAVIER E MAURÍLIO HONORATO XAVIER

**EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RELAXAMENTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.**

*- Para a configuração da prisão em flagrante delito, devem estar presentes os requisitos do artigo 302 do Código de Processo Penal. Tratando-se de prisão pelo ilícito do artigo 12 da Lei nº 6.368/76, onde a ação de transportar ou trazer consigo já configura o tipo penal, não apresenta nulidade o auto de prisão em flagrante dos pacientes.*

*- Estando ausentes os requisitos para a concessão da liberdade provisória, não existe*

*constrangimento ilegal em sua denegação.  
- Ordem de habeas corpus que se denega.*

## ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 13 de março de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES –  
Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES: Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Edoneldo Honorato Xavier e Maurílio Honorato Xavier, presos em flagrante pelo ilícito descrito no artigo 12 da Lei nº 6.368/76. Narra a impetrante que requereu o relaxamento do flagrante, apontando suposta nulidade, tendo o Juízo Federal da 6ª Vara – CE negado a liberdade provisória.

Observando que o auto de prisão em flagrante preenche os requisitos legais e que os pacientes já foram denunciados, interrogados e o processo tramita regularmente, não verifiquei qualquer motivo para a concessão liminar da ordem.

Informações prestadas às fls. 130.

Em Parecer subscrito para Dra. Armanda Soares Figueredo, o Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator): O Código de Processo Penal, em seu artigo 302, elenca os requisitos para a caracterização da prisão em flagrante, nos seguintes termos:

“Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”.

Os pacientes foram presos no aeroporto de Fortaleza-CE, após o desembarque de Edoneldo Honorato Xavier, procedente de Manaus-AM, quando ingressava no veículo conduzido por Maurílio Honorato Xavier, seu irmão, encontrando-se com os mesmos 3 quilos de cocaína.

O crime pelo qual respondem é tipificado no artigo 12 da Lei nº 6.368/76, que diz:

“Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Todos os elementos de prova concorrem para a culpabilidade dos agentes, contando os autos, inclusive, com o depoimento de Edoneldo Honorato Xavier perante a autoridade policial, confessando a prática delituosa e confirmando que o seu irmão, Maurílio Honorato Xavier, tinha conhecimento do ilícito, e mais, que se encarregaria de encontrar melhor preço para a co-

caína (fls. 25).

Assim, caracterizada a materialidade e autoria do ilícito e presentes as circunstâncias para a prisão em flagrante, não apresenta nulidade, nos termos do artigo 564, IV, o auto de prisão em flagrante presente nos autos.

Da mesma forma, não comete constrangimento ilegal o juiz que, nessas circunstâncias, não vislumbra condições para a concessão da liberdade provisória, nos exatos termos dos artigos 310, 311 e 312 do Código de Processo Penal.

Por todo o exposto, denego a ordem.

É como voto.

### **HABEAS CORPUS Nº 1.297-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA  
Impetrantes: DRS. JURANDI FERNANDES FERREIRA E OUTROS  
Impetrado: PROCURADOR DA REPÚBLICA WELLINGTON CABRAL SARAIVA  
Paciente: ROBERTO VAZ LUIS

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. REPRESENTAÇÃO CRIMINAL FORMULADA POR AUTORIDADE MILITAR A MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. CRIME, EM TESE, DE ABUSO DE AUTORIDADE PRATICADO POR AUTORIDADE MILITAR EM TERRITÓRIO MILITAR. FATOS ANTERIORMENTE APURADOS EM INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR EM RAZÃO DA MATÉRIA (RATIONE MATERIAE). REJEIÇÃO DA REPRESENTAÇÃO CRIMINAL E DA OITIVA DO PACIENTE PELA AUTORIDADE POLICIAL FEDERAL. PROCEDÊNCIA DO WRIT.**

*- Cuidando a hipótese de uma determinada conduta, enfocada sob o ângulo penal comum e no ângulo penal militar, no caso, uma única e mesma conduta apresentando-se como ensejadora de perfeição de um tipo penal previsto na Legislação Penal Comum - artigo 322 do CPB -, mais precisamente o artigo 4º, alínea a, da Lei 4.898/65 - abuso de autoridade -, ou a perfeição de um tipo penal previsto na Legislação Penal Militar - Código Penal Militar - art. 174 - Crime de Abuso de Autoridade Militar ou, mais precisamente, crime de rigor excessivo, praticado por autoridade militar contra seu subordinado.*

*- No sentido de evitar-se o bis in idem, o aparente conflito de normas se resolve pelo princípio que estabelece que a Lei Especial derroga a geral, afastando-se em definitivo a possibilidade de que a conduta atribuída ao paciente autorize resposta o mesmo, em razão do mesmo fato, por crime militar de abuso de autoridade e por crime comum de abuso de autoridade, ou, que em não prosperando a Ação Penal Militar, abra-se a possibilidade do paciente, pela conduta ensejadora do Inquérito Policial Militar a que já respondeu, tenha a mesma conhecida agora pelo Juízo Penal Comum.*

*- Rejeição da Representação Criminal em razão da qual se determinou a oitiva pela autoridade policial federal do paciente.*

*- Ordem de habeas corpus concedida.*

#### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade de votos, conceder a or-

dem para determinar o trancamento da investigação criminal, determinando seja comunicada à autoridade coatora esta decisão, nos termos do voto do Desembargador Federal Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 28 de agosto de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA -  
Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA: Cuida a hipótese de ação de *habeas corpus* preventivo impetrado pelo Dr. Jurandi Fernandes Ferreira, advogado, brasileiro, casado, OAB-PE 533-A, em favor de Roberto Vaz Luis, brasileiro, casado, militar, Comandante do 4º Batalhão de Comunicação do Exército, cédula de identidade militar nº 026025951-0 - Ministério do Exército, residente e domiciliado na BR 101-SUL, KM 73, Tejipió, Recife/PE, contra ato do Exmo. Procurador da República, Wellington Cabral Saraiva, que solicitou à Polícia Federal a oitiva do Comandante Roberto Vaz Luis, ora paciente, nos autos do procedimento administrativo em trâmite no Ministério Público Federal (nº 1.26.000.003768/2000-81), sobre os fatos narrados na Representação Criminal formulada pelo Sargento José Eleildo Leite de Mendonça ao próprio órgão do Ministério Público Federal, que, em tese, afirma ter ocorrido prática de crime de abuso de autoridade, cuja prática é atribuída ao Sargento Roberto Vaz Luis, paciente no presente *writ*, tudo com respaldo na Lei nº 4.898/65, que disciplina o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, contra autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos.

Nos fatos, narram os impetrantes que as diligências requeridas pelo *Parquet* Federal à autoridade policial no sentido de ouvir-se o Sargento Roberto Vaz Luis sobre os fatos narrados na Representação Criminal supra-referida não merecem prosperar, devendo ser suspensas, e, caso haja abertura de inquéri-



to policial, que este seja trancado, já que os fatos narrados na referida Representação constituíram-se em mera infração disciplinar, porquanto penalmente atípicos e, também, porque o fato já fora apreciado pela Justiça Federal Militar, por via do competente inquérito policial militar, o qual foi arquivado, naquela instância, conforme requerimento do Exmo. Procurador Militar.

Em despacho de minha lavra, fls. 234, concedi a liminar requerida pelos impetrantes, para efeito de que a autoridade policial não praticasse qualquer ato investigatório em relação ao paciente, bem como qualquer ato procedimental no tocante ao próprio inquérito policial, que restou suspenso até o julgamento final do presente *writ*.

A DD. autoridade coatora, o Exmo. Procurador da República Wellington Cabral Saraiva, prestou as informações de praxe, fls. 237/249, esclarecendo, em síntese “não haver determinado instauração de inquérito policial, mas sim diligências à Polícia Federal com a finalidade de instruir o procedimento administrativo instaurado com base na Representação Criminal formulada pelo Sr. José Eleildo Leite de Mendonça, narrando, em tese, crime de abuso de autoridade”.

A Exma. Procuradora da República, Dra. Maria do Socorro Leite de Paiva, ofertando o Parecer de fls. 306/311, entendendo não assistir razão aos impetrantes, por considerar que os fatos narrados na inicial da Representação Criminal estão a exigir um mínimo de investigação, restou por opinar, no mérito, pela denegação da ordem do presente *habeas corpus*.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator): Como se verifica do relatório acima, os fatos que ensejaram a Representação Criminal da parte do Sr. José Eleildo Leite de Mendonça, endereçada ao MPF deste Estado, Exmo. Procurador da República Wellington Cabral Saraiva, por crime de abuso de autoridade, cuja prática é atribuída ao paciente - Roberto Vaz Luis, estão intimamente ligados, como se lê no próprio corpo de tal Representação, “ao exercício de Campa-

nha Militar que se desenvolvia na área do 4º BCEX, onde serve o representante, em data de 12.04.2000". Tudo conforme, ainda, depreende-se da narrativa de tais fatos, em razão de circunstâncias fáticas que resultaram em um verdadeiro desencontro de informações, envolvendo conflitos entre Autoridades Militares, desbordaram em uma punição administrativa militar sofrida pelo representante e determinada pelo representado.

Conforme se verifica de peça que mora nestes autos, de fls. 18 e seguintes, tal punição administrativa militar levou aquele que a suportou, no caso, José Eleildo de Mendonça, autor da Representação Criminal endereçada ao Procurador da República Wellington Cabral Saraiva, primeiramente a, em termos de *notitia criminis*, levar ao conhecimento das autoridades judiciais, neste Estado, aqueles fatos, o que resultou no Inquérito Policial Militar nº 036/01, onde restaram indiciados o Capitão Paulo Sérgio Reis Filho e o Coronel Roberto Vaz Luis, no caso, o paciente.

Na referida peça de fls.18/29, que, na verdade, constitui-se numa promoção do Sr. Ricardo de Brito Freitas nos Autos do IPM 36/01, em uma análise da conduta atribuída aos indiciados àquele Representante do *Parquet* Federal, observa que, "em tese, poderiam os indiciados ter praticado o delito do artigo 174 do Código Penal Militar...", mas, ao final, não identifica perfeição de conduta ilícita alguma, e pede, com base no artigo 397 do Código de Processo Penal Militar, o arquivamento daqueles autos, requerimento este que restou acolhido por sua Excelência, Dr. Antônio Jorge da Silva, Juiz Auditor Militar, de cuja decisão merece destaque:

"... O Cel. Roberto Vaz Luis e o Cap. Paulo Sérgio Reis Filho não cometeram nenhum delito, reprimido pelo Código Penal Militar. Aqueles estavam investidos da competência para aplicar a sanção disciplinar ao Cb José Eleildo Leite de Mendonça e a prisão quartelar foi feita nos limites permitidos pelo Regulamento Disciplinar do Exército, o que, sob nenhum enfoque, saliente-se, pode-se supor que agiram com rigor excessivo contra um subordinado.

Descabe aqui dizer sobre a justiça ou injustiça da punição aplicada. Como quer fa-

zer crer na representação, porquanto assunto de natureza administrativa, inserindo-se no controle discricionário da Administração Militar, imune, destarte, à intervenção desta JMU.

Por outro lado, é preciso muito cuidado, porque a autoridade militar defronta, muitas vezes, com situações complicadas: *se não pune o subordinado, prevarica; se pune, agiu com rigor excessivo.*

A peça inquisitiva retrata que a conduta do Cabo José Eleildo foi, de certa forma, impetuosa e precipitada, ante as determinações do S3, Cap. Zanola. É de se levar em consideração, todavia, a preocupação e a ânsia daquele Cabo, diante da situação, querendo transportar os Soldados lesionados para o hospital na ambulância, sendo que tal conduta não veio a trazer qualquer repercussão negativa, haja vista o recolhimento imediato do Cb Eleildo, pelo Oficial de Dia. De desobediência não há de se falar, porque não restou afetada a administração militar. As circunstâncias anormais do caso, saída ou não da ambulância, saída ou não do médico do local e a já frisada ânsia de verem removidos os Soldados feridos, afastam o delito capitulado no 163 do CPM, em face do Cb José Eleildo; extrapolando este, obviamente, apenas as normas disciplinares, fazendo-se, assim, penalmente atípica sua conduta.

Aliás, com acuidade observou o Dr. Promotor: *"... Logo, é razoável supor que o noticiante acreditava estar autorizado por seus superiores a conduzir os feridos ao hospital. Desse modo, não se constata de sua parte a vontade de desobedecer à ordem do Capitão Zanola, mas sim a de obedecer à ordem de seus superiores, o que afasta a tipicidade de sua conduta. Aliás, a situação que envolve o noticiante encontra-se refletida no judicioso ensinamento de Célio Lobão: "Há circunstân-*

*cias de caráter pessoal, de momento e local do fato que impedem a avaliação, pelo subordinado, da legalidade da ordem, ou, até mesmo, da ilicitude do ato”, hipótese em que ocorre o chamado erro de fato (Direito Penal Militar, Brasília: Brasília Jurídica, p. 194)”.*

Assentes estas considerações, concordo com o pedido formulado pelo representante do Ministério Público Militar, junto a esta Auditoria, e, em consequência, determino o arquivamento do Inquérito Policial Militar nº 36/01, conforme o que preceitua o artigo 397, *caput, in fine*, do Código de Processo Penal Militar”.

Observo que a Legislação Penal Militar - Decreto-lei 1.001, de 21 de outubro de 1969, tal qual ocorreu com o Código Penal Brasileiro que no artigo 322 cuida da chamada violência arbitrária, e que ocorre quando alguém, investido de autoridade no exercício de função ou a pretexto de exercê-la, pratique qualquer espécie de violência, tipo penal este que, conforme a jurisprudência dominante se encontra revogado pela Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e que cuida exatamente dos chamados crimes de abuso de autoridade, onde, em seu artigo 4º, alínea *a*, tem como crime de abuso de autoridade, também, o fato de “ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual sem as formalidades legais ou com abuso de poder”, o Código Penal Militar, insista-se, no Capítulo VI do livro I, que cuida dos crimes Militares, em tempo de paz, trata do crime de usurpação e do excesso ou abuso de autoridade (artigos 167/176), especificamente estabelecendo, no seu artigo 174, os chamados crimes de rigor excessivo, que na verdade se constitui em um crime de abuso de autoridade, praticado por autoridade militar contra seu subordinado militar, e que consiste no fato de tal autoridade “exceder a faculdade de punir o subordinado, fazendo-o com o rigor não permitido ou ofendendo-o por palavras, ato ou escrito, e apenando tal crime com a suspensão do exercício do Posto por 02 a 06 meses, se o fato não constitui crime mais grave”.

Despiciendo lembrar-se de que, em sendo uma determinada conduta, como ocorre *in casu*, enfocada sob o ângulo

penal comum e no ângulo penal militar, no caso, uma única e mesma conduta apresentando-se como ensejadora de perfeição de um tipo penal previsto na Legislação Penal Comum - artigo 322 do CPB - mais precisamente, o artigo 4º, alínea *a*, da Lei 4.898/65 - abuso de autoridade - ou a perfeição de um tipo penal previsto na Legislação Penal Militar - Código Penal Militar - art. 174 - crime de abuso de autoridade militar ou, mais precisamente, crime de rigor excessivo, praticado por autoridade militar contra seu subordinado, o aparente conflito de normas se resolve pelo princípio que estabelece que a Lei Especial derroga a geral, e falo em aparente conflito de normas, dada a impossibilidade legal de permitir-se o absurdo na área penal comum ou especial do *bis in idem*, ou seja, de alguém ser punido por mais de uma vez pelo mesmo fato encontrado como ilícito penal, que afasta em definitivo a possibilidade de que a conduta atribuída ao paciente autorize resposta ao mesmo, em razão do mesmo fato, por crime militar de abuso de autoridade e por crime comum de abuso de autoridade, ou, o mais absurdo, ainda, que, em não prosperando a ação penal militar, abra-se a possibilidade do paciente, pela conduta ensejadora do inquérito policial militar a que já respondeu, tenha a mesma conhecida agora pelo Juízo Penal Comum.

Aliás, de importância atentar-se ao disposto no art. 7º do Código Penal Militar, *verbis*:

“Artigo 7º do Código Penal Militar:

Aplica-se a lei penal militar, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou fora dele, ainda que, neste caso, o agente esteja sendo processado ou tenha sido julgado pela justiça estrangeira.

§ 1º ..... (*omissis*)

§ 2º ..... (*omissis*)

§ 3º ..... (*omissis*)

Como acima se viu, os atos que ensejaram tanto o Inquérito Policial Militar nº 036/01 como a Representação Criminal nº 1.26.000.00376812000-81 (representante José Eleildo Leite de Mendonça e representado Roberto Vaz Luis) e que redundou

na determinação de oitiva do paciente pela autoridade policial, ocorreram, inegavelmente, em território militar, tais fatos, como observou o Exmo. Procurador Militar, em tese, levariam a um primeiro entendimento de que a conduta do paciente e do outro indiciado no IPM nº 036/01 teria perfeito o tipo penal do artigo 174 daquela legislação militar.

Inegável, pois, atendendo à matéria de mérito, que a conduta especificamente tipificada na Legislação Penal Militar como crime, e levada a efeito em território militar, cuidando a espécie de crime militar, cuja competência, inclusive, *ratione materiae*, não nos cabe.

*Ad argumentandum tantum* e para espancar qualquer dúvida quanto ao entendimento correto da Súmula 172 do c. STJ, que estabelece competir à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço, a hipótese trata, quer do crime de abuso de autoridade praticado por militar, no exercício de atividade de Polícia Judiciária ou Preventiva - inclusive Polícia de Trânsito, e praticado contra terceiros, civil ou militar, mas sem qualquer vínculo de subordinação hierárquica, e não do específico crime tratado no artigo 174 do Código Penal Militar, que cuida do crime de excesso de rigor, praticado pela autoridade militar que exceda a faculdade de punir o subordinado, fazendo com rigor não permitido ou ofendendo por palavra, ato ou escrito.

Por tais considerações, concedo a ordem de *habeas corpus* para, inclusive, considerando que a matéria é de competência da Justiça Federal Militar e lá já se encontra resolvida nos autos do Inquérito Policial Militar nº 036/01, determinar, de imediato, a rejeição da Representação Criminal nº 1.26.000.003768/2000-81 (representante José Eleildo Leite de Mendonça e representado Roberto Vaz Luis), e em razão da qual se determinou a oitiva pela autoridade policial federal do paciente. Mantida, assim, a liminar já deferida nestes autos.

É o meu voto.

## **HABEAS CORPUS Nº 1.302-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO  
Impetrante: DR. NELSON DE ALBUQUERQUE MELO NETO  
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA - PE  
Paciente: FAYÇAL BEM AHMED OTHAMANI

**EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO.**

*- Tráfico internacional de entorpecentes não caracterizado.*

*- Prisão administrativa para fins de deportação nos termos da Lei 6.815/80.*

*- Prazo de sessenta dias extrapolado. Prisão ilegal.*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Desembargador Federal Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 28 de agosto de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

### RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO: Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Nelson de Albuquerque Melo Neto em favor de Fayçal Bem Ahmed Othamani, sendo a autoridade coatora o MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, objeti-

vando que seja revogada a prisão do paciente e que lhe seja passado o alvará de soltura.

Alega que a autuação ocorreu exclusivamente por infração ao art. 16 da Lei nº 6.368/76, e não foi realizado o exame toxicológico que comprovasse a dependência do paciente.

Por o Juiz coator não ter se dignado a prestar as informações, o caso foi submetido à Turma de Férias, que colheu as informações orais do MM. Juiz Federal e, no ensejo, indeferiu a medida liminar postulada por entender ser a prisão do paciente administrativa para fins de deportação.

O Procurador Regional opina pela concessão da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.

#### VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO (Relator): No que pese o ilustre impetrante insistir que a prisão do paciente deve-se ao porte de um cigarro de maconha, quando foi lavrado auto de prisão em flagrante nas dependências de Delegacia de Polícia Marítima, Aérea e de Fronteiras, no qual foi arbitrada a fiança de R\$ 100,00 (cem reais), à evidência tal fato, que pelas circunstâncias não tipifica tráfico internacional de entorpecentes, nem mesmo tráfico local, mas mero porte como usuário, ou experimentador de drogas, refugindo à competência da Justiça Federal, e, pelo qual, já deve ter sido ele liberado pela autoridade competente, qual decidido pela Egrégia Turma de Férias e, consoante o ofício de fls. 25, onde a autoridade policial representa ao Juiz Federal apontado como coator pela prisão administrativa do paciente, para fins de deportação, tendo o MM. Juiz Federal decretado a prisão e expedido o competente mandado que se vê deitado às fls. 46, na realidade, como vem sendo judicialmente entendido, cuida-se de prisão administrativa para fins de deportação, nos termos da Lei nº 6.815/80.

Compulsando os autos, verifico que o mandado foi cumprido em 11 de junho de 2001.



É possível que o paciente já tenha sido deportado, nos conformes legais, mas tal fato não se encontra registrado nos autos, e, o que não está nos autos, não está no mundo, para o Juiz.

Mas, como o impetrante, em petição atravessada no dia 16 pretérito, insiste na concessão da ordem (fls. 110/111), é justo supor que o paciente ainda esteja sofrendo a constrição física.

Nesta hipótese, a prisão administrativa, que era legal, transmutou-se em ilegal, ao extrapolar o prazo de 60 (sessenta) dias previsto no art. 60 da Lei nº 6.815/80, conforme ponderou o digno representante do Ministério Público Federal.

Com estas considerações, o meu voto é para conceder a ordem e determinar a expedição do alvará de soltura em favor do paciente Fayçal Bem Ahmed Othamani.

### **HABEAS CORPUS Nº 1.310-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA  
Impetrante: DRS. SAMYA SURUAGY DO AMARAL BARROS PACHECO E OUTRO  
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA - AL  
Paciente: JOSAFÁ AMÉRICO DOS SANTOS (RÉU PRESO)

**EMENTA: PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ALTERAÇÃO PARA CRIME DE RESISTÊNCIA. INOPORTUNIDADE. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS.**

**- Ordem impetrada pugnando pela qualificação do ilícito praticado pelo paciente como de resistência, definido no art. 329 do Código Penal, e não tentativa de homicídio (art. 121 c/c art. 14, II, do Código Penal).**

- *No momento em que o ilícito ainda se acha em fase inicial de apuração, seria precipitada a intervenção do segundo grau de jurisdição para optar por uma das alternativas. Nada impede, por exemplo, que a colheita de elementos de informação no inquérito policial leve o Ministério Público Federal a posicionar-se por terceira figura penal ou mesmo pela existência de concurso de crimes.*
- *Presença de indícios suficientes de autoria e materialidade comprovada.*
- *Ausência nos autos de documentos que comprovem os bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita.*
- *Ordem denegada.*

## ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 16 de agosto de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA: Samya Suruagy do Amaral Barros Pacheco e outra impetraram *habeas corpus* em favor do paciente Josafá Américo dos Santos - réu preso, contra a homologação de auto de prisão formulado por autoridade da Polícia Federal, que afirmam ser nula porque "se por algum crime o paciente deve ser indiciado ou processado certamente não será o de tentativa branca

de homicídio (art. 121 c/c art. 14, CP), mas o de resistência, previsto no art. 329 do CP.”

Consta que policiais rodoviários federais perseguiram o automóvel conduzido pelo indiciado, por ultrapassagem de sinal vermelho, e, após interceptação do veículo e a descida do paciente para identificação, as duas outras pessoas que permaneciam dentro do carro iniciaram uma troca de tiros com aquelas autoridades e conseguiram evadir-se.

No auto de prisão, às fls. 11, os policiais informaram que o indiciado conseguiu se desfazer de sua arma ao entregá-la às duas pessoas que o acompanhavam e fugiram.

O pedido de liberdade provisória foi indeferido.

As impetrantes reclamam que o paciente é réu primário, de bons antecedentes, tem residência fixa e ocupação lícita, “além de não ter havido apreensão em poder do paciente de qualquer arma de fogo ou outro instrumento relacionado à prática do crime de tentativa de homicídio contra os policiais rodoviários federais, nenhum policial sofreu qualquer lesão”.

O Ministério Público Federal, em parecer do ilustre Procurador Regional da República, Dr. Benedito Izidro da Silva, opinou pela manutenção da custódia do autuado e o indeferimento da ordem.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA (Relator): O fundamento central da impetração é de que o ilícito praticado pelo paciente deve ser definido como resistência, definido no art. 329 do Código Penal, e não tentativa de homicídio (art. 121 c/c art. 14, II, do Código Penal).

O argumento não pode ser acolhido. No momento em que o ilícito ainda se acha em fase inicial de apuração seria precipitada a intervenção do segundo grau de jurisdição para optar por uma das alternativas. Nada impede, por exemplo, que a colheita de elementos de informação no inquérito policial leve o Ministério Público Federal a posicionar-se por terceira figura pe-

nal ou mesmo pela existência de concurso de crimes.

Acham-se presentes indícios suficientes de autoria. A materialidade é indiscutível. Não foram trazidos aos autos documentos que comprovem os bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita. Não é viável o acolhimento da tese da imputação de que o paciente não tivera qualquer participação na empreitada criminosa, tendo mero contato eventual com as pessoas que lograram desaparecer do cenário do crime. São alegações que necessitam melhor elucidação à luz dos elementos que vierem a ser colacionados no inquérito policial e na instrução.

Quanto ao mais, louvo-me nas razões oferecidas no parecer ministerial subscrito pelo ilustre Procurador Regional da República Dr. Benedito Izidro da Silva:

“O objetivo do presente *mandamus* é tão-somente submeter ao crivo judicial, mais uma vez, a presença, ou não, dos pressupostos de medida cautelar restritiva da liberdade.

A prisão cautelar *stricto sensu* está descrita no art. 312 do Código de Processo Penal, o qual prevê a existência de dois pressupostos, quando então poderá ser decretada nas hipóteses elencadas no mesmo dispositivo processual.

‘A prisão preventiva só pode ser decretada quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria’.

A materialidade resta comprovada através do próprio auto de flagrante, através do qual resta descrita conduta notoriamente típica, tendo havido a ocorrência do que denominam os autores de flagrante real ou em sentido próprio: ‘Diz-se *flagrante em sentido próprio* quando o agente é surpreendido praticando a infração penal, isto é, surpreendido no instante mesmo da prática da infração, ou, então, quando acaba de cometê-la’.

A classificação do delito, conforme suscitada pelas impetrantes, não pode ensejar maiores controvérsias, isto porque as duas possíveis ti-

pificações não são excludentes, e ao que faz crer foram perpetradas em concurso.

Conforme jurisprudência colecionada pelas próprias requerentes às fls. 06 dos autos, percebe-se a possibilidade de que haja, em hipóteses como a narrada, a consunção do delito de resistência pelo de tentativa de homicídio, contudo esta é indagação a ser aprofundada posteriormente.

Por ora, é suficiente que se conclua em consonância com a seguinte corrente jurisprudencial:

*'Habeas corpus*. Tentativa de homicídio contra policial federal. Prisão preventiva. Pressupostos. Ordem pública.

1. A materialidade delitiva encontra-se suficientemente demonstrada pelo Ofício nº 0067, de 11.01.2000, do Delegado da Polícia Federal Airton Rogério Takada, dando conta que o paciente, de inopino e de forma despropositada, desferiu três tiros à "queima roupa" contra o Agente Federal Ivan Pereira Schneider, que cumpria regularmente mandado de busca e apreensão de moeda falsa, e no Relatório da Delegacia de Polícia Federal de Itajaí/SC, informando que já foi efetuado Auto de Exame de Corpo de Delito, restando constatado, inicialmente, que o referido policial foi atingido por três disparos de arma de fogo, inclusive dois destes efetuados nas costas do mesmo.

2. Recomenda-se a custódia cautelar do paciente como garantia da ordem pública, em face da prática de outros delitos e pela grande repercussão negativa que sua conduta teve junto à comunidade local.

3. A garantia da ordem pública não se consubstancia somente em evitar novos crimes, mas também quando o delito ocasiona grande impacto social, e mesmo por questão de credibi-

lidade da Justiça (STJ, RHC nº 2463/PR, 6ª Turma, Rel. Ministro Adhemar Maciel, *DJU* de 08.03.93, pág. 3141).

4. É assente na jurisprudência que eventuais condições pessoais favoráveis do paciente - como família constituída, emprego e residência fixa - não são garantidoras do direito à liberdade provisória, se a manutenção da custódia é recomendada por outros elementos justificadores.

5. A circunstância de ter sido o paciente vítima de eventuais agressões por parte das autoridades policiais federais no cumprimento do mandado de prisão, não tem a potestade de elidir sua responsabilidade pela tentativa de homicídio e resistência a ele imputada, muito menos configura fundamento para revogar sua prisão. Além disso, tal fato já está sendo devidamente apurado no juízo de primeiro grau, onde foi determinada a audiência de apresentação e exame de corpo de delito'.

(TRF4, HC 2000.04.01.004641-0/SC, Segunda Turma, *DJU* 22.03.2000, página 976, Relator Juiz Élcio Pinheiro de Castro, decisão por unanimidade).

'Penal. Processual Penal. Denúncia por tentativa de homicídio contra agente de polícia federal, resistência e tráfico de entorpecentes (arts. 121, § 2º, c/c o art. 14, II, 329, *caput*, 69 do CPB, e 12, *caput*, e § 1º, inciso I, da Lei nº 6.368/1976, c/c o art. 69 do CPB). Desclassificação. Recurso do MP. Pertinência da irresignação.

1. A alegada deficiência da prova da intenção de matar não autoriza a desclassificação do crime, deve ser submetida à apreciação do seu Juiz natural, que é, no caso, o Júri Popular.

2. Legítima defesa que não se deduz incontestemente dos elementos probatórios deve ser apreciada pelo Júri.

3. Acusação por outras infrações conexas, a serem também decididas pelo Júri.

4. Recurso provido. Sentença reformada, com a pronúncia do réu'.

(TRF1 - RCCR - 01000275151/TO, Quarta Turma, DJ 06.08.1999, página 562, Relator Juiz Hilton Queiroz, decisão à unanimidade).

Em nenhum momento os Tribunais acima mencionados hesitaram quanto à coexistência das atividades típicas. A descrição do auto deixa clara situação análoga, não se podendo refutar com alguma firmeza a existência de prova da materialidade.

Quanto ao outro pressuposto, *indício de autoria*, na mesma fonte anteriormente mencionada - auto de prisão em flagrante - abebera-se a sua constatação.

Mesmo que sejam levantadas teorias sobre a não participação do autuado na mesma ação dos agentes evadidos, a descrição dos policiais denuncia a presença marcante de fortes indícios desfavoráveis às mesmas.

Atente-se a parte do auto de flagrante:

'... efetivamente sacaram de suas pistolas, disparando na direção deste condutor e de seu colega de trabalho; que, de pronto, em atitude de defesa, revidaram atirando contra aquelas pessoas, sendo que as mesmas conseguiram se evadir do local, com exceção do conduzido Josafá, que igualmente armado, conseguiu repassar sua arma para um daqueles indivíduos, os quais conseguiram fugir sempre atirando na direção dos policiais'. (Grifos acrescentados - fls. 12).

O depoimento do outro agente da Polícia Federal que estava empenhado na diligência corrobora a narrativa anterior:

'... sacaram de suas pistolas, disparando na direção deste depoente e de seu colega Rogé-

rio; que, de imediato, para se defenderem, revidaram atirando contra aquelas pessoas, sendo que as mesmas conseguiram se evadir do local do fato, com exceção de Josafá, que, igualmente armado, conseguiu repassar sua arma para um daqueles indivíduos, os quais obtiveram sucesso na fuga, observando que eles sempre atiravam na direção dos policiais'. (Grifou-se - fls. 14).

Não requer o legislador que existam provas da autoria, estipula a necessidade de simples indícios. Sobre o tema esclarece Tourinho:

'Ao lado da prova da existência do crime, exige a lei "indícios suficientes da autoria" como condição indispensável, também, para a decretação da medida excepcional. Não se trata, quando a lei fala em "indícios suficientes da autoria", de prova *levior*, nem de certeza, mas daquela probabilidade tal que convença o Magistrado. Explica Frederico Marques que a expressão *indício suficiente* tem o sentido de probabilidade suficiente e não de simples possibilidade de autoria'.

Não se trata de simples possibilidade e sim de indícios sérios, que com bastante tranqüilidade atuam no convencimento do Magistrado que não poderia se esquivar da medida por ausência deste pressuposto, desde que presente algum dos fundamentos descritos no art. 312 do CPP.

A conduta perpetrada pelo paciente indica a sua periculosidade, sendo tal constatação fundamento suficiente para que a liberdade provisória seja indeferida a bem da ordem pública. Esta é a conclusão de Mirabete sobre a questão, ao interpretar a expressão "ordem pública" utilizada pelo legislador processual penal: '... mas está ela justificada se o acusado é dotado de periculosidade...'



Corroborando seu entendimento, o mestre coleciona mais adiante jurisprudência do STF neste mesmo sentido:

'Prisão preventiva. Despacho que a fundamenta na conveniência da ordem pública. Periculosidade revelada pelo acusado, portador de maus antecedentes. Indícios suficientes de autoria. Materialidade comprovada. Constrangimento ilegal inexistente'. (RT 590/451).

Às fls. 58 encontra-se cópia de mandado de prisão contra o paciente, o que desde logo milita contrariamente à presunção de que possui bom comportamento.

Como bem salientou a nobre Relatora, nenhuma das circunstâncias alegadas pelas impetrantes restaram provadas até o momento.

Ao analisar o pedido de liberdade provisória, o ilustre Julgador descreve circunstância que impede a concessão da medida requerida, qual seja, ter havido emprego de violência contra pessoa.

Embora tenha havido equívoco na grafia do dispositivo invocado, é possível do seu conteúdo aduzir a intenção do Magistrado.

Dispõe o art. 323:

'Art. 323. Não será concedida a fiança:

(...)

V - Nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público **ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça**'. (Grifos acrescentados);

Tais circunstâncias evidenciam que se está diante de hipótese em que não é cabível fiança, ao tempo em que estão presentes os pressupostos da medida cautelar restritiva da liberdade excepcional". (Fls. 76/80).

Em face do exposto, denego a ordem.

É como voto.

## **HABEAS CORPUS Nº 1.313-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO  
Impetrantes: DRS. GENIVAL VELOSO DE FRANÇA FILHO E OUTRO  
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA – PE  
Paciente: FRANCISCO DE ASSIS ARAÚJO (RÉU PRESO)

**EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE.**

- *Crime previsto no art. 22 da Lei nº 7.492/86. Paciente cumprindo pena em regime aberto.*
- *Cometimento de outros delitos. Impossibilidade da concessão de liberdade provisória.*
- *Alegação de crime impossível. Inexistência de prova idônea.*
- *Denegação da ordem.*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Desembargador Federal Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 28 de agosto de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO – Relator

### RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAP-

TISTA DE ALMEIDA FILHO: Genival Veloso de França Filho e Marcos Antônio Chaves Neto, qualificados nos autos, impetram *habeas corpus* em favor de Francisco de Assis Araújo, também qualificado, contra ato do MM. Juiz Federal da 4ª Vara - PE que indeferiu o pedido de liberdade provisória do paciente, preso em flagrante pela Polícia Federal no Aeroporto Internacional dos Guararapes, quando tentava embarcar para os Estados Unidos conduzindo em sua bagagem US\$ 50.000,00, não declarados à Receita.

Alegaram que se cuidavam de cédulas deterioradas que seriam trocadas por outras novas junto ao Banco Central Norte-Americano e, por se tratarem de cédulas imprestáveis, o delito de evasão de divisas que está sendo imputado ao paciente constitui CRIME IMPOSSÍVEL.

Além disso, ponderaram inexistirem razões para a prisão preventiva, inexistindo justa causa para o indeferimento da liberdade provisória.

A medida liminar liberatória foi indeferida.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO (Relator): Consta dos autos que o paciente, condenado por descaminho, cumpre pena em regime aberto.

Tanto que a prisão em flagrante do paciente quando tentava consumir o delito de evasão de divisas para o exterior (parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86) efetivou-se por constar o seu nome do Sistema Nacional de Procurados e Impedidos - SINPI, quando ele procurava embarcar para os Estados Unidos, sem a devida autorização do Juiz das Execuções Penais.

No "auto de qualificação e interrogatório" do paciente, que instrui as informações do MM. Juiz Federal dito coator, consta, aliás, "que não seria a primeira vez que viajava ao exterior sem autorização judicial; mas já o fiz por cerca de três vezes" (fls. 51).

Consta, também, dos autos que, além do feito em que foi

preso em flagrante por tentativa de promover, clandestinamente, a saída de divisa para o exterior e do feito no qual foi condenado pela prática de descaminho, ainda responde o paciente a mais duas ações criminais perante a 10ª Vara Criminal da Comarca de Natal por crime contra a Ordem Tributária.

Logo, não é invocável o instituto da liberdade provisória previsto no art. 310 do CPP, eis revelar-se o paciente contumaz descumpridor da pena que cumpre em regime aberto, saindo do território nacional, reiteradas vezes, sem autorização judicial e, inclusive, perseverando no cometimento de outros delitos dolosos contra a Fazenda Pública.

Ante o seu menoscabo para com a Justiça, evidencia-se inútil a submissão do postulante a novas condições para a outorga de liberdade provisória, na forma do art. 310 do CPP.

Ademais, por cometer novo delito durante o cumprimento de pena em regime aberto, o paciente está sujeito à regressão do regime de execução de pena nos termos da Lei de Execução Penal, sendo incoerente que o mesmo fato que autorize o agravamento do regime sirva de suporte à liberdade provisória pretendida e indeferida, fundamentadamente, pelo MM. Juiz Federal.

Nenhuma prova idônea há nos autos da equívoca alegação de crime impossível, não induzindo a tanto o fato de algumas cédulas dos US\$ 50.000,00 apreendidas com o paciente apresentarem-se danificadas.

Diante destas considerações, voto denegando a ordem.

### ***HABEAS DATA Nº 9-PE***

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Impetrante: JOSINA BARBOSA DORNELAS  
Impetrada: UNIÃO  
Advogado: DR. DENILDES AMARO DA SILVA (IMPTE.)

***EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS DATA. PEDIDO DE INFORMAÇÃO NEGADO***

**PELO EXTINTO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DESTA CORTE PARA APRECIAR O FEITO. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO COMPETENTE.**

*- Este Tribunal é competente para processar e julgar originariamente habeas data contra ato do próprio Tribunal ou de Juiz Federal. No caso em questão, o ato atacado emanou de uma autoridade federal, sendo dos Juízes Federais, portanto, a competência para processar e julgar o feito.*

*- Hipótese de incompetência absoluta funcional deste Tribunal, nos termos dos artigos 108 e 109 da CF/88.*

*- Remessa dos autos ao Juízo competente.*

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Plenário do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, declarar a incompetência absoluta deste colendo Tribunal, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 17 de outubro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA -  
Relator

**RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA: Trata-se de *habeas data* impetrado por Denildes Amaro da Silva, em favor de Josina Barbosa Dornelas, indicando como autoridade coatora o Ministério dos Transportes/Divisão de Aposentadoria e Pensionista, que não prestou as informações requeridas pela parte, acerca dos cálculos de um processo administrativo que visa à revisão de pensão da mesma.

Em 1996 a parte fez uma solicitação ao Ministério dos Transportes no sentido de obter as informações desejadas. O órgão simplesmente enviou uma carta à solicitante comprometendo-se a responder ao pedido no menor prazo possível, o que até o momento da propositura da ação não havia acontecido.

É o que havia de relevante para relatar.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator): O *habeas data* é instituto constitucional hábil a assegurar o direito à informação relativa à pessoa do impetrante (pessoa física ou jurídica), constante de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, para possibilitar a retificação desses dados.

Quanto à competência deste eg. Tribunal para processar e julgar a presente ação, prescreve a Constituição Federal nos art. 108, I, alínea c, e art. 109, VIII, *verbis*:

“Art. 108. Compete aos Tribunais Federais Regionais:

I - Processar e julgar, originariamente:

c) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal”.

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

VIII – os mandados de segurança, e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos Tribunais Federais”.

Da análise dos dispositivos legais, mostra-se incabível a possibilidade do *writ* ser impetrado perante este colendo Tribunal, pois a competência para processar e julgar ato emanado de autoridade federal é dos Juízes Federais.

É questão de incompetência absoluta funcional e cabe a este eg. Tribunal apenas declará-la sem adentrar o mérito do feito, momento oportuno para verificar se a demanda em tela afigurar-se-ia hipótese de *habeas data*, o que não é o caso, ten-

do em vista que as informações requeridas pela impetrante não constam em bancos ou registros de dados a serem retificados, mas em processo administrativo onde a parte requer revisão dos cálculos de sua pensão.

Assim, com fulcro no CPC, art. 301, II, e art. 113, *caput*, § 2º, declaro a incompetência absoluta deste juízo para examinar e decidir sobre a matéria, determinando a remessa dos autos à Justiça Federal de 1º grau, na Seção Judiciária do Distrito Federal.

É como voto.

## INQUÉRITO Nº 418-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Autora: JUSTIÇA PÚBLICA  
Indiciados: JOSÉ GONÇALVES VIANA E ANTÔNIO VICENTE DA SILVA  
Advogados: DRS. DORGIVAL TERCEIRO NETO E OUTRO (INDICIADOS)

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO QUALIFICADO. JUIZ CLASSISTA. PROCESSO DE HABILITAÇÃO. CURRÍCULO COM INFORMAÇÃO INVERÍDICA. FATO TÍPICO. RECEBIMENTO. CERTIDÃO DE SINDICATO ONDE CONSTA INFORMAÇÃO FORNECIDA POR FILIADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.**

*- Não tem validade entre os sócios, nem contra terceiros, instrumento de contrato não registrado (art. 301 do Código Comercial). Apresentar-se falsamente como sócio de uma empresa, com vistas a se habilitar ao cargo de Juiz Classista, como representante da categoria patronal, tipifica, em tese, o descrito no artigo 171, parágrafo 3º, do Có-*

***dição Penal. Recebimento da denúncia.  
- Certificar que uma empresa filiada indicou  
como seu representante alguém, não cria  
responsabilidade penal. Denúncia rejeitada.***

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e examinados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, receber a denúncia em relação a José Gonçalves Viana e rejeitar em relação a Antônio Vicente da Silva, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que integram o presente.

Custas, como de lei.

Recife, 16 de maio de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES –  
Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES: Cuida-se de inquérito policial instaurado com vistas a apurar fatos supostamente delituosos noticiados pelo Ministério Público do Trabalho, alusivos ao processo de investidura no cargo de Juiz Classista em Campina Grande/PB, que teriam sido perpetrados por José Gonçalves da Silva e Antônio Vicente da Silva.

A denúncia, ao tipificar a prática de estelionato qualificado, narra que, agindo em concurso de pessoas, o primeiro indiciado teria apresentado documentos ideologicamente falsos que atestaram a sua condição de sócio cotista da empresa COMPE-TE – Comércio de Petróleo e Equipamentos Ltda., visando a se habilitar ao cargo de Juiz Classista como representante da categoria patronal, enquanto que o segundo denunciado teria certificado, também falsamente, que o primeiro era representante legal da citada empresa perante o Sindicato do Comércio Ata-



cadista de Maquinismos em Geral do Estado da Paraíba – SINDIMAQUINISMO.

Em suas respostas, o primeiro denunciado alega erro na tipificação trazida pela denúncia, já que entende que, em tese, o que teria havido seria tipificado como falsificação de documento particular. Sustenta ainda que não há imputação fática ou elementos de convicção que apontem para a prática de estelionato, pedindo, preliminarmente, a retificação da denúncia. No mérito, alega que não houve o ânimo de fraudar a lei, já que, apesar de ter se afastado do quadro societário da empresa, retornou posteriormente, afirmando ser perfeitamente válido o aditivo contratual apresentado. Por fim, sustenta que não obteve vantagem ilícita, já que prestou serviços como Juiz Classista, fazendo jus à contraprestação pecuniária que recebeu.

O segundo denunciado afirma que jamais certificou inveridicamente, tendo informado o que constava nos registros do SINDIMAQUINISMO, ou seja, que o primeiro denunciado era o representante da empresa COMPETE junto ao sindicato.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator): A obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio, consubstanciada, em tese, na ascensão ao cargo de Juiz Classista em detrimento de outrem, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, materializado, no caso, em documentos de habilitação ao cargo tidos por ideologicamente falsos, tipifica a prática de estelionato, assim como apresentada na denúncia ora sob apreciação. A certidão oriunda da Junta Comercial do Estado da Paraíba, informando que José Gonçalves Viana não fazia parte da sociedade mercantil da qual afirmara ser sócio, empresta robustez às acusações que pesam sobre o mesmo.

A seu favor, o primeiro denunciado traz à baila um documento em forma de aditivo contratual, sem numeração e sem registro na competente Junta Comercial, no qual consta o seu reingresso na sociedade comercial. Sustenta que o documento

é válido e portanto suficiente para afastar a tipicidade apontada na sua conduta. No entanto, o Código Comercial, em seu artigo 301, diz explicitamente:

**“Art. 301. O teor do contrato deve ser lançado no Registro do Comércio do Tribunal do distrito em que se houver de estabelecer a casa comercial da sociedade (art. 10, nº 2), e se esta tiver outras casas de comércio em diversos distritos, em todos eles terá lugar o registro.**

.....  
**Enquanto o instrumento do contrato não for registrado, não terá validade entre os sócios nem contra terceiros, mas dará a estes contra todos os sócios solidariamente (art. 304)”.**

Dessa forma, para se apresentar como válido, o aditivo contratual deveria ser registrado na competente Junta Comercial, o que não aconteceu no caso dos presentes autos.

Portanto, estando presentes os requisitos legais e não se apresentando nenhuma das hipóteses do art. 43 do Código Penal, é de ser recebida a denúncia.

Quanto ao segundo denunciado, a peça acusatória se apresenta nos seguintes termos:

*“Ainda no mesmo processo de habilitação, o segundo denunciado, na qualidade de Presidente do Comércio Atacadista de Maquinismo em Geral do Estado da Paraíba, em 05.01.99, certificou a condição de José Gonçalves Viana como representante legal da COMPETE – Comércio de Petróleo e Equipamentos Ltda. perante o referido sindicato (fls. 53, Apenso III)”. Em suas respostas, o Sr. Antônio Vicente da Silva, informa:*

*“Verdadeiro o que estava sendo certificado, pois dos arquivos do Sindicato constava isso, e, também, que José Gonçalves Viana representava mencionada firma junto ao Sindicato”.*

Assim, certificou o segundo denunciado o que constava nos registros do Sindicato, a partir das informações trazidas pela própria empresa. A conduta do segundo denunciado foi de informar quem a empresa COMPETE indicou como seu representante junto ao SINDIMAQUINISMO. Dessa forma, o fato narrado evidentemente não constitui crime, aplicando-se, no caso, o disposto no art. 43, I, do Código de Processo Penal, rejeitando-se a denúncia.

Por tudo isso, recebo a denúncia quanto a José Gonçalves Viana e rejeito quanto a Antônio Vicente da Silva.

É como voto.

## RECURSO CRIMINAL Nº 369-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA  
Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA  
Recorrido: PAULO ROBERTO OTOCH BAQUIT  
Advogados: DRS. MARIA EDNIR FROTA QUEIROZ E OUTRO (RECDO.)

**EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. ART. 95, D, DA LEI N.º 8.212/91. NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. CRIME OMISSIVO. MERA CONDU-TA.**

*- A lei penal não pode descrever como crime o mero não pagamento, posto que não é lícito ao legislador comum contornar proibição inserta na Lei Maior que vedou a prisão por dívidas, ressalvadas as exceções que ela própria consagrou.*

*- O crime descrito no art. 95, d, da Lei n.º 8.212/91, não se exaure com o mero deixar de pagar, exigindo dolo específico de se*

*apropriar os valores, iludindo o Fisco.*

*- Por isso, não o comete quem registra todos os débitos em sua contabilidade e não dispõe de ativos suficientes para a quitação dos tributos questionados.*

*- A denúncia para ser apta deve conter a descrição de todos os elementos constitutivos do ilícito.*

*- Recurso conhecido e não provido.*

## 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 ao recurso em sentido estrito, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 11 de setembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA: Trata-se de Recurso em sentido estrito manejado pelo Ministério Público Federal irrisignado com a decisão prolatada pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Ceará que deixou de receber denúncia oferecida contra Paulo Roberto Otoch Baquit, a quem o *Parquet* atribuía o cometimento do ilícito penal de que cuida o art. 95, *d*, da Lei nº 8.212/91. É que a denúncia, de magreza esquelética, descreveu o pretenso crime como o mero "deixar de recolher as contribuições previdenciárias devidas", enquanto que a sentença, sufragando a tese de que o ilícito cogitado exigiria dolo específico, reclamando do agente o intuito de se apropriar dos valores ou de iludir o Fisco, elementos de que não cogitara a denúncia,

recusou-lhe seguimento.

No recurso, o Ministério Público Federal, agora com mais largueza, defende a tese na natureza omissa própria do delito em foco, classificando-o como de mera conduta, daí porque se insurge contra o tratamento dispensado à matéria pela sentença.

Nesta instância o Ministério Público Federal reafirma a tese que animara seu representante legal junto à instância inaugural.

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 31 do Regimento Interno desta Corte.

Pedi dia para julgamento.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA (Relator): A matéria não é nova e vinha sendo vivamente debatida nos tribunais nos últimos lustros. Contudo, parece-me despiciendo agora tratá-la com largueza excessiva, posto que o pensamento dos operadores do Direito a seu respeito já se acha formado. E mesmo que ainda haja algum vacilo jurisprudencial, os precedentes prestigiam a tese adotada pela decisão vergastada.

O crime de que cuida o art. 95, *d*, da Lei nº 8.212/91, somente não se confunde com a apropriação indébita descrita no Código Penal porque, em se tratando de delito descrito em lei especial e jungido ao ambiente das contribuições previdenciárias e considerando, mais, que a pena que a lei especial entendeu de definir é diversa (menor) do que a que frequenta a lei comum (Código Penal), força é reconhecer-lhe independência. Melhor seria, aliás, que o legislador não houvesse instituído esta específica forma de apropriação indébita, punindo-a nos termos do Código Penal. Ao fazê-lo, cometeu equívoco de monta, posto que terminou por instituir tratamento privilegiado a quem se aproprie dos valores destinados à seguridade social, quando o objetivo da lei era justamente o oposto.

De todo modo, o ilícito não pode ser havido como de mera conduta, exaurindo-se com o inadimplemento. Se o **não pagar** constituísse o crime em questão, este seria inconstitucional. Se a Constituição interditou a prisão por dívida, entendendo que a liberdade é valor superior ao patrimônio, não poderia o legislador infraconstitucional superar a proibição e lograr o intento interditado pela Carta Política, erigindo à condição de crime o não pagar. Com este expediente o legislador contornaria a vontade constitucional inserindo a proteção patrimonial acima da liberdade, na medida em que o inadimplemento, não podendo ser combatido com a prisão cível, o seria com a prisão criminal.

A meu sentir, a melhor interpretação da lei é a que enxerga no art. 95, *d*, um modo diverso de descrever a mesma conduta erigida pelo Código Penal à condição de apropriação indébita. Para a configuração do crime não basta o não pagamento. Exige-se a existência do valor e/ou a intenção de apropriar-se dele, ou de iludir o Fisco, inibindo o lançamento. No caso dos autos, o Ministério Público não se preocupou em descrever tais elementos, que são essenciais à existência do ilícito em foco. Ou, dito de outra forma, a conduta descrita na denúncia não configura ilícito penal.

Confira-se:

"A fiscalização do INSS constatou que a empresa TEBASA, da qual o acusado é Diretor Superintendente, descontou da folha de salário de seus empregados, não as repassando na época própria ao INSS, contribuições previdenciárias, no período de 01 a 08/98".

A denúncia exaure-se nestas linhas.

Não enxergo no texto transcrito a descrição de qualquer crime, ainda que admita possa ter existido algum. O juiz, porém, deve realizar preventiva atividade saneadora do processo, desde o exame da aptidão da peça vestibular. E andou bem a decisão atacada, ao interditar a instauração do processo criminal com a monossilábica denúncia.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

## RECURSO CRIMINAL Nº 385-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Recorridos: MOISÉS GOMES DA SILVA E JOSENILDO MATIAS DA SILVA  
Advogados: DRS. NORMAN SAINT JOHN FELLOWS E HILMA CHRISTINO DE FARIAS (RECDOS.)

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 366 DO CPP, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 9.271/96. CRIME PRACTICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI. IRRETROATIVIDADE TOTAL.**

*– A regra do art. 366 do Código de Processo Penal (com a redação da Lei nº 9.271/96), segundo a qual ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional no caso de o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, não se aplica aos crimes cometidos em momento anterior ao termo inicial da vigência do indigitado dispositivo, em face da sua natureza bangular (processual penal quanto à suspensão do processo, e penal no tocante à suspensão do curso da prescrição).*

*– Precedentes do STF e deste TRF.*

*– Recurso provido.*

### 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 provimento ao recurso em sentido estrito para reformar a decisão de pri-

meio grau e determinar o prosseguimento da ação penal, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas como de lei.

Recife, 20 de setembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
- Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA: Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão da lavra do MM. Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, nos autos da Ação Criminal nº 91.0004806-2, a de determinar "a suspensão do processo e do prazo prescricional em relação aos acusados Moisés Gomes da Silva e Josenildo Matias da Silva, decretando a prisão preventiva destes, para garantia de aplicação da lei penal, *ex vi* do art. 312 do estatuto instrumental penal (fls. 231).

Argúi o recorrente, em breve resumo, que o comando do art. 366 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei Federal nº 9.271/96, não se aplica ao caso em tela, uma vez anterior à nova redação do dispositivo o cometimento do crime, de forma que, por ser mais gravoso ao réu, não poderia retroagir. Traz excertos jurisprudenciais do STF e do STJ a esposar o seu entendimento.

Os recorridos, em contraminutas de fls. 252/253 e de fls. 254/256, por seu turno, assentiram com os fundamentos da parte recorrente, pugnando pela reforma da decisão impugnada e conseqüente prosseguimento do feito até ulterior julgamento.

O órgão do Ministério Público Federal que oficia junto a esta instância jurisdicional pronunciou-se pelo provimento do recurso, no parecer de fls. 263 *usque* 266, assim ementado:

"Penal. Processo Penal. Recurso em sentido estrito. Art. 366 do CPPB com redação pela Lei



9.217/96. Irretroatividade.

I – A regra de suspensão do processo prevista no artigo 366, em vigor a partir de 17.06.1996, é matéria estritamente processual, não retroagindo para alcançar atos processuais anteriores.

II – É inviável, aliás, a aplicação do novo dispositivo, total ou parcial, aos crimes cometidos anteriormente à vigência da lei nova, pois, nos casos de suspensão do processo, fica também suspenso o curso do prazo da prescrição.

III – Não é possível, porém, ter a suspensão do prazo prescricional como indefinida e permanente, uma vez que esta solução levaria à imprescritibilidade, só possível nas exceções previstas na Constituição Federal (art. 5º, XLII e XLIV).

IV – Pelo provimento do recurso em sentido estrito”.

Relatei.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): Compulsando os autos, considero procedente a irresignação ministerial.

A regra invocada pelo decisório recorrido, segundo a qual ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional no caso de o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, foi introduzida no Código de Processo Penal (art. 366) pelo art. 1º da Lei Federal nº 9.271, de 17.04.1996, e entrou em vigor sessenta dias após a publicação, a teor do que prescreveu o art. 2º.

O ilícito imputado aos recorridos, consoante narrativa da denúncia (fls. 03), ocorreu em 01/07/1991, de sorte que em momento muito anterior ao termo inicial da vigência do indigitado dispositivo.

As Cortes de Justiça e a doutrina, estimando a natureza

biangular do dispositivo (processual penal quanto à suspensão do processo, e penal no tocante à suspensão do curso da prescrição), inicialmente se apresentaram desarmônicas a respeito da aplicação ou não do comando do novo art. 366 aos casos em que o delito tivesse sido cometido antes da expiração da aludida *vacatio legis*, havendo, inclusive, quem defendesse a “aplicação intermediária”.

Hodiernamente, todavia, a jurisprudência pátria, inclusive a deste augusto TRF, tem-se posicionado em uníssono no sentido de que não se aplica o referido comando (em qualquer de suas disposições) aos crimes ocorridos antes de sua vigência. Trago, à guisa de exemplificação, os seguintes excertos jurisprudenciais deste Sodalício a respeito:

“Penal e Processual Penal. Art. 366 do CPP. Lei nº 9.271/96. Suspensão do processo e do prazo prescricional. Citação por edital. Crime praticado antes da vigência da lei. Norma penal e processual penal. Indissociabilidade. Irretroatividade.

1. Não se aplicam aos crimes praticados antes da vigência da Lei nº 9.271/96, a suspensão do processo e do prazo prescricional.

2. A suspensão do processo, de natureza eminentemente processual, ostenta evidentes benefícios ao réu, enquanto a suspensão do prazo prescricional, de viés material, representa, de fato, prejuízo se efetivamente aplicada aos processos iniciados antes da vigência da lei.

3. Precedente do STF que aponta para a impossibilidade da aplicação dissociada das determinações ínsitas no art. 366 do CPP.

4. Irretroatividade que se reconhece.

5. Recurso provido, para determinar a continuação do feito no juízo planicial”.

(RCCR nº 217/PE – 3.<sup>a</sup> Turma, unânime – Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano – DJ08.09.2000, p. 744).

“Processual Penal. Recurso em sentido estrito. Suspensão do processo e do prazo prescricio-

nal. Lei 9.271/96. Irretroatividade. O art. 366 do CPP contém normas de natureza penal e processual. A disposição adjetiva, ao determinar a suspensão do processo quando o réu citado por edital não comparecer, é, sem dúvida, mais benéfica ao acusado. A regra material, no entanto, ao estabelecer, concomitantemente com a suspensão do processo, a suspensão do prazo prescricional, é mais gravosa. Infração penal praticada antes da vigência da Lei 9.279/96, modificadora do art. 366 do CPP. Inaplicabilidade. Precedentes do STF e STJ”.

(RCCR nº 190/PE – 3.ª Turma, unânime – Rel. Des. Federal Ridalvo Costa – DJ 28.08.1998, p. 617).

“Processo Penal. Recurso crime em sentido estrito para adversar decisão que determina a suspensão do processo e da fluência da prescrição com relação a réu revel. Art. 366 do CPP, com a modificação determinada pela Lei 9.271/96. Irrecorribilidade. Taxatividade da enumeração constante do art. 581 do CPP. Recurso improvido. Concessão de ofício de ordem de *habeas corpus* para afastar a suspensão da fluência do prazo prescricional. Precedentes jurisprudenciais.”

(RCCR nº 162/PE – 2.ª Turma, unânime – Rel. Des. Federal Napoleão Maia Filho, então convocado – DJ 06.03.1998, p. 544).

“Penal e Processual Penal. Assalto a agência bancária. Formação de quadrilha.

1. Identificação dos réus com base em elementos descritivos suficientes. Validade (art. 259, CPP).

2. Art. 366, CPP, com a redação dada pela Lei nº 9.271/96: irretroatividade total do novel dispositivo, que não se aplica aos réus revéis citados por edital, se a infração fora cometida antes da vigência dessa norma.

3. Hipótese em que restou demonstrada a participação dos apelantes em assalto a agência da CEF em Jaboatão dos Guararapes. Condenação cabível.

4. Reconhecimento, pela sentença, de formação de quadrilha, que não se sustenta, vez que embasada apenas no depoimento de co-réu cuja intenção clara e única foi a de inocentarse.

5. Parcial provimento da apelação”.

(ACr nº 1767/PE – 1.ª Turma, unânime – Rel. Des. Federal Castro Meira – DJ 23.01.1998, p. 195).

Lembro, por derradeiro, que o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de decidir acerca do tema, tendo iterativamente firmado o entendimento acima expendido, como se pode observar dos julgamentos do HC nº 77.844/RS, do HC nº 75.284/SP e do HC nº 75.200/RJ, dentre outros.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para reformar a decisão de primeiro grau e determinar o prosseguimento da ação penal originária.

Assim voto.

## **REMESSA EX OFFICIO Nº 77.665-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO  
Partes Autoras: CAMILLA LEIRIA DE ANDRADE HOLANDA E OUTROS  
Parte Ré: UNIVERSIDADE DE FORTALEZA – UNIFOR  
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA – CE

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA DE OFÍCIO. ART. 12, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LMS. FINALIDADE DO INSTITUTO. SENTENÇA DADA CONTRA ATO DE DIRIGENTE DE ENTIDADE PRI-**

**VADA DELEGATÁRIA DO PODER PÚBLICO.  
INSTITUIÇÃO PARTICULAR DE ENSINO SU-  
PERIOR.**

- *O objetivo do mandamus é a proteção jurídica do indivíduo contra as demasias de agentes estatais que, na história da humanidade, sempre necessitaram de limitações. O proceder desses mesmos agentes, sendo uma das macrocaracterísticas do Estado de Direito, impõe a implantação de tais limites.*
- *O objetivo da inserção dos atos dos dirigentes de entidades privadas, delegatárias do Poder Público, no controle por via do mandado de segurança, foi maximizar a proteção aos indivíduos e imprimir maior eficácia ao princípio da legalidade, não podendo a sua interpretação produzir o efeito de equiparar essas entidades a pessoas estatais e reconhecer-lhes prerrogativas inerentes aos órgãos públicos stricto sensu.*
- *Quando a instituição de ensino superior particular deixa de recorrer de decisão que lhe impôs a dispensa de pagamento de taxa para expedição de diploma, entende-se que o absorveu e não há razão jurídica que recomende o desfazimento desse ato*
- *Não conhecimento da remessa de ofício.*

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de REOMS 77.665-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em não conhecer da remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Sem custas.

Recife, 11 de setembro de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES  
MAIA FILHO – Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança contra sentença do douto Juízo de origem que concedeu a ordem, ratificando a liminar antes deferida, no sentido de assegurar aos impetrantes o recebimento do diploma de conclusão do curso universitário ***independente do recolhimento de taxa exigida para tanto***.

2. É o que havia de relevante para relatar.

## VOTO

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

1. O objetivo do *mandamus* é a proteção jurídica do indivíduo contra atos ilegais ou abusivos de agentes estatais que, na história da humanidade, sempre necessitaram de limitações. O proceder desses mesmos agentes, sendo uma das macrocaracterísticas do Estado de Direito, impõe a implantação de tais limites.

2. O objetivo da inserção dos atos dos dirigentes de entidades privadas, delegatárias do Poder Público, no controle por via do mandado de segurança, foi maximizar a proteção aos indivíduos e imprimir maior eficácia ao princípio da legalidade, não podendo a sua interpretação produzir o efeito de equiparar essas entidades a pessoas estatais e recolher-lhes prerrogativas inerentes aos órgãos públicos *stricto sensu*.

3. O ponto nodal deste caso é o instituto do duplo grau obrigatório, o seu conceito, a sua extensão, a sua finalidade e a sua aplicabilidade no processo do mandado de segurança, ***quando impetrado contra atos de pessoas que exercem função diretiva em entidade privada delegatária de função pública***,

*em especial quando se trata de atividade particular, como ocorre com as empresas de transporte coletivo e as de ensino superior privado, por exemplo.*

4. O instituto do duplo grau obrigatório se coaduna com a finalidade de se resguardar os interesses públicos, daí porque a lei o prescreveu expressamente sempre que aqueles interesses não tenham prevalecido na sentença. Nesses casos, para produzir a coisa julgada, necessita-se do reexame da sentença pelo órgão colegiado hierarquicamente superior.

5. O art. 475 do CPC, nessa diretriz, prevê claramente a exigência de remessa dos autos ao Tribunal competente para reexame da matéria, *mesmo que ausente o recurso da parte vencida.*

6. A aplicação desse dispositivo opera-se de forma indiscriminada em todos os tipos de ações julgadas pelo Poder Público, inclusive no mandado de segurança, por expressa determinação da LMS (art. 12, parágrafo único).

7. Porém, o exame do duplo grau obrigatório em sede de mandado de segurança impetrado contra ato de dirigente de entidade pública delegatária de função estatal requer, preliminarmente, um estudo sobre a própria finalidade do *mandamus*, a sua origem e o objeto que visa a tutelar.

8. Não se olvida que o objetivo principal do *writ* é a proteção do indivíduo em face dos atos ilegais ou abusivos provenientes dos agentes do Poder Público.

9. A idéia de controle dos atos do poder estatal é uma idéia tenaz na história das sociedades humanas e se pode mesmo dizer que, em certa medida, sempre esteve presente onde quer que se tenha implantado uma estrutura governante ou desde os primeiros momentos da cultura humana.

10. Dessa forma, a finalidade do mandado de segurança é justamente esta: a proteção dos indivíduos contra os desmandos do poder estatal que, na história da humanidade, sempre necessitou de limitações e controle, especialmente da era do chamado Estado de Direito.

11. No afã de imprimir maior eficácia à Constituição e de se alargar as possibilidades de cabimento do mandado de segurança foi que se consagrou o entendimento de que seriam

legitimados passivos, ou seja, estariam *assemelhados* à posição de autoridade pública, *exclusivamente para fins de sujeição mandamental*, os dirigentes no exercício institucional de função delegada, incluindo-se nesse conceito, por exemplo, os de companhias estaduais de telecomunicações, das Juntas Comerciais Estaduais e ***de estabelecimentos particulares de ensino superior, dentre outros.***

12. Em casos assim, o dirigente da entidade, no exercício da função pública delegada, *não fica na mesma posição de uma autoridade pública*, mas está fora de dúvida consistente a sua qualificação como legitimado passivo para efeito da ação mandamental.

13. Veja-se que a *finalidade* de inserção dos dirigentes de entidades privadas delegatárias do Poder Público no pólo passivo da ação de segurança foi maximizar a proteção aos indivíduos e imprimir maior eficácia ao princípio da legalidade, não podendo tal interpretação produzir o efeito de equiparar essas entidades a pessoas estatais e reconhecer-lhes prerrogativas inerentes aos órgãos públicos *stricto sensu*.

14. Poder-se-ia dizer, em oposição a esse raciocínio, que o afastamento da aplicação da remessa oficial nesses casos afrontaria clara determinação legal, uma vez que a Lei do Mandado de Segurança expressamente prevê o instituto do duplo grau obrigatório (art. 12, parágrafo único).

15. No entanto, toda norma jurídica, apesar de válida e eficaz isoladamente, tem que receber a chancela do sistema, devendo neste ser incluída e conforme ele ser interpretada.

16. O argumento impressiona, mas, analogicamente, merece destaque o fato de que a suspensão da segurança, instituto também peculiar do *writ*, igualmente expressamente previsto na lei, teve a sua aplicação desrecomendada nos casos de segurança contra atos de dirigentes de instituições privadas delegatárias de função pública. Assim entenderam o extinto TFR e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, conforme se vê nos seguintes paradigmáticos acórdãos:

“Suspensão de segurança. Legitimidade processual. Agravo regimental. De acordo com o disposto no art. 4º da Lei 4.384/64, somente a



pessoa jurídica de Direito Público tem a faculdade de requerer a suspensão da execução de liminar ou de sentença". (AgReg na SS 8123/DF, Rel. Min. Gueiros Leite, *DJU* 15.05.89, p. 7.899).

"O art. 4º da Lei 4.384/64, oriundo de legislação excepcional, merece interpretação restritiva, sempre que o pedido de suspensão se refira a decisão prolatada nas ações constitucionais. Nos termos do referido dispositivo, só a pessoa jurídica de Direito Público tem legitimidade ativa para formular o pedido de suspensão. À pessoa jurídica de Direito Privado, ainda que exercente de atividade delegada do Poder Público, falta autoridade para falar em nome da ordem, da saúde, da segurança e da economia públicas". (AgReg na SS 1.372, Rel. Min. Márcio Moraes, *RevTRF* 3ª R., vol. 17, p. 74).

17. É verdade que há norma expressa prevendo o duplo grau obrigatório nas ações de segurança, mas a previsão, além de genérica, foi posta *quando o mandado de segurança era cabível apenas contra atos de autoridades públicas propriamente ditas*, não se tendo, à época, formado o entendimento, hoje consagrado, de que as pessoas exercentes de função pública delegada teriam, *também*, seus atos controlados pela via do *mandamus*.

18. Conclui-se, portanto, que a simples previsão genérica, na LMS, do duplo grau obrigatório *não vincula a sua adoção incondicional*, máxime quando confrontar com a própria finalidade do instituto e com a melhor interpretação constitucional que confere maior eficácia às garantias do indivíduo *contra as demasias do Poder Público*.

19. Em caso como o dos autos, em que a universidade particular se resignou com o comando da sentença e absorveu no seu corpo discente o aluno por ela favorecido, o eventual provimento da remessa de ofício (ausente recurso voluntário) cometeria o desatino de preservar o interesse da instituição privada em detrimento do interesse do aluno, quando ambos se

acham em situação de pacificação; em tal hipótese, a jurisdição, assim exercida, desatenderia ao seu escopo fundamental, *plantando discórdia onde não há, semeando lide onde há tranqüilidade e vulnerando direitos subjetivos onde há conformação e paz.*

20. Seria cabível argumentar com a possibilidade de ter havido conluio entre a parte impetrante e a entidade de ensino superior, daí a justificativa de não interposição do recurso de apelação.

21. No entanto, tal argumento pereceria, no meu entender, porque a presença do Ministério Público, nas ações mandamentais, impediria que tal eventual colusão frutificasse; no caso em exame, inexistente qualquer pronunciamento do douto *Parquet* Federal sobre a possível existência de acerto entre as partes, visando à obtenção de resultados ilícitos.

22. Não participo do entendimento de que a *probabilidade de fraude, a eventualidade de ilícitos ou a simples impressão da ocorrência de ilícitos* sirvam para subsidiar elementos de convicção do Julgador, pois creio que esses eventos deturpadores, quando alegados, devem ser submetidos a rigorosa verificação de efetividade, não sendo de se admitir a sua presença apriorística.

23. Na situação dos autos, *não há interesse público a proteger*, o que haveria seria uma orientação judicial de excessiva proteção ao ente privado, como se coubesse ao Juiz o dever de lhe preservar os interesses, quando isso não existe na função judicial, nem mesmo quando a parte é pública.

24. Voto, portanto, pelo não conhecimento da remessa de ofício, visto não ter havido interposição de recurso voluntário.

25. É como voto.

## REMESSA EX OFFICIO Nº 228.476-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO  
Parte Autora: MARINALVO DOS SANTOS ALMEIDA  
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Advogados: DRS. NADEGE CHAGAS (PARTE A) E DILENE MARIA RAMOS PEIXOTO E OUTROS (PARTE R)  
Remetente: 2ª VARA FEDERAL - AL

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ASSISTÊNCIA SOCIAL. AMPARO SOCIAL A DEFICIENTE. ART. 203, V, DA CF. LEI Nº 8.742/93.**

*- Preliminar de carência de ação por falta de interesse. Não acolhimento.*

*- Redução da verba honorária ao percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.*

*- Remessa oficial parcialmente provida.*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Desembargador Federal Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 7 de agosto de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

### RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAP-

TISTA DE ALMEIDA FILHO: Marinalvo dos Santos Almeida, deficiente mental, representado por sua genitora Sra. Benedita dos Santos Almeida, ajuizou ação ordinária contra o Instituto Nacional do Seguro Social, objetivando a concessão do benefício de prestação continuada previsto na Lei 8.742/93, bem como o pagamento das parcelas vencidas, acrescidas de correção monetária e juros de mora.

O INSS, na contestação, alegou carência de ação por falta de interesse de agir, aduzindo que o benefício pretendido foi concedido em 17.08.98 e mantido até 01.11.99, quando, então, foi suspenso por falta de saque, tendo, inclusive, enviado para pagamento os valores pertinentes ao período de 17.08.98 até 30.04.99, data do início do pagamento. Afirmou, ainda, que procedeu à reativação do benefício após tomar conhecimento da propositura da ação.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente, em parte, o pedido do autor para condenar o réu ao pagamento do valor do amparo social desde 08/98 até a retomada efetiva dos pagamentos, além de correção monetária, juros de mora e verba honorária.

Vieram-me os autos por força da remessa oficial.

Às fls. 53/55, o Ministério Público Federal opina pela manutenção da sentença.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO (Relator): O art. 203, V, da Constituição Federal, na seção correspondente à assistência social, prevê:

“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

.....  
V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência

e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

Com a edição da Lei nº 8.742/93 - Lei Orgânica da Assistência Social -, que regulamentou o dispositivo constitucional supramencionado, restou garantido um salário mínimo mensal à pessoa deficiente e ao idoso que comprovar não possuir condições de prover a sua manutenção ou de tê-la provida por sua família, nos termos do art. 20, *in verbis*:

“Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família”.

No presente caso, a satisfação das condições necessárias à obtenção do benefício encontra-se comprovada com a concessão do benefício por parte do instituto réu, restando, dessa maneira, incontroverso o direito do autor.

Quanto à alegada carência de ação, o art. 20 do Decreto nº 1.744/95, que regulamenta a Lei nº 8.742/93, dispõe que:

“Fica o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS obrigado a emitir e enviar aos beneficiários o aviso de concessão do benefício”.

Assim, ajuizada a ação em 01.12.99, após ter tido seu requerimento indeferido através da Carta de Indeferimento, datada de 13.10.98 (fls. 17), e não tendo sido avisado da alegada concessão, conforme determinação legal, justificado estava o interesse do autor quando da propositura da ação.

Objetivando o autor não apenas a concessão, mas, também, as parcelas vencidas acrescidas de correção monetária e juros de mora, subsiste ainda o interesse na ação, posto que os documentos trazidos à colação pelo réu não comprovam suas alegações.

No que concerne à verba honorária advocatícia, dada a singeleza da questão e a norma do § 4º do artigo 20 do CPC, tenho que deve ser reduzida para o percentual de 5% (cinco

por cento) sobre o valor da condenação.

Ante as razões expendidas, dou parcial provimento à remessa oficial para reduzir a verba honorária ao percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.

É como voto.

## **REMESSA EX OFFICIO Nº 228.805-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS  
Partes Autoras: ARNALDO ALVES FARIAS E CÔNJUGE  
Parte Ré: FAZENDA NACIONAL  
Advogados: DRS. TANIO ABILIO DE ALBUQUERQUE VIANA E OUTROS (PARTE A)  
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA - PB

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE BEM IMÓVEL. AUSÊNCIA DE RECURSO VOLUNTÁRIO. REMESSA EX OFFICIO. NÃO CONHECIMENTO.**

*- Segundo o art. 475 e inciso III do CPC "está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença que julgar improcedente a execução da dívida ativa da Fazenda Pública".*

*- A ação de embargos de terceiro, estando adstrita ao processo de execução da Fazenda Pública, que não foi julgada improcedente, não tem o condão de impor a remessa ex officio.*

*- Remessa que não se conhece.*

### ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional

Federal da 5ª Região, à unanimidade, não conhecer da 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, 16 de agosto de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS: Cuida-se de ação de embargos de terceiro ajuizada por Arnaldo Alves Farias e cônjuge contra a Fazenda Nacional, na qual pretendem afastar o imóvel, sito à Rua Frei Tito, nº 49, Bairro do Catolé, em Campina Grande - PB, da penhora decorrente do processo de execução fiscal movido pela embargada contra a firma M. Sérgio Comércio Ltda.

Alegam os embargantes, em suma, que a penhora contrariou a Lei nº 8.009/90, que dispõe sobre o bem de família, além do que do auto de penhora não consta a assinatura da esposa do autor - também autora dos presentes embargos -, quando necessária, por se tratar de bem do casal.

Contestação apresentada pela Fazenda, sustentando a ocorrência de fraude à execução (fls. 24/25).

Réplica (fls. 27/30).

A MM. Juíza Federal da 5ª Vara Privativa das Execuções Fiscais da Seccional da Paraíba, entendendo, em suma, não ter havido regular citação do responsável tributário em nome de quem se encontra registrado o bem, julgou procedentes os embargos de terceiro, "para desconstituir a penhora realizada nos autos da Execução Fiscal nº 2225, quanto ao imóvel referido na inicial..." (Fls. 42).

Condenou, ainda, a ré na devolução das custas e em honorários arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Sentença submetida ao duplo grau de jurisdição.

Sem recurso voluntário, vieram-me os autos conclusos por distribuição.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS (Relator): A questão é de embargos de terceiro através dos quais pretendem os embargantes afastar da constrição judicial o imóvel que teriam adquirido mediante compra e venda, consoante instrumento público de procuração e recibo de sinal constantes dos autos, às fls. 09/10.

No caso presente, a sentença não fora objeto de recurso voluntário.

A MM. Juíza *a quo* submeteu o *decisum* ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Dispõe o art. 475 do CPC, *in verbis*:

“Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - que anular o casamento;

II - proferida contra a União, o Estado e o Município;

III - que julgar improcedente a execução da dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, nº VI).  
Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los”.

À primeira vista, poder-se-ia pensar que a situação dos autos estaria enquadrada no inciso II, susomencionado. Contudo, tendo em vista a disposição específica do inciso III - que trata da **execução** da dívida ativa da Fazenda Pública -, não se pode aplicar a regra geral do inciso anterior e, como a ação de embargos de terceiro está adstrita ao processo de execução, que não foi julgada improcedente, entendo que não é caso de remessa *ex officio*.



Com essas considerações, não conheço da remessa oficial.

É como voto.

## REMESSA EX OFFICIO Nº 241.234 - CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Parte Autora: MARIA DE FÁTIMA RODRIGUES DE CARVALHO  
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
Advogados: DRS. RAIMUNDO DA SILVA ARAÚJO E OUTROS (PARTE A) E JÂNIO NUNES VIDAL E OUTROS (PARTE R)

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINARES. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. ESTÁGIO PROFISSIONAL. PROVA TESTEMUNHAL E INÍCIO DE PROVA DOCUMENTAL. POSSIBILIDADE.**

*- É competente a Justiça Federal para apreciar e julgar as ações cujo objeto é o reconhecimento do tempo de serviço para fins previdenciários.*

*- A ação declaratória é via apropriada para o reconhecimento de tempo de serviço para fins previdenciários. Precedentes desta e. Corte. Inteligência da Súmula nº 242-STJ.*

*- O estágio curricular e extracurricular tem por finalidade a complementação da aprendizagem acadêmica do futuro profissional, propiciando-lhe aperfeiçoamento técnico-científico e experiência prática. Quando estes objetivos não são perseguidos, desres-*

*peitando-se o conteúdo programático do curso e os calendários escolares, ou quando o estudante fica submetido a carga horária além da prevista, descaracteriza-se a natureza do estágio.*

*- Há de se reconhecer o direito à autora para averbação do seu tempo de serviço junto à Previdência Social, quando restou comprovado nos autos, através de depoimentos testemunhais e de início de prova documental, a desconfiguração da relação de estágio profissional em uma relação de emprego.*

*- No âmbito judicial, em face do princípio do livre convencimento do juiz, não se aplica a vedação contida no art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, segundo a qual não se poderá reconhecer o tempo de serviço com base em prova exclusivamente testemunhal. O juiz é livre para apreciar as provas que lhe servirem de fundamento para sua decisão. Precedentes.*

*- Preliminares rejeitadas.*

*- Remessa oficial improvida.*

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 30 de agosto de 2001 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
- Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA: Trata-se de remessa oficial de sentença que, julgando procedente o pedido da autora, Maria de Fátima Rodrigues de Carvalho, condenou o INSS à averbação do seu tempo de serviço, prestado junto ao Banco do Estado do Ceará - BEC, na condição de estagiária, no período de 28.04.75 a 11.04.76. Condenou-o, ainda, ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados à base de 10%.

O douto sentenciante rejeitou as preliminares de incompetência da Justiça Federal para apreciar o pleito e de impropriedade da via eleita, argüidas na contestação pela autarquia previdenciária, e, no mérito, considerou demonstrado o desvirtuamento da relação de estágio mantida pela peticionária com a mencionada instituição financeira, a configurar uma verdadeira relação de emprego.

Relatei.

## VOTO - PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

### INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

Em se tratando o objeto da lide do reconhecimento do tempo de serviço para fins previdenciários, torna-se evidente a competência da Justiça Federal para apreciá-la, porquanto a relação jurídica posta em discussão é firmada entre a autarquia previdenciária e o autor e não tem natureza trabalhista.

O inciso I do art. 109 da Constituição Federal em vigor atribui aos juízes federais a competência para processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Não assiste, pois, razão ao INSS em arguir referida preliminar.

### IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.

A jurisprudência desta e. Corte vem se firmando no sentido de considerar adequada a ação declaratória para o reconhecimento do tempo de serviço para fins previdenciários, a exemplo dos precedentes abaixo transcritos:

"Previdenciário. Reconhecimento de tempo de serviço. Averbação. Possibilidade. Início de prova documental. Prova testemunhal.

- Ação declaratória é cabível para fins de comprovação de tempo de serviço, tendo em vista a averbação previdenciária.

- Precedente desta Corte (AC 109538/RN, Rel. Juiz Manoel Erhardt, julg. 07.08.97, DJ 27.10.97, p. 90010).

....."  
(AC nº 135483-CE, Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde, 1ª Turma, DJ 24.03.00).

"Previdenciário e Processo Civil. Reconhecimento de tempo de serviço rural. Ação declaratória. Via adequada. Início razoável de prova material. Prova testemunhal. Validade.

1. A ação declaratória é meio adequado para contagem de tempo de serviço.

....."  
(AC nº 180376-CE, Rel. Des. Fed. Araken Mariz, 2ª Turma, DJ 10.11.00).

"Processo Civil e Previdenciário. Ação declaratória. Agravo retido intempestivo. Não conhecimento. Nulidade. Preclusão temporal. Reconhecimento de tempo de serviço urbano.

- Não conhecimento do agravo retido interposto vários meses depois da ciência da decisão

proferida em audiência.

- Ação declaratória presta-se ao escopo de reconhecimento de tempo de serviço para fins previdenciários, sendo-lhe, ante a ausência de efeito patrimonial imputado ao Instituto Previdenciário, inaplicável a regra da prescrição quinquenal.

.....”  
(AC nº 193881/CE, Rel. Des. Fed. Rivalvo Costa, 3ª Turma, DJ 14.07.00).

No mesmo diapasão é o teor da Súmula nº 242 do e. Superior Tribunal de Justiça.

Ei-la:

“Cabe ação declaratória para reconhecimento de tempo de serviço para fins previdenciários”.  
Preliminar rejeitada.

#### VOTO - MÉRITO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): A matéria submetida ao duplo grau de jurisdição versa sobre o direito da autora, Maria de Fátima Rodrigues de Carvalho, de ter averbado, junto ao INSS, o seu tempo de serviço prestado ao Banco do Estado do Ceará - BEC, na condição de estagiária, no período compreendido entre 28.04.75 e 11.04.76. Justifica a pretensão formulada em juízo, alegando a descaracterização do suposto estágio em uma verdadeira relação de emprego.

A petionária colacionou aos autos, às fls. 11 e 16, documentos comprobatórios de sua vinculação à Universidade Estadual do Ceará, onde estava regularmente matriculada no curso de Administração de Empresas, bem como à referida instituição financeira, na qualidade de estagiária. Nesta condição, fazia jus a uma bolsa de estudos como retribuição pelo estágio.

Segundo afirma, na exordial, desvirtuou-se a natureza do seu estágio, uma vez que não se limitava a executar as atividades a ele inerentes, mas lhe era exigida, pelo banco, uma jorna-

da de trabalho igual à dos empregados, em pleno desrespeito à carga horária do estágio. Estas alegações foram comprovadas através dos depoimentos das testemunhas, tomados em audiência. Todas as testemunhas, às fls. 75/76, foram unânimes em afirmar que as atividades desempenhadas pela autora não se distinguem das que continuou a executar quando foi contratada pela mencionada instituição financeira para exercer o cargo de escrevente-datilógrafa, em abril/76 (fls. 14/15), tendo, inclusive, sido mantida a mesma carga horária.

Faz-se mister esclarecer que o objetivo do estágio curricular ou extracurricular é o de complementar a aprendizagem acadêmica do futuro profissional, propiciando-lhe experiência prática, aperfeiçoamento técnico-cultural e científico de sua formação, através do acompanhamento pedagógico e de um sistema de avaliação a que deve ser submetido o estudante, com observância dos conteúdos curriculares, programáticos e dos calendários escolares.

Analisando-se, porém, o teor das declarações das testemunhas arroladas e os documentos trazidos aos autos, verifica-se que restou desconfigurada a suposta relação de estágio firmada entre a petionária e o Banco do Estado do Ceará, uma vez que ela era submetida à mesma carga horária dos funcionários e à execução das mesmas tarefas por eles realizadas. Atividades essas, há de se ressaltar, que eram atinentes ao cargo de assistente-datilógrafo para o qual ela foi posteriormente contratada. Tal alegação constitui mais um motivo para caracterizar a relação de estágio como de emprego, porquanto não se mostra compatível com a finalidade do estágio manter um estudante do curso de Administração de Empresas, durante todo o período, realizando atribuições inerentes ao cargo de assistente-datilógrafo. Justifica-se, pois, o reconhecimento, para fins previdenciários, do tempo de serviço pleiteado.

Outrossim, exhibe-se sem fundamento o argumento do INSS apresentado quando da contestação. Segundo a autarquia previdenciária, não seria possível o reconhecimento de tempo de serviço com base em prova exclusivamente testemunhal, a teor do art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. Inicialmente, há de se atentar para o fato de que a restrição prevista no citado diploma legal não se aplica no âmbito judicial. A atividade jurisdicional

do magistrado é regida pelo princípio do livre convencimento, princípio este que o possibilita, de modo independente, a formalizar o seu juízo sobre o objeto da lide, com fulcro nas provas produzidas nos autos. Nenhuma restrição, portanto, pode sofrer o duto sentenciante na avaliação e na ponderação das provas que lhe servirão de fundamento para sua decisão.

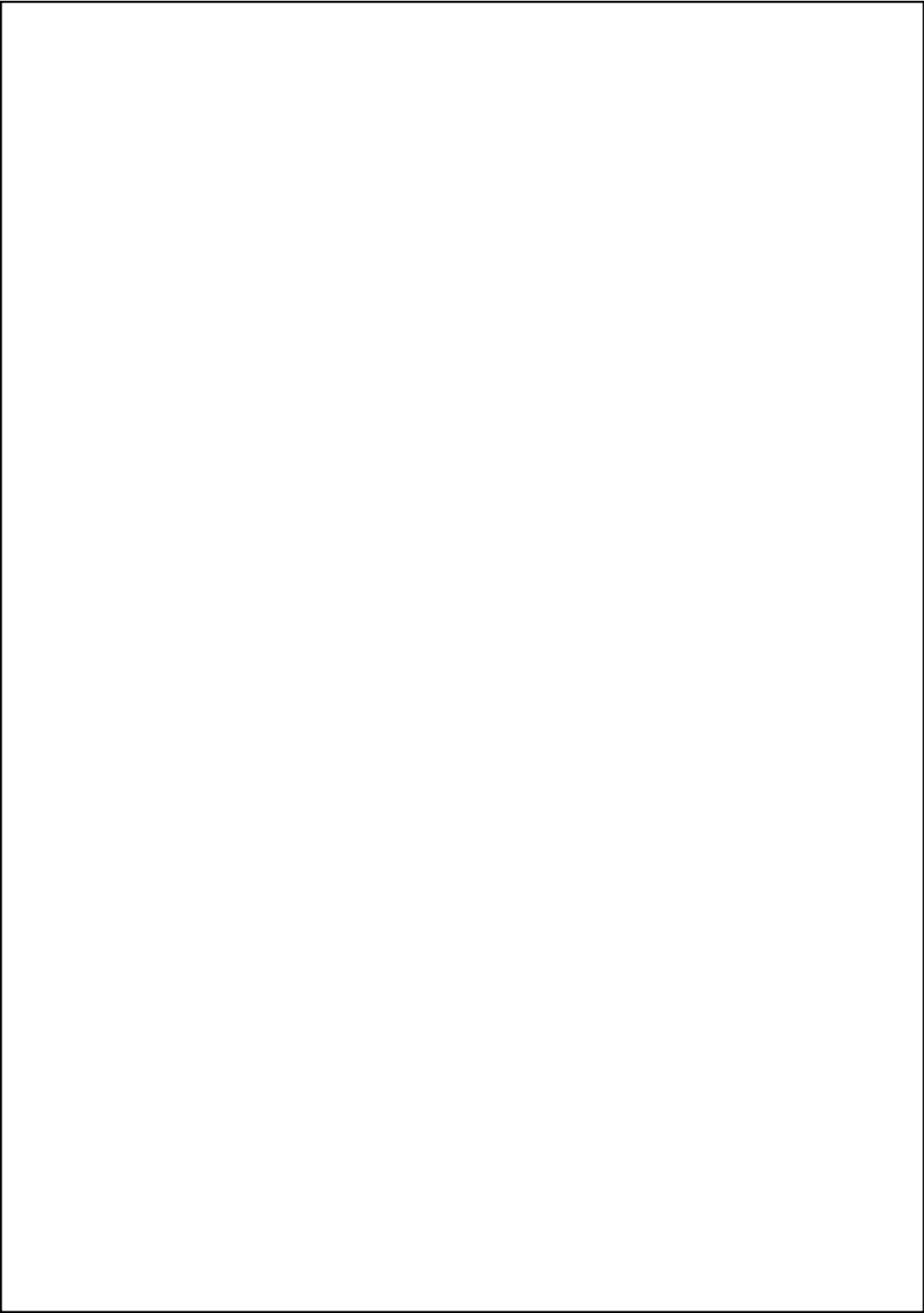
Por outro lado, observa-se que a v. sentença encontra-se alicerçada nos documentos trazidos à colação, bem como nos depoimentos testemunhais.

Sobre a matéria em tela, já se posicionou esta e. Primeira Turma, conforme ementa a seguir transcrita:

- “Previdenciário. Reconhecimento de tempo de serviço. Estagiário de Medicina. Início de prova material. Prova testemunhal. Possibilidade.
- A jurisprudência vem admitindo a validade da prova testemunhal para a comprovação de tempo de serviço, quando esta constitui prova idônea e hábil ao convencimento dos fatos alegados, sobretudo quando combinada com elementos que indicam razoável início de prova documental.
  - Princípio do livre convencimento do juiz (art. 131/CPC).
  - O tempo de serviço prestado como estagiário deve ser computado para fins previdenciários, quando presentes as características que indicam a existência de relação de emprego, mormente se exercido em período anterior à Lei nº 6.494/77. Precedente da Turma.
  - Apelação e remessa oficial improvidas”.
- (AC nº 183989/CE, Rel. Des. Fed. Ubaldo Cavalcante, *DJ* 07.04.2000).

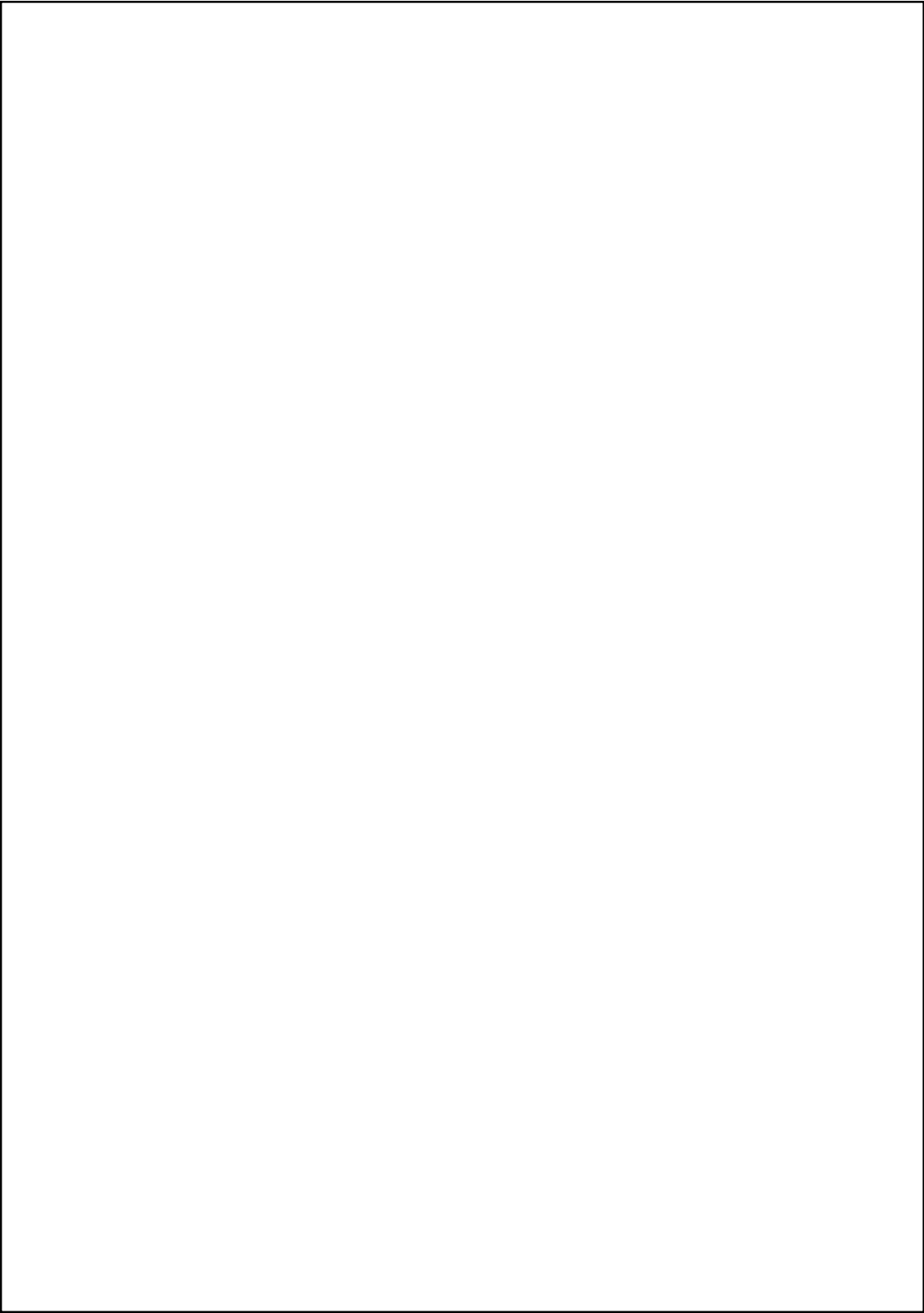
Isto posto, nego provimento à remessa oficial.

Assim voto.





## **ÍNDICE SISTEMÁTICO**



## ÍNDICE SISTEMÁTICO I – JURISPRUÊNCIA

### Ação Rescisória

2473-PE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima	27
---------	--	----

### Agravo de Instrumento

20808-AL	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha .....	30
22035-CE	Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho ....	34
28926-CE	Rel. Des. Federal Ridalvo Costa .....	38
31609-CE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	40
37223-PB	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ....	45

### Agravo Regimental na Apelação em Mandado de Segurança

72255-PE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ....	49
----------	---	----

### Agravo Regimental no Agravo de Instrumento

34257-SE	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira .....	55
----------	---	----

### Apelação Cível

9822-SE	Rel. Des. Federal Nereu Santos .....	63
168136-PE	Rel. Des. Federal Ridalvo Costa .....	70
197265-CE	Rela. Des. Federal Margarida Cantarelli .....	72
198713-RN	Rela. Des. Federal Margarida Cantarelli .....	79
230320-RN	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira .....	85
237377-RN	Rel. Des. Federal Ridalvo Costa .....	93
237730-PE	Rel. Des. Federal Paulo Robertode Oliveira Lima	96
240050-PE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ..	109
248983-PB	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha .....	112
258996-PE	Rela. Des. Federal Margarida Cantarelli .....	123
262108-PB	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ..	129

### Apelação Criminal

1967-RN	Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho ....	135
---------	--	-----

2237-PE	Rel. Des. Federal Nereu Santos .....	141
2367-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	150
2461-PE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima	157
2477-SE	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira .....	161
2590-CE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha .....	175

### **Apelação em Mandado de Segurança**

64707-CE	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho	180
68371-CE	Rel. Des. Federal Ridalvo Costa .....	183
74923-RN	Rel. Des. Federal Castro Meira .....	186
74937-PB	Rel. Des. Federal Castro Meira .....	194
75443-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	201
75501-PE	Rel. Des. Federal Castro Meira .....	209
75591-PB	Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho ....	217
77388-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	223

### **Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança**

753-CE	Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli .....	225
--------	--	-----

### **Embargos Infringentes na Apelação Cível**

144648-CE	Rel. Des. Federal Nereu Santos .....	239
-----------	--------------------------------------	-----

### ***Habeas Corpus***

1252-CE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	243
1297-PE	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira .....	246
1302-PE	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho	255
1310-AL	Rel. Des. Federal Castro Meira .....	257
1313-PE	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho	266

### ***Habeas Data***

0009-PE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha .....	268
---------	---------------------------------------	-----

### **Inquérito**

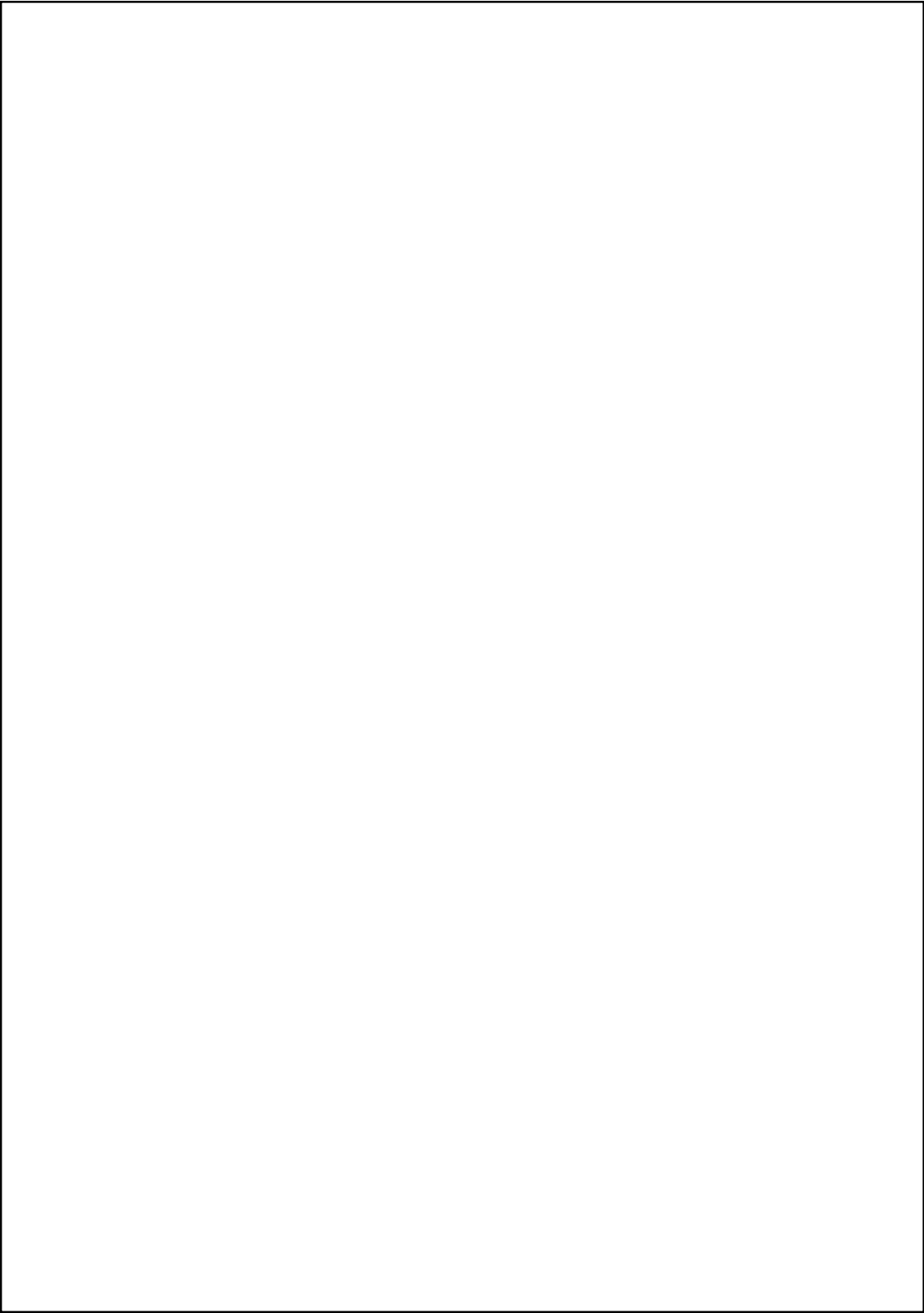
418-PB	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	271
--------	--	-----

## Recurso Criminal

369-CE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima	275
385-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	279

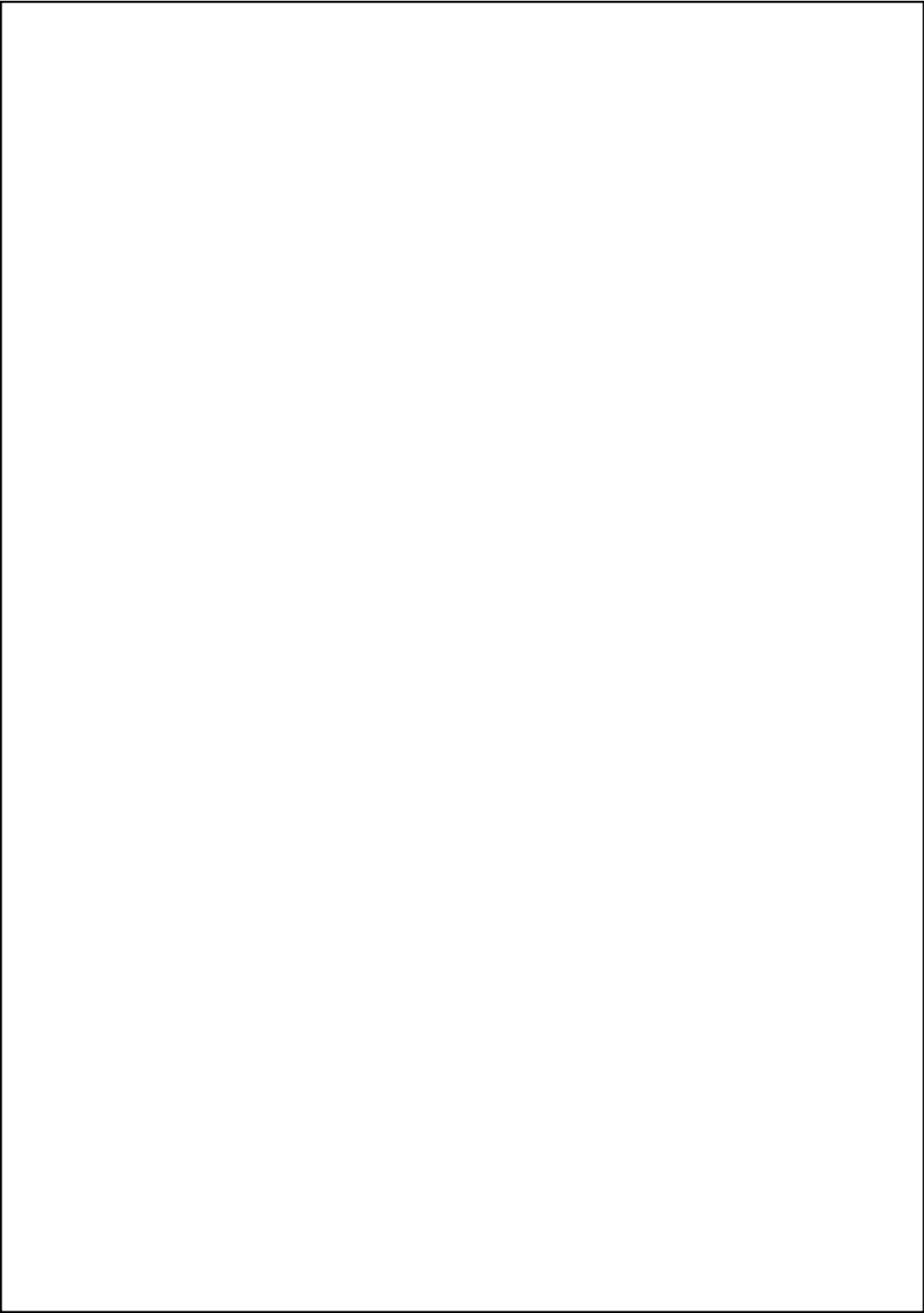
## Remessa *Ex Officio*

77665-CE	Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho ....	284
228476-AL	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho	291
228805-PB	Rel. Des. Federal Nereu Santos .....	294
241234-CE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	297



## **ÍNDICE ANALÍTICO**

---





## A

Cv	Ação civil pública. Área cedida pela União a empresa municipal de urbanização para implantação de projeto urbanístico. Danos causados ao meio ambiente. Responsabilidade. AC 9822-SE .....	63
PrCv	Ação rescisória. Julgamento <i>ultra petita</i> . Redução aos limites da postulação. AR 2473-PE .....	27
PrCv	Adicional de gestão educacional. Exclusão da base de cálculo na incorporação dos quintos e décimos. Redutibilidade dos vencimentos. Impossibilidade. Decadência. AMS 75591-PB .....	217
Adm	Agente marítimo. Auto de infração sanitária. Ausência de prova pré-constituída. Carência de ação. AMS 75501-PE .....	209
PrCv	Agravo de instrumento. Preliminar. Conexão. Ação de interdito proibitório anterior àquela. Juízo prevento. Imissão na posse. Reserva biológica. Proteção ambiental. Desocupação deferida em favor da União. Pedido de efeito suspensivo. Denegação. AgRg no AgTr 34257-SE ....	55
Adm e PrCv	Alvará judicial. Levantamento de diferença de vencimentos de servidor falecido. Competência. AC 237377-RN .....	93
Ct	Amparo social a deficiente. Assistência social. CF, art. 203, V. Lei nº 8.742/93. Preliminar de carência de ação por falta de interesse. Não acolhimento. Redução da verba honorária ao percentual de 5% so-	

	bre o valor da condenação. REO 228476-AL .....	291
Adm e Ct	Anistiado. Ato de exceção. Aposentadoria. Sentença <i>extra petita</i> . Inexistência. AC 248983-PB .....	112
Adm e Ct	Aposentadoria. Anistiado. Ato de exceção. Sentença <i>extra petita</i> . Inexistência. AC 248983-PB .....	112
PrCv e Prev	Aposentadoria e auxílio-acidente. Cumulação. Possibilidade. Desconto no benefício para ressarcimento ao INSS. Incabimento. Tutela antecipada. Deferimento. AgTr 20808-AL .....	30
Pen e PrPen	Apropriação de contribuição previdenciária. Lei nº 8.212/91, art. 95, alínea <i>d</i> . Crime omissivo próprio. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação. Pena mínima. <i>Sursis</i> . ACr 2477-SE .....	161
Pen e PrPen	Apropriação indébita. Lei nº 8.212/91, art. 95, <i>d</i> . Não recolhimento de contribuições previdenciárias. Recurso em sentido estrito. Rejeição da denúncia. Crime omissivo. Mera conduta. RcCr 369-CE .....	275
Cv	Argüição de inconstitucionalidade. Lei nº 7.450/85, art. 88. Enfiteuse de imóvel da União. Instituto de Direito Público – Administrativo. Atualização do valor do foro. Constitucionalidade do dispositivo. AI na AMS 753-CE .....	225
Ct	Assistência social. Amparo social a deficiente. CF, art. 203, V. Lei nº 8.742/93. Preliminar de carência de ação por falta	

	de interesse. Não acolhimento. Redução da verba honorária ao percentual de 5% sobre o valor da condenação. REO 228476-AL .....	291
Adm	Auto de infração sanitária. Agente marítimo. Ausência de prova pré-constituída. Carência de ação. AMS 75501-PE .....	209
<b>C</b>		
Ct e Prev	Casamento civil e religioso. Extensão de igualdade de efeitos para o fim de negar a concessão de benefícios em época anterior à CF/88. Impossibilidade. AMS 64707-CE .....	180
PrCv, Ct e Trbt	Compensação/restituição. Valores recolhidos a título de remuneração de administradores e autônomos. Lei nº 7.787/89, art. 3º, inciso I, e Lei nº 8.212/91, art. 22. AC 237730-PE .....	96
Adm	Conciliador de Juizado Especial. Inscrição na OAB. Ausência de incompatibilidade. Existência de impedimento de exercício da advocacia perante os Juizados Especiais. Interpretação teleológica e sistemática. Lei nº 9.099/95, art. 7º, parágrafo único. AMS 74923-RN .....	186
Adm	Concurso público. Reserva de vagas: 50% civis e 50% militares. Ofensa ao princípio da isonomia. AMS 77388-PE .....	223
Pen e PrPen	Concussão. Continuidade delitiva. Revogação de mandato. ACr 2237-PE .....	141
Cv e PrCv	Consignação em pagamento. Sistema	

	Financeiro da Habitação. Plano de Equivalência Salarial. Lei nº 8.692/93. Inaplicabilidade aos contratos firmados antes de sua vigência. AC 168136-PE .....	70
Pen e PrPen	Contribuição previdenciária. Apropriação. Lei nº 8.212/91, art. 95, alínea <i>d</i> . Crime omissivo próprio. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação. Pena mínima. <i>Sursis</i> . ACr 2477-SE .....	161
PrCv	Contribuição previdenciária. Lei nº 9.783/99. Ordenador de despesas. Delegação. Legitimidade passiva. Negativa de seguimento a recurso. CPC, art. 557, <i>caput</i> . Aplicação inclusive à remessa oficial. Julgamento <i>ultra petita</i> . Não ocorrência. AgRg 72255-PE .....	49
Pen e PrPen	Contribuições previdenciárias. Não recolhimento. Apropriação indébita. Lei nº 8.212/91, art. 95, <i>d</i> . Recurso em sentido estrito. Rejeição da denúncia. Crime omissivo. Mera conduta. RcCr 369-CE .....	275
Pen	Contribuições previdenciárias. Recolhimento. Omissão. Lei nº 8.212/91, art. 95. Materialidade comprovada. Dificuldades financeiras sobejamente comprovadas. Inexigibilidade de conduta diversa. Causa excludente de culpabilidade. Absolvição. ACr 2590-CE .....	175
PrPen	Crime previsto na Lei nº 7.492/86, art. 22. Prisão em flagrante. Paciente cumprindo pena em regime aberto. Cometimento de outros delitos. Impossibilidade da concessão de liberdade provisória. HC 1313-PE .....	266

PrCv e Prev	Cumulação de aposentadoria e auxílio-acidente. Possibilidade. Desconto no benefício para ressarcimento ao INSS. Incabimento. Tutela antecipada. Deferimento. AgTr 20808-AL.....	30
-------------	---	----

## D

Cv	Danos causados ao meio ambiente. Responsabilidade. Área cedida pela União a empresa municipal de urbanização para implantação de projeto urbanístico. Ação civil pública. AC 9822-SE .....	63
Cv	Danos morais e materiais. Indenização. Dano não configurado. AC 230320-RN	85
Trbt	Débito parcelado. INSS. Pedido de certidão. Exigência de garantia. Legalidade. AMS 68371-CE .....	183
Pen e PrPen	Descaminho. Tipificação. Tráfico ilícito de entorpecentes. Caracterização. Confissão e posterior retificação em juízo. Conjunto probatório incriminatório. Regime prisional. ACr 2367-PE .....	150

## E

PrCv	Embargos de terceiro. Execução fiscal. Penhora de bem imóvel. Ausência de recurso voluntário. REO 228805-PB .....	294
PrCv	Embargos infringentes. Voto vencido. Ausência de fundamentação. EI na AC 144648-CE .....	239
Cv	Enfiteuse de imóvel da União. Instituto de Direito Público – Administrativo. Atualiza-	

	ção do valor do foro. Arguição de inconstitucionalidade. Lei nº 7.450/85, art. 88. Constitucionalidade do dispositivo. AI na AMS 753-CE .....	225
Pen	Entorpecentes. Tráfico internacional. Associação. Prova. ACr 2461-PE .....	157
Pen e PrPen	Estelionato qualificado. Juiz classista. Processo de habilitação. <i>Curriculum</i> com informação inverídica. Fato típico. Certidão de sindicato onde consta informação fornecida por filiado. Atipicidade da conduta. Rejeição da denúncia. Inq 418-PB	271
PrPen	Estrangeiro. Tráfico internacional de entorpecentes. Não caracterização. Prisão administrativa para fins de deportação. Extrapolação do prazo de sessenta dias. Prisão ilegal. HC 1302-PE .....	255
PrCv	Execução fiscal. Embargos de terceiro. Penhora de bem imóvel. Ausência de recurso voluntário. REO 228805-PB .....	294

## F

Trbt	Fato gerador. Inocorrência. Imposto de renda retido na fonte. Restituição. Direito. Remessa de divisas para o exterior. Tratamento de saúde. Dependente. AC 258996-PE .....	123
Trbt	Finsocial. Recolhimentos indevidos. Crédito. Sentença <i>ultra petita</i> . Prescrição. Correção monetária. Juros de mora. Juros compensatórios. AMS 75443-PE .....	201
Adm	Fiscal do Trabalho. Remoção a pedido a critério da Administração. Prevalência do	

	interesse público sobre o individual do impetrante. Inexistência do direito à remoção. AMS 74937-PB .....	194
Trbt	Função comissionada. Plano de seguridade social do servidor – PSSS. Contribuição. Antecipação de tutela. Possibilidade. AgTr 37223-PB .....	45
<b>H</b>		
PrPen	<i>Habeas corpus</i> . Estrangeiro. Tráfico internacional de entorpecentes. Não caracterização. Prisão administrativa para fins de deportação. Extrapolação do prazo de sessenta dias. Prisão ilegal. HC 1302-PE	255
PrPen	<i>Habeas corpus</i> . Prisão em flagrante. Crime previsto na Lei nº 7.492/86, art. 22. Paciente cumprindo pena em regime aberto. Cometimento de outros delitos. Impossibilidade da concessão de liberdade provisória. HC 1313-PE .....	266
PrPen	<i>Habeas corpus</i> . Prisão em flagrante. Relaxamento. Ausência dos requisitos. Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. HC 1252-CE .....	243
PrPen	<i>Habeas corpus</i> . Tentativa de homicídio. Alteração para crime de resistência. Não acolhimento do argumento. Pedido de liberdade provisória. Ausência dos requisitos. HC 1310-AL .....	257
Pen e PrPen	<i>Habeas corpus</i> preventivo. Representação criminal formulada por autoridade militar a membro do Ministério Público Federal. Crime, em tese, de abuso de	

	autoridade praticado por autoridade militar em território militar. Competência da Justiça Militar em razão da matéria. HC 1297-PE .....	246
Ct	<i>Habeas data</i> . Pedido de informação negado pelo extinto Ministério dos Transportes. Incompetência absoluta do TRF – 5ª Região para apreciar o feito. Remessa dos autos ao Juízo competente. HD 9-PE	268
PrPen	Homicídio. Tentativa. Alteração para crime de resistência. Não acolhimento do argumento. Pedido de liberdade provisória. Ausência dos requisitos. HC 1310-AL	257
PrCv e Prev	Honorários advocatícios. Arbitramento sobre o valor da causa. Não insurgimento no momento processual adequado. Preclusão. Respeito à coisa julgada. AgTr 28926-CE .....	38
<b>I</b>		
PrCv	Imissão na posse. Reserva biológica. Proteção ambiental. Desocupação deferida em favor da União. Pedido de efeito suspensivo. Denegação. Agravo de instrumento. Preliminar. Conexão. Ação de interdito proibitório anterior àquela. Juízo prevento. AgRg no AgTr 34257-SE .....	55
Trbt	Imposto de renda retido na fonte. Remessa de divisas para o exterior. Tratamento de saúde. Dependente. Fato gerador. Inocorrência. Restituição. Direito. AC 258996-PE .....	123
Prev e PrCv	Incompetência da Justiça Federal. Impropriedade da via eleita. Preliminares. Re-	



	conhecimento de tempo de serviço. Estágio profissional. Prova testemunhal e início de prova documental. Possibilidade. REO 241234-CE .....	297
Cv	Indenização por danos morais e materiais. Dano não configurado. AC 230320-RN .....	85
Adm	Inscrição na OAB. Conciliador de Juizado Especial. Ausência de incompatibilidade. Existência de impedimento de exercício da advocacia perante os Juizados Especiais. Interpretação teleológica e sistemática. Lei nº 9.099/95, art. 7º, parágrafo único. AMS 74923-RN .....	186

## J

Pen e PrPen	Juiz classista. Processo de habilitação. <i>Curriculum</i> com informação inverídica. Estelionato qualificado. Fato típico. Certidão de sindicato onde consta informação fornecida por filiado. Atipicidade da conduta. Rejeição da denúncia. Inq 418-PB	271
PrCv	Julgamento <i>ultra petita</i> . Redução aos limites da postulação. Ação rescisória. AR 2473-PE .....	27

## L

Adm	Licitação. Ausência. Transporte rodoviário interestadual de passageiros. Prestação de serviço de fato. Impossibilidade de tutela satisfativa em sede de cautelar. AC 197265-CE .....	72
-----	--	----

## M

PrCv	Mandado de segurança. Remessa de ofício. LMS, art. 12, parágrafo único. Finalidade do instituto. Sentença dada contra ato de dirigente de entidade privada delegatária do Poder Público. Instituição particular de ensino superior. REO 77665-CE .....	284
Pen e PrPen	Mandato. Revogação. Concussão. Continuidade delitiva. ACr 2237-PE .....	141
Cv	Meio ambiente. Danos. Responsabilidade. Área cedida pela União a empresa municipal de urbanização para implantação de projeto urbanístico. Ação civil pública. AC 9822-SE .....	63
PrCv e Adm	Multa trabalhista. Suspensão da exigibilidade. Maquinário oferecido como caução real. Inaplicabilidade da Súmula nº 112 do STJ. AgTr 22035-CE .....	34

## O

Pen	Omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias. Lei nº 8.212/91, art. 95. Materialidade comprovada. Dificuldades financeiras sobejamente comprovadas. Inexigibilidade de conduta diversa. Causa excludente de culpabilidade. Absolvição. ACr 2590-CE .....	175
Ct, Adm e PrCv	Ordem judicial para garantir a execução de decisão anterior. Julgamento da lide além dos limites em que foi proposta. Posse em cargo público. Licença sem vencimentos em outro cargo. Acumula-	

ção ilegal de cargos públicos. AgTr  
31609-CE ..... 40

**P**

Trbt	Pedido de certidão. Débito parcelado. INSS. Exigência de garantia. Legalidade. AMS 68371-CE .....	183
Ct	Pedido de informação negado pelo extinto Ministério dos Transportes. Incompetência absoluta do TRF – 5ª Região para apreciar o feito. Remessa dos autos ao Juízo competente. <i>Habeas data</i> . HD 9-PE .....	268
PrCv	Penhora de bem imóvel. Embargos de terceiro. Execução fiscal. Ausência de recurso voluntário. REO 228805-PB .....	294
Prev	Pensão por morte. Perda da qualidade de segurado. Irrelevância. Preenchimento dos requisitos. AC 240050-PE .....	109
Prev	Perda da qualidade de segurado. Irrelevância. Pensão por morte. Preenchimento dos requisitos. AC 240050-PE .....	109
Trbt	Plano de seguridade social do servidor – PSSS. Função comissionada. Contribuição. Antecipação de tutela. Possibilidade. AgTr 37223-PB .....	45
PrCv	Posse. Reintegração. Área declarada de utilidade pública objetivando desapropriação com fins rodoviários. Posse não comprovada. Ausência de prévia e justa indenização. Ofensa ao direito de propriedade do particular. AC 198713-RN .....	79

Ct, Adm e PrCv	Posse em cargo público. Licença sem vencimentos em outro cargo. Acumulação ilegal de cargos públicos. Ordem judicial para garantir a execução de decisão anterior. Julgamento da lide além dos limites em que foi proposta. AgTr 31609-CE .....	40
PrCv e Prev	Preclusão. Honorários advocatícios. Arbitramento sobre o valor da causa. Não insurgimento no momento processual adequado. Respeito à coisa julgada. AgTr 28926-CE .....	38
Prev e PrCv	Preliminares. Incompetência da Justiça Federal. Impropriedade da via eleita. Reconhecimento de tempo de serviço. Estágio profissional. Prova testemunhal e início de prova documental. Possibilidade. REO 241234-CE .....	297
PrPen	Prisão em flagrante. Crime previsto na Lei nº 7.492/86, art. 22. Paciente cumprindo pena em regime aberto. Cometimento de outros delitos. Impossibilidade da concessão de liberdade provisória. HC 1313-PE .....	266
PrPen	Prisão em flagrante. Relaxamento. Ausência dos requisitos. Inexistência de constrangimento ilegal. <i>Habeas corpus</i> . Ordem denegada. HC 1252-CE .....	243
Adm	Procurador da Fazenda Nacional. Remoção. Lei nº 8.112/90, art. 36. Interpretação extensiva. Princípio da isonomia. AC 262108-PB .....	129

## R

Trbt	Recolhimentos indevidos. Finsocial. Crédito. Sentença <i>ultra petita</i> . Prescrição. Correção monetária. Juros de mora. Juros compensatórios. AMS 75443-PE .....	201
PrCv	Recurso. Negativa de seguimento. CPC, art. 557, <i>caput</i> . Aplicação inclusive à remessa oficial. Julgamento <i>ultra petita</i> . Não ocorrência. Contribuição previdenciária. Lei nº 9.783/99. Ordenador de despesas. Delegação. Legitimidade passiva. AgRg 72255-PE .....	49
Pen e PrPen	Recurso em sentido estrito. Suspensão do processo e do curso do prazo prescricional. CPP, art. 366, com a redação da Lei nº 9.271/96. Crime praticado antes da vigência da lei. Irretroatividade total. RCr 385-PE .....	279
Pen e PrPen	Regime prisional. Progressão. Inadmissibilidade. Cumprimento integral da pena em regime fechado. Tráfico internacional de entorpecentes. Caracterização. Comprimidos de metanfetamina adquiridos na Holanda. Remessa pelos Correios. Interceptação. Crime consumado. ACr 1967-RN .....	135
PrCv	Reintegração de posse. Área declarada de utilidade pública objetivando desapropriação com fins rodoviários. Posse não comprovada. Ausência de prévia e justa indenização. Ofensa ao direito de propriedade do particular. AC 198713-RN .....	79

Trbt	Remessa de divisas para o exterior. Tratamento de saúde. Dependente. Imposto de renda retido na fonte. Fato gerador. Inocorrência. Restituição. Direito. AC 258996-PE .....	123
Adm	Remoção. Procurador da Fazenda Nacional. Lei nº 8.112/90, art. 36. Interpretação extensiva. Princípio da isonomia. AC 262108-PB .....	129
Adm	Remoção a pedido a critério da Administração. Fiscal do Trabalho. Prevalência do interesse público sobre o individual do impetrante. Inexistência do direito à remoção. AMS 74937-PB .....	194
Pen e PrPen	Representação criminal formulada por autoridade militar a membro do Ministério Público Federal. Crime, em tese, de abuso de autoridade praticado por autoridade militar em território militar. Competência da Justiça Militar em razão da matéria. <i>Habeas corpus</i> preventivo. HC 1297-PE .....	246
PrCv	Reserva biológica. Proteção ambiental. Imissão na posse. Desocupação deferida em favor da União. Pedido de efeito suspensivo. Denegação. Agravo de instrumento. Preliminar. Conexão. Ação de interdito proibitório anterior àquela. Juízo prevento. AgRg no AgTr 34257-SE....	55
Adm	Reserva de vagas. Concurso público. 50% civis e 50% militares. Ofensa ao princípio da isonomia. AMS 77388-PE .....	223
PrCv, Ct e Trbt	Restituição/compensação. Valores reco-	

	lhidos a título de remuneração de administradores e autônomos. Lei nº 7.787/89, art. 3º, inciso I, e Lei nº 8.212/91, art. 22.	96
Pen e PrPen	Revogação de mandato. Concussão. Continuidade delitiva. ACr 2237-PE .....	141

## S

Trbt	Servidor público. Plano de seguridade social do servidor – PSSS. Função comissionada. Contribuição. Antecipação de tutela. Possibilidade. AgTr 37223-PB .....	45
Cv e PrCv	Sistema Financeiro da Habitação. Plano de Equivalência Salarial. Lei nº 8.692/93. Inaplicabilidade aos contratos firmados antes de sua vigência. Consignação em pagamento. AC 168136-PE .....	70
PrCv e Adm	Suspensão da exigibilidade de multa trabalhista. Maquinário oferecido como caução real. Inaplicabilidade da Súmula nº 112 do STJ. AgTr 22035-CE .....	34
Pen e PrPen	Suspensão do processo e do curso do prazo prescricional. CPP, art. 366, com a redação da Lei nº 9.271/96. Crime praticado antes da vigência da lei. Irretroatividade total. Recurso em sentido estrito. RCr 385-PE .....	279

## T

PrPen	Tentativa de homicídio. Alteração para crime de resistência. Não acolhimento do argumento. Pedido de liberdade provisória. Ausência dos requisitos. HC 1310-AL	257
-------	--	-----

Pen e PrPen	Tráfico ilícito de entorpecentes. Caracterização. Confissão e posterior retificação em juízo. Conjunto probatório incriminatório. Regime prisional. Descaminho. Tipificação. ACr 2367-PE .....	150
Pen	Tráfico internacional. Entorpecentes. Associação. Prova. ACr 2461-PE .....	157
Pen e PrPen	Tráfico internacional de entorpecentes. Caracterização. Comprimidos de metanfetamina adquiridos na Holanda. Remessa pelos Correios. Interceptação. Crime consumado. Regime prisional. Progressão. Inadmissibilidade. Cumprimento integral da pena em regime fechado. ACr 1967-RN .....	135
PrPen	Tráfico internacional de entorpecentes. Não caracterização. Estrangeiro. Prisão administrativa para fins de deportação. Extrapolação do prazo de sessenta dias. Prisão ilegal. HC 1302-PE .....	255
Adm	Transporte rodoviário interestadual de passageiros. Prestação de serviço de fato. Ausência de licitação. Impossibilidade de tutela satisfativa em sede de cautelar. AC 197265-CE .....	72
PrCv e Prev	Tutela antecipada. Deferimento. Desconto no benefício para ressarcimento ao INSS. Incabimento. Cumulação de aposentadoria e auxílio-acidente. Possibilidade. AgTr 20808-AL .....	30

## V

PrCv, Ct e Trbt	Valores recolhidos a título de remuneração de administradores e autônomos.	
-----------------	--	--



	Restituição/compensação. Lei nº 7.787/89, art. 3º, inciso I, e Lei nº 8.212/91, art. 22. AC 237730-PE .....	96
Adm e PrCv	Vencimentos de servidor falecido. Levantamento de diferença. Alvará judicial. Competência. AC 237377-RN .....	93
PrCv	Voto vencido. Ausência de fundamentação. Embargos infringentes. EI na AC 144648-CE .....	239