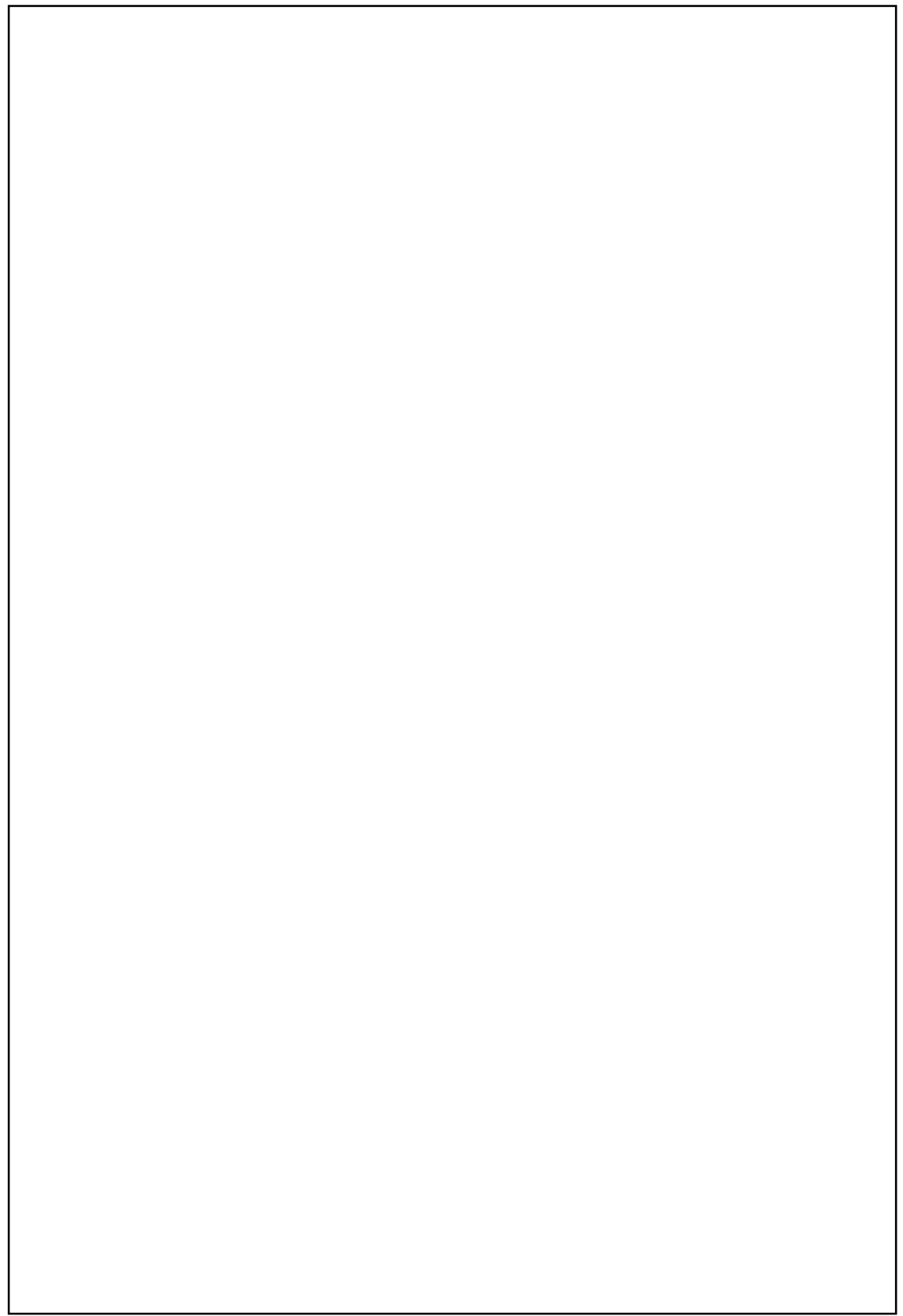


**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
5ª REGIÃO**

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

Número 55 - Janeiro/Março - 2004

R. TRF 5ª Região, nº 55, p. 1 - 334, Janeiro/Março - 2004



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

Diretor da Revista
JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI

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

Administração

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

GABINETE DA REVISTA:

Diretor
JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI

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

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

Apoio Técnico
GUSTAVO PACÍFICO CABRAL
NIVALDO DA COSTA VASCO FILHO

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

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

Trimestral

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

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

CDU 34(05)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargadora Federal

MARGARIDA CANTARELLI - 09.12.99 - Presidente

Desembargador Federal

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - 03.07.00 - Vice-Presidente

Desembargador Federal

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - 03.07.00 - Corregedor

Desembargador Federal

RIDALVO COSTA - 30.03.89

Desembargador Federal

PETRUCIO FERREIRA DA SILVA - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA - 29.04.92

Desembargador Federal

FRANCISCO **GERALDO APOLIANO DIAS** - 13.03.96

Desembargador Federal

UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - 03.12.97

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00

Diretor da Revista

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 - 19.09.01

Desembargador Federal
FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03

Desembargador Federal
MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

Presidente: Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI
Vice-Presidente: Desembargador Federal NAPOLEÃO MAIA FILHO
Corregedor: Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA FILHO

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

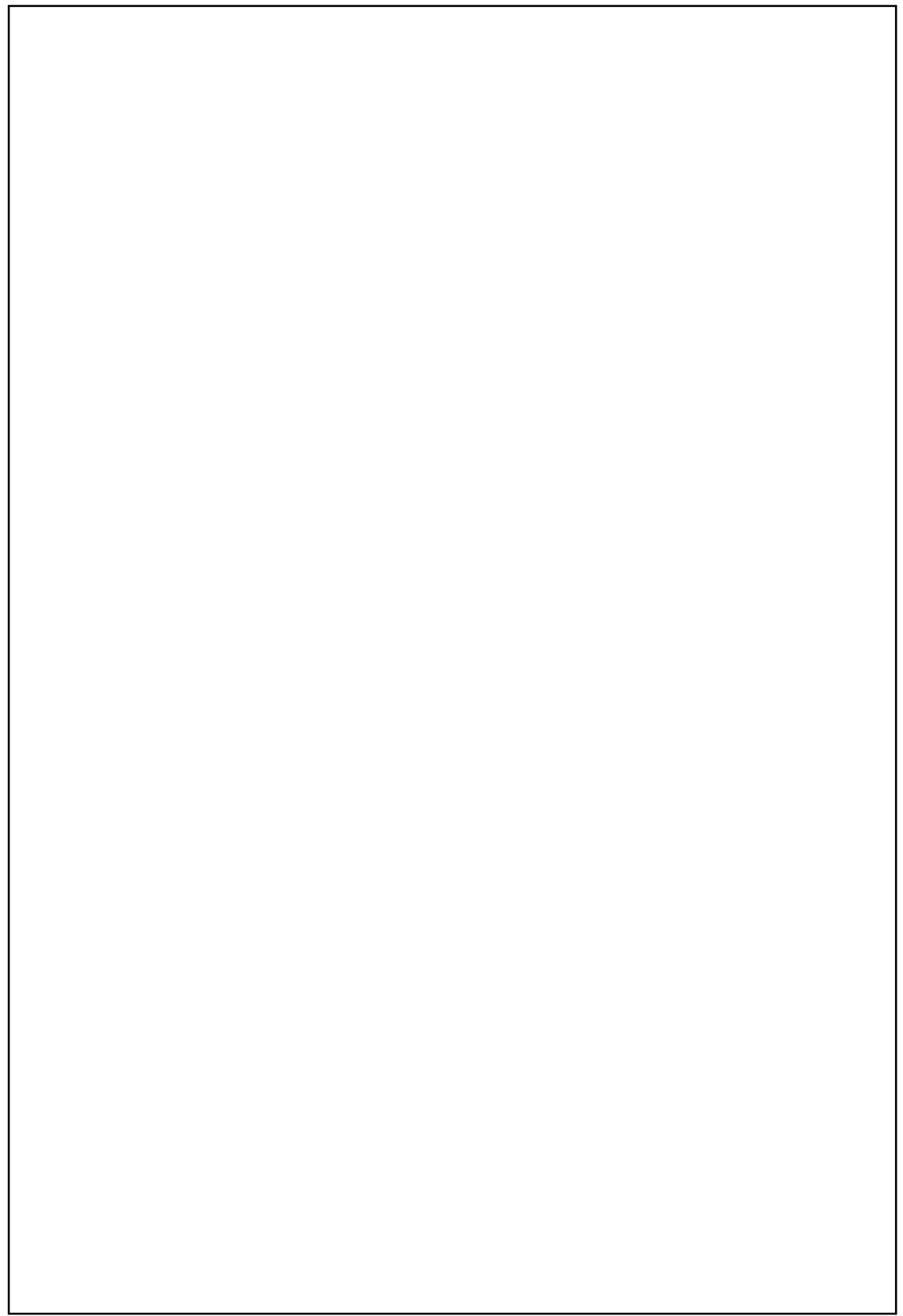
Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA -
Presidente
Desembargador Federal PETRUCIO FERREIRA
Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

QUARTA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL - Presidente
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES
Desembargador Federal MARCELO NAVARRO



SUMÁRIO

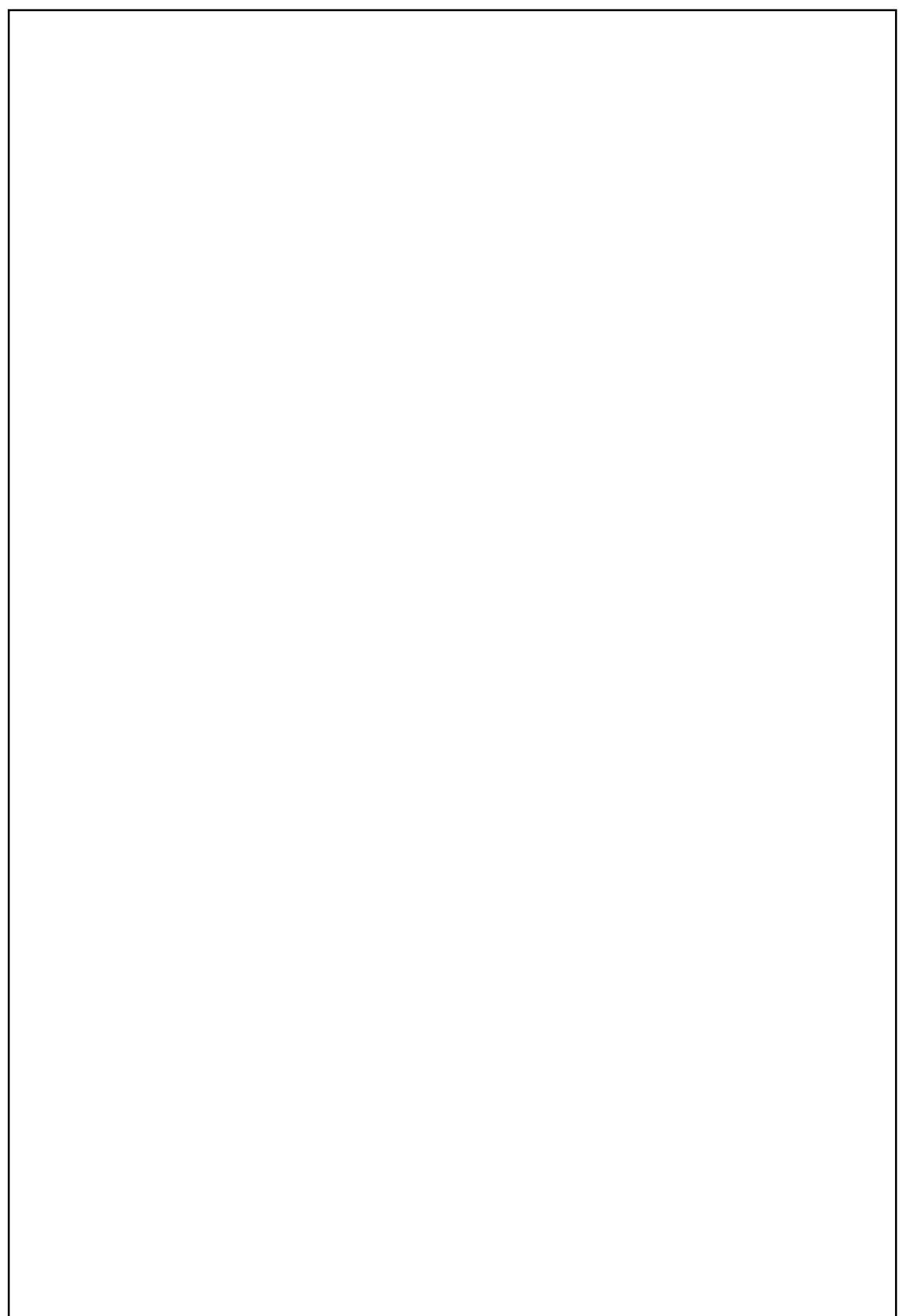
I - Doutrina

Discurso proferido por Sua Excelência o Desembargador Federal Ridalvo Costa na solenidade de comemoração dos 15 anos de instalação do Tribunal Regional Federal da 5ª Região 13

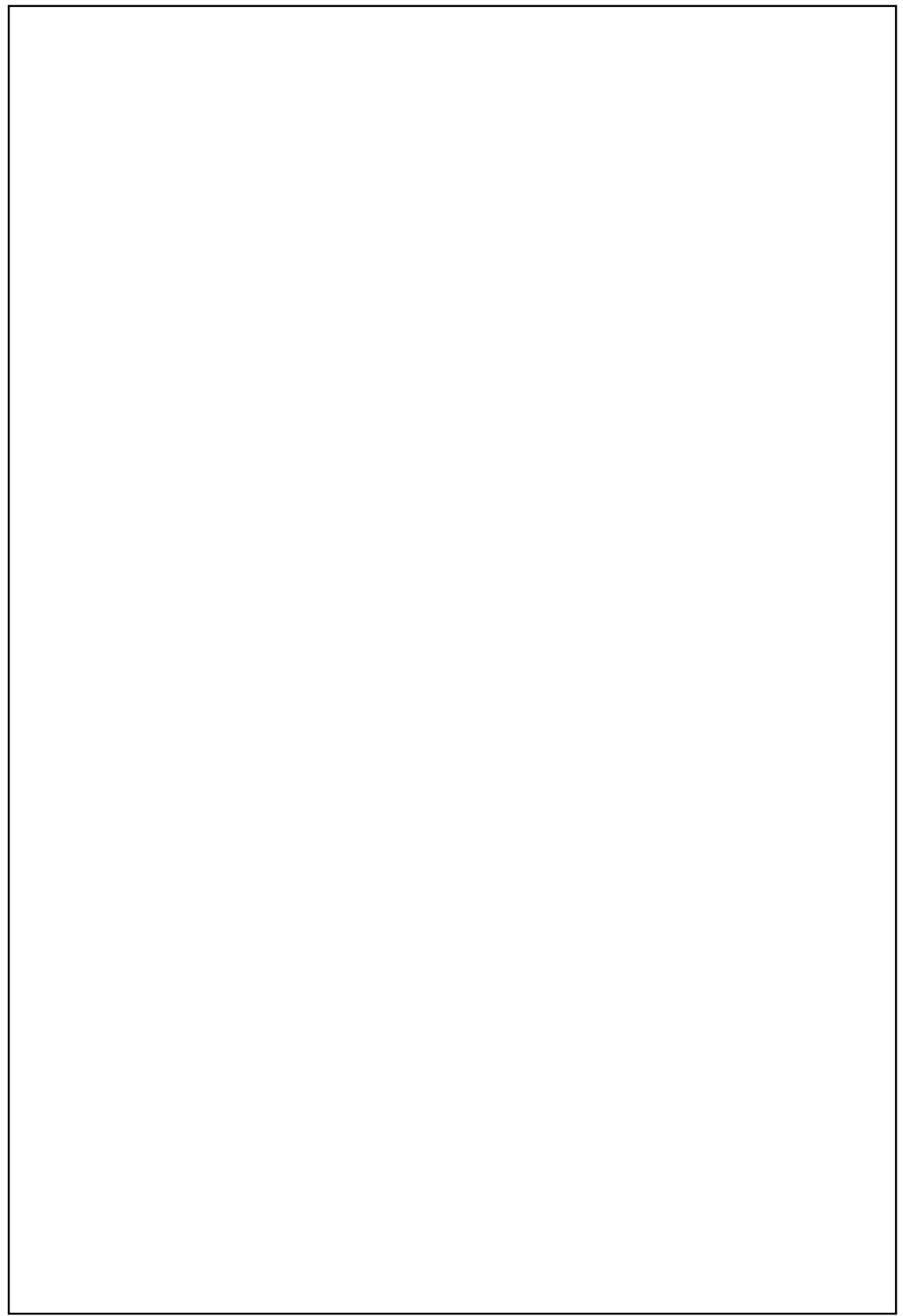
II - Jurisprudência 23

III - Índice Sistemático 315

IV - Índice Analítico 319



DOUTRINA



TRF – 15 ANOS

Excelentíssima Sra. Presidente, Des. Federal Margarida Cantarelli.

Exmos. Srs. Desembargadores Federais, integrantes do Tribunal.

Exmo. Sr. Procurador Regional Federal.

Minhas saudações às autoridades presentes, na mesa e no plenário, advogados, servidores, familiares, senhoras e senhores.

“Se nós somos aquilo de que nos lembramos, não tenho do que reclamar da minha vida neste Tribunal. Quase só me lembro de coisas boas! Do ofício de julgar, mesmo quando as pressões psicológicas decorrentes da matéria submetida a julgamento excederam o normal, tive sempre o alívio de chegar a termo; da função presidencial, sem nenhuma saudade, guardo com muito carinho a láurea de haver sido o primeiro a exercê-la, na 5ª. Região”.

Sra. Presidente:

Não sei bem o que me levou a aceitar o convite para falar hoje. Sentimentos difusos assaltaram-me. A vontade de divulgar que não foi fácil organizar e pôr em funcionamento um Tribunal. A vaidade de repetir José Américo para dizer que a esta Casa de Justiça, como Presidente, dei-lhe as raízes e que os outros colegas lhe deram asas. O desejo incontido de declarar de público o meu amor à instituição a que sirvo e a preocupação com o seu porvir. Por isso e pelo mais que não saberia dizer, agradeço à minha estimada Des. Federal Margarida Cantarelli a indicação e aos queridos colegas o aceite sem ressalvas.

Trago-lhes apenas um depoimento despojado de qualquer artifício de forma ou de conteúdo sobre o começo e como me parece ser o Tribunal hoje, isto é, como o vejo.

Faz quinze anos. No final da manhã respingada de chuva do dia 30 de março de 1989, após hasteamento das bandeiras do Brasil e de Pernambuco (as dos demais Estados foram incorporadas depois), no Palácio Frei Caneca, na Av. Cruz Cabugá, cedido pelo Estado de Pernambuco, realizou-se a instalação solene des-

te Tribunal, o qual fora criado, com mais outros quatro, pelo art. 27, § 6º, do ADCT, de 1988, com sedes e jurisdições fixadas pelo eg. Tribunal Federal de Recursos, através da Resolução nº 1, de 6 de outubro de 1988. No caso específico da nossa região, pesou, além da situação geográfica central do Recife, a sua importância jurídica, sede da Faculdade de Direito do Recife, mãe de todas as outras faculdade de direito do Nordeste. A solenidade fora marcada por um confuso cerimonial. A imprensa percebera as falhas da liturgia e aproveitara para noticiar, no dia seguinte, que o Governador empossara os juízes do TRF. O equívoco da notícia causou certa perplexidade por tratar-se da posse de Juízes Federais, sem demérito para o Dr. Arraes, cujo nome, juntamente com de Carlos Wilson, Vice-Governador e inquilino do “Frei Caneca”, no tempo, estão registrados na história desta Casa com gratidão. Os termos de posse dos dez juízes foram, entretanto, corretamente assinados pelo Min. Gueiros Leite, Presidente do STJ e do CJF. Passamos, então, a integrar este Tribunal, pela ordem de antiguidade na Justiça Federal de Primeira Instância, eu como decano e único representante da Justiça Federal da Paraíba, Araken Mariz, da Justiça Federal do Rio Grande do Norte, Hugo de Brito Machado, um dos representantes da Seção Judiciária do Ceará, José Augusto Delgado, cuja nobreza intelectual o recomendara a falar em nome dos empossandos, também viera da Justiça Federal do Rio Grande do Norte, José de Castro Meira, vindo da Justiça Federal em Sergipe, Petrucio Ferreira, representante da Justiça Federal de Pernambuco, Orlando Rebouças, também representando a Justiça Federal no Ceará, Lázaro Guimarães, originário da Justiça Federal da Bahia, mas que optara para servir na Quinta Região, Nereu Santos, como representante do Ministério Público Federal, originário da Procuradoria da República na Paraíba e Francisco Falcão, representante da classe dos advogados, originário de Pernambuco.

A saudação do Ministério Público fora feita pela conceituada Procuradora da República, Dra. Eliane Recena.

Nada, fisicamente, havia ficado pronto no Tribunal, salvo o Salão do Pleno, onde ocorreu a iniciação. Até as togas usadas na solenidade foram emprestadas pelos nossos colegas do Tribunal Regional do Trabalho.

Em sessão administrativa realizada na tarde do mesmo dia 30 de março, assumi, em caráter interino, a Presidência do Tribunal, em cumprimento ao disposto no art. 4º da Lei 7.727/89, situação que perdurou até a aprovação do Regimento Interno, no dia 26 de abril, quando fui eleito Presidente e o Juiz Araken Mariz, Vice-Presidente e Corregedor, ocasião em que foram também constituídas as duas turmas julgadoras iniciais.

Os fundadores do Tribunal enfrentaram uma tarefa árdua, sem precedentes em suas vidas funcionais. A implantação dos serviços administrativos teve início com apenas quatro servidores da Seção Judiciária da Paraíba: Afonso Braga, José Maria da Lima, Hélio Lins de Medeiros Silva e Carlos Alberto Alves Barreto, motorista e secretário, três ou quatro funcionários da Representação do ex-TFR, lotados em Recife, e o apoio da Seção Judiciária de Pernambuco, dirigida, à época, pelo Dr. Francisco Bezerra Cavalcanti. Já havia sido criado, por lei, o quadro de servidores do Tribunal, com 466 cargos efetivos e 79 cargos em comissão.

Os trabalhos de reforma do prédio da Av. Cruz Cabugá tiveram continuidade com a substituição do piso, revestimento das paredes, colocação de divisórias dos Gabinetes, inclusive o da Presidência. Ao mesmo tempo, foram adquiridos móveis, máquinas de datilografia, aparelhos de ar condicionado, todo o material de expediente necessário, o sistema de distribuição informatizada de processos e os primeiros computadores, sendo dois destinados para uso dos únicos juízes que já dominavam a informática: Lázaro e Hugo Machado.

Não haveria como funcionar o Tribunal sem pessoal de apoio. Deliberou-se, então, fazer-se a nomeação de aprovados em concurso realizado pelo eg. C.JF para as sessões judiciárias. Por decisão unânime do Tribunal, fundiram-se as relações de aprovados para cada cargo na Região, a fim de que as nomeações obedecessem rigorosamente à ordem de classificação.

Com grande satisfação, foram feitas as nomeações de 269 funcionários efetivos, de 74 em comissão e designados mais de cinquenta requisitados de outros órgãos para o exercício de funções gratificadas, sem os quais o Tribunal teria demorado a assumir as suas atribuições, como tribunal de apelação da Justiça Fe-

deral, um dos sucessores do Tribunal Federal de Recursos, como são os T. Regionais, órgãos de 2º grau da Justiça Federal.

A criação do Tribunal gerou mais de 500 novos empregos em uma Região tão carente como a nossa. A necessidade de pessoal auxiliar era urgente. A lavratura dos termos de posse manuscritos em livros, como era o sistema usual, demoraria meses. Optou-se então por formulários impressos e posterior encadernação.

Ainda no primeiro ano aprovou-se o organograma do tribunal, implantou-se, mesmo de forma incipiente, o sistema de taquigrafia e foram tomadas as providências iniciais para a realização dos primeiros concursos regionais para provimento de cargos de Juiz Federal Substituto e de outros efetivos remanescentes.

Esses objetivos foram conseguidos com a participação de todos os juízes fundadores, a colaboração dos servidores, coordenados pelo Dr. Luciano Maia, primeiro Diretor-Geral do Tribunal e hoje brilhante Procurador Regional da República, e a assessoria permanente do Conselho da Justiça Federal, que exercera um papel de tutor dos TRFs, imprescindível e de suma importância naquela fase. Predominava na direção do CJF o objetivo de transformação, com o aproveitamento do seu valioso quadro funcional, em uma escola de formação e aperfeiçoamento de Juízes e de servidores da Justiça Federal. Era o pensamento várias vezes externado pelo Min. Washington Bolívar, Presidente do STJ e do CJF, e a quem a segunda instância da Justiça Federal muito deve.

A idéia foi lamentavelmente abandonada.

Assistimos com preocupação institucional minguar a cada dia a parcela de autonomia administrativa dos Tribunais Regionais Federais. Esperamos, no entanto, mesmo submissos à supervisão administrativa e orçamentária do CJF e aos demais controles externos presentes e futuros, nos limites impostos pela Constituição Federal, que a este Tribunal seja assegurada a administração integral da Justiça Federal de primeira e segunda instâncias. Não pode ficar ele limitado a cumprir ordens de todos os escalões do Conselho da Justiça Federal. Terá de cuidar, a partir da formação e aperfeiçoamento dos Juízes na sua Escola da Magistratura ou através da indicação dela, com aprovação do Tribunal, para participação em cursos fora, com prévio exame do interesse da Justi-

ça, de acordo com as peculiaridade regionais, e com igual oportunidade para todos os juízes, em sistema de rodízio, a fim de que os afastamentos causem o mínimo de prejuízo à prestação do serviço forense a que estamos obrigados.

A especialização de varas, a coordenação de julgamentos judiciais da Justiça Federal de alçada e até a escolha da cor da capa dos processos feitas por um órgão administrativo de controle externo, como vem ocorrendo, são exemplos eloqüentes do que estou afirmando quanto à invasão descabida, com todo respeito, da parcela administrativa que a Constituição confere aos Tribunais.

Que estas palavras sejam interpretadas não como rebeldia, mas como um pedido de socorro em defesa da independência deste Tribunal, por um antigo e disciplinado juiz, com vaidades pessoais muito limitadas e sem participar da direção da corte.

Volto à história que estava contando.

Todas as administrações, a partir da 2ª Presidência, dedicaram-se ao aperfeiçoamento das atividades meio, à construção da sede do Tribunal e das Seções Judiciárias da Região, que funcionavam quase todas em antigas casas residenciais adaptadas, algumas delas sem as mínimas condições. Atualmente, não há na 5ª Região nenhuma Seção Judiciária que não tenha uma sede condigna, graças à administração regionalizada da Justiça Federal, a partir da Constituição de 1988. Com louvores, faz-se consignar o dinamismo e a capacidade administrativa da Presidência Francisco Falcão.

Teria dito muito pouco se não me referisse à atividade fim, que é a de julgar. O Tribunal, nesse aspecto, iniciou-se com postura ativa, imbuído da idéia de que recebera parcela considerável da competência do Tribunal Federal de Recursos, guiado pelo desejo de afirmar-se como Tribunal na fase inicial da redemocratização do País, ávido em fazer aplicar com largueza a novel Constituição em prol do cidadão e com flagrante propensão em limitar, quanto possível, o direito de tributar. Adiantou-se no tempo em proclamar, em primeiro lugar, a inconstitucionalidade do “Plano Collor”, na arguição de inconstitucionalidade na AMS 2.379-PE, por unanimidade de votos, em sessão do Tribunal Pleno, em 20.03.91, Rel. Lázaro Guimarães. Fora sempre um Tribunal digno do papel que a Cons-

tituição lhe reservou, com a participação corajosa de todos os seus integrantes para que as decisões se tornassem conhecidas e, em grande parte, admiradas. Peço permissão aos fundadores, porque sei que é também o desejo deles, para destacar, sem nenhum sentimento menos nobre, os nomes dos Ministros José Delgado e Castro Meira, escritos em nossa memória como admiráveis juízes deste Tribunal.

Os erros involuntários de alguns julgamentos também compõem a nossa página histórica, dos quais não nos orgulhamos, mas os mantemos lembrados na tentativa de que não venhamos a repeti-los.

A renovação do quadro de magistrados deste TRF iniciou-se com a promoção do Juiz Federal José Maria Lucena, vindo da Seção Judiciária do Ceará, em 29.04.92, para ocupar a vaga decorrente da aposentadoria do Juiz Orlando Rebouças; com a promoção do Juiz Federal Geraldo Apoliano, da Seção Judiciária do Ceará, em 13.03.96, para ocupar a vaga decorrente da ascensão do Ministro José Delgado ao STJ; com a promoção do Juiz Federal Ubaldo Cavalcante, originário da Seção Judiciária de Pernambuco, em 03.12.97, para ocupar a vaga decorrente da aposentadoria do Juiz Hugo Machado; com a nomeação da advogada Margarida Cantarelli, em 03.12.99, na vaga decorrente da ascensão do Min. Francisco Falcão ao STJ; e, em 03.07.2000, com as promoções dos Juízes Federais para provimento dos cargos criados pela Lei 9.967/2000, Francisco Cavalcanti, José Baptista de Almeida Filho, ambos da Seção Judiciária de Pernambuco, Luiz Alberto Gurgel de Faria, vindo da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte e Napoleão Nunes Maia Filho, da Seção Judiciária do Ceará; a promoção do Juiz Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, da Seção Judiciária de Alagoas, em 17.05.2001, para prover a vaga decorrente da aposentadoria do Des. Federal Araken Mariz de Faria; com a nomeação do advogado Paulo de Tasso Benevides Gadelha, em cargo criado pela Lei 9.967; com a promoção do Juiz Federal Francisco Wildo Lacerda Dantas, em 15.08.2003, em provimento à vaga pela ascensão do Ministro Castro Meira ao STJ, e, finalmente, em 03.12.2003, com a posse Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, originário da Procuradoria da República no Rio Grande do Norte, em vaga decorrente da aposentação do Dr. Nereu Santos.

Como se vê, em quinze anos, a composição do Tribunal foi mudada em sua quase totalidade. Com Petrucio, e Lázaro, estimados companheiros desde o início, testemunhamos a transição, a renovação que foi empreendida, a contribuição intelectual trazida pelos novos julgadores, o despertar mais visível da admiração da primeira pela segunda instância, tudo faz com que permaneça em nós o sentimento de orgulho da convivência. Parece-me que o Tribunal, em sua composição atual, é mais rígido na interpretação da lei e nos julgamentos criminais, mais fiel à jurisprudência dos Tribunais Superiores, mas essa postura é consciente e respeitável. Não é fácil julgar quando não se sabe o modelo judicial que a sociedade quer ou diante da insegurança dela com referência ao poder que os juízes devam ter. No regime de exceção a sociedade defendia mais poderes para os juízes, enquanto agora, na plenitude democrática, defende toda sorte de controle do Judiciário, com o único propósito de enfraquecê-lo. Que se faça logo o que tiver de ser feito. A angústia da espera deixa o Judiciário com medo. Pior do que um Judiciário sem poder é um judiciário amedrontado. Não é medo de perder privilégios nem posição social. Somos os servidores com menos vantagens funcionais (não me refiro a padrão de vencimentos) e, salvo algumas exceções, descendemos de pequenos proprietários rurais e profissionais liberais da classe média, promovidos socialmente pelo estudo, mas acostumados a viver na planície. Temos confiança na classe política e nas lideranças do Poder Judiciário para que se encontre o melhor caminho. Hoje predomina a consciência de que há cada vez menos lugar para formação de jurisprudência própria nos Tribunais inferiores, pejorativamente denominados de tribunais de passagem de processo.

De qualquer modo, na beleza dos quinze anos, este jovem Tribunal tem procurado desempenhar bem a sua competência judicial, de maneira afável, de bom humor, formal apenas o necessário, e com inexcedível dedicação ao trabalho, revelada no julgamento de 460.000 processos nesse tempo, dos quais, desculpe-me a falta de modéstia, fui relator de mais de 50.000 processos.

Seja este Tribunal guiado pelo amor, segundo a lição de Kelsen no paralelo traçado entre o ideário de Platão e os ensinamentos de Cristo, cujo maior fundamento era a verdadeira justiça do

amor: retribuir o mal não com o mal, mas com o bem, justiça que não se confunde com o sentimento humano, uma vez que é completamente contrário à natureza humana amar seu inimigo, mas para melhoria das nossas condições de julgar sem preconceitos e com o que exista de melhor em cada julgador, e se alcance a justiça relativa, com um significado próprio para cada um de nós, resultando uma justiça de liberdade, de paz, da democracia e da tolerância.

Cumpre-me, neste momento de felicidade, encerrar saudando os que serviram e servem aqui: Juízes, Membros do Ministério Público, Procuradores, advogados e funcionários.

E que nesta Casa seja presente a oração de Rui aos magistrados:

“Às majestades da força nunca me incline. Mas sirva às do direito. Sirva ao merecimento. Sirva à razão. Sirva à lei. Sirva à Pátria”.

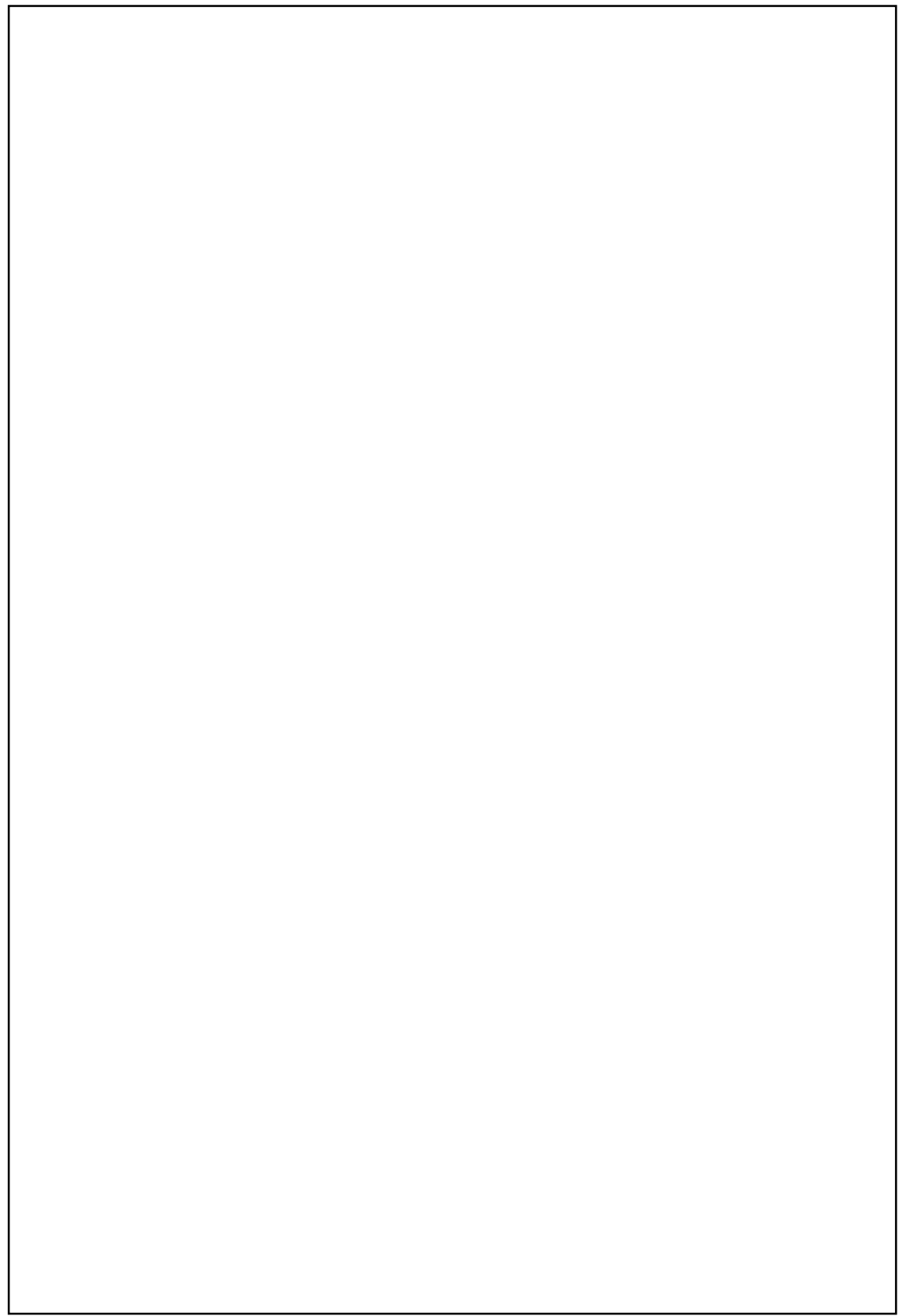
Muito obrigado.

Recife, 30.03.2004.

Des. Federal Ridalvo Costa

Decano do TRF da 5ª Região.

JURISPRUDÊNCIA



AÇÃO RESCISÓRIA Nº 4.198-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Autor: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Réus: MOACIR JOSÉ DO ROSÁRIO E CÔNJUGE
Advogados: DRS. ANA CELESTE DOS SANTOS GOMES E OUTROS (AUTOR) E CARLOS SÉRVULO DE MOURA LEITE E OUTROS (RÉUS)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DEPÓSITO PRÉVIO. AUTARQUIA. ISENÇÃO. USUCAPIÃO DE BEM JÁ DESAPROPRIADO EM FAVOR DO INCRA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. REJULGAMENTO DA CAUSA. CARÊNCIA DE AÇÃO. PROCEDÊNCIA.

- A demandante, na condição de autarquia federal, está isenta de custas e emolumentos e demais taxas judiciárias, bem como do depósito prévio e multa em ação rescisória, em quaisquer foros e instâncias.

- A teor do art. 109, I, da CF/88, compete à Justiça Federal 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 acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.

- Hipótese em que o INCRA, através de ação de usucapião processada perante a Comarca de Areia Branca/RN, teve usucapido bem seu, à sua revelia, cinco anos após haver sido declarado proprietário e imitado na posse do imóvel, restando patente a incompetência da Justiça Estadual para o julgamento da demanda.

- Judicium rescissorium inviabilizado, levando em conta que toda a instrução do processo será anu-

lada e o feito terá de ser renovado em primeira instância, no que restou vencido o Relator, reconhecendo o eg. Plenário a carência de ação dos demandantes no processo de usucapião, em vista da impossibilidade de se operar o instituto em questão tratando-se de bem público.
- Ação rescisória procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima identificadas, decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, rejeitar, por maioria, a preliminar de incompetência, e as demais, por unanimidade, julgando procedente o pedido, para, em *judicium rescindens*, anular, por unanimidade, a sentença prolatada na Ação de Usucapião nº 17/2000, extinguindo-a, de ofício, por maioria, em sede de *judicium rescissorium*, sem exame do mérito, vencido nesta parte o Relator, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 22 de outubro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de ação rescisória ajuizada pelo INCRA, com arrimo no art. 485, II e V, do CPC, objetivando desconstituir sentença do Juízo de Direito da Comarca de Areia Branca/RN, que, nos autos de ação de usucapião, acolheu o pleito autoral, determinando a aquisição do domínio da gleba de terra postulada pelos ora réus.

A autora sustenta, em suma, que: os demandados ajuizaram ação de usucapião, colimando a aquisição de domínio de terreno agrícola, denominado de Sítio São José, encravado na Fazenda Passárgada, Areia Branca/RN; o feito em comento foi aforado seis anos após o decreto expropriatório, pelo que refoge à competên-

cia da Justiça Estadual para conhecer e julgar a causa, nos termos dos arts. 109, I, da CF/88; 13 da Lei nº 5.010/66 e 2º, § 2º, da LC nº 76/93; ressalta a responsabilidade do Ofício Único de Notas e Registros de Areia Branca/RN pela expedição indevida da certidão negativa de registros, considerando a averbação já determinada nos autos da ação desapropriatória; a posse dos suplicados não era mansa e pacífica; ao final, postula a condenação dos réus no pagamento das verbas sucumbenciais, assim como por litigância de má-fé.

Distribuída inicialmente a presente rescisória ao eg. Tribunal de Justiça do RN, foi reconhecida a incompetência daquela Corte para julgá-la.

Regularmente citados, os demandados apresentaram defesa, aduzindo, preliminarmente, a inexistência de depósito prévio de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa e a carência de ação, em vista da ausência de violação a literal dispositivo de lei e de impedimento ou incompetência absoluta do juiz. No mérito, sustentam a improcedência da *actio*. Naquela oportunidade, protestou pelo depoimento pessoal da autora, o que restou indeferido à fl. 174.

As partes não produziram novas provas, apesar de intimadas para tal desiderato.

Apenas o INCRA apresentou razões finais.

O Ministério Público Federal opinou pela procedência da rescisória.

É o relatório. Ao Revisor.

VOTO

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

Fixada a competência deste Regional, a teor dos precedentes citados às fls. 143/150, constato que a pretensão do INCRA é dirigida no sentido de rescindir sentença proferida pelo Juízo Estadual da Comarca de Areia Branca/RN, transitada em julgado em 18 de julho de 2001, com arrimo no art. 485, II e V, do CPC.

Antes de adentrarmos no mérito do presente feito, necessário se faz analisar as preliminares suscitadas pelos demandados, quais sejam: a falta do depósito prévio pela autora, atinente à multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, e a carência de ação, por inexistência de violação a literal dispositivo legal e de impedimento ou incompetência absoluta do juiz.

No tocante ao recolhimento da importância em apreço, observo que, nos moldes do art. 24-A da MP nº 1984-23, o INCRA, na condição de autarquia federal, está isento de custas e emolumentos e demais taxas judiciárias, bem como do depósito prévio e multa em ação rescisória, em quaisquer foros e instâncias, razão pela qual não merece prosperar tal prefacial.

Quanto à preliminar de carência de ação, em face da ausência de violação literal a dispositivo legal e de impedimento ou incompetência absoluta do juiz, entendo que o respectivo exame confunde-se com o do próprio mérito desta rescisória, o qual passo a fazer.

Compulsando os autos, constato que a pretensão da demandante é digna de guarida, porquanto patente a incompetência da Justiça Estadual para o julgamento rescindendo.

Com efeito, ao tempo do ajuizamento da Ação de Usucapião nº 17/2000 (25 de janeiro de 2000), perante a Comarca de Areia Branca/RN, o Sítio São José, encravado na Fazenda Passárgada, já havia sido declarado de interesse social para fins de reforma agrária, através do Decreto Presidencial, de 21/02/1994 (fl. 24), o qual autorizou o INCRA a proceder à respectiva desapropriação.

Nesse sentido, a autarquia em comento ajuizou a ação desapropriatória respectiva, tendo sido expropriado o imóvel posteriormente usucapido, consoante averbação procedida pelo 1º Ofício de Notas de Areia Branca (fl. 30), por determinação do Juízo Federal da 3ª Vara/RN, em 30 de janeiro de 1995. Ou seja, o INCRA, mesmo declarado proprietário e imitado na posse cinco anos antes, teve usucapido bem seu, onde não foi sequer intimado, pelo que resta inquestionável a nulidade da sentença rescindenda, em face da incompetência do seu prolator.

O art. 109, I, da Constituição Federal/88, assim dispõe acerca

da competência da Justiça Federal, *in verbis*:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - 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 acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

(...)”.

Noutro pórtico, a Lei Complementar nº 76/93, que trata do procedimento judicial da desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária, assim dispõe no seu art. 18, § 1º:

“§ 1º Qualquer ação que tenha por objeto o bem expropriando será distribuída, por dependência, à Vara Federal onde tiver curso a ação de desapropriação, determinando-se a pronta intervenção da União”.

Destarte, é patente a competência da Justiça Federal para o julgamento da ação de usucapião em epígrafe.

Transposto tal aspecto (*judicium rescindens*), resta analisar se esta eg. Corte pode avançar, *in casu*, no *judicium rescissorium*, com uma nova solução para o mérito daquele feito.

No meu sentir, entendo que não.

A faculdade inculpada no art. 494 do Estatuto Processual Civil (“Julgando procedente a ação, o tribunal rescindir a sentença, proferirá, **se for o caso**, novo julgamento e determinará a restituição do depósito; declarando inadmissível ou improcedente a ação, a importância do depósito reverterá a favor do réu sem prejuízo do disposto no art. 20”) não há de ser aplicada, no caso concreto, com o rejuízo da causa, sob pena de atropelar o primeiro grau de jurisdição.

Sobre o tema, é válido transcrever o magistério de Humberto Theodoro Júnior (*in Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 18ª ed., 1996, p. 649): “(...) Aliás, na prá-

tica só há três hipóteses em que a cumulação não ocorrerá: a) a de ofensa à coisa julgada (art. 485, nº IV), onde a ação rescisória apenas desconstituirá a sentença impugnada; b) a de juiz peitado (art. 485, nº I); e **c) a de juiz impedido ou absolutamente incompetente (art. 485, nº II); porque, nos dois últimos casos, toda a instrução do processo será anulada e o feito terá de ser renovado em primeira instância**". (Grifei).

Apesar de ser esse o entendimento por mim adotado, tal posicionamento não restou albergado, nesse aspecto, pela maioria dos Desembargadores Federais integrantes do eg. Plenário, a qual reconheceu, *ex officio*, a carência de ação dos particulares no processo de usucapião, diante da impossibilidade jurídica do pedido, porquanto vedado no ordenamento jurídico pátrio o usucapião de bem público.

Com relação ao pedido de condenação dos réus em litigância de má-fé, verifico que não merece prosperar, por entender que a presente situação não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 17 do CPC.

Eventual responsabilidade do Ofício de Notas de Areia Branca/RN, pela expedição indevida da certidão negativa de registros, poderá ser apurada pela d. Corregedoria do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, que deverá ser oficiada do presente julgamento.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido, para, em *judicium rescindens*, com arrimo no art. 485, II, do Código de Processo Civil, anular a sentença prolatada na Ação de Usucapião nº 17/2000, e, em *judicium rescissorium*, extinguir, *ex officio*, a Ação de Usucapião nº 17/2000, sem exame do mérito, com arrimo no art. 267, VI, § 3º, do CPC. Condene, ainda, os réus no pagamento dos honorários advocatícios, à razão de 10% sobre o valor corrigido da causa.

Encaminhe-se cópia da presente ação rescisória à eg. Corregedoria do Tribunal de Justiça do RN, para as providências cabíveis.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NA APELAÇÃO
EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 72.967-PE**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Agravante: CIA. USINA BULHÕES
Agravada: DECISÃO DE FLS. 1.020/1.025
Parte Ré: FAZENDA NACIONAL
Advogados: DRS. ANTÔNIO JOSÉ DANTAS CORREIA RABELLO E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CRÉDITO PRESUMIDO E CRÉDITO-PRÊMIO DO IPI. RECONHECIMENTO DO DIREITO. COMPENSAÇÃO COM DÉBITOS DE TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE DÉBITOS DO CONTRIBUINTE PARA COM O FISCO. PRECEDÊNCIA. INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 21/97.

- Reconhecido o direito do contribuinte ao creditamento do IPI na exportação de seus produtos, assim como nas operações de aquisição de matéria-prima e insumos advindos de regiões do país onde tais mercadorias gozem de isenção, é possível, em tese, a utilização imediata de tais créditos, desde que inexistam óbices de outra natureza ao cumprimento do julgado, na forma pretendida pela empresa.

- Em face da norma inserta no artigo 15 da Instrução Normativa SRF nº 21/97, apenas é possível a compensação de créditos do contribuinte com débitos de terceiros após a quitação de suas próprias dívidas para com a Fazenda Nacional.

- Agravo regimental improvido.

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, à unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Presidente e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 8 de outubro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI -
Presidente do TRF 5ª Região

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Presidente do TRF 5ª Região):

Cuida-se de agravo regimental ante decisão do então Presidente desta Corte, o eminente Des. Federal Geraldo Apoliano, que indeferiu pleito da agravante no sentido de que fosse a Receita Federal intimada para dar imediato cumprimento ao acórdão proferido nestes autos, pela egrégia Quarta Turma.

Esta demanda constitui-se de mandado de segurança aforado com vistas à obtenção de provimento judicial que reconhecesse à impetrante o direito de se utilizar de créditos de IPI relativos às operações de exportação que realiza, assim como das aquisições de matéria-prima e de insumos utilizados na fabricação dos produtos exportados, nos termos das Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal de nºs 15/97, 21/97, 37/97 e 73/97, o que autorizaria a utilização de tais créditos, inclusive na forma de compensação com débitos de terceiros.

Em primeiro grau, a ação foi julgada improcedente pelo MM. Juiz monocrático. Interposto recurso de apelação pela impetrante, este restou parcialmente provido pela egrégia Quarta Turma deste Tribunal, em aresto da lavra do eminente Desembargador Federal Napoleão Nunes Maia Filho, que restou assim ementado (fl. 570):

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE CRÉDITO DE IPI SE A OPERAÇÃO ANTERIOR OSTENTA A ALÍQUOTA ZERO (0%). DIREITO AO CRÉDITO DO IPI, SE A OPERAÇÃO ANTERIOR

É ISENTA, EM RAZÃO DA POLÍTICA DE INCENTIVOS FISCAIS. DIREITO AO CRÉDITO-PRÊMIO DO IPI, SE A OPERAÇÃO É FAVORECIDA, POR DESTINAR AO EXTERIOR PRODUTOS ELABORADOS NO PAÍS. PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO.

1. O princípio constitucional da não-cumulatividade do IPI (art. 153, parág. 3º, II, da CF) permite que o contribuinte possa se creditar do valor do tributo pago na operação anterior, de sorte a não existir o crédito, quando essa operação ostenta a alíquota zero (0%), por não ter ocorrido a hipótese de pagamento.

2. A isenção deferida em razão da política de incentivos fiscais para determinadas regiões do País, não se confunde com a alíquota zero (0%), verificando-se o direito ao crédito de tributos não cumulativos, quando o contribuinte adquire produtos de fornecedores instalados nessas mesmas áreas.

3. Preliminar rejeitada

4. Apelação parcialmente provida”.

(Julgado em 24 de março de 2001).

Na ocasião, ficou vencido o douto Desembargador Federal José Baptista de Almeida Filho, que sustentava a preliminar de extinção do *writ* sem julgamento do mérito, em face da inexistência de prova do direito líquido e certo da impetrante, que não trouxe aos autos cópia do Livro de Registro de Apuração do IPI. (Fls. 544/546).

No mérito, ficou parcialmente vencido o preclaro Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, que entendeu inexistir direito ao creditamento de IPI nas operações de exportação, em face da isenção daquele tributo de que goza, nestes casos, o açúcar de cana, produto elaborado pela parte demandante. (Fls. 540/541).

Publicado o acórdão em 25 de junho de 2001, a Fazenda Nacional interpôs, em 20 de agosto seguinte, recursos especial e extraordinário ante o aresto turmário (fls. 575/703). A parte promotente, por seu turno, com vistas dos autos em 12 de setembro do mesmo ano, findou por apresentar suas contra-razões, assim

como interpôs recursos adesivos (fls. 706/784), no dia 27 de setembro de 2001.

Em 28 de janeiro de 2002, veio aos autos a parte impetrante, requerer a intimação do Exmo. Sr. Delegado da Receita Federal em Recife/PE, para que expedisse “os documentos especificados no art. 15 da IN SRF nº 21/97 e 73/97, através da sua Agência da Receita Federal em Jaboatão, até o limite constante da escrita fiscal da impetrante, em respeito e cumprimento do r. acórdão de fls.”. Apresentou, na ocasião, cópia de pedido de compensação de crédito com débito de terceiros, protocolado junto à Receita Federal em 4 de janeiro de 2002, importando num total de R\$ 1.208.434,64 (hum milhão, duzentos e oito mil, quatrocentos e trinta e quatro reais e sessenta e quatro centavos). (Fls. 785/787).

O douto Desembargador Federal Geraldo Apoliano, à frente da Presidência deste Regional, assim se posicionou acerca do pedido:

“Apesar de meneados recursos especial e extraordinário incidentes sobre o r. acórdão de fls. e em face dos efeitos que ostentam tais irresignações (dotadas, unicamente, de devolutividade), não entrevejo óbice legal ao deferimento da pretensão articulada pela empresa postulante dos créditos tributários, desde que, todavia, circunscreva-se tal imposição ao que determinou o decisum oriundo da Quarta Turma desta Corte.

Esforçado nestas razões, DEFIRO o pedido para determinar que se oficie, incontinenti, ao eminente Delegado da Receita Federal em Pernambuco para, através da sua Agência sediada em Jaboatão, venha a emitir os documentos delineados pela requerente e, portanto, imprescindíveis para eventual compensação das exações, tudo em louvor à decisão deste Sodalício, e se por al não houver empecilho à confecção dos mesmos”. (Datada de 29 de janeiro de 2002). (Fls. 789).

Ciente desta decisão, veio a juízo a Receita Federal, em 8 de fevereiro de 2002 (fls. 792/795), informar da impossibilidade da

emissão dos documentos requeridos pela impetrante (DCC's), através da sua agência em Jaboaão, eis que aquela não detinha competência regimental para a prática do ato. Sustentou ainda, na oportunidade, o seguinte:

a) impossibilidade de acolhimento do pleito em comento, em face da inexistência de norma que autorizasse a compensação de créditos do contribuinte com débitos de terceiros;

b) a necessidade de que a compensação em comento seja realizada na forma de encontro de contas com débitos do próprio contribuinte, inclusive os parcelados na forma da Instrução Normativa SRF nº 041/2000;

c) a existência de débito do impetrante para com o Fisco na importância de R\$ 36.908.101,66 (trinta e seis milhões, novecentos e oito mil, cento e um reais e sessenta e seis centavos), decorrente da rescisão do parcelamento realizado no âmbito do REFIS, em função da inadimplência.

Intimada a se manifestar a respeito das informações do Fisco, veio o impetrante aos autos para:

a) requerer a expedição de Carta de Sentença (fls. 798);

b) afirmar que se encontrava em dia com os pagamentos relativos ao REFIS, trazendo aos autos cópias de DARF's referentes aos pagamentos de junho de 2001 a janeiro de 2002 (fls. 799/824), além do ato da Receita Federal que o exclui do REFIS (fls. 825), e do seu pedido de reenquadramento no citado Programa (fls. 827);

c) sustentar que, em face deste último pedido, encontra-se suspensa a exigibilidade do débito confessado e parcelado no âmbito do REFIS (fls. 829) e

d) aduzir a invalidade jurídica da Instrução Normativa SRF nº 41/2000, posto que a legislação que lhe confere o direito aos créditos em comento, reconhecidos pelo v. acórdão turmário, não impõe restrições ao seu exercício, de modo que tais haveres poderiam ser compensados com débitos de terceiros. (Fls. 830/839).

Requeru, ao final, que a Receita Federal fosse intimada para dar cumprimento à anterior decisão do Exmo. Presidente desta

Corte, expedindo os DCC's relativos aos créditos constantes dos Pedidos de Ressarcimento protocolados junto àquele órgão.

Com vistas dos autos, a Fazenda Nacional torna a aduzir a impossibilidade de efetivação da medida comandada pelo eminente Desembargador Presidente, pleiteando a sua reconsideração, com base nos seguintes argumentos (fls. 958/971):

a) inexistência de determinação, no acórdão da Quarta Turma, para que os créditos reconhecidos fossem aproveitados na forma de compensação;

b) vedação, pelo artigo 170-A do CTN, para a efetivação da compensação antes do trânsito em julgado da decisão judicial;

c) existência de débitos da empresa em quantitativo superior aos R\$ 7.175.918,85 (sete milhões, cento e setenta e cinco mil, novecentos e dezoito reais e oitenta e cinco centavos) que afirma ter como créditos e

d) necessidade de apresentação de Certidão Negativa de Débitos com o INSS, para que seja possível usufruir do benefício fiscal reconhecido em juízo.

Após impugnação da parte impetrante (fls. 990/998), foram conclusos os autos ao eminente Desembargador Federal Geraldo Apoliano, que exarou a decisão agravada, datada de 6 de junho de 2002, reconhecendo a impossibilidade de efetivação da compensação na forma como requerida, ou seja, com a expedição dos Documentos Comprobatórios de Compensação - DCC's, antes do trânsito em julgado da decisão judicial, em virtude da existência de débitos do contribuinte para com o Fisco e tendo em vista a incidência do artigo 170-A do CTN. Transcrevo parte do aresto agravado:

“Vislumbra-se que a disquisição mantém referência com a espécie compensação tributária. O crédito tratado decorre de pagamento indevido, ou a maior que o devido, de tributos e contribuições da mesma espécie e destinação constitucional, inclusive quando resultantes de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, facultando a Instrução Normativa (SRF nº 21/97) ao contribuinte,

quando a parcela exceder o total de seus débitos, a utilização dos mesmos para pagamentos de débitos de outro contribuinte, correspondentes a períodos subseqüentes. Na hipótese, diferentemente do que ocorre com a compensação financeira dos tributos não-cumuláveis, é aplicável o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Com relação à possibilidade de deferimento de expedição de Documentos Comprobatórios de Compensação para terceiros, apura-se que o escopo de sua realização é, exatamente, não se afigurando possível a compensação financeira na saída dos produtos, propiciar a realização de compensação tributária, cujo procedimento encontra-se alocado na Instrução Normativa nº 21/97. Nesse caso, conforme já consubstanciado, existe expressa vedação constante do artigo 170-A da Lei Tributária Nacional, impondo-se o anterior trânsito em julgado da sentença”.

Assim é que a empresa manejou o agravo regimental ora posto sob julgamento, asseverando que não se aplicaria ao caso em questão o artigo 170-A do CTN, posto que veio a lume apenas depois de protocolados os pedidos de compensação junto ao Fisco, que não se ajusta aos casos de compensação vinculados ao princípio da não-cumulatividade, e que não incide em situações nas quais o conteúdo material em discussão tenha sido objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Recebendo os autos em 14 de maio de 2003, entendi que seria fundamental a ouvida da Fazenda Nacional, antes de julgar a controvérsia, razão pela qual determinei a sua intimação, vindo a parte ré a juízo, para impugnar o agravo, com razões às fls. 1.051/1.066, que se resumem ao seguinte:

a) incompetência deste Juízo para processar execução provisória do julgado turmário;

b) inexistência de referência, no acórdão da Quarta Turma, acerca da forma de aproveitamento dos créditos que se reconheceu ao contribuinte;

c) impossibilidade de compensação antes do trânsito em julgado da sentença (artigo 170-A/CTN);

d) a existência de débitos da empresa para com o Fisco Federal em valor superior ao que se pretende compensar com dívidas de terceiros;

e) necessidade de apresentação da Certidão Negativa de Débitos para com o INSS para fruição dos créditos reconhecidos em juízo.

Nesse ínterim, a parte agravante protocolou pedido de extração de carta de sentença, que deixei de apreciar, em função de que seu deferimento, ou não, encontra-se intimamente ligado à resolução do agravo regimental.

Apresento o feito em mesa, independente de pauta.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (PRESIDENTE DO TRF 5ª REGIÃO):

Desde logo, saliento que a ora requerente apresentou à Receita Federal, em 12 de novembro de 1999, anteriormente à impetração deste mandado de segurança, portanto, os seguintes Pedidos de Ressarcimento:

a) nº 10480.029370/99-31, decorrente de *“insumos utilizados na fabricação de produtos exportados - Decreto-Lei nº 491/69, artigo 5º, e Lei nº 8.402/92, artigo 1º, inciso II”* – vide fls. 952 - com montante de R\$ 2.601.838,11 (dois milhões, seiscentos e um mil, oitocentos e trinta e oito reais e onze centavos);

b) nº 10480.029371/99-01, referente a *“crédito IPI do produto exportado art. 1º Dec-Lei 491/69, Dec-Lei nº 1.248/72, art. 3º, restabelecido pelo parágrafo 1º do art. 1º da Lei 8.402/92”* - vide fls. 954 - equivalente a R\$ 4.574.080,74 (quatro milhões, quinhentos e setenta e quatro mil, oitenta reais e setenta e quatro centavos).

Os Pedidos de Ressarcimento supra-referidos somam R\$ 7.175.918,85 (sete milhões, cento e setenta e cinco mil, novecentos e dezoito reais e oitenta e cinco centavos). Entende a reque-

rente que, uma vez reconhecido seu direito ao creditamento de IPI na forma por ela pretendida, através do acórdão da egrégia Quarta Turma, o montante adrede referido converteu-se em crédito seu para com a Receita Federal.

Assim sendo, passou a apresentar àquele órgão Pedidos de Compensação, indicando como crédito os valores referidos naqueles Pedidos de Ressarcimento, com os quais pretendia quitar débitos da própria empresa, assim como de terceiros. Todos os Pedidos de Compensação foram protocolados entre 30 de junho de 2000 e 22 de janeiro de 2002, totalizando R\$ 625.275,47 (seiscentos e vinte e cinco mil, duzentos e setenta e cinco reais e quarenta e sete centavos) - fls. 841 a 894. A estes se soma o pedido com cópia à fl. 787, que importa em R\$ 1.208.434,64 (hum milhão, duzentos e oito mil, quatrocentos e trinta e quatro reais e sessenta e quatro centavos), perfazendo um total a ser compensado de R\$ 1.833.710,11 (hum milhão, oitocentos e trinta e três mil, setecentos e dez reais e onze centavos).

Contudo, veio aos autos a Receita Federal para informar que a empresa ora agravante possui débitos para com o Fisco da ordem de R\$ 36.908.101,66 (trinta e seis milhões, novecentos e oito mil, cento e um reais e sessenta e seis centavos).

Eis aí uma das dificuldades decorrentes do manejo de mandado de segurança para casos como o versado neste processo. Enquanto a impetrante diz que tem créditos, a Receita lista seus débitos. E onde está a prova pré-constituída? E o direito líquido e certo?

Após o julgamento da questão, fica o impasse de afirmativas opostas, e as partes a exigir o cumprimento da decisão aos Presidentes das Turmas ou do Tribunal. Já me deparei por diversas vezes com situações deste tipo.

No caso dos autos, entretanto, deve-se ressaltar que o contribuinte não nega a existência de débitos para com o Fisco. Entende apenas que estes se encontram com sua exigibilidade suspensa, eis que, sendo decorrentes da rescisão do parcelamento, realizado no âmbito do REFIS, em função da inadimplência, ficaram inexigíveis desde quando foi protocolado pedido de reenquadramento naquele programa, com a prova da quitação das parcelas

correspondentes aos dois últimos anos do acordo.

Na verdade, não se apresenta correto este raciocínio. O acolhimento da empresa no regime do REFIS depende do cumprimento de uma série de requisitos postos pela Administração Fazendária, de sorte que não é o mero pedido do contribuinte que o faz ingressar naquele Programa. Destarte, o que se tem por certo é que a agravante foi excluída do REFIS, de modo que a Receita Federal está apta a lhe exigir a quantia adrede referida, da qual é devedora, não se encontrando obrigada a acolhê-la novamente no Programa.

Evidenciada a existência de dívidas do contribuinte para com a Receita Federal, reporto-me ao meu posicionamento quando do julgamento da AMS nº 75.536/PE, perante a egrégia Primeira Turma desta Corte.

Naquela ocasião, salientei que a compensação, ainda que reconhecida em juízo a sua procedência, somente deve se dar após a quitação dos eventuais débitos para com a Fazenda Nacional, do próprio titular dos créditos, isto em face da norma inserta no artigo 15 da Instrução Normativa SRF nº 21/97, que apenas autoriza, para a compensação com débitos de terceiros, a utilização de créditos que **excederem o total dos débitos**, *verbis*:

“Art. 15. A parcela do crédito a ser restituído ou ressarcido a um contribuinte, que exceder o total dos seus débitos, inclusive os que houverem sido parcelados, poderá ser utilizada para a compensação com débitos de outro contribuinte, inclusive se parcelado”.

Assim, evita-se o contra-senso de que se utilize o contribuinte dos créditos para a quitação de seus débitos com terceiros, permanecendo ele mesmo em débito. E é exatamente neste ponto que reside o obstáculo intransponível ao acolhimento do pleito da agravante, pois, conforme já ressaltado, possui débitos para com a Receita Federal que em muito superam o valor do crédito que pretende compensar com dívidas de terceiros.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 252.814-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: ALTAIR CORREIA PRADO
Advogados: DRS. LENI SOBREIRA CORIOLANO E OUTROS (APTE.) E FRANCISCO HÉLIO GOMES FERREIRA (APDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PARTILHA DE BENS ANTES DO SURGIMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO, CABENDO O BEM IMÓVEL AO CÔNJUGE VIRAGO E A EMPRESA (E SEU PASSIVO) AO CÔNJUGE VARÃO. PENHORA INCIDENTE SOBRE BEM DO CÔNJUGE VIRAGO EM VIRTUDE DA DÍVIDA TRIBUTÁRIA DA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE.

- Como diz o INSS (apelante) expressamente: “A ação executiva foi proposta contra a empresa para cobrança das contribuições previdenciárias referentes à competência Janeiro/94”.

- Ocorre que, em 1993, a embargante separou-se judicialmente do então sócio majoritário da empresa executada. Por ocasião da separação judicial, foi feita a partilha de bens, homologada por sentença em 22 de dezembro de 1993 e devidamente transitada em julgado, como se vê da certidão exarada pelo Cartório de Registro Civil da 3º Zona (CE).

- Na partilha, o imóvel constritado ficou com o cônjuge virago (embargante), cabendo ao cônjuge varão, com exclusividade, a Empresa Universal Serviços Marítimos Ltda., inclusive o passivo da referida firma.

- Constatado que a partilha de bens foi levada a efeito antes da penhora censurada, é de se manter a sentença recorrida em todos os seus termos.

- ***Consoante iterativa orientação pretoriana, “não obstante a falta de registro do formal de partilha dos bens pertencentes aos ex-cônjuges, é possível a oposição de embargos de terceiro em razão apenas da homologação da referida sentença judicial”.***
- ***Apelação e remessa oficial improvidas.***

ACÓRDÃO

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

Recife, 11 de março de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de apelação interposta contra a sentença de fls. 23/25, da lavra do MM. Juiz Danilo Fontenelle Sampaio, Juiz Federal Substituto da 1ª Vara/CE, que houve por bem julgar procedentes os embargos de terceiro, determinando a desconstituição da penhora incidente sobre o bem.

A sentença vergastada acolheu o pedido deduzido na peça portal, por entender que o autor comprovou a legitimidade de sua posse, entendendo ainda que o formal de partilha, mesmo que não registrado, dá azo ao manejo dos embargos de terceiro.

Descontente, o INSS desafiou recurso de apelação, em cujas razões assevera que, não tendo sido encontrados bens penhoráveis da empresa executada, volveram-se os atos constritivos contra os bens dos sócios da pessoa jurídica. Desse modo, ao argumento de que o embargante é devedor solidário da quantia perseguida, penhorou-se bem a ele pertencente com vistas à satisfação

do crédito da autarquia.

Contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Trata-se de apelação interposta contra a sentença que houve por bem julgar procedentes os embargos de terceiro, determinando a desconstituição da penhora incidente sobre o bem penhorado.

A sentença vergastada acolheu o pedido deduzido na peça portal, por entender que o autor comprovou a legitimidade de sua posse, entendendo ainda que o formal de partilha, mesmo que não registrado, dá azo ao manejo dos embargos de terceiro.

Irresignado, o INSS ofertou a sua inconformidade recursal, em que aponta os *errores in iudicando* em que teria incorrido a sentença vergastada, assim alinhavado: que, por não terem sido encontrados bens penhoráveis da empresa executada, volveram-se os atos constrictivos contra os bens dos sócios da pessoa jurídica. Isto porque o embargante é devedor solidário da quantia perseguida, donde ser possível penhorar-se bem a ele pertencente com vistas à satisfação do crédito da autarquia.

A controvérsia é de fácil destrame. Radica em saber se no caso enfocado era possível penhorar-se o imóvel pertencente à embargante, em virtude da inexitosa busca de bens da empresa executada.

Não merece acolhida a pretensão recursal, uma vez que, ao tempo do surgimento do débito fiscal, o imóvel constrictado já não pertencia ao sócio majoritário da empresa. E mais: pelo passivo da firma executada já não respondia a ora embargante. Explicito.

Como diz, às expressas, a apelante: “A ação executiva foi proposta contra a empresa para cobrança das contribuições previdenciárias referentes à competência janeiro/94”.

Ocorre que, desde 1993, a embargante separou-se judicial-

mente do então sócio majoritário da empresa executada. Por ocasião da separação judicial, foi feita a partilha de bens, homologada por sentença em 22 de dezembro de 1993 e devidamente transitada em julgado, como se vê da certidão exarada pelo Cartório de Registro Civil da 3ª zona (CE). Na partilha, os bens foram assim distribuídos, *verbis*:

“A casa residencial em que a peticionante mora fica exclusivamente para o cônjuge virago; ficará também para o cônjuge virago a casa residencial com frente para a Rua Coronel Jucá nº 906, com respectivo terreno. Para o cônjuge varão ficarão todos os outros bens descritos na inicial, inclusive a Empresa Universal Serviços Marítimos Ltda., que ficará exclusivamente para o cônjuge varão, inclusive, o passivo da referida empresa ficará sob a responsabilidade total do cônjuge varão. Carro e telefone que estão no nome da mulher ficarão com a mesma. A título de pensão alimentícia para a filha menor, acordada em três (03) salários mínimos, a ser paga pelo cônjuge varão”. (Grifos nossos).

Não se diga que o fato do formal de partilha não estar registrado seria razão obstativa da legitimidade da posse. De resto, a orientação pretoriana é iterativa nesta senda:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE MEAÇÃO DE IMÓVEL. POSSE EM FAVOR DA EMBARGANTE DECORRENTE DE SENTENÇA ANTERIOR EM SEPARAÇÃO CONSENSUAL. REGISTRO DA PARTILHA POSTERIOR À CONSTRIÇÃO. LEGALIDADE.

I - Insubsistente, a penhora sobre imóvel que já não integrava o patrimônio do devedor, pois já partilhado com a embargante, ex-cônjuge, em razão da separação consensual transitada em julgado. Desinfluyente o fato de o formal de partilha ter sido registrado após o ato constitutivo, uma vez que não se discute nos embargos de terceiro a propriedade do imóvel, mas a posse.

II - Recurso não conhecido”.
(STJ, REsp 23664, *DJ* 21/08/2000).

“RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. FORMAL DE PARTILHA NÃO REGISTRADO.

- Não obstante a falta de registro do formal de partilha dos bens pertencentes aos ex-cônjuges, é possível a oposição de embargos de terceiro em razão apenas da homologação da referida sentença judicial.

- Insubsiste a penhora de bem pertencente ao recorrido, realizada com o fim de garantir a execução de dívida que não lhe diz respeito.

- Recurso desprovido”.

(STJ, REsp, 85736, *DJ* 29/06/1998).

Como se viu, o débito tributário da empresa é alusivo às contribuições previdenciárias referentes à competência de janeiro de 1994. Ocorre que com a separação judicial e a partilha devidamente homologada em 1993, a embargante ficou com o bem imóvel objeto da constrição e o cônjuge varão (sócio majoritário) ficou sendo o único e exclusivo responsável pelas dívidas da empresa. Neste passo, é de se concluir pela legitimidade e procedência dos embargos, afastando-se a penhora sobre o bem constriado.

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

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 265.421-RN

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI
Apelantes: ANTÔNIO SALUSTIANO DE CARVALHO FILHO E
CÔNJUGE E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS
Advogados: DRS. ÂNGELO EUGÊNIO COUTO SILVEIRA E OU-
TRO

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. MORTE DE SOLDADO DO EXÉRCITO AO TENTAR RESGATAR BOLA QUE CAÍRA NAS ÁGUAS DO RIO POTENGI. ACIDENTE EM SERVIÇO. DENTRO DAS DEPENDÊNCIAS DA CORPORAÇÃO. AUTORIZAÇÃO DO SUPERIOR HIERÁRQUICO. EXISTÊNCIA DO FATO. OCORRÊNCIA DO DANO. NEXO DE CAUSALIDADE EVIDENCIADO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO FIXADA EM 500 SALÁRIOS MÍNIMOS. ESPEQUE EM PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DANO MATERIAL. CUMULATIVIDADE. POSSIBILIDADE. SÚMULA DO STJ. FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. PENSÃO FIXADA EM 2/3 (DOIS TERÇOS) DA REMUNERAÇÃO DE TERCEIRO-SARGENTO ATÉ A IDADE QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 25 (VINTE E CINCO ANOS) E PARTIR DAÍ REDUZIDO A 1/3 (UM TERÇO), ATÉ QUANDO A VÍTIMA COMPLETARIA 65 ANOS. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULAS 43 E 54 DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. § 4º DO ART. 20 DO CPC.

- Dos documentos acostados aos autos, mormente do Inquérito Policial Militar (fls. 31 e segs.), verifica-se que no dia 09 de novembro de 1997, na área de lazer do 17º Grupo de Artilharia de Campanha - GAC, na praia do Y, ao lado o rio Potengi, algumas crianças, filhos de militares que trabalhavam no 17º GAC, brincavam com bola

**de vôlei da área de lazer, tendo a bola caído no rio Potengi. O filho dos autores, NAGIB NUNES DE CARVALHO, soldado do exército, em serviço naquele dia na área de lazer do 17º Grupo de Artilharia de Campanha – GAC, praia do Y, com autorização do 2º Sargento CARLOS ALBERTO ALMEIDA SILVA, adentrou nas águas do rio para resgatar a bola. À medida que nadava em direção à bola, a mesma se afastava mais das margens do rio, tendo em conta, ainda, que a maré estava vazando. Quando conseguiu alcançar a bola, já estava cansado e em área de muita correnteza, foz do rio Potengi, vindo a morrer por afogamento, conforme o laudo de exame cada-
vérico de fls. 29.**

- De acordo com as provas dos autos, sobretudo, os depoimentos, o soldado NUNES tentou resgatar a bola de vôlei que caíra nas águas do rio Potengi, com autorização do 2º Sargento CARLOS ALBERTO DE ALMEIDA SILVA, gestor da praia do Y, do Clube Círculo Militar.

- Considerando que o de cujus agiu com autorização do seu superior hierárquico, tendo em conta que o acidente se deu dentro do quartel nas dependências do 17º GAC – Grupo de Artilharia e Campanha, quando o Sd NUNES estava escalado para patrulhar a área de lazer da praia do Y (conforme se observa na escala de serviço às fls. 107) e em face de não ter sido adotada qualquer medida de segurança na ocasião do acidente, ou mesmo providências para evitar a ocorrência de sinistros de tal gravidade, reconhecendo a ocorrência de acidente de serviço e, portanto, tenho como presente a responsabilidade da ré pelo sinistro ocorrido, impondo-a o dever de indenizar os autores pelos danos materiais e morais sofridos.

- Possibilidade de cumulação da indenização por dano moral e dano material decorrente do mes-

mo fato. Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça.

- Restou demonstrado que a família do de cujus é de baixa renda, eis que a mesma reside em cidade satélite, indubitavelmente, região que abriga setores carentes da população. Ademais, o pai do de cujus é funcionário público estadual e a mãe, do lar, sendo notória a condição modesta de vivência da família. Tratando de família de baixa renda, a jurisprudência do STJ tem entendido que “nas famílias de baixa renda, correta a presunção de que o filho contribuía para o sustento de seus genitores, pelo que devida é a pensão a favor dos mesmos pelo seu passamento, limitada à longevidade provável da vítima, no caso estabelecida em 65 anos”. (RESP nº 423.006/PR, relatoria do MD. Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ de 19/08/02).

- Dano material fixado em pensão devida aos autores cuja base de cálculo corresponde ao valor referente à remuneração da graduação de terceiro-sargento. Considerando, entretanto, que a contribuição do filho para com os pais no sustento da família não abrange a totalidade da sua remuneração, sendo razoável a concessão da pensão com abatimento. Conseqüentemente, com arrimo no entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, é de se fixar a pensão em 2/3 (dois terços) da remuneração de terceiro-sargento até a idade que a vítima completaria 25 (vinte e cinco) anos e partir daí reduzido a 1/3 (um terço), haja vista que aos 25 anos de idade presumir-se-ia que o mesmo teria se casado e constituído nova família, é inconteste que a sua ajuda para o custeio da casa dos seus pais seria menor.

- Quanto ao dies a quo e dies ad quem do pagamento da pensão, fixo a data do início, tal como indicado na sentença, o dia da ocorrência do si-

nistro, isto é, 09 de novembro de 1997 até 14 de setembro de 2041, data em que a vítima completaria 65 anos de idade, cessando, no entanto, o pagamento da pensão em data anterior à estabelecida, no caso de sobrevir o falecimento do último dos dois autores.

- O dano moral prescinde de comprovação, eis que decursivo da morte do filho dos autores. Perda precoce de filho, dano de valor inestimável.

- Quantum indenizatório a título de dano moral fixado em 500 (quinhentos) salários mínimos, com espeque em precedentes do STJ, entre outros, o RESP nº 331279/CE, RESP 41614 / SP e RESP 293260 / SP.

- “OS JUROS MORATÓRIOS FLUEM A PARTIR DO EVENTO DANOSO, EM CASO DE RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL”. Súmula nº 54 do STJ.

- “INCIDE CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE DÍVIDA POR ATO ILÍCITO A PARTIR DA DATA DO EFETIVO PREJUÍZO”. Súmula 43 do STJ.

- Honorários advocatícios mantidos à razão de 10% sobre o valor da condenação.

- Remessa oficial e apelação dos autores parcialmente providas. Apelação da União improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à remessa oficial e à apelação dos autores e negar provimento à apelação da União, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 30 de setembro de 2003 (data do julgamento).

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI:

Trata-se de recursos de apelação cível interpostos pelos autores e pela UNIÃO, em face de sentença que julgou procedente, em parte, o pedido formulado na exordial para condenar a Ré, a título indenizatório, ao pagamento de uma pensão aos autores, no valor correspondente à remuneração da graduação de 3º sargento, a partir da data do óbito do ex-soldado Nagib Nunes de Carvalho, ocorrido em 09/11/1997, e término previsto para o dia 14/09/2041, podendo, porém, o cancelamento do pagamento da pensão se operar em data anterior, caso venha a falecer o último dos dois componentes do casal. Sobre o *quantum* apurado em liquidação de sentença incidirão juros de mora, à razão de 6% (seis por cento) ao ano, a contar da citação, e correção monetária a partir do vencimento de cada parcela devida, nos moldes estatuídos pela Resolução nº 187/97, do Conselho da Justiça Federal, que padronizou o Manual de Cálculos da Justiça Federal. Condenou, ainda, a suplicada no ressarcimento das custas e no pagamento de honorários advocatícios, estes em dez por cento (10%) sobre o montante apurado em liquidação de sentença.

Em suas razões de apelação, os autores alegam, no que concerne ao dano material, que o MM. Juiz *a quo* equivocou-se ao exigir a prova do dano material. Invocam a Súmula nº 491 do STF e defendem que a pensão é devida ainda que a vítima não exerça a atividade remunerada. Ressaltam que no caso em apreço, a vítima, maior e de família humilde, exercia atividade remunerada e residia na companhia dos pais. Quanto ao dano moral, aduzem que a condenação fixada pelo MM. Juiz de 1º grau não pode subsistir, sob o argumento de que o dano moral deve ser reparado por meio de indenização paga em quantia fixa, de uma só vez. Acrescentam que deverá ser aproveitada a metodologia adotada pela sentença para apuração do *quantum*, multiplicando-se o número de meses de sobrevida que restariam ao *de cujus* pelo valor dos vencimentos que efetivamente percebia, ou de acordo com os de Terceiro-Sargento, a teor do que dispõe o art. 110, § 2º, c, da Lei nº 6.880/80. Sustentam, demais disso, que os juros de mora e a correção monetária devem fluir da data do evento danoso, de acordo

com as Súmulas nºs 43 e 54 do Superior Tribunal de Justiça. Afir-
mam que os honorários advocatícios devem ser aumentados para
20% sobre o valor da condenação, a ser apurado em liquidação de
sentença, eis que o percentual de 10% deve ser aplicado para cas-
sos de menor complexidade. Ao final, requerem o provimento da
apelação, a fim de que seja reformada a sentença e concedida
aos apelantes a indenização por dano material (pensão), o paga-
mento em dano moral em verba única, a fluência dos juros de mora
e correção monetária nos moldes das Súmulas nºs 43 e 54 do
STJ e a majoração dos honorários advocatícios para o percentual
de 20% do total da condenação. *Ad cautelam*, pleiteiam o provi-
mento do recurso para modificar a sistemática de pagamento da
indenização por dano moral, fixando-a em quantia fixa e pagamen-
to de uma só vez.

Na apelação que ora interpõe, fls. 189/193, a UNIÃO aduz que
“não resta comprovado o mais remoto nexos de causalidade entre
o dano alegado na inicial e qualquer ato ou omissão da Administra-
ção, requisito cuja prova torna-se indispensável para que se impo-
nha a obrigação de indenizar por parte do Estado”. Sustenta que,
de acordo com os depoimentos das testemunhas, havia no local
bóias que poderiam ser utilizadas pelos militares. Assevera que a
União não pode ser condenada porque o encarregado do local não
deu ordem expressa para que o soldado adentrasse nas águas do
rio e porquanto as condições do local sempre foram tranquilas, o
que não permitia prever um sinistro da gravidade que ocorreu. Em
seguida, alega que a total imprevisibilidade de acidentes de tal en-
vergadura desobriga a União a ter cuidados específicos. Ao final,
pleiteia o provimento do recurso, a reforma total da sentença e
inversão do ônus da sucumbência.

A UNIÃO apresentou contra-razões, fls. 194/197, alegando, em
suma, que sequer poderia a mesma ter sido condenada, porque o
evento dano, segundo a ré, teria resultado de culpa exclusiva da
vítima. Em seguida, defende que a vítima era pessoa laboralmente
produtiva e sua participação na manutenção da família deveria ter
sido efetivamente comprovada. Sustenta, ademais, que a súmula
do STF suscitada pelos apelantes não lhes dá guarida, uma vez
que versa sobre caso de morte de menor. Aduz que o fato de a
indenização ser paga de forma parcelada ou de uma só vez pouco

importa para a reconstrução da estabilidade emocional dos ofendidos. Assevera, outrossim, que a mora somente ocorre a partir da data da citação e que no caso dos autos não se trata de prática de ato ilícito. No que tange aos honorários advocatícios, ressalta que a questão ora em apreço não é de alta complexidade, eis que a teoria jurídica é corriqueira e a matéria fática não requereu grande dilação probatória. Requer, por fim, seja negado provimento ao recurso.

Sem as contra-razões dos autores, vieram os autos conclusos por distribuição.

É o relatório.

Dispensada a revisão. Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI (Relator):

Como ensaiado no relatório, cuida-se de recursos de apelação cível interpostos pelos autores e pela UNIÃO, em face de sentença que julgou procedente, em parte, o pedido formulado na exordial para condenar a Ré, a título indenizatório, ao pagamento de uma pensão aos autores, no valor correspondente à remuneração da graduação de 3º sargento, a partir da data do óbito do ex-soldado Nagib Nunes de Carvalho, ocorrido em 09/11/1997, e término previsto para o dia 14/09/2041, podendo, porém, o cancelamento do pagamento da pensão se operar em data anterior, caso venha a falecer o último dos dois componentes do casal. Sobre o *quantum* apurado em liquidação de sentença incidirão juros de mora, à razão de 6% (seis por cento) ao ano, a contar da citação, e correção monetária a partir do vencimento de cada parcela devida, nos moldes estatuídos pela Resolução nº 187/97, do Conselho da Justiça Federal, que padronizou o Manual de Cálculos da Justiça Federal. Condenou, ainda, a suplicada no ressarcimento das custas e no pagamento de honorários advocatícios, estes em dez por cento (10%) sobre o montante apurado em liquidação de sentença.

Os autores, pais do ex-soldado Nagib Nunes de Carvalho, interpuseram a presente ação ordinária com o fim de obter a condenação da União no pagamento de indenização por dano material e moral, em face da morte do seu filho.

Inicialmente, há de se tecer considerações acerca da responsabilidade objetiva do Estado, consagrada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Acerca da matéria, no pertinente, estabelece a Constituição Federal, *litteris*:

“Art. 37. omissis

(...)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

A teor do disposto no § 6º do art. 37 da CF/88, supratranscrito, apreende-se que a Carta Magna consagrou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, de acordo com a qual, ocorrendo dano, não é necessária a comprovação de dolo ou culpa, sendo bastante que se prove onexo de causalidade entre o dano causado e a conduta da Administração. Realce-se que a aludida teoria objetiva do Estado fundamenta-se na teoria do risco administrativo, “de modo que se a União ou outra pessoa de sua administração causarem qualquer tipo de dano no desempenho de tais atividades, estarão inevitavelmente sujeitas ao dever de reparar os respectivos prejuízos através de indenização, sem que possam trazer em sua defesa o argumento de que não houve culpa no exercício da atividade. Haverá, pois, risco administrativo natural nas referidas tarefas, bastando, assim, que o lesado comprove o fato, o dano e o nexocausal entre o fato e o dano que sofreu”.¹

A propósito, em substanciosa ensinança, diz-nos Maria Sylvia Zanella de Pietro:

“É chamada teoria da responsabilidade objetiva, precisamente por prescindir da apreciação dos elementos subjetivos (culpa ou dolo); é também chamada

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 7ª ed. Ver. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 416.

teoria de risco, porque parte da idéia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente. Causado o dano, o Estado responde como se fosse uma empresa de seguro em que os segurados seriam os contribuintes, que pagando os tributos, contribuem para a formação de um patrimônio coletivo (cf. Cretella Júnior, 1970, v. 8: 69-70)".²

Dos documentos acostados aos autos, mormente do Inquérito Policial Militar (fls. 31 e segs), verifica-se que no dia 09 de novembro de 1997, na área de lazer do 17º Grupo de Artilharia de Campanha - GAC, na praia do Y, ao lado do rio Potengi, algumas crianças, filhos de militares que trabalhavam no 17º GAC, brincavam com bola de vôlei da área de lazer, tendo a bola caído no rio Potengi. O filho dos autores, NAGIB NUNES DE CARVALHO, soldado do exército, em serviço naquele dia na área de lazer do 17º Grupo de Artilharia de Campanha – GAC, praia do Y, com autorização do 2º Sargento CARLOS ALBERTO ALMEIDA SILVA, adentrou nas águas do rio para resgatar a bola. À medida que nadava em direção à bola, a mesma se afastava mais das margens do rio, tendo em conta, ainda, que a maré estava vazando. Quando conseguiu alcançar a bola, já estava cansado e em área de muita correnteza, foz do rio Potengi, vindo a morrer por afogamento, conforme o laudo de exame cadavérico de fls. 29. Seu corpo somente foi encontrado dois dias depois na praia de Redinha Nova, Rio Grande do Norte.

No caso dos autos, não paira dúvida acerca da existência do fato.

O dano, de outra parte, evidencia-se na morte do jovem militar para os seus pais, autores, bem como para toda a família. Decerto, a perda precoce de um filho, arrimo de família, é dano de valor imensurável.

Passo a analisar a existência do nexo de causalidade.

Aduzem os autores que houve acidente de serviço.

² PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª ed. ver. ampl. São Paulo: Atlas, 2001, p. 515.

A União, por outro lado, alega, em sede de contestação, que o acidente se deu por única e exclusivamente culpa da vítima, já nas razões finais, bem como na apelação, defende que circunstâncias imprevisíveis foi o fator determinante do acontecido. Não obstante, as provas dos autos não corroboram com as alegações da ré.

No respeitante à existência de autorização pelo 2º Sargento CARLOS ALBERTO DE ALMEIDA SILVA para o Sd NUNES entrar no rio Potengi e resgatar a bola de vôlei, tal restou comprovado nos depoimentos prestados nos autos do Inquérito Policial Militar, bem como os colhidos nos presentes autos.

Com efeito, o soldado NUNES tentou resgatar a bola de vôlei que caíra nas águas do rio Potengi, com autorização do 2º Sargento CARLOS ALBERTO DE ALMEIDA SILVA, gestor da praia do Y, do Clube “Círculo Militar”.

É o que se observa do depoimento prestado pelo próprio Sargento CARLOS, às fls. 44, *verbis*:

“(…) Sd Nunes passou e me informou que iria pegar a bola. **Eu fiz o sinal de positivo**”.

O mesmo afirmou o Cabo CLENILSON DA SILVA CHACON, também a serviço do 17º GAC no dia 09 de novembro de 1997, em cujo depoimento às fls. 92, assevera:

“(…) perguntado como se deram os fatos narrados na Parte Especial nº 2, de 10 de novembro de 1997, do fiscal de dia de 09 de novembro de 1997, envolvendo o Sd. NAGIB NUNES DE CARVALHO na área de lazer da Unidade, praia do Y, por volta de 17:00 hs., respondeu ‘por volta de 16:30 horas o Sd. Nunes estava fazendo a faxina e juntando as cadeiras com o Sd Alves, quando algumas crianças gritaram que a bola havia caído no rio. O Sd Nunes se dirigiu até o Sgt Carlos e informou que a bola havia caído no rio e ele iria buscar. **O Sgt Carlos disse que ele podia ir**”.

Ainda, o Capitão Artilheiro do Exército MARCELO LIMA DE MELO, encarregado de presidir o Inquérito Policial Militar, em depoimento prestado perante o MM. Juiz Federal da 3ª vara da Seção

Judiciária do Rio Grande do Norte, afirmou, *ad litteram*:

“(...) Que, na condição de militar, foi encarregado de presidir o Inquérito Policial Militar para apurar o fato ocorrido com Nagib Nunes de Carvalho quando o mesmo prestava serviço na praia do ‘Ipsilon’, local ou área destinada ao lazer dos militares e familiares destes; Que, no dia do acidente ocorrido com Nagib, este estava de serviço na praia do ‘Ipsilon’; que, de acordo com o que restou apurado no Inquérito Policial Militar, Nagib estava de serviço na praia do ‘Ipsilon’ no dia do acidente e algumas crianças estavam brincando com uma bola à beira da praia; que a bola veio a cair no rio Potengi, que fica ao lado do local onde as crianças estavam brincando; que, as crianças falando que a bola havia caído no rio, Nagib se prontificou a pegá-la; que para isso foi até o seu alojamento e trocou de roupa e na volta falou para o **sargento Carlos que deu sinal de concordância**”.

Merece transcrição, a propósito, a conclusão do Inquérito Policial Militar (fls. 33), *litteris*:

“Em face ao acima exposto e que dos autos consta, concluo que os fatos que envolveram a morte em serviço do Sd NAGIB NUNES DE CARVALHO não ensejam a constatação da existência de indícios de crime militar. Todavia, verifica-se que os fatos apurados constituem transgressão disciplinar prevista no nº 7 e nº 22 do anexo I do RDE, **praticada pelo 2º Sgt CARLOS ALBERTO DE ALMEIDA SILVA, por ter autorizado a entrada do Sd NUNES no rio e por ter deixado de adotar medidas de segurança para salvaguardar o mesmo, contribuindo assim, para a ocorrência de acidente no serviço** por negligência”.

Não paira, conseqüentemente, nenhuma dúvida acerca da existência de autorização do superior hierárquico do *de cujus* para que o mesmo adentrasse nas águas do rio Potengi para pegar a bola

de vôlei, nem tampouco da ocorrência de acidente em serviço.

Não merece acolhida, portanto, a alegação da ré de que o acidente se deu por culpa do *de cuius*. Resta claro que o soldado NUNES agiu com expressa autorização do 2º Sargento CARLOS ALBERTO DE ALMEIDA SILVA, gestor da praia do Y. Realce-se, outrossim, que além de ter-lhe sido autorizado a resgatar a bola de vôlei, não foram adotadas medidas de segurança exigidas para evitar o acidente. Nesse sentido, são unânimes os depoimentos constantes dos autos, cujos excertos são transcritos:

“(...) perguntado se foi tomada alguma medida de segurança quando o Sd Nunes entrou no rio, respondeu ‘não’. (...) que no local do acidente não existia material de segurança para que os militares adentrassem na praia”. (2º Sargento CARLOS ALBERTO DE ALMEIDA SILVA, fls. 45 e 151).

“(...) perguntado se foi tomada alguma medida de segurança quando o Sd Nunes entrou na água no dia 09 de novembro de 1997, respondeu ‘não’”. (Cabo CLENILSON DA SILVA CHACON, fls. 92);

“(...) perguntado se foi tomada alguma medida de segurança quando o Sd Nunes entrou na água no dia 09 de novembro de 1997, respondeu ‘não’”. (Soldado FRANCISCO MAGNO DA CUNHA ALVES, fls. 95).

“(...) que não havia nenhum equipamento de segurança no local no momento do acidente” (Cabo JOSÉ MAURÍCIO LOPES, fls. 155).

Melhor sorte não assiste à ré, quando afirma que “as condições do local, que sempre foram as mais tranqüilas e que não permitiam a ninguém prever um sinistro da gravidade do que ocorreu”. Em verdade, de acordo com os próprios militares depoentes, a área onde ocorreu o acidente é local onde há forte correnteza, pois se trata de região de encontro de mar com o rio, não se olvidando que naquela tarde o mar estava vazando, eis que a baixa-mar estava prevista para às 18:45 hs. Urge, à vista disso, trans-

crever mais uma vez trecho do Inquérito Policial Militar, fls. 33, *litteris*:

“(…) Pelas declarações das testemunhas Cb José Maurício Lopes, Cb Clenilson da Silva Chacon e Sd Francisco Magno da Cunha Alves, de fls. 22, 25 e 28, e pela declaração do 2º Sgt CARLOS, de fls. 32, verifica-se que não foram adotadas medidas de segurança quando o Sd NAGIB NUNES DE CARVALHO adentrou ao rio para resgatar a bola e se verifica, também, que o Sd NUNES agiu com imprudência quando se afastou em demasia das margens do rio até o **local onde havia correnteza forte, difícil de ser vencida**”.

Ademais, se era comum, como todas as testemunhas afirmam em seus depoimentos, que crianças ficassem brincando de bola na praia do Y, deveria a ré ter colocado naquela área cerca de proteção, evitando-se assim que os objetos da área de lazer do quartel caíssem nas águas do rio.

Ressalta, ainda, a União que existiam bóias no local que poderiam ter sido utilizadas pelo militar. Ocorre que tais bóias não seriam como medida de segurança, mas para as crianças brincarem na praia. É o que afirma o depoente CARLOS ALBERTO DE ALMEIDA SILVA, às fls. 151, *verbis*:

“... Que existiam no local apenas duas bóias prestas (sic) de “caminhão”, tipo de câmara de ar, **apenas para garotos brincarem na praia**”.

Assim, como bem ressaltou o MM. Juiz *a quo*, “*o liame sobressai da ocorrência do fato e da existência do dano se consubstancia no ponto de manter o ex-soldado vínculo jurídico com a Ré, porquanto exercente de atividade essencial ao Estado; estar no exercício de atribuição expressamente autorizada pelo seu superior hierárquico, além de o evento ter acontecido em serviço, nas dependências da corporação*”.

Conseqüentemente, considerando que o *de cujus* agiu com autorização do seu superior hierárquico, tendo em conta que o acidente se deu dentro do quartel nas dependências do 17º GAC – Grupo de Artilharia de Campanha, quando o Sd NUNES estava es-

calado para patrulhar a área de lazer da praia do Y (conforme se observa na escala de serviço às fls. 107), e em face de não ter sido adotada qualquer medida de segurança na ocasião do acidente, ou mesmo providências para evitar a ocorrência de sinistros de tal gravidade, reconheço a ocorrência de acidente de serviço e, portanto, tenho como presente a responsabilidade da ré pelo sinistro ocorrido, impondo-a o dever de indenizar os autores pelos danos materiais e morais sofridos.

No que tange à possibilidade de cumulação da indenização por dano moral e dano material decorrente do mesmo fato, o Superior Tribunal de Justiça cristalizou o entendimento naquela corte ao editar a Súmula nº 37, escólio o qual assim soa:

“SÃO CUMULÁVEIS AS INDENIZAÇÕES POR DANO MATERIAL E DANO MORAL ORIUNDOS DO MESMO FATO”.

Quanto aos danos materiais merece reforma a sentença ver-gastada.

Pretendem os autores, ora recorrentes, que a pensão mensal fixada pelo MM. Juiz *a quo* seja a título de dano material, “considerando que a vítima, maior e de família humilde, exercia atividade remunerada e residia na companhia dos pais”.

A despeito do *de cuius* não ser menor, verifica-se que o mesmo exercia atividade remunerada e morava com os pais, restando demonstrado, outrossim, que a sua família é de baixa renda, eis que a mesma reside em cidade satélite, indubitavelmente, região que abriga setores carentes da população. Ademais, o pai do *de cuius* é funcionário público estadual e a mãe, do lar, sendo notória a condição modesta de vivência da família do ex-soldado NUNES. Assim, tratando de família de baixa renda, a jurisprudência do STJ tem entendido que “nas famílias de baixa renda, correta a presunção de que o filho contribuía para o sustento de seus genitores, pelo que devida é a pensão a favor dos mesmos pelo seu passamento, limitada à longevidade provável da vítima, no caso estabelecida em 65 anos”. (RESP nº 423,006/PR, relatoria do MD. Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ de 19/08/02).

Nessa esteira, confira-se os seguintes precedentes do STJ:

“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
RESP 113989 / SP ; RECURSO ESPECIAL 1996/
0073360-0

Fonte DJ DATA: 02/04/2001 PG: 00284

Relator Min. EDUARDO RIBEIRO (1015)

Relator p/ Acórdão Min. WALDEMAR ZVEITER
(1085)

Ementa

CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - MORTE DE
FILHO MENOR QUE NÃO EXERCIA TRABALHO
REMUNERADO - FAMÍLIA DE BAIXA RENDA - LI-
MITE DO PENSIONAMENTO - TERMO FINAL.

I - Em lares de famílias de condição econômica precária, os filhos menores constituem fonte de renda, motivo pelo qual admite-se a indenização de dano material. (...) III - Pensionamento estabelecido em 2/3 do salário mínimo, a contar da data em que seria admitido o início do trabalho do menor (14 anos), até quando atingiria 25 anos de idade. Daí para frente e até os prováveis 65 anos da vítima, a pensão é reduzida a 1/3 daquele mesmo salário.

IV - Recurso conhecido pelo dissídio, mas desprovido.

Data da Decisão 15/02/2001

Orgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prossequindo o julgamento, após o voto-desempate do Sr. Ministro Waldemar Zveiter, por maioria, conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento, vencidos os Srs. Ministros Costa Leite e Nilson Naves. Lavrará acórdão o Sr. Ministro Waldemar Zveiter (art. 52, IV, b, RISTJ). Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Menezes Direito, Costa Leite e Nilson Naves. Ausentes justificadamente,

nessa assentada, os Srs. Ministros Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro”.

“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
RESP 201762/MG; RECURSO ESPECIAL
1999/0006209-4 Fonte DJ DATA: 26/06/2000 PG:
00159

Relator Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DI-
REITO (1108)

Ementa

*Responsabilidade civil. Morte de menor. Limite do
pensionamento. Precedente.*

1. Como já indicado em precedente da Corte, em casos de ‘morte de filho menor há muitas situações fáticas que merecem ser consideradas para o fim de ser fixada a indenização, possível a cumulação do dano material com o dano moral. No caso, configurando o Acórdão recorrido que a família da vítima situava-se em classe de baixa renda, cabível é a fixação do dano material, na linha da orientação da Corte, tendo como termo final do pensionamento a idade em que a vítima completaria 65 anos’.

2. Recurso especial não conhecido.

Data da Decisão 27/04/2000

Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Ari Pargendler”.

No respeitante ao valor da pensão, tenho que procedeu com acerto o MM. Juiz *a quo*, que por analogia aplicou a Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980 (Estatuto do Militares). Assim, a teor do disposto no art. 108 da Lei nº 6.880/80, a situação dos autos subsume-se à hipótese do inciso III do aludido artigo e da alínea c,

parágrafo 2º, do art. 110. Os referidos arts. 108 e 110 ostentam a seguinte dicção, *litteris*:

“Art. 108. A incapacidade definitiva pode sobrevir em conseqüência de:

I - ferimento recebido em campanha ou na manutenção da ordem pública;

II - enfermidade contraída em campanha ou na manutenção da ordem pública, ou enfermidade cuja causa eficiente decorra de uma dessas situações;

III - acidente em serviço;

IV - doença, moléstia ou enfermidade adquirida em tempo de paz, com relação de causa e efeito a condições inerentes ao serviço;

V - tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave e outras moléstias que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada; e

VI - acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço.

1º Os casos de que tratam os itens I, II, III e IV serão provados por atestado de origem, inquérito sanitário de origem ou ficha de evacuação, sendo os termos do acidente, baixa ao hospital, papeleta de tratamento nas enfermarias e hospitais, e os registros de baixa utilizados como meios subsidiários para esclarecer a situação.

2º Os militares julgados incapazes por um dos motivos constantes do item V deste artigo somente poderão ser reformados após a homologação, por Junta Superior de Saúde, da inspeção de saúde que concluiu pela incapacidade definitiva, obedecida à regulamentação específica de cada Força Singular.

Art. 109. O militar da ativa julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos itens I, II, III, IV e V do artigo anterior será reformado com qualquer tempo de serviço.

Art. 110. O militar da ativa julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos itens I e II do artigo 108 será reformado com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuir na ativa.

1º Aplica-se o disposto neste artigo aos casos previstos nos itens III, IV e V do artigo 108, quando, verificada a incapacidade definitiva, for o militar considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho.

2º Considera-se, para efeito deste artigo, grau hierárquico imediato:

a) o de Primeiro-Tenente, para Guarda-Marinha, Aspirante-a-Oficial e Suboficial ou Subtenente;

b) o de Segundo-Tenente, para Primeiro-Sargento, Segundo-Sargento e Terceiro-Sargento; e

c) o de Terceiro-Sargento, para Cabo e demais praças constantes do Quadro a que se refere o artigo 16.

3º Aos benefícios previstos neste artigo e seus parágrafos poderão ser acrescidos outros relativos à remuneração, estabelecidos em leis especiais, desde que o militar, ao ser reformado, já satisfaça às condições por elas exigidas.

4º O direito do militar previsto no artigo 50, item II, independe de qualquer dos benefícios referidos no caput e no § 1º deste artigo, ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo 152.

5º Quando a praça fizer jus ao direito previsto no artigo 50, item II, e, conjuntamente, a um dos benefícios a que se refere o parágrafo anterior, aplicar-se-á somente o disposto no § 2º deste artigo". (destaques acrescidos)

Destarte, é de se considerar como base de cálculo da pensão devida aos autores o valor referente à remuneração da graduação de terceiro-sargento. Tendo em conta, entretanto, que a contribuição do filho para com os pais no sustento da família não abrange a

totalidade da sua remuneração, é razoável a concessão da pensão com abatimento. Conseqüentemente, com arrimo no entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, é de se fixar a pensão em 2/3 (dois terços) da remuneração de terceiro-sargento até a idade que a vítima completaria 25 (vinte e cinco) anos e partir daí reduzido a 1/3 (um terço), haja vista que aos 25 anos de idade presumir-se-ia que o mesmo teria se casado e constituído nova família, sendo inconteste que a sua ajuda para o custeio da casa dos seus pais seria menor.

É o que se colhe, inclusive, de decisões do Superior Tribunal de Justiça, vazadas nos seguintes termos:

*“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
RESP 388300/SP; RECURSO ESPECIAL
2001/0178392-0 Fonte DJ DATA: 25/11/2002 PG:
00238*

*Relator Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110)
Ementa*

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. QUEDA DE TREM. MORTE DE PASSAGEIRO QUE VIAJAVA EM ESCADA DA LOCOMOTIVA. CULPA CONCORRENTE. DANOS MORAIS E MATERIAIS DEVIDOS. REGIMENTO INTERNO, ART. 257.

I. (...)

II. Danos morais e materiais devidos, estes, na esteira de precedentes jurisprudenciais, em 2/3 do salário mínimo até a idade em que o de cujus completaria 25 anos, reduzida para 1/3 a partir de então, em face da suposição de que constituiria família, aumentando suas despesas pessoais com o novo núcleo formado, extinguindo-se a obrigação após alcançada a sobrevida provável, de acordo com tabela utilizada pela Previdência Social.

III. Prestações vincendas garantidas, a critério da ré, ou pela formação de capital, ou mediante caução.

IV. Inexistindo prova de trabalho assalariado, indevido o 13º salário no cálculo da pensão.

V. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.

Data da Decisão 17/09/2002

Orgão Julgador T4 - QUARTA TURMA

Decisão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro”. (grifos acrescentados)

“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESP 361814/MG; RECURSO ESPECIAL
2001/0116476-1 Fonte DJ DATA: 08/04/2002 PG:
00213

Relator Min. NANCY ANDRIGHI (1118)

Ementa

Processual civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Embargos de declaração. Multa. Omissões. Apelação. Duplo grau de jurisdição. Honorários advocatícios. Quantum indenizatório. Constituição de capital.

- (...)

- Tratando-se de morte de filho prestador de auxílio financeiro à sua família, a indenização por danos materiais há de ser fixada em 2/3 dos ganhos da vítima até a data em que atingiria 25 anos de idade, momento em que o pensionamento deve ser reduzido para 1/3 daquele valor e prestado até a idade em que a vítima completaria 65 anos de idade. Precedentes.

Data da Decisão 21/02/2002

Orgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler". (destaques que não constam do original)

Quanto ao *dies a quo* e *dies ad quem* do pagamento da pensão, fixo a data do início, tal como indicado na sentença, o dia da ocorrência do sinistro, isto é, 09 de novembro de 1997. Entrementes, no respeitante ao termo final, a jurisprudência dos Tribunais pátrios, entre eles, o Superior Tribunal de Justiça, à qual me filio, tem reputado a expectativa de média de vida do brasileiro em 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

Abraçando a tese sufragada, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP nº 297544/MG e RESP 64430/SP, entre outros, registrou:

*"SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
RESP 297544/MG; RECURSO ESPECIAL
2000/0143956-1 Fonte DJ DATA:30/06/2003
PG:00236*

*Relator Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (280)
Ementa*

Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Indenização postulada pelos pais da vítima fatal. Pensão. Termo final.

I – A indenização por dano material decorrente da morte de filho, em forma de pensão, tem como termo final a data em que a vítima completaria 65 anos de idade. Precedentes.

II – Recurso especial não conhecido.

Data da Decisão 22/05/2003

Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Castro Filho.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler". (destaques acrescidos)

"SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESP 64430/SP; RECURSO ESPECIAL

1995/0020135-6 Fonte DJ DATA: 13/11/2000 PG: 00145

REP DJ DATA: 12/02/2001 PG: 00117

Relator Min. BARROS MONTEIRO (1089)

Ementa

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. DIREITO COMUM. MORTE DO OPERÁRIO. PENSÃO. LIMITE TEMPORAL. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. DANO MORAL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO.

- Termo final do pensionamento estendido até a época em que a vítima completaria 65 anos de idade, consoante a jurisprudência dominante no STJ.

(...)

- "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato" (Súmula nº 37-STJ).

(...).

Recurso especial conhecido, em parte, e provido.

Data da Decisão 13/09/2000

Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA

Decisão

Vistos e relatados estes autos em que são partes

as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Júnior e Sálvio de Figueiredo Teixeira". (grifei)

Destarte, é devida pensão nos termos em que já fixada até 14 de setembro de 2041, data em que a vítima completaria 65 anos de idade, cessando, no entanto, o pagamento da pensão em data anterior à estabelecida, no caso de sobrevir o falecimento do último dos dois autores.

No que concerne ao dano moral, pleiteiam os autores que a indenização por dano moral seja fixada em quantia fixa.

O dano moral prescinde de comprovação, eis que decursivo da morte do filho dos autores. Passo, neste ponto, a fixar o *quantum* a ser suportado pela ré em favor dos autores a título de dano moral.

Frise-se que a indenização deve ser fixada com razoabilidade, a fim de evitar o enriquecimento sem causa da parte autora, valendo-se o magistrado de bom senso e tendo em conta as peculiaridades do caso, sem olvidar, contudo, de se fazer uma valoração da gravidade da lesão. É de considerar, conseqüentemente, a posição sócio-cultural da vítima, a capacidade financeira do agente, o transtorno e abalo psíquico sofrido pelos autores. Acresça-se que a indenização a ser paga deve ter caráter sancionatório para reprimir a conduta indevida e inibir a reiteração do comportamento danoso. Conseqüentemente, deve se ter em conta a situação econômica e social do responsável a fim de que não implique em causa de enriquecimento sem causa por parte dos autores, nem seja inexpressivo frente ao patrimônio do causador do dano.

Desta orientação não discrepa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. No pertinente, confira-se as decisões do Colendo STJ que se seguem:

“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
RESP 125127/ DF; RECURSO ESPECIAL 1997/
0020561-4

Fonte DJ DATA: 05/04/1999 PG: 00131
LEXSTJ VOL.: 00121 PG: 00140

REVFOR VOL.: 00355 PG: 00201

Relator Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA
(1088)

Ementa

RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE. DESPESAS COM O FUNERAL DA VÍTIMA: NATUREZA PATRIMONIAL. DANO MORAL. INDENIZAÇÕES DISTINTAS. CUMULABILIDADE. POSSIBILIDADE. SÚMULA/STJ, ENUNCIADO N. 37. ACOLHIMENTO DO DANO MORAL. FIXAÇÃO DO “QUANTUM” NESTA INSTÂNCIA. BALIZAMENTO. PREQUESTIONAMENTO. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

I. As indenizações a título de luto e construção de jazigo perpétuo têm natureza patrimonial, uma vez que são concedidas com o objetivo de cobrir os gastos materiais do funeral da vítima (aluguel da capela, publicação em jornais, compra do caixão, impressão dos “santinhos” etc), pelo que repercutem sobre o patrimônio do lesado. Destarte, não se confundem e têm origens diversas da estabelecida por dano moral, que, no caso, é oriundo da dor e do trauma dos parentes das vítimas, podendo cumular-se, nos termos do enunciado n. 37 da Súmula desta Corte.

II. A fixação do valor indenizatório por dano moral pode ser feita desde logo, nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento na solução jurisdicional.

III. Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico dos autores, e, ainda, ao porte do recorrido, orientando-se o julga-

dor pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

IV. OMISSIS

Data da Decisão 22/09/1998

Orgão Julgador T4 - QUARTA TURMA

Decisão Por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento". (destaques acrescidos)

"SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

***RESP 418502/SP; RECURSO ESPECIAL
2002/0026903-5***

Fonte DJ DATA: 30/09/2002 PG: 00196

Relator Min. LUIZ FUX (1122)

Ementa

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE. DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. COMPATÍVEL. SITUAÇÃO ECONÔMICA. RÉU.

1. A perda precoce do filho em razão de omissão do Estado configura hipótese de responsabilidade civil por danos morais, os quais devem ser arbitrados pelo juiz, de forma a amenizar a severa dor moral experimentada pela mãe.

2. O quantum a ser fixado na ação de indenização por danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo calcado nos cânones da exemplariedade e solidariedade sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, devendo, por isso, levar em consideração a capacidade econômica do réu, tornando a condenação exemplar, suportável.

3. (...)

4. Recurso especial desprovido. Manutenção dos danos morais.

Data da Decisão 05/09/2002

Orgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA

Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos,

acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Garcia Vieira, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros". (grifo nosso)

In casu, como já mencionado, a morte do filho dos autores, ex-soldado do exército, decorreu de afogamento, ao tentar resgatar bola de vôlei da área de lazer da praia do Y, caída nas águas do rio Potengi, agindo com autorização do seu superior hierárquico.

Fixo, pois, o *quantum* indenizatório a título de dano moral em **500 (quinhentos) salários mínimos**, com espeque em precedentes do STJ, entre outros, o RESP nº 331279/CE, RESP 41614 / SP e RESP 293260 / SP, cujas decisões encontram-se assim ementadas, *verbis*:

*“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
RESP 331279/CE; RECURSO ESPECIAL
2001/0082385-2 Fonte DJ DATA: 03/06/2002 PG:
00150*

Relator Min. LUIZ FUX (1122)

Ementa

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO.

- Quando o quantum fixado a título de indenização por danos morais se mostrar irrisório ou exorbitante, incumbe ao Superior Tribunal de Justiça aumentar ou reduzir o seu valor, não implicando em exame de matéria fática. Precedentes deste Sodalício.

- A perda precoce de um filho é de valor inestimável, e, portanto, a indenização pelo dano moral deva ser estabelecida de forma equânime, apta a ensejar indenização exemplar.

- Ilícito praticado pelos agentes do Estado incumbi-

dos da Segurança Pública. Exacerbação da condenação.

- Recurso desprovido.

Data da Decisão 23/04/2002

Orgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA

Decisão

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Garcia Vieira, que dava parcial provimento ao recurso, **fixando em 500 salários mínimos a indenização por dano moral**. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator". (destaques que não constam no original)*

"SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESP 41614/SP; RECURSO ESPECIAL

1993/0034264-9 Fonte DJ DATA: 11/12/2000 PG: 00205

JBCC VOL.: 00187 PG: 00146

Relator Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110)

Ementa

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE AÉREO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA DA EMPRESA TRANSPORTADORA. PEDIDOS COMPREENDIDOS NA EXORDIAL. FALECIMENTO DE ESPOSA E FILHO MENOR. VÍTIMA QUE EXERCIA ATIVIDADE REMUNERADA. PENSÃO DEVIDA. PROMOÇÕES. EVENTUALIDADE DO FATO. NÃO INCLUSÃO. DEDUÇÃO DE VALORES PAGOS PELA PREVIDÊNCIA PÚBLICA E PRIVADA. DANO MORAL E MATERIAL. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULAS NS. 341-STF E 54-STJ. LEI N. 7.565/86 (CBA).

I. Acidente decorrente de colisão de avião comercial

no solo, atingindo fatalmente mulher e filho menor, que trafegavam em automóvel na via pública adjacente ao aeroporto.

II. Compreendendo a exordial da ação tanto o pedido de indenização pela responsabilidade objetiva da empresa aérea, com base no art. 268 do Código Brasileiro do Ar, como com fundamento na culpa da transportadora, merece reparo o acórdão estadual que identificou na lide apenas a primeira pretensão, limitando-se a decidir pela condenação exclusivamente pelos parâmetros fixados no art. 269 da mesma Lei n. 7.565/86.

III. Ao reconhecer que os autores - esposo e pai, filhos e irmãos das vítimas - fazem também jus ao ressarcimento pelos danos materiais e morais sofridos, pode o STJ, em face do preceituado no art. 257 do Regimento Interno, aplicar o direito à espécie, definindo, de logo, na medida em que possível, à luz dos fatos incontroversos existentes nos autos, a indenização e/ou seus parâmetros respectivos, consoante cada uma das postulações feitas na inicial.

IV. Devido o pensionamento dos autores pela perda da contribuição financeira da primeira vítima, bancária, à família, a ser apurada em liquidação de sentença.

V. Impossibilidade de consideração, para efeito do cálculo de pensionamento, dos benefícios pagos aos autores pela Previdência Pública e Privada (vencido, nesta parte, o relator).

VI. Improcede a pretensão relativa à inclusão de promoções futuras na carreira quando da apuração do valor da pensão, em face da eventualidade do fato e não se enquadrar no conceito jurídico de 'lucros cessantes'.

VII. Tratando-se de família de razoável poder aquisitivo, não é pertinente o pensionamento pelo falecimento do filho menor, de tenra idade, por não se supor que viesse a contribuir para o sustento do gru-

po até dele se desligar. Precedentes do STJ.

VIII. Dano moral devido como compensação pela dor da perda e ausência suportadas pelos autores, no equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos por cada uma das vítimas, a serem repartidos equitativamente, consideradas as circunstâncias dos autos.

IX. Ressarcimento pelos objetos de uso pessoal danificados ou perdidos no acidente, bem assim das despesas de funeral não cobertas pelas instituições previdenciárias, em montante estabelecido na fase de liquidação.

X. Recurso conhecido e parcialmente provido.

Data da Decisão 21/10/1999

Orgão Julgador T4 - QUARTA TURMA

Decisão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, vencidos em parte os Srs. Ministros Relator e Ruy Rosado de Aguiar, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Custas, como de lei" (grifei)

"SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESP 293260/SP; RECURSO ESPECIAL
2000/0134207-0 Fonte DJ DATA: 11/06/2001 PG:
00234

Relator Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110)

Ementa

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA.
ATROPELAMENTO EM VIA FÉRREA. MORTE DE
PEDESTRE MENOR DE IDADE. DEFICIÊNCIA
NO ISOLAMENTO E FISCALIZAÇÃO DA LINHA.

RESPONSABILIDADE DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA DO TRANSPORTE. DANOS MATERIAIS E MORAIS DEVIDOS. PENSÃO. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA N. 54-STJ. DISPENSA DA CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL GARANTIDOR DA OBRIGAÇÃO. INCLUSÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO DA FERROVIA.

I. Prevalece, no Superior Tribunal de Justiça, a orientação jurisprudencial no sentido de que é civilmente responsável a concessionária do transporte ferroviário pelo falecimento de pedestre vítima de atropelamento por trem em via férrea, porquanto incumbe à empresa que explora tal atividade cercar e fiscalizar, eficazmente, a linha, de modo a impedir a sua invasão por terceiros, notadamente em locais urbanos e populosos.

II. Devido o ressarcimento a título de danos morais, pela dor sofrida com a perda do ente querido por seus pais, bem assim a indenização por danos materiais, no pressuposto de que, em se tratando de família humilde, a menor, atingido o piso constitucional (14 anos), iria colaborar com a manutenção do lar onde residia com sua família.

(...)

IV. 'Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual' (Súmula n. 54-STJ).

V. Recurso conhecido e parcialmente provido.

Data da Decisão 22/03/2001

Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA

Decisão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy

Rosado de Aguiar. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Nota INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL FIXADA EM 500 (QUINHENTOS) SALÁRIOS MÍNIMOS". (grifos acrescentados)

No toante aos juros moratórios e à correção monetária, assiste razão aos autores. Com efeito, nos casos de responsabilidade extracontratual do Estado, inclusive quando se tratar de responsabilidade objetiva, os juros de mora são devidos a partir do evento danoso. É nesse sentido o verbete sumular nº 54 do Superior Tribunal de Justiça, *ipsis verbis*:

"Súmula 54

OS JUROS MORATÓRIOS FLUEM A PARTIR DO EVENTO DANOSO, EM CASO DE RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL".

Nesta esteira, a propósito, confira-se os termos em que vazadas as seguintes decisões do STJ:

*"SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ERESP 63068/RJ; EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL 1999/0070057-0
Fonte DJ DATA: 04/08/2003 PG: 00204*

Relator Min. MILTON LUIZ PEREIRA (1097)

Relator p/ Acórdão Min. CESAR ASFOR ROCHA (1098)

Ementa

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. JUROS MORATÓRIOS. FLUÊNCIA. TERMO INICIAL.

No campo da responsabilidade extracontratual, mesmo sendo objetiva a responsabilidade, como na hipótese, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso. Embargos conhecidos, mas rejeitados.

Data da Decisão 06/11/2002

Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são

partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e, por maioria, os rejeitar, vencido o Sr. Ministro Relator. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Vicente Leal, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Antônio de Pádua Ribeiro, Edson Vidigal, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha”. (grifei)

“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRESP 324130/DF; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2001/0055110-3 Fonte DJ DATA: 04/02/2002 PG: 00386

Relator Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (1088)

Ementa

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. VALOR DA CONDENAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS. PRECEDENTES. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. DATA DO EVENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

I – O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, notadamente quando o quantum contraria a razoabilidade, mostrando-se exagerado ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei. Na espécie, diante das circunstâncias, e também em face dos precedentes da Turma, o valor fixado mostrou-se modesto, a reclamar elevação.

II – Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

Data da Decisão 20/09/2001

Orgão Julgador T4 - QUARTA TURMA

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Júnior". (destaque nosso)

Por conseguinte, não há que se alegar que a responsabilidade extracontratual no ordenamento jurídico brasileiro funda-se no princípio da culpa, ao passo que a responsabilidade do Estado no presente caso é objetiva, visto que se tratando a hipótese dos autos de responsabilidade objetiva do Estado por ato ilícito, isto é, responsabilidade extracontratual, os juros de mora são devidos a partir do evento danoso e não da citação.

De outra parte, no que tange à correção monetária deve a mesma incidir a partir da data do sinistro, a teor do que dispõe a Súmula nº 43 do STJ, que assim se enuncia:

"Súmula 43

INCIDE CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE DÍVIDA POR ATO ILÍCITO A PARTIR DA DATA DO EFEKTIVO PREJUÍZO".

Aduz a União que não seria devida a correção monetária nos termos da Súmula nº 43 do STJ, porquanto não se trata de prática de ato ilícito. No pertinente, bastante elucidativa é a lição de Yussed Said Cahali, segundo o qual, "(...) *Tratando-se de indenização por ato ilícito, a correção monetária é devida desde a configuração do prejuízo. Sendo a responsabilidade civil do Estado fundada no ato ilícito lato sensu, não há como excluí-la desse entendimento*".³

De acordo com esta orientação, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa no precedente que se segue:

³ CAHALI, Yussed Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.254.

“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
RESP 281941/RS; RECURSO ESPECIAL
2000/0103658-0 Fonte DJ DATA: 16/12/2002 PG:
00292

RSTJ VOL.:00164 PG:00214

Relator Min. PAULO MEDINA (1121)

Ementa

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ATO ILÍCITO. PODER PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. MENORES IMPÚBERES . INTELIGÊNCIA DO ART. 169, I, DO CÓDIGO CIVIL. PRESTAÇÕES DE CARÁTER ALIMENTAR. SÚMULA 85/STJ. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 43/STJ. JUROS MORATÓRIOS . SÚMULA 54/STJ.

1. Afasta-se a prescrição quinquenal contra a Fazenda Pública, em se tratando de menor absolutamente incapaz, nos termos do art. 169, I, do Código Civil.

2. A segunda hipótese de afastamento da prescrição refere-se ao caráter alimentar da pensão a ser paga pela recorrente e por ser de trato sucessivo.

3. A correção monetária em ação de indenização por ato ilícito do Poder Público incide a partir do efetivo prejuízo (Súmula 43/STJ); os juros moratórios também são devidos a partir da ocorrência do evento danoso (Súmula 54/STJ).

4 . Recursos não providos.

Data da Decisão 24/09/2002

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer de ambos os recursos, mas lhes negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Franciulli Netto e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Re-

lator. Presidiu o julgamento a Sr. Ministra Eliana Calmon". (destaques acrescidos)

Por fim, no que tange aos honorários advocatícios, devem os mesmos permanecer em 10% sobre o valor da condenação, a ser apurado em liquidação de sentença, eis que em consonância com o que dispõe o § 4º do art. 20 do CPC.

Em face do exposto, **nego provimento à apelação da União, dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação dos autores**, para, reformando em parte a sentença, condenar a Ré ao pagamento de indenização a título de dano moral em 500 (quinhentos) salários mínimos, com espeque em precedentes do STJ, e, quanto ao dano material, ao pagamento de uma pensão corresponde a 2/3 (dois terços) da remuneração de terceiro-sargento até a idade que a vítima completaria 25 (vinte e cinco) anos e partir daí reduzido a 1/3 (um terço), a começar da data do óbito do ex-soldado NAGIB NUNES DE CARVALHO até 14 de setembro de 2041, data em que a vítima completaria 65 anos de idade, cessando, no entanto, o pagamento da pensão em data anterior à estabelecida, no caso de sobrevir o falecimento do último dos dois autores. Devendo incidir juros de mora, a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, e a correção monetária a partir do efetivo prejuízo, a teor do que dispõe a Súmula 43 do STJ.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 266.449-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: MENDO SAMPAIO S/A E OUTROS
Advogados: DRs. DERALDO MARINHO CEDRIM JÚNIOR E OUTROS (APTE.) E MARIA FERNANDA Q. B. VILELA E OUTROS (APDOS.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE DEPÓSITO. LEI Nº 8.866/94. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO. HONORÁRIOS. REDUÇÃO.

- O conceito de depositário infiel de que trata a Carta Magna prende-se ao significado que lhe é dado pela lei civil. O legislador tributário não poderia alterar-lhe o sentido, criando a figura do depositário infiel de tributos, sem que houvesse a ocorrência do depósito, sob pena de malferir o texto constitucional e violar o art. 110 do CTN.
- Provimento, em parte, da apelação apenas para reduzir os honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

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

Recife, 21 de agosto de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

O INSS - Instituto Nacional do Seguro Social ajuizou ação de depósito perante a 3ª Vara Federal de Alagoas contra a empresa Mendo Sampaio S/A e seus sócios responsáveis, Mendo de Sá Barreto Sampaio e Ricardo de Souza Leão Sampaio, com amparo na Lei nº 8.866/94, visando a constranger a referida empresa a depositar os valores de contribuições previdenciárias recolhidas de seus empregados e não repassadas aos cofres da autarquia, com os acréscimos legais e, persistindo a omissão, ser decretada a prisão dos mencionados responsáveis legais.

Sustenta que os réus se enquadram na figura do depositário infiel, nos termos do § 2º do art. 1º, c/c art. 2º da Lei nº 8.866/94, por não terem repassado ao INSS contribuições sociais descontadas dos seus empregados, conforme certidão de dívida ativa referente ao débito mencionado. Acrescenta que o fato de poder ajuizar execução fiscal não o impede de optar pela ação de depósito, pois à parte compete escolher qual o meio mais adequado para

satisfazer sua pretensão. Ao final, ressalta que a decisão proferida pelo eg. STF, na ADIn nº 1.055-7/DF, impede a decretação da prisão do depositário infiel apenas em cognição sumária, mas não após o trânsito em julgado da sentença de mérito favorável à autarquia.

Na contestação, os réus sustentam que a hipótese de prisão civil do depositário infiel prevista na Constituição se restringe ao depósito regular e não no caso de depósito irregular. Acrescentam que “ao equiparar o descumprimento da obrigação tributária à infidelidade de depositário prevista constitucionalmente, a Lei 8.866/94 criou uma nova figura de depósito distinta daquela considerada pelo constituinte de 1988, com o claro intuito de dilargar as hipóteses de prisão civil do devedor inadimplente” (fls. 58). Afirma, ainda, que não se poderia falar em depósito, quando, na verdade, não houve a retenção dos valores das contribuições de seus empregados, mas apenas o registro contábil. Ao final, alega que é detentora de créditos junto à Fazenda Pública, confirmados por decisão judicial, razão pela qual pugna pelo reconhecimento do pagamento da exação questionada, via compensação.

A sentença julgou improcedente a ação, considerando não competir à lei ordinária desvirtuar os conceitos de institutos, como o depósito, já estabelecidos a nível constitucional.

O INSS interpõe apelação, reiterando os argumentos expostos na inicial e pugnando pela redução dos honorários advocatícios, a teor do § 4º do art. 20 do CPC, em razão da condenação da Fazenda Pública, do elevadíssimo valor da causa e da simplicidade do trabalho desenvolvido pelos advogados dos apelados.

Com a resposta ao recurso, vieram-me os autos conclusos por distribuição.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

Estabelece a Constituição Federal “que não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel” (art. 5º, LXVII).

No campo tributário, a Lei 8.866/94 considera depositário infiel de valores pertencentes à Fazenda Pública “(...) a pessoa a que a legislação tributária ou previdenciária imponha a obrigação de reter ou receber de terceiro, e recolher aos cofres públicos, impostos, taxas e contribuições, inclusive à Seguridade Social” (art. 1º) . Ainda, “(...) aquele que não entrega à Fazenda Pública o valor referido neste artigo, no termo e forma fixados na legislação tributária ou previdenciária” (art. 1º, § 2º) .

O conceito de depositário infiel de que trata a Carta Magna prende-se ao significado que lhe é dado pela lei civil.

Dessa forma, o legislador tributário não poderia lhe alterar o sentido, criando a figura do depositário infiel de tributos sem que houvesse a ocorrência de depósito, sob pena de malferir o texto constitucional e violar o art. 110 do CTN.

Importa, agora, verificar se a prisão civil prevista na Lei 8.866/94 se enquadra nos limites do permissivo constitucional.

Ao tratar da questão, afirma Edmar Oliveira Andrade:

“Ao determinar que será considerado depositário aquele que reter ou receber tributo ou contribuição e não repassá-lo, no tempo e na forma determinados na legislação respectiva, a Lei nº 8.866/94 tentou subverter o conceito de depósito, formulado na legislação civil, criando, em consequência, hipótese de aplicação da prisão civil, em flagrante desrespeito ao texto da Constituição Federal.

Com efeito, no depósito voluntário ou no depósito necessário, a guarda de coisa móvel é circunstância elementar, essencial, para sua caracterização. Essa guarda, contudo, não poderá estar jungida a um negócio jurídico em que incida como elemento accidental, sob pena de estar descaracterizado o depósito.

(...)

Quando a fonte pagadora de rendimentos retém parcela relativa a imposto ou contribuição, devidos pelo beneficiário dos rendimentos, age como mandatária legal do sujeito ativo da obrigação tributária.

Já a instituição financeira arrecadadora de tributos e contribuições, que tem o dever de repassá-los aos cofres públicos, atua como mero prestador de serviços.

Em ambas as hipóteses, únicas vislumbradas pela Lei nº 8.866/94, não se aperfeiçoa o contrato de depósito em razão de que a guarda da coisa, no caso dinheiro, surge como elemento adjeto do contrato de mandato ou de prestação de serviços". (*In Direito Penal Tributário*, Ed. Atlas, 1995, pp. 162/163).

Induvidoso, portanto, que a prisão preconizada na Lei 8.866/94 extrapola as exceções previstas na Lei Maior para se efetuar prisão por dívida, vez que inexistente, no caso, a figura do depósito e depositário.

O próprio col. STF, ao julgar o pedido de liminar na ADIN 1.055-7, determinou a suspensão, até a decisão final da ação, dos efeitos dos §§ 2º e 3º do art. 4º da referida lei, que tratam, respectivamente, da prisão do devedor e do depósito prévio do valor integral da dívida.

O INSS deverá cobrar seu crédito através de execução fiscal.

Os honorários advocatícios foram fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, o que importaria, segundo a apelação, em uma condenação de R\$ 805.326,06.

Tendo em vista o disposto no § 4º do art. 20 do CPC, arbitro em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) os honorários advocatícios, em face da simplicidade da causa.

Ante o exposto, dou provimento, em parte, à apelação e à remessa oficial para arbitrar os honorários advocatícios no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 272.157-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(CONVOCADO)
Apelantes: FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - FUNASA, MIL-
TON BESERRA ALVES E JOSÉ CAMPOS DA SIL-
VA E OUTRO
Apelados: OS MESMOS E MARIA ALVES DOS SANTOS E
OUTROS
Parte Ré: CONSTRUTORA CONSIL LTDA.
Representante: ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO - AGU
Advs./Procs: DRS. RICARDO FIGUEIREDO MOREIRA E OU-
TROS, JOSÉ CAMPOS DA SILVA E OUTROS E FÁ-
BIO FIRMINO DE ARAÚJO

***EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATI-
VO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. FUN-
DAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. ACIDENTE EM
SERVIÇO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. ART. 37,
PARÁGRAFO 6º, DA CARTA MAGNA. DANOS
MORAIS DEVIDOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍ-
CIOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ADVOGADO
PARA RECORRER. ART. 20, § 4º, DO CPC.***

- Em tendo sido demonstrado nos autos que o acidente em serviço que resultou na morte do servidor da Fundação Nacional de Saúde, José Calixto dos Santos, provocado pela queda de um portão de ferro de aproximadamente 650 kg sobre o seu corpo, foi causado por omissão da Administração da autarquia, que não tomou os cuidados necessários para evitar acidentes, visto que o referido portão ainda estava sendo instalado, não tendo providenciado o isolamento da área ou a colocação de placas de interdição, surge para a ré o dever de indenizar, por decorrência da aplicação da tese da responsabilidade objetiva insculpida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que alude ao comportamento comissivo ou omissivo dos servidores, só não alcançando

atos de terceiros ou fenômenos da natureza que causem danos a particulares.

- A responsabilidade civil somente é elidida pelo caso fortuito, força maior ou pela culpa exclusiva da vítima, hipóteses essas que não se acham caracterizadas no caso trazido a exame.

- Não é devida indenização por danos pessoais, visto que o sinistro ocorreu quando o servidor estava em serviço, sendo devida aos seus dependentes uma pensão estatutária integral, a teor do art. 215 da Lei nº 8.112/90.

- Deve ser provido o apelo do servidor da FNS, Milton Beserra Alves, que recorreu como terceiro interessado, para tornar sem efeito o dispositivo sentencial que reconheceu a sua culpa pelo acidente, visto que o mesmo não é parte no processo, razão pela qual não teve ciência dos atos praticados pela parte contrária, não lhe tendo sido oportunizados o contraditório e a ampla defesa, devendo a culpa ser apurada em eventual ação regressiva.

- Os advogados da parte autora, apesar de não serem parte nos autos, detêm legitimidade ativa para recorrer da sentença, em nome próprio, visto que tal recurso tem por objeto unicamente a elevação do valor da verba honorária da qual são titulares, na qualidade de terceiros interessados.

- A aplicação da regra do art. 20, § 4º, do CPC, não significa que, vencida a Fazenda Pública, os honorários devam ser estipulados em montante inferior a dez por cento do valor da condenação, mormente no presente caso, em que os advogados agiram com zelo, deslocando-se de seu local habitual de trabalho para comparecer às audiências realizadas no interior da Paraíba, e ainda mais se levando em conta que a ação já tramita há mais de 5 (cinco) anos; provimento do apelo dos causídicos dos autores para elevar a verba honorária anteriormente fixada em R\$

2.000,00 (dois mil reais) para 10% (dez por cento) do valor da condenação.

- Tendo havido a morte abrupta e violenta do marido e pai de família, não sobejam dúvidas de que houve uma lesão de cunho moral para a esposa e filhos, pelo que cabível é o ressarcimento por dano moral; razoabilidade do montante fixado em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), visto que nem constitui uma quantia exagerada, que se converta em fonte de enriquecimento ilícito de uma parte em detrimento da outra, nem também numa soma inexpressiva, que não possibilite ao ofendido algum prazer que, em certa medida, poderia atenuar o seu sofrimento.

- Apelações de Milton Beserra Alves e de José Campos da Silva e outro providas, remessa oficial tida por interposta provida em parte e apelação da Fundação Nacional de Saúde improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento às apelações de Milton Beserra Alves e de José Campos da Silva e outro, dar provimento, em parte, à remessa oficial tida por interposta e negar provimento à apelação da FNS, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 16 de outubro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA - Relator
Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(Convocado):

Cuida-se de apelações interpostas por Milton Beserra Alves, José Campos da Silva e outro e pela FNS – Fundação Nacional de Saúde contra a sentença da lavra da MM. Juíza Federal Substituta da 1ª Vara da Paraíba, Dra. Iolete Maria Fialho de Oliveira, que julgou procedente, em parte, o pedido formulado pela parte autora, para condenar a FNS ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) pela morte do ex-servidor José Calixto dos Santos Filho, com atualização monetária e juros de mora a partir da citação.

Nas suas razões recursais, na qualidade de terceiro interessado, Milton Beserra Alves requer a reforma da sentença, na parte em que reconheceu a sua culpa pela ocorrência do sinistro, ao argumento de que não teriam sido observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Na apelação interposta pelos advogados dos autores, pugna-se pela majoração do valor arbitrado para a verba honorária, em face da complexidade da causa, para que sejam aplicados os critérios contidos no § 3º, alíneas *a*, *b* e *c* do art. 20 do CPC.

A Fundação Nacional de Saúde - FNS apela às fls. 397/402, clamando pela improcedência do feito, aduzindo que a queda do portão de ferro que causou a morte do servidor ocorreu por culpa da Construtora Consil Ltda., que tinha a responsabilidade contratual de adotar medidas prévias de segurança e não o fez. Pede, outrossim, acaso seja mantida a condenação, que haja a redução do *quantum* da indenização por danos morais.

Contra-razões apresentadas pela FNS e pela parte autora às fls. 404/406 e 409/417, respectivamente.

No parecer exarado às fls. 423/429, o Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do apelo da FNS, pelo provimento da apelação de Milton Beserra Alves e pelo não conhecimento do apelo dos patronos dos autores, por ilegitimidade ativa para recorrer da sentença.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(Relator Convocado):

Penso que a sentença merece reforma em parte, pelos fundamentos a seguir delineados.

A referida ação indenizatória por danos pessoais e morais foi movida por Maria Alves dos Santos e outros (viúva e filhos) do falecido servidor da Fundação Nacional de Saúde – FNS, José Calixto dos Santos Filho, vitimado por um acidente ocorrido no dia 29 de julho de 1996 no pátio do Hospital da autarquia, na cidade de Guarabira - Paraíba.

A morte ocorreu em virtude da queda de um portão de ferro de aproximadamente 650 kg sobre o corpo do servidor, provocando-lhe o esmagamento do crânio (fls. 93).

Consoante se depreende das provas trazidas aos autos, o local do acidente estava em reforma, sendo a responsável pela execução das obras a Construtora Consil Ltda., que colocou numa das saídas o citado portão de ferro, que deslizava sobre um trilho, preso por uma “guia” fixada ao muro (fls. 26). O manuseio desse portão exigia a instalação de “batedores” para que, ao ser aberto e fechado, não se soltasse da “guia”.

Verifica-se que o portão estava corretamente instalado sobre os trilhos e encaixado na “guia”, contudo, não existiam os batedores que impedissem o deslocamento do mesmo para além do necessário, de sorte que, ao tentar fechá-lo, o servidor viu o portão se soltar da “guia” e tombar sobre o seu corpo, causando-lhe o óbito (fls. 24 verso, 28 e 29).

Somente após o acidente é que foi providenciada a colocação dos “batedores”, conforme se pode ver das fotos juntadas aos autos às fls. 26 e 30, tiradas antes e depois do sinistro. O próprio Chefe da Unidade Mista de Guarabira – Fundação Nacional de Saúde – CR/PB, Milton Beserra Alves, confirmou, em depoimento prestado na Sindicância instaurada para apurar os fatos, que esteve no local no dia do acidente, e que não havia qualquer amarração, andaimes ou escoramento no portão ou qualquer placa de advertência, e que ele próprio o movimentou, não existindo nenhum “batedor” (fls. 155).

Percebe-se, nitidamente, que houve a omissão culposa da Fundação Nacional de Saúde – FNS e da litisdenunciada Constru-

tora Consil Ltda., já que não tomaram os cuidados necessários para evitar acidentes com o portão que ainda estava sendo instalado, não havendo providenciado o isolamento da área ou a colocação de placas de interdição, sujeitando as pessoas que por ali transitavam a risco de vida, notadamente o servidor falecido, que tinha a função de vigiar a saída do prédio.

Incide, no caso concreto, a responsabilidade civil objetiva da Fundação Nacional de Saúde, que acarreta a obrigação de indenizar.

Sobre a responsabilidade civil objetiva da Administração, dispõe o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal, *verbis*:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. (Grifei).

Tal dispositivo revela que todos os entes estatais e seus desmembramentos administrativos têm obrigação legal de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, por ato comissivo ou omissivo, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. É a tese da responsabilidade objetiva sem culpa.

No caso em tela, percebe-se que o acidente foi causado por omissão da Administração da FNS, pelo que se aplica a tese da responsabilidade objetiva inculpada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que alude ao comportamento comissivo ou omissivo dos servidores, só não alcançando atos de terceiros ou fenômenos da natureza que causem danos a particulares.

O legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos, não estendendo aos danos causados por terceiros ou pelos fenômenos naturais, devendo ser provada, nesses casos, a culpa da Administração.

Outrossim, a responsabilidade civil somente é elidida pelo caso fortuito ou pela culpa exclusiva da vítima, hipóteses que não se acham caracterizadas no caso trazido a exame.

Estando, pois, presentes os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil objetiva, quais sejam: a omissão estatal (não houve isolamento da área ou a colocação de placas de interdição no portão em instalação), a ocorrência de dano (a morte do servidor José Calixto dos Santos por esmagamento do crânio - decorrente da queda do portão) e o nexo de causalidade entre a omissão estatal e o dano, cabe à Fundação Nacional de Saúde - FNS o ônus de indenizar a família da vítima; contudo, o Magistrado monocrático corretamente rejeitou o pedido de indenização por danos pessoais, visto que o evento que ceifou a vida do servidor ocorreu quando o mesmo estava em serviço, sendo devida aos seus dependentes uma pensão estatutária integral, a teor do art. 215 da Lei nº 8.112/90.

No tocante ao apelo de Milton Beserra Alves, creio merecer acolhimento. Como terceiro interessado, requereu a reforma do dispositivo sentencial, na parte em que reconheceu a sua culpa pela ocorrência do sinistro, ao argumento de que não teriam sido observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

De fato, observo que o requerente não foi parte no processo, razão pela qual não teve ciência dos atos praticados pela parte contrária, não lhe tendo sido oportunizados o contraditório e a ampla defesa, tal como concebidos constitucionalmente. Por essa razão, não poderia ter sido reconhecida a sua culpa pela ocorrência do acidente, já que não integrava a relação processual, devendo a mesma ser apurada em eventual ação regressiva.

No que tange à apelação dos causídicos da parte autora, pugna-se pela majoração do valor arbitrado para a verba honorária, em face da complexidade da causa, para que sejam aplicados os critérios contidos no § 3º, alíneas *a*, *b* e *c*, do art. 20 do CPC.

Os honorários advocatícios foram arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), por haver sido condenada a Fazenda Pública (FNS), nos termos do § 4º do art. 20 do CPC.

Analiso, em primeiro lugar, a preliminar de ilegitimidade ativa dos recorrentes, suscitada pela FNS em suas contra-razões.

Penso que, apesar dos advogados da parte autora não serem parte nos autos, detêm legitimidade ativa para recorrer da senten-

ça, em nome próprio, visto que tal recurso tem por objeto unicamente a elevação do valor da verba honorária da qual são titulares, na qualidade de terceiros interessados.

Por outro lado, o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), no seu art. 23, dispõe que **“Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”**. (Grifei).

Neste sentido, já se manifestou o colendo Superior Tribunal de Justiça, que, no entanto, diverge acerca da matéria:

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ADVOGADO. HONORÁRIOS. LEGITIMIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRADIÇÃO. ERRO MATERIAL. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

1. **O advogado possui legitimidade para recorrer da fixação da verba honorária de que é titular, na qualidade de terceiro interessado.** (Destaquei).

2. O provimento do recurso para se declarar devida parcela considerável do débito impõe a alteração da verba sucumbencial.

3. Evidenciada no caso a contradição por constarem do acórdão embargado duas disposições a respeito dos ônus sucumbenciais, deve ser desconsiderada a segunda delas, proveniente de erro material.

4. Caracterizando-se a contradição quanto à distribuição da verba sucumbencial, acolhem-se os embargos declaratórios”.

(EDRESP nº 225576/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 10/03/2003, pg. 222).

Ultrapassado tal óbice, creio que assiste razão aos recorrentes quando pleiteiam que os honorários advocatícios sejam elevados, posto que não estão condizentes com o trabalho realizado pelos mesmos.

De fato, deve ser aplicada a regra do art. 20, § 4º, do CPC, que estabelece um regime especial para arbitramento dos honorários nas ações em que for vencida a Fazenda Pública (incluídas neste conceito as autarquias federais, como a ré); confira-se o seu teor:

“Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do parágrafo anterior”. (Grifei).

Isto não significa, contudo, que os honorários devam ser estipulados em montante inferior a dez por cento do valor da condenação, mormente no presente caso, em que os recorrentes agiram com zelo, deslocando-se de seu local habitual de trabalho para comparecer às audiências realizadas em Guarabira, no interior da Paraíba, e ainda mais se levando em conta que a ação já tramita há mais de 5 (cinco) anos, tendo que o valor arbitrado na sentença (R\$ 2.000,00) não remunera com justeza o trabalho empreendido pelos causídicos.

Neste sentido, registro precedente da egrégia Terceira Turma deste Sodalício:

“PROCESSUAL CIVIL. FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. LEGALIDADE.
- O parágrafo 4º do art. 20 do CPC indica o critério de fixação dos honorários de advogado quando restar vencida na demanda a Fazenda Pública.
- A regra do art. 20, parágrafo 4º, do CPC, não significa que, vencida a Fazenda Pública, os honorários de advogado devam ser, necessariamente, arbitrados em montante inferior a dez por cento do valor da condenação; o juiz, nesse caso, fixa a verba honorária segundo apreciação eqüitativa, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo 3º do art. 20 do CPC.
- Legalidade da fixação dos honorários de advogado

em 10% sobre o valor da condenação, em consideração ao trabalho do causídico, conforme o previsto na alínea 'a', do parágrafo 3º, do art. 20 do CPC, não obstante a simplicidade da causa.

- Precedentes jurisprudenciais.

- Apelação e remessa oficial parcialmente providas". (AC nº 260740/PB, Rel. Desembargador Federal Paulo Gadelha, *DJ* 02/10/2002, pg. 938).

Por fim, no que diz respeito ao pedido da Fundação Nacional de Saúde para reduzir o *quantum* da indenização por danos morais, fixada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), creio não merecer prosperar.

Erigida em mandamento constitucional (art. 5º, incisos X, V, LXXV, da CF/88), a reparação do dano moral, contrariamente ao que ocorre com a concernente ao dano material, não se funda na *restitutio in integrum*, pois há uma verdadeira impossibilidade material de se restituir a situação anterior à lesão. Segundo Windscheid, visa a compensar a sensação de dor da vítima com uma sensação agradável em contrário. A indenização tem, pois, caráter compensatório, podendo residir, inclusive, no simples reconhecimento judicial.

Todavia, a regra consiste na reparação pecuniária. Consoante observa escorreitamente Maria Helena Diniz, traduzindo o entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência, a reparação em dinheiro viria neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza, angústia, pela superveniência de sensações positivas de alegria, satisfação, pois possibilitaria ao ofendido algum prazer que, em certa medida, poderia atenuar o seu sofrimento.

No caso concreto, não sobejam dúvidas de que houve uma lesão de cunho moral para a esposa e filhos do falecido, haja vista que se privaram abrupta e dolorosamente do seu convívio, o que marcou sensivelmente a vida de tais pessoas, pelo que é devido um ressarcimento pela dor sofrida.

Para estabelecer a quantificação do dano moral, o juiz deve prestigiar o bom senso, a razoabilidade, de sorte que nem haja a fixação de uma quantia exagerada, que se converta em fonte de enriquecimento ilícito de uma parte em detrimento da outra, nem

também numa soma inexpressiva, que não possibilite ao ofendido algum prazer que, em certa medida, poderia atenuar o seu sofrimento.

Parece-me razoável o *quantum* de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para estabelecer a reparação pelo dano moral, de sorte que não vislumbro razões para discordar dos critérios prestigiados pelo douto Juiz sentenciante.

Pautado nessas razões, dou provimento às apelações de Milton Beserra Alves e de José Campos da Silva e outro, e provimento, em parte, à remessa oficial tida por interposta, apenas para que seja tornado sem efeito o dispositivo da sentença que reconheceu a culpa do primeiro recorrente, por não lhe ter sido oportunizada a ampla defesa, bem como para modificar o valor da verba honorária, para fixá-la em 10% (dez por cento) do valor da condenação; nego provimento à apelação da Fundação Nacional de Saúde, para manter os demais termos da sentença.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 276.403-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Apelante: UNIÃO
Apelado: LUIS ANASTÁCIO MOMESSO
Advs./Procs.: DRS. ANTÔNIO FIGUEIREDO GUERRA BELTRÃO
E OUTROS (APDO.)

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LEI 9.140/95. INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA E TORTURA DURANTE A DITADURA MILITAR. PRESCRIÇÃO.

- Os direitos fundamentais são imprescritíveis, mas não os efeitos patrimoniais decorrentes de sua violação.

- A Lei 9.140/95 não reabriu ou interrompeu o lustro prescricional da pretensão a indenização por danos patrimoniais e morais causados na dita-

dura militar, de resto já fulminada pela prescrição.

- Os benefícios da Lei 9.140/95 são destinados apenas aos familiares das pessoas desaparecidas no período, não àquelas que sofreram perseguições políticas e/ou tortura. Inteligência do art. 12 desse diploma legal.

- Apelação e remessa oficial providas para pronunciar a prescrição das pretensões deduzidas em juízo, decretando-se a extinção do processo com julgamento do mérito.

ACÓRDÃO

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

Recife, 23 de outubro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

A União Federal interpõe recurso de apelação, requerendo a reforma de sentença que a condenou no pagamento de indenização por danos patrimoniais e morais ao autor, ora recorrido, em razão de perseguições, prisões, constrangimentos físicos e psicológicos por eles suportados, durante a ditadura militar instaurada em 1964.

Suscita preliminar de prescrição, pois a ação foi ajuizada mais de vinte e cinco anos depois dos fatos alegados e o prazo para postular indenização por tortura sofrida durante o regime militar é quinqüenal, nos termos de precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que colaciona.

Pondera que, conquanto a Lei 9.140/95 preveja o pagamento de indenizações aos familiares dos desaparecidos políticos, não beneficia eventuais “perseguidos” políticos, não se podendo falar em reconhecimento do direito, nem muito menos em interrupção da prescrição, mesmo porque, quando da edição da Lei, a pretensão do apelado já estava prescrita.

No mérito, advoga que os atos praticados pelo Governo Militar durante o regime de exceção foram excluídos da apreciação judicial, sendo certo que a Lei da Anistia afasta quaisquer direitos além daqueles nela expressos. Defende, também, que as prisões foram lícitas, porque praticadas no exercício regular de um direito reconhecido pela ordem jurídica então vigente.

Nega a ocorrência de danos materiais indenizáveis em razão da dispensa do recorrido, ainda que decorrente da prisão, porque o ato de demissão de um emprego não estável constitui direito potestativo do empregador. Quanto à alegação de que o recorrido foi perseguido e torturado, assinala que não ficou demonstrado nos autos o nexo de causalidade envolvendo servidores da União Federal, o que inviabilizaria a imputação da responsabilidade à apelante.

Em suas contra-razões, o recorrido reafirma que a Lei 9.140/95 importou reconhecimento de seu direito, sendo causa de interrupção da prescrição, e que, além disso, os danos sofridos se renovam dia após dia, na medida em que seus efeitos perduram até a atualidade.

Menciona que a ordem constitucional atual instituiu o princípio da inafastabilidade da jurisdição, sendo certo que, a despeito das disposições em contrário da Carta Política de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, o Judiciário pode apreciar sua causa.

Considera que sua demissão foi resultado direto das perseguições políticas sofridas, que inviabilizaram sua carreira profissional, e aponta para a farta documentação trazida aos autos como prova do nexo causal entre os danos morais perpetrados e a atuação da União Federal.

Ouvido, o Ministério Público ofereceu parecer circunstanciado, manifestando-se pela imprescritibilidade da pretensão do ape-

lado, por se tratar de ação concernente à violação dos direitos humanos, nos termos de julgado do STJ, de lavra do Min. José Delgado. Ato contínuo, sustenta que não houve prescrição porque, mesmo superada a tese da imprescritibilidade, ter-se-ia de admitir a Lei 9.140/95 como marco interruptivo do lustro prescricional.

Aduz que, embora a anistia não caracterize a confissão, sua concessão configura postura política adotada pela Nação, não se podendo utilizá-la como supedâneo ao não pagamento de eventuais indenizações que sejam comprovadamente devidas, e que a documentação trazida pelo apelado comprova que ele foi perseguido e preso por atividades meramente políticas, tendo inclusive sofrido torturas.

Afirma, ainda, que uma vez provado que o apelado foi preso arbitrariamente, sofrendo torturas e sendo privado do exercício de sua profissão à época do regime militar, faz-se desnecessária a prova denexo causal para que seja devida a indenização por danos morais e materiais.

É o relatório.

VOTO - PREJUDICIAL DE MÉRITO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Examino, antes de tudo, questão preliminar relativa à alegada prescrição da pretensão do apelado a obter indenização por danos materiais e morais suportados em razão de perseguições políticas sofridas durante a ditadura militar instaurada em 1964.

A União Federal parte do pressuposto de que as pretensões deduzidas em juízo são passíveis de prescrição pelo seu não exercício *in opportuno tempore*. Contrariamente, o parecer do Ministério Público Federal é no sentido de que a ação que visa à reparação de danos causados por violação dos direitos humanos é imprescritível, amparando-se em precedente do col. STJ.

O acórdão que deu origem a essa discussão é de lavra do Exmo. Min. José Delgado, o qual sustenta, em seu voto, que nos casos relativos à defesa de direitos fundamentais, notadamente ao pleito de indenização por danos morais decorrentes de atos de

tortura por motivo político ou de qualquer outra espécie, não há que prevalecer a imposição quinquenal prescritiva, pois “a imposição do Decreto nº 20.910/1932 é para situações de normalidade e quando não há violação a direitos fundamentais protegidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e pela Constituição Federal”. (REsp 379414/PR, DJ 17/02/2003, p. 225, Rel. Min. José Delgado – STJ, Primeira Turma, maioria).

Como se sabe, a prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso dela durante um determinado espaço de tempo. De outro lado, os direitos humanos fundamentais, concebidos no constitucionalismo clássico como inerentes ao homem e à sua liberdade, são considerados direitos naturais, inalienáveis e sagrados, e são tidos também por imprescritíveis (BONAVIDES, Paulo: *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 516).

É certo, contudo, que a decisão foi tomada por maioria, vencido o Min. Garcia Vieira, que considera “perigoso abrir essas exceções, porque, quando o juiz pensa que pode legislar e criar hipóteses legais, qual seria a garantia do cidadão? Ele ficaria sem fronteiras e sem proteção, porque criamos a exceção de que direitos fundamentais não prescrevem, mas não consta em lugar nenhum que o legislador tenha dito isso. Essa é uma construção respeitável, não há dúvida, e pode até prevalecer, o legislador pode vir a acolhê-la, mas o juiz não deve antecipar”.

A despeito da grande admiração que tenho pelo Exmo. Min. José Delgado, discordo respeitosamente de seu entendimento. Há que se distinguir entre o direito fundamental em si mesmo considerado, *e. g.*, direito fundamental à propriedade, à liberdade, à integridade física e moral; e as consequências patrimoniais que decorrem de sua violação.

A imprescritibilidade do direito fundamental assegura ao seu titular a possibilidade de reivindicá-lo a qualquer tempo, isto é, a mera circunstância de que uma agressão ao direito fundamental perdura por um longo tempo não a torna legítima nem muito menos exclui ou extingue a pretensão conferida ao sujeito lesado de postular sua cessação. A imprescritibilidade, contudo, não se pode

estender aos efeitos de natureza patrimonial que resultam dessa agressão em favor do lesado, pois eles são a eficácia de uma relação jurídica autônoma, conseqüente, porém diversa da relação jurídica originária e fundamental, sendo certo que a pretensão a ela relativa sujeita-se ao lustro prescricional.

Tome-se como exemplo o direito fundamental à propriedade. Juntamente com a liberdade individual, o direito à propriedade é o direito fundamental por excelência, estando incluído já na categoria dos direitos de primeira dimensão concebidos pelas teorias liberais do constitucionalismo. Mesmo o adepto de uma concepção mais formalista do positivismo jurídico-normativo admite essa condição especial ao direito de propriedade, haja vista sua inclusão no rol dos direitos individuais relacionados pelo art. 5º da Constituição da República.

Como se sabe, a doutrina civilista atribui à propriedade a característica de ser imprescritível. Existe, é verdade, a questão relativa à usucapião, equivocadamente denominada de prescrição aquisitiva pela mimetização de doutrina francesa incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Pois bem, conceda-se que a propriedade é um direito humano fundamental e, por isso mesmo, imprescritível.

Se alguém se apropria indevidamente da propriedade de outrem, o proprietário pode reivindicar a coisa a qualquer tempo, não se admitindo como defesa a alegação de que o não-uso da propriedade extinguiu essa pretensão. Pode-se sustentar que houve nova aquisição da propriedade, pela posse somada à boa-fé e a um certo decurso de tempo, mas não se pode afirmar que a propriedade cedeu puramente diante da inércia do seu titular. Essa distinção é importante. O terceiro pode adquirir a propriedade se atender aos requisitos da lei, e alegar isso como matéria de defesa, mas não se pode aduzir preliminar de prescrição da ação reivindicatória, porque o direito de propriedade é imprescritível.

O mesmo ocorre com o direito fundamental à vida, que se desdobra no direito da criança de receber alimentação, saúde, educação e lazer de sua família, nos termos da Constituição e da legislação de regência, que impõe aos familiares o dever de amparo e mútua colaboração. Assim, entende-se que a renúncia à

pensão alimentícia não pode ser admitida de forma absoluta, e seus efeitos não prevalecem diante de fatos ulteriores que modifiquem a situação patrimonial do alimentando. É que se trata de um direito indisponível. Da mesma forma, o direito da criança de perceber pensão alimentícia é imprescritível, uma vez que se trata de um desdobramento direto do direito fundamental à vida.

Todavia, tanto o direito à indenização por danos causados à propriedade quanto o direito às prestações de pensões alimentícias estão sujeitos ao lustro prescricional. Isso porque a reparação de danos à propriedade e a prestação alimentícia devida e não paga há mais de cinco anos não representam o próprio conteúdo e sentido do direito fundamental de que decorrem, correspondendo apenas à expressão patrimonial de uma relação jurídica derivada.

Veja-se, a propósito disso, a natureza do direito à indenização por dano moral. Consoante lição de Yussef Said Cahali, o dano moral se caracteriza pela lesão de bem integrante da personalidade, que nada mais é do que a roupagem civilista dos direitos fundamentais. Afirma o eminente professor que o dano moral se caracteriza como a privação ou diminuição de bens que têm um valor essencial na vida do homem, que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra, isto é, os aspectos mais íntimos da personalidade humana (Cf. CAHALI, Yussef Said: *Dano Moral*. 2ª ed. rv. at. amp., São Paulo: RT, p. 20).

O fundamento da reparação do dano moral difere da reparação dos danos patrimoniais, porque no dano patrimonial busca-se a reposição do patrimônio pelo seu equivalente em dinheiro, o que não é possível em relação ao dano moral, de caráter extrapatrimonial, cuja reparação se faz através de uma compensação, proporcionando ao titular do direito lesado uma reparação satisfativa. Isso porque é evidente a incompatibilidade entre a reparação pecuniária e o dano moral, uma vez que não há equivalência entre o dinheiro e o mal moral sofrido. Essa também a lição de Caio Mário:

“A idéia de reparação, no plano patrimonial, tem o valor de um correspectivo, e liga-se à própria noção de patrimônio. Verificado que a conduta antijurídica do agente provocou-lhe uma diminuição, a indenização traz o sentido de restaurar, de restabele-

cer o equilíbrio e reintegrar-lhe a cota correspondente ao prejuízo. Para a fixação do valor da reparação do dano moral, não será esta a idéia-força. Não é assente na noção de contrapartida, pois que o prejuízo moral não é suscetível de avaliação em sentido estrito. Consequentemente, hão de distinguir-se as duas figuras, da indenização do prejuízo material e da reparação do dano moral; a primeira é reintegração pecuniária ou ressarcimento *stricto sensu*, ao passo que a segunda é sanção civil direta ao ofensor ou reparação da ofensa, e, por isto mesmo, liquida-se na proporção da lesão sofrida”. (MÁRIO: Caio. *Instituições de Direito Civil*. II, nº 743, p. 288, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1966)

Do que se vem de ver podem-se extrair duas conclusões.

A primeira delas é que todo dano moral é, em última análise, uma lesão a bem integrante da personalidade, sendo, portanto, uma lesão a direito fundamental. Logo, não existe diferença essencial, qualitativa, entre a indenização por danos morais decorrentes da violação de direitos fundamentais, em razão da prática de tortura e/ou perseguições políticas, das demais indenizações por danos morais. Daí não ser razoável considerar que a primeira “categoria” seria imprescritível e as demais passíveis de prescrição.

A segunda é que o direito à reparação pelos danos morais, gerados pela violação de um direito de personalidade, não se confunde com o direito de personalidade em si mesmo considerado. Este último reveste-se de todas as características inerentes aos direitos fundamentais, isto é, é inalienável, indisponível e, por definição, imprescritível. Diversamente, o direito à compensação pelo dano moral tem natureza eminentemente patrimonial e resulta da imputação de uma sanção civil ao ofensor como instrumento de oferecer uma reparação satisfativa pelo mal moral sofrido, daí porque é passível de prescrição pelo não exercício, sujeitando-se, no caso em tela, ao lustro quinquenal imposto pelo Decreto 20.910/1932.

Trago, em abono desse meu entendimento, precedente do

próprio Superior Tribunal de Justiça:

“RESP – CIVIL – PROCESSUAL CIVIL – DANO MORAL – PRESCRIÇÃO.

A ação de postular indenização do Estado é alcançada pela prescrição, no prazo de cinco anos (Decreto 20.910/1932, art. 1º). **Não se faz distinção quanto à natureza da postulação. Assim, para esse efeito, igualam-se dano moral e dano patrimonial.** Relação de especialidade entre a norma mencionada e o Código Civil, art. 177. A inação, no caso dos autos, afeta o chamado fundo de direito. Não se trata de obrigação de trato sucessivo”.

(REsp 85388/MG, Decisão de 13/05/1996, DJ 07/04/1997, p. 11179, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – STJ, Sexta Turma, v. u.).

Do exposto, estou convencido da prescritibilidade da pretensão deduzida em juízo, concluindo pela aplicabilidade do Decreto 20.910/1932 à causa.

Já a alegação de que os danos sofridos pelo apelado se renovam dia após dia, na medida em que seus efeitos perduram até a atualidade, não merece maiores reflexões, pois na lide não se trata de relação de trato sucessivo, mas sim de responsabilidade civil em razão da prática de ato ilícito, de forma que o prazo prescricional tem seu termo inicial a partir do evento danoso, momento em que se torna devida a indenização.

Isso assentado, sigo examinando se incidiu, *in casu*, a prescrição quinquenal.

Considerando a alegação do apelado de que era perseguido político do regime de exceção instaurado em 1964, deve-se reconhecer que não poderia postular seu direito em face da União Federal, o que configura, a toda evidência, causa de impedimento do curso da prescrição. No entanto, com a promulgação da Constituição da República, de 5 de outubro de 1988, e a redemocratização do País, essa situação modificou-se significativamente; a partir de então, o apelado poderia exercitar livremente sua pretensão junto ao Poder Judiciário, sendo forçoso concluir ser este o termo inicial da prescrição. Dessa forma, inegável que a prescrição ocorrera já

em 5 de outubro de 1993.

Exsurge, porém, outra questão pertinente e relevante: saber se a Lei 9.140/95 é causa de interrupção da prescrição. É bem verdade que, sendo este o caso, ainda assim dever-se-ia pronunciar a prescrição, haja vista que se aplica à Fazenda Pública a prerrogativa da prescrição intercorrente e, uma vez interrompido, o prazo prescricional voltaria a correr pela metade. Logo, a pretensão do apelado teria sido alcançada pela prescrição em junho de 1998.

Sucedendo que a Lei não poderia ser causa de interrupção da prescrição, uma vez que ela data de 1995 e a prescrição já se havia consumado em 1993. Diferentemente, penso que o diploma legal mencionado consubstancia uma opção política do Estado Brasileiro no sentido de reconhecer como mortas as pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período da ditadura militar, estatutando em favor de seus cônjuges, companheiros, descendentes, ascendentes e colaterais, até o quarto grau, direito a indenização, o que, em boa verdade, inaugurou uma nova pretensão, a ser exercida no prazo de cinco anos, de forma que a prescrição, nestes casos, só se consumou em dezembro de 2000.

Resta saber se a indigitada Lei se aplica ao caso do autor, onde me adianto afirmando que não. O fato de que a Lei 9.140/95 reconhece como mortas pessoas desaparecidas e confere a seus familiares o direito a indenização, não autoriza a postulação desse direito por pessoas em situação análoga. Em nenhum momento a Lei pretendeu estender esse benefício às pessoas que sofreram torturas, tanto assim que seu art. 12 enuncia:

“Art. 12. No caso de localização, com vida, de pessoa desaparecida, ou de existência de provas contrárias às apresentadas, serão revogados os respectivos atos decorrentes da aplicação desta Lei, **não cabendo ação regressiva para o ressarcimento do pagamento já efetuado, salvo na hipótese de comprovada má-fé**”.

É dizer que a pessoa com vida não pode buscar indenização com fundamento nessa Lei, tanto assim que, caso comprovada a

intenção de fraudar a morte com vistas à indenização, caberá ação regressiva para o ressarcimento do erário. Não tenho dúvidas de que o legislador pretendeu, com a edição desse diploma legal, regularizar formalmente a situação das pessoas desaparecidas, reconhecendo sua morte, visando à reconciliação e à pacificação nacional, o que se pode inferir até mesmo de sua ementa:

“Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências”.

Formalizando a morte, e reconhecendo a responsabilidade da União Federal pelos atos do Governo ditatorial, a Lei confere o direito à indenização, de onde se vê que existe uma nova pretensão em favor das pessoas beneficiadas, familiares das pessoas desaparecidas. Mas não se formaliza qualquer reconhecimento ou qualquer assunção de responsabilidade quanto a outras pessoas que eventualmente tenham sofrido danos patrimoniais ou morais por motivo de atos de perseguição política do regime de exceção. Não. Essa intenção não se manifesta em nenhum artigo da Lei, nem pode ser construída sob o pálio de uma interpretação supostamente extensiva do texto legal.

Concluo, portanto, que a Lei 9.140/95 formalizou a situação das pessoas desaparecidas no período do regime ditatorial, reconhecendo sua morte, e inaugurou uma nova pretensão em favor de seus familiares, conferindo-lhes direito a indenização, no entanto, não se aplica a outras pessoas que porventura tenham sofrido danos patrimoniais ou morais em decorrência de perseguição política sofrida durante esse período, cujas pretensões estão sujeitas à prescrição quinquenal, cujo lustro completou-se em outubro de 1993.

Do exposto, pronuncio a prescrição das pretensões deduzidas em juízo e dou provimento à remessa oficial e à apelação para decretar a extinção do processo, com exame do mérito, com fundamento no art. 269, IV do CPC.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 276.519-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelado: LUCIANO LEITE SILVA
Advogados: DRS. LAERT NASCIMENTO ARAÚJO E OUTROS
(APTE.) E ANTÔNIO MÁRCIO M. F. DE OLIVEIRA E
OUTROS (APDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. DÉBITO SEQUENCIAL E CRÉDITO AUTORIZADO EM CONTA CORRENTE. TITULAR DA CONTA. DIREITO À INFORMAÇÃO. INTERESSE DE AGIR. OBRIGAÇÃO DE FAZER. VERBA HONORÁRIA. INCIDÊNCIA DO § 4º DO ART. 20 DO CPC.

- A instituição financeira tem o dever de prestar contas sobre os lançamentos efetuados nos extratos bancários sempre que o correntista suscitar dúvidas sobre eventuais débitos e créditos, por força do contrato.

- Subsiste o interesse de agir se a prestação de contas resumiu-se ao fornecimento de extratos.

- Na ação de prestação de contas, com obrigação de fazer, o arbitramento da verba honorária obedece ao § 4º do art. 20 do CPC.

ACÓRDÃO

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

Recife, 24 de abril de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

Trata-se de apelação interposta pela CEF - Caixa Econômica Federal contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara/ SE, que, na ação ordinária de prestação de contas proposta por Luciano Leite Silva, julgou o pedido procedente para determinar que a CEF prestasse contas no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

Alega a nulidade da sentença por falta de fundamentação, em infringência ao art. 458, II, do CPC e art. 93, IX, da CF/88.

Sustenta que cumpriu a obrigação de prestar contas, em atendimento à solicitação do apelado, conforme os 70 extratos bancários anexados à inicial, configurando a falta de interesse de agir, o que autoriza a extinção do processo sem exame do mérito, nos termos do art. 267 do CPC. Relata a movimentação dos lançamentos nas contas do apelado.

Ao final, pede a redução dos honorários advocatícios, considerando o valor excessivo imposto pela sentença, no caso, a importância de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para indenizar a atuação do patrono do recorrido.

Houve contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

Em preliminar, a CEF suscita a nulidade da sentença por falta de lógica entre a fundamentação e a conclusão.

A incongruência das proposições do provimento jurisdicional residiria na afirmação de que a instituição financeira já teria prestado contas administrativamente, mas, ao final, condenou a CEF a prestá-las novamente ao titular da conta.

Na fundamentação da sentença, ficou consignado que a prestação de contas, obtida na via administrativa, não dirimiu as dúvidas do apelado em relação aos lançamentos de débito seqüencial e créditos efetuados em sua conta corrente. A posição do Magistrado fincou-se no direito à informação do titular da conta, enquanto não prescrito o direito de ação.

Não há violação aos arts. 458, II, do CPC e 93, IX, da CF/88.

Rejeito a preliminar.

A jurisprudência do eg. STJ é pacífica em reconhecer a obrigatoriedade da instituição financeira de prestar contas sobre os lançamentos efetuados nos extratos bancários sempre que o correntista suscitar dúvidas sobre eventuais débitos e créditos, como decorrência natural do exercício de sua atividade econômica, nestes termos:

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. INTERESSE. LANÇAMENTOS EM CONTA CORRENTE. DÚVIDAS. FORNECIMENTO DE EXTRATOS. PRESCINDIBILIDADE. I - Independentemente do fornecimento de extratos de movimentação financeira dos recursos vinculados a contrato de crédito em conta corrente, remanesce o interesse processual do correntista para a ação de prestação de contas, em havendo dúvida sobre os critérios aplicados pelo banco. Precedentes. II - Recurso especial não conhecido”.
(REsp 164.154-RJ; DJ de 25/09/2000).

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS NºS 282 E 356-STF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INTERESSE. LANÇAMENTOS EM CONTA CORRENTE. DÚVIDAS. FORNECIMENTO DE EXTRATOS. SÚMULA 07-STJ.

1. Inadmissível recurso especial na parte em que debatida questão federal não enfrentada no acórdão *a quo*, nos termos das Súmulas nºs 282 e 356-STF.
2. Independentemente do fornecimento de extratos de movimentação financeira dos recursos vinculados a contrato de crédito em conta corrente, ou de simples depósito, remanesce o interesse processual do correntista para a ação de prestação de contas em havendo dúvida sobre os critérios conside-

rados. Precedentes.

3. Conclusões do aresto recorrido quanto ao montante dos honorários advocatícios e inépcia do pedido, todavia, que não têm como ser afastadas sem que se proceda à análise dos fatos da causa, com óbice na Súmula 07-STJ.

4. Recurso especial não conhecido”.

(REsp 424.280/MG – DJ 24/02/2003).

Os extratos fornecidos pela instituição financeira não dirimiram as dúvidas do apelado, tanto que a inicial questionou vários lançamentos em suas quatro contas, referentes a débito seqüencial autorizado, sem que a instituição financeira tivesse apresentado o instrumento de autorização desses débitos; a constatação de apenas oito créditos relativos à restituição dos ativos bloqueados por força do Plano Collor, enquanto a devolução fez-se em doze parcelas (MP nº 168/90); desaparecimento integral de valor depositado em conta corrente; redução da conta sem qualquer registro de movimentação, apresentando uma diferença exorbitante de Cr\$ 872.314,45.

A prestação de contas não se resume ao simples fornecimento de extratos, como pretende a recorrente. Traduz-se no dever de informação do banco depositário ao correntista sobre os serviços que lhe são prestados como depositário dos ativos financeiros patrimoniais, por força de contrato.

É patente o interesse processual do correntista, ora apelado, tendo em vista que a CEF não se empenhou em esclarecer suas dúvidas sobre os extratos, que se destinam à mera conferência de lançamentos de débitos e créditos.

Quanto aos honorários advocatícios, merece acolhimento a irresignação da CEF, pois, em se tratando de ação de prestação de contas, exsurge para a instituição financeira a obrigação de fazer.

O eg. STJ tem firme o entendimento no sentido de que o parâmetro utilizado para a fixação dos honorários advocatícios, em obrigação de fazer, é o inserto no § 4º do art. 20 do CPC, nestes termos:

“EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA. MÚTUO HIPOTECÁRIO. CRITÉRIO DE ATUALIZAÇÃO. PRESTAÇÕES. OBRIGAÇÃO DE FAZER. VERBA HONORÁRIA. CRITÉRIO.

I – Nas causas em que há condenação em obrigação de fazer, no caso, a retificação do critério de cálculo das prestações, a verba honorária terá como parâmetro o § 4º do art. 20 do CPC.

II – Recurso da CEF não conhecido. Recurso do BANDEPE conhecido e provido”.

(REsp 249.210/PE; Rel. Min. Aldir Passarinho Junior; DJ de 19/08/2002).

Reza o § 4º do art. 20 do CPC:

“§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas, ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do parágrafo anterior”.

O Julgador, na fixação dos honorários, deve considerar o trabalho do advogado e a necessidade de remunerá-lo condignamente pelo zelo com que se houve no desenvolvimento do processo.

No caso, a incidência de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa resulta na apuração da quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), valor que considero excessivo para remunerar a atuação do patrono do apelado em causa singela, cujo trabalho forense restringiu-se à elaboração da petição inicial.

Arbitro os honorários advocatícios em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Ante o exposto, dou provimento, em parte, à apelação da CEF.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 310.267-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelantes: JOSÉ EUSTÁQUIO DE QUEIROZ JÚNIOR E OUTRO
Apelada: UNIÃO
Advogado: DR. RAIMUNDO ANTÔNIO PALMEIRA DE ARAÚJO (APTES.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO AO SERVIÇO PÚBLICO. SERVIDOR PÚBLICO. ABSOLVIÇÃO NO JUÍZO CRIMINAL. CONSEQUÊNCIAS. INVALIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS NO JUÍZO PENAL. FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA.

- Mercê do princípio da autonomia das instâncias, a absolvição do réu no Juízo Penal nem sempre é vinculante quanto à solução a ser dada no campo extrapenal. Caso em que servidor público, flagrado na prática de contrabando de armas, foi demitido, tendo logrado absolvição criminal porque o juiz considerou inválidas as provas produzidas pela acusação, inclusive o flagrante, posto que os elementos necessários para a identificação da hora e do local da entrega foram obtidos através de escuta telefônica desautorizada.

- A absolvição criminal, por insuficiência de provas, é neutra no Juízo Cível.

- Não aproveita ao apelante a teoria dos frutos da árvore envenenada, posto que o conhecimento do ilícito se obteve através de mais de uma via, não tendo sido a escuta a pioneira.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar

provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 4 de novembro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de apelação manejada pelos autores, José Eustáquio de Queiroz Júnior e Luiz Ricardo Nobre Passos, irresignados com a sentença que indeferiu a pretensão de reintegração ao serviço público, na condição de Agentes de Polícia Federal, em face da União Federal, desacolhendo as teses de nulidade e ilegalidade do ato demissionário praticado pela Presidência da República.

Os apelantes eram Agentes da Polícia Federal, tendo sido demitidos, após processo administrativo disciplinar, onde lhes era imputada a pretensa prática de contrabando de armas.

No processo criminal que tramitou paralelamente, os aqui autores foram absolvidos, dado que foram consideradas nulas as provas contra eles produzidas, mercê da notícia inicial do ilícito haver sido obtida pela administração da Polícia Federal através de escuta telefônica desautorizada. Assim, aplicando a teoria da contaminação dos frutos da árvore envenenada, o Juiz Criminal considerou inválidas todas as demais provas, eis que derivadas daquela obtida por meio ilícito.

Animados pela absolvição criminal, os servidores demitidos vieram a juízo, postulando o retorno ao serviço, argumentando para tanto: (1) que não teriam praticado a falta a eles atribuída; (2) que a absolvição criminal implicaria o afastamento da punição administrativa; (3) que a invalidade das provas já reconhecida na órbita penal também deveria ser reconhecida, pelos mesmos motivos, na esfera administrativa e (4) que, havendo identidade entre as figuras ilícitas típicas de Direito Administrativo e de Direito Penal, a demissão dependeria necessariamente da condenação criminal, *in casu*, inócurre.

A sentença julgou improcedente a ação, forte em que seriam autônomas as instâncias criminais e administrativas, máxime quando a absolvição criminal se fundara em deficiência probatória, bem assim em que o ilícito atribuído aos apelantes se provara por outros meios que não aqueles reputados inválidos no juízo penal (escuta telefônica). Por fim, a sentença destacou ser pueril a versão fática empalmada pelos apelantes para justificar suas presenças entre delinqüentes na flagrância de contrabando de armas.

Irresignados, os autores recorrem, sustentando a nulidade da sentença, porque a contestação teria sido intempestiva, mesmo defeito apresentado pelas razões finais da União. Defendem, outrossim, a nulidade da sentença, porque não teria examinado todas as teses inseridas na inicial, e, no mérito, insistem no deferimento da postulação, repisando os fundamentos já antes explicitados.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

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

Afasto, de logo, as alegadas nulidades da sentença. A resposta da União não foi intempestiva. O entendimento dos apelantes fundou-se em premissa falsa, dado que contam o prazo a partir da certidão de citação e não da juntada aos autos do mandado respectivo, como é de rigor. Do mesmo modo, não são intempestivas as razões finais. Mas, mesmo que o fossem, tanto a resposta como as razões, o fato não acarretaria a nulidade do processo e da sentença, seja porque o assunto já restou precluso, não agitado na época própria, seja também e principalmente porque a matéria determinante do julgamento é eminentemente de direito, sendo irrelevante a eventual revelia da União, até porque a esta não se aplica a presunção de veracidade dos fatos que normalmente decorre da ausência de resposta.

Também não colhe a alegada ausência de fundamentação da sentença. Convenha-se que a sentença é concisa, de fundamentação objetiva e rápida. Mas não é desfundamentada. No particular é sempre oportuno lembrar que a decisão não está jungida à obri-

gação de examinar cada um dos fundamentos contidos nos articulados, por vezes excessivos, produzidos pelas partes. Cumpre-se a exigência da fundamentação quando o juiz explicita os motivos de suas conclusões fáticas e jurídicas. Sentenças não são tratados, nem precisam convencer. Devem, sim, apreciar todo o pedido, justificando as razões do julgamento. E tais requisitos se vêem na decisão atacada. A sentença pode ter sido desnecessariamente crítica; certamente faltou-lhe a polidez que os apelantes justificadamente esperavam. Mas não padece de nulidade.

No que concerne ao mérito, penso que a sentença decidiu a matéria com acerto.

É indiscutível a independência das instâncias penais e administrativas. É verdade que não se trata de independência absoluta, posto que a absolvição criminal pode fazer coisa julgada extrapenal, como, aliás, também produz coisa julgada cível a sentença penal condenatória. No caso dos autos, porém, onde a absolvição criminal fundou-se em insuficiência das provas, sem excluir seja a autoria dos apelantes, seja a existência do crime, seja a culpabilidade, não se há falar em coisa julgada extrapenal. Aqui, o resultado do processo penal é inteiramente neutro, cumprindo ao juízo extrapenal decidir a matéria como se não tivesse havido feito de natureza penal.

Anote-se, por oportuno, que a decisão penal, embora faça incursões sobre a invalidade da escuta telefônica que ensejou o início das investigações, terminou por absolver os denunciados por ausência de provas. Ou dito de outro modo, pela ausência de outras provas que não aquelas obtidas através de meios ilícitos, daí sua neutralidade na esfera administrativa.

Doutro lado, penso que falece razão aos apelantes quando sustentam que a condenação criminal, no caso, seria um antecedente necessário para a punição administrativa, posto que a falta atribuída aos agentes constituiria crime. Os equívocos, aqui, data máxima vênia da respeitável opinião em sentido contrário, são dois: a) mesmo que a falta atribuída ao servidor constitua figura típica penal, a condenação criminal não é requisito para a punição extrapenal; b) na hipótese não há a coincidência mencionada, posto que a moldura legal do crime de contrabando é diversa, e em gran-

de escala, da moldura do ilícito administrativo atribuído aos postulantes.

De fato, os apelantes foram demitidos a bem do serviço público porque, segundo a Administração, “auferiram vantagens e proveitos pessoais, em razão do cargo que exercem, e por prevalecerem-se, abusivamente, da condição de funcionário policial” (confira-se às fls. 101). Consoante se colhe do teor da imputação administrativa, esta não coincide com o conceito criminal de contrabando, que consiste na internação, no território nacional, de mercadoria ou bens, de entrada proibida e sem o recolhimento dos direitos alfandegários. Nada impede, portanto, que o servidor seja demitido por ter auferido vantagens e proveitos pessoais em razão do exercício do cargo, e, mais, ter se prevalecido abusivamente da condição de policial, sem que haja praticado o contrabando.

O precedente jurisprudencial em que se escora a denúncia refere-se a caso em que a razão da demissão fora o cometimento de crime contra a administração pública, quando se entendeu não poder a punição administrativa prosperar sem a condenação criminal. Os fatos, portanto, não coincidem com os aqui examinados, não podendo aquele precedente servir de paradigma.

Doutro giro, o precedente, com todos as vênias, não foi feliz.

Afirmar-se que o agir da Administração, no sentido de punir o servidor que cometeu crime, fica a depender de condenação criminal, significa desprezar olímpicamente o princípio da autonomia das instâncias. Demais a mais, a persecução criminal costuma ser muito mais lenta, o que praticamente impediria a apenação administrativa do servidor criminoso, dado que quando condenado já precluiria o exercício do poder disciplinar.

Penso, portanto, que o ilícito administrativo atribuído aos apelantes, embora enxergado nos mesmos fatos e atos que deram origem à persecução criminal, não coincide integralmente com o tipo penal considerado. Penso, também, que, ainda que houvesse tal coincidência, a punição administrativa independe da penal, ressalvada a excepcional influência de uma instância na outra, nas hipóteses já conhecidas de negativa da existência do fato ou da autoria.

Concordo com a sentença quando anota que a tese de que a escuta telefônica desautorizada, invalidante das demais provas, no dizer do juízo penal, deve ser recebida com temperamentos. No caso dos autos, a instalação da escuta, ato reprovável da Administração, já aponta para o domínio prévio de informações sobre os agentes envolvidos; afinal não se teve notícia de que a escuta seria uma prática generalizada e preventiva, apanhando todos os policiais federais. Fez-se a escuta específica dos apelantes, isso porque a Administração já conhecia ou desconfiava de suas ligações com o contrabando. A escuta não ensejou o primeiro passo nas investigações, mas foi um deles, obrigatoriamente não o original, donde haver a sentença anotado que os fatos poderiam ter sido amplamente identificados por outros meios.

Outro ponto de suma importância é o flagrante em que foram presos os apelantes. A circunstância da prisão, no ato do recebimento das armas trazidas por aeronave pousada em campo clandestino, dispensa a Administração de outras provas: o fato se acha provado, a menos que os apelante lograssem destruir os elementos trazidos pela acusação. Em outras palavras, nesta ação civil, seria ônus dos autores apelantes provarem a insustentabilidade da acusação, eis que esta já estava previamente provada, seja pelo flagrante, seja pelo processo administrativo disciplinar.

Para intentar desconstituir a prova resultante do flagrante, os apelantes ensaiaram explicar que participaram do recebimento da carga contrabandeada porque estavam infiltrados na quadrilha, modo especial de atuação da polícia que se faz passar por bandido, tendo acesso às informações estratégicas das quadrilhas. Disso, contudo, não fizeram prova. Provaram quando muito que havia na Polícia Federal quem atuasse deste modo, até sem ordem escrita das autoridades superiores, como exigido pelo regulamento. Mas não provaram que eles estavam agindo nesta condição. E de uma coisa (da existência da possibilidade) não decorre a outra (a efetiva infiltração dos apelantes).

Por derradeiro explícito que o Judiciário, em casos tais, não RE-JULGA o processo administrativo disciplinar, limitando-se a aferir-lhe a validade e obediência aos princípios administrativos que informam a conduta do poder disciplinar. E, no caso dos autos,

nem os apelantes, mesmo do primeiro grau, aventuraram investir contra a validade formal do procedimento administrativo observado.

Em face do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 311.506-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: UNIÃO
Apelado: TACIANO DUARTE
Advs./Procs.: DRS. GLEYDSON KLEBER LOPES DE OLIVEIRA E OUTRO (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO PERCEBIDA INDEVIDAMENTE. REPOSIÇÃO. DESCONTO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DOS VALORES NOS VENCIMENTOS/PROVENTOS. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DO INTERESSADO QUANTO AO CONTEÚDO DO ATO ADMINISTRATIVO.

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido como legal o ato administrativo de desconto, a título de reposição, nos vencimentos/proventos do servidor público, de valores recebidos indevidamente, dentro do prazo decadencial estabelecido no art. 54 da Lei nº 9.784/99, observado o devido processo legal. Comprovação da notificação prévia do servidor quanto à futura reposição, possibilitando-lhe manifestar-se em sentido contrário. Respeito ao princípio do contraditório.

- Ao servidor está facultado pagar o montante devido de forma parcelada, desde que as prestações não sejam inferiores a dez por cento da remuneração, provento ou pensão, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.112/90, segundo a redação dada

**pele art. 2º da Medida Provisória nº 2.225-45/2001.
- Apelação e remessa oficial providas.**

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 22 de maio de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Apelação da União e remessa oficial tida por interposta, contra sentença proferida na Ação Ordinária nº 2001.84.10744-5, a de obstaculizar o desconto nos vencimentos do servidor dos valores pagos a título de Gratificação Extraordinária após o advento da Lei nº 9.030/95.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Preliminarmente, quanto à tese ventilada pelo autor de decadência do ato administrativo vergastado, nos termos do art. 54 da Lei nº 9.784/99, julgo que não merece guarida: entre a expedição da Resolução Administrativa nº 017/98 (fls. 28) e a Notificação nº 59/01 decorreram menos de cinco anos (fls. 31).

Passo ao mérito.

Este Colegiado, em atenção à novel jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tem considerado legal o ato vergastado, desde

que observado o devido processo legal. Nessa trilha:

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. SALÁRIO RECEBIDO INDEVIDAMENTE. DEVOLUÇÃO EM PARCELAS. PERCENTUAL. LIMITAÇÃO. MP 1.522/96.

- Não se verifica a alegada afronta à citada Medida Provisória, considerando que a mesma encontra-se superada pela Medida Provisória 2088-35, de 27/12/2000, que também limita em 10% dos vencimentos ou proventos o valor da parcela, quando se tratar de devolução de verba recebida indevidamente, nos exatos termos da decisão recorrida.

- Recurso desprovido”.

(REsp 415.312-SE, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, unânime, julgado em 01/04/2003, DJ de 28/04/2003).

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÕES INCORPORADAS. CRITÉRIO DE REAJUSTE NOS TERMOS DO ART. 15, § 1º, DA LEI Nº 9.527/97. CONSTITUCIONALIDADE. DETERMINAÇÃO DE DESCONTO DO REAJUSTE DAS FUNÇÕES INCORPORADAS PAGOS NOS TERMOS DAS LEIS NºS 9.624/98 E 9.640/98, POR ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 46 DA LEI Nº 8.112/90, COM OBEDIÊNCIA AOS LIMITES ESTABELECIDOS NESTE DISPOSITIVO E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA.

1. (*Omissis*).

2. No entanto, detectado o pagamento indevido de valores a servidor público, cabe à Administração Pública, com observância do devido processo legal e da ampla defesa, efetuar os descontos nos limites estabelecidos no art. 46 da Lei nº 8.112/91, não podendo exceder a 10% (dez por cento) da remuneração.

3. Apelação parcialmente provida. Reforma parcial

da sentença”.

(TRF 5ª Região, AMS 66.703-AL, Relator Desembargador Federal convocado Rogério Fialho Moreira, Primeira Turma, unânime, *DJ* de 31/10/2002).

In casu, às fls. 31, consta a Notificação nº 59/01, endereçada ao autor, informando-o previamente quanto à reposição a ser levada a efeito e possibilitando-lhe manifestar-se em sentido contrário, em homenagem ao princípio do contraditório.

Legal, portanto, a reposição ora impugnada, aberta ao servidor a faculdade do art. 46 da Lei nº 8.112/90, segundo a redação dada pelo art. 2º da Medida Provisória nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001, *in verbis*:

“Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, **podendo ser parceladas, a pedido do interessado.**

§ 1º **O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão**”. (Grifo nosso).

Ante o exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial. Sucumbência a ser suportada pela parte vencida, arbitrados os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 313.916-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: P H ENGENHARIA LTDA.
Advogados: DRS. ELMA CARDOSO OLIVEIRA E OUTROS (APTE.) E FLÁVIO DE ALBUQUERQUE MOURA (APDA.)

EMENTA: PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DA SENTENÇA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. LAUDO PERICIAL. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. PAT - PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR. SALÁRIO IN NATURA. DESNECESSIDADE DE INSCRIÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. MULTA DE 60% DO TRIBUTO DEVIDO. EFEITO CONFISCATÓRIO. PRINCÍPIOS DA VEDAÇÃO DO CONFISCO E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INAPLICABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- O laudo pericial possui presunção de veracidade e somente pode ser infirmado por prova cabal não produzida nos autos, reconhecendo-se, por conseguinte, como corretos os valores apontados pelo perito.

- O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o auxílio-alimentação, quando pago em espécie, passa a integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária, assumindo, pois, feição salarial, afastando-se, somente, de tal incidência, quando o pagamento for efetuado in natura, ou seja, quando o próprio empregador fornece a alimentação aos seus empregados, estando ou não inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, tal qual a hi-

pótese dos autos.

- A vocação punitiva da multa não permite que a sua grandeza varie em face dos níveis de inflação, visto que ela não se destina a recompor o crédito desfalcado pela desvalorização da moeda.

- A Constituição Federal não tratou do tema “multa” daí porque discipliná-la é tarefa afeta ao legislador ordinário.

- Na expressão “tributo com efeito de confisco” grafada pelo constituinte, não se compreende a multa, porquanto multa não é tributo.

- Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas processuais, inclusive os honorários do perito (art. 21 do CPC).

- Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

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, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 26 de agosto de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Cuida-se de embargos à execução opostos por P H ENGENHARIA LTDA. em face do INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, sustentando que os valores cobrados por meio

da execução fiscal ora embargada são indevidos, os quais decorrem do não recolhimento das contribuições previdenciárias (competências 12/91, 05/92, 09/92, 12/92 e 06/93 a 10/94), bem assim a incidência desse tributo sobre a alimentação fornecida aos trabalhadores pela empresa autora, insurgindo-se, outrossim, contra a aplicação de multa moratória no patamar de 60% (sessenta por cento), reputando-a confiscatória.

O douto Magistrado de primeiro grau, superando a preliminar sustentada pelo embargado no sentido de que o juízo não estava efetivamente seguro, acolheu o laudo pericial, o qual constatou que, afora o efetivo recolhimento do tributo do exercício de 12/92, restaram diferenças a pagar nas competências 05/92 e 06/93 a 10/94, bem como pela existência de débitos nas competências 12/91 e 09/92. No que concerne à incidência da referida contribuição sobre a alimentação fornecida pela embargante aos seus empregados, entendeu o nobre Julgador monocrático que, por se tratar de prestação alimentícia, não caracterizada como parcela-utilidade do salário, não haverá como incidir a contribuição em comento, independentemente de inscrição da empresa no PAT. Com relação à multa moratória de 60% (sessenta por cento), afastou-a por considerá-la incompatível com o texto constitucional, dado o seu caráter confiscatório, julgando, por conseguinte, parcialmente procedentes os pedidos para excluir da execução fiscal, além da multa imposta, a cobrança do tributo da competência 12/92, da contribuição social sobre a alimentação, reduzindo o montante exequendo para R\$ 3.917,22 (três mil, novecentos e dezessete reais e vinte e dois centavos), atualizados até outubro de 2000, condenando, ainda, o embargado a pagar custas e honorários advocatícios, estes sobre 5% (cinco por cento) sobre a diferença entre o montante cobrado e o devido, que é de R\$ 15.151,85 (quinze mil, cento e cinquenta e um reais e oitenta e cinco centavos), conforme o disposto no art. 21 do CPC.

Inconformado com a decisão prolatada, interpôs o Instituto Previdenciário recurso de apelação, aduzindo, em breve síntese, a nulidade da sentença ora objurgada, posto ter proferido julgamento *extra petita* ao excluir do débito a contribuição social sobre o auxílio-alimentação sem que a embargante tenha requerido expressamente, na inicial, esta exclusão, como também por ser con-

traditória, posto ter afirmado e negado o que afirmou quando julga precedente a ação, ao reconhecer como devidos os valores apontados pelo perito, mas definindo o valor excutido em patamar inferior ao indicado pelo experto.

Sustenta, ainda, a ausência de provas capazes de ilidir a presunção de certeza, liquidez e exigibilidade do título executivo, mormente no que tange à contribuição incidente sobre o auxílio-alimentação, configurando a exclusão desta parcela uma ofensa ao disposto no art. 202, § 11, da Constituição da República.

Defende, outrossim, a constitucionalidade e legalidade da imposição da multa como acréscimo legal, configurando a sentença uma violação a diversos dispositivos de lei.

Ataca, alfim, a fixação dos honorários perpetrada pelo nobre Julgador de primeiro grau, considerando que, sendo cada litigante parcialmente vencido e vencedor, deverão ser reciprocamente e proporcionalmente distribuídos e compensados os honorários e as despesas, conforme dispõe o art. 21 do CPC, requestando, também neste ponto, a reforma do julgado.

Foram ofertadas as contra-razões do apelado.

Sentença sujeito ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

É, no que importa, o relatório.

VOTO

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

Para uma melhor análise do caso dos autos, é preciso ter em mente as questões objeto de litígio.

O embargante opôs os presentes embargos à execução intentada pela autarquia previdenciária embargada, fulcrada esta na CDA de nº 32.283.612-3, consolidada em 10/02/1998, no valor de R\$ 19.069,07, decorrente (a) da ausência de contribuição de parte dos empregados nas competências ali indicadas, bem como (b) das despesas com alimentação, alegando, ainda, a embargante (c) a inconstitucionalidade da aplicação da multa de 60%, aplicada conforme o disposto no art. 61 da Lei nº 8.383/91.

Passemos, pois, ao exame das questões aqui suscitadas:

Da preliminar de nulidade da sentença vergastada.

Argúi o INSS a necessidade de se anular a sentença açoitada, seja por proferir um julgamento *extra petita*, seja por restar contraditória.

Penso que não há como prosperar tal arrazoado da autarquia recorrente, a uma, porque a sentença não proferiu decisão fora do pedido como quer fazer crer a apelante, posto que, muito embora não haja pedido expresso nesse sentido, tal pleito pode ser extraído dos termos da peça vestibular por uma interpretação lógico-sistemática, mormente diante da fundamentação encartada na exordial e com o pedido expresso no item IV, em que se suplica a anulação da CDA que embasa a execução embargada; a duas, porque o fato de ser contraditória a sentença não acarreta a nulidade da decisão, que, quanto a este aspecto, é desafiada pelo recurso dos embargos de declaração, no entanto, a contradição apontada pelo instituto previdenciário, nos termos ali definidos, trata, em verdade, de questão atinente ao próprio mérito da lide, quando melhor será deslindada.

Rejeito, por conseguinte, tal preliminar.

Vou ao mérito.

Das contribuições previdenciárias.

O INSS ajuizou, em 1998, execução fiscal contra a ora embargante, perseguindo crédito consolidado no valor de R\$ 19.069,07, referente a, segundo discriminativo de débito anexo à CDA (fls. 09 e seguintes dos autos da execução fiscal em apenso), competências de 11/91, 12/91, 02/92 a 06/92, 09/92, 12/92, 01/93, 03/93, 06/93 a 10/94, correspondente ao não pagamento da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários dos empregados, bem como incidente sobre as despesas de alimentação da empresa, que oferecia tal préstimo a seus empregados, somado, ainda, à deficiência na contabilidade da empresa.

Diante dos questionamentos perpetrados pela embargante, o insigne Magistrado de primeiro grau determinou a produção de perícia contábil, chegando o experto a seguintes conclusões, *sic*:

1. Ausência de recolhimento de contribuições na GRPS

Competência 12/91 - devido a ausência de provas (livro diário e folha de pagamento), confirmamos o débito exigido pela Previdência Social no montante de Cr\$ 3.432.722,60.

Competência 06/93 a 10/94 - confirmamos o recolhimento das contribuições da obra do Conjunto João Sampaio juntamente com as obras Veredas e Nautilus administradas pela embargante, comprovado com base nas folhas de pagamento e livro diário. Ressalvamos que as diferenças encontradas são decorrente de falhas na escrituração do diário e ajustes contábeis promovidos pela embargante, conforme demonstrado no Anexo II.

2. Ausência de contribuições com despesa de alimentação

Competências 11 e 12/91; 02/92 a 06/92; 12/92; 01/93 e 03/93 - não encontramos recolhimento de contribuição ao Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT. Considerando o assunto uma questão de mérito reservado ao MM. Juiz Federal, atualizamos o valor do débito cobrado para setembro de 2000, conforme demonstrado nas planilhas Anexo 1.

3. Diferenças de contribuição a recolher na contabilidade

Competência 05/92 - confirmamos a procedência do débito exigido pela Previdência Social no montante de CR\$ 853.658,31, apurado no livro diário na forma abaixo:

Contribuição devida - Contribuição recolhida

15.390.564,94 - 14.536.906,63 = 853.658,31

Competência 09/92 - não encontramos provas do recolhimento da referida contribuição exigida, no montante de Cr\$ 914.046,00; confirmamos o débito cobrado pela Previdência Social.

Competência 12/92 - com base na folha de pagamento, guias de recolhimento e livro razão, constatamos que as contribuições decorrentes do pagamento do 13º salário do exercício de 1992 estão efetivamente recolhidas no mês. Ressalvamos que a fiscalização autuou a empresa com base no saldo da conta de custos do 13º salário registrado em 31/12/92, no montante de Cr\$ 20.794.896,00, proveniente de lançamento a débito da referida con-

ta acumulada mês a mês lançada a crédito no encerramento do exercício.

Consoante se depreende do laudo pericial apresentado, afora a competência de 12/92, em que houve o efetivo recolhimento da contribuição devida, ficou constatada a ausência de recolhimento do tributo nas competências 12/91 e 06/93 a 10/94, bem como diferenças a pagar nas competências de 05/92 e 09/92. Nisso, aliás, está a sentença atacada em perfeita consonância com o laudo apresentado pela perícia técnica, que possui presunção de veracidade e somente pode ser infirmado por prova cabal não produzida nos autos.

O laudo em tela, portanto, concluiu pela existência de débito em favor da Previdência Social, atualizado para outubro de 2000, na importância de R\$ 8.401,59, incluindo as despesas com alimentação (que totalizavam R\$ 4.484,37), mas sem o acréscimo da multa moratória, à razão de 60%, que, acrescentada, elevaria o valor da dívida para R\$ 13.442,54 (atualizado para outubro de 2000).

Da incidência da contribuição previdenciária sobre o auxílio-alimentação.

Consoante bem demonstrado pelo nobre Juiz *a quo*, é tranqüilo da Primeira Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o auxílio-alimentação, quando pago *in natura*, por gerar despesas operacionais, de acordo com o art. 28, § 9º, alínea *c*, da Lei nº 8.212/91, deixa de integrar o salário, inibindo, pois, a incidência da contribuição em foco, ao passo que, se pago em espécie e com habitualidade, é passível de incidência tributária.

Eis alguns arestos daquela egrégia Corte de Justiça nessa vereda:

“TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. REFEIÇÕES REALIZADAS NAS DEPENDÊNCIAS DA EMPRESA E DESCONTADAS, PARTE, DO SALÁRIO DO EMPREGADO. PAGAMENTO *IN NATURA*. NÃO-INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRECEDENTES.

1. Recurso especial interposto contra v. acórdão que

entendeu ser indevida a incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos pela empresa a título de alimentação a seus empregados, quando efetuados descontos nos salários destes, ainda que não estejam devidamente aprovados pelo Ministério do Trabalho.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que o pagamento *in natura* do auxílio-alimentação, isto é, quando a própria alimentação é fornecida pela empresa, não sofre a incidência da contribuição previdenciária, por não constituir natureza salarial, esteja o empregador inscrito ou não no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT. Com tal atitude, a empresa planeja, apenas, proporcionar o aumento da produtividade e eficiência funcionais.

3. Precedentes das 1ª, 2ª, 3ª e 5ª Turmas desta Corte Superior.

4. Recurso improvido”.

(RESP 320185/RS, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ de 03/09/2001).

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO. PAGAMENTO EM ESPÉCIE. LEGALIDADE DA COBRANÇA. VINCULAÇÃO AO PAT. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 07/STJ.

1. Incabível o reexame da prova em sede de recurso especial.

2. Apenas o pagamento *in natura* do auxílio-alimentação não sofre a incidência da contribuição previdenciária.

3. Recurso especial não conhecido”.

(RESP 180567/CE, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, DJ de 23/04/2001).

“TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. PAT. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE INS-

CRIZAÇÃO. SALÁRIO *IN NATURA*. NÃO-INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE EM QUE É VENCIDA A FAZENDA PÚBLICA. LIMITES DO ART. 20, § 3º, DO CPC. INAPLICABILIDADE.

1. O STJ firmou entendimento no sentido de que o auxílio-alimentação, quando pago em espécie, passa a integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária, assumindo, pois, feição salarial, afastando-se, somente, de tal incidência, quando o pagamento for efetuado *in natura*, ou seja, quando o próprio empregador fornece a alimentação aos seus empregados, estando ou não inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT.

2. O § 4º do art. 20 do CPC, aplicável nos casos em que é vencida a Fazenda Pública, estabelece a fixação dos honorários de forma eqüitativa pelo juiz, não impondo limites mínimo e máximo para o respectivo *quantum*. Precedentes da Corte.

3. Recurso especial a que se nega provimento". (RESP 447766/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 28/10/2002).

No caso sub *examine*, pode-se extrair de tudo aquilo que foi dito e comprovado nos autos que a empresa embargante efetivamente paga o auxílio-alimentação *in natura*, isto é, fornecendo ela própria a alimentação a seus empregados, não sofrendo tal parcela a incidência da contribuição previdenciária, posto não possuir natureza salarial, esteja o empregador inscrito ou não no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT.

Da incidência da multa à razão de 60%.

Quanto à questão da multa, afasto da discussão a alegação de agressão ao princípio da razoabilidade, posto que tal princípio, sem sede legal, que alguns teimam em prestigiar como princípio implícito dentro do sistema, não pode ser manejado para o desprestígio de dispositivos legais, pena da falência completa do próprio primado da lei. Se é possível defender-se que a proporcionali-

dade pode ser usada pelo Judiciário como um filtro de validade dos atos administrativos de um modo geral, inverte inteiramente o macro princípio (real e explícito) da divisão dos poderes defender-se que o Judiciário possa deixar de aplicar um artigo de lei ao argumento de que a regra nele inserida é desarrazoada ou desproporcional. Este é um juízo privativo do legislador.

Dentro do mesmo assunto e apenas com o objetivo de ilustrar a discussão, anote-se que as multas são instituídas com o claro objetivo de jamais serem cobradas. O objetivo das multas não é fiscal, mas parafiscal. Multa-se para que o contribuinte cumpra a obrigação a tempo e modo. Não para aumentar as receitas públicas com o valor da multa. E dentro desta visão não é imune a disputas saber-se se de fato ela é ou não é razoável. A vocação de prevenir o ilícito administrativo-fiscal que tem a multa, como penalidade que é, assinala no sentido de um valor significativo, sem o que restaria prejudicada sua única função. Depois disso incide em miopia o entendimento muitas vezes defendido pelos contribuintes de que o valor da multa deve variar em função dos níveis de inflação da época em que é aplicada. Tal conclusão peca contra a lógica, dado que a natureza da multa não guarda qualquer relação com a recomposição do patrimônio agredido pelo inadimplemento.

A verdadeira tese da inicial é aquela que enxerga na multa de 60% do tributo devido a natureza confiscatória que a Constituição da República proíbe. Ocorre que, apesar da engenhosidade da tese que tem conquistado adeptos, a Constituição não trata do assunto, que foi relegado ao legislador ordinário. O que a Carta Política de 1988 veda é a instituição de tributo com efeito confiscatório, e multa não é tributo, haja vista que tributo, por definição, não abrange a penalidade de ato ilícito. E é isto que a multa é: uma penalidade aplicada a quem comete o ilícito administrativo-fiscal de não pagar a obrigação principal a tempo e modo, ou, ainda, de não cumprir com as obrigações acessórias como é a hipótese dos autos.

O mesmo raciocínio vale para o arrazoado de ofensa ao princípio da capacidade contributiva.

Não tendo a Carta Magna fixado limite para a multa, é tarefa do

legislador ordinário estipulá-la. E porque a inconstitucionalidade não se presume, não vejo como acatar a tese defendida na peça exordial.

Dos honorários advocatícios.

A questão da verba honorária devida aos advogados, diante da alteração do próprio julgamento do mérito da presente lide, reputo como mais adequada na parte dispositiva, posto ser o momento adequado para a fixação da aludida verba, observados os ditames dos arts. 20 e 21 do CPC.

Mercê do exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, para reformar em parte a sentença ora zurzida, de modo que permanecem excluídos da execução fiscal os valores cobrados em decorrência da competência 12/92 e da contribuição social incidente sobre a alimentação, devendo ser mantidos na execução em foco os valores decorrentes dos demais período de apuração, tal como procedeu o Magistrado de primeiro grau (totalizando o valor de R\$ 3.917,22), bem como a multa imposta à razão de 60% do apurado (calculada no valor de R\$ 2.350,33), perfazendo o montante exeqüendo, com base nos dados constantes no laudo pericial de fls. 104/114 dos presentes autos, o valor de R\$ 6.267,55 (seis mil, duzentos e sessenta e sete reais e cinquenta e cinco centavos), atualizado até outubro de 2000.

Sem custas (art. 7º da Lei nº 9.289/96).

Considerando que cada parte restou vencida e vencedora na presente lide, os honorários do causídico devem ser fixados nos termos do art. 21 do CPC, isto é, tal encargo deve ser recíproca e proporcionalmente distribuído e compensado entre os litigantes, bem como as demais despesas processuais, como os honorários do perito.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 314.199-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE
Apelante: UNIÃO
Apelada: SEVERINA MARIA DO NASCIMENTO GONÇALVES LAGERIN
Advogados: DRS. GUSTAVO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI E OUTROS (APDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ RECEBIDA COM PROVENTOS PROPORCIONAIS. LAUDO PERICIAL. COMPROVAÇÃO DE MOLÉSTIA DECORRENTE DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO. APOSENTADORIA INTEGRAL. ESCRIVÃ DA POLÍCIA FEDERAL QUE POSTERIORMENTE ASSUMIU POR CONCURSO O CARGO DE DELEGADA ESPECIAL DA POLÍCIA FEDERAL.

- O caso dos autos perfaz a hipótese prevista no que diz respeito à concessão de aposentadoria por invalidez com proventos integrais e não proporcionais, haja vista a comprovação de que as patologias que acometeram a autora se enquadram como moléstias profissionais.

- Compulsando os autos, verifica-se, de fato, a existência de farta documentação relacionada ao estado de saúde da parte autora, documentação esta constituída de declarações, laudos e relatórios médicos, exames e, principalmente, do laudo pericial elaborado pelo perito do juízo.

- Portanto, o servidor será aposentado com proventos 'integrais porque a invalidez permanente foi decorrente de moléstia profissional, em conformidade com o que estabelece a CF/88, art. 40, § 1º, inciso I, e a Lei nº 8.112/90, art. 186, inciso I.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo e à remessa necessária, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 30 de outubro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE :

Severina Maria do Nascimento Gonçalves Lagerin ajuíza esta ação ordinária de retificação de aposentadoria, alegando que é funcionária aposentada do Departamento de Polícia Federal, no cargo de Delegada de Polícia Federal, Classe Especial, matrícula nº 022.2.426.899.

Alega que ingressou no Departamento de Polícia Federal, no cargo de Escrivã da Polícia Federal, em 15 de dezembro de 1978, e que no ano de 1985, mediante concurso público, passou para o cargo de Delegada, vindo a se aposentar como Delegada Especial em 26 de junho de 1998.

De acordo com a Portaria nº 423, de 24 de junho de 1998, do Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal, publicada no *Diário Oficial da União* de 26 de junho de 1998, **a mesma veio a ser aposentada com proventos proporcionais**, haja vista que o ato teve por fundamento o art. 186, inciso I, *in fine*, da Lei nº 8.112/90.

Sendo esta questão que levou a autora ao ajuizamento da presente ação, pois foram relegados todos os laudos médicos que comprovam que a mesma foi aposentada em decorrência de mo-

léstia profissional, e, em assim sendo, **deveria ter sido aposentada na forma do art. 186, inciso I, da Lei nº 8.112/90, porém tendo como fundamento moléstia profissional, e, neste caso, fazendo jus a proventos integrais.**

Alega que a Junta Médica do DPF constatou as seguintes enfermidades:

- 1) CID 354 0/8 – Síndrome do Túnel do Carpo;
- 2) CID 723 3/8 – Cervicobraquialgia bilateral;
- 3) CID 729 0/7 – Reumatismo não especificado e fibrosite.

Pelos médicos que a acompanharam ao longo dos anos, foram constatadas também as seguintes patologias:

CID 726 4/8 – Tenossinovite crônica da mão esquerda;

CID 354 1/6 – Síndrome de Pronador;

CID 727 4/5 – Gânglios e cistos da sinóvia, do tendão e da bolsa sinovial;

CID 724 2/7 – Lumbago.

Aduz a autora que todas estas doenças se caracterizam pelo fato de se originarem de atividades de esforços repetitivos, ou seja, serviços de datilografia, operação de aparelho de telex, digitação, condições ergonômicas inadequadas, e, ainda, esforços em condições inadequadas, como a prática de tiro, os treinamentos, cursos de computação, e outras atividades realizadas com os membros superiores nas funções exercidas pela autora.

E peticiona que seja retificado o ato de aposentação da autora para proventos integrais, conforme disposto no art. 186, inciso I, da Lei nº 8.112/90, combinado com o art. 40, § 1º, inciso I, da Carta Magna.

Juntou receitas, licenças médicas, laudo e prova pericial para comprovar o seu estado de saúde às fls. 32/84.

Tutela antecipada indeferida às fls. 86/87.

Em suas informações, o Departamento de Polícia Federal aduz que (fls. 101):

“A servidora foi submetida a exame pela Junta Médica Oficial deste Departamento de Polícia Federal, conforme ata de exame médico às fls. 12, oportunidade em que foram diagnosticadas moléstias identificadas pelos CID’s 354.0/8 – Síndrome do Túnel Carpal, 723.3/8 – Síndrome Cervico- Braquial (Difusa) e 729.0/7 – Reumatismo não especificado e Fibrosite, cujas enfermidades não estão especificadas em lei, conforme dispõe o § 1º do art. 186 da Lei nº 8.112/90.

A Junta Médica Oficial deste Departamento de Polícia Federal responsável pela realização do Exame Médico conclui pela aposentadoria da servidora, uma vez que a mesma se encontrava, na oportunidade, em estado de invalidez, conforme exame de invalidez de fls. 14, razão pela qual a servidora foi aposentada com proventos proporcionais ao tempo de serviço, em cumprimento ao que estabelece a legislação atualmente em vigor”.

A União apresentou seus quesitos para perícia às fls. 118/120.

A autora apresentou seus quesitos para a perícia às fls. 125/126.

Perícia realizada às fls. 130/132.

Sentença proferida (fls. 174) no sentido de que *julga procedente o pedido, para determinar a conversão da aposentadoria por invalidez proporcional gozada pela autora em aposentadoria por invalidez integral, a fim de que a mesma passe a receber os proventos integralmente. Determino, ainda, o pagamento das diferenças em atraso, contadas desde o momento da concessão da respectiva aposentadoria.*

Apelação da União, aduzindo que não há notícia de que toda e qualquer moléstia profissional, qualificada ou não como DORT – Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho (antiga LER – Lesão por Esforço Repetitivo), tão-somente por esta qualidade, seja apta à concessão da aposentadoria por invalidez, regida pela Lei nº 8.112/90. (fls. 184)

A autora, em suas contra-razões (fls. 192), alega que deveria ser aposentada com proventos integrais, pois, indubitavelmente, é a apelada acometida por invalidez permanente devido a moléstia profissional.

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

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

Trata-se de ação ordinária movida por Severina Maria do Nascimento Gonçalves Lagerin contra a União, com o propósito de obter a transformação de sua aposentadoria proporcional em integral, bem assim receber as diferenças decorrentes do pagamento a menor, contadas a partir de junho/98, data da concessão da aposentadoria.

A autora apresentou laudo do Instituto de Neurocirurgia e Neurologia do Recife Ltda. (fls. 57), que traz as seguintes considerações:

“Avaliamos a paciente Severina Maria do Nascimento Gonçalves, no dia 10/09/97, em nosso consultório, com história de dores cervicais, nos ombros e nos MMSS, há mais de 15 (quinze anos). Refere momentos de exacerbação destas dores, sobretudo quando trabalha com as mãos, chegando a apresentar fraqueza progressiva nas mãos, sendo mais a esquerda.

Foi vista por vários especialistas durante todo este tempo. Finalmente por reumatologista, há mais ou menos 2 anos, que evidenciou processo reumático e neurítico, orientando fisioterapia, a qual vem realizando até o momento, com discreta melhora do quadro.

Em nossa avaliação, a paciente apresenta reflexos simétricos, sinal de Tinel positivo em ambos os punhos, mais o esquerdo, com atrofia tenar bilateral,

também mais evidente o esquerdo. Diminuição da força grau 4 na mão esquerda.

A paciente possui ENMG dos MMSS, mostrando síndrome compressiva dos nervos medianos por estrangulamento ao nível do túnel do carpo, fato este confirmado pela RNM das mãos.

Concluimos, então, que a paciente necessita de cirurgia para o túnel do carpo a esquerda com intuito de melhora das dores na mão e MSE. Concluimos, também, que o quadro deficitário do MSE será permanente, pois a compressão já dura mais de quinze anos, devendo a paciente ser afastada de qualquer atividade que necessite uso permanente das mãos.

Recife, 19 de setembro de 1997.

David Plácido Lopes

CRM 8116”

A autora também colacionou o seguinte relatório médico da Clínica de Reumatologia Pediátrica e do Adulto (fls. 59):

“A paciente Severina Maria Lagerin encontra-se sob meus cuidados médicos, desde março de 1977, em tratamento medicamentoso e fisioterápico decorrente de dor e impotência funcional dos membros superiores, além de cervicalgia.

Após exames clínicos e complementares com radiologia, ultrasonografia, eletroneuromiografia e ressonância magnética foram confirmados os diagnósticos de síndrome túnel do carpo (CID 354 0/8), tenossinovite crônica do punho e mão esquerda (CID 726 4/8) e cervicobraquialgia bilateral (CID 723 3/8). Em função da sintomatologia da paciente, de sua evolução crônica e progressiva, com resposta limitada aos tratamentos realizados, a mesma encontra-se incapacitada de exercer atividades que exijam a sobrecarga dos membros superiores, estando, assim, impossibilitada de retornar a suas atividades profissionais.

Recife, 30 de setembro de 1997

Dra. Ângela Pinto Pessoa
CRM 5031”

No Ambulatório de Saúde Ocupacional do Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Pernambuco, obtive o seguinte laudo (fls. 63):

“A Sra. Severina do Nascimento Gonçalves Lagerin vem sendo acompanhada por este serviço e apresenta diagnóstico firmado de DORT (Distúrbio Osteomuscular Relacionado com o Trabalho), segundo exames complementares anexos. Trata-se de uma nosologia reconhecida pelo INSS como uma patologia relacionada com o trabalho (CID 354 0/8, CID 723 3/8). A paciente despende atividades laborativas que exigem esforços repetitivos em condições ergonômicas desfavoráveis há época de 19 anos. Portanto, concluímos que a mesma possui uma incapacidade permanente parcial relacionada com o trabalho, fazendo jus à legislação acidentária para fins de aposentadoria.

Recife, 22.06.98

Prof. Oscar B. Coutinho Neto
Médico-UFPE”

Juntou documento da Junta Médica Pericial para exames de invalidez dos servidores do Departamento de Polícia Federal (fls. 64):

“A quatorze de abril de 1998, a Junta Médica abaixo assinada examinou, para efeito de aposentadoria, Severina Maria do Nascimento Gonçalves Lagerin, idade 46 anos, estado civil casada, no cargo de Delegada de Polícia Federal, matrícula DPF nº 2.426.899, servindo no Departamento de Polícia Federal, concluindo achar-se o examinado em estado de invalidez, de acordo com o termo de observação clínica exarado às fls. 025 do Livro nº 001 respectivo e na forma do art. 186, item I, *in fine*, da Lei nº 8.112/90, de onze de dezembro de 1990.

Diagnóstico: CID's 354.0/8 + 723.3/8 + 729.0/7.

Brasília, 14 de abril de 1998.

Junta Médica:

ANNA CHISTINE PINHEIRO SADY
Membro da JMP/DPF
CREM-PE 7811

Dr. LUIZ FERNANDO SICOLT
Membro da JMP/DPF/DF
CRM-DF 3582

Dra. EUGÊNIA MARIA M. P. FERREIRA
Membro da JMP/DPF/DF
CRM-DF 3304

Dr. MÁRIO CARNEIRO DA SILVA FILHO
Presidente da JMP/DPF
CRM-DF 3357”

Durante a realização da Perícia, o *expert* assim apreciou as questões mais relevantes:

PERGUNTAS DA UNIÃO:

2) Como delegada, quais as atividades que exercia e quais as incapacidades laborais que a alegada disfunção causava?

R. Operações policiais, serviços burocráticos e administrativos, todos inerentes ao cargo de Delegado da Polícia Federal, Classe Especial, definido pela Portaria 523, de 28/06/89, da Secretaria de Planejamento e Coordenação.

3) As incapacidades alegadas eram maiores nos membros superiores?

R. A sintomatologia só compromete os membros superiores.

5) A autora tem limitações na vida diária? Quais seriam?

R. Realiza atividades da vida diária com crises dolorosas esporádicas. Vem em medicação.

6) Por qual motivo não aceitou a indicação de cirurgia da patologia síndrome do carpo esquerdo (fls. 57) feita por neurocirurgião que é especialista na área?

R. O tratamento cirúrgico da Síndrome do Túnel do Carpo foi contra-indicado pela Dra. Ângela Pinto Pessoa – Prof. Titular de Reumatologia da UFPE.

13) A Autora é portadora de problemas na coluna cervical, torácica e lombar?

R. Hérnia de disco cervical.

18) Existem, dentre as atribuições do cargo de Delegado Federal, atividades que não envolvam esforços físicos e que possam ser exercidos pela autora? Isso de acordo com a Portaria 523 de 28 de julho de 1989, publicada no *DOU* de 31 de julho de 1989?

R. A Portaria 523 regulamenta as atividades de Delegado da Polícia Federal Classe Especial em 12 itens. Consta no último item, textualmente, 'executar outras tarefas que lhe forem atribuídas'.

19) Em caso positivo, seria o caso de reversão ao serviço público com a readaptação da servidora às atividades compatíveis com sua possível limitação no cargo de Delegada?

R. Trata-se de procedimento jurídico-administrativo. A autora foi nomeada por concurso para o cargo de Delegado da Polícia Federal, com atividades específicas regidas pela Portaria 523, de 28/07/89, e foi aposentada por invalidez permanente (folhas 105).

PERGUNTAS DA AUTORA:

3.1) As atividades laborativas, o conteúdo das tarefas e as condições reais de trabalho exercidas pela Sra. Severina Maria do Nascimento Gonçalves Lagerin quando ocupava o cargo de escrivã, no período de dezembro de 1978 a outubro de 1985, estão relacionadas com a patologia de que a mesma é portadora?

R. SIM. Sua doença teve início em 1982, durante o período em que ocupava o cargo de escrivã.

3.2) As atividades laborativas, o conteúdo das tarefas e as condições reais de trabalho exercidas pela Sra. Severina Maria do Nascimento Gonçalves Lagerin quando ocupava o cargo de Delegada, no período de novembro de 1985 a agosto de 1998, estão relacionadas com a patologia de que a mesma é portadora?

R. SIM. Houve agravamento do quadro clínico durante todo o

período em que ocupou o cargo de Delegada, que culminou com sua aposentadoria por invalidez permanente em maio de 1998 – fls. 103/104/105.

(...)

3.4) O tempo de trabalho nos dois cargos ocupados pela Sra. Severina Maria do Nascimento Gonçalves Lagerin é compatível com a patologia apresentada pela mesma?

R. Dezenove anos de atividades é mais do que suficiente para o desencadeamento de algumas patologias apresentadas.

3.5) Os exames clínicos e complementares realizados na Sra. Severina Lagerin são suficientes para a comprovação diagnóstica de LER/DORT (Distúrbio Osteomuscular Relacionado com o Trabalho)?

R. SIM, algumas patologias diagnosticadas se enquadram na nova nomenclatura como DORT.

3.6) Existe nexa causal entre a doença (DORT) e as atividades laborais exercidas pela Sra. Severina Lagerin, nos dois cargos que ocupou de forma efetiva, no período de dezembro de 1978 a agosto de 1998?

R. Há nexa causal, vide fls. 63 – Ofício do Prof. Oscar Coutinho Neto – Médico do Trabalho, UFPE – FUNDACENTRO dirigido ao Presidente da Junta Médica Pericial – Departamento de Polícia Federal.

Os patronos da autora Severina Maria do Nascimento Gonçalves Lagerin observam que (fls. 137/138):

“Na análise do posto de trabalho de Escrivão da Polícia Federal, é relatado o imenso período, nunca inferior a 6 ou 7 horas por dia, que o funcionário passa digitando, as três carimbadas e as três rubricas que o escrivão tem que realizar em cada folha dos processos, sendo que cada processo tem entre 500 e 3.000 laudas, o mobiliário inadequado e as cadeiras sem apoio para os braços.

Existem, ainda, as diligências com o Delegado no interior. (...) o interior é percorrido num ritmo frenéti-

co e desgastante, onde o Escrivão realiza suas atividades de maneira improvisada, dependendo das instalações locais.

É de bom alvitre ressaltar o plantão de 24 horas do Escrivão, uma vez por semana (...), o Escrivão lava todos os flagrantes naquele período, independente do número, e ainda digita todos os depoimentos colhidos, o que pode ultrapassar as 24 horas (...).

Tudo isso, aliado à tensão emocional da atividade de Escrivão, faz com que os movimentos deste, além de repetitivos, ocasionem *stress* físico, sobrecarregando os membros superiores e a coluna, causando fadiga física e cansaço mental. A atividade apresenta alto risco de 'LER' nos membros superiores (...)"

Tem razão o Ilustre MM. Juiz sentenciante quando assevera que:

“Consoante o referido dispositivo, o servidor será aposentado com proventos integrais apenas quando a invalidez permanente for decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei. Nos demais casos, a aposentadoria por invalidez será proporcional.

(...)

Compulsando os autos, verifico, de fato, a existência de farta documentação relacionada ao estado de saúde da parte autora, documentação esta constituída de declarações, laudos e relatórios médicos, exames e, principalmente, do laudo pericial elaborado pelo perito do juízo, acostado às fls. 130 a 132 e fls. 136.

(...)

Portanto, penso que o caso dos autos perfaz a hipótese prevista no inciso I do art. 186 da Lei nº 8.112/90, no que diz respeito à concessão de aposentadoria por invalidez com proventos integrais, haja vista

a comprovação de que as patologias que acometeram a autora se enquadram como moléstias profissionais descritas como DORT – Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho”. (Fls. 172/174).

Com essas considerações, colho como minhas razões de decidir os bem lançados fundamentos da sentença monocrática e nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 314.818-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO CAVALCANTE
Apelante: JOSÉ UDMAR AMORIM DA SILVA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advs./Procs.: DRS. MÁRCIO MILITÃO SABINO E OUTROS (APTE.) E VALÉRIA MARIA SIQUEIRA COSTA E OUTROS (APDO.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. POSSIBILIDADE. LAUDO TÉCNICO. ATIVIDADE CONSIDERADA INSALUBRE. RUÍDO ACIMA DE 80 DECIBÉIS. LEI Nº 8.213/91. DECRETOS 53.831/64, 83.080/79, 2.172/97 E 3.048/99. TEMPO DE SERVIÇO INSUFICIENTE. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

- Conforme as informações prestadas pela empresa, ratificadas por laudo técnico firmado por engenheiro de segurança do trabalho, devidamente credenciado no órgão competente, o segurado exerceu atividade profissional, submetido a ruídos superiores aos níveis de tolerância definidos em lei, razão por que o segurado faz jus à contagem especial do tempo de serviço

correspondente.

- Mesmo tendo o Decreto nº 2.172/98 passado a considerar insalutífero o ruído apenas acima de 90 decibéis, deve ser dada ultratividade às normas anteriores que previam limite de 80 decibéis aos segurados que já vinham exercendo suas atividades nestas condições e enquanto nelas permanecerem, continuando viável a conversão de tempo de serviço especial em tempo de serviço comum, para fins de aposentadoria por tempo de serviço, os segurados submetidos àquelas condições.

- Não tendo o demandante computado o tempo de serviço necessário para obtenção de aposentadoria por tempo de serviço, com proventos integrais, até a data de 27/05/98, cabe apenas o reconhecimento do tempo de serviço efetivamente prestado pelo apelante, sob condições insalubres.

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 30 de outubro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO CAVALCANTE -
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO CAVALCANTE:

Trata-se de apelação interposta por José Udmar Amorim da Silva, em face da sentença de fls. 82/84, da lavra do MM. Juiz Fe-

deral da 6ª Vara-CE, que julgou improcedente o pedido deduzido na petição inicial, negando a pretensão do autor ao benefício de aposentadoria especial por tempo de serviço em atividades insalubres.

Na suas razões de apelo, o demandante pugnou pela reforma total da sentença monocrática para que seja reconhecido o direito à percepção de aposentadoria especial por tempo de serviço, por ter exercido atividades em circunstâncias insalubres, alegando que preenche as condições exigidas por lei para a concessão do benefício.

Em suas contra-razões, o INSS argumentou, em síntese, que o demandante não faz jus ao benefício pretendido, por serem insuficientes as provas coligidas aos autos para comprovar o preenchimento das condições que autorizam a concessão do benefício postulado, conforme previsão legal estabelecida pela Lei nº 8.213/91.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO CAVALCANTE (Relator):

Consoante salientado no relatório, trata-se de ação ordinária que versa sobre pedido de conversão de tempo de serviço especial em comum para fins de ver reconhecido o direito à aposentadoria.

Pretende o autor seja-lhe concedida aposentadoria por tempo de serviço, convertendo-se em tempo comum o tempo especial relativo aos períodos compreendidos entre 28/10/1972 e 18/10/75, 19/02/75 e 31/03/79 e 01/08/86 e 19/11/98, laborados em condições insalubres nas atividades de Ajudante de Cabista, Instalador e Reparador de Linhas e Técnico de Rede, respectivamente, ou seja, atividade exercida sob circunstâncias especiais em áreas consideradas de risco real e caráter habitual e permanente.

Na análise da questão, para uma melhor compreensão da matéria a ser debatida, necessário se faz proceder a um breve estudo sobre a evolução histórica da legislação relativa à conversão de tempo de serviço especial em comum, para efeito de aposentadoria previdenciária.

A aposentadoria especial encontra-se regulamentada na Lei nº 8.213/91, em seus arts. 57 e 58, que estabelece os efetivos requisitos para sua concessão, ou seja, será devida ao segurado que tiver trabalhado sob as condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício.

Alterada pela Lei 9.032/95, passou a vigor a Lei 8.213/91, acrescentada pelos §§ 4º e 5º ao art. 57, prescrevendo o seguinte:

“§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

§ 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício”.

Com o advento da Medida Provisória 1.663-10, de 28/05/1998, em seu art. 28, revoga o § 5º acima transcrito, impedindo, a princípio, toda e qualquer conversão de tempo de serviço. Todavia, o Poder Executivo volta atrás e, na 13ª reedição da citada MP, ressalva a possibilidade de conversão do tempo especial até 28/05/1998, dependendo do período que estivesse o segurado submetido a condições prejudiciais à saúde ou à integridade física.

Conforme a dicção do art. 58 da Lei nº 8.213/91, nesse aspecto não alterado pela Lei 9.032/95, dispõe que:

“A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica”.

Ao tratar do assunto, o art. 292 do Decreto 611/92 traz de volta à validade os dispositivos revogados, mantendo a vigência dos

Decretos 53.831/64 e 83.080/79, quando prevê expressamente que:

“Para efeito de concessão das aposentadorias especiais serão considerados os Anexos I e II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, e o Anexo do Decreto 53.831, de 25 de março de 1964, até que seja promulgada a lei que disporá sobre as atividades prejudiciais à saúde e à integridade física”.

De outra parte, o art. 152 da Lei 8.213/91, atualmente revogado, manteve em vigor as listas de agentes nocivos à saúde constantes da legislação anterior, ou seja, o Decreto 53.831, de 25 de março de 1964, e o Decreto 83.080, de 24 de janeiro de 1979, vigoraram até que integralmente regulamentados seus artigos 57 e 58 pelo Decreto 2.172, de 5 de março de 1997, sendo que a questão hoje está regulada pelo Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999, que prescreve lista própria de agentes nocivos, no seu anexo IV.

No que se refere à questão da exigência de laudo pericial para comprovação de atividades desenvolvidas sob condições especiais para fins de conversão de tempo de serviço especial em comum, cumpre ressaltar que a Lei nº 9.732/98 deu nova redação ao artigo 58 da Lei 8.213/91, inserindo a exigência de comprovação através de laudo pericial, somente a partir de 10/12/97, data da publicação do citado dispositivo legal, justifica-se tal exigência contida no § 1º, em sua nova redação, que dispõe:

“(...) a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho”.

Por conseguinte, a Lei nº 9.711, de 20/11/98, resultante da conversão parcial da Medida Provisória 1.633-13/98, prevê, em seu art. 28, que:

“O Poder Executivo estabelecerá critérios para a conversão do tempo de trabalho exercido até 28 de maio de 1998, sob condições especiais, que sejam prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos termos dos arts. 57 e 58 da Lei 8.213, de 1991, na redação dada pelas Leis 9.032, de 28 de abril de 1995, e 9.528, de 10 de dezembro de 1997, e de seu regulamento, em tempo de trabalho exercido em atividade comum, desde que o segurado tenha implementado percentual do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria especial, conforme estabelecido em regulamento”.

Por sua vez, o Decreto 3.048, de 06.05.99, regulamentando a citada Lei 9.711/98, estabeleceu, no seu art. 70, o seguinte:

“É vedada a conversão de tempo de atividade sob condições especiais, em tempo de atividade comum.

Parágrafo único. O tempo de trabalho exercido até 5 de março de 1997, com efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes constantes do Quadro Anexo ao Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e do Anexo I do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, e até 28 de maio de 1998, constantes do Anexo IV do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997, será somado, após a respectiva conversão, ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, desde que o segurado tenha completado, até as referidas datas, pelo menos vinte por cento do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria, observada a seguinte tabela:
(...)”.

Consoante se percebe, o art. 70 do Decreto 3.048/99, ao regulamentar o art. 28 da Lei 9.711/98, estabelece restrições para que o segurado faça jus à conversão do tempo especial em

comum. Primeiramente, veda completamente a conversão de tempo de serviço especial a partir de maio de 1998; em segundo lugar, estabelece um percentual mínimo a ser atendido pelo segurado em atividade de natureza especial para ser somado ao restante do tempo considerado comum.

Entretanto, a Magna Carta de 1988 prevê expressamente a adoção de critérios distintos ao segurado que exercer atividades sujeitas a condições especiais, remetendo a sua regulamentação para lei complementar, conforme dispõe o § 1º do seu art. 201:

“É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar”.

Além do mais, para reforçar a previsão constitucional mencionada, a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, dispõe, em seu art. 15:

“Até que lei complementar a que se refere o art. 201, parágrafo 1º, da Constituição Federal, seja publicada, permanece em vigor o disposto nos arts. 57 e 58 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, na redação vigente à data da publicação desta Emenda”.

Dessa forma, o § 5º do art. 57 da Lei 8.213/91 está em plena vigência, não cabendo mais dúvida quanto à possibilidade de conversão de tempo trabalhado em condições especiais em tempo comum para fins de aposentadoria, observando-se a legislação pertinente, vigente à época do período trabalhado, observado o fator de conversão, conforme prescrição da tabela constante do Decreto 3.048, de 06.05.99.

Diante das considerações acima expostas, passo a analisar o tempo de serviço especial prestado pelo demandante, objeto da presente lide:

Conforme anotações na CTPS, à fl. 21 deste feito, observa-se que o período trabalhado por ele entre **10/01/1972** e **19/11/1998**, 26 (vinte e seis) anos, 10 (dez) meses e 9 (nove) dias, sendo que o

laudo técnico, à fl. 11, atesta que o segurado exerceu atividades consideradas insalubres nos períodos de **28/10/1972 a 18/10/75, 19/02/75 a 31/03/79 e 01/08/86 a 18.08.98**, nas respectivas funções de Ajudante de Cabista, Instalador e Operador de Linhas e Técnico de Rede, sobejando um lapso temporal compreendido entre **01.04.79 e 31.07.86**, 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses, sem nenhum pronunciamento a respeito da função e condições de trabalho exercidas neste interregno.

Logo, observar-se que até 27.05.1998, data limite para conversão do tempo de trabalho especial em comum, o demandante contava com 18 (dezoito) anos, 2 (dois) meses e 28 (vinte e oito) dias, considerados pelo laudo técnico e informação prestada pela empresa TELECEARÁ como tempo de serviço exercido sob condições especiais, na vigência do Decreto 53.831, de 25 de março de 1964, do Decreto 83.080, de 24.01.79, e da Lei 9.711/98, que permitiam a conversão de tempo especial em comum para fins de aposentadoria.

Ao apreciar a questão, o Magistrado sentenciante entendeu não haver direito ao autor, fundamentando sua decisão na ausência de perícia técnica judicial, bem como a ausência de riscos às atividades exercidas pelo demandante, uma vez que ficou evidenciado, no laudo técnico colacionado junto à inicial, que a atividade exercida pelo segurado estava fora dos níveis de potência de energia elétrica que indicam área de risco, conforme previsto no Anexo I do Decreto 93.412, de 14.10.86.

Quanto à necessidade de perícia técnica judicial, ou simplesmente técnica, para se aferir o grau das circunstâncias especiais a que estava submetida a atividade laboral do demandante, conforme acima explicitado, só se justificaria tal exigência para comprovação de atividades exercidas após 28/04/95, conforme expressa previsão da Lei 9.032/95. Contudo, é de se observar que foi anexado aos autos laudo técnico elaborado por Engenheiro de Segurança do Trabalho, devidamente credenciado, conforme previsto no citado dispositivo legal.

No cotejo dos autos, verifica-se que o demandante exerceu atividades insalubres, de modo habitual e permanente, em local exposto a níveis de ruído acima do limite de tolerância nos perí-

dos alegados, conforme conclusão do laudo técnico às fls. 13/14, considerando atividades exercidas sob condições especiais em áreas de risco habitual e permanente.

O argumento de que o laudo técnico não previa como perigosas as atividades que envolviam contato com eletricidade, não havendo direito ao demandante à conversão, não afigura-se razoável, uma vez que a classificação constante dos Anexos I e II do Decreto 53.831/64 e Anexo do Decreto 83.080/79 não é exaustiva, de acordo com entendimento firmado pela jurisprudência de nossos tribunais, no sentido de que tal classificação é exemplificativa.

O tempo de serviço será disciplinado pela lei vigente à época em que efetivamente prestado, passando a integrar o patrimônio jurídico do trabalhador, como direito adquirido. A lei nova que venha a regular a matéria de modo diferente, tornando de forma mais difícil o cômputo do tempo de serviço, não pode ser aplicada retroativamente, em razão da intangibilidade do direito adquirido.

Por conseguinte, eventual alteração no sistema ocorrida posteriormente, mesmo que não mais reconheça aquela atividade como especial, não retira do segurado o direito à contagem do tempo de serviço na forma anterior, porque já inserida em seu patrimônio jurídico. Assim, é permitida a conversão de tempo de serviço prestado sob condições especiais em comum, para fins de concessão de aposentadoria, desde que anterior a 28/05/1998.

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL PARA O COMUM. CABIMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 20/98. TEMPO DE SERVIÇO INFERIOR A 30 ANOS. DECLARAÇÃO DA NATUREZA INSALUBRE DO TRABALHO. APELAÇÃO DO INSS E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS. APELAÇÃO DO AUTOR PREJUDICADA.

1. Revogadas as Ordens de Serviço nºs 600/98, 612/98 e 623/99, não convertida em lei a revogação do § 5º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91 pelo artigo 32 da Medida Provisória nº 1.663-15/98, e editadas as Instruções Normativas nºs 49/2001 e 57/2001, houve

reconhecimento jurídico, pelo INSS, de que é possível a conversão do tempo especial para o comum segundo a legislação vigente à época do exercício do trabalho especial.

2. (...). Entre 09.04.1973 e 10.12.1974 é aplicável o quadro a que se refere o artigo 2º do Decreto n.º 53.831, de 25/03/1964, cujo código 1.1.6 considera insalubre atividades com exposição a níveis de ruído superior a 80 decibéis. Portanto, tendo o autor, em toda a jornada diária de trabalho, sido submetido, no período de 09/04/1973 a 10/12/1974, a ruídos superiores a 80 decibéis, de forma habitual e permanente, foram insalubres as atividades executadas nesse período.

3. A partir de 1º de março de 1979, quanto aos níveis de ruído, incide o Anexo I ao Decreto nº 83.080, de 24/01/1979, que, de um lado, por força do seu artigo 4º, entrou em vigor a partir de 1º de março de 1979, e, de outro lado, por força de seu artigo 3º, revogou as disposições em contrário, considerando no código 1.1.5 insalubre a exposição a ruídos acima de 90 decibéis.

(...)"

(TRF 3ª R. – 1ª T. – AC 623666 – SP – Rel. Des. Fed. Clécio Braschi – DJU 06/12/2002 p. 399).

“RECURSO ESPECIAL – PREVIDENCIÁRIO – TEMPO DE SERVIÇO – ATIVIDADE INSALUBRE – CONTAGEM ESPECIAL PARA FINS DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA – POSSIBILIDADE – EXIGÊNCIA DE LAUDO PERICIAL – LEIS 9.032/95 E 9.528/97 – DESNECESSIDADE EM RELAÇÃO AO SERVIÇO PRESTADO NO REGIME ANTERIOR AO DA LEI Nº 8.213/91 – ARTIGO 28 DA LEI Nº 9.711/98 – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. O direito à contagem, conversão e averbação de tempo de serviço é de natureza subjetiva, enquanto relativo à realização de fato continuado, constitutivo de requisito à aquisição de direito subjetivo outro,

estatutário ou previdenciário, não havendo razão legal ou doutrinária para identificar-lhe a norma legal de regência com aquela que esteja a vigor somente ao tempo da produção do direito à aposentadoria, de que é instrumental.

2. O tempo de serviço é regido pela norma vigente ao tempo da sua prestação, conseqüencializando-se que, em respeito ao direito adquirido, prestado o serviço em condições adversas, por força das quais atribuía a Lei vigente forma de contagem diversa da comum e mais vantajosa, esta é que há de disciplinar a contagem desse tempo de serviço.

3. Sob a égide do regime anterior ao da Lei nº 8.213/91, a cada dia trabalhado em atividades enquadradas como especiais (Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79), realizava-se o suporte fático da norma que autorizava a contagem desse tempo de serviço de forma diferenciada, de modo que o tempo de serviço convertido restou imediatamente incorporado ao patrimônio jurídico do segurado, tal como previsto na Lei de Regência.

4. A imposição legal da efetiva exposição aos agentes nocivos (Leis nºs 9.032/95 e 9.528/97), mediante laudo pericial, só deve ser observada em relação ao tempo de serviço prestado sob a sua égide.

5. (...).

6. Recurso parcialmente conhecido, mas improvido”.

(STJ – RESP 491338 – RS – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 23.06.2003 – p. 00457).

“PREVIDENCIÁRIO – RECURSO ESPECIAL – APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO – CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM – POSSIBILIDADE – LEI Nº 8.213/91 – LEI Nº 9.032/95 – LEI Nº 9.528/97.

- A Lei nº 9.032/95, que deu nova redação ao art. 57 da Lei nº 8.213/91, acrescentando seu § 5º, permitiu a conversão do tempo de serviço especial em co-

mum para efeito de aposentadoria especial.

- Com a edição da Medida Provisória nº 1.523, de 11/10/1996, transformada na Lei nº 9.528, de 10/12/1997, foi alterado o art. 58 da Lei nº 8.213/91, passando-se a exigir a comprovação da exposição a agentes nocivos, através de formulário emitido pela empresa ou preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico ou engenheiro de segurança do trabalho.

- No caso em exame, o tempo de serviço exercido em condições especiais, que se pretende converter em tempo comum, é anterior a 20/04/1995, portanto, anterior à Lei nº 9.528/97.

- Assim, inexistindo previsão legal, é inexigível a apresentação de laudo técnico, como requisito para o reconhecimento de tempo de serviço exercido em condições especiais.

- Precedentes desta Corte.

- Recurso conhecido, mas desprovido”.

(STJ – RESP 421201 – RS – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Scartezini – DJU 03/02/2003).

Comprovadas por perícia técnica as atividades insalubres prejudiciais à saúde e à integridade física, deve esse tempo ser reconhecido para efeito de conversão especial em comum para fins de aposentadoria. No caso em apreço, é de se reconhecer o direito do demandante à conversão do tempo de serviço exercido sob condições especiais nos períodos analisados, computando o total de 18 anos, 2 meses e 28 dias, aplicando-se o fator de conversão 1.40, perfazendo o total de 25 anos e 6 meses, somados ao tempo comum, 7 anos e 4 meses, computa o total de 32 anos e 10 meses, tempo implementado em 27/05/1998, data limite para a pretendida conversão.

É de se ressaltar, porém, que, na hipótese em tela, conforme análise acima exposta, em tal contexto acerca do tempo de serviço computado, o demandante não faria jus à aposentadoria por tempo de serviço, com proventos integrais, por falta de preenchimento do requisito pertinente ao lapso temporal. No entanto, como ele postulou o reconhecimento do tempo de serviço prestado sob

circunstâncias insalubres e, conseqüentemente, a concessão da aposentadoria especial, cabe ser deferido o seu pedido apenas em relação ao reconhecimento do tempo efetivamente exercido sob condições especiais.

Diante do exposto e reportando-me aos fundamentos dos precedentes retrotranscritos, dou parcial provimento à apelação, tão-somente para reconhecer o tempo de serviço exercido em condições insalubres pelo apelante.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 318.633-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: IZAÍAS PINHEIRO PEIXOTO MAIA
Advogado: DR. RIVANILDO SILVA MOREIRA (APDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. ALEGAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DO BEM ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL POR MEIO DE UMA PROCURAÇÃO PÚBLICA OUTORGANDO AO EMBARGANTE (COMPRADOR) PODERES PARA A VENDA DO IMÓVEL. INOCORRÊNCIA DA DITA TRANSFERÊNCIA.

- O embargante sustenta que “adquiriu” o bem penhorado antes do ajuizamento da execução fiscal, com base em mera procuração outorgada com vistas à venda do bem penhorado, passada em cartório de notas.

- É consabido que o instrumento do contrato de mandato não possui o condão de transferir a propriedade de imóvel do mandante para o mandatário, mormente quando naquele instrumento inexistente permissão expressa do mandante para que o mandatário possa contratar consigo mes-

mo, na qualidade de terceiro.

- O embargante, desse modo, não é e nunca foi proprietário do bem penhorado que jamais deixou o domínio do executado, sendo o embargante mero administrador do bem, enquanto não concluído o contrato de mandato, com a efetivação do negócio jurídico subjacente, justajacente ou sobrejacente.

- Apelação e remessa oficial providas.

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, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 7 de outubro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Cuida-se de recurso de apelação interposto pela Fazenda Nacional contra a sentença exarada pelo MM. Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciário do Rio Grande do Norte, a de julgar procedente a demanda deduzida nos embargos de terceiro opostos por Izaías Pinheiro Peixoto Maia, para o fim de desconstituir a penhora realizada sobre o imóvel de propriedade do embargante.

Sustentou o ora apelado haver adquirido o imóvel penhorado em 1990, em virtude de compra feita ao Senhor Rogério Fernandes Xavier Costa e seu cônjuge, Senhora Ivone da Costa Tenório, tendo recebido apenas em 1994 o instrumento de procuração do executado, outorgando-lhe poderes para efetivar a transferência do imóvel de sua propriedade. Afirmou que alugou o referido imó-

vel para a sociedade TV Pontanegra Ltda. em dezembro de 1991 e que tal fato seria uma prova inequívoca da compra do referido imóvel no ano de 1990, alegando, ainda, que teria deixado de efetivar a transferência do bem para a sua propriedade naquele ano, porque o executado, antigo proprietário, naquela época, já estaria inadimplente com as Fazendas Nacional, Estadual e Municipal.

A Fazenda Nacional alegou que não houve a alienação do imóvel ao embargante, porque este seria mero detentor de procuração visando à venda do bem e, ainda que se considerasse a transferência do bem válida, seria o caso de fraude à execução, nos termos do art. 185 do CTN, porque a alienação do imóvel teria ocorrido quando já existia crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa, ressaltando que o próprio embargante, ao confessar o motivo por que teria deixado de transferir o imóvel para o seu nome, teria demonstrado a existência do *consilium fraudis*.

O nobre Julgador monocrático julgou procedentes os embargos, restando assim ementado o seu pronunciamento aqui fustigado:

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL, TRIBUTÁRIO E CIVIL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL ANTES DO AJUIZAMENTO DE EXECUTIVO FISCAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROCEDÊNCIA.

- A pessoa que sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, não sendo parte no processo, poderá requerer lhes sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos.

- Em se tratando de débitos tributários, presume-se fraudulenta a alienação de bens por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução, fraude que não se configura apenas quando reservados bens do devedor suficientes ao total pagamento do débito, devendo-se resguardar os direitos do adquirente de boa-fé.

- Não configura fraude à execução a alienação de bem em data anterior à citação do executado, principalmente se naquele momento o executivo fiscal

ainda não houvesse sido ajuizado.
- Procedência do pedido”.

Aduz a Fazenda Nacional em seu apelo que a aquisição do bem penhorado pelo embargante sequer foi concretizada, dado que mero detentor de uma procuração visando à venda do referido bem, considerando, ainda, que, acaso se considere a transferência válida, estaria configurada a fraude à execução, nos termos do art. 185 do CTN, bem como da inexistência de prova da reserva de bens suficientes do devedor para o pagamento da dívida inscrita, salientando que a “alienação” do bem se deu em data posterior à inscrição do débito em Dívida Ativa, período já abrangido pela presunção de fraude à execução, que tem como marco inicial a inscrição do débito nos registros de Dívida Ativa da União.

Foram apresentadas as contra-razões do apelado.

Duplo grau de jurisdição obrigatório.

É o relatório.

VOTO

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

De início, é necessário destacar ser indubioso que o promitente-comprador, quitada ou não a promessa de compra e venda, registrada ou não, não é proprietário do bem imóvel objeto da avença. Pelo menos no Direito Brasileiro, a transferência da propriedade imobiliária (acordo de transmissão), nos negócios *inter vivos*, se dá pela transcrição do título no registro próprio. Ademais, nenhuma dúvida séria subsiste quanto ao fato de que a promessa de compra e venda gera para o promitente-comprador direito pessoal de exigir do promitente-vendedor a venda do imóvel (obrigação de fazer). Aliás, Pontes de Miranda demonstrou às escâncaras, no *Tratado de Direito Privado*, que, em que pese a lei se referir a direito real, jamais a promessa de compra e venda é suscetível de gerar direito real, dada a própria natureza obrigacional de seu objeto, sendo imprecisão técnica do legislador enxergar direito real na mera oponibilidade *erga omnes* decorrente da inscrição do pré-contrato no registro imobiliário. Nesta ordem de idéias, ainda é lícito lembrar que nem a escritura definitiva tem o condão de operar a

transferência da propriedade imobiliária, senão com o registro, donde não se poder atribuir tal efeito ao compromisso preliminar.

Conseqüência inafastável desta primeira constatação irrefutável é a de que o promitente-vendedor permanece proprietário do imóvel prometido em venda até que cumpra a obrigação assumida no contrato definitivo de venda, transferido ao comprador a propriedade, mediante a inscrição do acordo de transmissão no registro imobiliário. Se o promitente-comprador não é AINDA proprietário do imóvel, forçoso reconhecer que dita propriedade é do promitente-vendedor. Até o derradeiro ato (transcrição) o bem imóvel integra o patrimônio do alienante.

Embora verdadeiro esse raciocínio – ninguém discute isso –, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem flexibilizando o instituto para reconhecer que o possuidor, encontrando-se na posse mansa e pacífica do imóvel, tem legitimidade para opor embargos de terceiro, com base em contrato de compra e venda não inscrito no registro de imóvel, visando à exclusão do bem objeto da penhora no processo de execução, onde não era parte. Tal orientação, estampada na Súmula 84 daquela Corte de Justiça, modificando entendimento anterior, autoriza o possuidor a opor embargos de terceiro com base no título de sua posse, garantindo que os mesmos sejam recebidos e processados, não se imiscuindo aquele epítome no mérito das demandas que varia de caso a caso. Não se pode confundir admissibilidade dos embargos com procedência dos embargos, como, *data maxima venia*, pretendeu boa parte da jurisprudência.

Na hipótese vertente, inexistente uma promessa de compra e venda, o que há para sustentar a posse do embargante é uma mera procuração outorgada com vistas à venda do bem penhorado, passada em cartório de notas. Ora, é consabido que tal instrumento não possui o condão de transferir a propriedade do imóvel do mandante para o mandatário, mormente quando no mandato inexistente permissão expressa do mandante para que o mandatário possa contratar consigo mesmo, na qualidade de terceiro.

Desse modo, o embargante não é e nunca foi proprietário do bem penhorado. Este jamais deixou o domínio do executado, sendo o embargante mero administrador do bem, enquanto não con-

cluído o objeto do mandato, consoante, aliás, se pode colher dos documentos acostados aos autos, porquanto o mandatário não adquire a posse própria, nem a propriedade, adquire normalmente a posse imprópria, possuindo apenas o poder outorgado pelo mandante de dispor do bem, além dos demais poderes necessários ao exercício do mandato, não passando pelas suas mãos, em momento algum, a propriedade do imóvel.

Ademais, ainda que não se reconheça aqui fraude à execução, como bem assinalou o nobre julgador monocrático, é inconteste o *consilium fraudis* na hipótese, quando o embargante na sua exordial assevera com todas as letras que “*deixou de efetuar a transferência definitiva do imóvel em apreço para a sua propriedade na época oportuna, ou seja, no ano de 1990, data de aquisição do mesmo, em decorrência dos vendedores já nominados se encontrarem naquela época inadimplentes com o fisco federal, estadual e municipal*” (fls. 04), muito embora essa questão somente possa ser discutida em sede própria.

Mercê do exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial, para julgar improcedentes os presentes embargos, mantendo a penhora sobre o bem em questão. Invertam-se os ônus da sucumbência.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 324.367-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(CONVOCADO)
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ – UFC
Apelado: JOSÉ OSVALDO BESERRA CARIOCA
Rec. Adesivo: JOSÉ OSVALDO BESERRA CARIOCA
Advogados: DRS. DAURIAN VAN MARSEN FARENA E OUTROS
(APTE.) E HÉLIO DAS CHAGAS LEITÃO NETO
(APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. PROFESSOR DE UNIVERSIDADE. RESTAURAÇÃO

DE CONTRATO SUSPENSO. POSSIBILIDADE. TRANSFORMAÇÃO EM CARGO PÚBLICO APÓS ADVENTO DO RJU. DESCABIDO O PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO DO CARGO NO PERÍODO VINDICADO. PRECEDENTES.

- Os contratos temporários não foram albergados pelo regime estatutário, instituído pela Lei nº 8.112/90, todavia, a situação do autor não se enquadra na vedação ínsita em seu art. 243, haja vista que, embora o contrato discutido na presente lide fosse temporário, o mesmo restou, indubitavelmente, prorrogado, por prazo indeterminado, após a deliberação do Conselho Central de Administração, que entendeu pela suspensão do mesmo, enquanto perdurasse o impedimento do titular de exercer suas atividades.

- Conclui-se que o vínculo existente entre o ora recorrido e a apelante, na Escola de Engenharia, mantido em razão do contrato suspenso, com o advento do RJU, foi transformado em cargo público, desde a publicação da lei, conforme reza o § 1º do citado dispositivo.

- Inolvidável o direito do autor à averbação, em seus assentamentos profissionais, da transformação do seu emprego de Professor da Escola de Engenharia em cargo estatutário da mesma denominação, a partir da vigência do RJU.

- Não se cuida o caso vertente de reintegração do servidor ao cargo, posto que não houve demissão. Trata-se, apenas, de restauração de um vínculo empregatício que se encontrava suspenso, em razão da impossibilidade do exercício cumulativo dos dois cargos de professor, face à incompatibilidade de carga horária (regime de tempo integral).

- Cabe afirmar que, desde a sua aposentação, em 1996, o autor poderia ter tido o seu vínculo empregatício restabelecido, o que só ocorreu em 1998. Não se pode, contudo, considerar como

devida a remuneração do cargo durante este interstício, pois a remuneração constitui contra-prestação decorrente do exercício do cargo. Por conseguinte, somente a partir do efetivo exercício é que o autor faz jus à remuneração.

- O simples reconhecimento ao direito de ser empossado não tem o condão de gerar obrigação remuneratória para o Estado se, efetivamente, inexistiu labore facto. (TRF – 4ª Região. AC 557007 – RS. Processo nº 200171100035549. Relator Juiz Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – 3ª Turma. Data da decisão: 27/05/2003).

- Não aproveitam ao autor os documentos acostados aos autos, como prova de que esteve vinculado à Universidade-ré, haja vista que esses documentos apenas atestam que, no período vindicado, ele se encontrava como bolsista do CNPQ, junto à UFC, para desenvolvimento de projeto de pesquisa, havendo, inclusive, requerido a bolsa na qualidade de professor aposentado. Daí não ser possível alegar qualquer vínculo empregatício com a entidade e, tampouco, efetivo exercício do cargo, a ensejar a percepção da remuneração pretendida.

- Apelação e remessa oficial providas, em parte, e recurso adesivo provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, à apelação e à remessa oficial e dar provimento ao recurso adesivo, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 2 de outubro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA – Relator
Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(Convocado):

Cuida-se de ação ordinária ajuizada por José Osvaldo Beserra Carioca contra a UFC – Universidade Federal do Ceará.

Segundo o promovente, ainda ao tempo do regime celetista, era Professor concursado de duas cadeiras na UFC, datando seus contratos de admissão dos anos de 1970, o primeiro de Auxiliar de Ensino do Instituto de Química (23/03/70) e o segundo de Auxiliar de Ensino da Escola de Engenharia (06/07/70). Ocorre que, em 02/12/1970, a Câmara de Administração do Conselho Central de Administração da UFC deliberou sobre pedido do Diretor do Instituto de Química para que o ora autor e outro colega seu fossem colocados à disposição daquele instituto, considerando que exerciam, neste e na Escola de Engenharia, as mesmas funções, cumulativamente e em regime de dedicação exclusiva. Assim, por decisão unânime do Colegiado, foi aprovado Parecer, no sentido de que fosse suspenso um dos dois contratos de trabalho, enquanto os docentes estivessem cumprindo tempo integral no exercício de outra função, lhes sendo assegurado o direito ao retorno à função de que estiveram afastados, desde que cessado o motivo desse afastamento. Por conseguinte, foi suspenso o contrato com a Escola de Engenharia, passando o autor a exercer apenas o cargo de Professor Titular do Departamento de Química Analítica e Físico-Química da UFC, com a mesma jornada de tempo integral, ressalvado o direito de retornar ao exercício de Professor da Escola de Engenharia, tão logo cessado o motivo da suspensão, naturalmente com todas as vantagens que tenham sido, em sua ausência, atribuídas à categoria a que pertencia (art. 471 da CLT).

Posteriormente, o autor foi aprovado em concurso público para Professor Assistente do Instituto de Química (1973) e para Professor Adjunto do mesmo órgão (1976), ocorrendo sua ascensão, em julho de 1980, por via de concurso público, para o cargo de Professor Titular do Departamento de Química Analítica e Físico-Química da UFC, no qual se deu sua aposentação em 13 de março de

1996, ocasião em que cessou, definitivamente, o motivo da suspensão do seu contrato de trabalho junto à Escola de Engenharia, razão pela qual requereu formalmente, em 04/12/95, ou seja, antes da homologação de sua aposentadoria, sua volta à cadeira de Professor Auxiliar de Ensino da Faculdade de Engenharia, o que só veio a ser deferido em 1º de março de 1998. Sustenta, entretanto, que, quando entrou em vigor o RJU, por força do disposto no seu art. 243, § 1º, c/c o art. 1º, que instituiu o regime estatutário também para as autarquias federais, de logo a UFC deveria ter operado a transformação do emprego celetista em cargo estatutário, e assim deveria ter procedido a Universidade, em face do Parecer que foi aprovado garantindo o seu retorno, não havendo a ré observado seus direitos aflorados a partir de 13.03.1996, dia imediato ao de sua aposentadoria, e quando deveria ter reassumido sua cadeira na Escola de Engenharia. Destaca, ainda, que nunca deixou de trabalhar no *campus* da UFC, em seu mister de Professor, de tal maneira que tem direito inalienável às remunerações devidas ao seu cargo de Professor Adjunto, Nível 1 de Doutor, a partir de 13 de março de 1996, e não apenas a contar de 1º/03/1998. Diante do exposto, requer seja a demandada condenada a registrar, em seus assentamentos profissionais, a transformação do seu emprego de Professor da Escola de Engenharia em cargo estatutário de mesma denominação, a partir da vigência do RJU, e, caso assim não seja entendido, seja a promovida condenada a proceder a essa averbação a partir de 14 de março de 1996, dia imediato ao da aposentadoria no cargo de Professor Titular, e no qual deveria ter reassumido suas funções relativas ao cargo de Professor Adjunto, na Escola de Engenharia, em regime de tempo integral. Por fim, pugna que seja a ré condenada a pagar, com juros e correção de lei, os vencimentos atinentes a esse cargo, com todas as vantagens, no período de 14 de março de 1996 até 28 de fevereiro de 1998, este o dia anterior à data em que tardiamente a UFC materializou seu direito.

A UFC contestou o pleito, afirmando que a narrativa empreendida pelo autor, na exordial, é fundamentalmente correta, entretanto, demonstra uma certa incompreensão da situação da Universidade em relação a ele. Defende a autarquia que o regime de dedicação exclusiva que o autor assumiu em 1970 e que motivou a

suspensão do segundo contrato, terminou de fato em junho de 1976, quando o próprio docente mudou o regime de para 40 horas semanais, somente retornando ao regime de em 1985, restando tal fato devidamente comprovado nos autos, sem qualquer prova que o contraditasse. Consta-se, portanto, que, já a partir de 1976, o requerente poderia ter solicitado sua reassunção ao cargo de que, supostamente, encontrava-se suspenso. Se assim não o fez, requerendo-a somente após a aposentação, certamente foi por escolha e decisão pessoal sua. Daí não se poder inferir que a Universidade tenha necessariamente que indenizá-lo pelo intercorrente hiato.

Réplica às fls. 119/121.

Memoriais ofertados pelo autor às fls. 144/146.

Razões finais apresentadas pela UFC às fls. 148/151.

O magistrado *a quo* julgou procedente o pedido, sob o fundamento de que a única controvérsia existente nos autos reside em se saber se o autor tem, ou não, direito a perceber a remuneração do período compreendido entre a aposentadoria de seu primeiro cargo público, ocorrida em 08/03/1996, e a data de seu efetivo retorno ao quadro estatutário da UFC como Professor Adjunto (08.03.1998). Segundo ele, o promovente só estaria obrigado a requerer seu retorno às atividades do emprego do segundo contrato de trabalho após se aposentar do cargo público que ocupava até 1996. É que, conforme admite a própria UFC, até aquele ano, o autor vinha trabalhando como Professor Titular do Departamento de Química Analítica e Físico-Química, em regime de tempo integral e dedicação exclusiva. Nestas condições, não se poderia exigir do servidor a formulação de pretensão para retornar ao exercício do segundo cargo público. De qualquer modo, a própria Universidade reconheceu que o promovente requereu, antes mesmo do deferimento da aposentadoria relativa ao primeiro cargo público, o seu imediato retorno ao exercício do emprego de Professor Auxiliar de Ensino junto à Escola de Engenharia da UFC em 14/12/95. Caindo, assim, por terra, o único argumento da autarquia promovida, no sentido de não pretender pagar a remuneração do autor referente ao período compreendido entre 08/03/1996 e 1º/03/1998. Esclarece, por fim, não existir qualquer óbice à percepção cumu-

lativa dos proventos de aposentadoria do primeiro cargo público do promovente com a remuneração do segundo cargo público, ambos de Professor, face ao que preconiza o art. 37, XVI, a, da Constituição Federal.

Irresignada, a UFC interpõe recurso de apelação, alegando que, em verdade, a decisão da autarquia de considerar ainda existente e em vigor o contrato de Auxiliar de Ensino e readmitir o recorrido como Professor Adjunto, se foi feliz em relação à reconhecida qualificação profissional do docente, não se revestiu de perfeição jurídica. É que tal contrato, tendo sido celebrado por tempo determinado e suspenso ainda em vigor, extinguiu-se de pleno direito com a promulgação da Lei nº 8.112/90. Isso porque os contratos de trabalho celebrados por prazo determinado e já extintos pelo decurso do tempo não foram recepcionados pelo novo regramento jurídico inaugurado pela Lei nº 8.112/90, havendo simplesmente caducado pelo fato de estarem não mais ocupados na data da entrada em vigor daquele diploma, não havendo que se falar em transformação, nos precisos termos do *caput* do art. 243 da referida Lei 8.112/90, o qual veda expressamente a prorrogação dos contratos então em vigor. E o fator principal do apelo é que o recorrido não prestou serviços à autarquia no período de março/96 a fevereiro/98, razão pela qual não há que se falar em pagamento de remuneração quanto a este período.

O promovente, por sua vez, interpôs recurso adesivo, para que a UFC seja condenada a registrar nos assentamentos funcionais do recorrente a transformação do seu emprego de Professor da Escola de Engenharia em cargo estatutário da mesma denominação, a partir da vigência da Lei nº 8.112/90, mercê do disposto no seu art. 243, § 1º, com as vantagens subseqüentes; além de, para a hipótese de assim não conceder, seja a autarquia condenada a proceder a essa averbação a partir de 14 de março de 1996, dia imediato ao da aposentadoria no cargo de Professor Titular, e no qual deveria ter reassumido suas funções relativas ao cargo de Professor Adjunto, na Escola de Engenharia, em regime de tempo integral.

Contra-razões às fls. 174/181.

Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório.

Os autos foram redistribuídos ao Desembargador Geraldo Apoliano, em razão da aposentadoria do Desembargador Relator.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(Relator Convocado):

Ab initio, devemos nos ater ao vínculo relativo ao primeiro cargo do autor, se, com o advento do RJU, ele se manteve ou não válido. Então, vejamos.

Como já foi dito, o autor ocupava o cargo de Auxiliar de Ensino do Instituto de Química (23/03/70) e de Auxiliar de Ensino da Escola de Engenharia (06/07/70), quando, em 02/12/1970, a Câmara de Administração do Conselho Central de Administração da Universidade Federal do Ceará deliberou no sentido de que fosse suspenso um dos dois contratos de trabalho, enquanto o docente estivesse cumprindo tempo integral no exercício de outra função, assegurando-lhe, todavia, o direito ao retorno à função de que estivera afastado, desde que cessado o motivo desse afastamento. Por conseguinte, o contrato com a Escola de Engenharia foi suspenso, passando o autor a exercer apenas o cargo de Professor Titular do Departamento de Química Analítica e Físico-Química da UFC.

Defende, o promovente, que, com sua aposentadoria, em 13/03/1996, no cargo de Professor Titular do Departamento de Química, cessou, definitivamente, o motivo da suspensão do seu contrato como Professor da Escola de Engenharia, razão pela qual requereu formalmente, em 04/12/95, sua volta à cadeira de Professor Auxiliar de Ensino da Faculdade de Engenharia, o que só veio a ser deferido em 1º de março de 1998.

Ressalte-se, aqui, que a suspensão do contrato vindicado se deu sob a vigência do regime celetista. Destarte, se impõe observar se o mesmo foi, ou não, recepcionado pela nova legislação, no caso, o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, instituído pela Lei nº 8.112/90.

Eis o que reza o referido diploma:

“Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, **exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.**

§ 1º **Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação**”. (Grifos nossos).

Ressai, portanto, que os contratos temporários não foram albergados pelo novo regime, todavia, a situação do autor não se enquadra na vedação ínsita no dispositivo adrede citado, haja vista que, embora o contrato discutido na presente lide fosse temporário, o mesmo restou, indubitavelmente, prorrogado, por prazo indeterminado, após a deliberação do Conselho Central de Administração, que entendeu pela suspensão do mesmo, enquanto perdurasse o impedimento do titular de exercer suas atividades. Assim, conclui-se que o vínculo existente entre o ora recorrido e a apelante, na Escola de Engenharia, mantido em razão do contrato suspenso, com o advento do RJU, foi transformado em cargo público, desde a publicação da lei, conforme reza o § 1º do referido dispositivo.

Inolvidável, pois, o direito do autor à averbação, em seus assentamentos profissionais, da transformação do seu emprego de Professor da Escola de Engenharia em cargo estatutário de mesma denominação, a partir da vigência do RJU.

Quadra aqui salientar que não se cuida, o caso vertente, de reintegração do servidor ao cargo, uma vez que não houve demissão. Trata-se, apenas, de restauração de um vínculo empregatício que se encontrava suspenso, em razão da impossibilidade do exer-

cício cumulativo dos dois cargos de professor, face à incompatibilidade de carga horária (regime de tempo integral).

Cabe afirmar, portanto, que, desde a sua aposentação, em 14 de março de 1996, o autor poderia ter tido o seu vínculo empregatício restabelecido, e isto só ocorreu em 1º/03/1998. Não se pode, contudo, considerar como devida a remuneração do cargo durante este interstício, pois a remuneração constitui contraprestação decorrente do exercício do cargo. Por conseguinte, somente a partir do efetivo exercício, *in casu*, 1º/03/1998, é que o autor faz jus à remuneração.

Esse mesmo raciocínio é o que vem sendo adotado nos diversos tribunais pátrios, como se pode constatar nos julgados de seguintes ementas:

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PRESCRIÇÃO. CANDIDATO APROVADO NÃO SERVIDOR PÚBLICO, EMPOSSADO EM VIRTUDE DE SENTENÇA. VENCIMENTOS ATRASADOS.

1. A prescrição de vencimentos e vantagens é de 5 anos e atinge somente as parcelas vencidas, não o fundo do direito.

2. O servidor público só tem direito à remuneração após a posse e exercício normal das funções do cargo. **Não há que falar em vencimento se não houve exercício, vez que a retribuição pecuniária paga pelo estado corresponde a uma contraprestação de serviço, *labore facto*”.**

(TRF – 4ª Região. Apelação Cível. Processo nº 89.04.07976-4/PR. Relator Juiz Doria Furquim – 2ª Turma. Data da decisão: 12/11/1991).

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DA UNIÃO. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE IDADE MÍNIMA. ILEGALIDADE RECONHECIDA POR DECISÃO JUDICIAL. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO.

1. **Sendo o direito à remuneração consequência do efetivo exercício da função, visto serem os vencimentos inerentes ao cargo, o direito à**

sua percepção somente se verifica após o efetivo exercício.

- Quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.538-MT, deliberou o Eg. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

‘EMENTA: FUNCIONALISMO. REMUNERAÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE DADA A INEXISTÊNCIA DE EFETIVO EXERCÍCIO.

I - A remuneração de funcionário é um direito que se corporifica tão-somente com o efetivo exercício do cargo para o qual fora nomeado.

II - **Simple reconhecimento ao direito de ser empossado não tem o condão de gerar obrigação remuneratória para o estado se, efetivamente, inexistiu *labore facto*.**

III - Recurso parcialmente provido’.

(*in* Revista *LEX* - Jurisprudência do STJ, v. 17, p. 104).

- Em seu voto, disse o eminente Relator, *verbis*:

- ‘(...) Não há se conceber remuneração pelo efetivo exercício de função, se, sequer, o impetrante houvera sido empossado. O efetivo exercício é uma consequência da posse.

- Aliás, a investidura em cargo público é um ato complexo, que tripartindo-se, assim se apresenta: a) nomeação; b) posse; c) exercício.

- Após, e somente então, concluírem-se as três etapas, é que existiria o direito do servidor público à remuneração, que nada mais é que a contrapartida pelos serviços prestados.

- Sem cabimento, portanto, a obrigação de se remunerar pessoa sem existência do vínculo funcional’.

(*In* Revista *LEX* - jurisprudência do STJ, vol. 17, p. 109).

- O ministro Paulo Brossard, em parecer quando exercia o cargo de Consultor-Geral da República, transcreve aresto proferido pelo STJ, quando do julgamento do RE nº 72.733, julgado em 30.11.73, ver-

sando idêntico caso, *verbis*:

- 'Indenização. Código Civil. Art. 159. Candidato que, tendo reconhecido seu direito à nomeação, em mandado de segurança, teve os direitos políticos cassados e não tomou posse no cargo. Pedido de pagamento de despesas de viagem e dos honorários de advogado, na impetração da segurança. Inadmissibilidade, porque não devidos os honorários e desnecessárias as despesas. Pedido de pagamento de vencimentos. Vencimentos não devidos, à falta de posse e exercício. Recurso não conhecido'. (*In, Pareceres da Consultoria Geral da República*, Imprensa Nacional, Brasília, 1988, v. 96, p. 139).

- Em seu voto, salientou o saudoso Ministro Rodrigues Alckmin, *verbis*:

- 'O só fato de ter o recorrente reconhecido o direito à nomeação não lhe dava o de perceber vencimentos ou computar tempo de serviço. Era de mister, ainda que à nomeação se seguisse a posse e o exercício (e é de notar que só nomeação não estabelece, necessariamente, o direito à posse), porque os vencimentos constituem contraprestação decorrente do exercício do cargo'. (*In op. cit.*, v. 96, p. 139).

- Outro não é o entendimento da doutrina: Ruy Cirne Lima, *in Princípios de Direito Administrativo*, 6ª ed., Revista dos Tribunais, 1987, p. 169, nº 12; Themístocles Brandão Cavalcanti, *in O Funcionário Público e seu Regime Jurídico* (Comentários ao Estatuto dos Funcionários Públicos), Editora Borsoi, Rio, 1958, t. II, p. 18; J. Guimarães Menegale, *in o Estatuto dos Funcionários*, Forense, 1962, v. I, p. 358, nº 306; Hely Lopes Meirelles, *in Direito Administrativo Brasileiro*, 14ª ed. Rev. dos Tribunais., 1989, p. 396.

- Dessa forma, *in casu*, não se encontra configurada a responsabilidade objetiva da União, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, pois a autora somente teve reconhecido o seu direito a participar da 2ª etapa do concurso em 18/03/98, sendo, posteriormen-

te, aprovada no certame e nomeada. Por conseguinte, somente a partir do exercício efetivo da função faz jus aos vencimentos, que constituem, como já demonstrado, contra-prestação decorrente do exercício do cargo.

- Ademais, enquanto permaneceu em situação *sub iudice*, não poderia a autora participar do concurso, em igualdade de condições com os demais candidatos que preencheram os requisitos do edital, tendo a Administração de aguardar o desfecho do processo judicial, na forma do art. 37, II, da CF/88.

- Ora, a autora participou da 2ª etapa do concurso por força da decisão judicial, e, uma vez aprovada, foi nomeada, não se configurando o ato ilícito a gerar direito à indenização.

- A respeito, leciona Renato Alessi, *in La Responsabilità Della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè - Editore, Milano, 1951, pp. 299/300, *verbis*:

- *'Non se potrà perciò, di regola, farsi questione di violazione di diritti soggettivi nel caso:*

a) di illegittima nomina di elementi estranei nel posto superiore resosi vacante, ancorchè gli aspiranti alla promozione abbiano un legittimo interesse ad impugnare il provvedimento al giudice amministrativo;

b) di illegittimo mutamento di organici ovvero di condizioni richieste per la promozione;

c) di illegittima esclusione di candidati da esami o scrutini predisposti per la promozione;

d) de illegittimità formale e sostanziale nel procedimento seguito nella valutazione del merito in vista della promozione.

- *In tutti questi casi interessati hanno evidentemente la possibilità di reagire, e forse ben efficacemente, contro il provvedimento illegittimo lesivo del loro interesse mediante il ricorso al giudice amministrativo, ma neppure dopo l'eventuale annullamento da parte di quest'ultimo del provvedimento impugnato, può ritenersi competere ad essi un'azione di danni, in quanto in nessuno dei casi passati in rassegna si*

può vedere la valorizzazione do diritto vero e proprio spettante all'impiegato: in particolare non del diritto alla promozione, che non sussisteva nè prima del l'emanazione del provvedimento illegittimo, nè dopo l'annullamento dello stesso, in quanto che la promozione - sia prima dopo - era e rimane pur sempre subordinata alla valutazione discrizionale del merito dell'impiegato. Ammettere una risarcibilità del danno (commisurato alla differenza di stipendio nel periodo durante il quale è stata ritardata la promozione effettiva a motivo del provvedimento stesso o addirittura dopo l'eventuale promozione successivamente conseguita, significa ammettere una rissarcibilità, per noi inammissibile, di semplici interessi legittimi e quindi sovvertire il fondamento dell'istituto della responsabilità, fondamento che, come sappiamo, anche nel diritto pubblico è da risercarci nella violazione di un diritto soggettivo. Mentre, ripeto, nei casi esaminati un vero e proprio diritto alla promozione non ha mai avuto vita - nè pure come semplice diritto affievolito - onde in sostanza si verrebbe a rissarcire la semplice lesione di un interesse'.

2. Provimento da apelação e da remessa oficial". (TRF – 4ª Região. AC 557007- RS. Processo nº 200171100035549. Relator Juiz Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – 3ª Turma. Data da decisão: 27/05/2003). (Grifos nossos).

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. EXCLUSÃO DE PROCESSO FUNCIONAL ANULADA POR DECISÃO JUDICIAL. RECEBIMENTO DAS DIFERENÇAS ENTRE A REMUNERAÇÃO DO CARGO QUE DEVERIA ESTAR EXERCENDO E A DO QUE EFETIVAMENTE EXERCEU. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não há que se cogitar receber as diferenças salariais havidas entre o cargo de auditor e o de engenheiro se não houve, durante o período vindicado, o efetivo desempenho das atribuições daquele.

2. Vencimento é a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei. Exercício é o efetivo desempenho das atribuições do cargo (Lei nº 8.112/90, arts. 40 e 15).

3. Eventual indenização, decorrente de nomeação e posse em desconformidade com o critério de contemporaneidade com os atos referentes aos colegas de concurso depende de comprovação da época de nomeação e posse desses, inexistente nos autos.

4. Apelo a que se nega provimento”.

(TRF – 1ª Região. AC - Apelação Cível – 01373718 - DF. Processo nº 199301373718. Relator Juiz José Henrique Guaracy Rebêlo - Conv. – 1ª Turma Suplementar. Data da decisão: 05/03/2002). (Grifos nossos).

Destaque-se, ainda, que não aproveitam ao autor os documentos acostados aos autos, às fls. 77/78, como prova de que esteve vinculado à Universidade-ré, ora apelante, haja vista que esses documentos apenas atestam que, no período de 1º/08/96 a 31/07/98, ele se encontrava como bolsista do CNPQ, junto à UFC, para desenvolvimento de projeto de pesquisa, havendo, inclusive, requerido a bolsa na qualidade de professor aposentado. Daí não ser possível alegar qualquer vínculo empregatício com a entidade e, tampouco, efetivo exercício do cargo, a ensejar a percepção da remuneração pretendida. Além do mais, como bolsista, percebia a verba a esta destinada.

Resulta, então, descabida a alegação de que nunca deixou de trabalhar no *campus* da UFC, em seu mister de Professor e, assim, fazer jus aos vencimentos devidos ao seu cargo de Professor Adjunto, Nível 1 de Doutor, a contar de 13 de março de 1996.

Diante do exposto, dou provimento, em parte, à apelação e à remessa oficial e dou provimento ao recurso adesivo.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 325.790-SE

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI
Apelante: MUNICÍPIO DE ARACAJU - SE
Apelado: LUIZ CARLOS DANTAS
Assistente: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. ANA EMILIA ALMEIDA PIRES LEAL E OUTROS
(APTE.) E WELLINGTON DE OLIVEIRA CAMPOS
E OUTRO (APDO.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IPTU. ART. 32 DO CTN. IMÓVEL QUE PREENCHE AS CONDIÇÕES PARA ENQUADRAR-SE COMO URBANO. ART. 15 DO DECRETO-LEI Nº 57, DE 18/11/66, QUE MITIGA A APLICAÇÃO DO ART. 32 DO CTN, EXCLUINDO A INCIDÊNCIA DO IPTU SOBRE A PROPRIEDADE DE BENS IMÓVEIS QUE SEJAM UTILIZADOS NA EXPLORAÇÃO EXTRATIVA VEGETAL, AGRÍCOLA, PECUÁRIA OU AGROINDUSTRIAL. INAPLICABILIDADE NO CASO. PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL QUE NÃO COMPROVA A CONDIÇÃO DE PRODUTOR RURAL PARA OS FINS DO ART. 15 DO DL 57/66. PROCURAÇÃO OUTORGADA AO ADVOGADO DO AUTOR ONDE O MESMO SE AUTO-INTITULA COMO COMERCIANTE E NÃO PRODUTOR RURAL. LEI QUE DEVE SER INTERPRETADA FINALISTICAMENTE. FOTOS CONSTANTES AOS AUTOS, FLS. 51/53, QUE DEMONSTRAM UMA PROPRIEDADE BEM CUIDADA, TRATADA COM ESMEIRO NO CORTE DA GRAMA, NA PINTURA DE SUA ENTRADA E NA SUA CONSERVAÇÃO. NÃO PARECE, NEM UM POUCO, COM UMA PROPRIEDADE DEDICADA À EXPLORAÇÃO AGRÍCOLA, ASSEMELHANDO-SE A UMA CHÁCARA DE LAZER E RECREIO. A DOUTRINA, POR SEU TURNO, NÃO VEM ACEITANDO A ALTERAÇÃO DO ART. 32 DO CTN PELO ART. 15 DO DECRE-

TO-LEI Nº 57, DE 18/11/66. NESSE SENTIDO HUGO DE BRITO MACHADO LECIONA: “Por isso, entendemos não ser legítima a alteração feita pelo Decreto-Lei nº 57, de 18/11/1966, e pela Lei nº 5.858, de 12/12/1972, que modificou o mencionado decreto-lei. Em se tratando de disciplinar conflitos de competência tributária, o instrumento hábil é a Lei Complementar. Já na vigência da Constituição anterior era assim, por força de seu art. 18, § 1º, e continua sendo assim atualmente, por força do estipulado no art. 146, item I, da Constituição Federal de 1988. Continuam, portanto, em vigor os §§ 1º e 2º, do art. 32, do Código Tributário Nacional, que cuidam da matéria”. (Comentários ao CTN, *Atlas, 2003, p. 361*). - *Apelação e remessa oficial providas. Sentença reformada.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional 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, 2 de março de 2004 (data do julgamento).

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI:

Trata-se de apelação interposta pelo Município de Aracaju contra sentença lavrada pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe que julgou procedente a ação movida pelo apelado, garantindo-lhe o direito de não contribuir para o IPTU, face não ter considerado urbana a localidade onde o imóvel encontra-se situado.

O Município de Aracaju interpôs apelação, alegando, resumidamente, que pela infra-estrutura do local onde o imóvel do apela-

do encontra-se situado, nos termos da legislação tributária, é devido o recolhimento do IPTU. Invocou o disposto no art. 29 do CTN e a Lei nº 873/82 do Município de Aracaju. Fez uso da doutrina e da jurisprudência e, ao final, requereu o provimento do recurso e a reforma da sentença atacada.

O apelado apresentou contra-razões, fls. 88/89, nas quais requereu o desprovimento do recurso interposto.

A União Federal, na qualidade de assistente, apresentou contra-razões, fls. 91 e segs., nas quais, em suma, invocou o disposto no art. 15 do Decreto-Lei nº 57, de 18/11/66, o qual mitiga a aplicação do art. 32 do CTN (o qual define zona urbana para os fins de cobrança do IPTU). Teceu considerações diversas e, ao final, requereu o desprovimento do recurso interposto.

É o relatório.

Dispensada a revisão. Incluam-se em pauta.

VOTO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI (Relator):

A questão central debatida nestes autos refere-se ao enquadramento da localização do imóvel do apelado como área urbana, passível de cobrança do IPTU pelo Município de Aracaju.

O art. 32 do Código Tributário Nacional dispõe:

“Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

§ 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal, observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II - abastecimento de água;
III - sistema de esgotos sanitários;
IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;
V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel construído.

§ 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior”.

Verifica-se, sem dificuldades de interpretação, que a localidade onde se situa o imóvel do apelado atende aos requisitos previstos na legislação tributária, cancelando a cobrança do IPTU. Constatou-se a existência de Lei Municipal (Lei nº 873/82, de 01 de outubro de 1982), fls. 47, fato não contestado pelo apelado ou assistente, cuja norma define como área urbana a localidade onde o imóvel se acha localizado. Constatou-se, ainda, pelas fotografias constantes aos autos, fls. 51/53, que o imóvel encontra-se às margens de rodovia pavimentada, com iluminação pública, água encanada e escola pública há menos de 03 (três) quilômetros da propriedade (fls. 47).

O imóvel possui todas as condições para se caracterizar como urbano e, conseqüentemente, não haver obstáculo para a cobrança do IPTU.

Ocorre, no entanto, que a União suscitou em suas contra-razões o disposto no art. 15 do Decreto-Lei nº 57, de 18/11/66, o qual dispõe:

“Art 15. O disposto no art. 32 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, **não abrange o imóvel** de que, comprovadamente, **seja utilizado em exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agro-industrial**, incidindo assim, sobre o mesmo, o ITR e demais tributos com o mesmo cobrados”.

O apelado demonstrou, pelos documentos constantes às fls. 17/27, que realizou a venda de produtos rurais entre 29/09/97 e 30/01/2001.

Trata-se de 11 notas fiscais emitidas em período de mais de 03 (três) anos, cujos valores variam entre R\$ 56,00 (fls. 25) e R\$ 441,00. Embora o imóvel possua 3,3 hectares, verifica-se que são valores baixos para um imóvel empregado na exploração agrícola.

As fotos constantes aos autos, no entanto, fls. 51/53, refletem uma propriedade bem cuidada, tratada com esmero no corte da grama, na pintura de sua entrada e na sua conservação, **não parece, nem um pouco, com uma propriedade que se dedica à exploração agrícola, assemelhando-se a uma chácara de lazer e recreio.**

De fato, os valores das notas fiscais constantes aos autos são nitidamente insuficientes para a manutenção do imóvel nas condições em que o mesmo se apresenta, **de modo que não identifico, para os fins do art. 15 do Decreto-Lei nº 57, de 18/11/66, que o imóvel é utilizado para exploração agrícola.**

É de se observar que a legislação, no caso, deve ser interpretada finalisticamente, posto que foi editada para proteger aqueles produtores rurais cujas propriedades foram tragadas pelo crescimento das cidades e não possuíam condições de recolher o oneroso IPTU. O caso, no entanto, é diverso, a propriedade, pelas fotografias constantes aos autos, não tem sua utilização pautada na exploração agrícola, nem teria como ser mantida, nas condições das fotografias, com os valores das vendas agrícolas comprovadas nos autos.

É interessante observar que o autor, na presente inicial, se auto-intitula como Produtor Rural, mas na procuração de fls. 09 já se auto-intitula como Comerciante.

Deve-se ressaltar que o Decreto-Lei nº 57/66 foi editado antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1967, de modo que o Código Tributário Nacional, na época, não possuía o *status* de lei complementar.

A doutrina, no entanto, que não vem aceitando a alteração do CTN pelo mencionado Decreto-Lei. Nesse sentido, Hugo de Brito

Machado (Comentários ao CTN, Atlas, 2003, p. 361):

“Por isso, entendemos não ser legítima a alteração feita pelo Decreto-Lei nº 57, de 18/11/1966, e pela Lei nº 5.858, de 12/12/1972, que modificou o mencionado decreto-lei. Em se tratando de disciplinar conflitos de competência tributária, o instrumento hábil é a Lei Complementar. Já na vigência da Constituição anterior era assim, por força de seu art. 18, § 1º, e continua sendo assim atualmente, por força do estipulado no art. 146, item I, da Constituição Federal de 1988. Continuam, portanto, em vigor os §§ 1º e 2º, do art. 32, do Código Tributário Nacional, que cuidam da matéria”.

Pelos diversos aspectos analisados, não vislumbro como enquadrar o imóvel do apelado como rural, restando, portanto, sem empecilho a cobrança do IPTU pelo Município de Aracaju.

Com essas considerações, dou provimento à apelação e à remessa oficial e reformo a sentença atacada para julgar improcedente a pretensão formulada na inicial. Inverto os ônus sucumbenciais.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 327.203-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Apelado: LUIZ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA
Advs./Procs.: DRs. JOÃO CYRILLO S. DA SILVEIRA NETO E OUTROS (APTE.) E DORGIVAL TERCEIRO NETO E OUTRO (APDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CONCURSO DE PROGNÓSTICOS. PERDA DO RECIPO.

- Viabilidade da prova de que efetivada a aposta

pelo autor na agência lotérica de que era cliente. Utilização de indicadores relativos às datas de nascimento e casamento que conferem com os números sorteados.

- Declaração da agência lotérica. Recusa da ré em fornecer cópia do bilhete premiado, posteriormente afirmando sua incineração.

- Cautelar visando à retenção do valor premiado. Inexistência de perigo de demora.

- Improvimento da apelação da Caixa Econômica Federal e do recurso adesivo.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação da CEF e ao recurso adesivo da parte, 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, 7 de outubro de 2003 (data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

A Caixa Econômica Federal apela ante sentença do MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Paraíba, Dr. Alexandre Costa de Luna Freire, que julgou procedente pedido de pagamento de prêmio referente ao prêmio do sorteio nº 375 da Sena Posterior, realizado em maio de 1995, no valor de R\$ 314.000,00. Alega, em resumo, que cumpriu o que determina a Portaria nº 129, de 26/05/81, ao exigir do autor a entrega da parte do bilhete da aposta denominada recibo.

O autor, por sua vez, interpõe recurso adesivo ante a decisão de improcedência da ação cautelar de retenção do valor premiado.

Contra-razões pelo improvimento.

Por se tratar de matéria predominantemente de direito, dispensei revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

O autor comprovou que os números sorteados na loteria Sena Posterior foram 9, 11, 18, 24, 25 e 32 (f. 103), que a TV Cabo Branco realizou filmagem em sua residência, da qual consta a informação sobre a perda do bilhete, que as datas de nascimento, casamento e outras ligadas à sua família correspondem aos números sorteados, e declaração do agente lotérico no sentido de que o demandante era cliente do estabelecimento.

O prêmio, realmente, saiu para aposta feita na agência em que o autor afirma que a realizou e da qual era cliente. A Caixa Econômica Federal, apesar de citada da ação cautelar e da ação de conhecimento e intimada a apresentar cópia do bilhete, não o fez, e, mais tarde, alegou a incineração, ocorrida quando em curso tais ações. Houve apenas um ganhador, e somente o autor se apresentou para recebimento, que foi recusado.

Entendo, como o Magistrado sentenciante, que as regras comuns de experiência, ante a prova documental produzida, revelam a sinceridade da conduta do demandante e a efetivação da aposta. A exigência de apresentação do recibo cede, no caso, à constatação da perda. Nesse sentido, indico os seguintes precedentes deste Tribunal:

“EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 120424/AL

Relator: JUIZ GERALDO APOLIANO Turma: PL

Relator para acórdão: JUIZ NAPOLEÃO MAIA FILHO (SUBSTITUTO)

Julgamento: 15/09/1999 Publicação: 23/06/2000

Fonte: DJ Pag: 000120

Rip: 9805470326

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. JOGO PREMIADO EM LOTERIA A CARGO DA CEF.

EXTRAVIO DO VOLANTE DA APOSTA PREMIADA. ADMISSÃO DA PROVA DO JOGO POR OUTROS MEIOS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. ART. 131 DO CPC. SUPERAÇÃO DO SISTEMA DA PROVA TARIFADA. IMPROVIMENTO DO RECURSO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS CONTRA QUESTÃO DECIDIDA À UNANIMIDADE EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INCABIMENTO DO RECURSO.

I. A exigência de que a comprovação de certos fatos relevantes para o julgamento da causa se pudesse fazer através de determinados meios probatórios era o ponto de apoio do antigo sistema da prova legal e constituía mesmo o seu núcleo, mas se trata de concepção já superada na ciência do processo, que hoje segue o princípio do livre convencimento motivado do juiz, acolhido de forma expressa pelo CPC vigente (art.131).

II. Sem minimizar a inegável relevância da prova legal, o sistema do livre convencimento judicial motivado serve melhor ao ideal da máxima amplitude da jurisdição, chegando mesmo a ferir o seu conceito a limitação dos meios probatórios, que se identifica como técnica odiosa de impedimento de acesso ao Judiciário.

III. Sendo impossível a exibição da prova documental normalmente exigida para comprovação da realização de aposta lotérica na CEF, dado o extravio do respectivo volante, admite-se a demonstração do jogo por outros meios probatórios, inclusive o testemunhal, máxime quando o sorteio contemplou acertador solitário que não tem concorrente na premiação.

IV. Havendo sido apreciada, em sede de embargos de declaração, questão objeto de embargos infringentes, a qual fora decidida à unanimidade, não mais cabe sua apreciação em sede de embargos infringentes.

V. Embargos infringentes opostos pela CEF - Caixa Econômica Federal improvidos. Embargos infringen-

tes opostos pelo litisconsorte passivo não conhecidos, por incabíveis”.

“APELAÇÃO CÍVEL Nº 120424/AL

Relator: JUIZ LÁZARO GUIMARÃES Turma: 02

Julgamento: 14/04/1998 Publicação: 05/06/1998

Fonte: *DJ* Pag: 000497

Rip: 9705252890

EMENTA: CIVIL. LOTERIA. PERDA DO COMPROVANTE DA APOSTA. RECONHECIMENTO. ATO COM BASE EM PROVA INEQUÍVOCA. APELO PROVIDO”.

“APELAÇÃO CÍVEL Nº 129169/SE

Relator: JUIZ CASTRO MEIRA Turma: 01

Julgamento: 10/08/2000 Publicação: 27/10/2000

Fonte: *DJ* Pag: 001482

Rip: 9705449783

EMENTA: CIVIL. LOTERIA. APOSTA APÓS O ENCERRAMENTO DO PRAZO. CARTÃO ONDE, POR EQUÍVOCO, CONSTOU O NÚMERO DO CONCURSO ANTERIOR. OS DADOS REGISTRADOS NO CARTÃO DE APOSTA GOZAM DA PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* DE VALIDADE.

Caso em que foi demonstrado que, embora constando o sorteio como de nº 854, por defeito na máquina lotérica, ocorrência imediatamente registrada na repartição policial, as apostas respectivas foram colhidas após a realização desse sorteio, pelo que somente poderiam participar do sorteio seguinte, de nº 855.

Apelação improvida”.

Quanto ao recurso adesivo, é inegável que o pedido de retenção do valor premiado não guarda adequação ao requisito do dano irreparável, porquanto se trata de dinheiro e a requerida é empresa pública com plena capacidade de satisfazer o débito.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo da Caixa Econômica Federal e ao recurso adesivo.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.790-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT
(CONVOCADO)
Apelante: GESSER AGRA CARIRI CAETANO
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Advogado: DR. BISMARCK MARTINS DE OLIVEIRA (APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 171, § 3º, C/C ART. 71, AMBOS DO CPB. PAGAMENTO INDEVIDO DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS. PRELIMINARES REJEITADAS.

- Desnecessário o exame de todas as teses apresentadas pela defesa, desde que fortemente analisado o conjunto probatório dos autos.

- Rejeitada a preliminar de nulidade da sentença em razão de exacerbação da pena, já que devidamente analisadas as circunstâncias judiciais que levaram à aplicação da pena acima do mínimo legal.

- Autoria e materialidade comprovadas através de provas testemunhais que atestam o atendimento fraudulento.

- Caracterizado o estelionato através do pagamento indevido pela autarquia previdenciária de serviços não prestados pela Casa de Saúde, na qual o acusado era diretor.

- Vencido, em parte, o Relator que entendia ser possível a redução da pena-base.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 30 de setembro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (Convocado):

O Ministério Público ofereceu denúncia contra João Caetano dos Santos, Gesser Agra Cariri Caetano, José Aurino de Barros Filho e Hindemburgo Nunes de Figueiredo como incurso nas penas do art. 171, § 3º, do CPB, c/c art. 71 do mesmo diploma legal.

Consta na denúncia que:

“Em dezembro de 1982, considerando o teor de procedimentos internos denunciando irregularidades verificadas nos atendimentos médicos realizados na “CASA DE SAÚDE DR. BRASILEIRO”, sediada em Campina Grande/PB, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS designou Comissão para apurar. Tais atendimentos eram procedidos no contexto do credenciamento concedido pelo Instituto à Casa de Saúde, por cujos termos cabia àquele o pagamento do total dos gastos (remuneração dos serviços, custo dos medicamentos e dos materiais).

No seu RELATÓRIO FINAL, a Comissão concluiu pela ocorrência de ‘...excessivo número de atendimentos e exames radiológicos, bem como laudos médicos contraditórios e exames não justificados (...). Pessoas foram atendidas, procurando o hospital por motivos traumáticos, ou melhor, para uma simples consulta ambulatorial, mas que seu prontuário de atendimento revela um laudo médico falso e com Raio X desnecessário. Este caso demonstra a gravidade da infração cometida pelo referido hospital na cobrança de contas fantasmas, laudos técnicos forjados e exames desnecessários (...). (Fls. 520/523, v. 30)’ ”. (Fls. 03).

A denúncia foi recebida em relação aos acusados João Cae-

tano dos Santos e Gesser Agra Cariri Caetano em 14 de setembro de 1993. (Fls. 1.109).

Em 20 de abril de 1994, conforme se depreende do despacho à fl. 1.135, a denúncia foi recebida em relação aos acusados José Aurino de Barros Filho e Hindemburgo Nunes de Figueiredo. Ocorre, todavia, que o MM. Juiz da 1ª Vara da Paraíba, acolhendo a alegação de prescrição retroativa proposta pelos acusados, considerou extinta a punibilidade pelos fatos imputados na peça acusatória, pelo decurso de prazo superior a 4 (quatro) anos entre os fatos ditos como delituosos (1982) e o recebimento da denúncia (1984).

Às fls. 1.178/1.181, o douto Juiz *a quo* declarou extinta a punibilidade em virtude da prescrição retroativa em relação ao acusado João Caetano dos Santos, porque “teve a seu favor a redução do prazo prescricional para 6 (seis) anos, atingindo assim a pretensão punitiva do Estado, antes do recebimento da denúncia, à vista de contar, atualmente, com mais de 70 anos de idade”.

Alegações finais apresentadas pela acusação às fls. 1.423/1.427 e pela defesa às fls. 1.433/1.446.

A MM. Juíza da 1ª Vara da Paraíba, Drª Iolete Maria Fialho, julgou procedente a denúncia, condenando o acusado Gesser Agra Cariri Caetano nas penas do art. 171, § 3º, do CPB, c/c art. 71 do mesmo diploma legal, à pena de 7 anos e 9 meses de reclusão e 50 dias-multa.

Irresignado, apela o acusado, pugnando, em preliminar, pela nulidade da sentença por omissão de exame da tese levantada pelo apelante nas suas razões finais e pela exacerbação do aumento da pena; e, no mérito, pela reforma da sentença, já que não há nos autos prova da consumação do crime de estelionato, pois não houve obtenção por parte do apelante de qualquer vantagem.

Contra-razões apresentadas. (Fls.1.590/1.598).

Parecer ofertado nesta instância, às fls. 1.603/1.610, pela manutenção da sentença.

É o relatório. À revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (Relator Convocado):

Em suas razões recursais, alega o apelante, em preliminar, que a sentença deve ser declarada nula em razão de não ter sido examinada a tese levantada pelo apelante nas suas alegações finais e em virtude da exacerbação do aumento da pena imposta na sentença; e, no mérito, pugna pela reforma do julgado, já que não consta nos autos prova de que o crime de estelionato fora consumado, pois não houve obtenção de qualquer vantagem por parte do apelante.

Quanto à preliminar de inobservância de todas as teses da defesa, é de se ressaltar, inicialmente, que o juiz não está obrigado a examinar todas as teses invocadas pelas partes, nem, tampouco, a se ater aos fundamentos indicados por elas. Assim, já decidiu o STJ, conforme se depreende da sentença que trago à colação:

“CRIMINAL. HC. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. OMISSÃO DA SENTENÇA QUANTO ÀS TESSES DA DEFESA. INOCORRÊNCIA. DECRETO CONDENATÓRIO QUE REFUTOU TODAS AS ALEGAÇÕES DEFENSIVAS PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DOSIMETRIA. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO VAGA. OMISSÃO QUANTO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. SANEAMENTO VIA *HABEAS CORPUS*. ANULAÇÃO DA SENTENÇA QUANTO À DOSIMETRIA, MANTIDA A CONDENAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Não se tem como omissa a sentença condenatória que, embora não se referindo, expressamente, às teses da defesa, fundamenta a condenação com base nos elementos probatórios reputados válidos para caracterizar os crimes narrados na denúncia e sua autoria.

(...)

Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator”.

(STJ, 5ª T., HC-24992-RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, julg. à unan. em 20/02/03 e publ. em 22/04/03).

Quanto à preliminar de nulidade da sentença em razão da exacerbação da pena, entendo que também não merece acolhida.

Inicialmente, é de se destacar que a sentença, ao individualizar a pena, observou o disposto no art. 59 do Código Penal, fazendo, inclusive, referências a cada circunstância judicial.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

“É indispensável, sob pena de nulidade, a fixação da pena-base, com apreciação e fundamentação das circunstâncias judiciais, sempre que a pena for aplicada acima do mínimo legal.” (STF, *RTJ* 121/101; RHC 66,751, *DJU* 3.3.89, in *Código Penal Comentado*, 5ª ed., Ed. Renovar, pág. 106).

Trago, por oportuno, jurisprudência dos TRF's - 3ª e 4ª Regiões:

“PENAL. PROCESSO PENAL. ESTELIONATO PRACTICADO CONTRA O INAMPS. RÉU E ADVOGADO INTIMADOS DA EXPEDIÇÃO DA CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DAS TESTEMUNHAS DE DEFESA. DOSIMETRIA DA PENA FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE EIVA NA SENTENÇA. PRELIMINARES DE NULIDADE REJEITADAS. AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO COMPROVADAS. CRIME CONSUMADO. EXACERBAÇÃO DA SANÇÃO CORRETAMENTE REALIZADA. RECURSO DA DEFESA NÃO PROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA.

(...)

3. A dosimetria da pena levada a efeito pelo Magistrado *a quo* está robustamente fundamentada, não padecendo a sentença de qualquer vício formal. Preliminares de nulidade rejeitadas.

(...)

7. A pena-base foi, acertadamente, exacerbada, tendo em vista o fato de que o apelante era diretor-administrativo do hospital, tendo poder de mando em relação aos co-réus, tendo, ele próprio, preenchido e assinado várias guias ideologicamente falsas para fraudar o INAMPS.

8. Recurso improvido. Sentença mantida”.

(TRF 3ª Reg., 5ª T., Rel. Juíza Ramza Tartuce, julg. à unan. em 15/10/02 e publ. em 19/11/02).

“PENAL. PROCESSO PENAL. ESTELIONATO. DOSIMETRIA DA PENA.

(...)

2. Circunstâncias judiciais devidamente sopesadas e motivadas, correta fixação da pena corporal acima do mínimo legal. A primariedade e os bons antecedentes, por si só, não criam direito público subjetivo do condenado à pena mínima legalmente prevista.

(...)

6. Apelação provida parcialmente, para diminuir a sanção pecuniária”.

(TRF 4ª R., 1ª T., ACR-9504405401-PR, Rel. Juiz Gilson Dipp, julg. à unan. Em 5/03/96 e publ. em 03/04/96).

Quanto ao mérito propriamente dito, examino a existência ou não do delito de estelionato.

Estabelece o art. 171, § 3º do CPB:

“Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa.

§ 3º A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência”.

Para configuração do mencionado delito, faz-se necessário

que haja vantagem ilícita e prejuízo alheio. No caso, em examine, depreende-se que o acusado, ao rubricar fichas de atendimento médico- ambulatorial irregulares, estava obtendo vantagens para a instituição de saúde na qual era diretor, ao mesmo tempo em que estava causando prejuízo à autarquia previdenciária, que efetuava o pagamento por serviços não prestados.

Segundo depoimentos de funcionários da Casa de Saúde Doutor Francisco Brasileiro, a assinatura aposta nas guias de atendimento questionadas partiram do punho do acusado Gesser Agra Cariri Caetano.

Trago, por oportuno, trecho dos depoimentos dos ex-funcionários daquela Casa de Saúde:

“(...) que as assinaturas apostas no campo ‘ASSINATURA DO MÉDICO OU ODONTÓLOGO’ e constantes das guias de atendimento de fls. 447, 450, 471, 480 e 498, ao que tudo indica, partiram do punho do Dr. Gesser, esclarecendo que a forma em que as mesmas são apresentadas é resultante da pessoa de sua feitura (...)”. (Depoimento de Amilton Ribeiro Batista, às fls. 823).

“(...) que, em virtude dos conhecimentos que tinha no seu dia a dia de trabalho na Casa de Saúde Dr. Francisco Brasileiro, durante sete anos, pode afirmar que as assinaturas apostas no campo ‘ASSINATURA DO MÉDICO OU ODONTÓLOGO’, constantes nas guias de atendimento médico-ambulatorial de urgência, de fls. 447, 459, 471, 480 e 498, partiram do punho do Dr. Gesser Agra Cariri Caetano; que era o próprio declarante quem levava as guias de atendimento médico-ambulatorial de urgência para a sala da Diretoria do Hospital, a fim de serem assinadas pelo Sr. Diretor (...)”. (Depoimento de José Pereira de Oliveira, às fls. 824/825).

Da mesma maneira, foi elucidativo o depoimento do médico Petrônio Daniel de Vasconcelos, às fls. 1.208/1.210, que afirma ser da responsabilidade do acusado o encaminhamento das contas hospitalares para o INAMPS, conforme se depreende de seu

depoimento em Juízo:

“(...) que, na época dos fatos, cabia ao acusado Gesser Agra Cariri Caetano o encaminhamento das contas ambulatoriais ao extinto INAMPS, providas dos diversos departamentos do hospital; que, com relação às contas de atendimento médico-ambulatorial de urgência, estas eram pagas pelo extinto INAMPS exclusivamente ao hospital; que, apenas quanto aos procedimentos cirúrgicos, havia divisão de pagamento, discriminada entre hospital e médico (...)”.

Irene Barreto Cruz Nogueira, funcionária do ex-INAMPS, em seu depoimento prestado em Juízo, às fls 1.254, afirmou que:

“(...) a depoente, algumas vezes, recebeu a determinação de fazer diligências junto a pessoas que teriam sido atendidas na Casa de Saúde Dr. Francisco Brasileiro; que recebia as fichas e procurava diretamente os pacientes nas residências, sendo que alguns não eram localizados nos endereços; que, em face do tempo decorrido, não se recorda dos nomes dos pacientes e dos casos mencionados; que alguns pacientes procurados pela depoente narravam não se recordar de ter se submetido a radiografias; que a depoente sempre ia acompanhada de uma outra enfermeira (...)”.

É de se esclarecer, ainda, que de acordo com o próprio INAMPS, através do Of. nº 513-000.0/56, a Casa de Saúde Dr. Francisco Brasileiro ressarciu a importância de NCZ \$ 97.936,00 (fls. 922).

Resta, pois, configurada a prática do delito de estelionato pelo acusado, de forma continuada, desde que várias ações foram praticadas pelo mencionado acusado durante um certo intervalo de tempo.

Tenho, contudo, que, apesar de não reconhecer a nulidade pela exacerbação da pena aplicada, entendo que a pena-base foi fixada em quantidade superior à realmente devida. Assim, fixo a pena-

base em 2 anos e 6 meses de reclusão, com base no art. 171 do Código Penal, acrescida de 1/3 por força do § 3º do mencionado artigo (10 meses), em razão do delito ter sido praticado contra entidade de direito público, e aumento em 1/3 por força da continuidade delitiva, perfazendo um total de 53 meses, ou seja, 4 anos e 5 meses de reclusão.

Com essas considerações, dou parcial provimento à apelação, para reduzir a pena e fixá-la em quatro anos e cinco meses como definitiva.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.933-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: DAGOBERTO CÉSAR RODRIGUES DE OLIVEIRA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Adv./Proc.: DR. DERLI DALLEGRAVE

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO. REDUÇÃO DA PENA. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

- Provada à saciedade a materialidade e autoria do ilícito do artigo 171, § 3º, do Código Penal, resta sem reparo a condenação suportada pelo réu.

- Estando a pena muito acima do mínimo para o ilícito e não se mostrando suficientes as motivações esposadas na sentença, deve a mesma ser reformada nesse particular.

- 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 provimen-

to à apelação para reduzir a pena a 2 anos de reclusão, concedendo ao réu a suspensão condicional da pena, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que integram o presente.

Custas, como de lei.

Recife, 12 de agosto de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Dagoberto César Rodrigues de Oliveira, ante sentença condenatória oriunda da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, objetivando reduzir a pena a si imposta.

Com contra-razões pela manutenção da sentença vieram os autos, tocando-me por distribuição automática.

A Procuradoria Regional da República, pela Dra. Eliane de Albuquerque Oliveira Recena, opinou pelo provimento parcial do apelo.

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Na apreciação deste recurso, não se discute a autoria e materialidade do ilícito no qual foi condenado o réu. Discute-se apenas a dosimetria aplicada à pena, posto que a pena-base foi fixada no dobro da pena mínima definida em lei.

Quando da fixação da pena, assim decidiu o Juízo *a quo*:

“JULGO PROCEDENTE a presente ação criminal promovida contra Dagoberto César Rodrigues de Oliveira, devidamente qualificado nestes autos, para

condená-lo, por condenado tê-lo, pela prática do delito previsto no art. 171 de nosso Código Penal, com a causa especial de aumento de pena estabelecida no parágrafo terceiro deste mesmo dispositivo, e, considerando ser o mesmo primário, com antecedentes pouco recomendáveis, o motivo egoístico que o levou à prática do delito, e as demais circunstâncias e conseqüências do crime, fixo a pena-base de dois (2) anos de reclusão, que majoro de 1/3 (um terço), face à causa especial de aumento de pena prevista no parágrafo terceiro do citado art. 171 de nosso Código Penal, e, face à ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes e de outras causas especiais de aumento ou de diminuição de pena, torno definitiva a pena de reclusão por dois (2) anos e oito (8) meses, que deve ser cumprida, desde o início, no regime semi-aberto, pelo que designo a Penitenciária Agrícola de Itamaracá para o cumprimento da pena privativa de liberdade”.

O apelante insurge-se apenas quanto à fixação da reprimenda, que entende excessiva, ao argumento de que o réu é tecnicamente primário, colaciona jurisprudência e, ao final, requer:

*“Por tais razões, o apelante **requer** seja o presente RECURSO de APELAÇÃO considerado PROVIDO, para que seja reformada a r. sentença, reduzindo sua pena para a mínima cominada ao art. 171 do CP, ou seja 1 (um) ano de reclusão acrescida de 1/3 (um terço), em face do § 3º do referido diploma legal”.*

A Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento parcial do recurso, entendendo exagerada a reprimenda aplicada, nos seguintes termos:

*“É verdade que, no caso em exame, como se viu, não deixou o Juízo monocrático de considerar a primariedade do apelante, embora, ao mesmo tempo, tenha ele levado em conta, também, as demais circunstâncias judiciais que, por sua vez, implicaram na fixação do **quantum** da pena acima do mínimo*

*legal, já que se mostravam desfavoráveis ao réu. Por outro lado, é verdade que não se pode deixar de considerar o fato de serem diversos os processos a que responde o apelante pela mesma modalidade criminosa, havendo o Magistrado ressaltado, inclusive, já haver sido ele condenado, por fato semelhante ao apurado no presente processo, perante aquele mesmo Juízo da 4ª Vara, o que indica uma maior censurabilidade da sua conduta, tudo em estrita observância ao disposto no **caput** do artigo 59 do Código Penal.*

*Ocorre que, ainda que assim seja, entendemos deva a pena definitiva ser reduzida, já que resultou ela num total que corresponde exatamente ao dobro da pena prevista para o estelionato qualificado do § 3º do artigo 171 do Código Penal, o que, **data venia**, julgamos excessiva”.*

Entendo que o recurso do apelante deve ser parcialmente provido, mas não sob o fundamento exposto na peça recursal, posto que o egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu que nenhum condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo, mesmo quando for primário.

No entanto, fixando a pena-base no dobro do mínimo legal para o caso de que se cuida, a sentença merece ser reformada neste particular.

Assim, dou parcial provimento à apelação, apenas para fixar a pena-base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão que, face ao disposto no parágrafo terceiro do artigo 171 do Código Penal, majoro em 1/3 (um terço), perfazendo uma pena total de 2 (dois) anos de reclusão, a qual torno definitiva em face da inexistência de circunstâncias agravantes ou atenuantes e de causas de aumento ou diminuição.

Por fim, concedo o benefício da suspensão condicional da pena por 2 anos, com as condições para cumprimento a serem fixadas no juízo da execução.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 3.007-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Apelante: HUGO LUCIANO DE GÓIS
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Advs./Procs.: DRS. MOACIR MARTINS VELOSO E OUTRO
(APTE.)

EMENTA: PENAL. ESTELIONATO QUALIFICADO (ART. 171, § 3º, DO CP). SAQUE DO FGTS MEDIANTE FRAUDE. ACUSADO PORTADOR DO VÍRUS DO HIV. ESTADO DE NECESSIDADE. INOCORRÊNCIA.

- A insuficiência de recursos para custear tratamento médico não pode ser alçada à condição de excludente de ilicitude (estado de necessidade) quando outros meios, afora a transgressão da lei, se vislumbram para a salvaguarda do bem jurídico ameaçado, a exemplo do recurso à via judicial.

- Hipótese em que o recorrente vinha se submetendo, há 7 (sete) anos, a tratamento clínico em hospital da rede pública estadual, não se rastreando indicação da impossibilidade de adquirir medicamentos, tampouco comprovação da compra destes, o que afasta a excludente suscitada.

- Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 30 de outubro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

O recurso de apelação em apreço vergasta sentença da lavra do MM. Juízo da 13ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco (fls. 260-268), onde o recorrente, Hugo Luciano de Góis, restou condenado pela prática delituosa tipificada no art. 171, § 3º, do Código Penal, por ter intermediado, em fraude contra a CEF, o saque do valor relativo ao FGTS de Gilvan José de Santana, também denunciado e condenado.

Nas razões recursais, apresentadas já nesta instância, por defensor dativo, sustenta-se a inexistência de ilicitude na conduta do recorrente, que teria agido sob a égide do estado de necessidade, vez que, à época do delito, já portava o vírus do HIV, vendo-se forçado a delinquir como único meio de obter recursos para adquirir a medicação que o manteria vivo, posto que o fornecimento pelo Governo ainda era incipiente, alcançando poucos portadores (fls. 299-301).

Contra-razões apresentadas (cf. fls. 305-308), onde o douto Procurador Regional da República, contestando a procedência da excludente de ilicitude, argumenta:

a) inexistir prova, não só de que o recorrente carecesse, à época, de remédios ou mesmo de que realmente os tenha comprado, mas, também, da própria doença de que diz ser portador, em vista da precária documentação trazida aos autos;

b) não ter o recorrente mencionado a doença quando ouvido no inquérito, quando seria natural que a revelasse de imediato, caso a mesma fosse, de fato, a causa de seu comportamento; e

c) possuir o recorrente outros meios para a obtenção dos medicamentos, inclusive a via judicial, o que elidiria a excludente alegada, a qual pressupõe que a ação lesiva seja o único meio para afastar o perigo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Funda-se o recurso na suposta exclusão de antijuridicidade da conduta do recorrente, mercê do estado de necessidade que o teria impelido a tomar parte na fraude perpetrada contra a CEF, supostamente o único meio de obter os recursos necessários à aquisição dos medicamentos de que careceria.

Tal alegação mostra-se, definitivamente, inverossímil, pois o acervo probatório carreado aos autos não lhe deixa respiradouro.

Assim, o reconhecimento da excludente ventilada reclama prova convincente dos requisitos elencados no citado art. 24 do Código Penal, o que não sucede no caso em testilha, porquanto não está configurada a *inevitabilidade* do perigo, tal qual exige a norma regente: “*nem podia de outro modo evitar*” (art. 24, *caput*, do Código Penal).

Com efeito, a insuficiência de recursos não pode ser alçada a fundamento da ilicitude quando outros meios, afora a transgressão da lei, se vislumbram para a salvaguarda do bem jurídico ameaçado.

No âmbito deste TRF, já se decidiu nesse exato sentido, em acórdão da relatoria do eminente Desembargador Ridalvo Costa. Confira-se:

“A simples insuficiência de recursos financeiros não caracteriza o estado de necessidade previsto no art. 24 do CP, pois para que esta figura se configure é necessária a existência de um perigo atual e inevitável para um bem jurídico do agente ou de terceiro, que não tenha sido provocado voluntariamente e cujo sacrifício seja razoavelmente exigível” (RT 762/756).

Não ponho em questão, aqui, se o recorrente seria, ou não, portador do vírus do HIV à época dos fatos, posto que isso se me afigura inquestionável, à vista da declaração de fl. 252 dos autos, cuja autenticidade não foi objeto de controvérsia em primeira instância.

A aludida declaração, que ostenta o timbre da Secretaria de Saúde do Estado de Pernambuco, evidencia que o recorrente é soropositivo desde 07/07/88, encontrando-se, desde a mesma data, em tratamento clínico no Hospital Correia Picanço, situado em Recife-PE.

O recorrente, por sua vez, afirma, em seu interrogatório, que, no período a que alude a denúncia, prestava serviços à CEF como funcionário terceirizado da empresa IT (cf. fl. 87).

Logo, se o mesmo vinha se submetendo a tratamento clínico em hospital pertencente à rede pública estadual desde 1988, ou seja, 7 (sete) anos antes do delito, e, ao reverso do que afirma em suas alegações finais (fl. 250), não estava, à época, desempregado, não merece agasalho o argumento de que a única forma de custear o tratamento seria a prática de conduta definida como crime.

Se o poder público estava em mora no tocante à sua obrigação constitucional de prestar assistência médica a seus cidadãos, como afirma o recorrente (fl. 300), por que, então, não lançar mão da via jurisdicional para suprir tal omissão?

Vogando no mesmo entendimento, o egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento de apelação criminal relatada pelo Eminentíssimo Juiz Paulo Barata, deixou assentado que:

“A alegação do acusado de que a conduta criminosa foi motivada por dificuldades financeiras para atender a despesas com seu pai e com sua noiva não é suficiente para a caracterização da excludente de antijuridicidade prevista no art. 23, I, do CP, pois é requisito do estado de necessidade que a ação lesiva seja o único meio para afastar o perigo, o que não se verifica na hipótese dos autos. (...)”
(Apelação Criminal nº 98.02003280/RJ, DJU de 16/03/1999).

Ademais, não se rastreia nos autos indicação de que o recorrente estivesse, realmente, impossibilitado de adquirir medicamentos, tampouco há comprovação de que os tenha comprado, o que afasta, inexoravelmente, a excludente suscitada.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença condenatória.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 3.071-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA
Apelante: JORGE LUIZ GUIMARÃES COSTA (RÉU PRESO)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Advogada: DRA. JACINTA DE FÁTIMA COUTINHO MOURA (APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ASSALTO A MÃO ARMADA À CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ARTIGO 157, § 2º, I E II, C/C ARTIGO 70 DO CPB. CONCURSO DE PESSOAS E CONCURSO FORMAL. REINCIDÊNCIA. PRESENÇA DE VASTOS ANTECEDENTES CRIMINAIS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. VALORAÇÃO DAS PROVAS COLHIDAS NA ESFERA POLICIAL. SINTONIA COM OS DEMAIS FATOS APURADOS. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. PENA DEFINITIVA DE RECLUSÃO. REDUÇÃO. DISPENSA DA PENA PECUNIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.

- Da narrativa da peça exordial, resta indubitoso que os réus, adentrando a Agência da CEF – Avenida Agamenon Magalhães /Recife –, houveram-se em valores daquela Agência – R\$ 24.172,17 (vinte e quatro mil, cento e setenta e dois reais e dezessete centavos), bem como de bens (revólveres, trancelim de ouro, relógios) pertencentes a terceiros que ali se encontravam, donde por primeiro se verifica cuidar, a hipótese, de concursus personae e de concursus delictorum,

vez que, mediante uma única ação, cometeram vários crimes – artigo 157, § 2º, I e II, c/c art. 70 do CPB.

- Revelando os antecedentes criminais do acusado, que já fez parte do quadro da Polícia Militar deste Estado, conforme se infere das certidões acostadas aos autos, respondendo a vários processos criminais, seja pela prática de roubo qualificado – também assaltos a mão armada –, e já tendo sido pronunciado em mais de um crime de homicídio consumado, e restando comprovadas a autoria e materialidade delituosas, e em face das provas em que se apoiou a sentença para condenar o ora réu-apelante encontrarem-se em sintonia com o amplo conjunto probatório, seja na esfera policial, seja em juízo, impõe-se confirmar o decreto condenatório.

- Considerando que, na hipótese, a pena básica foi de 7 anos e que sobre a mesma a sentença fez incidir dois aumentos, cada um correspondente à metade de tal pena, é de ter-se como pena definitiva a de 7 anos mais 3 anos e 6 meses (acréscimo do § 2º, I e II, do artigo 157 do CPB) e 3 anos e 6 meses (do artigo 70 do CPB), ou seja, 14 (quatorze) anos de reclusão e não 15 (quinze) anos e 9 (nove) meses), como fixado equivocadamente na sentença.

- Necessidade de se retirar do convívio social aqueles que são dignos de maior censura, por terem o crime como meio de seus sustentos e por estar o mesmo inserido no contexto de suas vidas.

- Apelação do réu parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar parcial provimento à apelação para corrigir erro material na aplicação da pena, estabelecendo-a em 14 anos de reclusão, 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 agosto de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de apelação criminal interposta pelo réu Jorge Luiz Guimarães Costa (fls. 349/351) contra sentença (fls. 307/311) da lavra do Exmo. Juiz Federal, Dr. Antônio Bruno de Azevedo Moreira, da 4ª Vara/PE, que, julgando procedente a ação penal, condenou o acusado Jorge Luiz Guimarães Costa, vulgo “Jorge Grampão”, pela prática delituosa prevista no artigo 157, § 2º, I e II, c/c 70 do CPB, à pena de 15 (quinze) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime fechado, e 180 (cento e oitenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, aplicando referida pena de reclusão nos seguintes moldes: pena base – 7 anos de reclusão, majorada na metade pelas causas previstas no § 2º, I e II, do artigo 157 do CPB – totalizando 10 anos e 6 meses, mais o acréscimo de metade (5 anos e 3 meses), em face do concurso formal – art. 70 do CPB, por haver o acusado, mediante uma só ação, também, apossado-se de bens (revólveres, relógios, trancelins) de diversas vítimas.

Importante registrar-se, logo de início, que o douto Juiz sentenciante considerou que não só o acusado, mas vários dos integrantes de sua quadrilha, já fizeram parte da Polícia Militar do Estado de Pernambuco; a reincidência do réu na prática de crimes de assalto a mão armada; a vasta folha de antecedentes criminais (crimes de latrocínio, roubo e homicídio), já tendo sido pronunciado em mais de um crime de homicídio.

Nos fatos, segundo noticia a denúncia, o réu apelante, juntamente com outras três pessoas, duas delas mortas e a terceira não localizada e não identificada nestes autos, no dia 20 de dezembro de 1994, assaltaram a mão armada a Agência da Caixa

Econômica Federal, na Avenida Agamenon Magalhães, nesta cidade do Recife, dali subtraindo a quantia de R\$ 24.172,17 (vinte e quatro mil, cento e setenta e dois reais e dezessete centavos), e se apossando de bens de pessoas que se encontravam no interior da referida Agência bancária. O réu encontrava-se foragido, no curso da ação penal, quando foi preso e recolhido na Penitenciária Professor Barreto Campello, em Itamaracá/PE, desde 18 de junho de 2002.

A r. sentença *a quo* transitou em julgado para o Ministério Público Federal.

Nas suas razões recursais, a defensora dativa do réu insurgiu-se contra o decreto condenatório monocrático, alegando que: 1) as provas dos autos foram insuficientes à condenação; 2) há de ser dispensada a pena de multa aplicada ao acusado, posto que o mesmo, em sendo pobre na forma da lei, não tem condições de arcar com tal ônus.

Contra-razões apresentadas às fls. 355/364.

No seu Parecer (fls. 368/371), o Exmo. Procurador da República, Dr. Luciano Mariz Maia, entendendo que restaram comprovadas a autoria e materialidade do crime narrado na denúncia; que a alegação de pobreza do réu não restou provada nos autos; que os antecedentes criminais do réu são totalmente desfavoráveis ao mesmo, inclusive constando prática de outros assaltos a mão armada e tendo sido pronunciado em mais de um crime de homicídio consumado, restou por opinar, no mérito, pelo improvimento do recurso interposto, confirmando-se a sentença singular, inclusive no quanto da pena aplicada, pois necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime narrado na exordial.

Os autos seguiram ao Exmo. Desembargador Federal Paulo Roberto O. Lima, para revisão, nos termos do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Conforme noticiou o incluso relatório, cuida a hipótese de apelação criminal interposta pelo réu Jorge Luiz Guimarães Costa (fls. 349/351) contra sentença (fls.307/311) da lavra do Exmo. Juiz Federal da 4ª Vara/PE, Dr. Antônio Bruno de Azevedo Moreira, que, julgando procedente a ação penal, condenou o acusado Jorge Luiz Guimarães Costa, vulgo “Jorge Grampão”, pela prática delituosa do artigo 157, § 2º, I e II, c/c 70 do CPB, à pena de 15 (quinze) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime fechado, e 180 (cento e oitenta) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Nos fatos, segundo noticia a denúncia, o réu apelante, juntamente com outras três pessoas, duas delas mortas e a terceira não localizada e não identificada nestes autos, no dia 20 de dezembro de 1994, assaltaram a mão armada a Agência da Caixa Econômica Federal, na Avenida Agamenon Magalhães, nesta cidade do Recife, dali subtraindo a quantia de R\$ 24.172,17 (vinte e quatro mil, cento e setenta e dois reais e dezessete centavos). Noticiam, ainda, os autos que o acusado, ora apelante, conforme se infere das certidões acostadas às fls. 183/187, possui péssimos antecedentes criminais, respondendo a vários processos criminais pela prática de assalto e de homicídio consumado, tendo sido, inclusive, já pronunciado em mais de um crime de homicídio consumado.

O réu encontra-se preso na Penitenciária Professor Barreto Campello, em Itamaracá/PE, desde 18 de junho de 2002.

A r. sentença singular transitou em julgado para o Ministério Público Federal.

O douto Juiz sentenciante, ao condenar o acusado, ora apelante, nas sanções do artigo 157, § 2º, I e II, do CPB, entre outras, às fls. 307/311, assim se posicionou:

“(...) A prova contra o acusado foi testemunhal e de reconhecimento por fotografias do mesmo. Devo, agora, analisar a prova judicial do reconhecimento de pessoas e, mais especificamente, do reconhecimento por fotografias...

Estou entre os que entendem que o reconhecimento por fotografias, principalmente quando se trata de

delinqüentes profissionais , afeitos à arte de se evadir do local do crime e dificultar o seu reconhecimento pela vítima e testemunhas presenciais, embora entendendo que o processo deve se revestir de algumas precauções, como, por exemplo, sempre ser apresentado ao reconhecedor um certo número de fotografias (mais de dez), ou um álbum de fotografias, tão comum em nossas delegacias de polícia nos dias de hoje....

Sem dúvida o reconhecimento pessoal, dentro das limitações e da falibilidade humana, feito por pessoas adultas e capazes, é fonte valiosa de prova, especialmente em se tratando de crimes violentos, como acontece no caso ora em análise e julgamento, que são praticados, no mais das vezes, sem a presença de outras pessoas senão a vítima ou seus empregados.

Por isto, afastando qualquer impossibilidade de aceitar, no caso presente, como prova o reconhecimento fotográfico dos acusados feito pela testemunha – o vigilante que se encontrava na Agência da Caixa Econômica Federal quando da tentativa do assalto –, aceito como comprovado o reconhecimento do acusado por este reconhecedor...

Suficiente à prolação de sentença condenatória a existência de prova circunstancial veemente, convergente e bem concatenada, desde que não neutralizada por contra-indícios. Em face da doutrina, da jurisprudência e do sistema adotado pelo Código de Processo Penal, pode o Magistrado proferir decisão condenatória baseado, única e exclusivamente, em prova indiciária. Os indícios, em suma, são suficientes para o respaldo e embasamento de uma sentença de preceito condenatório, principalmente quando afastam qualquer hipótese favorável ao acusado.

Por conseguinte, possuem os indícios, não obstante despontem como modalidade indireta de prova, força instrutória bastante para a elucidação de fa-

tos, podendo, inclusive, por si próprios, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória. Entendo que os indícios autorizam um preceito condenatório quando por eles se alcança o máximo de probabilidade de haver o agente cometido o crime ou de ter dele participado.

Pelo que, conluo que procedente a acusação de prática do delito previsto no 157, § 2º, I e II, do Código Penal...”.

A r. sentença transitou em julgado para acusação. Sua Exa. condenou o acusado, ora apelante, tão-somente, pela prática do crime de roubo qualificado - art. 157, § 2º, I e II, do CPB.

De uma leitura da sentença, verifica-se que a mesma foi baseada na análise de todo um conjunto probatório harmônico e robusto, não tendo sido fundamentada exclusivamente nas provas colhidas no inquérito policial. A condenação do réu, ora apelante, arrimou-se em todas as provas coligidas durante a fase investigatória e na instrução criminal, incluindo-se as inquirições de testemunhas, não padecendo, assim, de qualquer nulidade.

As condutas narradas pela acusação encontram-se suficientemente provadas nos autos. Contra o acusado, ora apelante, Jorge Luiz Guimarães Costa, existem os depoimentos da testemunha Jonas Ferreira da Silva (fls. 48 e 18 verso e fls. 205/206) e do soldado da PM, que prestava segurança na agência assaltada, Orlando Fonseca (fls. 55). Militam os depoimentos dos co-réus (fls. 130/132) e o auto de reconhecimento fotográfico (fls. 76).

Ora, especial atenção deve merecer a valoração da delação. Constitui-se em meio de prova privilegiado, que, em certos casos, vale mais até que o depoimento das testemunhas. De fato, quando o co-autor de crime, que, em face de sua proximidade com os fatos, conhecendo as circunstâncias desde os atos preparatórios até a execução, participando do desiderato criminoso, confessa seu crime, apontando outros autores, devemos atribuir a tal afirmação um valor especial, bastando a menor confirmação de qualquer outro elemento de prova para que justifique uma condenação, principalmente quando o delator não busca eximir-se de sua responsabilidade pelo fato.

Importante observar que sendo o crime de roubo um crime complexo, cujo objeto jurídico é o patrimônio, tutelando-se assim a integridade corporal e a liberdade, e igualmente no roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo, denota-se não só maior periculosidade do agente, como uma ameaça maior à incolumidade física da vítima. Dentre as qualificadoras do tipo do crime de roubo, destaca-se o emprego da arma de fogo (art. 157, § 2º, I, do CPB), hipótese em que o réu foi condenado.

Em relação ao concurso de pessoas, tem-se dois ou mais indivíduos concorrendo para a prática de um mesmo crime. Nesse sentido, os agentes, ao concorrerem para a realização da infração penal, esbarram no *concursum delinquentium*. Quando um sujeito, mediante, unidade ou pluralidade de ações ou de omissões, pratica dois ou mais delitos, surge o concurso de crime – *concursum delictorum*. Se adotarmos o sistema da responsabilidade única, verifica-se que os crimes concorrem mas não se acumulam, devendo-se aumentar a responsabilidade do agente ao crescer o número de infrações. Cada novo delito que se realiza, não é fonte de uma responsabilidade nova, mas uma causa ulterior agravante da responsabilidade. Se não há cúmulo de delitos, não pode haver cúmulo de penas. A consequência direta disso é que os concorrentes devem ser tratados com unidade de pena, tomando como ponto de partida a cominada para o delito mais grave. No concurso de pessoas, quem de qualquer modo concorre para o crime, incide nas penas a este cominada, na medida de sua culpabilidade.

Existem hipóteses em que a pluralidade de agentes é da própria essência do tipo penal, daí falar-se em crime plurissubjetivo ou de concurso necessário de condutas paralelas, em que o crime só se configura com pluralidade de agentes, hipótese do crime de quadrilha ou bando, cujo bem jurídico a ser tutelado é a paz pública, não podendo a lei permitir a reunião de várias pessoas que tenham como finalidade a prática de crimes. No caso, a qualificadora no crime de roubo, a de concurso de duas ou mais pessoas, é da própria essência do tipo penal de quadrilha ou bando. Ora, ao se embasar o concurso de agentes na prática do crime de roubo na sua qualificadora, não há como ter-se tal circunstância como elemento fático a ensejar a perfeição do autor e co-autores

do tipo penal do crime de bando. Assim, há de excluir-se, *in casu*, o concurso de crime de roubo com o de quadrilha, no sentido de se evitar a duplicidade de julgamento.

Na presente hipótese, o réu, ora apelante, não foi denunciado pelo crime do artigo 288 do CPB, e Sua Excelência o condenou nas penas do artigo 157, § 2º, I e II, do CPB.

Importa acrescentar que os crimes cometidos pelo réu são de extrema gravidade, praticados com violência contra a pessoa, além da quantia roubada ter sido de expressiva monta – R\$ 24.172,17 (vinte e quatro mil, cento e setenta e dois reais e dezessete centavos). De uma leitura dos autos, seja nos depoimentos prestados, seja nos documentos de fls. 185/188, 211/219, 246/249, e dos antecedentes dos réus, percebe-se, facilmente, que o réu faz do crime meio de sustento. Assim, inegável a farta prova de materialidade e autoria, bem como o acréscimo da periculosidade dos acusados e, na hipótese, do ora acusado-apelante, requisitos que aceito, entre outros, como suficientes à condenação dos réus.

Percebe-se, desta forma, inquestionável, a participação do acusado, ora apelante, Jorge Luiz Guimarães Costa, pois há de ressaltar-se que todos os depoimentos prestados, seja das testemunhas arroladas pela acusação (fls. 12 e verso; 18 e verso e 48 e 172 e 205/206), inclusive o do Gerente da CEF, à época dos fatos, Jonas Amaro da Costa, além de se manterem interligados por um fio condutor lógico, veraz, estão em consonância com todos os demais depoimentos prestados, que positivaram a narrativa da denúncia.

Nesse sentido, têm os Tribunais Superiores entendido que “é de se reconhecer, assim, uma relativa importância aos elementos constantes do inquérito policial, principalmente no que toca aos depoimentos, às confissões, às provas periciais e documentais, mesmo quando elas, por um motivo qualquer, não venham a ser renovadas na fase judicial. Ressalte-se, contudo, que a aceitação dessa relatividade das informações constantes do inquérito policial na formação do convencimento do juiz deverão ser consideradas caso a caso, considerando-se principalmente o contexto no qual se encontrem, não se podendo, assim, proceder à sua aplicação indistintamente aqui e ali. A atualizada jurisprudência, inclu-

sive, dando um passo à frente, já reconhece algumas concessões, que, em casos especiais, devem ser abertas ao aproveitamento de elementos do inquérito policial, sem a necessidade de sua 'jurisdicionalização' ...".

A apelação do réu, no mérito, insurge-se contra o decreto condenatório monocrático, alegando que: 1) as provas dos autos foram insuficientes à condenação; 2) há de ser dispensada a pena de multa aplicada ao acusado, posto que o mesmo, em sendo pobre na forma da lei, não tem condições de arcar com tal ônus.

Ora, razão não assiste ao apelante, senão vejamos: 1) ora, não seria forçoso repetir-se que, de uma leitura da sentença, verifica-se que a mesma foi baseada na análise de todo um conjunto probatório harmônico e robusto, não tendo sido fundamentada exclusivamente nas provas colhidas no inquérito policial. A condenação do réu arrimou-se em todas as provas coligidas durante a fase investigatória e na instrução criminal, incluindo-se as inquirições de testemunhas e interrogatórios dos réus, não padecendo, assim, de qualquer nulidade. Assim sendo, afasta-se a tese da defesa de falta de provas e de incerteza para condenação posta pelo juízo singular.

Da narrativa da peça exordial, resta indubitoso que os réus, adentrando a Agência da CEF – Avenida Agamenon Magalhães / Recife – houveram-se em valores daquela agência – R\$ 24.172,17 (vinte e quatro mil, cento e setenta e dois reais e dezessete centavos), bem como de bens (revólveres, trancelim de ouro, relógios) pertencentes a terceiros que ali se encontravam, donde por primeiro se verifica cuidar a espécie não só de *concursum personae* e *concursum defictorum*, vez que mediante uma única ação cometeram vários crimes.

Primeiramente, no tocante ao *concursum defictorum*, não obstante cuide a espécie, inegavelmente, de concurso formal, resulta claro do agir dos réus que os crimes contra a propriedade dos terceiros resultaram de desígnios autônomos, vez que impossível, pura e simplesmente, que da prática do crime de roubo mediante uso de violência e arma de fogo contra a CEF, pura e simplesmente, envolver-se à ação criminosa, praticada nos mesmos moldes daquela praticada contra a CEF contra os particulares, daí porque

a hipótese seria de cuidar tal concurso formal no artigo 70, *in fine*, do CPB, como se material fosse, aplicando-se à hipótese penas cumulativas e não simplesmente causa especial de aumento.

Diante, no entanto, da resignação do Ministério Público Federal com o *decisum*, importa, tão-só, verificar se, de quando da aplicação de tais causas de aumento, no caso as constantes do § 2º, I e II, do artigo 157 do CPB e do próprio artigo 70 do CPB, a sentença se houve corretamente.

É sabido, como se deduz da leitura do artigo 68 e seu parágrafo único do CPB, que a pena-básica, em sendo aquela para cuja fixação há de atender-se ao disposto no artigo 59 e seus incisos, é aquela sobre a qual não se incidem os aumentos ou diminuições da mesma, quer determinados pelas causas especiais de aumento ou diminuição, quer por agravantes ou atenuantes, vale dizer, qualquer operação que resulte na modificação da pena-básica, em termos de aumento ou diminuição, será percentual sobre aquele valor fixado como básico, sendo, nesta hipótese, de importância, ainda, observar que em termos de diminuição o juiz só está autorizado a, em termos de pena definitiva, fixá-la, no quanto aquém da mínima cominada quando assim o autorize uma causa especial de diminuição da pena.

No caso presente, fixada como pena-básica a de 7 (sete) anos de reclusão, atendendo ao artigo 59 e incisos do CPB, os aumentos atinentes à mesma não se calculam individualmente, um e outro, sobre a pena-básica, vale dizer, em relação à primeira circunstância especial de aumento (no caso, as ditadas pelos incisos I e II do artigo 157 do CPB), que o Juiz considerou como uma, e o Juiz poderia fazê-lo, atendendo ao disposto no parágrafo único do artigo 68 do CPB, a metade de que foi acrescida à pena considerando que a pena aí, na hipótese, é a básica, tal metade equivaleu a 3 anos e 6 meses ou, em termos de meses, a 42 meses; assim, igualmente, tendo-se em consideração a segunda causa de aumento, a do concurso formal, no meu entender, de modo indevido, vez que, sendo a multiplicidade das ações criminosas dirigidas contra os particulares resultantes de desígnios autônomos, a hipótese seria de pena cumulativa, mas impossibilitado de modificá-la, à ausência do recurso da acusação, verifico que o

MM. Juiz Sentenciante se equivocou, pois tomou por base para fixação de tal aumento – do artigo 70 do CPB – não a pena-básica, mas aquela pena-básica já somada com a primeira causa especial de aumento.

Assim ocorrendo, considerando que, na hipótese, a pena-básica foi de 7 anos, considerando, por outro lado, que sobre a mesma a sentença fez incidir dois aumentos, cada um correspondente à metade de tal pena, é de ter-se como pena definitiva a de 7 anos mais 03 anos e 06 meses (acréscimo do § 2º, I e II, do artigo 157 do CPB) e 03 anos e 06 meses (do artigo 70 do CPB), ou seja, **14 (quatorze) anos de reclusão** e não 15 (quinze) anos e 09 (nove meses), como fixado equivocadamente na sentença, razão por que, embora entendendo ser sanado tal erro material, provendo assim, em parte, o recurso da defesa que deixo de acolher no tocante aos pedidos de absolvição em razão dos próprios fundamentos da sentença que autorizam a desacolher a alegada insuficiência de provas a autorizar a absolvição do réu apenado, posto que, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente (demonstrando uma periculosidade com grau de alta potencialidade de ofensa à comunidade), aos motivos (os mais baixos que normalmente se encontram na origem dos crimes contra o patrimônio), circunstâncias e conseqüências dos crimes (avultando a necessidade de forte repressão e prevenção aos vários assaltos que têm assolado o nosso País e às conseqüências danosas da proliferação desse tipo de crime, que periclitam a segurança da vida em sociedade), bem como ao comportamento da vítima (merecedores de forte repressão social), e considerando que as circunstâncias judiciais do artigo 59 e as circunstâncias legais não são favoráveis ao acusado, tenho como necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Igualmente, desacolho a apelação no tocante à dispensa de multa, pura e simplesmente, por alguém que se houve no valor de R\$ 24.172,17 (vinte e quatro mil, cento e setenta e dois reais e dezessete centavos), à época em que o valor da nossa moeda nacional corrente – real – equivaleria a 1 dólar, ou seja, 1 (hum) real era igual a 1 (hum) dólar, além de se apossar de bens pertencentes a terceiros, dever ser premiado da dispensa de multa sob a

alegação de pobreza. Desacolho referida pretensão.

Ex positis, dou parcial provimento à apelação do réu Jorge Luiz Guimarães Costa.

É o meu voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 68.121-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE - UFRN
Apelada: MARIA SUZETTE GUERRA DE SÁ
Advs./Procs.: DRS. ÉRIKA PAIVA DUARTE (APTE.) E EMMANOEL PEREIRA (APDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MAGISTÉRIO SUPERIOR. INCENTIVO FUNCIONAL. CERTIFICADO DE ESPECIALIZAÇÃO. LEI Nº 8.243/91. PORTARIA Nº 2.129/91. RESOLUÇÃO Nº 12/83. PREENCHIMENTO DE REQUISITOS. DIREITO ADQUIRIDO.

- A Lei nº 8.243, de 14/10/91, instituiu dentro da carreira do magistério superior o pagamento de 12% (doze por cento) sobre os vencimentos dos professores titulares de certificado de especialização, deixando a encargo do Ministério da Educação o reconhecimento de tal título.

- A Portaria Ministerial nº 2.129, de 12/11/91, veio estabelecer as condições necessárias ao reconhecimento do referido documento, dando como parâmetro para a sua validação a Resolução nº 12/83 do Conselho Federal de Educação.

- Imprescindível à percepção do incentivo funcional o enquadramento nos requisitos previstos na Resolução nº 12/83, não havendo que se falar em direito adquirido aos titulares de especialização

***ocorrida antes da novel legislação.
- Apelação e remessa providas.***

ACÓRDÃO

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

Custas, na forma legal.

Recife, 22 de maio de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelação e remessa oficial de sentença concessiva da segurança impetrada por Maria Suzette Guerra de Sá, ocupante do cargo de Professor Adjunto, nível 2, lotada no Departamento de Cirurgia do Centro de Ciências da Saúde – CCS da UFRN - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, visando à percepção de incentivo concedido pela Lei nº 8.243/91 aos possuidores de especialização.

A impetrante alega que, mesmo antes da Resolução 13/83 do Conselho Federal de Educação, que fixou as condições de validade dos certificados de especialização, requisito base da Portaria nº 2.129/91, regulamentadora da Lei nº 8.243/91, já possuía a Universidade Brasileira a autonomia didática e administrativa para organização de seus cursos, onde o próprio CFE, através da Portaria nº 14/77, disciplinou a matéria. Sustenta, ainda, ser inadmissível que uma lei retroaja para prejudicar um direito alcançado no ano de 1977.

O MM. Juiz *a quo* determinou ao Magnífico Reitor da UFRN que procedesse ao pagamento, em prol da impetrante, do incenti-

vo à docência, a partir de 24 de dezembro de 1998, data do ajuizamento da ação. Entendeu que as resoluções não podem disciplinar situações fáticas ocorridas anteriormente à data de sua edição, sob pena de colisão com o princípio constitucional da irretroatividade das leis e do direito adquirido.

Apela a UFRN, pugnando pela reforma da sentença, sob o argumento de que a Resolução 13/83 do Conselho Federal de Educação passou a ser o elemento disciplinador das condições de validade dos certificados apresentados para efeito da vantagem em tela.

Contra-razões às fls. 74/77.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

O cerne da presente querela diz respeito à percepção de incentivo funcional na carreira de docência dos titulados com certificado de especialização, com arrimo na Lei nº 8.243, de 14/10/91, art. 1º, de dicção:

“Art. 1º (...).

§ 1º O vencimento a que fizer jus o docente integrante da Carreira do Magistério Superior será acrescido dos seguintes percentuais, incidentes sobre os valores de vencimentos constantes da tabela anexa, e conforme nela especificado:

a) quanto à titulação:

(...);

3. Doze por cento, no de certificado de especialização;

(...).

§ 2º O Ministério da Educação disciplinará o reconhecimento do certificado de especialização de que trata o item 3 do parágrafo anterior, no prazo de trinta dias, contado da data de vigência desta lei”.

Como se verifica, o supracitado diploma legal instituiu dentro

da carreira do magistério superior o pagamento de 12% (doze por cento) sobre os vencimentos dos professores possuidores de certificado de especialização, deixando a encargo do Ministério da Educação o reconhecimento de tal título.

Por sua vez, a Portaria Ministerial nº 2.129, de 12/11/91, veio estabelecer as condições necessárias ao reconhecimento do referido documento, dando como parâmetro para a sua validação a Resolução nº 12/83 do Conselho Federal de Educação. A portaria acima mencionada assim dispôs:

“Art. 1º O reconhecimento do certificado de especialização, para os efeitos da aplicação do item 3 do parágrafo 1º do art. da Lei 8.243, será feito pela Instituição a que pertencer o docente, obedecidos os seguintes requisitos:

- a) observância das condições de validade dos certificados fixadas pela Resolução nº 12, de 06 de outubro de 1983, do Conselho Federal de Educação;
- b) os objetivos e conteúdos curriculares do curso devem estar correlacionados com a área de conhecimento do Departamento em que o Docente estiver lotado;
- c) (...).

Parágrafo Único. Os titulares de especialistas já atribuídos pela instituição a seus docentes, até a data de publicação da Lei nº 8.243, serão considerados reconhecidos desde que obedecidos os requisitos dos itens *a* e *b* do *caput* deste artigo”.

Forçoso para deslinde da questão a observância da resolução indicada, de teor:

Art. 5º (...).

Parágrafo Único. Os certificados expedidos deverão conter ou ser acompanhados do respectivo histórico escolar, do qual constarão, obrigatoriamente:

- a) a relação das disciplinas, sua carga horária, a nota ou conceito obtido pelo aluno e o nome e a titulação (ou parecer que o credenciou) do professor por elas responsável;

- b) o critério adotado para avaliação do aproveitamento;
- c) o período em que o curso foi ministrado e sua duração total em horas;
- d) a declaração de que o curso cumpriu todas as disposições da presente Resolução”.

Trata-se, portanto, de enquadramento nos requisitos ali previstos. Não se questiona, em momento algum, a condição de especialista dantes auferida, contudo, este fato, por si só, não credencia o profissional ao recebimento do respectivo incentivo. Inclusive, o texto da indigitada portaria disciplina os casos de especializações pretéritas, deixando claro que deve haver a observância das exigências legais.

No caso *sub examine*, a impetrante, Professora Adjunta, nível 2, lotada no Departamento de Cirurgia do Centro de Ciências da Saúde – CCS da UFRN, detentora do título de especialista em Oftalmologia, datado de 1997, teve pleito apreciado pela Câmara de Pesquisa e Pós-Graduação do CONESPE – Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão, que aprovou, à unanimidade, parecer contrário à percepção da gratificação em comento, sob o argumento de que não estariam presentes nos documentos anexados pela servidora os requisitos necessários à obtenção do estímulo para qualificação acadêmica.

Acerca do assunto, colaciono jurisprudência emanada desta e. Turma e da Quarta Turma do TRF - 4ª Região:

“MAGISTÉRIO SUPERIOR. INCENTIVO FUNCIONAL. TITULAÇÃO ACADÊMICA. CERTIFICADO DE ESPECIALIZAÇÃO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DIREITO ADQUIRIDO.

1. O incentivo funcional em razão da especialização, no percentual de doze por cento, depende do preenchimento dos requisitos exigidos pela Administração para o reconhecimento do certificado de especialização, conforme disposição do artigo 1º da Lei nº 8.243, de 14/10/1991.

2. ‘Título de Especialista em Pediatria’, conferido pela Associação Médica Brasileira e Sociedade Brasilei-

ra de Pediatria, desde o ano de 1969. Inexistência de direito adquirido, tendo em vista que a própria Lei que instituiu o incentivo funcional restringiu o reconhecimento do título, para fins do benefício, ao preenchimento de certos requisitos.

3. A Portaria nº 2.129, de 12/11/91, em cumprimento à determinação da Lei nº 8.243/91, ressalvou o reconhecimento dos títulos de especialista anteriormente expedidos, desde que preenchidos os requisitos da Resolução nº 12, de 06/10/83.

4. A finalidade do incentivo funcional, na carreira de docência, é estimular a qualificação acadêmica. A Resolução nº 12, de 06/10/83, estabelece condições para o reconhecimento dos certificados de especialização, exigindo, inclusive, carga horária do curso, relação das disciplinas, critérios de avaliação etc.

5. Os títulos de especialista em determinada área médica, conferidos por sociedades profissionais, nem sempre precedidos de aulas teóricas, com carga horária suficiente, ou de avaliação, são relacionados à proficiência no exercício técnico da profissão, podendo não corresponder às exigências do aperfeiçoamento acadêmico.

6. Embora conferido anteriormente, o certificado não atende aos requisitos da Lei nº 8.243/91, que instituiu o incentivo decorrente da titulação. Improcedência do pedido. Manutenção da sentença”.

(AC Nº 211694-RN, Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira (Substituto), *DJ* 20/06/2002, p. 507, unânime).

“DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO ADQUIRIDO. NÃO ALCANÇA SITUAÇÕES ULTERIORES QUE PASSAM A DEPENDER DA SATISFAÇÃO DE NOVOS REQUISITOS E PRESSUPOSTOS.

- Verificado o ordenamento jurídico aplicável à matéria, vê-se que o curso de aperfeiçoamento realizado pelo impetrante, em 1973, não preenche os requisitos da legislação posterior para o recebimen-

to do incentivo funcional, uma vez que a duração foi inferior a 360 horas. Não há direito adquirido à percepção do incentivo, sob a alegação de que o curso de aperfeiçoamento preencheu os requisitos legais na época em que foi realizado, uma vez que a aquisição de direitos ulteriores passa a depender da satisfação dos novos requisitos e pressupostos". (Processo 9304277612-PR, TRF 4ª Região, Terceira Turma, Rel. Desª. Federal Luiza Dias Cassales, DJ 30/09/98, p. 489, unânime)

Com tais fundamentos, dou provimento à apelação e à remessa.

Assim voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 79.884-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO CAVALCANTE
Apelantes: GARRA VIGILÂNCIA LTDA. E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: BANK'S SEGURANÇA LTDA.
Advs.: Procs.: DRS. ANA SILVIA FIALHO HENRIQUE DA SILVA E OUTRO E ANNA KATHYA HELINSKA E OUTROS (APTES.) E TAMARA MARIA MENEZES DE MELO (APDA.)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. MENOR PREÇO. DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA DE MENOR VALOR. OMISSÃO DE DADO NÃO ESSENCIAL AO CERTAME. EXIGÊNCIA NÃO PREVISTA NO EDITAL. ATO COATOR DESPROPORCIONAL E DESARRAZOADO DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. NÃO OBSERVADO O INTERESSE PÚBLICO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO REJEITADA.

- Não configura carência de ação o argumento de ausência de direito líquido e certo a ser protegido em sede mandamental, uma vez que para sua impetração exige-se a prova pré-constituída das situações e fatos que embasam e demonstram a plausibilidade do direito invocado pelo impetrante, e, com ela, mesmo sendo complexa a controvérsia, é adequada a via mandamental, se impetrado com o objetivo de ver reconhecida a ilegalidade de um ato praticado por autoridade pública. Também não configura a alegada carência o argumento de que há de se esgotar primeiro a esfera administrativa para então poder se buscar a tutela judicial, em face da garantia constitucional prevista no art. 5º, XXXV, da CF/88.

- Desproporcional e desprovida de fundamento legal a decisão administrativa que desclassificou do processo licitatório (modalidade concorrência – tipo menor preço) empresa que apresentou proposta de menor valor, principalmente porque o motivo determinante da desclassificação, “omissão na planilha de detalhamento dos custos relativa a pagamento de feriados em dobro”, não consta, expressamente, do edital de concorrência e não se revela como dado essencial ao certame e à própria proposta, considerando, ainda, que no valor estipulado para o salário dos vigilantes, pela Convenção Coletiva de Trabalho da categoria, já está incluída a previsão de feriados e repousos remunerados, tornando-se irrelevante o seu detalhamento para validação da proposta.

- Preliminar de carência de ação rejeitada e apelações improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Fe-

deral da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar argüida e negar provimento às apelações, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 18 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO CAVALCANTE -
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO CAVALCANTE:

Trata-se de remessa oficial e apelações interpostas pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social e Garra Vigilância Ltda. em face da sentença proferida pelo MM. Juízo Federal da 2ª Vara-RN, que julgou procedente a pretensão deduzida na peça exordial, para anular a decisão da comissão especial de licitação que desclassificou a empresa Bank's Segurança Ltda., conferindo direito à impetrante para que seja aferida sua proposta de preço pelos membros da comissão de licitação, a fim de que seja consagrada vencedora do certame a proposta de menor preço, considerada a mais vantajosa para a Administração.

Em suas razões recursais, o INSS pugna pela total reforma da sentença singular, alegando que não procede a tese defendida pela impetrante e acolhida pelo Julgador *a quo*, tendo em vista que a comissão de licitação procedeu à desclassificação da empresa impetrante por não ter a mesma atendido a requisito fixado no edital de convocação, respaldado na Lei nº 8.666/93.

Por sua vez, a litisconsorte Garra Vigilância Ltda., em suas razões de apelação, argüiu, preliminarmente, a carência de ação da impetrante, por não ser possuidora de direito líquido e certo violado a ensejar a impetração do *mandamus* e por não ter esgotado a via administrativa para poder vindicar a tutela judicial. No mérito, pede a total reforma da sentença monocrática, alegando que não pode prosperar a pretensão da impetrante, uma vez que sua proposta, mesmo oferecendo menor preço, não atendeu aos requisitos legais, bem como os fixados no edital de convocação,

motivo que levou a sua desclassificação do certame.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO CAVALCANTE (Relator):

Consoante salientado no relatório, a questão versa sobre mandado de segurança que visa a anular ato da comissão especial de licitação, que desclassificou a empresa, ora impetrante, tendo apresentado proposta em processo licitatório – concorrência do tipo menor preço –, com valor inferior à proposta classificada, sob alegação de que não foi preenchido requisito estabelecido em lei e fixado no edital de concorrência.

Analisando, em primeira mão, a preliminar de carência de ação levantada pela litisconsorte Garra Vigilância Ltda., sob o argumento de que não restou comprovada lesão a direito líquido e certo a ensejar a impetração do *mandamus* e pela inadequação do pedido formulado na via judicial sem o esgotamento na esfera administrativa.

Quanto à ausência de direito líquido e certo a ser protegido em sede mandamental, inicialmente, há que se observar que no mandado de segurança exige-se a prova pré-constituída das situações e fatos que embasam e demonstram a plausibilidade do direito invocado pelo impetrante, e, com ela, mesmo sendo complexa a controvérsia, é adequada a via mandamental, se impetrado com o objetivo de ver reconhecida a ilegalidade de um ato praticado por autoridade pública.

Do mesmo modo, não merece guarida a alegada necessidade de se exaurir a via administrativa para então se buscar a tutela judicial, mormente se na ação judicial, com o chamamento da parte ré ao processo, esta não se limita a contestar apenas matéria de índole processual, mas adentra no mérito da causa, restando configurada a resistência da parte adversa à pretensão da impetrante, como na espécie, justificando a atuação do Poder Judiciário para solucionar o litígio.

Com essas considerações, rejeito a preliminar de carência de

ação, passando a analisar o mérito da demanda nas exposições seguintes.

Conforme se depreende dos autos, o fruto da questão debatida no presente *mandamus* cinge-se em se saber se o motivo determinante da desclassificação da proposta da impetrante revela-se suficiente e capaz de legitimar a decisão desclassificatória, portanto, necessário tecer algumas considerações acerca de pontos relevantes, conforme se expõe nas linhas seguintes.

Em primeiro lugar, é de se observar que, em se processando o certame licitatório pela modalidade de concorrência do tipo “menor preço”, será vencedor o licitante apresentador da proposta que, efetivamente, ofertar o menor preço, ou seja, a proposta que se mostrar mais vantajosa para a Administração, e que atenda, rigorosamente, às exigências legais especificadas no edital de convocação ou na carta-convite, conforme a forma estabelecida, nos termos do art. 45, § 1º, I, da Lei 8.666/93¹.

Quanto à questão do menor preço, não há dúvida de que a proposta da impetrante revela-se mais vantajosa para a Administração, ante a diferença “a menor” apresentada no montante global, superior a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), resta observar se a mesma atende às especificações legais contidas no edital de convocação, que devem ser previstas de forma clara e expressa, conforme previsão da Lei 8.666/93.

É certo que a apresentação do menor preço na licitação na

¹ Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I – a de menor preço – quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

(...).

modalidade de concorrência do tipo menor preço não dispensa a impetrante do cumprimento das demais normas do edital, tal como a apresentação do detalhamento na composição dos custos, expressamente previstas no edital.

Percebe-se que o único e real motivo considerado pela comissão de licitação para a desclassificação da proposta da impetrante consubstancia-se na falta de cumprimento de regra estabelecida no edital, mais precisamente, alegam os membros da comissão que houve omissão de dado na elaboração da proposta, ou seja, não foi detalhado o item relativo a feriados pagos em dobro, na composição do preço da mão-de-obra.

Analisando os autos, conclui-se: em primeiro lugar, a exigência do item feriados pagos em dobro, na composição do preço da mão-de-obra, não consta, expressamente, nem no edital de convocação nem em disposição legal (Lei 8.666/93); em segundo lugar, observa-se que no salário do vigilante estipulado pela Convenção Coletiva de Trabalho, no valor de R\$ 408,94 (quatrocentos e oitos reais e noventa e quatro centavos), já estão incluídos os valores referentes aos feriados e repousos remunerados, ficando a cargo da empresa vencedora, sob pena de pagamento em dobro desses valores, proceder à substituição do funcionário em efetivo serviço nas folgas e feriados.

Ressalte-se, ademais, que mesmo que se admita a ausência do item (feriados em dobro), decorrente do não cumprimento do item 9.1 da Convenção Coletiva de Trabalho, na proposta da impetrante, apresentando o valor global de R\$ 393.251,76 (trezentos e noventa e três mil, duzentos e cinqüenta e um reais e setenta e seis centavos), não justificaria a apresentação de uma proposta com mais de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) acima do valor apresentado pela impetrante, bastando observar o valor atribuído a este item nas propostas elaboradas pelas outras concorrentes, não configurando, portanto, quebra do princípio da competitividade entre as concorrentes.

Cláusulas editalícias com dicção condicional favorecem interpretação amoldada a sua finalidade lógica, merecendo compreensão moderada a exigência obstativa do fim primordial da licitação, aberta para ampla concorrência. A interpretação premida pelo ri-

gor formalístico deve sofrer temperamentos lógicos, diante de inafastáveis realidades, sob pena de restar configurada violação aos princípios inerentes às contratações do Poder Público, dentre outros, economicidade, moralidade e, acima de tudo, o interesse público primário e secundário.

A Administração não deve apegar-se a formalismos desnecessários, eliminando empresa do processo de licitação quando sua proposta apresenta-se mais vantajosa para a própria Administração, ressaltando que o próprio edital contém previsão neste sentido, em seu item 4.12, *in verbis*:

“4.12. A Comissão de Licitação poderá, no interesse do INSS, relevar omissões puramente formais nas propostas apresentadas pelos licitantes, desde que: a) não comprometam a lisura e o caráter competitivo da licitação; e b) possam ser sanadas no prazo que vier a ser fixado pela Comissão”.

Se a proposta da impetrante não desobedeceu às disposições da Lei nº 8.666/93 e observou as regras expressamente previstas no edital, tem-se que o ato coator foi desproporcional e desarrazoado, mormente tendo em conta que não houve descumprimento das exigências expressas no edital, pura e simples, mas suprimido dado não essencial ao certame e à própria proposta, não sendo suficiente para invalidar a proposta que se apresenta mais benéfica para a Administração, evidenciando claro excesso de formalismo.

Por conseguinte, verifico que a sentença, submetida a esta Corte por força de remessa *ex officio* e recursos apelatórios da parte ré deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos. Entendo que o ilustre Julgador monocrático interpretou corretamente a legislação de regência, avaliando os fatos narrados no presente *mandamus*, e decidiu acertadamente. A respeito da questão, permito-me transcrever os seguintes precedentes:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. MENOR PREÇO. ACATAMENTO À PROPOSTA DE MENOR VALOR. RETIDÃO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Na licitação de menor preço será vencedor o lici-

tante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço (art. 45, §1º, I, da Lei nº 8.666/93).

2. No particular, havendo decisão em que se adjudicou o serviço à licitante que ofertou o menor preço, a licitação alcançou o seu desiderato, não sendo aceitável acolher-se pedido de adjudicação do objeto do certame à segunda colocada, sob o argumento de inexecutabilidade da proposta mais vantajosa, se esta se mostra perfeitamente executável. 3. Apelação improvida. Sentença mantida”.

(TRF 1ª R. – AMS 34000179033 – DF – 5ª T. – Rel. Des. Fed. Conv. Urbano Leal Berquó Neto – *DJU* 07/04/2003 – p. 145).

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. DECISÃO QUE DESCLASSIFICA A PROPOSTA VENCEDORA. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO.

1. É nula a decisão da Comissão de Licitação que, sem motivação, desclassifica a proposta que apresentara o menor preço, nulidade que se estende aos atos subseqüentes.

2. Segurança concedida, em parte.

3. Sentença confirmada.

4. Apelação desprovida”.

(TRF 1ª – AMS 33010027383 – BA – 6ª T. – Rel. Des. Fed. Daniel Paes Ribeiro – *DJU* 24/03/2003 – p. 156).

Diante do exposto e reportando-me aos fundamentos dos precedentes supratranscritos, rejeito a preliminar de carência de ação argüida e nego provimento às apelações.

É como voto.

**APELAÇÃO EM MANDADO
DE SEGURANÇA Nº 79.952-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA
Apelante: KITAPAN – INDÚSTRIA, COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advogados: DRS. RENATA SONODA PIMENTEL E OUTROS (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IPI. ART. 11 DA LEI 9.779/99. BENEFÍCIO FISCAL. CRÉDITO PRESUMIDO. PERMISSÃO DE APROVEITAMENTO DO CRÉDITO NOS TERMOS DA LEI E SOMENTE A PARTIR DE JANEIRO DE 1999, OBSERVADAS AS NORMAS EXPEDIDAS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. TRANSFORMAÇÃO DE EMBALAGENS. PERSONALIZAÇÃO. ATIVIDADE INDUSTRIAL. INCIDÊNCIA DO IPI E NÃO DO ISS.

- A Lei 9.779/99, por meio de seu art. 11, veio reconhecer o direito ao crédito, mas, tão-somente, em relação às aquisições realizadas a partir de janeiro de 1999 e exclusivamente nos casos em que a pessoa jurídica paga o IPI na entrada de matéria-prima, materiais intermediários e materiais de embalagem.

- A Instrução Normativa nº 33/99 foi expedida como forma de assegurar o fiel cumprimento da lei, não permitindo que o creditamento seja estendido a período anterior à Lei 9.779/99, visto que, como incentivo fiscal, só por lei pode ser concedido.

- No presente caso, a feitura de embalagens personalizadas é uma atividade industrial, visto que a empresa transforma a matéria-prima em uma embalagem personalizada, portanto, neste caso, não há como caracterizar tal atividade como prestação de serviços, mas sim uma outra etapa do

processo de industrialização, incidindo o IPI e não o ISS.

- Apelação parcialmente provida, para reconhecer o crédito do IPI, bem como o seu aproveitamento, tão-só nos termos da Lei 9.779/99.

ACÓRDÃO

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

Recife, 18 de novembro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Kitapan – Indústria, Comércio e Representação Ltda. apela da sentença de fls. 117-119, da lavra do MM. Juiz Ubiratan de Couto Maurício, da 9ª Vara/PE, que julgou improcedente o pedido da autora, sob o fundamento de que não foi demonstrado de plano o direito líquido e certo, indeferindo, assim, a segurança no tocante à manutenção de crédito de IPI decorrente da aquisição de insumos, matérias-primas e material de embalagem, incidente sobre a aquisição de impressos gráficos personalizados, bem como o direito de compensação desse crédito.

Em suas razões, pugna pela reforma, *in totum*, da sentença, alegando que há nos autos documentos que comprovam que a empresa recolheu IPI na compra de matéria-prima, insumos e material de embalagem, quais sejam, cópias das notas fiscais. Alega, ainda, que a vedação contida na legislação infraconstitucional para a utilização de créditos que envolvam operações isentas, não-tributadas ou tributadas à alíquota zero é inconstitucional, por afrontar o princípio da não-cumulatividade, fazendo a apelante,

portanto, jus à compensação desse crédito, corrigido monetariamente, aplicando-se os expurgos inflacionários e acrescido de juros compensatórios e moratórios com quaisquer tributos devidos à Receita Federal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

O cerne da questão é saber se a apelante tem ou não o direito ao creditamento do IPI pago na aquisição de mercadorias antes da edição da Lei nº 9.779/99 e à compensação desse crédito com débitos vencidos e vincendos de impostos e contribuições devidos à impetrada.

A incidência do IPI encontra-se prevista no art. 1º do Decreto 2.637/98, obedecidas as especificações constantes da respectiva tabela da incidência (Lei 4.502/64, art. 1º e Decreto-lei nº 3.466, art. 1º). Sob o prisma constitucional, o IPI é regido pelo princípio da não-cumulatividade, devendo o tributo incidir somente sobre o valor agregado ao produto com a sua industrialização.

O princípio da não cumulatividade do IPI está disciplinado no § 3º do art. 153 da CF, vejamos:

“Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

IV- produtos industrializados;

(...)

§ 3º O imposto previsto no inciso IV:

(...)

II- será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores;

(...)”.

Ou como explica a doutrina:

“O IPI pago numa operação deduz-se do IPI a ser pago na operação seguinte, na passagem da mercadoria de uma empresa para outra (ou de um es-

tabelecimento para outro, da mesma empresa – art. 51, parágrafo único, do CTN). Mas não entram no cômputo produtos destinados ao ativo permanente, que não fazem parte do processo de industrialização”¹.

“As alíquotas do IPI são baixas ou altas (selecionadas) em função da essencialidade do produto. O imposto pago em operações anteriores é crédito do contribuinte adquirente que o abaterá no momento de calcular o montante do IPI a pagar (não cumulatividade). Como, de regra, os produtos industrializados congregam diversas matérias-primas, além de outros produtos já industrializados (*inputs*), a não cumulatividade caracteriza-se como técnica de deduzir do imposto devido pelo produto acabado (o *output*) o imposto incidente sobre os *inputs* e arcado pelo industrial quando da aquisição dos mesmos. O IPI, assim como o ICMS, tende a ser imposto sobre o valor acrescido por cada contribuinte *ao longo da cadeia de circulação*, pois são ambos impostos plurifásicos (pouco importando a técnica de apuração desses impostos) com a diferença de o ICM abranger também a etapa de produção e comercialização, o que só raramente ocorre com o IPI, mais fechado no ciclo da produção industrial”².

Por outro lado, se faz necessário saber qual a intenção do legislador constitucional ao estabelecer tal princípio e, assim, interpretar o significado das palavras “devido” e “cobrado”, inseridas no inciso II, § 3º, do art. 153 da CF.

A palavra “cobrado” mencionada na norma constitucional é empregada como sinônimo da palavra “a pagar”, a apelante não teria direito a esse creditamento, pois ela não pode se creditar do

¹ *Resumo de Direito Tributário*. Maximilianus Cláudio Américo Führer e Maximilianus Roberto Ernesto Führer. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 92.

² *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário*. Sacha Calmon Navarro Coelho – Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 205.

que ela não vai pagar, visto que o seu produto final é isento do IPI, *i. e.*, se não houverá pagamento, não há que se falar em creditamento, a não ser que este seja concedido por uma lei, como fez a Lei nº 9.779/99.

A seguirmos este segundo entendimento, em regra, não há que se falar em infringência ao princípio da não-cumulatividade, visto que este visa a evitar o efeito cascata do tributo, ou seja, o IPI pago numa operação será deduzido do IPI a pagar na operação seguinte. Ora, se não há pagamento de IPI na operação seguinte porque os produtos fabricados gozam de isenção, por exemplo, não se pode falar de mais de um pagamento e, conseqüentemente, também não pode haver compensação. A Constituição autoriza a dedução do que foi pago a título de IPI com o valor que vai ser pago ao mesmo título na operação seguinte. Quis o legislador, com essa determinação, evitar que o mesmo imposto seja pago na mesma mercadoria mais de uma vez, a fim de que esta não sofra elevação no seu valor final.

Assim vem entendendo a jurisprudência:

“PROCESSUAL – EMBARGOS DECLARATÓRIOS – ACÓRDÃO OMISSO – OFENSA AO ART. 535 DO CPC - FALHA QUE NÃO PREJUDICOU A APRECIACÃO DO MÉRITO EM RECURSO ESPECIAL - NULIDADE QUE NÃO SE PROCLAMA.

I - Tributário - Creditamento - Material adquirido com isenção.

II - Se a omissão do acórdão não impediu o conhecimento do mérito, em recurso especial, não há como declarar-lhe a nulidade por ofensa ao art. 535 do CPC.

III - O creditamento fiscal é uma forma de compensação. Para que ocorra, fazem-se necessárias duas imposições fiscais. Se na aquisição de matéria-prima não houve pagamento de tributo, é impossível cogitar em compensação e, portanto, em creditamento.

Por unanimidade, negar provimento ao recurso”.

(REsp 132501/RJ, DJ data: 09/02/1998, Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma).

A Lei 9.779/99, por meio de seu art. 11, vem reconhecer o direito ao crédito, mas, tão-somente, em relação às *aquisições* realizadas a partir de janeiro de 1999 e exclusivamente nos caso em que a pessoa jurídica paga o IPI nas aquisições de matéria-prima, materiais intermediários e materiais de embalagem, aplicados na industrialização, inclusive de produto isento ou tributado à alíquota zero, *in verbis*:

“Art. 11. O saldo credor do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, acumulado em cada trimestre - calendário, decorrente de aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, aplicados na industrialização, inclusive de produto isento ou tributado à alíquota zero, *que o contribuinte não puder compensar com o IPI devido na saída de outros produtos, poderá ser utilizado de conformidade com o disposto nos arts. 73 e 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, observadas normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda*”. (Grifei).

Já a Lei n.º 9.430/96 estabelece:

“Art. 73. Para efeito do disposto no art. 7º do Decreto-lei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal, observado o seguinte:
I - o valor bruto da restituição ou do ressarcimento será debitado à conta do tributo ou da contribuição a que se referir;

II - a parcela utilizada para a quitação de débitos do contribuinte ou responsável será creditada à conta do respectivo tributo ou da respectiva contribuição.

Art. 74. Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração”.

Há que se ressaltar o caráter de benefício fiscal da norma em questão, ato de liberalidade do legislador, que quis incentivar a industrialização no país, e, como tal, só por lei pode ser concedido.

Como é sabido, a legislação brasileira obedece a um grau de hierarquia, assim é que, no presente caso, a instrução normativa está subordinada à lei que ela veio regulamentar, e, por isso, não pode contrariá-la nem extrapolar seu caráter regulamentar. Assim é o que expressa a doutrina:

“Atos administrativos normativos são aqueles que contêm um comando geral do Executivo visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas. A essa categoria pertencem os *decretos regulamentares e os regimentos*, bem como as *resoluções, deliberações e portarias de conteúdo geral*”³.

Desta forma, não pode o Poder Executivo, através de seus atos normativos, restringir o que a lei estabelece, mas cabe a ele disciplinar a execução do estabelecido na lei, a fim de zelar pelo controle dos tributos administrados pela Fazenda. Portanto, a Instrução Normativa nº 33 foi expedida como forma de assegurar o fiel cumprimento da lei, não permitindo que o creditamento seja estendido a período anterior à Lei 9.779/99, visto que, como incentivo fiscal, só por lei pode ser concedido.

É descabido o argumento de que o não reconhecimento do crédito torna ineficaz a isenção concedida, tendo em vista que a aquisição de mercadorias isentas ou tributadas à alíquota zero visa à redução do valor final do produto e, apesar de ocorrer o pagamento do imposto, este vai incidir sobre uma base de cálculo menor. Não fosse assim, o próprio legislador não concederia tal isenção.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1996, pp. 161-163.

Outra questão suscitada nos autos é quanto à aquisição de materiais gráficos impressos personalizados de embalagens, tais como caixas de papelão, dentre outros impressos, que contêm a logomarca da apelante. Alega a apelante que sobre esses materiais não cabe a incidência do IPI, visto que sofre a incidência do imposto de competência municipal, o ISS, sustentando que a produção de impressos gráficos personalizados constitui uma atividade de composição gráfica, em conformidade com o item 77 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 56/87, constituindo uma prestação de serviço.

Vejamos o conceito de indústria exposto por De Plácido e Silva:

“Indústria. Derivado do latim *industria* (atividade, aplicação, trabalho), é usado geralmente em sentido amplo e sentido restrito.

Em sentido amplo, *indústria* é empregado para designar toda e qualquer espécie de atividade ou trabalho, que tenha por finalidade realizar qualquer espécie de negócio ou empreendimento, cujo objetivo dominante seja o lucro. E, assim, *indústria* assenta no *caráter lucrativo* da ocupação, mostrada numa série variada de atividades: *arte, ofício, negócio* etc. Em sentido restrito, *indústria* indica somente a organização que tem por objetivo a *produção*, pela transformação da matéria-prima, seja em grande escala (indústria fabril), ou mesmo em pequena (artesanal).

Indústria. No sentido de atividade *secundária* é que a toma a Economia moderna, indicando-a para englobar as atividades de produção ou qualquer de suas modalidades, excluída a atividade *primária* (agricultura) e a atividade *terciária* (prestação de serviços).

A *produção industrial* compreende a soma de coisas *manufaturadas* ou produzidas pelo homem, pela transformação da *matéria-prima* em várias utilidades de outra espécie”⁴.

⁴ De Plácido e Silva, p. 646.

No presente caso, a feitura de embalagens personalizadas é uma atividade industrial, visto que a empresa transforma a matéria-prima em uma embalagem personalizada, portanto, neste caso, não há como caracterizar tal atividade como prestação de serviços, mas sim como uma outra etapa do processo de industrialização, incidindo o IPI e não o ISS.

Pelas razões expendidas, dou parcial provimento à apelação, para reconhecer o crédito do IPI, bem como o seu aproveitamento, tão-só, nos termos da Lei 9.779/99.

É o meu voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 80.628-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: THV TRANSPORTES LTDA.
Advogados: DRS. MARIA ELIANE AMARAL MENDONÇA DE CASTRO E OUTROS (APTE.) E AUGUSTINHO APARECIDO DE OLIVEIRA E OUTRO (APDA.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO DE PARTE DO VALOR CONTRATADO. LEGALIDADE. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E DE AUSÊNCIA DE JUSTO RECEIO DE DANO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REJEIÇÃO.

- A impetrante é parte legítima na demanda, dada a sua condição de empresa cedente de mão-de-obra.

- O requisito mandamental do justo receio de lesão a direito líquido e certo se encontra devidamente caracterizado no caso, em face da obrigatória aplicação da lei tributária e da resistência oferecida ao pleito autoral pela autarquia previdenciária.

- A retenção de 11% do valor bruto das notas fiscais ou das faturas de prestação de serviço e sua exigência pelo INSS, para pagamento de contribuição social, encontram-se dentro dos parâmetros da legalidade, haja vista que a recorrida enquadra-se, perfeitamente, na qualificação de cedente de mão-de-obra, segundo a lei e o regulamento aplicáveis à época da impetração deste writ.

- De acordo com precedentes do STF, é desnecessário o disciplinamento da contribuição social em tela através de lei complementar, uma vez que a sua fonte de custeio se encontra prevista na Lei Ápice.

- Preliminares rejeitadas. Apelação e remessa oficial providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 4 de novembro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de remessa oficial e de apelação interposta pelo INSS contra sentença da lavra do MM. Juiz Federal da 8ª Vara-CE, que, nos autos de ação mandamental, concedeu a segurança, consolidando a liminar antes deferida, para afastar a exigência contida no art. 31 da Lei nº 8.212/91, relativa à retenção de 11% do valor bruto

das notas fiscais ou das faturas de prestação de serviços contratados mediante cessão de mão-de-obra, a título de contribuição social dos empregados da empresa cedente.

O apelante alega, preliminarmente, que: a parte autora carece de legitimidade ativa, porquanto apenas irá reter o referido percentual, faltando-lhe interesse econômico para mover a ação; não restou caracterizado, no caso, o requisito do justo receio de lesão a direito líquido e certo, nos moldes do art. 1º da Lei nº 1.533/51. No mérito, defende, em síntese, a legalidade do sistema de arrecadação previsto no art. 31 da Lei nº 8.212/91, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.711/98.

Contra-razões.

É o relatório.

VOTO

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

A pretensão do INSS é dirigida no sentido de obter a reforma da sentença recorrida com a conseqüente declaração da legitimidade da retenção de 11% do valor bruto das notas ou das faturas correspondentes aos contratos de prestação de serviços, prevista na Lei nº 9.711/98, a título de contribuição social dos empregados.

Antes de se adentrar no mérito da demanda, necessário se faz analisar as preliminares de carência de ação suscitadas pelo INSS.

Quanto à alegada ilegitimidade ativa, verifico que a mesma não merece prosperar, uma vez que, em sendo a impetrante empresa cedente de mão-de-obra, cabe a ela suportar o pagamento da referida exação, bem como contra esta se insurgir.

Acerca do pressuposto do justo receio de lesão a direito líquido e certo, verifico que o mesmo se encontra devidamente caracterizado *in casu*, ante a obrigatoriedade da aplicação da lei tributária e a resistência oferecida ao pleito autoral pela autarquia previdenciária.

Assim, rejeito as preliminares e passo a apreciar a lide propriamente dita.

O art. 31, §§ 3º e 4º, III, da Lei nº 8.212/91, com redação dada pela Lei n.º 9.711/98, assim dispõe:

“Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observando o disposto no parágrafo 5º do art. 33.

(...)

§ 3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou na de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

(...)

III. Empreitada de mão-de-obra;

(...)”.

Observa-se, pela simples leitura da norma acima transcrita, que o fato da empresa prestar serviços mediante contrato de empreitada de mão-de-obra não exclui o pagamento da contribuição social incidente sobre a folha de salários.

A Lei nº 8.212/91 estabeleceu sistemática peculiar de recolhimento da contribuição aludida para as empresas cedentes de mão-de-obra. Segundo o art. 31 desse diploma legal, a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou da fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão daquelas, em nome da empresa cedente. Esta, por sua vez, utilizará o valor retido em

compensação quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço, sendo possível, ainda, o imediato pedido de substituição de eventual quantia paga a maior, daí porque não há que se falar em demora na repetição do indébito, nem, tampouco, em empréstimo compulsório.

Por outro lado, o § 4º do citado artigo enumera alguns serviços que serão enquadrados na definição de cessão de mão-de-obra posta no § 3º e determina que outros poderão ser acrescidos à lista por regulamento. O inciso XIX do § 2º do art. 219 do Decreto nº 3.048/99, com redação anterior à edição do Decreto nº 4.729/2003, incluía a operação de transporte de cargas como atividade de cessão ou empreitada de mão-de-obra.

Do exposto, conclui-se que a retenção da referida alíquota encontra-se dentro dos parâmetros da legalidade, haja vista que a impetrante enquadra-se, perfeitamente, na qualificação de cedente de mão-de-obra, segundo a lei e o regulamento vigentes à época da impetração deste *writ*.

No tocante à necessidade de edição de lei complementar, não vejo como prosperarem os argumentos aduzidos.

A Carta Magna, no seu art. 195, assim discorre acerca do financiamento da seguridade social:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
b) a receita ou o faturamento;
c) o lucro;
(...)”.

Assim, não vislumbro a inconstitucionalidade apontada na Lei nº 9.711/98, que deu nova redação ao artigo 31 da Lei nº 8.212/91, nesse aspecto, vez que a riqueza tributada – a folha de salários – está devidamente compreendida entre as fontes de custeio inseridas no art. 195, I, da CF/88, inexistindo a necessidade da edição de lei complementar.

Este é o posicionamento que vem sendo adotado pelo Pretório Excelso, a partir do julgamento do RE 138.284-8-CE (Pleno, Rel. Min. Carlos Mário Velloso, *DJU* de 28.08.92), entendendo pela necessidade da edição de tal diploma apenas nos casos do exercício de competência residual da União (art. 154, I, CF) ou de criação de contribuições sociais com fontes de custeio não contidas na Constituição, o que não é o caso, pois a base de financiamento encontra-se expressamente contida no artigo supratranscrito.

Esta eg. Corte vem se posicionando nesse sentido. Ilustrativamente:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. RETENÇÃO DE 11% DO VALOR BRUTO DE NOTA FISCAL OU FATURA POR EMPRESA CONTRATANTE DE SERVIÇO. ART. 31 DA LEI 8.212/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.711/98. LEGALIDADE.

1. O art. 31 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.711/98, impõe à empresa tomadora de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra a obrigação de, na qualidade de substituto tributário, reter parcela do valor a ser pago, ao mesmo tempo em que permite à prestadora a compensação do valor pago no montante do seu débito ou, na impossibilidade desta, a sua restituição, pelo que não se pode, a um exame prefacial, alegar-se aumento da carga tributária.

2. **Em princípio, cuida-se da utilização de técnica tributária prevista no Código Tributário Nacional, não se vislumbrando a instituição de contribuição nova ou de empréstimo compulsório.**

3. A substituição tributária é um processo absoluta-

mente normal, usado de há muito na legislação do Imposto de Renda e no ICMS, entre outros.

4. Agravo de instrumento provido”. (Grifei).

(TRF-5ª R., 1ª T., AG 24465/PB, Rel. Des. Federal Castro Meira, *DJU* 08/11/01, p. 780).

“TRIBUTÁRIO. COOPERATIVAS DE TRABALHO. LEI 9.711/98, ART. 23. CONSTITUCIONALIDADE. ALTERAÇÃO DO ART. 31 DA LEI 8.212/91. NOVA SISTEMÁTICA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DEVIDA AO INSS. ANTECIPAÇÃO DA EXAÇÃO EQUIVALENTE A 11% INCIDENTE SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL DE SERVIÇO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS.

1. No momento em que a Lei 9.711/98 não criou modalidade de contribuição social alguma, tendo apenas alterado a sistemática de recolhimento da exação, antecipando a contribuição social, no percentual de 11%, a ser retido no total da fatura de prestação de serviços, não há que se identificar em tal dispositivo legal ofensa alguma à Norma Maior.

2. O art. 23 da Lei 9.711/98, ao tratar do art. 31 da Lei 8.212/91, não promoveu a revogação deste último, mas deu-lhe nova redação, mantendo os antes obrigados ao recolhimento em tal qualidade, no seu valor originário, estabelecendo, tão-só, uma nova forma de recolhimento de contribuição social ao INSS, por parte das empresas prestadoras de serviço.

3. Ausência de possíveis prejuízos em face da cobrança antecipada da contribuição em tela, em virtude da previsão da Lei 8.212/91, que autoriza a compensação de diferenças entre o valor antecipadamente retido e o valor quando do recolhimento propriamente dito das contribuições destinadas à seguridade social, inclusive, determinando, em caso de impossibilidade de reaver a compensação integral, a restituição do saldo remanescente.

4. Apelação improvida". (Grifei).
(TRF-5ª R., 2ª T., AMS 71600/PE, Rel. Des. Federal
Petrucio Ferreira, DJU 26/04/02, p. 1033).

Ante o exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial, para denegar a segurança. Inversão do ônus de sucumbência (quanto às custas).

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 82.499-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelante: ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA LÚCIO JATOBÁ
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advogados: DRS. GUSTAVO HENRIQUE VASCONCELOS VENTURA E OUTROS (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. COFINS. SOCIEDADE CIVIL PRESTADORA DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. ISENÇÃO. LC 70/91. REVOGAÇÃO. PARECER NORMATIVO. REGIME TRIBUTÁRIO. LEI ORDINÁRIA.

- A Lei Complementar nº 70/91, ao isentar as sociedades civis de prestação de serviços profissionais (art 6º, II) do recolhimento da COFINS, não condicionou tal benefício à forma de tributação das mesmas.

- Hipótese em que o Fisco, através de Parecer Normativo, ao restringir a isenção às sociedades optantes pelo regime de isenção do IRPJ, violou o princípio da legalidade tributária.

- As alterações feitas na Lei Complementar nº 70/91 pela Lei nº 9.430/96, no tocante à revogação da isenção da contribuição social em comento, são plenamente possíveis, pois o primeiro diploma legal mencionado cuida, na verdade, de ma-

***téria a ser disciplinada ordinariamente, podendo, assim, ser modificado por uma simples lei ordinária, a teor da interpretação albergada quando do julgamento da ADC 1-1-DF.
- 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 e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 9 de setembro de 2003 (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 pela parte impetrante contra sentença que denegou a segurança, por entender constitucional a cobrança da COFINS das sociedades civis de prestação de serviços profissionais, com base na Lei nº 9.430/96.

A impetrante, em seu apelo, alega, em síntese, que: na condição de sociedade civil, constituída unicamente por pessoas físicas domiciliadas no País, com o objetivo de prestação de serviços profissionais e devidamente registrada no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, seria isenta do recolhimento da COFINS, nos moldes da LC 70/91; a partir da edição do Parecer Normativo nº 3, a Receita Federal restringiu a isenção às sociedades optantes pelo regime de isenção do IRPJ; não poderia a Lei nº 9.430 legitimar a cobrança de tal contribuição, vez que a isenção postulada foi instituída através de lei complementar, não sendo viável a sua derrogação através de lei ordinária, afrontando, dessa forma, o princípio da hierarquia das leis.

Sem contra-razões.

É o relatório

VOTO

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

Os presentes autos versam acerca da discussão da isenção da COFINS outorgada às sociedades profissionais pela Lei Complementar 70/91 e os reflexos decorrentes da edição do Parecer Normativo nº 3 da Receita Federal, bem como da Lei nº 9.430/96.

O art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91, assim estabelecia, *in verbis*:

“Art. 6º São isentas da contribuição:

(...)

II - as sociedades civis de que trata o artigo 1º do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987”.

O dispositivo em apreço é bastante claro ao exigir, para fins de concessão do referido favor fiscal, os requisitos insculpidos no art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397, quais sejam: seja sociedade constituída exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no Brasil; tenha por objetivo a prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão regulamentada e esteja registrada no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Não houve, portanto, para o gozo da isenção, qualquer condicionamento acerca do regime de tributação adotado pela sociedade civil, para fins de Imposto de Renda, consoante consignado no parecer normativo impugnado, violando, nesse ponto, o princípio da legalidade, próprio da ordem tributária.

No que diz respeito ao fim da isenção decorrente da edição da Lei nº 9.430/96, o que apenas seria admissível através de lei complementar, observo que tal tese não merece, no meu modesto sentir, prosperar.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1-DF, que examinou a validade da Lei Complementar nº 70/91, instituidora da

COFINS, sendo relator o insigne Ministro Moreira Alves, reconheceu a possibilidade de alteração do referido diploma legal através de lei ordinária, pois o mesmo cuida, na verdade, de matéria a ser disciplinada ordinariamente. A propósito, transcrevo o magistério do Min. Moreira Alves na ADC 1-1-DF:

“Sucede, porém, que a contribuição social em causa, incidente sobre o faturamento dos empregadores, é admitida expressamente pelo inciso I do artigo 195 da Carta Magna, não se podendo pretender, portanto, que a Lei Complementar nº 70/91 tenha criado outra fonte de renda destinada a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social. Por isso mesmo, essa contribuição poderia ser instituída por lei ordinária. A circunstância de ter sido instituída por lei formalmente complementar – a Lei Complementar nº 70/91 – não lhe dá, evidentemente, a natureza de contribuição social nova, a que se aplicaria o disposto no § 4º do artigo 195 da Constituição, porquanto essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída – que são objeto desta ação –, é materialmente ordinária, por não tratar, nesse particular, de matéria reservada, por texto expreso da Constituição, à lei complementar.

A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69 – e a Constituição atual não alterou esse sistema –, firmou-se no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias para cuja disciplina por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária”. (Voto do Relator colhido na internet, fls. 123/124 dos autos da ADC 1-1-DF).

Destarte, não vislumbro o óbice sustentado pela impetrante, de modo que resta válida a cobrança da COFINS para as sociedades civis de prestação de serviços profissionais com a edição da

Lei nº 9.430/96, em vista do *status* de lei ordinária da LC 70/91.

Nesse sentido, vale colacionar o seguinte precedente, *in verbis*:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. DEPÓSITO JUDICIAL. COFINS. SOCIEDADE CIVIL. PRESTADORA DE SERVIÇO DE PROFISSÃO LEGALMENTE REGULAMENTADA. ISENÇÃO. LEI COMPLEMENTAR Nº 70, DE 1991. LEI Nº 9.430, DE 1996. REGIME DE TRIBUTAÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. LUCRO APURADO OU PRESUMIDO. OPÇÃO. DESNECESSIDADE. REVOGAÇÃO. LEI ORDINÁRIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS*.

(...)

2 - As sociedades civis prestadoras de serviços de profissão legalmente regulamentada estavam isentas da COFINS sob o pálio do artigo 6º, inciso II, da Lei Complementar nº 70, de 1991, e gozavam dessa isenção mesmo tendo optado pelo regime de tributação do imposto de renda pelo lucro, diferentemente do estabelecido no artigo 1º do Decreto-lei nº 2.397, de 1987, eis que o regime de tributação não está posto na lei complementar como requisito para referida isenção [STJ - REsp nº 156839/SP, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ/I de 27.4.1998, pág. 104].

3 - Essa isenção, entretanto, para as sociedades civis prestadoras de serviços de profissão legalmente regulamentada, vigorou até a edição da Lei nº 9.430, de 1996, quando foi revogada, cuja exigibilidade iniciou-se em abril de 1997, nos termos do parágrafo único do artigo 56 da mesma lei.

4 - De acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Lei Complementar nº 70, de 1991, no tópico referente à COFINS, por ter conteúdo de lei ordinária, pode ser revogada ou alterada por lei ordinária. Precedentes deste Tribunal.

(...)

6 - Recurso do apelante desprovido”.

(TRF- 1ª R., 3ª T., AC 33000180532/BA, Rel. Des. Federal Plauto Ribeiro, DJU 31/10/2002, p. 166).

Registro, por fim, que deixo, no momento, de seguir o entendimento consolidado do eg. STJ acerca da questão, nos termos da Súmula 276 (“As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado”), em vista da matéria possuir, no meu sentir, feição eminentemente constitucional, cabendo à Suprema Corte proferir a última palavra sobre o tema, a teor do art. 102, III, da CF/88.

Assim, é de se reconhecer que a impetrante faz jus à isenção da COFINS até março de 1997, inclusive, pois no mês seguinte entrou em vigor o art. 56 da Lei nº 9.430/96 (parágrafo único), que instituiu a cobrança de tal contribuição.

Com essas considerações, dou parcial provimento à apelação, para reconhecer a isenção da impetrante do recolhimento da COFINS até março/1997.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 82.888-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelante: CÂMARA MUNICIPAL DE SENADOR GEORGINO AVELINO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
Advs./Procs.: DRS. EVANDRO DE OLIVEIRA BORGES E OUTRO (APTE.) E ROGER SALES SOBRINHO E OUTROS (APDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SUBSÍDIO DOS AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS. LEI Nº 9.506/97, ARTIGO 13, PARÁ-

GRAFO 1º. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 8.212/91, ARTIGO 12, INCISO I, ALÍNEA “H”. EXIGIBILIDADE. MUNICÍPIO EMPREGADOR. INCIDÊNCIA. ART. 22, INCISO I, LEI Nº 8.212/91.

- O artigo 195, caput e incisos, da CF/88, na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 20/88, consagra o princípio da universalidade do custeio da seguridade social.

- O parágrafo 1º do artigo 13 da Lei nº 9.506, de 30 de outubro de 1997, acrescentou a alínea “h” do inciso I do artigo 12 da Lei nº 8.212/91, deixando expressamente evidenciado que é assegurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social, também, “o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado ao regime próprio de previdência social”.

- É legal e constitucional a incidência de contribuição previdenciária nos moldes da Lei nº 9.506/97 sobre o “subsídio” percebido pelos Agentes Políticos Municipais, uma vez que a mesma continua em vigor, não tendo sido declarada inconstitucional na via abstrata (de ação) ou sua execução suspensa pelo Senado Federal, tendo a via concreta (de exceção) apenas o efeito de afastar a incidência de uma norma inconstitucional nos limites da lide deduzida em Juízo.

- O legislador também deixou claro que o Município “empregador” também deve contribuir sobre os referidos subsídios.

- Preliminar de ilegitimidade ad causam desacolhida. Capacidade postulatória.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma

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

Recife, 2 de outubro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de recurso de apelação e remessa oficial tida por interposta pela Câmara Municipal de Senador Georgino Avelino, em face da sentença do MM. Juiz Federal da 5ª Vara/RN, que denegou a segurança, a qual objetivava a declaração de inconstitucionalidade material e formal do art. 13 da Lei Federal nº 9.506/97, em sede de controle concreto e a título de questão prejudicial, bem como abstenção por parte da autoridade coatora de proceder à cobrança da exação sobre os valores mensalmente pagos pela impetrante aos vereadores, com a suspensão do crédito respectivo.

Sustenta a apelante a inconstitucionalidade do art.13 da Lei nº 9.506/97, bem como a necessidade de ser utilizada lei complementar, para o caso da instituição da contribuição em análise.

A parte apelada apresentou contra-razões ao recurso, aduzindo, preliminarmente, ilegitimidade da Câmara Municipal e o interesse direto dos vereadores no deslinde da questão. A constitucionalidade do art.13, § 1º, da Lei 9.506/97. Por fim, pleiteia a manutenção da sentença monocrática e o conseqüente improvimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Trata-se de apelação e remessa oficial tida por interposta pela Câmara Municipal de Senador Georgino Avelino.

Preliminarmente, desacolho a alegação, em contra-razões, de

ilegitimidade *ad causam* da Câmara de Vereadores, tendo em vista que possui capacidade postulatória em defesa dos interesses dos seus respectivos membros.

O móbil da controvérsia diz respeito à exigibilidade da contribuição previdenciária sobre subsídios dos Agentes Políticos Municipais instituída pela Lei nº 9.506/97.

A Lei nº 8.212, de 24/07/91, em seu artigo 12, inciso I, alíneas a a g, originalmente, vinculou as seguintes categorias de empregados ao Regime Geral da Previdência Social:

“Art. 12 – São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I – como empregado:

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;

b) aquele que, contratado por empresa de trabalho temporário, definida em legislação específica, presta serviço para atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviço de outras empresas;

c) o brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em sucursal ou agência de empresa nacional no exterior;

d) aquele que presta serviço no Brasil a missão diplomática ou a repartição consular de carreira estrangeira e a órgãos a elas subordinados, ou a membros dessas missões e repartições, excluídos o não-brasileiro sem residência permanente no Brasil e o brasileiro amparado pela legislação previdenciária do país da respectiva missão diplomática ou repartição consular;

e) o brasileiro civil que trabalha para a União, no exterior, em organismos oficiais brasileiros ou internacionais, dos quais o Brasil seja membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo se segura-

do na forma da legislação vigente do país do domicílio;

f) o brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em empresa domiciliada no exterior, cuja maioria do capital votante pertença a empresa brasileira de capital nacional;

g) o servidor público ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a União, autarquias, inclusive em regime especial, e Fundações Públicas Federais. (Alínea acrescentada pela Lei nº 8.647, de 13.04.1993)".

Por sua vez, a Lei nº 9.506, de 30/10/97, ao extinguir o Instituto de Previdência dos Congressistas – IPC, estabeleceu, no seu artigo 13, que “o Deputado Federal, Senador ou suplente em exercício de mandato que não estiver vinculado ao Plano” por ela instituído “ou a outro regime de previdência participará, obrigatoriamente, do regime geral de previdência social a que se refere a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991”.

Quanto ao parágrafo 1º desse dispositivo legal, acrescentou ao inciso I do artigo 12 da Lei nº 8.212/91 a alínea *h*, deixando expressamente evidenciado que são **segurados obrigatórios** do Regime Geral de Previdência Social também “o exercente de **mandato eletivo** federal estadual ou **municipal**, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social”. (Grifei).

Assim sendo, embora não possam os Agentes Políticos ser formalmente enquadrados na definição de “empregado”, tal como contida no artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, é certo que recebem da União, dos Estados e dos Municípios uma contraprestação pecuniária em decorrência de seus serviços, e, desse modo, devem também contribuir para o custeio da seguridade social, nos moldes estabelecidos na Lei nº 9.506/97, já que são potenciais destinatários de seus benefícios.

Com efeito, consagra o art. 195, *caput* e incisos, da Constituição Federal de 1988, na redação que lhe foi dada pela Emenda Complementar nº 20, de 15/12/98, o **princípio da universalidade** do custeio da seguridade social, *verbis*:

“Art. 195 – A seguridade social **será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei**, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de **salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício**;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III – sobre a receita de concursos de prognósticos”.

(Grifei).

Afastada está, pois, diante da mencionada modificação, a tentativa de demonstrar a impossibilidade jurídica de recolhimento da referida exação pelos Agentes Políticos, no caso, municipais, por isso que cabe a todos os que recebem rendimentos, a qualquer título, o custeio da Previdência Social.

Cumpra dizer, outrossim, que, ao mesmo tempo em que instituiu a contribuição em desfavor dos agentes políticos, o legislador também deixou claro que o Município “empregador” também deve contribuir sobre os referidos subsídios. É o que se deduz da redação do art. 22, inc. I, da Lei nº 8.212/91, *verbis*:

“Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - Vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho,

qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa”.

A Lei nº 8.212/91 equiparou as Entidades Públicas da Administração Direta às empresas (art. 15), justamente para fins previdenciários, não levando em consideração o sentido técnico jurídico da expressão. Destarte, com a alteração desta feita pela Lei nº 9.506/97, que intitulou os agentes políticos como empregados, pessoas físicas passíveis de serem segurados obrigatórios, já que a alínea a do inciso I do art. 195 não tratou de fazer distinção entre salário e subsídio, instituindo, pelo contrário, que aquele que recebe rendimentos a qualquer título deve contribuir para a previdência como segurado obrigatório, conforme regulamentação em lei ordinária.

Por outro lado, vale salientar que a Lei nº 9.506/97, ao acrescentar a alínea *h* ao referido art. 12, nada mais fez do que alargar o âmbito de incidência da contribuição previdenciária devida pelos segurados da Previdência Social e que já estava prevista na Lei nº 8.212/91 (art. 20). Desse modo, tendo em vista que a Lei nº 9.506/97 apenas alterou outra lei ordinária, forçoso é concluir que não havia a necessidade de que, em vez dela, houvesse sido editada uma lei complementar para que a contribuição em tela viesse a ser legitimamente cobrada. A edição de lei complementar, vale registrar, somente é indispensável para a instituição de nova fonte de custeio, *ex vi* do art. 195, § 4º, da Constituição Federal (o que não é o caso).

Ademais, o art.13, § 1º, da Lei 9.506/97, continua em vigor, não tendo sido, até agora, declarado inconstitucional na via abstrata (de ação) ou sua execução suspensa pelo Senado Federal, tendo a via concreta (de exceção) apenas o efeito de afastar a incidência de uma norma inconstitucional nos limites da lide deduzida em Juízo.

Assim, entendo pela presunção de constitucionalidade que prevalece em relação à referida Lei, até pronunciamento contrário pela Corte Suprema.

Convém salientar, ainda, que esta matéria já é bastante remansosa, entendendo a jurisprudência deste egrégio Tribunal não haver razão para se obstar a exação ora vergastada. É o que se depreende dos seguintes precedentes:

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A REMUNERAÇÃO DE AGENTES POLÍTICOS. POSSIBILIDADE. EC Nº 20/98. EQUIPARAÇÃO A EMPREGADOS PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. LEI Nº 9.528/97. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA.

- A EC nº 20/98 alterou a redação original do art. 195 da CF/88 ampliando o âmbito de incidência da antiga “contribuição previdenciária do empregador incidente sobre a folha de salários”, com a finalidade de abranger, além do empregador, a empresa e a entidade a ela equiparada na forma da lei.

- Equiparação das Prefeituras e Câmaras Municipais à figura da empresa como sujeito passivo da contribuição previdenciária prevista no art.195, I, da CF/88, com a conseqüente inclusão dos subsídios dos Vereadores, Prefeitos e Vice-Prefeitos como base de cálculo da referida contribuição, recepcionando as normas encartadas na Lei nº 8.212/90 (arts. 12, inciso I, alínea h, 15, parágrafo único, e 22, inciso I, com a redação dada pelas Leis nºs 9.506/97 e 9.528/97.

- As Câmaras Municipais possuem capacidade postulatória em defesa dos interesses institucionais dos seus membros.

- Inexistência de relação litisconsorcial”.

(AMS nº 85.269/CE, Relator Des. Federal Ridalvo Costa, jul. 11/09/2003, 3ª turma, TRF 5ª Reg.).

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO.

PREFEITO, VICE-PREFEITO E VEREADOR. SUBSÍDIOS. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EC Nº 20/98. CONSTITUCIONALIDADE PRESUMIDA.

1. Instituição pela Emenda Constitucional nº 20/98 de contribuição previdenciária que pretende vincular agentes políticos a sistema previdenciário público.

2. Presunção de constitucionalidade que prevalece em relação à referida emenda, até pronunciamento contrário pela Corte Suprema.

3. Agravo improvido”.

(AGTR nº 27079/PE, 2ª Turma, Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira, julg. 01/08/2000, pub. *DJ* de 16/10/2000, pág. 247).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGENTES POLÍTICOS. FOLHA DE SALÁRIOS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

- Precedente da eg. Terceira Turma deste TRF-5ª Região (AGTR 21830/CE, Rel. Juiz Ridalvo Costa, j. em 23/09/99, *DJ* de 22/10/99) no sentido do cabimento da exigência de contribuição previdenciária sobre a folha de salários de Agentes Políticos, a partir da edição da Lei nº 9.506/97, que acrescentou a letra *h* ao artigo 22, I, da Lei nº 8.212/91.

- Matéria que, merecendo melhor estudo pelo Judiciário, representa, todavia, ponto crucial no equacionamento das contas públicas, de sorte que recomenda a prudência o cumprimento, até que pronunciamento ulterior e mais amadurecido exsurja, da disciplina normativa inovada.

- Agravo de instrumento improvido”.

(AGTR nº 25002/PB, 1ª Turma, Rel. Des. Federal Castro Meira, julg. 04/05/2000, pub. *DJ* de 16/06/2000, pág. 607).

Ex positis, nego provimento ao apelo.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 788-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Parte Autora: GEORGE CELSO RODRIGUES
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
Suscitante: JUIZ PRESIDENTE DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DA PARAÍBA
Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA – PB
Advogada: DRA. VERÔNICA LEITE ALBUQUERQUE DE BRITO (PARTE A)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA NEGATIVO. JUIZ PRESIDENTE DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E JUIZ DE VARA FEDERAL COMUM.

- *Ação de revisão de aposentadoria.*
- *Servidor público da extinta LBA. Mudança de regime.*
- *Alegação de tempo de serviço prestado em ambiente insalubre.*
- *Causa que escapa da competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis. Lei nº 10.259/2001, inciso III do parágrafo 1º do art. 3º, c/c Resolução 252/2001 do CJF e Resolução nº 01/2002-TRF/5ª, parágrafo 1º do art. 1º.*
- *Conflito conhecido para declarar a competência do Juiz Federal suscitado da 2ª Vara/PB.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o nº em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, acorda o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão plenária, realizada nesta data, por unanimidade, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, conhecer do conflito e declarar competente o Juiz Suscitado da 2ª Vara da Paraíba, nos termos do voto do MM. Relator. Impedido o Exmo.

Sr. Desembargador Federal Rogério Fialho. Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Petrucio Ferreira, Lázaro Guimarães, Francisco Cavalcanti, José Baptista de Almeida Filho, Paulo Roberto de Oliveira Lima, Paulo Gadelha, Francisco Wildo Lacerda Dantas, Manoel Erhardt e Élio Siqueira. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Desembargador Federal Rivalvo Costa.

Recife, 8 de outubro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Trata-se de conflito negativo de competência, suscitado pelo MM. Juiz Presidente do Juizado Especial Federal da Paraíba, em face de *decisum* do MM. Juízo Federal da 2ª Vara da mesma Seção Judiciária, que declinou da competência para processar e julgar a ação tombada sob o nº 2003.82.00.00845-9, entre partes George Celso Rodrigues e INSS, invocando o artigo 2º da Resolução nº 02, de 2002, do TRF/5ª.

Aduz que, conquanto se refira o artigo 1º, parágrafo 1º, da Resolução nº 02, de 20.02.02, à ação previdenciária de maneira genérica, o artigo 2º restringe a competência dos Juizados Especiais às questões relativas ao Regime Geral de Previdência Social e, na hipótese, cuida-se de matéria que diz respeito a servidor público federal, vinculado ao INSS, portanto, não inserido no Regime Geral de Previdência Social.

Conclusos, vieram-me os autos.

Foi dispensada a audiência do MM. Juízo suscitado e determinada vista dos autos ao Ministério Público (fls. 21-22).

Com vistas dos autos, opina o Ministério Público Federal pelo conhecimento do conflito para que se declare competente o Juiz suscitado (fls. 24-27).

É o relatório.

VOTO

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

A teor da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, as causas de natureza previdenciária até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos estão insertas na competência do Juizado Especial Cível (inciso III do parágrafo 1º do artigo 3º).

Por causas de natureza previdenciária, o Conselho da Justiça Federal entendeu aquelas relacionadas com a previdência e assistência social, como se deduz dos termos da Resolução nº 252, de 18/12/2001, que limitou a competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais, limitação esta prorrogada até 13 de julho de 2004 pela Resolução nº 310, de 04/04/2003, do aludido Conselho.

Na esteira deste entendimento, foi editada por esta Corte a Resolução nº 01, de 14 de janeiro de 2002, dispondo que os Juizados Especiais Federais Cíveis são competentes para as ações previdenciárias (parágrafo 1º do artigo 1º).

O fulcro da questão é, portanto, a delimitação do que se entende por causa previdenciária para efeito do seu processamento e julgamento.

Destarte, entendo que, para efeito de processamento e julgamento pelos Juizados Especiais Federais Cíveis, devem ser entendidas como causas previdenciárias aquelas que, observado o patamar de 60 (sessenta) salários mínimos, versem sobre os planos de benefícios compreendidos no Regime Geral da Previdência Social, quais sejam, os que visam a assegurar aos respectivos beneficiários os meios indispensáveis, ou mínimos, de sobrevivência, em virtude de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem são dependentes economicamente, a teor do disposto na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

Os servidores públicos têm regime próprio de previdência social e, em sendo assim, estão excluídos do Regime Geral de Previdência Social (artigo 12 da Lei nº 8.213/91).

A causa motivadora do conflito trata sobre revisão de aposentadoria do respectivo autor, que se qualifica na exordial (cópia de fls. 05) como “funcionário federal aposentado” (fls. 05), ao fundamento de tempo de serviço prestado em ambiente insalubre, desde a admissão no serviço público, sob o regime celetista, até a mudança do regime jurídico.

Nestes termos, observo que a matéria escapa da competência dos Juizados Especiais Federais.

Ante as considerações expostas, conheço do conflito de competência e declaro competente para processar e julgar a causa em comento o Juiz suscitado da 2ª Vara da Paraíba.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 814-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Autor: JOSÉ CAMILO JUSTINO
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Suscitante: JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA DA COMARCA DE CAJAZEIRAS - PB
Suscitado: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DA COMARCA DE CAJAZEIRAS - PB
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ GONÇALO SOBRINHO E OUTRO (AUTOR)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZES DE DIREITO NO EXERCÍCIO DE JURISDIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO TRF PARA DIRIMI-LO - SÚMULA Nº 33 DO COLENDO STJ.

**- Ação ordinária de concessão de benefício previdenciário movida contra o INSS.
- Competência das Varas Cíveis da comarca de domicílio do autor se a Lei de Organização Judiciária do Estado não fixa textualmente compe-**

tência privativa.

- Conflito conhecido e julgado precedente.

- Declarada a competência do juízo suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª região, à unanimidade, conhecer do conflito para declarar a competência do juízo suscitado, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 17 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Comarca de Cajazeiras, Estado da Paraíba, em face do Juízo de Direito da 3ª Vara da mesma comarca.

O conflito é suscitado nos autos da ação ordinária de concessão de benefício previdenciário movida por José Camilo Justino contra o INSS (processo nº 013.2003.000812-5), na referida comarca, domicílio do autor, na forma preconizada nas disposições do § 3º do art. 109 da CF/88.

A ação foi distribuída, inicialmente, ao Juízo da 3ª Vara Cível.

Argumentando que, em razão do INSS se inserir no conceito de Fazenda Pública, a competência para o julgamento da ação seria da 4ª Vara da Comarca, tendo em vista o que dispõe o art. 75 da Lei de Organização Judiciária do Estado da Paraíba, que fixa a competência dessa Vara para as ações cíveis nas quais o Estado da Paraíba, o município, suas autarquias e empresas públicas figurarem como partes, determinou a MM. Juíza da 3ª Vara o retorno dos autos ao distribuidor para que o feito fosse atribuído, por com-

petência privativa, ao Juízo da 4ª Vara (fls. 28 a 30).

Divergindo desse entendimento, a MM. Juíza da 4ª Vara exarou despacho nos autos, suscitando o presente conflito negativo de competência, aduzindo não haver definição na Lei de Organização Judiciária do Estado da Paraíba quanto à competência privativa para as ações envolvendo o INSS (fls. 32 a 37).

Distribuído, coube-me a relatoria do conflito.

Com vista dos autos, a Procuradoria Regional da República ofertou parecer pelo conhecimento e procedência do conflito para que seja declarada a competência do juízo suscitado, da 3ª Vara da Comarca de Cajazeiras, Paraíba.

Concluída a instrução, trago o feito em mesa para julgamento, nos termos do art. 121 do CPC, c/c com o § 1º do art. 182 do Regimento Interno desta eg. Corte.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado nos autos de ação ordinária movida por pessoa domiciliada na Comarca de Cajazeiras contra o INSS, objetivando a obtenção de benefício previdenciário.

O conflito se dá entre os Juízos das 3ª e 4ª Varas da referida Comarca, que, no caso, nos termos do disposto no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, estão no exercício de jurisdição federal.

Competente, portanto, esta eg. Corte para dirimir o incidente processual, nos termos do enunciado da Súmula nº 33 do colendo STJ, *verbis*:

“Compete ao TRF dirimir conflito de competência verificado, na respectiva região, entre Juiz Federal e Juiz Estadual investido de jurisdição federal”.

A controvérsia sobre a competência decorre da interpretação dada a dispositivos da Lei de Organização Judiciária do Estado da Paraíba.

Ao dispor sobre a separação de competência entre as Varas de Cajazeiras, dispõe a Lei de Organização Judiciária do Estado da Paraíba - Lei Complementar nº 25, de 27/06/1996, alterada pela Lei Complementar nº 38, de 14/03/2002:

“Art. 72-A - Compete aos Juízes da 2ª, 3ª e 4ª Varas, por distribuição:

- a) processar e julgar os feitos cíveis, comerciais e de acidentes do trabalho, não compreendidos na competência privativa das mesmas varas;
- b) cumprir as cartas precatórias cíveis, observada a competência privativa das mesmas varas”.

“Art. 75-A - Compete ao Juiz da 4ª Vara processar e julgar privativamente:

- a) as ações cíveis em que o Estado da Paraíba, suas autarquias e empresas públicas figurarem como autores, respeitadas as competências de foro estabelecidas na lei processual ou lei especial, e nos artigos 44, I, e 45-A desta lei;
- b) as ações em que o município da comarca, suas autarquias e empresas públicas figurarem como autores, réus ou intervenientes;
- c) os mandados de segurança, ressalvada a competência originária do Tribunal de Justiça;
- d) as ações de execuções fiscais”.

Vê-se que não há qualquer alusão na LOJE-PB quanto à competência privativa da 4ª Vara Estadual para as ações nas quais seja parte o INSS.

Não utilizou o legislador a expressão Fazenda Pública entre a competência privativa da 4ª Vara da Comarca de Cajazeiras. Ademais, ainda que por analogia se entenda a Fazenda Pública dentro da competência da citada Vara, uma vez ser esta competente para as ações envolvendo o Estado, o município, suas autarquias e empresas públicas, não seria o caso de incluir as ações nas quais for parte o INSS, uma vez que a autarquia previdenciária federal somente se equipara à Fazenda Pública para fins de beneficiar-se dos privilégios processuais, nos termos da Lei 8.620/90.

Nesse sentido, o seguinte precedente do colendo STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DEPÓSITO PRÉVIO. DISPENSABILIDADE. COMISSÃO NACIONAL DE ENERGIA NUCLEAR – CNEN. PRIVILÉGIOS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 30 DA LEI Nº 4.118/62. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 175/STJ. PRECEDENTE.

I - O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uniforme, cristalizada no Verbete Sumular 175, no sentido de que, nas ações rescisórias propostas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, é incabível o recolhimento do depósito previsto no art. 488, II, do Código de Processo Civil, tendo em vista que a Lei nº 8.620/90 estendeu à autarquia os mesmos privilégios assegurados à Fazenda Pública. Precedente.

II – *In casu*, por aplicação analógica da Súmula 175/STJ, a Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN deve ser dispensada do depósito prévio em sede de ação rescisória, por força do artigo 30 da Lei nº 4.118/92, que lhe assegurou os mesmos privilégios da Fazenda Pública. Precedente”.

(REsp 424.289-RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, julg. 22/10/2002, DJU de 18/11/2002, unânime).

Por outro lado, o art. 72 da LOJE-PB, ao definir a competência por distribuição das três Varas Cíveis da Comarca de Cajazeiras, não excluiu as ações envolvendo o INSS, sendo de ressaltar que não está fixada na citada lei a competência privativa da 4ª Vara para as ações previdenciárias.

Entendo, portanto, que o critério de competência é o da livre distribuição entre as Varas Cíveis da Comarca.

Conheço, pois, do conflito, para declarar a competência do juízo suscitado, o da 3ª Vara da Comarca de Cajazeiras.

É como voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO INQUÉRITO Nº 674-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Parte Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Indics./Invdos.: CARLOS ADILSON PINTO LAPA, JOSÉ ROLIM RODRIGUES, SEVERINO JOSÉ DE MORAES E ODENITA BEZERRA DO CARMO CAVALCANTE
Advs./Procs.: DRS. CARLOS ADILSON PINTO LAPA E OUTRO (INDICIADO/INVESTIGADO)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. PRESCRIÇÃO DA PUNIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 619 DO CPP. IMPROVIMENTO DOS EMBARGOS.
- *O acórdão que, respaldado em voto devidamente fundamentado, reconhece a prescrição da pretensão punitiva do Estado, em face da pena in abstracto estabelecida na Lei Penal para o delito imputado ao acusado, não se caracteriza como ambíguo, omissivo, contraditório ou obscuro.*
- *O inconformismo contra decisão judicial deve ser manifestado através do recurso próprio, não sendo cabível o manejo de embargos de declaração para se obter um novo julgamento, na mesma instância, de questão já decidida.*
- *Hipóteses do art. 619 do CPPB não constatadas.*
- *Embargos declaratórios não providos.*

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento aos embargos declaratórios, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 11 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

O Ministério Público Federal opõe embargos de declaração contra o v. acórdão proferido, à unanimidade, pelo eg. Plenário desta Corte, na sessão de 18/06/2003, rejeitando a denúncia ofertada contra o ora embargado (fls. 340).

A denúncia imputa ao mesmo o cometimento do delito tipificado no art. 171 do CPB, em razão de ter ele abonado certidão de tempo de serviço tida como falsa, utilizada para a obtenção de benefício previdenciário por Josefa Maria da Conceição, benefício este que, conforme a peça acusatória, foi implantado em setembro de 1976.

O falecimento da beneficiária, importa ressaltar, ocorreu em 16 de fevereiro de 1982, conforme cópia da certidão de óbito que se vê às fls 83 (volume I).

O eg. Plenário, ao não receber a denúncia, considerou que o delito atribuído ao Sr. Carlos Adilson Pinto Lapa, embargado, apesar de ter contribuído para que o antigo INPS pagasse o benefício previdenciário questionado, não se caracterizou como eventualmente permanente, já que não houve a percepção mensal de sua parte, a qualquer título, de valores oriundos dos cofres da Previdência Social. Desse modo, decidiu o Tribunal que o crime imputado ao mesmo se consumou no momento da concessão da pensão à beneficiária (Sra. Josefa Maria da Conceição), restando, portanto, prescrita a pretensão punitiva do Estado, nos termos do art. 109, III, do CPB, tendo em vista a pena máxima *in abstracto* atribuída ao tipo penal previsto no art. 171 do CPB, no qual, em tese, incorreu o denunciado.

Nas razões dos embargos de declaração, argumenta, em síntese, o Ministério Público Federal que o v. acórdão “não pode prevalecer” porque, (...) atentando contra a teoria monista, adotada

pelo nosso Código Penal, parte o delito praticado em co-autoria em dois: um delito – o falso – que teria sido praticado pelo embargado, e outro – o de estelionato – que teria sido cometido por quem recebeu o pagamento indevido (...)” (fls. 362), o que é, assevera, juridicamente inaceitável, tendo, desse modo, o órgão julgador decidido de forma diferente da posição jurisprudencial pacificada, que entende ser de efeito permanente o crime de estelionato para todos os co-réus, até a percepção indevida do último benefício.

Aduz, ainda, o embargante, que não se atentou para a suspensão do prazo prescricional, tendo em vista ser o denunciado detentor de mandato de deputado estadual, razão pela qual, desde 1990, este Tribunal buscava obter autorização da Assembléia Legislativa para processá-lo, conforme a legislação vigente à época.

Sustenta, pelas razões expostas, que não pode ter ocorrido a prescrição da punibilidade reconhecida no acórdão embargado.

Requer, portanto, o provimento do recurso para que seja anulada a decisão embargada.

Nos termos do § 1º do art. 620 do CPP, c/c o art. 240 do Regimento Interno desta eg. Corte, trago os embargos em mesa para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

É de seguinte teor a ementa do acórdão ora embargado:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CONCEDIDO COM BASE EM DECLARAÇÃO FALSA. ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

- O crime de estelionato contra a Previdência, fundado em recebimento fraudulento de benefícios previdenciários, é classificado como eventualmente permanente e, por isto mesmo, o seu prazo prescricional apenas é iniciado com a cessação do be-

nefício.

- Inaplicável, todavia, o disposto no art. 111, inciso III, do Código Penal, quando a participação do denunciado no aludido ilícito consubstanciou-se unicamente em declaração falsa ensejadora da concessão do benefício indevido.

- Hipótese em que o delito perpetrado consumou-se num só momento, na concessão da aposentadoria fraudulenta à beneficiária, contando-se a partir deste evento o prazo prescricional.

- Delito cuja pena máxima, abstratamente prevista, é inferior a 8 (oito) anos. Prescrição em 12 (doze) anos, nos termos do art. 109, III, do CP.

- Extinção da punibilidade do denunciado em razão da prescrição da pretensão punitiva do Estado. Denúncia rejeitada". (Fls. 340).

Nas razões dos embargos, argumenta o Ministério Público Federal, inicialmente, que o referido acórdão atenta contra a teoria monista, adotada pelo nosso Código Penal, ao separar o falso, praticado pelo embargado, que, no caso, foi apenas um meio para a prática do crime-fim, o estelionato, que teria necessariamente efeito permanente para todos os co-réus até a cessação do pagamento do benefício indevido, conforme posição jurisprudencial hoje pacífica, daí porque não pode prevalecer o entendimento de que ocorreu a prescrição da punibilidade da maneira como foi reconhecida por este eg. Plenário.

Verifico do voto proferido pelo em. Des. Federal Convocado Manoel Erhardt (fls. 334 a 337), que foi acompanhado à unanimidade pelos demais em. Desembargadores votantes, não haver a alegada separação dos eventuais crimes de falso e estelionato que teriam sido praticados em co-autoria. Na verdade, a pena considerada para a constatação da prescrição da punibilidade foi a prevista no art. 171 do CPB, que trata do estelionato.

O entendimento adotado no julgamento, de que o crime de estelionato, no que diz respeito ao embargado, se caracterizaria como instantâneo, ou seja, teria se consumado no momento da concessão do benefício, tendo em vista não ter ele buscado pro-

veito do uso da certidão tida como falsa que subscreveu, está devidamente fundamentado, inclusive com citações de precedentes das egs. Turmas desta Corte.

A ilação de que essa compreensão atenta “contra posição jurisprudencial hoje pacífica...” (fls. 362) não guarda pertinência com as hipóteses do art. 619 CPPB, que não abrem espaço para rediscussão do julgado.

Deixo, pois, de acolher o argumento.

Aduz, ainda, o embargante, que não foi considerada a suspensão do prazo prescricional pela condição de Deputado Estadual do acusado a fim de apurar-se a prescrição da punibilidade. Tenho também que não pode prosperar essa afirmação. O tema foi, sim, abordado no julgamento, prevalecendo o entendimento de que a prescrição da punibilidade se consumou antes da interrupção temporária do curso do inquérito com o envio de ofício à Assembléia Legislativa solicitando a então necessária licença para instauração do processo criminal, conforme se vê, textualmente, às fls. 337, do voto do em. Des. Federal Convocado Manoel Erhardt.

De fato, conforme consta do voto do em. Desembargador Convocado, em fixando a Lei para o crime de estelionato a pena máxima de 5 anos, sendo aumentada em um terço quando cometido contra entidade de direito público (art. 171, § 3º, CPB), a prescrição da punibilidade ocorre em 12 anos, nos termos do art. 109, inciso III, do CPB, em razão do total da pena não exceder a 8 anos. Se o benefício em causa foi concedido em setembro de 1976, a prescrição da punibilidade ocorreu em setembro de 1988, antes, portanto, de quando foi suspenso o curso do inquérito pelo aguardo da resposta ao ofício encaminhado em 1990 à Assembléia Legislativa (cópia do expediente às fls. 167 – Volume I).

Com essas considerações, não constatando no acórdão embargado qualquer ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão a ser dirimida, nego provimento aos embargos de declaração.

É como voto.

**EMBARGOS INFRINGENTES
NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 9.805-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
Embargante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Embargada: FAZENDA NACIONAL

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE.

- “Ação que objetiva eximir todos os contribuintes, que tenham domicílio fiscal no Estado do Rio Grande do Norte, do pagamento das cotas de imposto de renda com a incidência da TRD, em face de alegada inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 8.177/91”.

- Ilegitimação ativa para a causa.

ACÓRDÃO

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

Recife, 23 de abril de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão da 3ª Turma deste Regional, Relator o Des. Federal Convocado Manoel Erhardt, que, por maioria de votos, venceu a Des. Germana Moraes, negou provimento à apelação do MPF, com a seguinte ementa:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL

CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDIVIDUAL DISPONÍVEL. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*.

1. Ação que objetiva eximir todos os contribuintes, que tenham domicílio fiscal no Estado do Rio Grande do Norte, do pagamento das cotas de imposto de renda com a incidência da TRD, em face de alegada inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 8.177/91.

2. Sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, por entender faltar ao Ministério Público Federal legitimação ativa *ad causam* para a promoção da ação civil pública que cuida de direitos individuais disponíveis.

3. As funções institucionais do Ministério Público, em face da Carta da República de 1988, consoante se sobressai dos arts. 127 e 129, III, têm por escopo a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, além de outros interesses difusos e coletivos, não havendo lugar para a atuação do MP fora desses parâmetros.

4. Apelação improvida”.

Sustenta o embargante, em síntese, sua legitimidade para defesa de direitos individuais homogêneos e o cabimento da ação civil pública para tal fim.

Houve resposta ao recurso.

O Plenário deste Tribunal não conheceu dos embargos infringentes, a míngua do pressuposto de admissibilidade, pela ausência do voto vencido, que não foi suprida por embargos de declaração, impedindo o exame do conteúdo da divergência entre os votantes.

O eg. STJ deu provimento ao recurso especial interposto, determinando que os embargos infringentes sejam conhecidos e analisados por este Tribunal, quanto ao seu mérito, entendendo que o objeto da divergência era de fácil dedução, sendo desnecessária a juntada do voto vencido.

É o que cabia relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

A divergência entre os votantes está na legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública visando a defender direitos individuais disponíveis.

No perfil institucional traçado pela Constituição Federal de 1988 (art. 127), o Ministério Público ganha merecido realce de ser o defensor da ordem jurídica, do regime democrático e da sociedade, como guardião dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Como verdadeira instituição permanente essencial à função jurisdicional, é natural que a Constituição lhe destine a possibilidade do exercício da substituição processual na ação civil pública “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (CF/88, art. 129, III).

Ao tratar da ação civil pública, o insigne Celso Ribeiro Bastos, citando o Prof. Cretella Júnior, esclarece que:

“Há interesses, individuais e sociais, de que as pessoas e as coletividades podem livremente dispor, sem ofensa a outras pessoas ou a grupos de pessoas. São os interesses disponíveis. ‘Interesse’ não é ‘direito’. É ‘pretensão’ não respaldada em norma jurídica. ‘Interesse indisponível’ é a pretensão que o interessado não pode transformar em vantagem ou benefício. Diante do interesse indisponível, individual ou social, a ação do indivíduo ou do grupo cessa, já que existe pretensão, mas não a respectiva ação assecuratória. Por isso, a regra jurídica constitucional transfere a defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis para a área de competência do Ministério Público, a quem cabe defendê-los, o que, de modo indireto, favorece pessoas físicas e grupos de pessoas, cujas pretensões não se encontram fundamentadas em normas jurídicas. Celso Bastos (cf. Curso de Direito Constitucional, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 339) elucida que ‘o

Ministério Público tem a sua razão de ser na necessidade de ativar o Poder Judiciário, em pontos em que este remanesceria inerte, porque o interesse agredido não diz respeito a pessoas determinadas, mas a toda a coletividade ... Mesmo com relação aos indivíduos, é notório o fato de que a ordem jurídica por vezes lhes confere direitos sobre os quais não podem dispor. Surge daí a clara necessidade de um órgão que vele tanto pelos interesses da coletividade quanto pelos dos indivíduos, estes apenas quando indisponíveis". (Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 20ª edição, pág. 256).

No caso em exame, os direitos questionados pelo Ministério Público são direitos individuais disponíveis, interesses singulares, suscetíveis de tutela jurisdicional apenas pelos respectivos titulares, que, na condição de contribuintes, pretendem afastar a incidência da TRD do pagamento das cotas de imposto de renda, por considerarem inconstitucional o art. 9º da Lei nº 8.177/91.

Cuidando-se de direitos individuais disponíveis, com titularidade identificável, resta evidente a ilegitimidade ativa do Órgão Ministerial para propositura da presente ação, sendo-lhe vedado o exercício da substituição processual sem expressa previsão legal, nos termos em que preceitua o art. 6º do CPC.

A jurisprudência do STJ inclina-se pela ilegitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública visando a impedir a cobrança de tributos, conforme se depreende do seguinte julgado, cuja ementa transcrevo:

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IPTU. TAXA DE LIMPEZA, CONSERVAÇÃO DE VIAS E LOGRADOUROS E ILUMINAÇÃO PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. PRECEDENTES.

- A ação civil pública não pode ser utilizada como substituta da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, nem mesmo para declaração incidental.

- O Ministério Público não tem legitimidade para manifestar ação civil pública com o objetivo de impedir a cobrança de tributos, como as taxas de limpeza, conservação de vias e logradouros e iluminação pública, assumindo a defesa dos interesses do contribuinte.

- Contribuinte e consumidor não se equivalem; o Ministério Público está legalmente autorizado a promover a defesa dos direitos do consumidor, mas não do contribuinte.

- Recurso não conhecido”.

(REsp 252803-SP; Relator Min. Francisco Peçanha Martins, dec. unân. da 2ª Turma, em 27/08/2002).

Com essas considerações, nego provimento aos embargos infringentes.

É o meu voto.

HABEAS CORPUS Nº 1.717-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Impetrantes: DRS. PAULO NAPOLEÃO GONCALVES QUEZADO E OUTRO
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA - CE
Paciente: JOÃO MIGUEL FOLGOSA HERCULANO (RÉU PRESO)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS EXIGIDOS PELO ART. 312 DO CPP. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ACUSADO ESTRANGEIRO. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS AO PACIENTE. ORDEM CONCEDIDA.

- O decreto de custódia preventiva exige o atendimento do preconizado no artigo 312 do Código de Processo Penal, mediante a exposição de motivos concretos a indicar a necessidade da cautela.

- Não configurado elemento suficiente a justifi-

car a preventiva do paciente, de sorte possa vir o mesmo perturbar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

- Apresentam-se manifestas em benefício do paciente as condições pessoais, tais como ser o mesmo possuidor de bons antecedentes em sua conduta social, ter endereço conhecido e exercer profissão lícita.

- O direito de liberdade, enquanto garantia constitucional, extrapola a dimensão de fronteiras políticas dos Estados. Como se apresenta na hipótese, o fato de ser estrangeiro o acusado não impede que em seu favor seja reconhecido o benefício da liberdade provisória.

- Ordem de habeas corpus concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 09 de outubro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Cuida-se de *habeas corpus* liberatório, com pedido de concessão de liminar, impetrado nos termos do artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal, em favor de João Miguel Folgosa Herculano, de nacionalidade portuguesa, acusado de transportar ovos de animais da fauna silvestre brasileira, delito previsto na Lei 9.605/98, no sentido de que se revogue a prisão preventiva decretada pelo MM. Juiz da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará.

Alegam os impetrantes que a decisão monocrática, cuja cópia

encontra-se às fls. 34/36, teria incorrido em constrangimento ilegal por inexistir justa causa para o encarceramento do paciente. Relevam que a mesma é desprovida de motivação, dados concretos ou fundamentação plausível, e não traz quaisquer razões fáticas e jurídicas a amparar a custódia, pois que o crime praticado é punido com pena de detenção e mesmo considerado de menor potencial ofensivo. Sustentam os impetrantes que o paciente é primário, possuidor de bons antecedentes, tem residência fixa e exerce profissão definida. Ao final, pedem liminarmente a expedição do Alvará de Soltura, e, no mérito, a concessão da ordem.

Face aos escassos elementos carreados aos autos, entendi conveniente aguardar as informações da autoridade indigitada coatora.

Às fls. 91/93, o MM. Juiz presta esclarecimentos e os motivos que o levaram a decretar a preventiva, noticiando encontrar-se o paciente entre os envolvidos, brasileiros e estrangeiros, presos e processados pela prática do evento delituoso. Convém destacar de suas informações:

“Ora, ciente este juízo das características próprias que envolvem o tráfico de animais, delito que possui matizes próprias de ampla mobilidade e compartilhamento de informações de maneira rápida e eficiente, entendi por bem determinar a prisão preventiva do alienígena, cujo *modus operandi*, consistente no transporte de ovos de animais silvestres, em tudo se assemelhava ao procedimento adotado por pessoas já presas e processadas nesta 11ª Vara Federal, indicando, assim, o provável envolvimento do paciente na organização criminoso.

Ademais, dada a inexistência de elementos identificadores do ádvena, em face de, aparentemente, não terem sido colhidas suas impressões digitais nem consultados os serviços de identificação, infirmouse a garantia de que o mesmo permaneça no território nacional, aguardando o término do processo em curso em Recife/PE ou das investigações aqui iniciadas. Assim sendo, pareceu-me que a perma-

nência em liberdade de João Miguel Folgosa Herculano, além de temerária e contrária às determinações legais, importaria em uma verdadeira concessão de visto temporário em seu favor, periclitando, assim, a instrução criminal ante sua possível fuga para Portugal”.

Prestadas tais informações, deferi a liminar requestada por vislumbrar os pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus bonis juris*, fls. 113/117.

Em seu parecer de fls. 121/125, o douto Procurador Regional da República opina pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Guardadas as peculiaridades, estes autos apresentam fatos de conhecimento desta Relatoria, quando do julgamento de outros pedidos de *habeas corpus* por esta egrégia Turma.

Noticiam os impetrantes que o ora paciente foi detido no dia 21 de julho do ano em curso, no Aeroporto Internacional dos Guararapes, em Recife, sob a acusação de estar transportando ovos de animais da fauna silvestre brasileira, delito previsto no artigo 29, parágrafo 1º, inciso III, da Lei 9.605/98, cuja pena é detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa. Após a lavratura de Termo Circunstanciado de Ocorrência, o paciente obteve liberdade, oportunidade em que assumiu o compromisso de comparecer em Juízo. Passados dois dias desse evento, o paciente foi preso por ordem do MM. Juiz impetrado.

O crime por que fora detido o paciente é considerado de menor potencial ofensivo, como preconiza o art. 61 da Lei 9.099/95, ensejando, nos termos do art. 44, § 2º, do Código de Processo Penal, a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Ao deferir o pedido de liminar, consubstanciado no melhor de nossa jurisprudência, reconheci presentes os requisitos para a sua

concessão, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. O primeiro, pelo constrangimento do investigado, pela ausência de dados concretos acerca da alegada garantia da ordem pública e pela inexistência de perigo à aplicação da lei penal. O segundo, em vista da jurisprudência dominante de que os pressupostos autorizadores da custódia preventiva (artigo 312 do CPP), um a um, devem ser demonstrados de forma convincente, ante a exposição de motivos concretos. Acresça-se a favor do paciente a possibilidade de, em caso de condenação futura, venha o mesmo a cumprir pena em liberdade. De ressaltar o fato de se apresentarem em seu benefício condições pessoais, como os antecedentes de sua conduta em sociedade, a constatação de que tem endereço conhecido e profissão definida.

Trago à colação precedente do Superior Tribunal de Justiça, cujo acórdão encontra-se assim ementado:

“PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. PRESSUPOSTOS. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. DESCONSTITUIÇÃO. RENOVAÇÃO DA CUSTÓDIA. DESCABIMENTO.

- **A prisão preventiva, medida extrema que implica sacrifício à liberdade individual, concebida com cautela à luz do princípio constitucional da inocência presumida, deve fundar-se em razões objetivas, demonstrativas da existência de motivos concretos susceptíveis de autorizar sua imposição.**

- **Meras considerações sobre a gravidade do delito, bem como conjecturas sobre o poder de influência do acusado, sem o registro de fatos atentatórios à ordem pública, não autorizam a custódia preventiva**, por não atenderem aos pressupostos inscritos no art. 312 do Código de Processo Penal.

- Desconstituída a decisão que decretou a prisão preventiva por *habeas corpus*, é descabida a sua mera reedição, sem o registro de fatos novos, em prestígio ao princípio da segurança e estabilidade das relações jurídicas.

- *Habeas corpus* concedido”.
(STJ. HC 14.948/GO (200001234757). Rel.: Min. Vicente Leal. 6ª Turma. Decisão unânime; data: 19/06/2001. *DJ* data: 24/09/2001, pág.: 348). (Grifo nosso).

No que diz respeito à condição de alienígena do paciente, razão assiste aos impetrantes.

O direito de liberdade, enquanto garantia constitucional, extrapola a dimensão de fronteiras políticas dos Estados. O fato de ser português o acusado, como se apresenta na hipótese, não impede que em seu favor seja reconhecido o benefício da liberdade provisória.

Perfilho-me a jurisprudência nesse sentido:

“PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. LIBERDADE PROVISÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE QUE JÁ SE ENCONTRAVA PRESO. CRIME APENADO COM DETENÇÃO. NÃO PREENCIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO INCISO II DO ARTIGO 313 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. (*Omissis*).

2. (*Omissis*).

3 - Embora a Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, refira-se a brasileiros e estrangeiros residentes no país, não se pode negar os direitos e garantias individuais aos estrangeiros não residentes no país, porquanto a lei disse menos do que queria. **A simples circunstância de ser estrangeiro não serve de óbice à concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança.**

4 - (*Omissis*).

5 - Ordem concedida”.

(TRF – 3ª Região. *Habeas Corpus* 98030307916/SP. Rel.: Juiz Casem Mazloum. 3ª Turma. Decisão: unânime. J. 23/03/1999). (Grifo nosso).

“*HABEAS CORPUS*. LIBERDADE PROVISÓRIA. RÉU ESTRANGEIRO. ART. 312 DO CPP.

- Se é certo que a primariedade e bons antecedentes não são suficientes para excluir prisão preventiva, também é certo que a ausência de residência certa e a condição de estrangeiro não impedem a libertação provisória por si só. Daí por que a liberdade provisória, no caso de prisão em flagrante, está subordinada à certeza da incoerência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (CPP, artigo 310, *caput* e parágrafo único), como se verifica no caso dos autos.

- Ordem concedida.”

(TRF 4ª Região. *Habeas Corpus* 200204010223894/PR, 8ª Turma, Rel. Juiz Volkmer de Castilho. J. 24/06/2002). (Grifo nosso).

No caso, não vislumbro elemento suficiente a justificar a preventiva do paciente, de sorte a vir o mesmo perturbar a ordem pública, a instrução criminal ou furtar-se à aplicação da lei penal.

Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 1.728-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (CONVOCADO)
Impetrante: DR. SEVERINO DE SOUZA SILVA
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA – PE
Paciente: ANA MARIA DE ALMEIDA FREITAS (RÉ PRESA)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE MENORES. PRISÃO PROCESSUAL DECRETA-DA NA SENTENÇA COMO CONDIÇÃO DO APELO. RÉU QUE RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE. REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA.

- Nada obstante o teor do art. 594 do Código de

Processo Penal, hoje, em face da Constituição da República de 1988, é posicionamento uníssono dos tribunais pátrios arredar-se, como condição do recurso de apelação, a exigência de o condenado recolher-se à prisão, sendo direito do réu recorrer em liberdade, se nessa condição se encontrava antes da condenação.

- A prisão decretada quando ainda pendente recurso, mesmo após a sentença condenatória, mas em momento anterior ao seu trânsito em julgado, tem natureza processual, e não de execução da pena imposta, pelo que deve submeter-se aos requisitos próprios dessa medida extrema (a “fumaça do bom direito” – prova da existência do ilícito penal e indícios suficientes de autoria – e o “perigo da demora” – garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal).

- Precedentes deste TRF e do STJ.

- Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 9 de outubro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Convocado):

Severino de Souza Silva propõe ação de *habeas corpus* liberatório, com pedido de liminar, em favor de Ana Maria de Almeida

Freitas, de qualificação nos autos, apontando como autoridade coatora a MM. Juíza Federal Substituta Amanda Torres de Lucena, da 13ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que, nos autos da Ação Criminal nº 95.0006964-4, determinou a expedição imediata de mandado de prisão contra a paciente, em face de sua condenação pela prática do crime previsto no art. 239 da Lei nº 8.069/1990, c/c o art. 71 do Código Penal, com impossibilidade de apelar em liberdade.

Fulcrou-se a eminente Magistrada de primeiro grau no disposto no art. 594 do Código Penal, considerando que a paciente, apesar de ainda ser primária, não possui bons antecedentes.

Defende o substituto processual da paciente, em suma, o entendimento jurisprudencial segundo o qual se deve manter em liberdade o réu que nessa condição respondeu ao processo, exigindo-se para o decreto de prisão a existência de um dos motivos para a custódia preventiva, assim como robusta fundamentação.

Informa que a paciente é vereadora do Município da Aliança-PE desde 1968, tendo sido eleita oito vezes, e em todos os pleitos foi a mais votada.

Vindica, alfim, a concessão liminar da ordem, para determinar seja a paciente posta imediatamente em liberdade e nessa condição possa apelar da sentença aludida.

Despacho às fls. 42 determinando a intimação do impetrante para que trouxesse cópia da sentença impugnada, bem assim prova de que esta não transitou em julgado.

O impetrante atravessou petição às fls. 44 e seguintes, cumprindo a diligência indicada no despacho de fls. 42.

Decisão deferitória do pedido por medida acautelatória às fls. 69/74.

A autoridade apontada coatora prestou, por meio do expediente de fls. 84/86, as informações requisitadas.

O Ministério Público Federal pronunciou-se por meio do parecer de fls. 99/101, assim sumariado:

“PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. APELO EM LIBERDADE. POSSIBILIDADE. AUSÊN-

CIADOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA.

I – O artigo 5º, LVII, da Constituição da República, concede a faculdade de recorrer de decisão penal condenatória em liberdade, somente impondo-se o recolhimento provisória do réu quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do CPP.

II – Pela concessão da ordem”.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator Convocado):

Admito adequados os argumentos do substituto processual da paciente, devendo prevalecer o entendimento expendido quando da apreciação da medida acautelatória.

Como asseverei, em que pese o legítimo sentimento hodierno da sociedade em extirpar o câncer da impunidade, propugnando pela severa punição dos infratores, não posso deixar de reconhecer a impropriedade da medida restritiva imposta.

Nada obstante o teor do art. 594 do Código de Processo Penal (comando em que se arrimou a sentença atacada), hoje, em face do elevado princípio constitucional da não-culpabilidade (art. 5º, LVII, da CR/88), é posicionamento uníssono dos tribunais pátrios arrear-se, como condição do recurso de apelação, a exigência de o condenado recolher-se à prisão, sendo direito do réu recorrer em liberdade, se nessa condição se encontrava antes da condenação.

Reproduzo, abaixo, excertos de recentes arestos colhidos da remansada jurisprudência do augusto Superior Tribunal de Justiça, o que faço a título exemplificativo:

“PROCESSUAL PENAL. ROUBO. RÉU QUE RESPONDEU AO PROCESSO SOLTO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. BONS ANTECEDENTES E PRIMARIEDADE.

- O réu que apresenta bons antecedentes, residên-

cia fixa, primariedade e que respondeu a todo o processo em liberdade, tem direito de recorrer da decisão condenatória nessa condição.

- Precedentes.

- Ordem concedida para que o réu possa aguardar o julgamento da apelação em liberdade”.

(HC nº 18543/SP - Quinta Turma, unânime - Rel. Min. Jorge Scartezini - *DJ* 26/8/2002, pág. 274).

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CF, ART. 5º, LVII. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. CPP, ART. 594.

- À luz da nova ordem constitucional, que consagra no capítulo das garantias individuais o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), a faculdade de recorrer em liberdade objetivando a reforma de sentença penal condenatória é a regra, somente impondo-se o recolhimento provisório do réu à prisão nas hipóteses em que enseja a prisão preventiva, na forma inscrita no art. 312 do CPP.

- A regra do art. 594 do CPP deve hoje ser concebida de forma branda, em razão do aludido princípio constitucional, não se admitindo a sua incidência na hipótese em que o réu permaneceu em liberdade durante todo o curso do processo, e não se demonstrou no dispositivo da sentença a necessidade da medida constritiva ou a existência de qualquer fato novo que justificasse o encarceramento.

- *Habeas corpus* concedido”.

(HC nº 23307/SP - Sexta Turma, unânime - Rel. Min. Vicente Leal - *DJ* 10/3/2003, pág. 315)

“PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO. RÉU QUE POSSUI BONS ANTECEDENTES E PERMANECEU SOLTO DURANTE A INS-TRUÇÃO CRIMINAL.

- A decisão que nega ao réu o benefício de apelar

em liberdade, assegurado pelo art. 594 do CPP, deve ser concretamente fundamentada, mormente sendo o réu possuidor de bons antecedentes e tendo respondido solto ao processo.

- Ordem concedida”.

(HC nº 27600/SC - Quinta Turma, unânime - Rel. Min. Felix Fischer - *DJ* 1/9/2003, pág. 307).

“CRIMINAL. HC. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APELO EM LIBERDADE. RÉU QUE OBTVEU, DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO, A REVOGAÇÃO DE SUA CUSTÓDIA PREVENTIVA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DESNECESSIDADE DA CUSTÓDIA. ORDEM CONCEDIDA.

I. Se o paciente obteve, durante a instrução criminal, o benefício da revogação de sua prisão cautelar por ausência de fundamentação e diante da inexistência de motivação quanto à necessidade da custódia, deve ser reconhecido o seu direito de apelar em liberdade.

II. Exige-se concreta e adequada motivação para a negativa ao apelo em liberdade, tendo em vista a excepcionalidade da custódia cautelar e diante das próprias peculiaridades da hipótese – réu que obteve a revogação de sua custódia preventiva, primário e com bons antecedentes.

III. Hipótese em que deve ser reconhecido o direito do paciente ao apelo em liberdade.

IV. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator”.

(HC nº 25794/PE - Quinta Turma, unânime - Rel. Min. Gilson Dipp - *DJ* 25/8/2003, pág. 336).

“O acórdão do Tribunal *a quo*, convalidando decisão do Juiz de primeiro grau que negou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, não erigiu motivo suficiente para a custódia cautelar que, segundo a ordem constitucional vigente, deve ser tida como exceção, exigindo do magistrado a indicação concre-

ta de sua necessidade”.

(HC nº 28132/MA - Quinta Turma, unânime – Rel^a Min. Laurita Vaz - DJ 4/8/2003, pág. 351).

“*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. RECONHECIMENTO JUDICIAL DA PRIMARIEDADE DA CONDUITA DELITIVA, BONS ANTECEDENTES E OCUPAÇÃO LÍCITA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. PRECEDENTES DO STJ.

1. Evidenciando-se, *in casu*, que a paciente respondeu a toda a instrução em liberdade, não causando qualquer obstáculo ao bom andamento do feito, imprescindível seria a devida exposição de motivos a indicar a necessidade da sua custódia cautelar para que lhe fosse negado o direito de recorrer em liberdade, sendo insuficiente, para tanto, a mera alusão ao caráter hediondo do crime.

2. Precedentes do STJ.

3. Pedido de *habeas corpus* deferido, para assegurar à ré o direito de recorrer da sentença condenatória em liberdade”.

(HC nº 27091/MS - Quinta Turma, unânime - Rel^a Min. Laurita Vaz - DJ 2/6/2003, pág. 318).

“PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ARTIGO 594 DO CPP. RÉUS QUE PERMANECERAM SOLTOS DURANTE TODO O TRANSCORRER DA AÇÃO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO CONDICIONADO AO RECOLHIMENTO À PRISÃO EM VIRTUDE DE ANTECEDENTES TIDOS COMO NEGATIVOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DA MEDIDA.

1. Em princípio, o réu que esteve em liberdade durante o transcorrer da ação penal tem o direito de

aguardar solto o julgamento do recurso que interponha contra a sentença que o condenou.

2. A prisão cautelar, de natureza processual, só pode ser decretada em se mostrando a absoluta necessidade de sua adoção.

3. Ordem de *habeas corpus* concedida”.

(HC nº 17208/CE - Terceira Seção, unânime - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - *DJ* 18/2/2002, pág. 229).

Outro não é o juízo deste TRF, consoante denotam as ementas a seguir:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. FALSIDADE DOCUMENTAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANDATO PRISIONAL. ANTECEDENTES. PRIMARIEDADE. DIREITO A RECORRER EM LIBERDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. Sendo a paciente tecnicamente primária, embora possua maus antecedentes, tem a mesma direito de recorrer em liberdade da sentença condenatória, *ex vi* do artigo 594 do Código de Processo Penal.

2. Ordem concedida”.

(HC nº 1516/PE - Segunda Turma, unânime - Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães - *DJ* 26/3/2003, pág. 827).

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. APELO EM LIBERDADE. ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA.

- Não caracterizados os maus antecedentes, uma vez que fundados na existência de processos criminais em que a paciente havia sido absolvida, pode a mesma recorrer em liberdade, ainda mais quando respondeu a todo o processo neste estado.

- Ordem de *habeas corpus* conhecida”.

(HC nº 361/PE - Primeira Turma, unânime - Rel. Des. Federal Francisco Falcão - *DJ* 17/6/1994, pág. 32167).

Não poderia ser diferente. A prisão decretada quando ainda pendente recurso, mesmo após a sentença condenatória, mas em

momento anterior ao seu trânsito em julgado, tem natureza processual, e não de execução da pena imposta, pelo que deve submeter-se aos requisitos próprios dessa medida extrema (a “fumaça do bom direito” – prova da existência do ilícito penal e indícios suficientes de autoria – e o “perigo da demora” – garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal).

Diz-se, pois, com propriedade, que cabe a exigência de recolher-se à prisão quando o réu já se encontrava preso em flagrante delito ou por preventiva e nessa condição permaneceu durante o curso do processo (ou somente ficou em liberdade pela ocorrência de excesso de prazo na formação da culpa), quando surge fato novo a fundamentar a prisão preventiva, quando o réu esteja foragido e nos casos de crimes hediondos, ou possuir maus antecedentes criminais.

Não é o caso dos autos. Os elementos trazidos ao exame desta instância demonstram tratar-se a substituída processual de pessoa com endereço fixo e ocupação definida, sendo vereadora do Município de Aliança-PE desde 1969, com 8 (oito) mandatos consecutivos, “inclusive a vereadora mais votada em toda [a] história política do Município” (fls. 13 – certidão da lavra do 1º Secretário da Câmara Municipal da Aliança-PE), com conduta social, pois, reconhecida pela população local.

Testifica-se, ainda – agora por meio de certidão subscrita por servidor da Justiça Federal em Pernambuco –, que a paciente permaneceu em liberdade durante todo o processo. O fato de se encontrar no pólo passivo em outras ações, mas sem qualquer condenação trântita em julgado, por si só, não implica o reconhecimento de maus antecedentes, se outras circunstâncias não confirmam a existência de hábitos perniciosos no meio social em que vive, de vez que “processos em curso não devem ser considerados como maus antecedentes” (TRF-5ª Região - ACR nº 2167/SE - Terceira Turma, unânime - Rel. Des. Federal Nereu Santos - DJ 22/10/1999, pág. 493).

Tanto é assim que o próprio agente ministerial assentiu com as considerações do impetrante, reconhecendo a inoportunidade da custódia neste momento processual e opinando pela conces-

são da ordem (fls. 99/101).

Impende registrar, em razão da informação da MM. Juíza Federal sentenciante no sentido de que a medida teria por escopo a “garantia da ordem pública”, que, se até o momento da condenação não se vislumbrou necessária tal medida, para o fim indicado, não é agora, só pela superveniência da condenação passível de reforma pela instância superior, que exsurgerà tal condição.

Observem-se os pronunciamentos também do e. STJ a seguir:

“CRIMINAL. RESP. PORTE ILEGAL DE ARMA. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. IMPROPRIAMENTE MAJORADA EM FACE DA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS CRIMINAIS E OUTRO PROCESSO EM ANDAMENTO, CONSIDERADOS COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O envolvimento em inquéritos diversos e em processo ainda em curso não pode servir como indicativo de maus antecedentes, para o aumento da pena-base. Precedentes. Hipótese em que deve ser afastada a exacerbação da pena, mantendo-a no mínimo legal. Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator”.

(REsp nº 443779/SP - Quinta Turma, unânime - Rel. Min. Gilson Dipp - DJ 9/6/2003, pág. 289)

“HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE E REGIME PRISIONAL EXACERBADOS. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM ANDAMENTO. PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA.

Viola o princípio constitucional da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII, da CF) a consideração, à conta de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento para a exacerbação da pena-base e do regime prisional. Precedentes. Ordem concedida”.

(HC nº 21238/SP - Quinta Turma, unânime - Rel.

Min. José Arnaldo da Fonseca - *DJ* 10/6/2002, pág. 239).

“*HABEAS CORPUS*. PENA. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXCLUSÃO DA CIRCUNSTÂNCIA “MAUS ANTECEDENTES”. SUBSISTÊNCIA DE OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS INVOCADAS NO JULGADO.

1. A despeito de afastada a existência de maus antecedentes, por ter sido o paciente absolvido no processo anterior e/ou, em outro feito, declarada extinta a punibilidade ou, ainda, ausente o trânsito em julgado da condenação, em uma terceira ação, de índole penal, não se altera o quantitativo da pena fixada acima do mínimo legal, quando invocadas validamente no julgado outras circunstâncias judiciais. 2. Ordem denegada”.

(HC nº 17639/RJ - Sexta Turma, unânime - Rel. Min. Fernando Gonçalves - *DJ* 18/2/2002, pág. 511)

“PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* (EC Nº 22/99). DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE OLVIDADA. ANTECEDENTES DESABONADORES.

É parcialmente nula a r. decisão que, na parte da dosimetria, considera a simples existência de outras ações criminais sem trânsito em julgado como antecedentes desabonadores, bem como olvida quanto à incidência de circunstância atenuante, qual seja, confissão reconhecida na sentença. *Habeas corpus* concedido”.

(HC nº 10907/SC - Quinta Turma, unânime - Rel. Min. Felix Fischer - *DJ* 28/2/2000, pág. 100).

“RESP. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ANTECEDENTES. INQUÉRITO POLICIAL. PROCESSO EM CURSO.

O princípio da presunção de inocência significa que ninguém será considerado culpado antes do trânsi-

to em julgado da sentença penal condenatória. Vale dizer, nenhuma sanção criminal poderá ser imposta, ou extrair efeito jurídico próprio da condenação. Assim, logicamente, estar o réu indiciado, ou denunciado (em outro processo), não pode conduzir à conclusão de maus antecedentes. Constituiria, sem dúvida, condenação hipotética e antecipada". (REsp nº 174578/SP - Sexta Turma, unânime - Rel. Min. Vicente Cernicchiaro - DJ 28/6/1999, pág. 158).

À vista do exposto, concedo a ordem requerida.

É como voto.

INQUÉRITO Nº 659-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Investigado: CARLÔMANO GOMES MARQUES
Advogados: DRS. FRANCISCO IRAPUAN PINHO CAMURÇA E OUTRO (INVESTIGADO)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. DEPUTADO ESTADUAL. COMPETÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. TIPIFICAÇÃO. NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA. RECEBIMENTO.
- Não é inepta a denúncia que expõe os fatos tidos por delituosos, a qualificação do acusado e a classificação do crime.
- Se, com as respostas, o denunciado não demonstra, de pronto, a ocorrência de qualquer das hipóteses do artigo 43 do Código de Processo Penal, a denúncia não deve ser rejeitada.
- O réu se defende dos fatos e não da tipificação carreada a priori pelo Parquet. Verificando o julgador que os fatos narrados na exordial tipificam, em tese, outro crime que não o elen-

cado, recebe-se a denúncia, dando-se nova definição jurídica ao ilícito.
- Denúncia recebida.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 28 de maio de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de inquérito onde se investiga o desvio de parte de recursos liberados pelo extinto Ministério do Bem-Estar Social, para a Associação do Desenvolvimento Comunitário de Vila Antonico, em Quixelô/CE. Diz a denúncia que 30% (trinta por cento) do montante repassado foi desviado e indevidamente depositado na conta corrente do Sr. Francisco Lemos Ferreira, motorista da Assembléia Legislativa do Ceará, à disposição do deputado estadual Carlomano Gomes Marques e, a mando deste, o motorista teria sacado esse valor e entregue a uma terceira pessoa, em seu gabinete e na sua presença. Ante esses fatos, foi o investigado denunciado pelo crime tipificado no artigo 312 do Código Penal.

Com as respostas, diz o investigado que a denúncia é inepta, posto que omissa e contraditória, impossibilitando o regular exercício do direito de defesa. Afirma que a denúncia não contém a informação de qual teria sido a real participação do acusado nos atos ilícitos que lhes são atribuídos. Afirma que houve a prescrição da pretensão punitiva estatal, impondo-se, portanto, a decretação da extinção da punibilidade. Por fim, alega que não restou provado

nos autos que o denunciado tenha praticado qualquer delito.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

O presente inquérito iniciou-se em outubro de 1993 na Procuradoria Regional Eleitoral do Ceará, para apurar a prática de crime eleitoral, consistente na utilização de subvenções públicas federais nas campanhas eleitorais de 1992. Todavia, prescrito o crime eleitoral, as peças informativas foram enviadas à Procuradoria da República no Ceará, face à possibilidade de ter havido, com relação aos mesmos fatos, a prática de apropriação indébita, estelionato, falsificação e sonegação fiscal.

A Procuradoria da República no Estado do Ceará denunciou a presidente, à época, da Associação do Desenvolvimento Comunitário de Vila Antonico e o candidato a vereador em Quixelô em 1992, irmão da primeira denunciada, pela infração do art. 312 c/c 327 e 29 do Código Penal, ao passo que enviou cópias do expediente para a Procuradoria Regional da República, já que havia indícios da participação do motorista de deputado estadual e, possivelmente, da participação do próprio deputado nos ilícitos.

O processo alvo da primeira denúncia (9700192300) resultou em condenação, havendo recurso para esta Corte (Apelação Criminal nº 2411), já julgado pela eg. Segunda Turma em 13/02/2001, com baixa definitiva em 13/11/2001, que resultou em extinção da punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva.

A segunda denúncia, após a tramitação por diversos órgãos da Procuradoria da República, é agora ofertada, acusando a prática de peculato perpetrada pelo Deputado Estadual Carlomano Gomes Marques.

Tratando-se de crime onde se aponta desvio de verbas públicas de origem federal (competência da Justiça Federal em razão da matéria), praticado, em tese, por deputado estadual, originalmente julgado por Tribunal de Justiça (competência em razão da pessoa), compete ao Tribunal Regional Federal apreciar a matéria

(STJ, HC 372; 5ª T., unânime).

No caso de que se cuida, a hipótese é de que, valendo-se do ardil da falsa compra de gêneros alimentícios, pagou-se uma comissão de 30% ao deputado estadual Carlomano Gomes Marques, devido à liberação dos recursos federais intermediados por seu suposto aliado político, o ex-deputado federal Pinheiro Landim.

Embora denunciado por peculato, a conduta atribuída ao deputado não se afeiçoa à espécie de que se cuida. É que o peculato se caracteriza por apropriar-se ou desviar, em proveito próprio ou alheio, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular de que tem a posse em razão do cargo ou que, embora não tendo a posse, concorre para o crime, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Assim, para caracterizar o peculato, necessário seria que o deputado tivesse a posse em razão do cargo ou se valesse de facilidade que lhe proporcionasse a qualidade de deputado, para desviar ou se apropriar dos recursos repassados à entidade assistencial, o que não foi o caso, já que o deputado atua na esfera estadual e não federal, origem dos recursos.

De fato, a sua conduta se amolda ao descrito no artigo 171 da Lei Substantiva Penal, já que teria sido usado o ardil da suposta compra de alimentos para justificar o dispêndio de numerário. Prossequindo com a empreitada criminosa, a comissão teria sido depositada em conta corrente de um terceiro, no caso, o motorista do deputado, e este teria sacado e entregue a um outro particular, no gabinete e na presença do deputado, conforme confessou.

Desse modo, com base no artigo 383 da Lei Adjetiva Penal, dou nova definição jurídica ao fato narrado na denúncia, considerando como tendo ocorrido, em tese, estelionato qualificado (artigo 171, § 3º, do Código Penal) e, não se fazendo presentes as hipóteses do artigo 43 da Lei Adjetiva Penal, recebo a denúncia.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 75.014-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Impetrante: COLÉGIO GEO DUNAS LTDA.
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA - CE
Advogados: DRS. ERNANDES NEPOMUCENO DE OLIVEIRA E OUTROS (IMPTE.)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CABÍVEL CONTRA A DECISÃO ATACADA. GARANTIA CONSTITUCIONAL QUE DEVE SER UTILIZADA APENAS NAS HIPÓTESES TÍPICAS DE CABIMENTO.

- O sistema recursal civil brasileiro mostra-se totalmente coerente, não havendo mais a possibilidade de se impetrar o writ como sucedâneo de recurso, nem com a finalidade de se atribuir efeito recursal.

- A aplicação das normas constitucionais que prevêm garantias individuais para se fazer valer os direitos assegurados deve merecer atenção especial do intérprete, a fim de se evitar a sua exagerada evocação, sob pena de se esvaziar o conteúdo garantístico, gerando a desassossegada e indesejável situação de, em determinado caso que realmente seja imprescindível o seu uso, esta não ostentar a eficácia desejada.

- Mandado de segurança extinto, sem julgamento de mérito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Pleno do TRF da 5ª Região, por unanimidade, extinguir o MS sem julgamento do mérito, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 8 de outubro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Trata-se de mandado de segurança interposto contra decisão judicial (sentença) proferida na Ação Cautelar 2000.81.00.034800-0, que tramitou na 10ª Vara da SJ do Ceará, que indeferiu a inicial, ante a carência de ação do autor, tendo em vista ter entendido o douto Magistrado *a quo* que o pedido formulado na mencionada ação não consistia em providência cautelar, uma vez que pretendia o requerente discutir a lide em si (possibilidade de reingresso no REFIS) e não pleitear uma medida que garantisse a utilidade do processo principal.

2. Sustenta o impetrante que a sentença proferida na Ação Cautelar 2000.81.00.034800-0 é teratológica, porque o douto Juiz que a prolatou deixou de examinar o conteúdo dos pedidos formulados na inicial da ação mencionada, os quais têm nítida função acautelatória, sendo eles os seguintes: (a) suspensão da exigibilidade de prestações de um parcelamento que havia firmado com a Receita Federal antes da criação do REFIS que viessem a se vencer enquanto tramitava a ação; (b) determinar à União Federal e ao INSS que se abstivessem de excluir o requerente do REFIS; (c) determinar aos requeridos (Fazenda Nacional e INSS) que reconheçam a formalização do parcelamento autorizado na MP 2.061/00 por parte do requerente; (d) determinar aos requeridos que admitam a quitação de débitos do requerente posteriores a 29.02.00, alusivos ao parcelamento previsto pela MP 2.061/00, com CDP's adquiridos em leilões previstos pela Lei 9.711/98, sem a restrição do art. 13 da Portaria Interministerial nº 150/00 (fls. 48/49).

3. Na inicial deste *writ*, foi requerida a tutela liminar, a qual foi deferida pelo eminente Presidente deste Tribunal à época, Desembargador Federal José Maria Lucena, que entendeu presentes seus requisitos (fumaça do bom direito e perigo da demora), conceden-

do todos os pedidos formulados na inicial deste MS que coincidem com os pleitos formulados na ação cautelar, detalhados no item anterior (fls. 35/37).

4. A douta autoridade judicial apontada como coatora prestou as informações de estilo, limitando-se a relatar o andamento do processo originário (fls. 53/54).

5. Na oportunidade do parecer, opinou o *Parquet* Federal pela conversão do feito em diligência para que se determinasse a citação da União Federal (Fazenda Nacional) e do INSS para apresentarem defesa, sob pena de se violar o princípio do contraditório (fls. 56/58).

6. A Fazenda Nacional agravou regimentalmente da tutela liminar e apresentou contestação, argumentando, em síntese, que este *writ* deve ser extinto, ante a evidente carência de ação e, no mérito, aduz que inexistente direito líquido e certo a amparar a pretensão do impetrante, uma vez que não apresentou as provas de suas alegações.

7. É este o brevíssimo relatório.

VOTO - PRELIMINAR

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

1. A discussão sobre o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial tem sido freqüente nesta Corte, tendo se firmado, na sessão do dia 17/09/03, no julgamento do MS 80.067-PE, relatado pelo eminente Desembargador Federal Hélio Ourem, *ser possível impetração com este objeto, desde que a decisão atacada se mostrasse teratológica ou tivesse interpretado dispositivo legal de maneira não mais aceita no Tribunal em que se deu a dita interpretação.*

2. Naquela oportunidade, frisei que, não se tratando de impetração de terceiro interessado, mas da própria parte integrante da lide originária, não é cabível o *mandamus*, haja vista ser o sistema recursal brasileiro, especialmente o processual civil, coerente no estabelecimento das espécies recursais, sendo certo que, havendo a previsão do recurso devido, não se deve aceitar a impetração

de mandado de segurança, com a finalidade de se reservar o remédio constitucional para situações que realmente reclamem a intervenção judicial mandamental.

3. Apesar de conhecer e reverenciar a decisão deste douto Pleno, penso seja ainda oportuno perenizar a discussão, a fim de que se amadureçam os fundamentos que a ensejaram.

4. Há muito tempo o douto Ministro Vitor Nunes Leal chamava a atenção para *a necessidade de se construir uma doutrina sistemática do mandado de segurança contra atos judiciais*, reclamando, com razão, do casuísmo na adoção do *writ*. Alertava que o seu uso indiscriminado o estava transformando em autêntica *panacéia judiciária*, capaz de curar todos os males, e subvertendo as regras mais solidamente estabelecidas no nosso Direito Processual. (*Problemas de Direito Público*, Forense, 1ª ed., p. 441).

5. A desordem reinante em torno do problema das hipóteses de admissibilidade de mandado de segurança contra atos judiciais levou o Professor Kazuo Watanabe a afirmar que *o ser garantia constitucional não torna o mandado de segurança um substitutivo incondicional dos recursos e tampouco panacéia generalizada para toda e qualquer situação, ora servindo como recurso, ora como sucedâneo da ação cautelar, às vezes como substituto da ação rescisória*. (*Controle jurisdicional - princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro - e mandado de segurança contra atos judiciais*, RT, 1980, p. 105).

6. O alargamento da possibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato judicial ficou evidente à época em que o sistema recursal brasileiro não previa a hipótese de efeito suspensivo ao recurso de agravo, fazendo surgir, em várias oportunidades, situações em que se mostrava evidente o risco de dano a que permanecia exposto o direito da parte, pondo em risco a própria eficácia da tutela jurisdicional.

7. A finalidade da impetração era, portanto, tão-somente *a atribuição de efeito suspensivo ao recurso de agravo*, apesar de se verificar, na prática judiciária, o julgamento do próprio mérito do recurso (agravo) quando do julgamento do mandado de segurança.

8. Todavia, com o advento da Lei 9.139/95, passou o recurso de agravo a contar com a possibilidade do o relator atribuir-lhe efeito suspensivo, encerrando, assim, a possibilidade de impetração de mandado de segurança com esta mesma finalidade.

9. Penso, portanto, que o sistema recursal civil brasileiro está totalmente coerente, não havendo, ao meu ver, mais possibilidade de se impetrar o *writ* como sucedâneo a recurso nem com a finalidade de se atribuir efeito a recurso.

10. Porém, caso se trate de terceiro não integrante da lide originária, entendo ser possível a impetração de mandado de segurança, pois, neste caso, existe a real possibilidade do terceiro não ter tomado conhecimento da decisão judicial lesiva a tempo de interpor o recurso adequado, sendo aceitável o cabimento do *writ*.

11. Poder-se-ia argumentar que, no caso ora posto a julgamento, estava a empresa sob uma situação de grave ameaça, sendo a impetração deste *writ* a única via aberta para evitar a realização do dano, alegação que penso não mereça prosperar, *pois ainda estava facultada à parte a impetração de mandado de segurança contra os atos das autoridades que estivessem cometendo atos arbitrários contra si, ou ainda o ingresso de uma ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, tendo este (o pedido de tutela antecipada) idêntico conteúdo do pleito formulado na ação cautelar, o qual entendeu o douto Juízo a quo ser típico de antecipação de tutela.*

12. Havia ainda a possibilidade de se requerer ao relator da apelação interposta na Ação Cautelar 2000.81.00.034800-0 uma antecipação dos efeitos do recurso pendente de julgamento (apelação) ou *ingressar com uma medida cautelar incidental ao recurso, a fim de lhe atribuir efeito suspensivo, tendo todos esses mecanismos jurídicos a finalidade de evitar a ocorrência do dano.*

13. O parágrafo único do art. 558 do CPC prevê a possibilidade do relator atribuir efeito suspensivo ao recurso de apelação naquelas hipóteses em que não o tem (art. 520 do CPC), tendo entendido a doutrina que, como o dispositivo legal confere esse poder ao relator do apelo, poderia a parte, enquanto tramita este recurso na primeira instância, ingressar com uma medida cautelar diretamente no Tribunal, como sugere Humberto Theodo-

ro Júnior (*RF 270/60*) ou pleitear essa medida no Juízo *a quo*, como alvitra Nelson Nery Júnior (*CPC Comentado*, Saraiva, 2002, p. 644).

14. Parte significativa da doutrina concorda com a possibilidade de ingresso de ação cautelar para atribuir efeito suspensivo a recurso que não o tem, *sob o fundamento de que em todas as situações em que se admite o mandado de segurança para evitar a eficácia imediata do ato judicial recorrido, essa via constitucional mais se assemelha à tutela cautelar, ou seja, caberia indisputavelmente a ação cautelar inominada e, depois, porque as decisões dos Tribunais Superiores exigem, para a concessão do almejado efeito suspensivo, a comprovação dos requisitos do fumus boni juris e do periculum in mora, que são pressupostos inerentes às medidas cautelares*, conforme leciona José Roberto dos Santos Bedaque (*Breves considerações sobre Recursos e Tutela Cautelar, in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis, de acordo com a Lei 9.756/98*, RT, 1998, p. 378).

15. O colendo STJ já assentou a impossibilidade de se admitir mandado de segurança quando há expressa previsão de recurso contra a decisão que se visa atacar:

“A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e a do Pretório Excelso são firmes no sentido de que a ação de mandado de segurança visa à proteção de direito líquido e certo contra ato abusivo ou ilegal de autoridade pública, inclusive a judicial, não se mostrando cabível, contudo, contra ato judicial de que caiba recurso próprio, sob pena de se desnaturar sua essência constitucional”. (MS 9.003-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 08.09.03, p. 214).

16. Aquela excelsa Corte também já assentou a possibilidade de se ingressar com ação cautelar, visando a atribuição de efeito suspensivo a recurso que não o tem:

“O Superior Tribunal de Justiça tem admitido, em casos excepcionais, o cabimento de medida cautelar objetivando conferir efeito suspensivo a recurso que não o tem”. (AgrMC 5.296-RJ, Rel. Min. Otávio de Noronha, DJU 30.06.03, p. 159).

17. Acrescente-se que a Lei 1.533/51, no seu art. 5º, II, *veda a impetração de mandado de segurança contra ato judicial, quando houver recurso previsto nas leis processuais ou quando possa ser modificado por via de correição.*

18. O verbete da Súmula 267 do STF, por seu turno, estabelece *não caber mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.*

19. Frise-se que não se trata de apenas seguir a lei e a orientação jurisprudencial, mas submeter a apreciação dos pleitos das partes às condições e possibilidades do sistema jurídico, sob pena de o exercício do direito de ação tornar-se desregrado ou desprovido de referenciais operativos.

20. A resistência contra o uso do mandado de segurança contra ato judicial pode parecer, à primeira vista, um exagerado apego à forma, ao procedimentalismo, tão rebatido atualmente pelos processualistas modernos que vêem o processo como um instrumento do direito material.

21. Todavia, essa resistência se justifica pelo cuidado que se deve ter na análise das disposições constitucionais, especialmente aquelas que estabelecem direitos e garantias fundamentais, como a que prevê o cabimento do mandado de segurança (art. 5º, LXIX, da CF/88).

22. A aplicação das normas constitucionais deve requerer a máxima atenção dos Magistrados, pois sabe-se que a supressão de sua eficácia é bastante perversa e deixa o texto constitucional vazio e sem força normativa.

23. Todavia, a aplicação das normas constitucionais que prevêem garantias deferidas aos indivíduos como meio para se fazer valer os direitos que lhes são assegurados deve também merecer uma atenção especial do intérprete, a fim de se evitar a sua exagerada evocação, sob pena de se esvaziar o conteúdo garantístico, gerando a desassossegada e indesejável situação de, em determinado caso que realmente seja imprescindível o uso da garantia, esta não receber a atenção devida e merecida.

24. Em outros termos, o que se visa evitar é o uso vulgar do mandado de segurança em situações que não se lhe são típicas e

em casos onde há meios processuais que seriam mais adequados e que supririam à parte impetrante a necessidade que ensejou o uso do *writ*.

25. Finalmente, o pedido deste mandado de segurança coincide em tudo e por tudo com o pedido formulado na apelação, ou seja, a reforma da decisão atacada (sentença extintiva sem julgamento do mérito) é o pleito tanto do mandado de segurança como do recurso de apelo, podendo gerar um conflito de jurisdição, ante a eventual discordância entre o julgamento do Pleno (no MS) e da Turma (na apelação).

26. Assim, por haver, nesta hipótese, mecanismos recursais disponíveis à parte impetrante e que evitariam a ocorrência do dano, voto pela extinção deste *mandamus*, sem julgamento do mérito.

27. É como voto, Presidente.

RECURSO CRIMINAL Nº 517-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Recorrente: ANTÔNIO HENRIQUE VIEIRA NUNES
Recorridos: CHARLES MAYER DE CASTRO SOUZA E OUTROS

Advs./Procs.: DRS. ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTROS (RECTE.) E MARCO AURÉLIO ALMEIDA CAMPOS E OUTROS (RECDOS.)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE CALÚNIA. SERVIDOR PÚBLICO. EXERCÍCIO DO DEVER FUNCIONAL. QUEIXA-CRIME. REJEIÇÃO. RECONCILIAÇÃO. ART. 520 DO CPP. - A audiência prevista no artigo 520 do CPP, em que o juiz propicia oportunidade de reconciliação às partes em audiência, separadamente e sem a presença de advogado, é ato preliminar e condição de procedibilidade, visto preceder o recebimento da queixa-crime, como ato necessário ao exercício da ação penal. Não há confun-

dir possa ser essa audiência única, como sucede com a regra do artigo 521 do CPP, ao dispor sobre obrigatoriedade das partes se fizerem presentes, ao mesmo tempo, perante o juiz.

- O agir do servidor público no pleno exercício de suas funções, típicas do cargo que ocupa, trazendo a lume irregularidades fiscais e requerendo a apuração dos fatos, ao menos em tese, ilícitos, afasta o animus caluniandi e descaracteriza a hipótese de perfeição de crime.

- Preliminar rejeitada. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 4 de setembro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Cuida-se de recurso em sentido estrito oposto por Antônio Henrique Vieira Nunes contra a decisão do MM. Juiz Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que deixou de receber queixa-crime em que são acusados os auditores-fiscais Charles Mayer de Castro Souza, Gilvando Gonçalves Guerra Filho, Luiz Marcelo Guerra de Castro, Paulo Roberto Olegário de Souza e Celso Lopes Pereira Neto, pela prática do crime de calúnia, previsto no artigo 138 do Código Penal.

Os fatos dão conta da lavratura de auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal, de nº 0417600/00004/01, fls. 31/56, por ocasião de auditoria do valor aduaneiro declarado nas importações

da empresa D'Marcas Comércio Ltda., cuja atividade principal é o comércio de pneumáticos, sendo o querelante-recorrente o seu procurador no Estado de Pernambuco.

Colhe-se do relatório fiscal que as infrações apuradas foram operações comerciais simuladas, para mercadorias importadas, ao se declarar valores inferiores aos praticados no mercado internacional, fazendo-se o uso de documentação necessária ao desembaraço aduaneiro ideologicamente falsa, em prejuízo do Fisco.

As razões recursais vieram aos autos às fls. 218/239.

No dizer do querelante, foram-lhe imputados pelos querelados, falsamente, crimes de naturezas diversas, como “a prática dos delitos de sonegação fiscal, contra a fé pública e contra a Administração Pública tipificados no art. 1º da Lei nº 8.137/90 e nos arts. 297, 299, 304 e 334 do Código Penal Brasileiro, isto é, sonegação fiscal, falsificação de documento público, falsidade ideológica, uso de documento falso, descaminho”, ofensas verificadas no auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal referido.

O recorrente suscita preliminar de nulidade, em face da inexistência de audiência de reconciliação, como preconizado no artigo 520 do CPP, insurgindo-se contra a oitiva das partes em datas distintas, em procedimento contrário ao previsto na lei. Diz, ainda, ser “impossível alcançar-se a finalidade de reconciliação depois de uma das partes ter sido ouvida”. Entende que a simultaneidade da ouvida das partes mostra-se ser a forma efetiva de se buscar a reconciliação. “O prejuízo causado ao recorrente com a inobservância do *tête-a-tête* evidencia-se na inviabilidade de garantir-lhe a prerrogativa de compor o litígio junto a seus ofensores antes mesmo do recebimento da queixa”.

Requer, no mérito, seja reformada a decisão monocrática, para determinar o recebimento da queixa-crime.

Contra-razões apresentadas, fls. 246/256.

Os querelados esforçam-se por afastar, de sua conduta, indício da prática do crime de calúnia, ressaltando a condição de servidores públicos que agiram no cumprimento do dever. Sustentam o não conhecimento do recurso, por lhe faltar um dos pressupos-

tos objetivos, a adequação legal, tendo-se em vista não contemplar o artigo 581 do CPP a tentativa de reconciliação feita separadamente. Superado esse entendimento, que seja improvido o recurso.

Em seu parecer, o ilustre Procurador Regional da República opina pelo improvimento do recurso, enfatizando que os recorridos estavam no pleno exercício de suas funções, não praticando qualquer ilícito ao apresentarem o auto de infração.

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

O *decisum* guerreado, acostado às fls. 214/215, é do seguinte teor:

“Deixo de receber a presente queixa-crime, por considerar que não ocorre aí a configuração de delito contra a honra, o que exigiria a voluntária manifestação do pensamento, através de palavras ou gestos, com a vontade de lesar a honra alheia. Em verdade, para que exista o crime, exige-se o *animus injuriandi* ou *difamandi*, como elemento subjetivo do injusto, concernente à antijuridicidade. Note-se que, se acaso o ânimo, desígnio ou móvel que impele o sujeito à manifestação do pensamento representa, de algum modo, o exercício regular de um direito ou o cumprimento de dever jurídico, não há crime. Considero que no caso dos autos os Srs. Auditores Fiscais somente exerciam o cumprimento do dever jurídico, pelo que deixo de receber a presente queixa-crime”.

Como se observa, e mesmo em face dos dispositivos processuais que regem a matéria, o deslinde da questão carece de maior análise. E o faço para, inicialmente, no que respeita à preliminar de nulidade processual, reconhecer que esta não prospera.

A insatisfação do recorrente pela nulidade do procedimento

criminal, sustentando haver omissão de formalidade essencial, pela inexistência de audiência de reconciliação, nos termos do art. 520 c/c 564, IV, do CPP, é de ser rejeitada. A fase processual em que se encontrava o feito, qual seja, realização de audiência de reconciliação, nos termos do referido artigo, não contempla a oitiva simultânea das partes, como se vê:

“Art. 520. Antes de receber a queixa, o juiz oferecerá às partes oportunidade para se reconciliarem, fazendo-as comparecer em juízo e ouvindo-as, separadamente, sem a presença dos seus advogados, não se lavrando termo”.

Por sua vez, reza o artigo 521:

“Art. 521. Se depois de ouvir o querelante e o querelado, o juiz achar provável a reconciliação, promoverá entendimento entre eles, na sua presença”.

De uma leitura conjunta dos preceitos acima, sobressai que dois são os momentos, distintos, e apenas no segundo deles, art. 521, é que se verifica a imposição da presença dos envolvidos, querelante e querelado, ao mesmo tempo, se antes vislumbra o juiz a possibilidade de reconciliação. A *contrariu sensu*, a audiência de reconciliação prevista no artigo 520 é reservada às partes, sem a presença de advogado. É ato preliminar e condição de procedibilidade, visto preceder o recebimento da queixa-crime, como ato necessário ao exercício da ação penal.

Ora, observado o preceito do artigo 520 do CPP, no momento oportuno, em verdade, o juízo singular ouviu as partes, separadamente, os querelados em data de 28 de janeiro de 2003 (fls. 207) e o querelante aos 13 de março de 2003 (certidão de fls. 214), para, em seguida, reconhecendo não haver crime na conduta imputada aos querelados, decidir pela rejeição da queixa-crime. O procedimento foi obedecido: as partes compareceram e foram ouvidas em juízo, separadamente, sem a presença dos seus advogados.

Ad argumentandum, a audiência de reconciliação realizou-se em dias diferentes, diga-se, o que não enseja sua nulidade. Não há negar que, embora seja una, possa a audiência, por necessário, ser mesmo interrompida e continuada em outra data, sem,

contudo, perder a sua natureza lógica de unicidade. Diferentemente, é a precisão da regra do artigo 521, como visto, ao propor o entendimento das partes que devem se fazer presentes, ao mesmo tempo, perante o juiz.

Não logrou êxito o recorrente em provar o prejuízo alegado.

Rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

VOTO - MÉRITO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

O Código Penal, ao definir o tipo imputado aos querelados, estabelece:

“Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”.

O crime de calúnia, em sua configuração, exige a ocorrência de fato determinado, tido por criminoso, e que seja falsa a imputação.

Não se confunde com o ardor da argumentação responsável, evidenciada, muitas vezes, pelo excesso de linguagem, conceitos ou adjetivos mal empregados. Ao contrário, é atribuição que se sabe falsa, incompatível com o esclarecimento da verdade. Assim é que o agir no exercício de um direito ou em cumprimento de dever jurídico, de algum modo, enseja a adequação do tipo.

Na calúnia, não há dolo sem desejo de ofender a honra objetiva de alguém, afastando-se a antijuridicidade do ato nos casos de *animus jocandi*, *animus consulendi* e *animus narrandi*. Mesmo a verdade subjetiva, por afastar o conhecimento do falso da acusação, e hipótese de exclusão do dolo. A falsidade da imputação evidentemente é reconhecida no caso de o ofensor expressar a consciência de ser mentirosa a acusação. Caluniosa, pois faz despontar desse fato o dolo, o intuito de se atribuir à vítima a prática de um crime, ante a consciência de não ser esta a verdade.

Não se me afigura ser o caso dos autos.

Por necessário, trago à colação julgados representativos da melhor jurisprudência sobre a matéria, que orienta:

“PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PRIVADA. PROCURAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 42 DO CPP. INEXISTÊNCIA. QUEIXA-CRIME. CALÚNIA E DIFAMAÇÃO. DOLO. INEXISTÊNCIA. ART. 142, III, DO CP. TRANSCAMAMENTO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE.

1 - (...).

2 - É possível, em sede de *habeas corpus*, trancar a ação penal, o que se dá na hipótese de exsurgir, de pronto, a inexistência de dolo, como é o caso presente, em que a querelada, professora chefe de departamento de instituição de ensino superior, **limitou-se a emitir parecer, apontando os fatos e sugerindo, em razão deles, a abertura de sindicância contra aluno, com vistas à apuração de eventual transgressão da disciplina.** Aplicação da regra contida no art. 142, III, do CP.

3 - Ordem concedida para trancar a ação penal”. (Grifo nosso).

(STJ. HC 16453/SP - 2001/0041981-0, Relator Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma, DJ 29/1012001, p. 272).

“QUEIXA-CRIME. CALÚNIA. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO, ENCAMINHANDO CÓPIAS EXTRAÍDAS DE AUTOS, ONDE ESTARIA SUPOSTAMENTE DEMONSTRADO QUE O QUERELANTE TERIA CONFESSADO A PRÁTICA DO CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. FATO ATÍPICO.

- Havendo a turma julgadora, ao determinar a expedição do ofício, procurado apenas cumprir a disposição do art. 40 do CPP, verifica-se, no caso, a inexistência manifesta do dolo - a consciência e vontade de ofender a honra alheia.

- Queixa-crime rejeitada *in limine*”.

(STJ. APN 111/SC - 1996/0037773-1, Relator Min. Barros Monteiro, Corte Especial, DJ 14/02/2000).

No caso dos autos, os auditores-fiscais somente exerciam o cumprimento do dever jurídico, atividade fiscalizatória do Estado. Não se restringiram a expressar a prática do delito, e assim pen-

sar seria descaracterizar todo o empenho exercido na fiscalização contábil da empresa autuada, culminando com a apresentação de autos de infração e termos de apreensão e guarda fiscal. Não se vislumbra a intenção de imputar, falsamente, fato delituoso, razão por que a comunicação dos atos irregulares constatados no relatório fiscal afasta o *animus caluniandi*.

Os querelados-recorridos atuaram no pleno exercício de suas funções, cuja lavratura de auto de infração insere-se no elenco das atribuições típicas do cargo que ocupam.

Vindo a lume as irregularidades fiscais e requerida a sua apuração, por dever de ofício, descabe falar em crime de calúnia, mas, sim, entendo, em exercício de direito de requerer a investigação de fatos, ao menos em tese, ilícitos.

Ante o exposto, rejeitando a preliminar de nulidade, no mérito, nego provimento ao recurso, para manter a decisão de primeiro grau.

É como voto.

RECURSO CRIMINAL Nº 552-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA
Recorridos: AIRTON CORREIA DE MELO, FLAVIANO PEREIRA DA SILVA E ANTÔNIO CÂNDIDO BARBOSA
Advs./Procs.: DRS. BARTOLOMEU PEREIRA DE MENDONÇA E CARLOS HENRIQUE VIEIRA DE ANDRADA E OUTROS (RECDOS.)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. CONSTITUCIONAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. AÇÃO PENAL. EX-PREFEITO. PRERROGATIVA DE FORO. ART. 84, § 1º, DO CPP. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. OBJETO ÚNICO DO RECURSO. INADMISSIBILIDADE.

- No exercício do controle incidental ou difuso da constitucionalidade de lei ou ato normativo

do poder público, afeto a qualquer órgão do Poder Judiciário, a decisão do litígio reclama, como premissa lógica, o exame da questão de constitucionalidade aventada, assim configurada como prejudicial.

- Na hipótese, o objeto do recurso se esgota no pedido de declaração da inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do CPP, com a devolução do processo ao Juízo singular – providência própria do controle concentrado de constitucionalidade, que esvaziaria o objeto do recurso, impedindo a continuidade do julgamento, à falta de controvérsias outras a serem solvidas.

- Arguição de inconstitucionalidade rejeitada, por inadmissível. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, por inadmissível, não conhecendo do recurso em sentido estrito, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas anexos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 23 de outubro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Insurge-se o MPF contra decisão com que o Juízo da 13ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, baseado no art. 84, § 1º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 10.268/2002, determinou a remessa dos autos a este Tribunal, em face da prerrogativa de função de um dos acusados, inerente ao cargo de ex-prefeito do Município de Lagoa dos Gatos - PE (fl. 1309).

Aduz que o dispositivo em comento seria flagrantemente in-

constitucional, sendo objeto da ADIN nº 2.797, onde, ao negar a liminar ali requerida, o Min. Ilmar Galvão não enfrentou a matéria, limitando-se a afirmar que a remessa de milhares de ações da espécie para os tribunais, enquanto não apreciada a questão pelo STF, não justificaria a suspensão da eficácia da lei impugnada.

Averba descaber às leis ordinárias a ampliação das regras de competência judicial estabelecidas na CF/88, tal qual ocorre com a nova redação emprestada ao art. 84 do CPP, que estendeu a prerrogativa de foro para ex-agentes políticos, o que somente seria possível mediante emenda constitucional.

Tal preceptivo seria, ainda, antiisonômico, vez que os ex-ocupantes de cargos públicos mereceriam o mesmo tratamento processual dispensado aos demais cidadãos.

Requer o provimento do recurso, para que o Tribunal, reconhecendo a inconstitucionalidade do referido dispositivo, reforme a decisão recorrida, devolvendo o feito ao Juízo singular (cf. fls. 1311-1317).

Contra-razões não apresentadas (cf. certidão de fl. 1328).

Parecer ministerial pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

O recurso pugna pela declaração incidental, pelo Pleno desse Tribunal, da inconstitucionalidade do parágrafo primeiro do art. 84 do CPP, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.682/02, com a conseqüente devolução dos autos à primeira instância para a continuidade das investigações.

À minguada de disposição processual penal a respeito, impende aplicar-se, subsidiariamente, o que dispõe sobre a matéria o Código de Processo Civil, particularmente em seu art. 481, adiante transcrito:

“Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão,

a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno. Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

A leitura do preceptivo – que prevê uma espécie de juízo de admissibilidade das arguições de inconstitucionalidade, exercido pelos órgãos fracionários dos tribunais, no caso, esta Turma – evidencia ser processualmente inviável o objeto do presente recurso.

Passo a votar, portanto, a respeito do juízo de admissibilidade do incidente de inconstitucionalidade pelo Pleno deste TRF da 5ª Região.

Como se sabe, no exercício do controle *incidental* ou *difuso* da constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afeto a qualquer órgão do Poder Judiciário, a decisão do litígio reclama, como premissa lógica, o exame da questão de constitucionalidade aventada, assim configurada como *prejudicial*.

Ou seja: nessa modalidade de controle, o reconhecimento, *incidenter tantum*, da inconstitucionalidade suscitada não traduz o único objeto do processo, mas, tão-somente, pressuposto para a solução da lide. A questão de constitucionalidade é apreciada no curso de processo relativo a caso concreto, apenas a título de *questão prejudicial*, em decisão em que assenta uma das premissas para o deslinde da causa.

Do contrário, seria impossível dar prosseguimento ao julgamento, tal qual prevê o citado art. 481 do CPC, quando a arguição de inconstitucionalidade fosse rejeitada pelo órgão fracionário do tribunal, vez que não mais restaria matéria a ser julgada.

Nesse sentido, cristalina a lição de José Carlos Barbosa Moreira:

“A arguição pode ser feita a propósito de qualquer recurso que o órgão fracionário tenha de julgar, ou de qualquer causa da sua competência originária, ou ainda de matéria obrigatoriamente sujeita ao du-

plo grau de jurisdição. Pouco importa que ela se relacione, ou não, com o mérito. O que interessa, e basta, é que a decisão a ser tomada pelo órgão, seja qual for, dependa logicamente de considerar-se ou não inconstitucional a lei ou outro ato objeto da argüição”. (Comentários ao Código de Processo Civil, 9ª ed., atualizada, Rio de Janeiro, Forense, 2001, pp. 36-37).

Não é outra a posição do colendo STF, conforme assentado em numerosos precedentes, dos quais colho o RE Nº 179.170-CE, da relatoria do eminente Min. Moreira Alves:

“CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMA JURÍDICA. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

- A declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica *incidenter tantum*, e, portanto, por meio do controle difuso de constitucionalidade, é o pressuposto para o Juiz, ou o Tribunal, no caso concreto, afastar a aplicação da norma tida como inconstitucional. Por isso, não se pode pretender, como o faz o acórdão recorrido, que não há declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica *incidenter tantum* quando o acórdão não a declara inconstitucional, mas afasta a sua aplicação, porque tida como inconstitucional. (...)”. (*Informativo STF nº 129 – DJU de 30.10.98*).

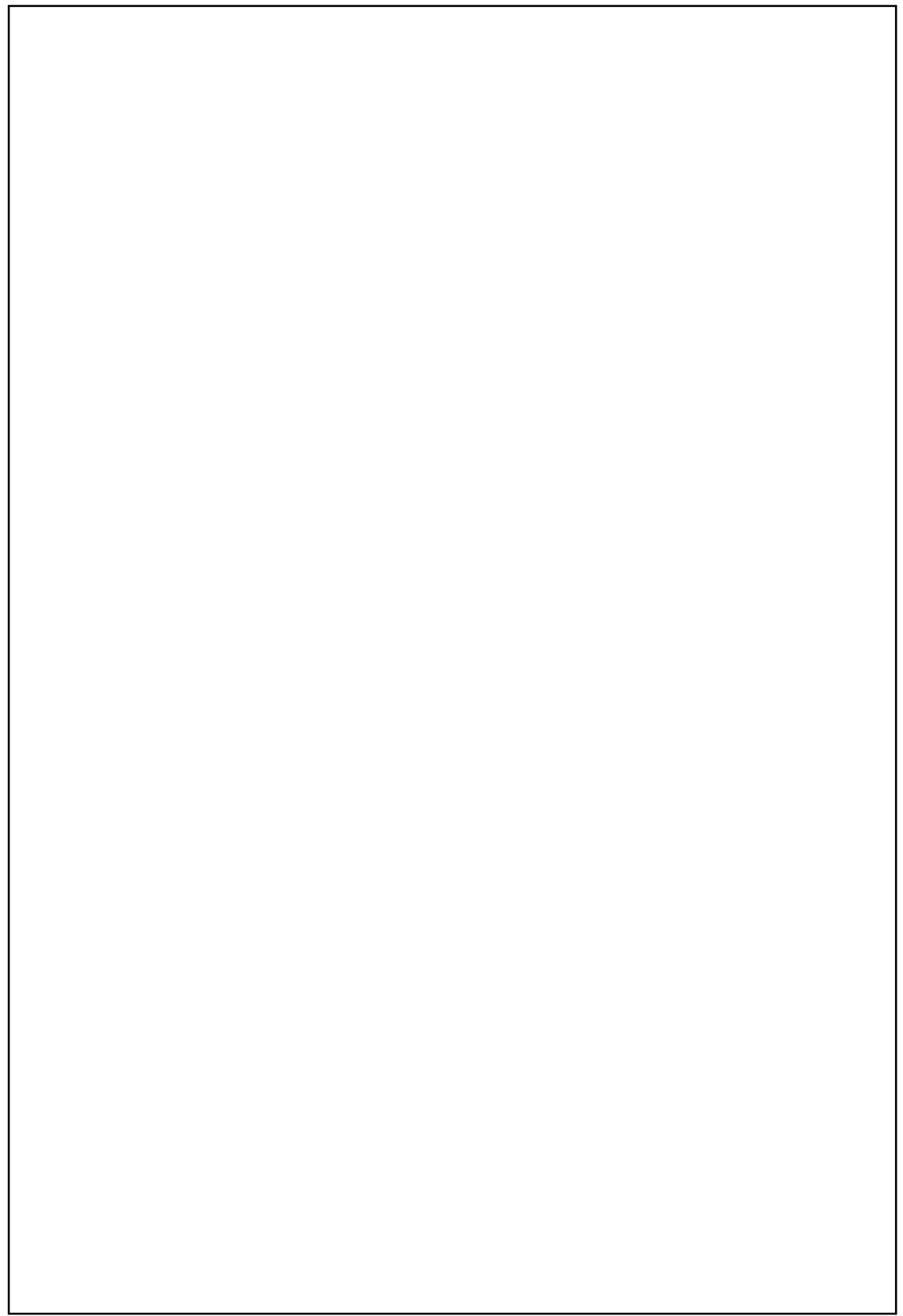
Na hipótese, vê-se que o objeto do recurso se esgota no pedido de declaração incidental da inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal, com a conseqüente devolução do feito ao Juízo singular. Assim, se o Pleno reconhecesse a propalada inconstitucionalidade, afastando a incidência do dispositivo, não haveria como dar continuidade ao julgamento, pois não restaria qualquer controvérsia a ser solvida.

A questão de constitucionalidade está aqui figurando, não como *questão prejudicial*, como seria devido, mas como o objeto único do recurso, o que, *data venia*, não tem cabimento.

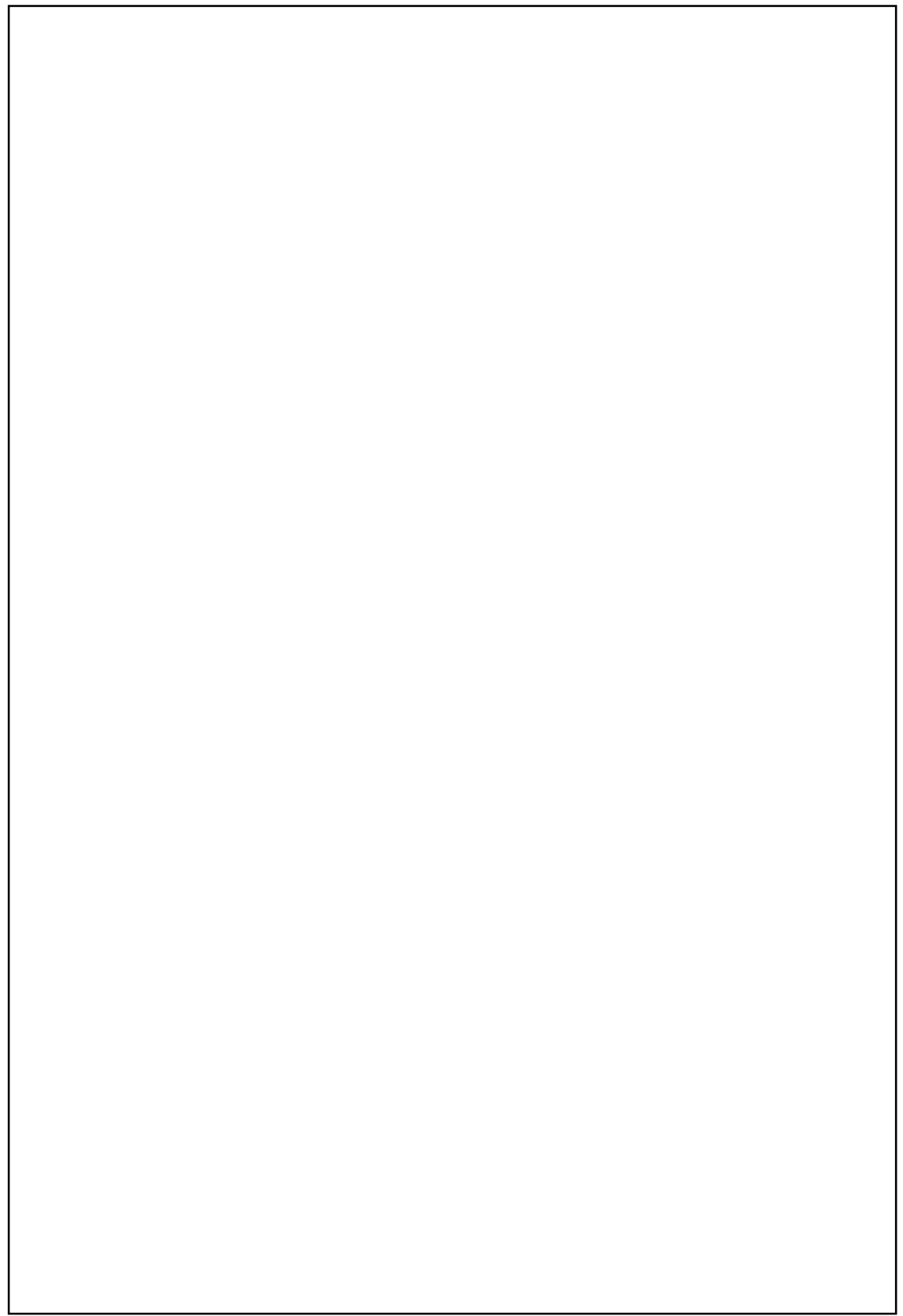
Semelhante pretensão somente teria lugar através do chamado controle *direto* ou *concentrado* de constitucionalidade, da competência do STF, mediante representação de algum legitimado, no que tange a qualquer lei ou ato normativo da União ou de Estado-membro, incompatível com a Constituição da República (art. 103, CF/88); ou de Tribunal de Estado-membro, também por meio de representação, em relação a norma municipal contrária a algum dispositivo da Constituição Estadual (art. 125, CF/88).

Diante do exposto, rejeito a argüição, por inadmissível, não conhecendo do recurso.

É como voto.



ÍNDICE SISTEMÁTICO



JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA

4198-RN Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria23

AGRAVO REGIMENTAL NA APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

72967-PE Rel. Des^a. Federal Margarida Cantarelli29

APELAÇÃO CÍVEL

252814-CE Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira39

265421-RN Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti44

266449-AL Rel. Des. Federal Ridalvo Costa78

272157-PB Rel. Des. Federal Élio Siqueira (Convocado)83

276403-PE Rel. Des. Federal Francisco Wildo93

276519-SE Rel. Des. Federal Ridalvo Costa104

310267-AL Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.109

311506-RN Rel. Des. Federal José Maria Lucena115

313916-AL Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima ..119

314199-PE Rel. Des. Federal Ubaldo Cavalcante130

314818-CE Rel. Des. Federal Ubaldo Cavalcante141

318633-RN Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima .153

324367-CE Rel. Des. Federal Élio Siqueira (Convocado)158

325790-SE Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti.173

327203-PB Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães178

APELAÇÃO CRIMINAL

2790-PB Rel. Des. Federal Manoel Erhardt (Convocado) ...183

2933-PE Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães191

3007-PE Rel. Des. Federal Francisco Wildo195

3071-PE Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira199

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

68121-RN Rel. Des. Federal José Maria Lucena211

79884-RN	Rel. Des. Federal Ubaldo Cavalcante	217
79952-PE	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira	225
80628-CE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria	233
82499-PE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria	240
82888-RN	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	245

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

788-PB	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho..	254
814-PB	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	257

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO INQUÉRITO

674-PE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	262
--------	---	-----

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL

9805-RN	Rel. Des. Federal Ridalvo Costa	267
---------	---------------------------------------	-----

HABEAS CORPUS

1717-CE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	271
1728-PE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira (Convocado)	277

INQUÉRITO

659-CE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	288
--------	--	-----

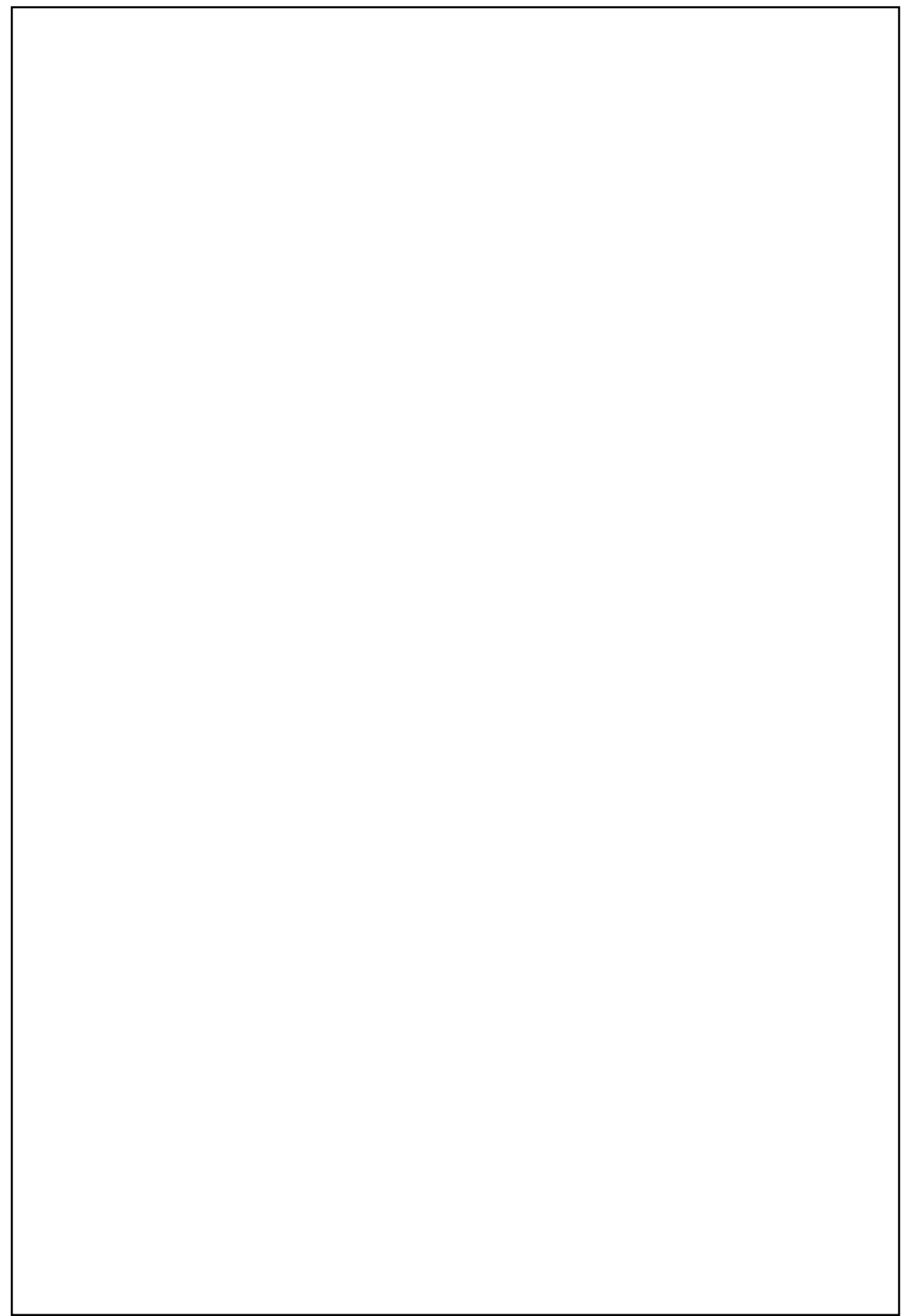
MANDADO DE SEGURANÇA

75014-CE	Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho	292
----------	---	-----

RECURSO CRIMINAL

517-PE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	299
552-PE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	306

ÍNDICE ANALÍTICO



ÍNDICE ANALÍTICO

A

Ct e Prev	Ação civil pública. Ministério público. Ilegitimidade ativa para a causa. Embargos Infringentes. EI na AC 9805-RN..... 267
Trbt	Ação de depósito. Lei nº 8.866/94. Depositário infiel. Prisão. Impossibilidade. Honorários advocatícios. Redução. AC 266449-AL..78
PrCv	Ação de prestação de contas. Débito seqüencial e crédito autorizado em conta corrente. Titular da conta. Direito a informação. Interesse de agir. Obrigação de fazer. Verba honorária. CPC, art. 20, § 4º. Incidência. AC 276519-SE 104
PrCv	Ação de revisão de aposentadoria. Conflito de competência negativo. Juiz Presidente do Juizado Especial Federal e Juiz de Vara Federal Comum. Servidor público da extinta LBA. Mudança de regime. Alegação de tempo de serviço prestado em ambiente insalubre. Causa que escapa da competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis. Competência do Juiz da Vara Federal Comum. CC 788-PB..... 254
PrPen e Ct	Ação penal. Ex-prefeito. Prerrogativa de foro. CPP, art. 84, § 1º. Controle difuso de constitucionalidade. Objeto único do recurso. Inadmissibilidade. RcCr 552-PE 306
Adm e PrCv	Ação rescisória. Depósito prévio. Autarquia. Isenção. Usucapião de bem já desapropriado em favor do INCRA. Incompetência da

	Justiça Estadual. Carência de ação. AR 4198-RN	23
Ct e Adm	Acidente em serviço. Servidor. Fundação Nacional de Saúde. Responsabilidade civil objetiva. Obrigação de indenizar. CF, art. 37, § 6º. Danos morais devidos. Honorários advocatícios. AC 272157-PB	83
Trbt	Agravo regimental. Mandado de segurança. Crédito presumido e crédito-prêmio do IPI. Reconhecimento do direito. Compensação com débitos de terceiros. Impossibilidade. Existência de débitos do contribuinte para com o fisco. AgRg na AMS 72967-PE	29
Adm	Aposentadoria por invalidez. Recebimento com proventos proporcionais. Laudo pericial. Comprovação de moléstia decorrente do exercício da função. Direito a aposentadoria integral. Escrivã da Polícia Federal que posteriormente assumiu por concurso o cargo de Delegada Especial da Polícia Federal. AC 314199-PE	130
Prev	Aposentadoria por tempo de serviço. Conversão de tempo de serviço especial em comum. Possibilidade. Laudo técnico. Atividade considerada insalubre. Ruído acima de 80 decibéis. Tempo de serviço insuficiente. AC 314818-CE	141
Pen e PrPen	Assalto a mão armada à Caixa Econômica Federal. Concurso de pessoas e concurso formal. Reincidência. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação. Trânsito em julgado para a acusação. Pena definitiva de reclusão. Redução. Dispensa da pena pecuniária. Impossibilidade. ACr 3071-PE	199

Adm e PrCv Autarquia. Depósito prévio. Isenção. Ação rescisória. Usucapião de bem já desapropriado em favor do INCRA. Incompetência da Justiça Estadual. Carência de ação. AR 4198-RN 23

C

Trbt Cessão de mão-de-obra. Contribuição social. Retenção de parte do valor contratado. Legalidade. Preliminares de ilegitimidade ativa e de ausência de justo receio de dano a direito líquido e certo. Rejeição. AMS 80628-CE 233

Trbt e Ct COFINS. Sociedade civil prestadora de serviços profissionais. Isenção. Lei Complementar nº 70/91. Revogação. Lei nº 9.430/96. Possibilidade. AMS 82499-PE 240

Pen e PrPen Concurso de pessoas e concurso formal. Assalto a mão armada à Caixa Econômica Federal. Reincidência. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação. Trânsito em julgado para a acusação. Pena definitiva de reclusão. Redução. Dispensa da pena pecuniária. Impossibilidade. ACr 3071-PE 199

PrCv e Cv Concurso de prognósticos. Perda do recibo. Viabilidade da prova de que foi efetivada a aposta pelo autor na agência lotérica de que era cliente. Declaração da agência lotérica. AC 327203-PB 178

PrCv Conflito de competência negativo. Juiz Presidente do Juizado Especial Federal e Juiz de Vara Federal Comum. Ação de revisão de aposentadoria. Servidor público da ex-

	tinta LBA. Mudança de regime. Alegação de tempo de serviço prestado em ambiente insalubre. Causa que escapa da competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis. Competência do Juiz da Vara Federal Comum. CC 788-PB 254
PrCv	Conflito negativo de competência. Juízes de direito no exercício de jurisdição federal. Competência do TRF para dirimi-lo. Súmula nº 33 do STJ. Ação ordinária de concessão de benefício previdenciário movida contra o INSS. Competência das varas cíveis da comarca de domicílio do autor se a Lei de Organização Judiciária do Estado não fixar textualmente competência privativa. CC 814-PB 257
PrCv, Trbt e Prev	Contribuição previdenciária. Subsídios dos agentes políticos municipais. Incidência. Município empregador. Obrigatoriedade de contribuição sobre os referidos subsídios. AMS 82888-RN 245
Trbt	Contribuição social. Cessão de mão-de-obra. Retenção de parte do valor contratado. Legalidade. Preliminares de ilegitimidade ativa e de ausência de justo receio de dano a direito líquido e certo. Rejeição. AMS 80628-CE 233
Prev	Conversão de tempo de serviço especial em comum. Possibilidade. Aposentadoria por tempo de serviço. Laudo técnico. Atividade considerada insalubre. Ruído acima de 80 decibéis. Tempo de serviço insuficiente. AC 314818-CE 141

Trbt	Crédito presumido. IPI. Permissão de aproveitamento do crédito nos termos da lei e somente a partir de janeiro de 1999. Observação das normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal. Transformação de embalagens. Personalização. Atividade industrial. Incidência do IPI e não do ISS. AMS 79952-PE 225
Trbt	Crédito presumido e crédito-prêmio do IPI. Reconhecimento do direito. Compensação com débitos de terceiros. Impossibilidade. Existência de débitos do contribuinte para com o fisco. Agravo regimental. Mandado de segurança. AgRg na AMS 72967-PE 29
Pen e PrPen	Crime de calúnia. Servidor público. Exercício do dever funcional. Queixa-crime. Rejeição. RcCr 517-PE 299
Ct e PrPen	Crime de tráfico de menores. Prisão processual decretada na sentença como condição do apelo. Réu que respondeu ao processo em liberdade. Ausência dos requisitos da prisão preventiva. <i>Habeas corpus</i> . Concessão da ordem. HC 1728-PE 277

D

PrCv	Débito seqüencial e crédito autorizado em conta corrente. Titular da conta. Direito a informação. Interesse de agir. Obrigação de fazer. Verba honorária. CPC, art. 20, § 4º. Incidência. Ação de prestação de contas. AC 276519-SE 104
PrCv	Débito tributário. Partilha de bens antes do surgimento do débito, cabendo o bem imó-

	vel ao cônjuge virago e a empresa (e seu passivo) ao cônjuge varão. Penhora incidente sobre bem do cônjuge virago em virtude de dívida tributária da empresa. Impossibilidade. Embargos de terceiro. AC 252814-CE 39
Pen e PrPen	Denúncia. Rejeição. Prescrição da punibilidade. Embargos de declaração. Inexistência dos requisitos do CPP, art. 619. ED no Inq 674-PE 262
Trbt	Depositário infiel. Prisão. Lei nº 8.866/94. Impossibilidade. Honorários advocatícios. Redução. Ação de depósito. AC 266449-AL 78
Adm e PrCv	Depósito prévio. Autarquia. Isenção. Ação rescisória. Usucapião de bem já desapropriado em favor do INCRA. Incompetência da Justiça Estadual. Carência de ação. AR 4198-RN 23
Pen e PrPen	Deputado estadual. Desvio de verbas públicas. Inquérito. Competência. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Tipificação. Nova definição jurídica dada ao ilícito. Recebimento da denúncia. Inq 659-CE 288
Pen e PrPen	Desvio de verbas públicas. Deputado estadual. Inquérito. Competência. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Tipificação. Nova definição jurídica dada ao ilícito. Recebimento da denúncia. Inq 659-CE 288

E

PrCv	Embargos à execução fiscal. Nulidade da sentença. Julgamento <i>extra petita</i> . Inocor-
------	--

	rência. Contribuições previdenciárias. Laudêmio. Presunção de veracidade. Auxílio-alimentação. Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT. Salário <i>in natura</i> . Não incidência da contribuição social. Multa de 60% do tributo devido. Efeito confiscatório. Inexistência. Honorários advocatícios. AC 313916-AL 119
Pen e PrPen	Embargos de declaração. Inexistência dos requisitos do CPP, art. 619. Rejeição de denúncia. Prescrição da punibilidade. ED no Inq 674-PE 262
PrCv	Embargos de terceiro. Execução fiscal. Alegação de transferência do bem antes do ajuizamento da execução fiscal por meio de uma procuração pública outorgando ao embargante poderes para a venda do imóvel. Inocorrência da transferência. AC 318633-RN 153
PrCv	Embargos de terceiro. Partilha de bens antes do surgimento do débito tributário, cabendo o bem imóvel ao cônjuge virago e a empresa (e seu passivo) ao cônjuge varão. Penhora incidente sobre bem do cônjuge virago em virtude de dívida tributária da empresa. Impossibilidade. AC 252814-CE .39
Ct e PrCv	Embargos Infringentes. Ação civil pública. Ministério público. Ilegitimidade ativa para a causa. EI na AC 9805-RN 267
Pen	Estado de necessidade. Inocorrência. Saque do FGTS mediante fraude. Acusado portador do vírus HIV. Estelionato qualificado. ACr 3007-PE 195

Pen e PrPen	Estelionato. Pena fixado no dobro do mínimo legal. Redução. ACr 2933-PE 191
Pen e PrPen	Estelionato. Procedimentos médicos. Pagamento indevido. Preliminares rejeitadas. ACr 2790-PB 183
Pen	Estelionato qualificado. Saque do FGTS mediante fraude. Acusado portador do vírus HIV. Estado de necessidade. Inocorrência. ACr 3007-PE 195
PrCv	Execução fiscal. Embargos de terceiro. Alegação de transferência do bem antes do ajuizamento da execução fiscal por meio de uma procuração pública outorgando ao embargante poderes para a venda do imóvel. Inocorrência da transferência. AC 318633-RN 153
PrPen e Ct	Ex-prefeito. Ação penal. Prerrogativa de foro. CPP, art. 84, § 1º. Controle difuso de constitucionalidade. Objeto único do recurso. Inadmissibilidade. RcCr 552-PE 306

F

PrPen e Ct	Foro. Prerrogativa. Ex-prefeito. Ação penal. CPP, art. 84, § 1º. Controle difuso de constitucionalidade. Objeto único do recurso. Inadmissibilidade. RcCr 552-PE 306
------------	--

G

Adm	Gratificação percebida indevidamente. Servidor público. Reposição. Desconto pela Administração Pública dos valores nos vencimentos/proventos. Legalidade desde que
-----	--

observado o devido processo legal. AC
311506-RN 115

H

- Ct e PrPen *Habeas corpus*. Crime de tráfico de menores. Prisão processual decretada na sentença como condição do apelo. Réu que respondeu ao processo em liberdade. Ausência dos requisitos da prisão preventiva. Concessão da ordem. HC 1728-PE 277
- PrPen *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Requisitos exigidos pelo CPP, art. 312. Ausência. Constrangimento ilegal. Acusado estrangeiro. Condições favoráveis ao paciente. Concessão da ordem. HC 1717-CE 271

I

- Trbt Imóvel que preenche as condições para enquadrar-se como urbano. IPTU. CTN, art. 32. Legitimidade da cobrança. Decreto-lei nº 57/66, art. 15, que exclui a incidência do IPTU sobre a propriedade de bens imóveis que sejam utilizados na exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial. Inaplicabilidade no caso. Proprietário do imóvel que não comprovou a condição de produtor rural para os fins do DL 57/66, art. 15. AC 325790-SE 173
- Adm Incentivo funcional. Magistério superior. Certificado de especialização. Lei nº 8.243/91. Portaria nº 2.129/91. Resolução nº 12/83. Preenchimento de requisitos. Direito adquirido. AMS 68121-RN 211

PrCv e Adm	Indenização por danos patrimoniais e morais. Lei nº 9.140/95. Perseguição política e tortura durante a ditadura militar. Prescrição. AC 276403-PE 93
Pen e PrPen	Inquérito. Desvio de verbas públicas. Deputado estadual. Competência. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Tipificação. Nova definição jurídica dada ao ilícito. Recebimento da denúncia. Inq 659-CE 288
Trbt	IPI. Crédito presumido e crédito-prêmio. Reconhecimento do direito. Compensação com débitos de terceiros. Impossibilidade. Existência de débitos do contribuinte para com o fisco. Agravo regimental. Mandado de segurança. AgRg na AMS 72967-PE 29
Trbt	IPI. Crédito presumido. Permissão de aproveitamento do crédito nos termos da lei e somente a partir de janeiro de 1999. Observação das normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal. Transformação de embalagens. Personalização. Atividade industrial. Incidência do IPI e não do ISS. AMS 79952-PE 225
Trbt	IPTU. CTN, art. 32. Imóvel que preenche as condições para enquadrar-se como urbano. Decreto-lei nº 57/66, art. 15, que exclui a incidência do IPTU sobre a propriedade de bens imóveis que sejam utilizados na exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial. Inaplicabilidade no caso. Proprietário do imóvel que não comprovou a condição de produtor rural para os fins do DL 57/66, art. 15. Legitimidade da cobrança do imposto. AC 325790-SE 173

Trbt e Ct Isenção. COFINS. Sociedade civil prestadora de serviços profissionais. Lei Complementar nº 70/91. Revogação. Lei nº 9.430/96. Possibilidade. AMS 82499-PE 240

J

PrCv Juízes de direito no exercício de jurisdição federal. Conflito negativo de competência. Competência do TRF para dirimi-lo. Súmula nº 33 do STJ. Ação ordinária de concessão de benefício previdenciária movida contra o INSS. Competência das varas cíveis da comarca de domicílio do autor se a Lei de Organização Judiciária do Estado não fixar textualmente competência privativa. CC 814-PB 257

L

Adm Licitação. Menor preço. Desclassificação de proposta de menor valor. Omissão de dado não essencial ao certame. Exigência não prevista no edital. Não observância do interesse público e da Administração Pública. Preliminar de carência de ação rejeitada. AMS 79884-RN 217

M

Adm Magistério superior. Incentivo funcional. Certificado de especialização. Lei nº 8.243/91. Portaria nº 2.129/91. Resolução nº 12/83. Preenchimento de requisitos. Direito adquirido. AMS 68121-RN 211

PrCv e Ct Mandado de segurança contra ato judicial. Impossibilidade. Previsão de recurso cabível.

	vel contra a decisão atacada. Garantia constitucional que deve ser utilizada apenas nas hipóteses típicas de cabimento. MS 75014-CE 292
Adm	Menor preço. Licitação. Desclassificação de proposta de menor valor. Omissão de dado não essencial ao certame. Exigência não prevista no edital. Não observância do interesse público e da Administração Pública. Preliminar de carência de ação rejeitada. AMS 79884-RN 217
Ct e PrCv	Ministério público. Ação civil pública. Ilegitimidade ativa para a causa. Embargos Infringentes. EI na AC 9805-RN 267
Adm	Moléstia decorrente do exercício da função. Comprovação. Laudo pericial. Aposentadoria por invalidez. Recebimento com proventos proporcionais. Direito a aposentadoria integral. Escrivã da Polícia Federal que posteriormente assumiu por concurso o cargo de Delegada Especial da Polícia Federal. AC 314199-PE 130
Adm	Morte de soldado do Exército ao tentar resgatar bola que caíra no Rio Potengi. Acidente em serviço dentro das dependências da Corporação. Autorização do superior hierárquico. Existência do fato. Ocorrência do dano. Nexó de causalidade evidenciado. Responsabilidade objetiva do Estado. Dano moral. Indenização. Dano material. Cumulatividade. Possibilidade. Juros de mora. Correção monetária. Súmulas 43 e 54 do STJ. Honorários advocatícios. AC 265421-RN 44

N

PrCv	Nulidade da sentença. Julgamento <i>extra petita</i> . Inocorrência. Contribuições previdenciárias. Laudo pericial. Presunção de veracidade. Auxílio-alimentação. Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT. Salário <i>in natura</i> . Não incidência da contribuição social. Multa de 60% do tributo devido. Efeito confiscatório. Inexistência. Honorários advocatícios. Embargos à execução fiscal. AC 313916-AL	119
------	---	-----

P

Pen e PrPen	Pagamento indevido de procedimentos médicos. Estelionato. Preliminares rejeitadas. ACr 2790-PB	183
Pen e PrPen	Pena. Fixação no dobro do mínimo legal. Redução. Estelionato. ACr 2933-PE	191
PrCv e Cv	Perda do recibo. Concurso de prognósticos. Viabilidade da prova de que foi efetivada a aposta pelo autor na agência lotérica de que era cliente. Declaração da agência lotérica. AC 327203-PB	178
PrCv e Adm	Perseguição política e tortura durante a ditadura militar. Indenização por danos patrimoniais e morais. Lei nº 9.140/95. Prescrição. AC 276403-PE	93
PrPen	Prisão preventiva. Requisitos exigidos pelo CPP, art. 312. Ausência. Constrangimento ilegal. Acusado estrangeiro. Condições favoráveis ao paciente. <i>Habeas corpus</i> . Concessão da ordem. HC 1717-CE	271

Adm Professor de Universidade. Servidor. Resta-
turação de contrato suspenso. Possibili-
dade. Transformação em cargo público
após o advento do RJU. Pagamento da re-
muneração do cargo no período vindicado.
Não cabimento. AC 324367-CE 158

R

Adm Reintegração ao serviço público. Servidor.
Absolvição no juízo criminal. Conseqüên-
cias. Invalidez das provas produzidas no
juízo penal. Não reconhecimento na esfera
administrativa. AC 310267-AL 109

Pen e PrPen Rejeição de denúncia. Prescrição da puni-
bilidade. Embargos de declaração. Inexis-
tência dos requisitos do CPP, art. 619. ED
no Inq 674-PE 262

Ct e Adm Responsabilidade civil objetiva. Fundação
Nacional de Saúde. Servidor. Acidente em
serviço. Obrigação de indenizar. CF, art. 37,
§ 6º. Danos morais devidos. Honorários ad-
vocatícios. AC 272157-PB 83

Adm Responsabilidade objetiva do Estado. Mor-
te de soldado do Exército ao tentar resga-
tar bola que caíra no Rio Potengi. Acidente
em serviço dentro das dependências da
Corporação. Autorização do superior hierár-
quico. Existência do fato. Ocorrência do
dano. Nexo de causalidade evidenciado.
Dano moral. Indenização. Dano material.
Cumulatividade. Possibilidade. Juros de
mora. Correção monetária. Súmulas 43 e
54 do STJ. Honorários advocatícios. AC
265421-RN 44

S

Pen	Saque do FGTS mediante fraude. Acusado portador do vírus HIV. Estado de necessidade. Inocorrência. Estelionato qualificado. ACr 3007-PE 195
PrCv	Sentença. Nulidade. Julgamento <i>extra petita</i> . Inocorrência. Contribuições previdenciárias. Laudo pericial. Presunção de veracidade. Auxílio-alimentação. Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT. Salário <i>in natura</i> . Não incidência da contribuição social. Multa de 60% do tributo devido. Efeito confiscatório. Inexistência. Honorários advocatícios. Embargos à execução fiscal. AC 313916-AL 119
Adm	Servidor. Professor de Universidade. Restauração de contrato suspenso. Possibilidade. Transformação em cargo público após o advento do RJU. Pagamento da remuneração do cargo no período vindicado. Não cabimento. AC 324367-CE 158
Adm	Servidor. Reintegração ao serviço público. Absolvição no juízo criminal. Conseqüências. Invalidez das provas produzidas no juízo penal. Não reconhecimento na esfera administrativa. AC 310267-AL 109
Ct e Adm	Servidor da Fundação Nacional de Saúde. Acidente em serviço. Responsabilidade civil objetiva. Obrigação de indenizar. CF, art. 37, § 6º. Danos morais devidos. Honorários advocatícios. AC 272157-PB 83

Adm	Servidor público. Gratificação percebida indevidamente. Reposição. Desconto pela Administração Pública dos valores nos vencimentos/proventos. Legalidade desde que observado o devido processo legal. AC 311506-RN 115
Trbt e Ct	Sociedade civil prestadora de serviços profissionais. COFINS. Isenção. Lei Complementar nº 70/91. Revogação. Lei nº 9.430/96. Possibilidade. AMS 82499-PE 240
Adm	Soldado do Exército. Morte ao tentar resgatar bola que caíra no Rio Potengi. Acidente em serviço dentro das dependências da Corporação. Autorização do superior hierárquico. Existência do fato. Ocorrência do dano. Nexo de causalidade evidenciado. Responsabilidade objetiva do Estado. Dano moral. Indenização. Dano material. Cumulatividade. Possibilidade. Juros de mora. Correção monetária. Súmulas 43 e 54 do STJ. Honorários advocatícios. AC 265421-RN 44
PrCv, Trbt e Prev	Subsídios dos agentes políticos municipais. Contribuição previdenciária. Incidência. Município empregador. Obrigatoriedade de contribuição sobre os referidos subsídios. AMS 82888-RN 245