

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

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

Número 65 - Julho/Setembro - 2006

R. TRF 5ª Região, nº 65, p. 1 - 355, Julho/Setembro - 2006

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

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

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

Administração

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

GABINETE DA REVISTA:

Diretor

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO

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

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

Apoio Técnico e Diagramação
ARIVALDO FERREIRA SIEBRA JÚNIOR
ELIZABETH LINS MOURA ALVES DE CARVALHO

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

IOB Thomson

IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.

Síntese Publicações

Gilberto Fischel - Presidente

Elton José Donato - Diretor

Maria Liliana de Cássia V. Polido - Gerente Editorial de Prod. Jurídicos
Alice Maria Borghi Marcondes Sampaio - Gerente de Conteúdo Editorial

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

Vendas e assinaturas: Fone: 0800-7072244

Assinaturas: Fone: (11) 2188-7478

www.iob.com.br

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

Trimestral

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

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

CDU 34(05)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00 -
Presidente

Desembargador Federal

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01 - Vice-Presidente

Desembargador Federal

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00 - Corregedor

Desembargador Federal

RIDALVO COSTA - 30.03.89

Desembargador Federal

PETRUCIO FERREIRA DA SILVA - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA - 29.04.92

Desembargador Federal

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS - 13.03.96

Desembargador Federal

UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - 03.12.97

Desembargadora Federal

MARGARIDA CANTARELLI - 09.12.99

Desembargador Federal

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - 03.07.00
Diretor da Revista

Desembargador Federal
NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - 03.07.00

Desembargador Federal
PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA - 19.09.01

Desembargador Federal
FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03

Desembargador Federal
MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

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

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

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

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

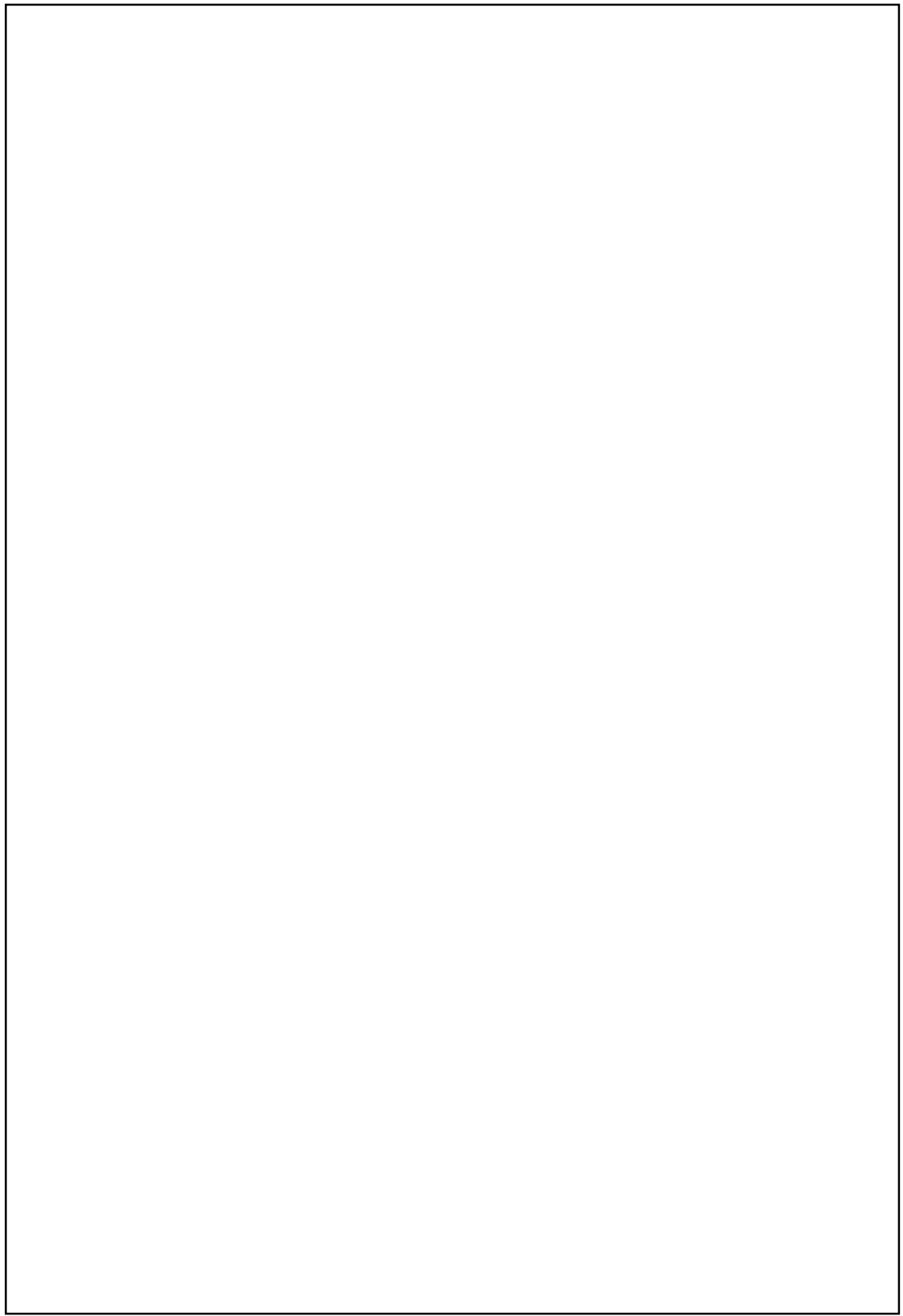
Desembargador Federal GERALDO APOLIANO - Presidente
Desembargador Federal RIDALVO COSTA
Desembargador Federal PAULO GADELHA

QUARTA TURMA (terças-feiras)

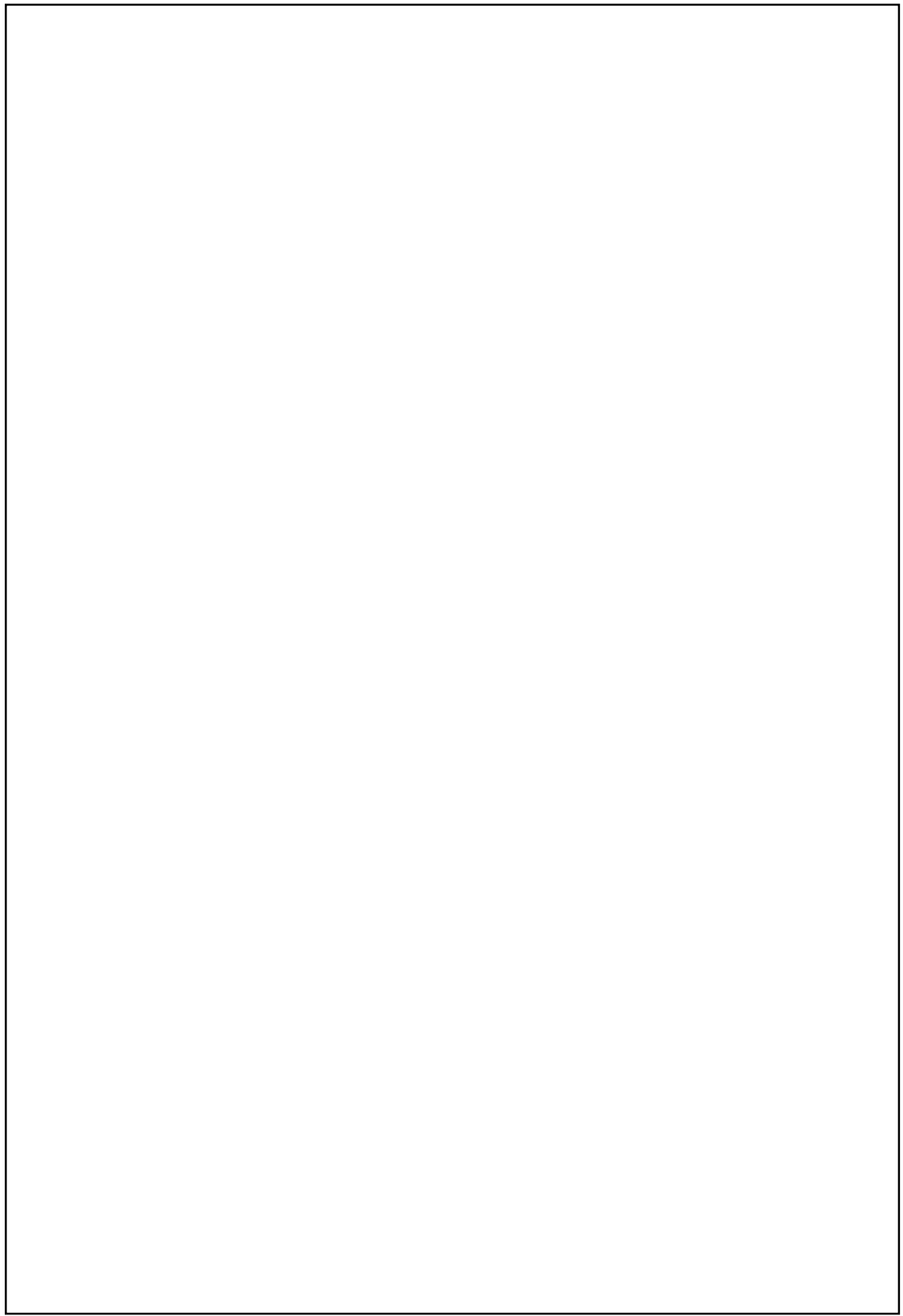
Desembargador Federal MARCELO NAVARRO - Presidente
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES
Desembargador Federal MARGARIDA CANTARELLI

SUMÁRIO

I - Doutrina	13
II - Decisão	47
III - Jurisprudência	89
IV - Índice Sistemático	341
V - Índice Analítico	345



DOUTRINA



RÉQUIEM PARA O PROCESSO DE EXECUÇÃO?

Francisco Wildo Lacerda Dantas, Desembargador Federal do TRF da 5ª Região. Prof. Adjunto da Faculdade de Direito de Alagoas, Mestre em Direito pela UFBA e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa – FDL.

1. Introdução. 2. Estrutura das modificações introduzidas em respeito ao cumprimento da sentença pela Lei nº 11.232/2005. 3. Resumo crítico. 4. A transformação do conceito de sentença condenatória. 5. Crítica à eliminação da necessidade de instauração de um processo de execução autônomo para realização forçada do direito. 6. Possíveis controvérsias sobre a nova lei. 6.1. Controvérsia em respeito à modificação do conceito de sentença e dos efeitos em respeito à recorribilidade. 6.2. Controvérsia sobre a possibilidade de se manter atos próprios do processo de execução e do processo de liquidação, no âmbito do processo de conhecimento, por integrarem a nova fase do cumprimento da sentença. 7. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A concepção do processo como instrumento da jurisdição que tem por fim a prestação da tutela jurisdicional se lastreou na distinção clássica entre processo de conhecimento e de execução, à qual se acrescentou numa etapa posterior o processo cautelar. Nesse sentido, EDUARDO J. COUTURE havia observado que essa distinção correspondia, comparativamente, ao processo humano desenvolvido para qualquer atuação, que consistia, em suas palavras em *saber, querer y obrar*, para considerar que *la ejecución corresponde al último tramo. En el proceso judicial también se comienza por saber los hechos y el derecho mediante el contra-*

dictoriedad ambas partes y por obra del juez; luego éste decide, esto es, quiere en sentido jurídico, a cuyo querer se asigna una eficacia especial; y por último, obra, esto es, asegura prácticamente el resultado de la obra intelectual e volitiva, mediante las diversas formas exigidas por el contenido mismo de la sentencia¹.

Como bem resumiu ARAKEN DE ASSIS, reconhecem-se à jurisdição, como relevante serviço público prestado pelo Estado, três funções fundamentais: em primeiro lugar, essa tutela – que considero jurisdicional, pois complementa a tutela jurídica – ou tutela de interesses – prestada pela norma jurídica, caracteriza-se por reconhecer o direito alegado e proclamá-lo; em segundo lugar, revela-se pelo dever que tem o Estado, através da função jurisdicional, de tornar efetivo esse direito anteriormente reconhecido. Em terceiro lugar, tendo em vista a possível demora ou retardamento na prestação jurisdicional nas duas hipóteses mencionadas, o reconhecimento de uma terceira função jurisdicional destinada a promover a asseguuração temporária deste direito ou, em alguns, a sua satisfação provisória.

Em razão disso, resumiu as pretensões das partes em exigir do Estado as seguintes providências:

1º - Formulação de uma regra jurídica concreta, na qual se decide qual dos contendores tem razão;

2º - Atuação prática desse comando vinculativo, sempre que necessário na hipótese e na hipótese de o vencido não cumpri-lo espontaneamente;

3º - Perante situações de urgência, a rápida e eficaz asseguuração ou satisfação desses objetivos.

Importante observar, porém, que essas providências, correspondentes às funções principais da atuação da jurisdição: cognitiva, satisfativa e assecuratória não apreendem todo o fenômeno processual. Tornou-se imperioso examinar-se o efeito que o de-

¹ - “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, tercera edición (póstuma), reimpressão inalterada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 439.

mandante procura produzir junto ao demandado, identificadas por PONTES DE MIRANDA como cargas de eficácia da sentença, de que resultou a classificação quinária, com o que alargou a aca-nhada limitação dos efeitos à classificação tripartite, que se lastre-ava tão-somente no atendimento da pretensão: declaratória, cons-titutiva, condenatória, executiva e mandamental².

Como quer que seja, tomando-se por base a classificação tra-dicional das ações, que assenta na natureza da pretensão e da correspondente função jurisdicional exercida ou nas cargas de efi-cácia da sentença, avulta a função executiva – identificada como a segunda das providências: a atuação prática do comando vincula-tivo, como a mais promissora, ou, na linguagem do mesmo autor citado, “modalidade de tutela mais vantajosa, do ponto de vista do destinatário do ‘produto’ ‘jurisdicional’, como uma das mais impor-tantes, ainda que, apesar disso, passe por uma crise profunda e universal”.

O mesmo ARAKEN DE ASSIS identificou vários fatores que contribuem para agravar essa crise, de cuja exposição se fará uma esforçada síntese:

1º - Problemas de deficiência de técnica legislativa, por não ter o CPC colocado uma Parte Geral, onde regulasse, de modo equi-librado e harmônico, os institutos comuns às três funções da juris-dição, no âmbito das respectivas estruturas ou processos;

2º - Falta de realce à natureza da função executiva: enquanto na função cognitiva preponderam as alegações das partes e as intelecções do órgão judiciário, com a produção de coisa julgada; na função executiva o trabalho judiciário visa a obter transforma-ções materiais que satisfaçam o titular do direito³.

² - Como observou o mesmo Araken de Assis, em outra obra. Cf. “Manual do Processo de Execução”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, 4ª ed. revista e atualizada, p. 69.

³ - Daí porque, em obra anterior – já tornada clássica – o mesmo autor faz referência à célebre metáfora criada por Carnelutti, segundo o qual: o proces-so de conhecimento transforma o fato em direito e o processo de execução traduz o direito em fato. Cf. “Manual do Processo de Execução”. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, 5ª ed., p. 63.

3º - Dificuldade de as disposições legislativas vencerem os obstáculos estabelecidos pela ardua realidade econômica, tendo em vista que a simples determinação de que o patrimônio do devedor "... responde com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.", na forma do art. 591 do CPC.

Isso parece não ser o bastante para garantir que a execução será frutífera, pois, para além disso, torna-se indispensável que o devedor tenha bens, registrando-se, ademais:

a) O fato de a sociedade de massa haver exacerbado o crédito, ao contrário do que acontecia anteriormente, em que havia uma mácula sob a pessoa do devedor. Atualmente – com a sociedade de massas em que vivemos –, todos devem e ninguém espera que as dívidas sejam totalmente liquidadas: basta o devedor solver pontualmente as obrigações para endividar-se novamente;

b) A constatação de que as crises financeiras provocam uma quantidade alarmante de inadimplementos e, por consequência, de processos, sem que o Estado possa erguer um sistema judiciário suficientemente amplo para atender a todos os interessados, recaindo sobre o Judiciário a culpa pela ineficiência na cobrança das dívidas;

c) A falta de transparência da esfera patrimonial das pessoas, em razão do deslocamento da fonte de riqueza dos anteriormente chamados bens de raiz, para bens representados por direitos abstratos, como as ações, sendo certo que os meios técnicos disponíveis permitem a rápida transferência de riquezas para depósitos anônimos ou para paraísos fiscais, não tendo as técnicas processuais acompanhado essa evolução;

d) O crescimento de direitos fundamentais que favorecem o devedor, como a Lei mais recente nº 8.009/90, que proíbe a penhora da casa e dos utensílios que a guarnecem, como necessários ao bem de família⁴.

⁴ - Cf. "Cumprimento da Sentença", ob. cit., pp. 15-16.

Observou-se, de outro lado, que a disciplina dessas funções – conhecimento, executoriedade ou realização do direito e assegu-ramento do resultado útil desses processos ou do próprio direito – em setores estanques, separados, criava uma departamentaliza-ção do processo, contribuindo para expressivo retardamento na prestação jurisdicional final, inclusive por implicar nova realização de atos processuais, o que comprometia a agilidade e a presteza na entrega do produto final da prestação jurisdicional, no que se convencionou denominar de processo de resultado, como bem explicou CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO.

Isso decorreu da evolução ocorrida no entendimento da juris-dição como expressão do poder político, quando se abandonou a antiga perspectiva de vê-la como a realização da justiça em cada caso, que, depois, evoluiu para o reconhecimento de que com a prática reiterada da justiça se implantaria um clima social de justi-ça.

No momento atual, procura-se identificar, com precisão, “... os resultados que, mediante o exercício da jurisdição, o Estado se propõe a produzir na vida da sociedade”⁵.

Identificou-se, também, que essa separação clássica – tradi-cional – implicava retardamento burocrático – ousou dizer, inútil – do processo, causando um dano desnecessário para o autor que, no dizer de LUIZ GUILHERME MARINONI, tem razão.

Esse dano foi identificado por ITALO ANDOLINA, a quem cita, como “dano marginal em sentido estrito” ou “dano marginal de in-dução processual”, por haver-se reconhecido que “... o réu pode não ter efetivo interesse em demonstrar que o autor não tem ra-zão, mas apenas desejar manter o bem no seu patrimônio, ainda que sem razão, pelo maior tempo possível, com o que o processo pode lamentavelmente colaborar”⁶.

⁵ - O original não está grifado. Cf. “A Instrumentalidade do Processo”, Ed. Malheiros, São Paulo, 1993, 3ª ed. revista e então atualizada, p. 159.

⁶ - Cf. “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, *passim*.

NELSON NÉRY JÚNIOR, por sua vez, identificou tal departamentalização com um ponto de estrangulamento na prestação jurisdicional, comprometendo o resultado final dela, por haver reconhecido, que na hipótese da sentença condenatória havia, para obter-se o bem da vida nela reconhecido e prometido – resultado final do processo – “... a possibilidade de se efetivarem três processos: o de conhecimento, o de liquidação de sentença e o de execução. Cada qual tem um escopo jurisdicional diferente e próprio, de modo que deverão culminar por meio de ‘sentença’. Por medida de economia processual, nosso sistema contém a regra de que, muito embora se trate de três processos distintos entre si, sejam processados nos mesmos autos, em seqüência uns dos outros”⁷.

O dano injusto que se causava ao credor decorria – como bem salientando na excelente obra de MISAEL MONTENEGRO FILHO – da ocorrência costumeira das seguintes circunstâncias, em que se criavam novos ônus/obrigações para o autor, que passo a resumir:

a) Antecipamento de novas custas processuais, na forma do art. 19 do CPC;

b) Obrigatoriedade de promover nova citação do réu/devedor, depois do recebimento da petição inicial da execução pelo juiz;

c) Submeter-se à prerrogativa reconhecida ao réu/devedor, no nascedouro mesmo do processo, de nomear – isto é, escolher – quais bens de seu patrimônio seriam submetidos à penhora;

d) A ampliação de garantias em favor do devedor, por haver-se criado obstáculos para penhora em virtude do sigilo bancário e fiscal, com o que se tem indeferido requerimento de expedição de ofícios ao Banco Central e à Receita Federal para obtenção de informações a respeito;

e) Submeter-se à prerrogativa reconhecida ao devedor de se

⁷ - Cf. “Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil em vigor”, em parceria com Rosa Maria Andrade Nery, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 4ª ed. revista e atualizada até 10.03.1999, p. 1118.

opor à execução através de outra ação de conhecimento – os embargos do devedor – que impõem a suspensão da execução;

f) Sujeitar-se ao amplo direito de defesa do réu/devedor, na execução, o que lhe possibilita investir até mesmo contra a realização da hasta pública já consumada⁸.

A reforma processual e pontual em andamento buscou afastar esses pontos de estrangulamento – como já estava, aliás, previsto na primeira diretriz da Comissão Revisora dessa reforma⁹.

Tem-se que, basicamente, a fase atual da reforma – ocorrida no ano passado e neste ano de 2006 – buscou – no feliz resumo de ERNANI FIDÉLIS DOS SANTOS, aqui resumido:

1º - Atribuir característica de auto-executoriedade a qualquer sentença condenatória, para envolver não só aquelas relativas às obrigações de fazer ou não fazer e às obrigações de dar coisa certa ou incerta, mas especificamente as referentes à condenação de pagar quantia certa, modificando a sistemática anterior de apenas atribuir-lhe a função de produzir um título executivo judicial;

2º - Proceder a alguns reparos conceituais nos equívocos da disciplina anterior da sentença, buscando ajustá-los à nova disciplina processual;

3º - Trazer para o processo de conhecimento – numa fase para logo denominada de *cumprimento da sentença* – tudo o que se relaciona com a execução, inclusive com a eficácia da senten-

⁸ - Cf. “Cumprimento da Sentença e Outras Reformas Processuais – Leis nºs 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006, comentada e em confronto com as disposições do CPC de 1973. Consultaram-se os originais da obra, tal como encaminhada pelo autor – MISAEL MONTENEGRO FILHO – para o Professor e Mestre RONNIE PREUSS DUARTE, que gentilmente nos cedeu a cópia que se tornou indispensável à formulação das idéias aqui expostas.

⁹ - Mais precisamente: “localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional”. Cf. Sálvio de Figueiredo Teixeira, “A efetividade do processo e a reforma processual”, Revista AJURIS, vol. 59, nº 4, especialmente pp. 258-259.

ça, dos títulos judiciais, até mesmo no que se refere às obrigações de contratar ou de emitir declaração da vontade;

4º - Aprimorar-se a liquidação da sentença, transformando-a, na prática, em simples complementação do processo de conhecimento¹⁰.

Os estudiosos insistem em identificar, no novel Capítulo X do CPC introduzido pela Lei nº 11.232/2005, uma cumulação de ações: ação de conhecimento condenatória (em que se profere a sentença destinada ao cumprimento) + sentença de conhecimento na liquidação (de natureza declaratória) + processo de execução. Sustenta-se que a execução continua sendo execução, ainda que topicamente localizada no processo de conhecimento porque “não se muda a natureza das coisas por simples alteração legislativa”¹¹. Já houve pronunciamento no sentido de que “... a reunião procedimental (que teria sido feita sob a égide do cumprimento da sentença) não apagou de vez a autonomia existente entre as ações de conhecimento, da ação condenatória e a da ação de execução”, por considerar-se em respeito ao processo de liquidação de que: “...embora unificada procedimentalmente à ação condenatória que lhe é anterior e a execução que lhe é posterior, não perdeu propriamente sua autonomia, sob diversos ângulos, devendo ser considerada, tal como ocorria anteriormente, uma ação com objeto daqueles veiculados nas ações que com a liquidação se relacionam”¹².

A modificação introduzida pela ainda recente Lei nº 11.232/05 provoca, pois, uma discussão que já se prolonga, no sentido de

¹⁰ - Cf. Ernani Fidélis dos Santos, “As Reformas de 2005 do Código de Processo Civil (Execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento)”, Ed. Saraiva, 2006, pp. 03-04.

¹¹ - Em parceria com Rosa Maria de Andrade Nery, cf. “CPC Comentado e legislação processual civil em vigor”, Ed. Revista dos Tribunais, 2006, 9ª ed., atualizada, p. 628.

¹² - Cf. Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, “Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, pp. 101-102.

saber-se se a nova modificação determinou ou não o sepultamento da ação de execução e, em caso positivo, em que medida.

Estou atento à observação de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, de que se pode e se deve louvar a modificação, na medida em que ela constitua fator de efetividade, mas jamais a de reconhecer-lhe a importância científica de uma revolução copernicana¹³. De outro lado, concordo com a observação, mais recente, de ADA PELLEGRINI GRINOVER de que a interpretação de uma nova lei, especialmente quando inovadora, é tarefa muito difícil¹⁴. Nem por isso, porém, recuso-me a examinar as inovações a respeito da Lei nº 11.232/2005, para traçar-lhe as presentes considerações, sobretudo em respeito ao posicionamento da doutrina anteriormente referida, ainda que para apresentar modesta discordância.

Esclareça-se que o objeto da investigação será dirigido, também, ao processo de execução, que já foi definido por ARAKEN DE ASSIS – autor que, entre nós, melhor estudou o assunto – como o conjunto de operações que, em decorrência da natureza do provimento reclamado e obtido pelo vitorioso, destina-se a entregar-lhe o bem da vida¹⁵. Com as modificações recentemente introduzidas, esse conjunto de operações passa a constituir, tão-somente, uma fase do cumprimento da sentença. Por isso, nesta abordagem, busca-se apurar se elas passaram a fazer parte integrante do processo de conhecimento, mais precisamente, uma extensão do processo da ação condenatória do processo de conhecimento ou se, apesar delas, tais medidas continuam com a natureza dos processos anteriores a que se referiam: liquidação e execução.

¹³ - Cf. “Sentença Executiva”, artigo publicado na Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, nº 24, p. 138.

¹⁴ - Cf. “Cumprimento da Sentença”, artigo publicado na Revista Justiça e Cidadania, edição 69, abril de 2006, pp. 20-23, mais precisamente p. 21.

¹⁵ - Cf. “Cumprimento da Sentença”, ob. cit., p. 04.

2. ESTRUTURA DAS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS EM RESPEITO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA PELA LEI Nº 11.232/2005

As modificações introduzidas pela Lei nº 11.232/2005 foram tão vigorosas e importantes que o legislador fixou um prazo de *vacatio legis* bem mais amplo – exatos seis meses, após a data da publicação: 22 de dezembro de 2005, culminando, pois, em 22 de junho de 2006 – pelo que já se encontra em vigor. Como já se referiu na parte introdutória, busca-se, com esse trabalho, oferecer uma abordagem inicial acerca das modificações introduzidas pela Lei nº 11.232/2005, com ressaltos para a disciplina do cumprimento da sentença e as modificações que com ela se relacionam, com a preocupação de saber se elas provocam ou não o sepultamento do processo de execução, sem nenhuma intenção de enfrentar e esgotar os problemas por elas provocados.

Observo na Lei nº 11.232/2005 uma estrutura em que identifiquei quatro partes distintas:

1ª PARTE - no art. 1º da lei, que dá nova redação ao art. 162, § 1º, do CPC e aos arts. 267, 269 e 463 do mesmo CPC, que se pode entender como introdutória.

2ª PARTE - inclusão da declaração de vontade e promessa de contratar nos efeitos da sentença, permitindo-se discipliná-la no âmbito mesmo do cumprimento da sentença.

3ª PARTE - inclusão da liquidação da sentença no campo mesmo da disciplina desta, um mero incidente no curso do cumprimento da sentença, para eliminar a ação de execução e o processo de liquidação da sentença.

4ª PARTE - em que se retira a figura da execução como processo autônomo para considerar-se a sentença condenatória como executiva – no sentido que lhe atribui ARAKEN DE ASSIS de provocar uma execução imediata, pois *o bem da vida, concretamente, obtém-se mediante ato posterior ao enunciado do comando sentencial, quicá da indiscutibilidade deste, e se transfere para a esfe-*

*ra jurídica do credor já individualizado pelo provimento*¹⁶, dar-se-á em mera fase do processo de conhecimento.

5ª PARTE - em que se absorve – no processo de conhecimento e na fase do cumprimento da sentença – e, se for o caso, o processo de embargos do devedor, por transformá-lo em incidente dessa fase que é integrada por dois procedimentos distintos: cumprimento da sentença propriamente dito, destinado à efetivação das sentenças condenatórias mandamentais previstas nos arts. 461 e 461-A e de execução da sentença condenatória *lato sensu* na forma dos arts. 475, I e seus parágrafos e seguintes da Lei nº 11.232/05.

6ª PARTE - inclusão, no cumprimento da sentença, da execução provisória e definição dos títulos judiciais, sujeitos a essa técnica.

7ª PARTE - definição, no art. 475-P, do foro competente para o cumprimento da sentença, de regras mais ágeis para o cumprimento da obrigação de indenização por ato ilícito com prestação de alimentos e estabelecimento da norma de encerramento do art. 475-R.

8ª PARTE - definição de regras próprias para os embargos opostos contra a Fazenda Pública, bem como modificação da disciplina em respeito aos embargos do mandado – art. 1.102-C, encerrando qualquer discussão a respeito.

3. RESUMO CRÍTICO

Considerando-se as partes que se acabaram de identificar, podem-se resumir as modificações pela referida lei às seguintes:

PRIMEIRA PARTE

Nessa parte:

¹⁶ - Cf. "Cumprimento da Sentença", ob. cit., p. 13.

a) Promove-se importante modificação sobre a conceituação legal da sentença: *é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta lei.*

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA observou – em palestra que proferiu em 03.04.2006, no Seminário realizado pelo Instituto de Direito Processual – que esse dispositivo, originário da emenda legislativa que se havia acrescido ao projeto, no Senado Federal, peca pela imprecisão vernacular e técnica.

Realmente, o verbo implicar não expressa nenhum sentido que se ajuste ao enunciado do dispositivo: *implicar alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta lei.* Observo, porém, que ADA PELLEGRINI GRINOVER corrigiu a expressão *implica*, por substituí-la por uma outra *configura*, o que – me parece – bem se ajusta aos propósitos do legislador, com o que se anota que não teria sido esta a única vez que o legislador se equivoca na escolha dos vocábulos com que cria a norma¹⁷.

Por outro lado, ao referir-se a *alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta lei*, não se pode concluir que faça referência à *situação jurídica*, expressão utilizada por GOLDSCHMIDT para caracterizar o próprio processo, até porque não se ajusta à *convenção de arbitragem*, prevista no art. 267, VII, do CPC, porque se trata de um ato e não de uma situação jurídica¹⁸. Como se sabe, JAMES GOLDSCHMIDT afirmou que “*La única situación jurídica procesal que se encuentra antes de que se haya entablado el pleito, y sin que se presuponga un pedido probatorio, es la posibilidad abstracta de constituir por la presentación de la demanda la expectativa de que el juez proceda a consecuencia de ella con*

¹⁷ - Cf. “Cumprimento da Sentença”, Revista Justiça e Cidadania, nº 69, Abril de 2006, pp. 20-23, mais precisamente p. 22.

¹⁸ - Cf. “A Nova Definição de Sentença” (Lei nº 11.232). Texto da palestra proferida em Brasília, em 03.04.2006, no Seminário do Instituto Brasileiro de Direito Processual sobre “As novas Reformas do Processo Civil” e publicada na Revista Dialética de Direito Processual, nº 39, Junho-2006, pp. 78-85, mais precisamente p. 84.

*arreglo a la ley procesal*¹⁹.

Para isso, reformou-se o entendimento adotado no art. 162, § 1º, do CPC, na redação anterior, que a tinha como *o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa*. Como se sabe, a conceituação anterior era alvo de certas críticas dos processualistas, tanto porque tal conceito, além de agredir a boa técnica (se chocava mesmo com o conceito implícito do art. 463 do CPC), revelava-se como uma tautologia, no processo de conhecimento²⁰. Observa-se, também, que, no processo de execução, a sentença se revelava como o ato que dava início a outro processo, como se lê no art. 761 do CPC.

b) Corrige-se a irregularidade da redação do art. 269 do CPC, já apontadas por ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, pois que nas hipóteses elencadas nos incisos II, III e V desse dispositivo não havia um verdadeiro julgamento do mérito, senão que mera resolução²¹.

¹⁹ - Cf. "Teoria General del Proceso", tradução ao castelhano por Leonardo Prieto Castro, Editorial Labor, Barcelona, Madrid, Buenos Aires e Rio de Janeiro, 1936, p. 189. Em obra traduzida e adaptada ao nosso ordenamento por Ricardo Rodrigues Gama, o autor alemão observa: "O conceito de situação jurídica diferencia-se do de relação processual no qual este não se encontra em relação alguma com o direito material que constitui objeto do processo, enquanto que aquele designa a situação em que a parte encontra-se com o seu direito material, quando o faz valer processualmente". Cf. James Golsdschmidt "Direito Processual Civil" – traduzido, revisado e adaptado por Ricardo Rodrigues Gama, Ed. Juruá, Curitiba, 2003, p. 17.

²⁰ - Para demonstrar essa tautologia, indaga-se: Qual é o ato do juiz que põe fim ao procedimento em primeiro grau de jurisdição? Resposta: sentença. E o que é sentença? Resposta: é o ato do juiz que põe fim ao procedimento em primeiro grau de jurisdição. Cf. "Curso Avançado de Processo Civil", coordenada por LUIZ RODRIGUES WAMBIER. A obra foi publicada pela Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, e consultou-se o vol. 1– Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento – na 4ª ed., revista, ampliada e atualizada até 31.12.2001, p. 614.

²¹ - Cf. "Extinção do Processo e Mérito da Causa", trabalho inserto na obra coletiva "Saneamento do Processo – Estudos em homenagem ao Professor Galeno Lacerda" – organizada por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, pp. 15-57, mais precisamente p. 21.

c) Aprimora-se a redação do art. 463 do CPC, modificando a dicção anterior que anunciava *Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la...*, o que não se compadece com a modificação agora introduzida em que o ofício jurisdicional somente termina com o cumprimento da sentença, preferindo-se nova redação: *Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la.*

SEGUNDA PARTE

Nessa parte:

a) O legislador deslocou, topograficamente, os arts. 639, 640 e 641 da sistemática anterior do mesmo CPC – que tratavam da execução das obrigações de fazer e não fazer para o âmbito da disciplina do cumprimento da sentença, por considerá-las como efeitos da sentença que não reclamam a propositura de um processo de execução autônomo.

b) A nova redação dos dispositivos oferece melhor redação ao procedimento anterior de execução de obrigação de fazer relativa à emissão de declaração da vontade, com o que se aperfeiçoou a chamada ação de adjudicação compulsória criada pelo Decreto-Lei nº 58, de 10.12.1937²².

TERCEIRA PARTE

Nessa parte:

a) O legislador trouxe toda a disciplina constante dos arts. 603 a 611, constante do Capítulo VI do Livro II, destinada ao Processo de Execução, para a regulamentação da sentença, em dispositivo originariamente destinado a tratar do duplo grau de jurisdição, dentro, pois, do Processo de Conhecimento;

b) Estabeleceu que o incidente de liquidação se iniciasse a partir de simples requerimento da parte devedora, que deverá ser intimada na pessoa do advogado;

²² - Cf. Misael Montenegro Filho, "Cumprimento da Sentença e Outras Reformas Processuais", ob. cit., sem indicação precisa das páginas, por haver-se consultado os originais.

c) Proibiu, expressamente, no § 3º do art. 475-A, a prolação de sentença ilíquida nas hipóteses do procedimento sumário que indicou;

d) Reproduziu, no art. 475-B, a modificação anterior em respeito à liquidação por cálculo do contador – constante do art. 604, e parágrafos, quando se tratar de mero cálculo aritmético – para atribuir-lhe uma disciplina que melhor se ajusta aos propósitos de agilização do processo, nos parágrafos 1º a 4º;

e) Passou a admitir que se promova a liquidação da sentença, na pendência de recurso, com processamento em autos apartados, cabendo ao liquidante instruí-los com cópias das peças processuais pertinentes, na forma do § 2º do art. 475 do CPC, na nova redação que a ele se dá;

f) Simplificou os procedimentos de liquidação por arbitramento e por artigos, tratados, do mesmo modo, como incidentes no curso do cumprimento da sentença, encerrados por decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento, como se lê no art. 475-H.

QUARTA PARTE

Nessa parte:

a) Opera-se a inclusão do cumprimento das sentenças mandamentais ou executivas *lato sensu* através das técnicas já previstas nos arts. 461 e 461-A, em que também se dispensa o concurso de processo de execução autônomo;

b) Dá-se a transformação do processo de conhecimento em que se pretende a cobrança de quantia certa em um processo sintético – bifásico – constituído por duas etapas distintas:

I - certificação do direito em favor do autor ou do réu, correspondente à função clássica do processo de conhecimento, que se dará após a investigação ampla própria da cognição, com fundamento no princípio da livre convicção racional;

II - realização do direito, correspondente ao cumprimento que ora se insere no processo de conhecimento, consistente em operações destinadas à liquidação e à obtenção do seu pagamento da sentença trânsita em julgado, com manutenção da técnica de desapropriação;

c) Introduce-se a definição de procedimento para cumprimento da sentença transitada em julgado, através de:

I - requerimento para pagamento do valor apurado pelo credor – e não mais para citação em processo autônomo – na forma do art. 614 do CPC;

II - estabelecimento de *astreinte* – ou multa que não se estabelece se diária, mensal ou anual, parecendo-me, porém, que mensal – sobre o montante da condenação, a ser imposta de ofício na hipótese do não pagamento no prazo de quinze dias e, a requerimento do credor, a imediata expedição do mandado de penhora e avaliação;

III - definição de procedimento expedito para a penhora e avaliação, na forma dos parágrafos 1º a 3º do art. 475-J;

IV - estabelecimento de prazo para que se dê início à execução – com referência ao princípio dispositivo que informa o processo civil – de seis meses a contar do trânsito em julgado, quando se tratar de execução definitiva, findo o qual se determinará o arquivamento dos autos, sem prejuízo de requerimento para desarquivamento, desde que não opere a prescrição, na forma do § 5º do art. 475-J.

QUINTA PARTE

Nessa parte:

a) Resumem-se as hipóteses de impugnação – que passa a substituir a ação e processo dos embargos – na forma dos incisos I a VI do art. 475-L;

b) Procede-se à eliminação do efeito suspensivo – previsto como regra para os embargos, admitindo-se, por decisão judicial, tão-somente quando o magistrado se convencer de que o prosseguimento do cumprimento da sentença possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, como se lê no art. 475-M. Admite-se, porém, o seu prosseguimento desde que haja prestação de caução suficiente e idônea fixada pelo juiz;

c) Define-se que o desfecho do incidente opere através de decisão interlocutória, impugnável através de agravo de instrumento, na forma do § 3º do art. 475.

SEXTA PARTE

Nessa parte:

a) Elencam-se, no art. 475-N, como títulos executivos judiciais, para efeito de desencadear o cumprimento da sentença no mesmo processo de conhecimento, nomeadamente:

I - a sentença que reconheça a existência da obrigação de fazer, de entregar coisa ou de pagar quantia, que se torna o modelo próprio do cumprimento da sentença;

II - a sentença penal condenatória transitada em julgado, a homologatória de conciliação ou transação, proferida nos Juizados Especiais, a sentença arbitral, o acordo extrajudicial, homologado extrajudicialmente, e a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, na forma do art. 105, I, alínea *i*, da CF/88;

III - o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.

b) Define-se um procedimento mais ágil para a execução provisória – observe-se que no âmbito mesmo do cumprimento da sentença – no art. 475-O.

SÉTIMA PARTE

Nessa parte:

a) Estabelece-se qual o foro competente para o cumprimento da sentença em respeito aos tribunais, nos feitos de sua competência original, aos juízos monocráticos, quando a tenham proferido no primeiro grau de jurisdição e ao juízo cível competente para dar cumprimento à sentença penal condenatória, à sentença arbitral ou à sentença estrangeira;

b) Acrescenta-se a possibilidade de o exeqüente – ou beneficiário do cumprimento da sentença – optar pelo juízo do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação;

c) Traçam-se, no art. 475-Q, regras mais ágeis, inclusive em respeito ao cumprimento da obrigação de indenização por ato ilícito com prestação de alimentos;

d) Estabelece-se, no art. 475-R, norma de encerramento ao prever-se a aplicação subsidiária, no que couber, das normas que regem o processo de execução de título extrajudicial.

OITAVA PARTE

É a última parte desse texto legal.

Nessa parte:

a) Aproveita-se a disciplina anterior do art. 741 do CPC, em respeito à oposição de embargos contra a execução fundada em título judicial, para transformá-la em procedimento próprio de embargos à execução contra a Fazenda Pública, com correções da redação anterior, para ajustá-la à nova técnica;

b) Modifica-se a redação do art. 1.102-B e do seu § 3º, para ajustá-la à nova técnica de cumprimento da sentença.

4. A TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA

Para a correta compreensão das modificações introduzidas pela Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, já em vigor, não se pode perder de vista que a sentença condenatória passou a revelar outra natureza, que não a de sentença condenatória que sirva de pressuposto a um processo de execução, ou seja, de sentença condenatória *ex intervallo*, correspondente, no dizer de ADA PELLEGRINI GRINOVER, às sentenças condenatórias puras²³. A sentença condenatória tem sido considerada como a sentença proferida no processo de conhecimento, em que se certifica a existência de um direito e se acresce um *plus*, uma condenação, para que alguém faça ou deixe de fazer alguma ou efetue uma prestação de dar coisa certa ou incerta ou de pagar uma quantia. Há um

²³ - Cf. "Cumprimento da Sentença", Revista Justiça e Cidadania, nº 69, Abril de 2006, pp. 20-23, mais precisamente p. 22.

misto de certificação do direito acrescido de uma sanção²⁴, por considerar-se – segundo a doutrina de LIEBMAN, seguida entre nós²⁵ – que a sentença condenatória é pressuposto da execução, não se pode conceber o cumprimento da sentença – que corresponderia a essa execução, ou aplicação coativa da sanção, que reclamaria um processo autônomo – como parte integrante do processo de conhecimento.

Esse conceito, porém, sofreu profunda modificação.

Para LUIZ GUILHERME MARINONI, houve um esgotamento do conceito de sentença condenatória. Há que atentar-se para a transformação do conceito de sentença condenatória, por haver-se reconhecido as novas necessidades da tutela jurisdicional, especialmente as marcadas pelo conteúdo não-patrimonial, que passaram a exigir a imposição de condutas de não-fazer e, por via de consequência, da sentença de conteúdo mandamental. Desse modo, por exemplo, concluiu-se que o estabelecimento de multas – ou *astreintes* – poderiam ser impostas – como uma técnica coercitiva, mesmo que não se tratasse de uma obrigação infungível, eliminando-se o entendimento de que “somente poderia atuar nos locais onde a execução direta não fosse efetiva”²⁶.

²⁴ - Ou, como explica Moacyr Amaral Santos: “Tais ações tendem a uma sentença em que, além da declaração quanto à existência de uma relação jurídica, contém a aplicação da regra sancionadora, isto é, aplica ao réu a sanção, em que incorre por desobediência ao imperativo legal regulador da espécie posta em juízo. Cf. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, 1º volume, Ed. Saraiva, São Paulo, 22ª edição revista e atualizada por Aricê Moacyr Amaral Santos, p. 178.

²⁵ - O entendimento anterior, dominante na doutrina brasileira, acompanha a doutrina de Enrico Tullio Liebman, que concebe a *sanção* como as medidas estabelecidas pelo direito como consequência da inobservância de um imperativo, cuja atuação se realiza sem colaboração da atividade voluntária do inadimplente, para, mais adiante, distinguir a sanção penal da cível, por considerar que esta última consiste na *satisfação coativa*. Cf. “Processo de Execução”, como notas de atualização ao CPC de 1973 pelo Prof. Joaquim Munhoz de Mello, Ed. Saraiva, São Paulo, 1980, pp. 02-03.

²⁶ - O autor faz remissão à sua obra “Tutela Inibitória”, na 3ª ed., p. 142 e se refere às obras de Sergio Chiarloni, “Misure Coercitive e Tutela dei Diritti”, Milano Giuffrè, 1980, mencionando, em ambas, a p. 15.

CASSO SCARPINELA BUENO observou que modernamente há uma superação do princípio da tipicidade das formas executivas, estabelecido como uma garantia do cidadão com vistas a impedir o arbítrio judicial, própria da concepção liberal do direito clássico em que se entendia que não se poderia atribuir ao juiz o poder de julgar e de executar o que havia julgado, pois se entendia que “o juiz seria mais do que juiz”, pois se poderia constituir em opressor, pondo em risco as liberdades. Considerava-se, nessa obsoleta visão, que o juiz deveria apenas proclamar as palavras da lei, pois o poder de execução seria tão ou mais grave do que lhe conferir o poder para criar a lei²⁷.

5. CRÍTICA À ELIMINAÇÃO DA NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE UM PROCESSO DE EXECUÇÃO AUTÔNOMO PARA REALIZAÇÃO FORÇADA DO DIREITO

São abundantes os trabalhos que se insurgem contra essa modificação. Argumentou-se, por exemplo, que não se mudava a natureza das coisas por simples alteração legislativa, de modo que execução continuava sendo execução, ainda que topicamente localizada no “Livro do Processo de Conhecimento do CPC”, porque continuavam a existir, no processo de conhecimento, as características inatas da execução, como a de possuir atividade jurisdicional, ter natureza jurídica de ação e de ação de execução

²⁷ - Cf. “Ensaio sobre o Cumprimento das Sentenças Condenatórias”, Revista de Processo, ano 29, nº 113, janeiro-fevereiro de 2004, RT, pp. 22-76, mais precisamente pp. 25-31. Essa acanhada visão da atuação do juiz refletia o insopitável desejo dos liberais de considerar o Poder Judiciário como um *poder nulo*, ou *invisível*, como o referiu Montesquieu na obra clássica “O Espírito das Leis”, cf. Livro Décimo Primeiro – “Das leis que Formam a Liberdade Política em sua Relação com a Constituição”, Coleção “Os Pensadores”, vol. XXVI, sem identificação do tradutor, mas com autorização da tradução adotada pela Difusão Européia do Livro, São Paulo, edição da obra consultada de 1973, p. 157. Luiz Guilherme Marinoni, refere-se, em nota de pé de página, à obra de Giovanni Tarello, *Storia della Cultura Giuridica Moderna – assolutismo e codificazione del diritto*, p. 287. O trabalho consultado se encontra em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigops.asp?codigo=177>, com acesso em 09 de maio de 2006, pp. 01-17, mais precisamente no trecho referido à p. 07.

(pretensão executória) ser exercitável por meio de *processo de execução*, ainda que não autônomo, mas como continuação da ação de conhecimento.

Considerava-se que havia em cúmulo objetivo superveniente de ações (ação de conhecimento, ação de liquidação de sentença e ação de execução)²⁸.

Penso, porém e com todo o respeito, que tais conclusões não refletem o espírito mesmo da reforma, como me esforçarei por demonstrar. Estou seguro de que o acatamento de críticas com esse jaez provoca profunda desfiguração dos objetivos pretendidos pelo legislador e, ainda que esteja ciente de que não basta a *mens legislatoris*, pois a lei ganha completa independência a partir de sua edição, de modo que, ainda que o legislador houvesse pretendido transformar o processo de conhecimento para nele incluir a execução, sem que se encontrassem elementos que demonstrassem essa transformação, estar-se-ia apenas diante de uma intenção do legislador, não atingida²⁹, estou convencido de que as modificações introduzidas operaram profunda modificação na estrutura do processo de conhecimento, em razão do esgotamento do conceito da sentença condenatória, criando uma nova realidade.

Quando se rejeitam essas mudanças, interpretando-as a partir dos modelos anteriores, não se identifica o espírito mesmo da norma nem se busca fazê-la alcançar os fins sociais a que se destina, no caso, a agilização da prestação jurisdicional. Em consequência, incide-se no engano – já apontado por LUIZ GUILHERME MARINONI – de querer-se manter a classificação tradicional, por sucumbir-se à tentação de torná-la eterna, cometendo-se o grave equívoco de imaginar-se que a realidade é imutável. Na verdade, como acentua aquele autor, não são as novas realidades

²⁸ - Cf. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, na obra de ambos "Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante", Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 9ª ed., atualizada até 1º de março de 2006, p. 639.

²⁹ - Cf. Gustav Radbruch, "Filosofia do Direito", tradução e prefácios do Prof. Luís Cabral de Moncada, Armênio Amado, Editor, Sucessor – Coimbra, 1979, 6ª edição revista e acrescida dos últimos pensamentos do autor, p. 239.

que têm que ser encaixadas nas classificações antigas. Ao contrário, para que possam ser explicadas, essas novas realidades devem gerar novos conceitos e classificações³⁰. As modificações operadas no CPC pela Lei nº 11.232/2005 criaram uma nova modalidade de sentença condenatória, sublevando ou transformando o papel que ela representava na classificação tradicional, com base na pretensão de servir de pressuposto ao processo de execução ou, mais precisamente, de apenas servir como ato preparatório para a execução porque ela não se bastava. Naquela classificação, diferentemente da sentença declaratória e da constitutiva, a sentença condenatória reclamava algo mais: o processo de execução. Desse modo ela era só a causa, não o efeito. Revelava-se, tão-somente, como sentença que tinha eficácia de título executivo³¹.

Na verdade – como demonstrou CASSIO SCARPINELLA BUENO – desde a Lei nº 8.952/94, criou-se um novo tipo de sentença condenatória, com acentuada carga de eficácia mandamental ou executiva, como já havia passado a estabelecer o art. 461 do CPC, pois o cumprimento da tutela mandamental e executiva não se dá em processo de execução, ou seja, não reclama a instauração de outro processo para que se realize³².

³⁰ - Para o que busca amparo em Genaro R. Carrió, na obra *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973, p. 72, no trabalho “As novas Sentenças e os novos Poderes do Juiz para a Prestação da Tutela Jurisdicional Efetiva”, disponibilizado na Internet: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos.asp?codigo=177. Acesso em 9 de maio de 2006, p. 04.

³¹ - Como o refere Enrico Tullio Liebman, “Processo de Execução”, edição com notas de atualização ao CPC de 1973 do Professor Joaquim Munhoz de Mello, p. 20.

³² - Cf. “Ensaio sobre o Cumprimento das Sentenças Condenatórias”, trabalho publicado na Revista de processo, ano 29, nº 113, janeiro-fevereiro de 2004, pp. 22-75, mais precisamente p. 31.

6. POSSÍVEIS CONTROVÉRSIAS SOBRE A NOVA LEI

A nova disciplina processual provoca o surgimento de muitas controvérsias, sobretudo porque estas se revelam como a matéria-prima do processo, a tal ponto que se tornou lugar-comum a observação de ELIO FAZZALARI de que o processo não passa de um procedimento com contraditório³³. Imagino, mesmo, que tais modificações, ao introduzirem profundas transformações na técnica processual clássica, nem sempre afinadas com os antigos cânones, provoquem a antipatia dos nossos melhores processualistas que com elas não concordam, de modo a elas se referirem como “modismos incapazes de empolgar quem não seja amante incondicional de novidades”³⁴. Identifico, além disso, o esforço feito por outros processualistas no sentido de identificar os novos dispositivos legais, ainda que com os olhos postos na sistemática processual anterior.

Creio, porém, que qualquer exegese dos novos dispositivos que se faça desamparada do novo espírito com que a nova legislação foi criada incidirá no equívoco de interpretação já apontada nas escrituras sagradas: buscar-se a letra fria da lei, antes que ao espírito, esquecido de que, como ali se adverte que “a letra mata e o espírito salva”. Penso, pois, fazendo coro à advertência de LUIZ GUILHERME MARINONI de que não se deve proceder a nenhuma interpretação do novel dispositivo processual com os olhos postos nos modelos tradicionais. Ainda que não se deva proscrevê-los, porque constituem a estrutura mesmo do sistema processual, devem-se empreender esforços para ajustá-los à nova realidade

³³ - O autor afirma, categórico: *Il “processo” è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare le loro attività. Cf. Istituzioni di Diritto Processuale, 1966 ottava edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, p. 82.*

³⁴ - Como observou José Carlos Barbosa Moreira em conferência que pronunciou a respeito, e aqui tantas vezes citada. Cf. “A Nova Definição de Sentença” (Lei nº 11.232), ob. cit., p. 81.

e, quando isso se tornar impossível, deve-se construir novos conceitos e novas classificações que melhor se ajustem às novas realidades.

Embora reconheça a existência de muitas e várias discussões a respeito das modificações introduzidas pela ainda nova lei, identifico duas controvérsias, como as mais importantes a respeito do tema:

1ª - A que se formou em respeito à mudança do conceito de sentença e os efeitos que produz em respeito à recorribilidade;

2ª - A que diz respeito à afirmação de que a trasladação das técnicas próprias de outros processos para o processo de conhecimento, não lhes modificou a natureza, pelo que servem de garantia da manutenção da autonomia dos processos de onde provieram.

6.1. CONTROVÉRSIA EM RESPEITO À MODIFICAÇÃO DO CONCEITO DE SENTENÇA E DOS EFEITOS EM RESPEITO À RECORRIBILIDADE

A mera redação do dispositivo já mereceu as justas e apontadas críticas de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA e provocou a correção de ADA PELLEGRINI GRINOVER, de modo que se deve ler, corretamente: *ato do juiz que implica (isto é, configura), algumas das situações (isto é, hipóteses) previstas nos arts. 267 e 269 desta lei*³⁵. A simples modificação do conceito de sentença, porém – ainda que com os defeitos apontados – revela a exata extensão da controvérsia, como já identificada na própria palestra do eminente professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, e que pode assim ser resumida:

Como sentença, agora, não é mais a decisão que extingue o processo com ou sem exame do mérito, mas o ato do juiz que julga, o que, de acordo com a melhor doutrina, significa apreciar o mérito, tem-se que toda vez que uma decisão do juiz julgar o mé-

³⁵ - As correções na redação do dispositivo – que ostentam incorreções técnicas já apontadas por José Carlos Barbosa Moreira, como já explicado no texto, são de Ada Pellegrini Grinover. Cf. “Cumprimento da Sentença”, ob. cit., p. 21 e essa mesma redação defeituosa.

rito ter-se-á proferido uma sentença. Segue-se daí que, como o recurso cabível da sentença é a apelação, na forma do art. 513 do CPC, ainda que se tenha, em face das modificações introduzidas, como mera decisão no curso do processo a que decidiu ou resolveu (na nova redação) o mérito, o recurso cabível será a apelação, e não mais o agravo de instrumento, ainda que a Lei nº 11.232/05 estabeleça o cabimento deste último recurso³⁶.

Deve-se, pois, considerar que, em face do novo conceito de sentença – agora, já formado a partir do conteúdo, que remete ao entendimento de que será sentença o ato do juiz que julgar o mérito (conteúdo), e não mais o que extinguir o processo (efeitos) – não se pode considerar correta a disciplina introduzida pela reforma que, nos artigos 475-H (*Da decisão, na liquidação, caberá agravo de instrumento*) e 475-M, § 3º (*A decisão que resolver a impugnação [que substitui os Embargos do Devedor] é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar a extinção da execução, caso em que caberá apelação*), o recurso cabível será o de apelação porque, em tais casos, ter-se-á julgado o mérito.

Creio, pois, que, nesses termos, pode-se sumarizar-se a primeira controvérsia. Penso, porém, que tal interpretação não se compadece com a disciplina legal. Como se sabe, a modificação do conceito de sentença adotado anteriormente no art. 162, § 1º, implicou profunda transformação na sistemática do recurso. Essa conceituação havia sido adotada com um propósito: o de abrandar a quantidade de recursos e das discussões que surgiam na disciplina do CPC anterior, onde se fazia distinção entre sentenças terminativas e sentenças definitivas, para admitir-se apelação somente destas últimas.

Assim, ainda que com agressão à boa técnica, o legislador do CPC de 1973 preferiu optar por um conceito topológico, fundado nos efeitos da sentença, do que num conceito técnico, fundado na

³⁶ - Nesse sentido a observação de J. C. Barbosa Moreira quando observou que não se deve aceitar o agravo de instrumento como o recurso cabível em tais circunstâncias: “Semelhante entendimento deve ser repellido, por incompatível com a definição (mesmo imperfeita) da sentença”.

natureza mesma do ato³⁷. Em conseqüência, sistematizaram-se os recursos, por estabelecer-se que: da sentença (na forma anteriormente definida), cabia apelação, na forma do art. 513 e das decisões interlocutórias (assim entendidas as que resolviam questão incidente, sem pôr fim ao processo) cabia agravo de instrumento, na forma do art. 522 do CPC.

Penso que a modificação do conceito de sentença, operada através da Lei nº 11.232/05, não pode ser estendida para o sistema recursal. Trata-se de medida topológica, destinada a produzir efeitos apenas e tão-somente em respeito ao procedimento ordinário do processo de conhecimento, naquilo que se tornou o objeto da reforma: agilização da entrega da prestação jurisdicional de modo a tornar possível a satisfação do direito certificado no mesmo processo onde isso se dera. Tanto é assim, que não se operou nenhuma modificação específica em respeito à sistemática recursal. Os mencionados art. 513 e 522 do CPC permanecem com a mesma redação.

Creio, porém, que para eliminar essa discussão, talvez seja conveniente esclarecer que a sistemática recursal anteriormente traçada continua em vigor, o que poderia ocorrer – em face da reforma processual em andamento – com o simples acréscimo de um parágrafo único ao art. 513, no sentido de esclarecer-se que, para o efeito (ou para os fins) do disposto no *caput*, entender-se-ia por sentença a decisão que pusesse fim ao processo. Assim: *Parágrafo único – Entende-se por sentença, para os fins (ou para o efeito) do caput, o ato do juiz que põe fim ao processo.*

Penso que essa é a única interpretação que se ajusta ao espírito das mudanças e busco arrimo na interpretação feita por LEONARDO GRECO:

³⁷ - Fazem referência a essa intenção do legislador, entre outros, E. D. Moniz de Aragão, “Comentários ao CPC” – vol. II, arts. 154 a 269 – Ed. Forense, Rio de Janeiro, p. 52 e Cândido Rangel Dinamarco, “Instituições de Direito Processual Civil”, vol. III, Ed. Malheiros, São Paulo, 2004, 4ª ed. revista, atualizada e com remissão ao Código Civil de 2002, p. 654.

“5. O Agravo de Instrumento.

No artigo 475-H e no § 3º do art. 475-M, a Lei 11.232/05 prevê o agravo de instrumento, em substituição à apelação, contra decisão de liquidação e contra a decisão que resolver a impugnação do devedor, salvo se importar em extinção do processo. *A alteração é coerente com o novo sistema, pois nem a liquidação, nem a impugnação do devedor continuarão a constituir processos autônomos, mas meros incidentes do processo único cognitivo-executivo (os grifos são meus) e, assim, as decisões que as resolverem terão natureza interlocutória, sujeitas a agravo, mas a agravo de instrumento (esses dois últimos grifos são do original), deixando claro que ele não pode adotar a forma retida e que a esse agravo não se aplica a exigência para o processamento autônomo e imediato a que se refere o art. 522, com a redação da Lei 11.187/05, qual seja, que a decisão seja suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação”³⁸.*

6.2. A AFIRMAÇÃO DE TRASLADAÇÃO DAS TÉCNICAS PRÓPRIAS DE OUTROS PROCESSOS PARA O PROCESSO DE CONHECIMENTO NÃO LHE MODIFICOU A NATUREZA, PELO QUE SERVEM DE GARANTIA DA MANUTENÇÃO DA AUTONOMIA DOS PROCESSOS DE ONDE PROVIERAM.

Discordo da afirmação de que a nova lei apenas mudou topicamente o processo de execução para dentro do processo de conhecimento, de modo a estabelecer, num mesmo processo, ações conjuntas: de conhecimento, de liquidação e de execução, que se processam *sine intervallo*, num mesmo e único procedimento, muito embora – segundo afirmem – continuem a existir as três ações distintas³⁹.

³⁸ - Cf. “Primeiros Comentários sobre a Reforma da Execução Oriunda da Lei 11.232/05”. Revista Dialética de Direito Processual, nº 36, pp. 70-86, mais precisamente p. 73.

³⁹ - Cf. NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, “Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante”, ob. cit., p. 640.

Entendo que não há de se cogitar da existência de três ações: a) de conhecimento; b) de liquidação; e c) de execução. Na forma das modificações introduzidas no CPC haverá – apenas e tão-somente – uma ação de conhecimento que contempla uma pretensão de certificação do direito, acrescida de uma eventual pretensão de liquidação e de cumprimento da sentença, realizada esta, em algumas situações – máxime em respeito ao pagamento da coisa certa, com técnicas de execução, mas não somente elas. Acrescentou-se, já agora, para o cumprimento da sentença destinada ao pagamento de quantia certa – que correspondia à execução anteriormente realizada por um processo autônomo – técnica própria da sentença mandamental, ao estabelecer, no art. 475-J, que “Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento...”.

Não me parece – com todo o respeito às opiniões contrárias – que o simples fato de haver-se acrescentado à antiga e única pretensão da ação de conhecimento: obter-se a certificação do direito, quando se reduz esse processo à prolação da sentença, para afirmar-se que se tratava de um *processo de sentença*⁴⁰, duas outras pretensões, no mesmo e único processo de conhecimento, tenha-se cumulado três ações diversas num único processo. Antes, penso que se tem, agora, um processo com três pretensões: a certificação do direito, a apuração do valor a ser exigido e o efetivo cumprimento do que se decidir a respeito.

É preciso não se perder de vista que, como se sabe, a pretensão – segundo o magistério de FRANCESCO CARNELLUTTI – *es un acto no un poder; algo que alguien hace, no que alguien tiene; una manifestación, no uma superioridad de la voluntad*⁴¹. Importa observar que, entre nós, ANDRÉ FONTES conseguiu de-

⁴⁰ - Como o afirmava, em obra clássica, José Frederico Marques. Cf. “Manual de Direito Processual Civil”, 2º vol. – Processo de Conhecimento, 1ª parte, Ed. Saraiva, São Paulo, 1987, 9ª edição, atualizada, p. 05.

⁴¹ - Como se encontra expresso na versão ao castelhano da obra “Instituciones del Proceso Civil”, realizada por Santiago Sentis Melendo, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1989, p. 31.

monstrar que ela é uma entidade autônoma que não pode nem ser reduzida a um direito subjetivo, direito potestativo, interesse legítimo, poder jurídico ou mera faculdade, próprios do pólo ativo da relação jurídica, muito menos ao dever jurídico, à sujeição e ao ônus, próprios do pólo passivo⁴².

Penso que identificar na existência de uma pretensão, necessariamente a de uma ação autônoma, significa repetir a doutrina de JAIME GUASP, de que somente pode existir direito de ação se houver uma pretensão processual, tomada esta como um conceito definidor da função processual, pois, como escreveu: *satisfacción de pretensiones, una construcción jurídica destinada a remediar, en derecho, el problema planteado por la reclamación de una persona frente a otra*⁴³. Filio-me à doutrina de VICTOR FAIRÉN GUILLÉN, que vê a ação como o direito abstrato *de ejercitar la actividad jurisdiccional del Estado*, em razão do que se procura explicar a relação entre pretensão e ação a partir do processo lógico da atividade dos Tribunais.

Evidente que a pretensão e a ação são elementos levados em consideração pela Constituição para que atuem de um modo especial, ou seja, jurisdicionalmente. Como esclarece esse autor, a relação existente entre tais noções, porém, é inversa: *La pretensión pasa así a ser una consecuencia lógica de la acción; explica sua justificación preliminar*, de modo que esses conceitos – ação e pretensão – que podem estar ligados de modo cronológico, possam ser diferenciados de modo lógico, ou, como sustenta esse autor: *Primero es la acción; luego la pretensión*⁴⁴.

⁴² - Cf. “A Pretensão (como situação jurídica subjetiva)”, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2002, pp. 66-67.

⁴³ - Cf. Jaime Guasp, “La Pretensión Procesal”, artigo originariamente publicado na Revista de Derecho Procesal, vol. I, año IX, nºs 1 y 2, Buenos Aires, 1951 e reproduzido na obra “A Pretensión y Demanda”, compilada por Juan Morales Godo, Centro Iberoamericano de Estudios Jurídicos y Sociales, Pa-lestra Editores, Lima, 2000, pp. 297-363, o escólio transcrito se encontra à p. 320.

⁴⁴ - Cf. “Acción”, artigo originariamente publicado na *Revista de Derecho Procesal*, año VIII, número 1, primer trimestre de 1950 e anteriormente citada, pp. 169-216. A transcrição se refere à p. 187.

Em consequência, pode-se enfrentar a questão – que encimou o título do artigo – de saber-se se a modificação introduzida pela Lei nº 11.232/05 provocou o sepultamento – ou o réquiem – do processo de execução. E a resposta para ela já havia sido dada por MISAEL MONTENEGRO FILHO, importante processualista pernambucano da nova geração, ao reconhecer que: “A ação de execução, como verdadeiro processo judicial, fica reservada para as hipóteses que envolvem os títulos executivos extrajudiciais, a obrigação de pagar alimentos e a execução proposta contra a Fazenda Pública, resolvendo-se o cumprimento dos títulos judiciais através de atos instrumentais, posteriores à sentença, sem a formação de nova relação jurídico-processual”⁴⁵.

Ou seja, a modificação da Lei nº 11.232/05 não significou – nem poderia significar, sem indicar uma substituição à altura – a simples e pura extinção do processo de execução – a ponto de poder-se comparar ao sepultamento, ou, como o refere o título do dispositivo: *réquiem* – ou oração fúnebre – ao processo de execução, que, portanto, encontrar-se-ia moribundo. Apenas se eliminou, em nome de um esforço para agilizar-se a prestação jurisdicional, que, modernamente, somente se considera completa quando se opera uma prestação jurisdicional efetiva, o que inclui a satisfação do direito que se reconheceu⁴⁶.

⁴⁵ - Cf. “Cumprimento da Sentença e Outras Reformas processuais”, Ed. Atlas, São Paulo, 2006, p. 10.

⁴⁶ - Ou, como afirma, de modo didático, Javier Pérez Royo: *El derecho a la tutela judicial efectiva*, reconocido a todas las personas y, por tanto, también a los extranjeros, comprende *tres derechos*: el libre *acceso* a los jueces y tribunales, el derecho a obtener un *fallo* y el derecho a la *ejecución* del mismo (STC 26/1983. Os grifos são do original). Cf. “Curso de Derecho Constitucional”, Marcial Pons, 1998, 5ª ed., p. 311. Esse entendimento repete o de J. A. Gonzalez Casanova, ao esclarecer em que consiste o direito à jurisdição na Espanha, correspondente ao nosso direito de ação: *Este derecho puede esquemáticamente subdividirse en: a) libre acceso a los jueces y tribunales; b) protección procesal de los derechos humanos fundamentales; y c) garantías reales y de ejecución de las resoluciones judiciales*. Cf. “Teoría del estado y Derecho Constitucional”, Editorial Vicens-Vives, Barcelona, 1989, 3ª ed. Revista, p. 296.

7. CONCLUSÕES

Ao cabo da exposição que já vai se tornando longa, pode-se concluir:

a) As modificações introduzidas pela Lei nº 11.232/05 não provocaram uma extinção – pura e simples – do processo de execução. Apenas se extinguiu a obrigatoriedade da propositura de um processo de execução autônomo – *ex intervallo* – exclusivamente para cumprir-se a condenação de pagamento de quantia determinada na sentença, pois a satisfação de tal direito, agora, realiza-se numa fase própria de cumprimento da sentença, no mesmo processo de conhecimento, ainda que essa fase compreenda duas hipóteses: procedimento do cumprimento da sentença propriamente dito, previsto para a efetivação das sentenças condenatórias mandamentais a que se refere os arts. 461 e 461-A e procedimento de execução da sentença, estabelecido para a efetivação das sentenças condenatórias *lato sensu*, que obedecem aos arts. 476, I e seguintes, da Lei nº 11.232/2005.

b) O processo de execução autônomo continua a existir no que respeita aos títulos executivos extrajudiciais, à obrigação de pagar alimentos e à execução proposta contra a Fazenda Pública, resolvendo-se o cumprimento dos títulos judiciais através de atos instrumentais, posteriores à sentença, sem a formação de nova relação jurídico-processual.

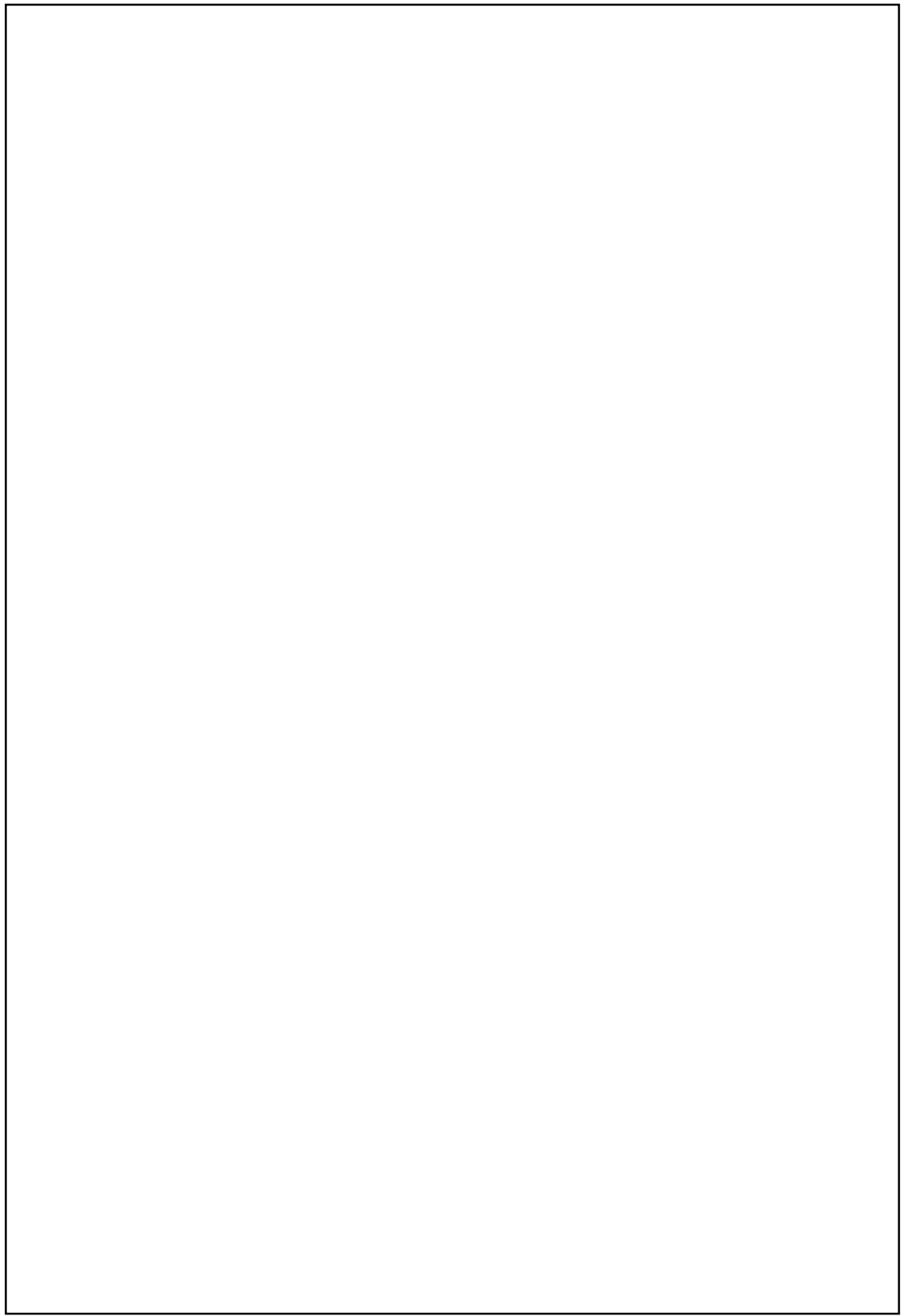
c) A fase do cumprimento da sentença, introduzida no procedimento ordinário do processo de conhecimento, não significa que apenas se reuniram – num mesmo processo e procedimento – processos diferentes, que mantêm a mesma autonomia e natureza.

d) Ainda que o processo de conhecimento, nessa fase do cumprimento da sentença dos processos respectivos, valha-se das técnicas próprias da liquidação ou da execução da sentença, não significa que continuam com a mesma natureza que tinham nos processos originários de onde foram importadas. Pelo contrário, ainda que não se negue a natureza de liquidação – apuração do valor devido – ou executiva dessas técnicas, elas devem ser vis-

tas sob o ângulo do processo e pretensão *cognitivo/executiva* que buscam instrumentalizar.

e) A verdadeira hermenêutica das novas regras deve ser buscada sempre no sentido de atender aos fins sociais a que elas se destinam: agilizar a prestação jurisdicional mercê do amalgamento, ou do sincretismo, do processo de conhecimento com o processo de execução e às exigências do bem comum, para a prestação da tutela jurisdicional ou da justiça, de modo mais rápido, como, aliás, resta previsto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/41).

DECISÃO



SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 3.668-CE

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - PRESIDÊNCIA
Requerente: COELCE - COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ
Requerido: JUÍZO DA 4ª VARA FEDERAL DO CEARÁ (FORTALEZA)
Parte Autora: ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS
Parte Ré: COELCE - COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ
Advs./Procs.: DRS. ANTÔNIO CLETO GOMES E OUTROS (REQ-TE.) E JOSÉ NUNES COELHO (PARTE A.)

DECISÃO

Vistos, etc.

A COELCE – Companhia Energética do Ceará, com fundamento no art. 4º da Lei nº 8.437/92, combinado com a Lei nº 9.494/97, requer a suspensão da execução de liminar deferida nos autos da Ação Ordinária movida pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT em face da Cooperativa Energética do Ceará – COOPECE, processo nº 2005.81.00.020334-2, pelo MM. Juiz da 4ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

A requerente sustentou, em defesa de sua pretensão, que a ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ajuizou ação ordinária, sob o argumento de que é detentora do monopólio postal instituído pela Lei nº 6.538/78 e que as faturas de energia devem ser consideradas como cartas, não podendo se utilizar a requerente de empresa particular para efetuar o serviço de entrega das aludidas contas. Defendeu que a decisão do MM. Juiz da 4ª Vara da Seção Judiciária do Ceará deve ser suspensa por causar grave lesão à ordem e à economia públicas. Aduziu que pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal a ADPF nº46, intentada pela ABRAED, o que deveria ensejar a suspensão da decisão vergastada até o julgamento final da argüição. Argumentou que “poderá haver um enorme caos em relação ao envio das milhares de faturas que precisam ser entregues em todo o Estado do Ceará e inclusive em lugares onde a ECT não atua de forma eficiente (...), milhares de contas de energia deixarão de ser entregues até que

seja contratada uma nova empresa para fazer este serviço e tal atraso poderá resultar em inúmeros problemas à concessionária e aos próprios usuários, com a chegada das faturas fora do prazo de vencimento ou mesmo a não entrega das contas”. Alegou que o contrato celebrado pela requerente com a COOPECE importa em mais de quinze milhões de reais. Invoca o art. 86 da Resolução nº 456/2000 da ANEEL. Asseverou ser “sem sentido e anti-econômico que uma empresa fizesse a leitura do medidor e logo em seguida viesse um carteiro da ECT simplesmente para entregar a fatura”. Saliou, demais disso, que “todos os custos dos serviços, de forma direta ou indireta, são repassados aos usuários de energia elétrica, motivo pelo qual há um acréscimo injustificado dos custos de entrega das faturas”. Ressaltou a ocorrência do risco inverso. Argumentou, outrossim, que “centenas de postos de trabalho de cooperados que trabalham na entrega de faturas de energia serão perdidos repetidamente em função da medida liminar aqui atacada”. Ao final, requereu a suspensão da execução da liminar deferida nos autos da Ação Ordinária nº 2005.81.00.020334-2.

Vieram os autos conclusos.

É a síntese.

Inicialmente, é de se analisar a competência desta Presidência para apreciar a postulação ora deduzida.

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

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

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença

proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

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

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

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

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

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

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

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

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

Preconiza, outrossim, o art. 1º da Lei nº 9.494/97, a qual trata da tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do CPC (com

negritos acrescidos):

“Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.”

É de se ver, portanto, que a concessão de suspensão de liminar, nos moldes da lei de regência, apenas é admitida para impedir grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, cabendo ao ente público postulante a demonstração inequívoca de uma dessas situações. Destarte, trata-se de medida excepcional, de procedimento sumário e de cognição incompleta, justificada pela seriedade das conseqüências derivadas, no âmbito da qual não se efetua exame de mérito em relação à lide originária, mas apenas uma aferição da plausibilidade das razões deduzidas pelo requerente, associada à verificação da possibilidade lesiva das esferas significativas enumeradas na norma jurídica legal (ordem pública, saúde pública, segurança pública e economia pública). Em síntese, deve-se lançar olhos ao perfazimento dos pressupostos específicos – *o fumus boni juris* e *o periculum in mora* –, particularizados esses requisitos, ainda mais, no instrumento, pela delimitação do universo a ser considerado diante da ameaça de mácula expressiva a ser obstada. “Essa orientação, contudo, não deixa de admitir um exercício mínimo de deliberação do mérito, sobretudo por ser medida de contracautela, vinculada aos pressupostos de plausibilidade jurídica e do perigo da demora, que devem estar presentes para a concessão das liminares” (trecho do voto do Ministro Edson Vidigal, no AgRg na Suspensão de Liminar nº 57/DF).

Penso que a decisão judicial que determinou a interrupção da entrega de contas/faturas por empresa contratada pela COELCE **não** tem potência para ocasionar grave lesão à ordem e à economia públicas.

A ausência da fumaça do bom direito se revela a partir das seguintes razões, em exame de cognição precária.

O serviço postal, desde o período colonial, incumbia ao Estado. Sem pretender fazer um retrospecto centenário, recordaria que desde a 1ª República, a atividade de correios e telégrafos era estatal, para este fim existindo desde a década de trinta, do século XX, o Departamento dos Correios e Telégrafos inserido na estrutura do Ministério de Viação e Obras Públicas (Decretos com força de lei nºs 20.859, de 26/12/1931; e, 21.380, de 10/10/1932)¹. A Constituição de 1946 foi expressa acerca do monopólio postal da União (art. 5º, XI), justificando-o Eduardo Espíndola, nos seguintes termos:

“O serviço de correios e telégrafos e assim igualmente o de radiocomunicação são atribuídos à União. Em todas as federações a administração dos correios, vias postais, comunicações telegráficas etc., como serviços que se estendem a todo território nacional e transpõem as fronteiras, pertencem à União, determinando, até pela importância de sua influência nas relações internacionais, acordos e convenções como a União Postal Universal e a União Postal das Américas e Espanha.”²

A tradicional competência exclusiva da União se manteve tanto na Constituição de 1967, quanto na EC nº 01/69 (art. 8º, XII), também, aí, tratando a Constituição da atividade de telecomunicações, separadamente da atividade postal. Sobre esta última, bem lecionava Pontes de Miranda, *litteris*:

“É de competência da União, e somente dela, manter o serviço postal e o correio aéreo nacional. A Constituição de 1891, art. 34, 15, aludia a ‘legislar sobre o correio e telégrafos nacionais’. A Constituição de 1934, art. 5º, VII, falou de ‘manter o serviço de correios’. Assim a Constituição de 1937, art. 15, VI.

¹ Cavalcanti, Themistocles Brandão. *Instituição de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1936. p. 685.

² Espíndola, Eduardo. *A Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. p. 171.

Correio significa, no texto, posta, serviço de transporte de cartas encomendas postais, entendendo-se por encomendas postais as que se equiparam às cartas. (...) O cerne do conceito está nas cartas missivas: cartas, escritos, mensagens fechadas, instituem serviço postal, e tem esse de pertencer à União³.”

Na vigência dessa Constituição houve a extinção do DCT (órgão público) e a criação pelo Decreto-Lei nº 509, de 20/03/69, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, com um regramento jurídico diferenciado das demais empresas públicas, por explorar um monopólio da União.

A Constituição de 1988, em seu art. 21, manteve essa atividade como monopólio da União, não prevendo, como o fez em relação às atividades de telecomunicação, nem mesmo a concessão para particulares.

Reproduzo, aqui, por pertinente, excerto do voto vista do MD. Ministro Nelson Jobim, quando do julgamento pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº 220.906-9 DF, *ipsis verbis*:

“(...) Incluir, ou não, determinada atividade no campo de serviço público, é uma opção política, que se realiza na história.

Em alguns casos, por ideologia.

Em outros, por conveniência econômica ou operacional.

Em todos os casos, decorre da extensão dada, em determinado momento da história de uma sociedade, ao conceito dos ‘fins do Estado’ e da forma de os realizar.

Tudo dependerá das respostas que forem dadas às três questões de JOSEPH E. STIGLITZ:

‘ - O que o Estado deve financiar?’

³ Pontes de Miranda, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1967, c/a Emenda nº 1, de 1969*. Tomo II. São Paulo: RT, 2ª ed., 1973. p. 36.

- O que o Estado deve produzir?
- O que não deve o Estado nem financiar, nem produzir, e deve limitar-se a regular?' (*in* Princípios de Direito Administrativo, p. 82, RT, 5ª ed.)

É preciso CIRNE LIMA:

'A definição do que seja, ou não, serviço público pode, entre nós, em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal e, quando não explícita, há de ter-se como suposta no texto daquela. A lei ordinária que definir o que seja, ou não, serviço público, terá de ser contrastada com a definição, expressa ou suposta pela Constituição'. (*in* Pareceres de Direito Público, p. 122, Sulina, 1963)

No caso em exame, o sistema constitucional brasileiro de 1967, 1969 e 1988, como já vinha de antes, tem, expressamente, o serviço postal como da competência da União.

É por decisão constitucional, um serviço que integra os 'fins do Estado'.

É por isso e por opção positivada na norma constitucional, um serviço público.

E, como tal, não consiste, por força da opção constitucional, em 'exploração de atividade econômica' do setor privado, pressuposto para a incidência da regra constitucional de equiparação.

É o caso da ECT.

No debate da sessão do dia 10 de dezembro de 1998, VELLOSO, na linha do que já afirmara em outro lugar (Seminário sobre o 'Regime jurídico das empresas estatais', realizado em 09/03/1987, pela Associação dos dirigentes em Empresas Públicas, *in* RDP 83, pp. 151/152), insistiu em ver, no caso, empresa pública prestadora de serviço público, que não exerce atividade econômica.

Em sendo assim, não se aplicava à ECT o disposto no § 2º do art. 163 da CF de 1967.

O art. 12 do DL 509/69 era constitucional.

Foi ele recebido pela EC 1/69.

O § 3º do art. 170 reproduziu a regra de 1967.

O mesmo se passa com a Constituição de 1988, quer na versão original do art. 173, quer com a redação dada pela EC 19/98.

Os privilégios concedidos à ECT eram e continuam sendo conforme os textos constitucionais de 1967, 1969, 1988 e 1998.

Resta uma objeção.

Refiro-me ao argumento de MARCO AURÉLIO, sobre ser o 'envolvimento de bens públicos' a razão de adoção do sistema de precatórios (CF, art. 100).

Volto a RUY CIRNE LIMA.

O Professor, quanto à relação de bens e administração pública, faz, com base no Código Civil, a distinção entre:

- a) 'bens de domínio público' (CC, art. 66, I);
- b) 'bens do patrimônio administrativo' (CC, art. 66, II); e
- c) 'bens do patrimônio fiscal' (CC, art. 66, III).

CIRNE LIMA chama de 'bens do patrimônio administrativo, aos bens patrimoniais indisponíveis, os quais, somente por estarem aplicados a serviço ou estabelecimento administrativo, é que se tornam, indisponíveis'.

Denomina de 'bens do patrimônio fiscal, aos bens patrimoniais disponíveis, os quais, também, somente por estarem destinados a serem vendidos, permutados ou explorados economicamente ..., é que são declarados disponíveis' (ob. cit. p. 74).

Os bens da ECT participam da atividade administrativa da União.

São aplicados aos seus serviços postais.

A impenhorabilidade dos bens que integram o patrimônio administrativo 'funda-se ...', no dizer ainda de CIRNE LIMA, 'em que o conceito moderno de Estado não comporta que o interesse patrimonial de um cidadão determine a apreensão e a alienação de bens aplicados ao proveito comum da coletividade' (Ob. Cit. , p. 80).

No mesmo sentido, GERALDO ATALIBA:

‘... a indisponibilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade dos bens públicos são formas de proteção aos fins a que eles servem. E alcançam as pessoas administrativas, inclusive sob a forma de empresa’ (Patrimônio Administrativo – Empresas estatais delegadas de serviço público – Regime de seus bens – Execução de sua dívidas, *in* RTDP 7/21)

A afetação desses bens ao serviço público é a pedra de toque da questão.

Resta o problema da execução da ECT.

MOREIRA ALVES, no debate, dá a solução.

Deve-se dar uma interpretação conforme ao art. 100 da CF, para submeter as execuções contra ECT ao regime de precatório.

A solução é esta porque os bens da ECT integram aquilo que CIRNE LIMA denominou de ‘bens do patrimônio administrativo’.”

O Supremo Tribunal Federal, além de reconhecer expressamente a recepção do Decreto nº 509/69 pela Constituição Federal de 1988, registrou que o serviço público prestado pela ECT é de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, em face do disposto no art. 21, X, da Constituição da República, o que fez ainda reconhecer a imunidade tributária da ECT. É o que se colhe do voto do Ministro Carlos Velloso, proferido no RE 354.897/RS⁴ (com grifos nossos):

“[...] Vale repetir o que linhas atrás afirmamos: o serviço público prestado pela ECT – serviço postal – é serviço de prestação obrigatória e exclusiva do Estado: CF, art. 21, X.”

Corroborando tal assertiva, é de se observar os precedentes do STF que se seguem, *ipsis verbis* (com negritos inexistentes no original):

⁴ RE 354.897-2/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 03.09.2004. O mesmo excerto se colhe também do RE 407.099-5/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 22.06.2004, bem como do RE 364.202-2/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 05.10.2004.

“SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
RE 398630 / SP - SÃO PAULO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO
Julgamento: 17/08/2004
Órgão Julgador: Segunda Turma
Publicação: *DJ* 17-09-2004 PP-00083 EMENT VOL-
02164-03 PP-00602 RJADCOAS v. 62, 2005, pp. 22-
27

Parte(s)

RECTE.(S): EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS
E TELÉGRAFOS – ECT. ADV.(A/S): MARIA MARGA-
RIDA GRECCO REGIS E OUTRO (A/S). RECDO.
(A/S): MUNICÍPIO DE ESTRELA D’OESTE. ADV.
(A/S): PAULO AFONSO DE ALMEIDA PENA
EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EM-
PRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRA-
FOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: CF,
ART. 150, VI, A. EMPRESA PÚBLICA QUE EXER-
CE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLI-
CA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DIS-
TINÇÃO.

I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A **Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado**, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: CF, art. 150, VI, A.

II. - RE conhecido em parte e, nessa parte, provido.

Decisão

-A Turma, por votação unânime, conheceu, em parte, do recurso extraordinário e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, 17.08.2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
RE 424227 / SC - SANTA CATARINA
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO

Julgamento: 24/08/2004

Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ 10-09-2004 PP-00067 EMENT VOL-02163-05 PP-00971 RTJ VOL 00192-01 PP-00375

Parte(s)

RECTE.(S): EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. ADV.(A/S): FLÁVIA SCHMIDT E OUTRO(A/S). RECDO.(A/S): MUNICÍPIO DE IMBITUBA. ADV.(A/S): LADJANE BELLINA DE BITTENCOURT

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: CF, ART. 150, VI, A. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO. TAXAS: IMUNIDADE RECÍPROCA: INEXISTÊNCIA.

I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. **A ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado**, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: CF, art. 22, X; CF, art. 150, VI, a. Precedentes do STF: RE 424.227/SC, 407.099/RS, 354.897/RS, 356.122/RS e 398.630/SP, Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma.

II. - A imunidade tributária recíproca – CF, art. 150, VI, a – somente é aplicável a impostos, não alcançando as taxas.

III. - RE conhecido e improvido.

Observação

Votação: unânime. Resultado: conhecido e desprovido.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RE 230161 AgR / CE - CEARÁ

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA

Julgamento: 17/04/2001
Órgão Julgador: Segunda Turma
Publicação: *DJ* DATA-10-08-01 PP-00015 EMENT
VOL-02038-03 PP-00581
EMENTA: Recurso extraordinário. 2. **Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Penhora. 3. Recepção, pela Constituição Federal de 1988, do Decreto-Lei nº 509/69. Extensão à ECT dos privilégios da Fazenda Pública.** 4. Impenhorabilidade dos bens. Execução por meio de precatório. 5. Precedente: RE nº 220.906, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Plenário, sessão de 17.11.2000. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. Observação
Votação: Unânime.
Resultado: Desprovido.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
RE 229961 / MG - MINAS GERAIS
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. MOREIRA ALVES
Julgamento: 12/12/2000
Órgão Julgador: Primeira Turma
Publicação: *DJ* DATA-02-03-2001 PP-00013
EMENT VOL-02021-02 PP-00309
EMENTA: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Execução. Recentemente, ao terminar o julgamento do RE 220.906 que versava a mesma questão, o Plenário desta Corte decidiu que foi recebido pela atual Constituição o Decreto-Lei nº 509/69, que estendeu à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos os privilégios conferidos à Fazenda Pública, dentre os quais o da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, devendo a execução contra ela fazer-se mediante precatório, sob pena de ofensa ao disposto no artigo 100 da Carta Magna. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido. Observação

Votação: unânime.

Resultado: conhecido e provido.

Acórdão citado: RE-220906.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
RE 220906 / DF - DISTRITO FEDERAL
RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA

Julgamento: 16/11/2000

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ DATA-14-11-2002 PP-00015 EMENT
VOL-02091-03 PP-00430

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONS-
TITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE COR-
REIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE
DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEP-
ÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/
69. EXECUÇÃO.OBSERVÂNCIA DO REGIME DE
PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. À Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido. Observação

Votação: por maioria, vencidos os Mins. Ilmar Galvão,

Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.
Resultado: provido.”

Reconhecendo, outrossim, o monopólio postal da União, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
RESP 390728 / GO ;
RECURSO ESPECIAL 2001/0183117-6
Fonte: DJ DATA: 15/12/2003 PG: 00188
Relator: Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS
(1096)
Data da Decisão: 18/11/2003
Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA
Ementa

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA -
**ATIVIDADE POSTAL - SERVIÇO PÚBLICO PRI-
VATIVO DA UNIÃO** - LEI Nº 6.538/78 - TÍTULOS DE
CRÉDITO - CONCEITO - CARTA - **MONOPÓLIO
DA UNIÃO** - ATIPICIDADE - REPARAÇÃO CIVIL -
ART. 1.525 DO CC.

1. Os precedentes do STJ dizem que títulos de crédito estão inseridos no conceito de carta com **distribuição sob monopólio da União**.

2. No juízo criminal, o reconhecimento da incoerência do fato ou da não-autoria elide a reparação civil por ato ilícito. A atipicidade da conduta não afasta a responsabilidade civil (CC/1916, art. 1.525).

3. Recurso improvido.

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, 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 José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator. (Destaques acrescentados)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
AGA 398182 / PA ; AGRAVO REGIMENTAL NO
AGRAVO DE INSTRUMENTO 2001/0093799-7
Fonte: *DJ DATA*: 16/06/2003 PG: 00282
Relator: Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS
(1094)
Data da Decisão 15/05/2003
Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA

Ementa

**ADMINISTRATIVO. SERVIÇO POSTAL. MONOPÓ-
LIO ESTATAL (LEI Nº 6.538/78).** CENTRAIS ELÉ-
TRICAS DO PARÁ S/A – CELPA. PRESTADORA
DE SERVIÇOS À CONCESSIONÁRIA DO SERVI-
ÇO PÚBLICO FEDERAL. ENTREGA DE CONTAS
DE CONSUMO DE LUZ, ÁGUA E GÁS: INCOMPA-
TIBILIDADE COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA.
I - A exceção conferida às concessionárias de servi-
ço público (Dec. nº 83.858/79), na entrega de con-
tas de consumo de Luz, água e gás está em com-
patibilidade com a legislação de regência. Contudo,
em face da legislação, não lhes é outorgada a pos-
sibilidade de contratação de empresas particulares
para a entrega de contas de consumo de luz, água
e gás.

II - Agravo regimental improvido.

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam
os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribu-
nal de Justiça, na conformidade dos votos e das
notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, ne-
gar provimento ao agravo regimental. Votaram com
o Relator os Ministros Eliana Calmon, Franciulli Net-
to e João Otávio de Noronha. Presidiu o julgamento
a Exma. Sra. Ministra Eliana Calmon. (Grifo nosso)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
RESP 192566 / PR ;
RECURSO ESPECIAL 1998/0078068-8
Fonte: *DJ DATA*: 30/08/1999 PG: 00058
Relator: Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110)

Data da Decisão: 14/06/1999

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Ementa

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. **SERVIÇO POSTAL**. EMPRESA PARTICULAR. ENTREGA DOMICILIAR DE CONTA DE ENERGIA ELÉTRICA. **MONOPÓLIO. ECT**. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS N^{OS}. 282 E 356-STF. INCIDÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

I. A ausência de prequestionamento no acórdão da questão federal ventilada no recurso especial impede o seu conhecimento. Aplicação das Súmulas n^{os} 282 e 356 do STF.

II. Divergência jurisprudencial não demonstrada, seja por desservir a tanto aresto paradigma da mesma Corte, seja porquanto faltou o confronto analítico, a par de as decisões paradigmáticas, citadas com falhas e equívocos de identificação, além de transcritas apenas pela ementa, também não traduzirem exata identidade com o caso em julgamento.

III. Recurso especial não conhecido.

Decisão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann e Francisco Peçanha Martins. Custas, como de lei". (Negritos que não constam do original).

Sobreleva transcrever, ademais, excerto da Exposição de Motivos do projeto da Lei Geral do Sistema Nacional de Correios (EMI nº 89/MC/MF/MOG, de 30 de junho de 1999), extraído do *site* do Ministério das Comunicações, no qual se faz relato sobre a história do serviço postal no Brasil, *verbis*:

“(…) A proposta de lei que ora apresentamos a Vossa Excelência, dada a amplitude das inovações nela contidas e a profundidade das transformações nas bases do mercado postal, representa a segunda grande transformação ocorrida na história recente do setor postal brasileiro, três décadas após a grande mudança ocorrida no ano 1969, com a transformação do antigo Departamento de Correios e Telégrafos na atual Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

I. Breve Histórico do Setor no Brasil

1. De 1500 a 1969

Os serviços de correios brasileiros nasceram com o próprio Brasil, no ano de 1500, quando Pero Vaz de Caminha, escrivão da frota de Cabral, relata ao Rei de Portugal, por meio de uma carta de 27 páginas, o descobrimento de uma nova terra.

Apesar do significado histórico daquele acontecimento, eternizado na história brasileira, os primeiros registros dos esforços de organização de um serviço regular de correios em nosso país datam do ano de 1663, ocasião em que foi oficialmente instituído o Serviço Postal no Brasil, com o objetivo de possibilitar a comunicação entre Portugal e o então Brasil Colônia. Mais de um século depois, no ano de 1798, foram criados os Correios Marítimos, que instituíram o serviço regular entre Brasil e Portugal.

Posteriormente, no ano de 1801, são registradas as primeiras preocupações de maior expansão dos serviços para as localidades do interior da Colônia, quando foi criado o serviço de registrados para o interior e estabelecida a fixação de taxas, de acordo com as distâncias.

Com a vinda do Príncipe D. João VI para a Colônia, no ano de 1808, o serviço postal ganha novo impulso de desenvolvimento. Nesse ano foi aprovado o

Regulamento Provisional da Administração Geral dos Correios da Coroa e Província do Rio de Janeiro, que constituiu o primeiro Regulamento Postal do Brasil.

Nos anos seguintes – 1809 a 1820 – ocorre uma grande expansão do serviço postal, período em que a comunicação postal foi estendida a várias províncias. Em 1817 é instituído um correio regular entre São Paulo e o Rio Grande do Sul e, em 1820, um correio regular com Minas Gerais e Mato Grosso.

Se no descobrimento da Colônia os correios já estavam presentes, no nascimento do país os serviços postais também não poderiam se fazer ausentes. Alguns anos depois, precisamente no dia 7 de setembro de 1822, Paulo Bregaro, considerado o primeiro carteiro do Brasil, entrega mensagem a D. Pedro I, às margens do Riacho do Ipiranga, ocasião em que o Príncipe Regente declara a Independência do Brasil em relação ao Reino de Portugal.

Após a Independência, ocorreu nova fase desenvolvimentista dos serviços postais. Em 1829, por determinação de D. Pedro I, foi levada a efeito uma reorganização dos serviços postais, que resultou na criação da Administração dos Correios, cujos serviços passaram a estar presentes também em todas as capitanias das províncias brasileiras.

Em 1831, D. Pedro I abdicou do trono em favor de seu filho D. Pedro II, que teria papel de destaque na promoção do desenvolvimento dos serviços postais, sobretudo pela adoção de novas tarifas e pela introdução do sistema de pagamento antecipado dos portes por intermédio de papel selado.

Em 1º de agosto de 1843, foram emitidos os primeiros selos postais brasileiros, denominados olhos-de-boi, nos valores 30, 60 e 90 réis. Tais selos são considerados a segunda emissão filatélica na histó-

ria postal do mundo, precedida apenas pela do selo Penny Black, lançado pelo serviço postal da Inglaterra.

Após a criação do selo postal, novos melhoramentos foram efetuados e, um ano depois, em 1844, entrou em vigor um novo regulamento postal que fixou taxas distintas para as vias marítimas e terrestres e instituiu o Quadro de Carteiros do Correio da Coroa – para os quais passou a ser obrigatório o uso de uniforme – e o sistema de Distritos Postais, o que possibilitaria a entrega domiciliária de correspondências, seguida, logo no ano de 1845, da instalação das primeiras caixas de coleta do Império, nas vias públicas do Rio de Janeiro.

O ano de 1852 marca a instalação do telégrafo no Brasil, ocasião em que foi realizada a primeira ligação oficial por intermédio do novo meio de comunicação, entre o Quartel-General do Exército, no Rio de Janeiro, e a Quinta da Boa Vista.

A já existente administração dos Correios Terrestres e Marítimos foi vinculada à Secretaria do Estado dos Negócios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, criada no ano de 1861. Em 1865, foi criado o Serviço de Vales Postais, possibilitando a remessa de valores entre as diferentes localidades do país

Em 1877, o Brasil adere ao Tratado relativo à criação da União Geral dos Correios, celebrado em Berna, Suíça, em 1874, a qual, em 1879, veio a se transformar na União Postal Universal, ainda hoje atuante como agência especializada da Organização das Nações Unidas para o setor postal no mundo.

Logo após a proclamação da República, no ano de 1890, a Repartição Postal passa ao Ministério da Instrução Pública, Correios e Telégrafos. Entretanto, em 1893, foi criado o Ministério da Indústria, Via-

ção e Obras Públicas, ao qual ficaram subordinados os Correios e Telégrafos.

O Brasil iniciou o serviço de 'colis-postaux' (encomendas internacionais) em 1900 e, logo no ano seguinte, 1901, é iniciada a emissão de vales postais internacionais, permitindo a remessa e o recebimento de valores para outros países.

Uma nova modalidade de serviço postal-telegráfico foi inaugurada em 1911, a Pneumática. Tal serviço constituiu uma espécie de serviço de mensageria urbana em que correspondências eram colocadas dentro de uma espécie de projétil e, por meio de pressão de ar, lançadas em dutos subterrâneos entre estações do serviço.

O advento da aviação permitiu aos Correios o aprimoramento dos serviços. Em 1921 foi iniciado o transporte de malas postais por via aérea no país e, em 1923, foi transportada a primeira Mala Aérea Internacional.

O uso de máquinas de franquear correspondência iniciou-se em 1924, ano em que também foi introduzido o serviço de 'Expressos Internacionais'.

Em 1927, iniciou-se o transporte de correspondência por via aérea regular entre a América do Sul e a Europa. A título de experiência, em 24 de novembro de 1927, foi recebida, no Rio de Janeiro, a primeira mala aérea, de Natal, conduzida pelo avião nº 606, da CGA.

Alguns anos mais tarde, em 1931, foi criado o Departamento de Correios e Telégrafos (DCT), dividido em 41 regiões e subordinado ao Ministério da Viação e Obras Públicas.

A preocupação com o treinamento dos recursos humanos determinou a criação, no ano de 1934, da Escola de Aperfeiçoamento dos Correios e Telégrafos, destinada à capacitação técnica de seu corpo

funcional. Neste mesmo ano foi iniciado o uso de um dos primeiros sistemas de triagem mecanizada no mundo, por meio da máquina de triagem denominada 'TRANSORMA'.

O DCT seria reestruturado em 1936, fazendo com que as Administrações de Correios passassem a denominar-se Diretorias Regionais e fosse criado o Correio Aéreo Militar, que deu origem ao Correio Aéreo Nacional, em 1941.

Essa nova estrutura de Departamento da Administração Pública Direta trouxe uma série de vantagens para os Correios e promoveu seu desenvolvimento e o DCT passou, mais tarde, a constituir o Quadro III do Ministério da Viação e Obras Públicas, situação que permaneceu até a criação da ECT.

Em 1967 foi criado o Ministério das Comunicações que, a partir de 1968, recebe em sua estrutura o já existente Departamento de Correios e Telégrafos – DCT, o qual, em 20 de março de 1969, por meio do Decreto-Lei nº 509, é transformado na empresa pública Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT.

2. De 1969 a 1999

O setor postal brasileiro passou por sua última grande transformação no ano de 1969, quando o então Departamento de Correios e Telégrafos – DCT, foi sucedido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. As principais razões que levaram a tal feito foram a baixa qualidade dos serviços prestados pelo DCT e o seu modelo de gestão de baixa eficiência.

Nessa ocasião os serviços postais eram de má qualidade, pois não havia o cumprimento dos prazos de entrega estabelecidos. Os usuários dos serviços não tinham garantias sequer da entrega das cartas e encomendas ao destinatário final, quanto mais da entrega em prazos razoáveis.

A gestão do DCT, Departamento do Ministério das Comunicações, era realizada sob diversas restrições administrativas e fortes injunções políticas. Por essas razões, não era possível um gerenciamento eficiente e eficaz dos recursos sob sua responsabilidade. O serviço postal era altamente deficitário e somente sobrevivia graças a subvenções oriundas do Tesouro Nacional.

Naquele momento, a transformação de departamento para o novo modelo de empresa pública, em que o Estado mantinha sob sua propriedade e controle 100% do capital, permitiu ao serviço postal alcançar um novo patamar de possibilidades de gestão, garantindo-lhe condições essenciais para que ocorresse a primeira grande transformação no serviço postal brasileiro.

A partir de então, a ECT envolveu-se em um amplo e profundo trabalho de renovação. Dentre as principais transformações ocorridas, na década seguinte, podemos citar:

- a mudança do regime jurídico de seus servidores, que deixaram a condição de estatutários para o regime das normas trabalhistas da CLT;
- redução de custos administrativos e operacionais;
- estabelecimento de padrões objetivos de qualidade; foi quando surgiu o conceito de 'D+1', significando o compromisso de entrega de cartas no dia seguinte ao da postagem;
- criação da Rede Postal Aérea Noturna – RPN – composta por um conjunto de linhas para o transporte aéreo de objetos postais, operadas por aeronaves das principais empresas aéreas brasileiras, cuja operação permitiu garantir o novo padrão de qualidade dos serviços;
- criação da Rede Postal Fluvial da Amazônia, formada por uma frota de embarcações fluviais que

promovem a integração da região norte por meio do serviço postal regular;

- investimentos na reconstrução da infra-estrutura operacional, como construção de centros operacionais, renovação da frota de veículos e aporte de máquinas de triagem automática;

- criação do Código de Endereçamento Postal – CEP;

- amplo esforço de formação, treinamento e atualização dos empregados;

- criação de novos serviços, como o SEDEX;

- expansão da rede de agências de correios e de caixas de coleta;

- introdução do sistema de franquias para expansão da rede de agências.

Durante a década de 80, tal mudança, já consolidada, revelou-se como uma decisão acertada, pois, a partir das novas condições propiciadas pelo modelo de empresa pública, a ECT pôde construir um sólido conceito de confiabilidade junto à sociedade brasileira. Se antes o padrão dos serviços postados chegou a constar do anedotário popular, não só a qualidade passou a representar um conceito sólido junto aos usuários dos diversos serviços, como também a própria imagem institucional da empresa cresceu junto à sociedade, chegando a ser apontada por diversos institutos de pesquisa como a empresa de maior credibilidade junto à sociedade.

A partir daí, a ECT foi redescoberta como agente de ação governamental, uma vez que, dada à sua grande capilaridade no território nacional, a Empresa mantém contato diário com milhões de brasileiros que acessam seus pontos de atendimento ou que recebem a visita domiciliar dos seus carteiros.

Nesse contexto, a ECT vem operando como uma

entidade prestadora de serviços públicos junto à população, especialmente nos segmentos de menores rendas, prestando serviços que, embora não tragam em sua natureza o caráter postal, usufruem da infra-estrutura construída para alcançar pessoas e localidades, em muitas circunstâncias, não atingíveis por outras estruturas de serviço público. Como exemplo, podemos citar o pagamento de benefícios previdenciários em localidades sem agência bancária, a distribuição de livros escolares, a distribuição de medicamentos e o recebimento de pedidos de documentação oficial, como CPF e Passaporte.

Desde a sua criação, a ECT preocupa-se em desenvolver o sistema postal e telegráfico do país e incorporar os avanços tecnológicos surgidos ao longo das últimas três décadas. Isso fez com que o Correio no Brasil atingisse a posição de um dos mais respeitados do mundo em termos de qualidade operacional.

A ECT, detentora da maior cadeia de lojas de atendimento no país, atinge os pontos mais remotos e torna acessível, a toda a população brasileira, um extenso leque de produtos e serviços.

Desde 1995, O PASTE – Programa de Recuperação e Ampliação do Sistema de Telecomunicações e do Sistema Postal – vem introduzindo na ECT vários projetos de modernização tecnológica, entre os quais a Mecanização Postal, a Automação da Rede de Atendimento, o Rastreamento Eletrônico de Objetos e o Sistema de Auto-atendimento.

II. Contexto Atual

1. O Cenário Internacional

1.1. O Setor Postal no Mundo

Historicamente, a atividade postal foi estruturada em todos os países sob a forma de prestação direta ou indireta pelo próprio Estado, oferecendo serviços à

sociedade em um regime de monopólio abrangente, o qual constituía obstáculo à atuação de empresas privadas no mercado.

Em função da ausência de desafios de mercado, os Correios do mundo operaram por muito tempo sem grande ênfase nas necessidades de seus clientes, os quais eram entendidos como meros receptores dos serviços oferecidos. Como exemplo dessa postura podemos citar o algoritmo de estabelecimento dos padrões de qualidade dos serviços: tais padrões eram mais influenciados pelas possibilidades técnicas e operacionais do provedor de serviço do que propriamente pela necessidade do usuário. O elemento custo não era ponderado adequadamente nas decisões gerenciais, o que explica grande parte do crônico desequilíbrio econômico, em considerável número de administrações postais no mundo. (...).”

Resta claro, conseqüentemente, que a Constituição de 1988 recepcionou a legislação anterior, mantendo o monopólio da União sobre o serviço postal, *ex vi* do art. 21, X. Incontroverso, assim, que a Carta Magna acolheu o acervo normativo anterior, atribuindo, dessa forma, à União a atividade postal, com exclusividade.

Em um estudo comparado do sistema postal, verifica-se que na União Européia sempre existiu o monopólio postal. Observa-se, ainda, que os países membros da União Européia têm caminhado para a abertura do mercado postal, no que tange às encomendas postais que excedam 100 gramas (3,5 ounces) ou que custe mais do que três vezes o preço da carta comum (*As of this year, all member countries in the European Union have opened their postal markets for mail weighing more than 3.5 ounces or costing more than three times the price of a standard letter*)⁵.

Na Itália, por exemplo, há inclusive um Ministério dos Correios,

⁵ GAIN – The portal to the graphic arts industry. <http://www.gain.net/gov-affairs/postal/service.html>

Ministerio delle poste e delle telecomunicazioni. (Libro primo, Titolo I do Códice di Diritto Costituzionale ed Amministrativo).

Nos Estados Unidos é evidente, outrossim, o monopólio postal. Nada obstante, autoridades encetaram discussões acerca da extinção do monopólio do USPS (United States Postal Service), a partir de 2003. É o que se extrai de precedente (UNITED STATES POSTAL SERVICE v. FLAMINGO INDUSTRIES – USA LTD. Et. Al.) da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no qual se declarou que o aludido USPS é parte do Governo dos EUA e portanto, não está submetido ao controle pelas leis antitrustes. Revela, demais disso, que assim como o antigo Departamento dos Correios (*old Post Office Department*), o novo serviço postal, haja vista seu monopólio (*monopoly over the carriage of letters*), não está sujeito às leis antitrustes, eis que não está à parte do Governo dos Estados Unidos, mas o integra. (*Held: The Postal Service is not subject to antitrust liability. In both form and function, it is not a separate antitrust person from the United States but is part of the Government, and so is not controlled by the antitrust laws. (...) the Postal Service retains its monopoly over the carriage of letters, and the power to authorize postal inspectors to search for, seize, and forfeit mail matter transported in violation of the monopoly. (...) Further, the Postal Service's predecessor, the Post Office Department, had nonpostal lines of business, such as money orders and postal savings accounts. Cullinan 84–85, 107. As a Cabinet agency, the old Post Office Department was not subject to the anti-trust laws. The new Postal Service's lines of business beyond the scope of its mail monopoly and universal service obligation do not show it is separate from the Government under the antitrust laws. The Postal Service, in both form and function, is not a separate anti-trust person from the United States. It is part of the Government of the United States and so is not controlled by the antitrust laws*)⁶.

Entendo que o serviço postal e o correio aéreo nacional estão enquadrados como serviço público da competência exclusiva da

⁶ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. UNITED STATES POSTAL SERVICE v. FLAMINGO INDUSTRIES (USA) LTD. ET. AL. Decisão de 25/02/2004, nº 02-1290. <http://www.supremecourtus.gov>.

União, não podendo ser executados por particulares. Há os que defendem, entretanto, por não estar o serviço postal incluído no rol do art. 177 da Lei Maior, poderia ser a atividade executada por particulares. Penso que tal dispositivo trata apenas de exceção à livre iniciativa privada, isto é, serviços de natureza privada que o Constituinte excluiu do domínio dos particulares. Defender o contrário, implicaria assegurar aos particulares tudo o que está previsto no art. 21 da Constituição, como a emissão de moeda e a declaração de guerra, hipótese totalmente descabida.

Ademais, o parágrafo único do art. 170 da Lei Maior dispõe que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Ficou estabelecida a possibilidade de, por meio de lei ordinária, declarar-se uma atividade econômica como de monopólio estatal, donde se conclui, outrossim, que a Lei nº 6.538/78 foi recepcionada pela Constituição de 1988.

Alegação de não se estar violando o monopólio postal, porquanto não se enquadra no conceito de carta, a entrega de contas/faturas de energia elétrica, merece análise.

Insta observar, no pertinente, a Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, estatui em seu art. 9º:

“Art. 9º São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:

I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal.

(...).”

No art. 47 do mesmo diploma legal, encontra-se a conceituação de carta e de cartão-postal, *in verbis*:

“CARTA – objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob **a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.**

CARTÃO-POSTAL – objeto de correspondência, de

material consistente, sem envoltório, contendo mensagem e endereço”. (Destques que não constam do original).

Demais disso, o art. 47 da citada Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, é manifesto ao conceituar a carta como *objeto de correspondência, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário*. É o que, aliás, já esclarecia o Professor Pontes de Miranda, cujos valiosos ensinamentos mais uma vez adoto, para o qual, “*correio, significa, posta, serviço de transporte de cartas e encomendas postais as que se equiparam às cartas*”⁷.

Não merece acolhida, por outro lado, o argumento de que a correspondência comercial está excluída do monopólio, porquanto, por determinação expressa do Código de Defesa do Consumidor, documentos devem, obrigatoriamente, ser remetidos ao destinatário, lacrados, enquadrando-se, ainda por esta razão, no significado de carta para os efeitos legais.

De fato, tem particular relevância, no caso concreto, o seguinte precedente do STF (com negritos que não estão no original):

“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
RESP 39.690 / DF ;
RECURSO ESPECIAL 1993/0028659-5
Fonte: DJ DATA: 20/04/1998 PG: 00065
LEXSTJ VOL.: 00109 PG:00048
Relator: Min. ADHEMAR MACIEL (1099)
Data da Decisão: 24/03/1998
Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA
Ementa

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIÇO POSTAL (ART. 8º, XII, DA CF/69). MONOPÓLIO ESTATAL (LEI 6.538/78). EMPRESA PRIVADA PRESTADORA DE SERVIÇOS. ENTREGA DE TÍTULOS DE CRÉDITOS, CONTAS DE

⁷ Ob. Cit. p. 36.

CONSUMO DE LUZ, ÁGUA E GÁS: INCOMPATIBILIDADE COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO NÃO CONHECIDO.

Decisão

POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECER DO RECURSO". (Negrito nosso)

Por oportuno, é de se observar excerto do voto do Ministro Américo Luz, Relator do Recurso Especial nº 4653-0/RS (com grifos nossos):

"(...) Como já ressaltado, a lei definiu carta 'como objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário'. (Lei nº 6.538/78, art. 47). Portanto, toda e qualquer mensagem ou correspondência que contenha os elementos descritos no referido dispositivo é carta, para os efeitos legais, estando o seu recebimento, transporte e entrega submetido ao regime de monopólio em todo o território nacional (Lei nº 6.538/78, art. 9º, I).

(...)

Não há dúvidas de que os referidos avisos, como qualquer outra carta de cobrança, estão abrangidos pelo conceito de carta fixado no art. 47 da Lei 6.538/78. E, dentro da sistemática adotada pelo diploma legal em apreço, **inexiste diferença entre os valores emitidos pelos concessionários de serviço público, e as cartas de cobrança encaminhadas pelas empresas comerciais em geral. Aludida atividade é exercida, evidentemente, de forma habitual e sistemática, tendo inequívoco caráter comercial e lucrativo.**

De resto, ainda que se pudesse admitir a compatibilidade do preceito contido no art. 17, alínea 'n', do Decreto nº 83.858/79, com a disposição constante do art. 9º, § 2º, alínea 'b', da Lei 6.538/78, afigurar-se-ia imperioso reconhecer que a transferência da

execução dessa atividade específica a terceiros, através de contratos de prestação de serviço, afronta radicalmente a regra nele expressa.”

Abraçando a tese ora sufragada, registram-se diversos precedentes dos Tribunais Regionais Federais pátrios, *litteris*:

“TRF - PRIMEIRA REGIÃO

Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 38000044870

Processo: 199938000044870 UF: MG

Órgão Julgador: QUINTA TURMA

Data da decisão: 22/09/2003

Documento: TRF100161017

Fonte: DJ DATA: 09/02/2004, PÁGINA: 40

Relator(a): DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e julgou prejudicada a remessa.

Ementa

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POSTAIS. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. MONOPÓLIO ESTATAL. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL VIGENTE.**

(...) 2. Compete exclusivamente à União Federal manter o serviço postal e o correio aéreo nacional, os quais são explorados, em regime de monopólio, pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, conforme dispõem o Decreto-Lei nº 509/69, art. 2º, I, e a Lei nº 6.538/78, art. 2º, *caput*, ambos recepcionados pela ordem constitucional vigente. Precedentes do TRF/1ª Região.

3. Apelação improvida. Remessa oficial prejudicada. Data Publicação: 09/02/2004. (Negrito nosso)

TRF - PRIMEIRA REGIÃO

Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 01000438261

Processo: 199901000438261 UF: GO

Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA SUPLEMEN-
TAR

Data da decisão: 11/12/2003

Documento: TRF100158738

Fonte: DJ DATA: 29/01/2004, PÁGINA: 108

Relator(a): JUIZ FEDERAL LEÃO APARECIDO AL-
VES (CONV.)

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provi-
mento à apelação.

Ementa

**MONOPÓLIO POSTAL. DOCUMENTOS BANCÁ-
RIOS E TÍTULOS DE CRÉDITO. CONCEITO DE
CARTA (LEI 6.538/78, ART. 47). ENQUADRAMEN-
TO.**

**1. Os documentos bancários e os títulos de cré-
dito enquadram-se no conceito de carta, previs-
to no artigo 47 da Lei 6.538/78, constituindo, por-
tanto, o transporte respectivo, monopólio da
Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) (Carta
Magna, art. 21, X). Precedentes desta Corte e do
STJ.**

2. Apelação a que se nega provimento.

Data Publicação: 29/01/2004. (Destques que não
constam do original)

TRF - PRIMEIRA REGIÃO

Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SE-
GURANÇA – 01000026877

Processo: 199801000026877 UF: RO

Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA SUPLEMENTAR

Data da decisão: 18/09/2003

Documento: TRF100155910

Fonte: DJ DATA: 16/10/2003, PÁGINA: 136

Relator(a): JUIZ FEDERAL WILSON ALVES DE
SOUZA (CONV.)

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provi-
mento ao recurso e à remessa oficial.

Ementa

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDA-

DO DE SEGURANÇA. VIOLAÇÃO AO MONOPÓLIO POSTAL DA UNIÃO. SERVIÇO DE ENTREGA DE CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA. LICITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CF/88, ARTIGO 21, X. LEI Nº 6.538/78.

1. O serviço postal é monopólio da União, exercido pela Empresa Brasileira de Correios, nos termos do artigo 21, X, da Constituição Federal e 9º da Lei nº 6.538/78, não podendo, por isso, ser explorado por empresas particulares.

Omissis.

4. Apelação e remessa oficial improvidas.

Data Publicação: 16/10/2003 (destaques acrescidos)

TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO

Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 346716

Processo: 200004010666965 UF: PR

Órgão Julgador: QUARTA TURMA

Data da decisão: 08/11/2001

Documento: TRF400082425

Fonte: DJJU DATA: 16/01/2002, PÁGINA: 920

Relator(a): JUIZ SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA

Decisão: A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Ementa

ADMINISTRATIVO. QUEBRA DO MONOPÓLIO POSTAL DA UNIÃO. ENTREGA DE BLOQUETES DE COBRANÇA DE TÍTULOS POR EMPRESA PRIVADA. ART. 21, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO. DL 509/69. LEI 6.538/78.

1. A Constituição Federal de 1988 recepcionou e manteve o monopólio da União sobre o serviço postal. CF, art. 21, X.

2. Não prejudica a exclusividade da União o fato de o monopólio postal não estar previsto no artigo 177 da Constituição porque esta norma trata apenas de exceção à livre iniciativa privada e não de serviços públicos.

3. Consoante cediça jurisprudência, a entrega de títulos de crédito para aceite e/ou de bloqueios bancários de cobrança equiparam-se à carta, para fins de remessa de documentos, estando submetidos ao monopólio postal da União.

Omissis

5. Apelação improvida.

Data Publicação: 16/01/2002 (grifos que não constam do original)

TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO

Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 425386

Processo: 200104010411839 UF: PR

Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA

Data da decisão: 30/10/2001

Documento: TRF400082288

Fonte DJU DATA: 14/11/2001 PÁGINA: 915

Relator(a): JUÍZA MARGA INGE BARTH TESSLER

Decisão: A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO.

Ementa

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SERVIÇO POSTAL. MONOPÓLIO DA UNIÃO.

1. Mantida a sentença que julgou procedente o pedido e considerou nula a licitação do Banco do Estado do Paraná para ‘Contratação de Serviços para Entrega de Títulos de Crédito a Descoberto para Aceite no Estado do Paraná e São Paulo (...)’, pois trata-se de serviço postal, cuja manutenção é da competência exclusiva da União, nos termos do art. 21, X, da Constituição.

Omissis

3. Apelação improvida.

Data Publicação 14/11/2001”. (Destques nossos)

Ainda que se repute constitucional a previsão do art. 17, *n*, do Decreto nº 83.858/79 – Regulamento do Serviço Postal –, segundo a qual é excluído do monopólio da União o transporte e a entrega de aviso de cobrança relativo ao consumo de água, de energia

elétrica, ou de gás, **quando realizados pelo concessionário do respectivo serviço público**. No caso dos autos, é mister realçar que a entrega da cobrança referente ao consumo de energia elétrica não é efetuada pelo concessionário, e, sim, por empresa particular.

Registre-se, por fim, que o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF nº 46, na qual se pretende seja reconhecida a não recepção da Lei nº 6.538/78, pela Constituição Federal. O referido julgamento se iniciou em 15.6.2005, quando, após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), que julgava procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, e do voto do Senhor Ministro Eros Grau, divergindo, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela argüente, o Dr. Luís Roberto Barroso; pelos *amici curiae*, Sindicato Nacional das Empresas de Encomendas Expressas, a Dra. Emília Soares de Souza, e a Associação Brasileira de Empresas de Transporte Internacional – ABRAEC, o Dr. Arnaldo Malheiros Filho; pela argüida, a Dra. Maria de Fátima Moraes Seleme; pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Empós, prosseguindo o julgamento em 17.11.2005, após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (relator), que julgava procedente a ação; dos votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau e Cezar Peluso, que a julgavam totalmente improcedente; do voto do Senhor Ministro Carlos Britto, julgando-a procedente, em parte, e do voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que julgava parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 42, 43, 44 e 45 da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie. O pedido de vista da Ministra Ellen Gracie foi renovado em 15.12.2005. Destarte, não há definição da matéria, por enquanto, apenas prevalência da tese que defende o monopólio do serviço postal.

Quadra transcrever, por esclarecedores, o teor dos Informativos nºs 392 e 409, ambos do Supremo Tribunal Federal, no que toca à citada ADPF nº 46:

“INFORMATIVO Nº 392

PLENÁRIO – ADPF 46

ADPF e Monopólio das Atividades Postais – 1

O Tribunal iniciou julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED, em que se pretende a declaração da não-recepção, pela CF/88, da Lei 6.538/78, que instituiu monopólio das atividades postais pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. O Min. Marco Aurélio, relator, após afastar a preliminar de ilegitimidade ativa e reputar atendidos os pressupostos de que trata o art. 3º da Lei 9.882/99, acolheu o pedido formulado para declarar a não-recepção pela CF/88 dos artigos da Lei 6.538/78 que disciplinaram o regime da prestação de serviço postal como monopólio exclusivo da União, ao fundamento de que eles violam os princípios da livre iniciativa, da liberdade no exercício de qualquer trabalho, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer atividade econômica (CF, arts. 1º, IV; 5º, XIII; 170, *caput*, IV e parágrafo único, respectivamente). Ressaltando, inicialmente, a necessidade de se interpretar a Constituição de modo a lhe dar a maior eficácia possível, diante da realidade vigente, considerou que a expressão ‘manter o serviço postal’, contida no inciso X do art. 21 da CF, inserida na primeira Constituição e repetida nas seguintes, teria adquirido alcance diverso com o passar do tempo, evoluindo no sentido de significar, no contexto social presente, não mais monopólio, mas um conjunto de serviços que a União deve garantir e, eventualmente, prestar de forma direta, se inexistente interesse econômico para o desenvolvimento da atividade em certos locais do território brasileiro. Considerou, para tanto, as mutações ocorridas no Direito Administrativo brasileiro, decorrentes da gradativa redução da participação direta do Estado na atividade econômica, em razão do reconhecimento da sua ineficiên-

cia na prestação de serviços públicos e na realização dos investimentos tecnológicos necessários à melhoria dos mesmos, salientando, no ponto, em relação à ECT, as diversas falhas observadas em sua administração, o atraso tecnológico, e os elevados custos e preços dos serviços prestados. Diante disso, concluiu não ter sido recepcionado, pela CF/88, o monopólio do serviço postal, inclusive, por inexistir previsão a ele relativa no texto constitucional, o qual seria exaustivo quanto à instituição do monopólio na atividade econômica (CF, arts. 21, XXIII, e 177). Asseverou que, em prol da preservação do interesse público, a atuação do Estado deveria ser subsidiária, afastando-se sua intervenção desnecessária em área sustentada, de forma satisfatória, pelo setor privado – titular da atividade econômica, permitindo, dessa forma, a liberdade de iniciativa e de concorrência, passando o Estado a posicionar-se como agente normativo e regulador das atividades econômicas, nos termos do disposto no art. 174 da CF. Isso, por melhor atender ao interesse da coletividade a garantia de que o serviço postal seja prestado em regime de concorrência entre as várias empresas do mercado consumidor, eis que esse modelo promove o aperfeiçoamento tecnológico, a redução dos custos operacionais e dos preços dos serviços. Entendeu ainda que, ao se reconhecer que a atividade econômica não é própria do Estado, seria dispensável definir-se serviço postal ou como serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito, sendo, ademais, possível a existência de duplo regime (público e privado) na realização da referida atividade. ADPF 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 15.6.2005. (ADPF-46)

ADPF e Monopólio das Atividades Postais – 2

Prosseguindo no julgamento, o Min. Eros Grau divergiu e julgou improcedente o pedido. Tendo em conta **a orientação fixada pelo Supremo na ACO 765 QO/RJ (pendente de publicação), no senti-**

do de que o serviço postal constitui serviço público, portanto, não atividade econômica em sentido estrito, considerou inócua a argumentação em torno da ofensa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Distinguindo o regime de privilégio de que se reveste a prestação dos serviços públicos do regime de monopólio, afirmou que os regimes jurídicos sob os quais são prestados os serviços públicos implicam que sua prestação seja desenvolvida sob privilégios, inclusive, em regra, o da exclusividade na exploração da atividade econômica em sentido amplo a que corresponde essa prestação, haja vista que exatamente a potencialidade desse privilégio incentiva a prestação do serviço público pelo setor privado quando este atua na condição de concessionário ou permissionário. Asseverou, que **a prestação do serviço postal por empresa privada só seria possível se a CF afirmasse que o serviço postal é livre à iniciativa privada, tal como o fez em relação à saúde e à educação, que são serviços públicos, os quais podem ser prestados independentemente de concessão ou permissão por estarem excluídos da regra do art. 175, em razão do disposto nos artigos 199 e 209 (CF: 'Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. ... Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. ... Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada.')** Ressaltou que **o serviço postal é prestado pela ECT, empresa pública criada pelo Decreto-Lei 509/69, que foi recebido pela CF/88, a qual deve atuar em regime de exclusividade (em linguagem técnica, em situação de privilégio, e, em linguagem corrente, em regime de monopólio), estando o âmbito do serviço postal bem delimitado nos artigos 70 e seguintes da Lei 6.538/78, também recebida pela CF/88.** Por fim, julgando

insuficiente a atuação subsidiária do Estado para solução dos conflitos da realidade nacional, considerou que, vigentes os artigos 1º e 3º da CF, haver-se-ia de exigir um Estado forte e apto a garantir a todos uma existência digna, sendo incompatível com a Constituição a proposta de substituição do Estado pela sociedade civil. O julgamento foi suspenso com o pedido de vista do Min. Joaquim Barbosa. ADPF 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 15.6.2005. (ADPF-46)

INFORMATIVO Nº 409

ADPF e Monopólio das Atividades Postais – 3

Retomado julgamento de argüição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição - ABRAED, em que se pretende a declaração da não-recepção, pela CF/88, da Lei 6.538/78, que instituiu monopólio das atividades postais pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT – v. Informativo 392. Os Ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso acompanharam o voto do Min. Eros Grau, que, abrindo divergência, julgou improcedente o pedido formulado, ao fundamento de que o serviço postal constitui serviço público, e não atividade econômica em sentido estrito, que é prestado pela ECT em regime de privilégio, tendo sido recepcionada pela CF/88 a Lei 6.538/78. Votaram pela procedência parcial do pedido **o Min. Carlos Britto, que, também considerando que o serviço postal é serviço público, de prestação exclusiva por parte da União,** ressaltou, entretanto, que a recepção da Lei 6.538/78 estaria restrita às atividades que impliquem comunicação privada e comunicação telegráfica, não alcançando, portanto, as de caráter eminentemente mercantil, e **o Min. Gilmar Mendes, que declarava a não-recepção somente dos artigos 42, 43, 44 e 45 da lei impugnada, que tratam da criminalização da violação ao monopólio postal da**

União, dado o caráter aberto da disposição, em afronta ao princípio da reserva legal estrita.

Após, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista da Min. Ellen Gracie. ADPF 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 17.11.2005. (ADPF-46).”

Destaque-se que, conforme se verifica do Informativo nº 409, o Pretório Excelso, na ACO 765 QO/RJ (pendente de publicação), assentou a orientação no sentido de que o serviço postal constitui serviço público, portanto, não atividade econômica em sentido estrito.

Não se vislumbra, outrossim, a invocada grave lesão à ordem e à economia públicas, porquanto deve-se atentar para princípio fundamental do Direito Administrativo, qual seja, a prevalência do interesse público sobre o privado. Destarte, ainda que o contrato celebrado pela requerente com a COOPECE importe em mais de quinze milhões de reais, tal assertiva não rechaça, nem enfraquece a tese ora defendida, se considerarmos, inclusive, que o valor a ser pago pelo serviço postal é da ECT.

No que tange à alegação da requerente no sentido de que “o julgamento da ação atingiria diretamente a COELCE, a ausência de sua citação para apresentar defesa representa nulidade absoluta do processo”, não é matéria a ser discutida e apreciada em suspensão de segurança.

A hipótese dos autos, decerto, não enseja a concessão da suspensão da liminar.

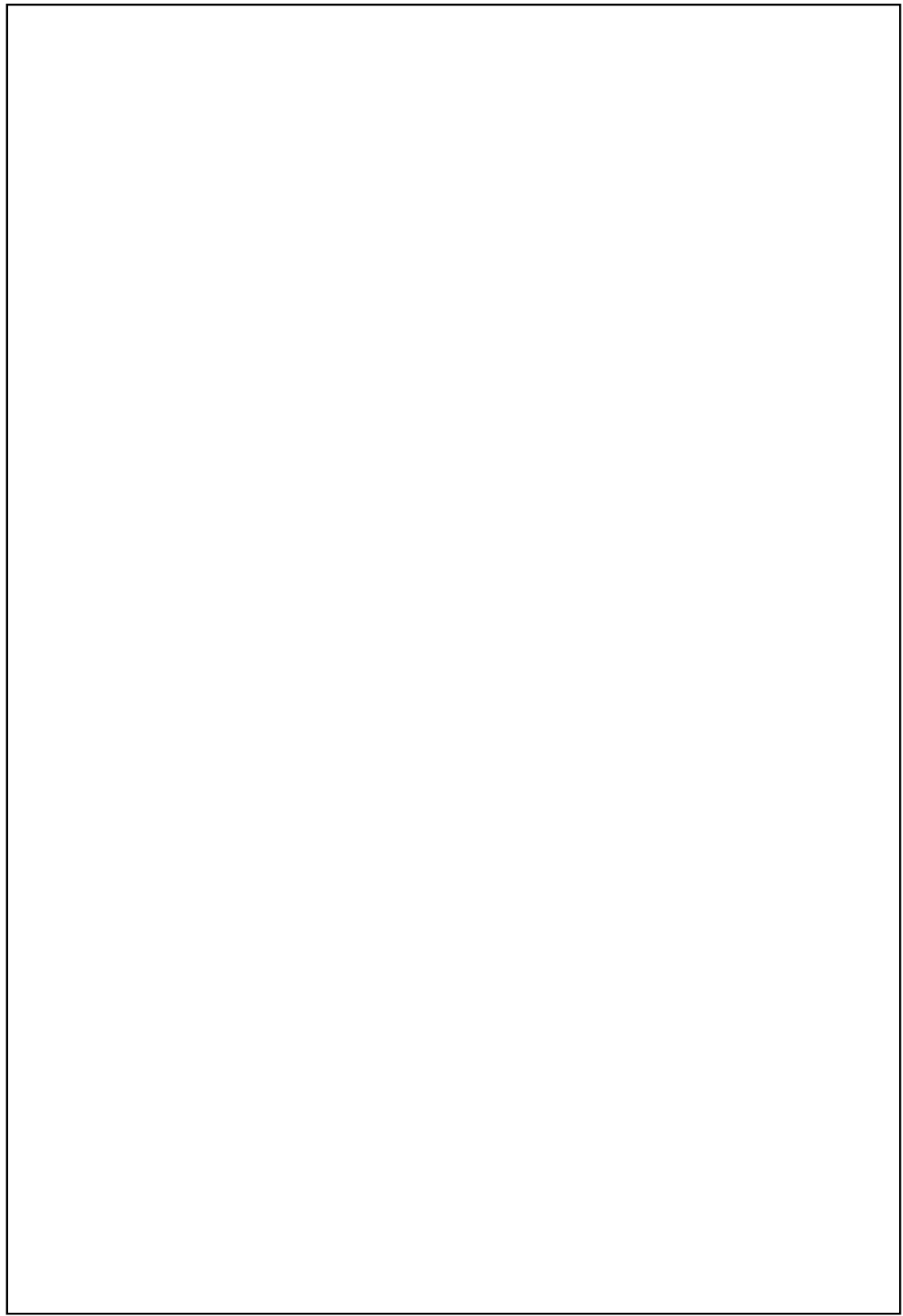
Em face dessas considerações, **indefiro o pedido da requerente.**

Publique-se. Intime-se. Oficie-se.

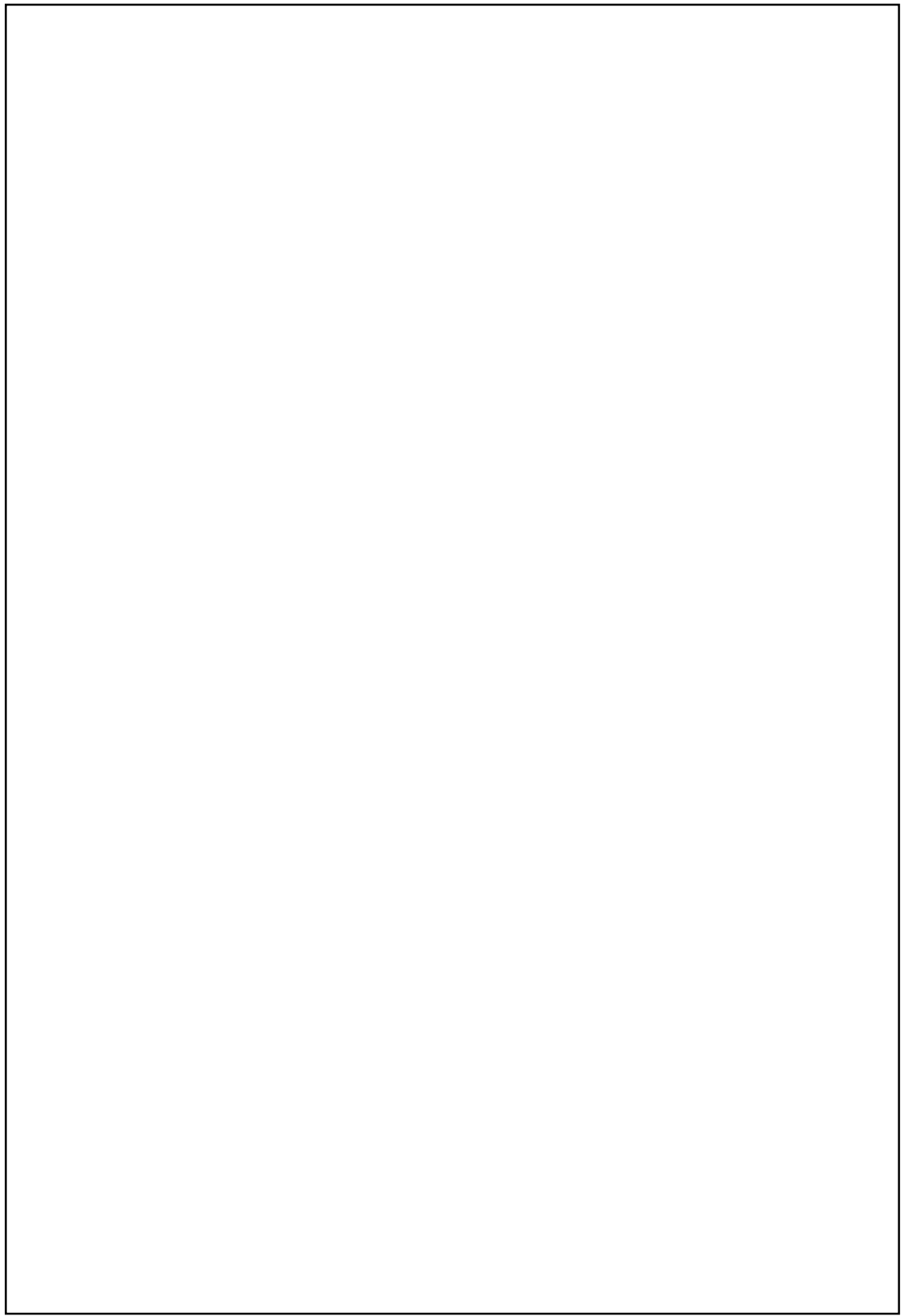
Recife, 11 de maio de 2006.

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI

Presidente



JURISPRUDÊNCIA



AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 63.353-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Agravante: MUNICÍPIO DE PAULISTA - PE
Agravados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
Lit. Ativos: CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, MUNICÍPIO DO RECIFE - PE, MUNICÍPIO DE OLINDA - PE, MUNICÍPIO DO JABOATÃO DOS GUARARAPES - PE E MUNICÍPIO DE CAMARAGIBE - PE
Advs./Procs.: DRS. PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA ANDRADE E OUTROS (AGRTE.) E ALDEMAR SILVA DOS SANTOS (LIT. ATIVO)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO DE IMÓVEIS EM ALVENARIA AUTOPORTANTE. RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. IMPROVIMENTO.

- Cabe ao Município velar pela regularização, parcelamento, edificações, uso e ocupação do solo urbano, conforme o disposto no art. 30, VIII, da Constituição Federal.

- Responsabilidade comum da União, Estado-membro e Município para implantar programas com vistas à melhoria das condições de habitação da população – art. 23 da Constituição Federal, c/c os arts. 5º e 149 da Constituição do Estado de Pernambuco; arts. 1º e 2º, I, do Decreto Federal nº 5.376/05.

- Necessidade de identificação dos prédios construídos em alvenaria autoportante e conseqüente desenvolvimento de projetos para a recuperação dessas edificações.

- Precedente jurisprudencial deste Tribunal.

- Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, 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, 28 de março de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Paulista contra decisão da lavra do MM. Juiz Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que determinou, em sede de ação civil pública, promovida pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco, que os Municípios de Recife, Olinda, Jaboatão dos Guararapes, Paulista e Camaragibe, em conjunto, apresentassem estudo técnico nos moldes do proposto pelo ITEP e mencionado naqueles autos, sendo que, para tanto poderiam realizá-lo em convênio ou de modo isolado por seus órgãos de engenharia, tudo no prazo de 18 meses; bem como que a Caixa Econômica Federal seria responsável solidária com os referidos municípios naquelas obras que financiou e comercializou e, finalmente, que fossem suspensas as licenças de construção para edificações em alvenaria autoportante enquanto durarem os estudos e forem tomadas as conclusões devidas.

Argúi o agravante, em síntese, que o estudo técnico determinado pela decisão de 1º Grau não é de sua competência, uma vez que só lhe cabe a aprovação do projeto arquitetônico dessas edificações e, ainda, que não dispõe de condições ou prazo para realizar tal estudo proposto pelo ITEP, sendo necessário que a União Federal, o Estado, principalmente os construtores e engenheiros responsáveis, CONFEA e CREA, PERPART e outros citados nes-

ta peça, assumam a responsabilidade e contribuam para a realização do processo.

Nas razões deste recurso, o agravante esclarece, ainda, que para a realização de tal estudo é necessária a contratação de empresa especializada, o que só poderá ser feito por meio de processo licitatório. Assim como para realizar quaisquer convênios, seja com a União Federal, seja com a Caixa Econômica Federal, seja com o Governo Estadual, dependeria da vontade de todos os convenientes, não apenas do Município recorrente, e previsão de recursos; e, por fim, que o Município não pode realizar licitação – para contratação de empresa especializada – por estar inscrito no cadastro restritivo de crédito como SIAF – CADIN.

Assim é que, sustentando que não pode cumprir sozinho a ordem judicial, cuja responsabilidade não lhe compete, em curtíssimo espaço de tempo, sem recursos nem técnicos qualificados no seu quadro para tal fim, nem muito menos tecnologia em equipamentos, e sem a participação de todos os envolvidos, os quais deverão ser chamados na qualidade de litisconsortes necessários e, ainda, da denúncia à lide das construtoras e engenheiros que promoveram as construções e do CONFEA e CREA que aprovaram os cálculos estruturais, requer a suspensão imediata da decisão vergastada.

Indeferi a liminar às fls. 148/152.

Às fls. 156/184, interpôs o Município de Paulista agravo regimental, com pedido de reconsideração, juntando aos autos uma série de documentos a fim de comprovar que já cumprira as determinações judiciais concernentes ao levantamento dos edifícios construídos em alvenaria autoportante, bem como as referentes à proteção do patrimônio e da vida das pessoas nos casos em que forem constatados riscos.

O Ministério Público Federal ofereceu contraminuta de agravo de instrumento às fls. 476/481, pelo que, de início, nos informa que os documentos juntados pelo agravante, no presente recurso, são irrelevantes para demonstrar que tenha havido, efetivamente, o levantamento de todas as edificações construídas com a técnica de alvenaria adrede citada, bem assim não restam tais documentos suficientes para comprovar ter o Município tomado todas as pre-

cauções necessárias à proteção do patrimônio e da vida das pessoas nos casos em que ficou evidenciado risco.

Quanto à falta de recurso, constata ele não ser isto, *per si*, óbice à realização do estudo, uma vez que a decisão vergastada admite a realização dele em conjunto/parceria. Também pugna não merecer acolhida o argumento do agravante de que existe perigo de dano inverso, fazendo alusão à lei de responsabilidade fiscal, genericamente, sem que tenha indicado os dispositivos que entende sejam impeditivos.

Além do mais, alude que pelo art. 23 da Constituição Federal, c/c os arts. 5º e 149 da Constituição do Estado de Pernambuco; arts. 1º e 2º, I, do Decreto Federal nº 5.376/05 e arts. 1º e 3º do Decreto Estadual nº 9.559/84, transcritos na exordial da ação civil pública, a responsabilidade para evitar a tragédia é comum à União, Estado-membro e Município, independentemente de terem culpa.

Outrossim, traz jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça acerca da matéria em comento, em sede de ação civil pública, na qual firma entendimento no sentido de haver legitimidade passiva do Município no feito (STJ - REsp 432531/SP, DJ 25/04/2005, pg. 265, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma).

Entende como presente o perigo da demora, ante a irreversibilidade dos danos porventura causados aos moradores que residem neste tipo de edificação.

Pugna, ainda, não merecer acolhida a afirmação do agravante de que a proibição judicial para a concessão de novas licenças contraria a Carta Magna, pois a referida suspensão desse tipo de edificação tem o escopo maior de evitar novas tragédias. Desta feita não há que se falar em invasão da competência municipal, porquanto a implantação de programas para melhorar as condições de habitação da população trata-se de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, consoante o preceituado no art. 23 da Constituição Federal.

Ante o exposto, pugna seja mantida a decisão guerreada, negando-se provimento ao presente recurso.

Às fls. 483/486, ofereceu o Ministério Público do Estado de Pernambuco contra-razões, donde reitera os termos das contra-

razões oferecidas pelo Ministério Público Federal, pleiteando seja mantida integralmente a decisão concedida em sede de ação civil pública.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Reporto-me à decisão por mim proferida, de fls. 148/152, quando analiso detalhadamente a questão do presente agravo de instrumento, cujo trecho transcrevo a seguir:

“A ação civil pública intentada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco tem como causa o desabamento, no ano de 1999, no Bairro de Jardim Frágoso, em Olinda, dos edifícios ‘Érika’ e ‘Enseada de Serrambi’, que deixaram mais de dez vítimas fatais e várias outras feridas.

Segundo a inicial da ação originária, após o desabamento das duas construções foi instalada Comissão Parlamentar de Inquérito pela Câmara de Vereadores de Olinda e, ainda, divulgado Laudo Pericial da comissão da CODECIPE - Comissão de Defesa Civil do Estado de Pernambuco, a qual condenou a construção do denominado ‘prédio caixaão’, dado que agentes agressores do meio ambiente teriam a propriedade de, paulatinamente, diminuir a resistência dos materiais utilizados na fundação daquele tipo de estrutura.

Foram, ainda, realizadas audiências públicas e, no âmbito do MPF, instaurados vários procedimentos administrativos, tendo sido concluído, com base em pareceres de vários especialistas, que medidas urgentes deveriam ser adotadas pelas autoridades a fim de realizar estudo técnico para garantir a estabilidade desse tipo de edificação.

Os autores da ação também esclareceram que nessa primeira etapa não haveria necessidade do cha-

mamento de outros atores estatais, não obstante admitirem a sua responsabilidade solidária na proteção à vida e o acesso à moradia digna.

Assim é que a referida ação está centralizada na omissão dos Municípios-réus – entre eles o ora agravante – na busca da solução definitiva para a calamidade ali retratada.

Os autores fundamentam tal omissão no fato dos Municípios terem concedido licença para que os prédios fossem construídos em seus respectivos territórios sem a correta fiscalização, sequer dispondo em seus arquivos o registro dos tipos de técnicas empregadas em cada um deles, certificando que os edifícios preenchiam condições de segurança e solidez para que fossem habitados.

Por sua vez, o Município agravante justifica para não cumprir o comando judicial a falta de recursos financeiros e de pessoal tecnicamente qualificado bem como de tecnologia para realizar os estudos previstos pelo ITEP e, ainda, de previsão orçamentária para este exercício (Lei de Responsabilidade Fiscal) e, por fim, o prazo exíguo para realizar licitação e convênios necessários ao estudo nos moldes previstos na decisão requestada.

Não há dúvida de que a Carta Constitucional estabelece a competência municipal para implantar programas com vistas à melhoria das condições de habitação da população dentro dos limites de seu território. Tal competência é comum à União, aos Estados e ao Distrito Federal.

Não vislumbro nenhuma eiva de ilegalidade no tocante à realização do estudo nos moldes previstos pelo ITEP, no tipo de edificação descrita na ação originária, pelos Municípios.

É de esclarecer-se que os autores da ação civil pública reconhecem a responsabilidade dos demais entes públicos quando for necessária a intervenção em cada uma das edificações para executar as obras que serão apontadas após o estudo realizado.

Ressalte-se que o próprio Município agravante declara que destacou técnicos de seu quadro de pessoal para acompanhar os primeiros estudos realizados nos prédios tipo 'caixão', pelo que não estaria tão carente de pessoal como afirma neste recurso. Demais disso, a decisão requestada admite a realização do estudo em parcerias, vale dizer, através de convênios, o que livraria o Município de arcar sozinho com o ônus que lhe foi imputado.

É preciso salientar que o Município não pode furtar-se de cumprir o seu mister que é cuidar das pessoas e garantir-lhes moradias seguras, portanto, livres de riscos de desabamentos.

Depreende-se da documentação acostada aos presentes autos que o Município agravante está inscrito no SIAF por não ter havido as necessárias prestações de contas dos gestores anteriores em relação a uma série de convênios com órgãos federais. Há, todavia, informação do próprio réu de que tal situação está sendo regularizada, pelo que não haveria impedimento à realização de convênio, como autorizou a decisão requestada, para alocar recursos com vistas a cumprir o comando judicial.

Não pode, assim, o Município justificar o não cumprimento da liminar pelo fato de gestores anteriores não terem assumido a sua obrigação como chefes do Poder Executivo local.

Demais disso, o douto Magistrado *a quo* determinou que a realização dos estudos fosse feita em solidariedade com a Caixa Econômica Federal a qual, como é notório, é a principal financiadora desse tipo de construção popular.

Por outro lado, a suspensão das licenças de construção desse tipo de edificação tem o fim precípuo de evitar que novas tragédias ocorram vitimando a camada mais sofrida de nossa população. A assertiva do agravante de invasão da competência municipal esbarraria na previsão constitucional inserta no art. 23.

Esclareço, por fim, que o prazo estipulado para a execução do estudo nos moldes do ITEP poderá até ser revisto se o Município comprovar que tomou as medidas cabíveis e não conseguiu, por razões que escapam ao seu controle, finalizar os trabalhos, o que será analisado pelo douto juiz de 1º Grau a quem cabe decidir acerca da execução da medida liminar que ora mantenho.

Com essas considerações, à míngua dos pressupostos ínsitos do art. 558 do CPC, indefiro o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo.”

Outrossim, a fim de embasar o posicionamento exposto, trazemos à baila entendimento deste egrégio Tribunal acerca da responsabilidade solidária da Caixa Econômica Federal por imóveis financiados com recursos Sistema Financeiro de Habitação, qual seja:

“EMENTA: CIVIL. RESPONSABILIDADE. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. IMÓVEL FINANCIADO PELA CEF.

1. O Código Civil vigente, em seu art. 1.245, atribui ao empreiteiro a responsabilidade pela solidez da obra, dentro dos cinco anos que sucedem a sua conclusão.

2. A Caixa Econômica Federal submete todos os imóveis que financia à inspeção prévia, o que constitui, inclusive, fator atrativo aos mutuários, que confiam na solidez dos bens financiados por aquela instituição, pressupondo que foram devidamente vistoriados e aprovados por técnicos habilitados.

3. Havendo a interdição do prédio, por risco de desabamento, deve-se confirmar a decisão que atribuiu, provisoriamente, à construtora e à CEF, em partes iguais, a responsabilidade pelos aluguéis, prestações de contrato do SFH e despesas com mudanças dos moradores.

4. Agravo improvido”. (TRF 5ª R - Quarta Turma - Rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria - AGTR 41111/PE / Proc. Originário 2002.05.00.003608-0 - Julg. em 06.08.2002 - DJ em 04.09.2002).

É bem de ver, ainda, que dos documentos trazidos pelo agravante aos autos não há como inferir que fora realizado levantamento de todos os imóveis em alvenaria autoportante, como bem assinalou o *Parquet* Federal. Além do mais, não juntou o Município de Paulista qualquer documento bastante que comprove ter tomado as medidas necessárias à proteção do patrimônio e da vida das pessoas nos casos em que ficou evidenciado risco.

Com essas considerações, nego provimento ao agravo de instrumento, mantendo, assim, especificamente em relação ao Município agravante, as determinações contidas na decisão liminar de 1º Grau.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 63.362-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Agravante: FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA DO ESTADO DE SÃO PAULO - FAPESP
Agravada: UNIÃO
Lit. Ativa: ASSESSORIA PROJETOS MUNICIPAIS LTDA. - ASPRON (MUNICÍPIOSNET CPS)
Advs./Procs.: DRS. MARCO AURÉLIO BARBOSA CATALANO E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO. USO DE DOMÍNIO NA REDE INTERNET. PEDIDO DE VEDAÇÃO AO REGISTRO DE NOMES, ENTES PÚBLICOS E ÓRGÃOS DE REPRESENTAÇÃO, OU PARTE DELES. IMPOSSIBILIDADE.

- Irresignação que se volta contra a parte da r. decisão que – ao deferir medida liminar para suspender o registro na rede internet do domínio “www.severinocavalcanti.com.br”, cadastrado por empresa privada – determinou, também, à FAPESP que não proceda ao registro futuro de domínios que, em sua composição, façam men-

ção ao nome do Presidente da Câmara dos Deputados ou outro ente público federal e órgão de sua representação, parte dele ou sigla determinativa.

- Se o procedimento em discussão realiza-se automaticamente por via eletrônica, o cumprimento do ato judicial somente poderia ser implementado se a FAPESP pudesse prever todas as combinações possíveis de palavras, letras e designações que façam menção a nomes de pessoas que componham entes públicos ou seus órgãos de representação, o que se mostra de todo impraticável, vez que à FAPESP não foram disponibilizados mecanismos para evitar o registro de domínios que se utilizem daquelas expressões.

- Cabe à parte que efetivamente se sentir lesada pelo registro de domínio que, em sua composição, faça menção a seu nome ou mesmo à marca da qual é detentora, inclusive quanto ao ressarcimento de eventuais danos causados, valer-se das vias judiciais ou mesmo buscar junto à FAPESP o cancelamento do registro já processado, demonstrando, para tanto, que o domínio registrado viola as regras estabelecidas na Resolução nº 1/98 do Comitê Gestor da Internet do Brasil (CG) e seus anexos.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 12 de janeiro de 2006 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP contra a decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 6ª Vara/CE que, nos autos da Ação Cautelar Inominada nº 2005.81.00.006501-2, deferiu medida liminar para determinar à ora agravante: 1) suspender a publicação na rede internet do domínio “www.severinocavalcanti.com.br”; 2) não proceder ao registro futuro de domínios que, em sua composição, façam menção ao nome do Presidente da Câmara dos Deputados ou outro ente público federal e órgão de sua representação, parte dele ou sigla determinativa.

Nas suas razões recursais, afirma a FAPESP não ser possível o cumprimento da segunda parte do ato judicial fustigado, eis que não foram atribuídos àquela fundação poderes para impedir previamente o registro de domínio que contenha em seu bojo nomes de entes públicos, na medida em que os registros são realizados automaticamente por via eletrônica.

Acrescentou que para que fosse possível a análise prévia desses registros seria necessário que se fizesse uma reserva de todos os domínios que possuam total ou parcialmente nomes de entes públicos e seus órgãos de representação, o que seria inviável, considerando-se todas as combinações relativas a essas expressões.

Indeferida, inicialmente, a liminar substitutiva, pelo MM. Desembargador Convocado Paulo Machado Cordeiro, a FAPESP interpôs o agravo regimental de fls. 68/80, pelo qual reconsiderarei a decisão anteriormente proferida, para dar efeito suspensivo à decisão agravada (fls. 82/84).

Contraminuta apresentada às fls. 88/96.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Volta-se o presente agravo de instrumento contra a parte da r. decisão que, ao deferir a medida liminar para suspender a publicação na rede internet do domínio “www.severinocavalcanti. com.br”, determinou, ainda, que a FAPESP não proceda ao registro futuro de domínios que, em sua composição, façam menção ao nome do Presidente da Câmara dos Deputados ou outro ente público federal e órgão de sua representação, parte dele ou sigla determinativa.

Não antevejo qualquer circunstância que autorize a modificação do entendimento que adotei, quando da apreciação do agravo regimental de fls. 82/84. Como deixei explicitado naquela ocasião, não se tem como dar cumprimento à decisão agravada no ponto em que determina que a agravante não proceda a novos registros de domínios que contenham nomes compostos por palavras correspondentes a entes públicos federais ou seus órgãos de representação, vez que à FAPESP não foram disponibilizados mecanismos para evitar o registro de domínios que se utilizem daquelas expressões.

No meu entender, se o procedimento em discussão realiza-se automaticamente por via eletrônica, o cumprimento daquele ato judicial somente poderia ser implementado se a FAPESP pudesse prever todas as combinações possíveis de palavras, letras e nomes que façam menção a nomes de pessoas que componham entes públicos ou seus órgãos de representação, o que se mostra de todo impraticável.

Conforme anteriormente exemplificado, se levássemos em consideração o nome de apenas um dos 81 (oitenta e um) senadores como, *v.g.*, Marco Antônio de Oliveira Maciel, a FAPESP, para executar a ordem contida no *decisum* fustigado, teria que programar a impossibilidade de registro de todos os domínios compostos, mesmo que parcialmente, por uma dessas expressões “Marco”, “Antônio”, “Oliveira” e “Maciel”, o que seria inviável.

Dessa forma, se a parte efetivamente se sentir lesada pelo registro de domínio que, em sua composição, faça menção a seu nome ou mesmo à marca da qual é detentora, deve se valer das vias judiciais ou mesmo buscar junto à FAPESP o cancelamento do registro já processado, demonstrando, para tanto, que o domí-

nio registrado viola as regras estabelecidas na Resolução nº 1/98 do Comitê Gestor da Internet do Brasil (CG) e seus anexos, haja vista ser essa a orientação contida no art. 7º, IV, daquele ato normativo, confira-se:

“Art. 7º. Extingue-se o direito de uso de um nome de domínio registrado na internet sob o domínio .br, ensejando o seu cancelamento, nos seguintes casos:
I – pela renúncia expressa do respectivo titular, por meio de documentação hábil;
II – pelo não pagamento nos prazos estipulados da retribuição pelo registro e/ou sua manutenção;
III – pelo não uso regular do nome de domínio, por um período de 180 (cento e oitenta) dias;
IV – pela inobservância das regras estabelecidas nesta Resolução e seus Anexos;
V – por ordem judicial;” (Grifei)

Nesse sentido, anoto precedente do eg. TRF da 2ª Região, que, em situação similar, assim decidiu:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ABSTENÇÃO DE USO DE DOMÍNIO. RESOLUÇÃO Nº 001/98 DO COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL (CG).
I - A escolha e a utilização do nome de domínio é de inteira responsabilidade do requerente, eximindo o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CG) e a FA-PESP, executor do registro por delegação, quanto a danos decorrentes de uso indevido.
II - As questões relativas ao nome de domínio escapam à competência da Justiça Federal.
III - Recurso desprovido.”
(AGTR 86364/RJ, TRF 2ª Região, Rel. Des. Fed. Valmir Peçanha, j. em 23.09.2002, DJU 11.12.2002).

Em face do exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, confirmando a liminar substitutiva anteriormente concedida.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 66.545-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Agravante: LC COMERCIAL LTDA.
Agravada: COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO -
CONAB
Advs./Procs.: DRS. FERNANDO ROCHA FILHO E OUTROS
(AGRTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. NÃO ENTREGA DO PRODUTO NA DATA APRAZADA NO AVISO DE COMPRA Nº 380/2005. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE FATO EXCEPCIONAL E IMPREVISÍVEL. CANCELAMENTO DA OPERAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE PENALIDADES APÓS SER ASSEGURADA A DEFESA PRÉVIA. POSSIBILIDADE. VALOR DA CAUSA. CONTEÚDO ECONÔMICO DA DEMANDA. PRELIMINARES REJEITADAS POR NÃO ACARRETAREM NEM O NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO NEM A PERDA DE SEU OBJETO.

- Preliminar argüida em sede de contra-razões de que este agravo deveria ser recebido na forma retida, não deve prosperar. É que não vislumbro motivo para converter a forma em que foi recebido este recurso, até porque a decisão a quo poderia causar à parte lesão grave e de difícil reparação se o entendimento deste relator fosse no sentido de que estariam presentes os requisitos necessários para a concessão do efeito suspensivo ativo.

- Preliminar argüida nas contra-razões de perda de objeto do agravo em face da superveniência de sentença no processo principal rejeitada, pois, segundo orientação fixada pelo Pleno deste egrégio Tribunal, em sessão realizada no dia 28/8/2002, “no caso de agravo de instrumento interposto contra despacho de Juiz Federal, a extinção do

processo no 1º grau não subtrai os efeitos da decisão proferida pelo 2º grau, exceto se transitar em julgado”.

- In casu, a ora agravada procedeu ao cancelamento da operação de compra efetuada por meio do Aviso de Compra nº 380/2005, para o fornecimento de óleo de soja, nas quantidades de 40.010 litros para a Superintendência da CONAB de João Pessoa/PB e 50.010 litros para a Superintendência de Recife/PE, cujo leilão ocorreu em 04/11/05, impondo penalidades administrativas à recorrente, em virtude da mesma não ter entregado o produto no prazo previsto no item 8.1. daquele aviso de compra, isto é, até o dia 21/11/05.

- Analisando o conceito de fato excepcional e imprevisível e as razões recursais, não se vislumbra a ocorrência de fato estranho à vontade das partes que enseje a prorrogação do prazo previsto no contrato, nos termos do art. 57, § 1º, II, da Lei de Licitações, como quer a ora recorrente. Além do mais, o documento de fl. 194 não deixa dúvidas de que a empresa agravante somente comunicou a ocorrência do atraso na entrega das mercadorias no dia 23/11/05, após a data aprazada na licitação, isto é, no subitem 8.1. do Aviso Específico.

- Quando houver inexecução do contrato (não entrega do produto negociado, como no caso presente), as penalidades de suspensão do direito de licitar e de multa só podem ser aplicadas após a concessão do direito à defesa, conforme o art. 87 da Lei nº 8.666/93.

- O Regulamento nº 003/04 da CONAB, prevê, dentre as penalidades, a inclusão do infrator no SIRCOI, ficando impedido de participar de qualquer operação da CONAB, e multa, mas garante, também, o direito à defesa prévia, conforme o item 13.5 desse mesmo regulamento.

- Realmente, a ora agravada comprovou, através

dos documentos de fls. 191/194, que foi oportunizado o exercício do direito de defesa ao fornecedor, ora agravante. Assim, pode a Administração aplicar as penalidades previstas no Aviso de Compra, e tal procedimento não fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.
- Em mandado de segurança, o valor dado à causa deve guardar consonância com o conteúdo econômico da demanda. Assim, se a impetrante, agravante, fixou o valor da causa em R\$ 1.000,00, quando almeja a efetivação de operação de compra e venda de 50.010 litros de óleo de soja refinado, plenamente correta a determinação da Magistrada a quo de que fosse retificado o valor dado à causa.
- Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 6 de julho de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de agravo de instrumento da decisão da eminente Juíza da 21ª Vara de Pernambuco que, nos autos do Mandado de Segurança 2006.83.00.000046-4, indeferiu o pedido de liminar, cujo objetivo era o de afastar a produção dos efeitos do ato que cancelou a operação de compra efetuada por meio do Aviso nº 380/2005, sobretudo no que diz respeito à imposição de penalidades administrativas à ora agravante (retenção da quantia depositada a título

de caução, aplicação da pena de inscrição no SIRCOI e suspensão, pelo prazo de dois anos, de contratar com a Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB), bem como determinou à recorrente que retificasse o valor da causa, procedendo ao recolhimento das custas processuais correspondentes, sob pena do cancelamento da distribuição.

Alega a agravante que participou de licitação, na modalidade Pregão Eletrônico, realizado no dia 04/11/05, sendo declarada vencedora dos lotes 4 e 5 do Aviso de Compra nº 380/2005, para o fornecimento de óleo de soja, nas quantidades de 40.010 litros para a Superintendência da CONAB de João Pessoa/PB e 50.010 litros para a Superintendência de Recife/PE, cuja data-limite para a entrega dos produtos seria o dia 21/11/2005. Aduz que foi vítima de fatores excepcionais e imprevisíveis, absolutamente estranhos à sua vontade, pois, apesar dos objetos da operação daquela compra terem saído de Jataí/GO no dia 18/11/05, a Transportadora Transpiotto, contratada pela agravante para fazer o transporte das mercadorias até seu local de entrega (João Pessoa e Recife), noticiou-lhe, em 23/11/05, a ocorrência de problemas mecânicos nos veículos que realizavam o transporte, o que impossibilitou o cumprimento da obrigação, por parte da recorrente, no prazo previsto no Aviso nº 380/05. Argumenta que no dia 23/11/05 notificou a CONAB, por meio de sua Superintendente de Operações, com o fito de obter autorização para que as superintendências regionais de João Pessoa e de Recife recebessem os produtos com, no máximo, três dias de atraso, justificando-o devidamente, porém o Gerente da Superintendência Regional de Pernambuco, nesse mesmo dia, enviou FAX notificando a ora agravante acerca do cancelamento da operação de compra (contrato), bem como comunicando acerca da retenção da “Caução Garantia” pela CONAB e da incidência das penalidades administrativas. Afirmo que tal procedimento violou as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, bem como o direito líquido e certo da agravante de ter prorrogado o prazo de entrega dos produtos (art. 57, § 1º, II, da Lei 8.666/93), além de não atender os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Aduz que no dia 29/11/05 foi contranotificada pela Superintendência de Operações de Brasília/DF em relação às suas justificativas apresenta-

das na data de 23/11/05, tendo tal superintendência informado que não era possível a prorrogação requerida em virtude da ausência de previsão nesse sentido no Aviso de Compra nº 380/05. Aduz que o risco de grave lesão é patente, pois está na iminência de paralisar a atividade comercial, eis que a sua atividade-fim é o fornecimento de produtos alimentícios às esferas da Administração Pública. Alega, por fim, que se revela descabida a determinação da Magistrada *a quo* para que se emende a inicial, majorando o valor atribuído à causa, pois, tendo em vista o descabimento da verba honorária no mandado de segurança, a doutrina mais atenta tem se posicionado no sentido do afastamento do sistema codificado quanto ao pagamento de custas. Requer a concessão do efeito ativo para afastar a produção de efeitos do cancelamento da operação de compra nº 380/05, bem como afastar a determinação de emenda à inicial, majorando o valor da causa, e, ao final, o provimento do agravo.

Despacho de fl. 135 determinando a ouvida da agravada.

Contra-razões, fls. 173/183, tendo a agravada cumprido o despacho de fl. 135 e argüido duas preliminares, requerendo, ao final, o improvimento deste agravo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADE-LHA (Relator):

Estando o agravo em termos de ser julgado, e até por uma questão de economia processual, deixo de apreciar o pedido de efeito suspensivo ativo, passando ao seu julgamento definitivo.

Quanto à preliminar de que este agravo deveria ser recebido na forma retida, não deve prosperar. É que não vislumbro motivo para converter a forma em que foi recebido este recurso, até porque a decisão *a quo* poderia causar à parte lesão grave e de difícil reparação se o entendimento deste relator fosse no sentido de que estariam presentes os requisitos necessários para a concessão do efeito suspensivo ativo.

No que se refere à outra preliminar, de que o presente agravo

de instrumento teria perdido o objeto em virtude de ter sido proferida sentença no processo principal, também não deve prosperar, pois me filio ao entendimento de que a decisão proferida no agravo deve prevalecer até o trânsito em julgado da sentença de 1º grau, nos termos da orientação fixada pelo Pleno deste egrégio Tribunal, em sessão realizada no dia 28/8/2002, em que “no caso de agravo de instrumento interposto contra despacho de Juiz Federal, a extinção do processo no 1º grau não subtrai os efeitos da decisão proferida pelo 2º grau, exceto se transitar em julgado”.

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e deve ser processada e julgada em conformidade como os princípios elencados no art. 3º da Lei 8.666/93.

Sabe-se que a Administração não pode, em hipótese alguma, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando que compareça o maior número possível de interessados, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações. Isso também possibilita que a proposta mais vantajosa para a Administração seja encontrada em um universo mais amplo.

O art. 55 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações) estabelece as cláusulas necessárias que deve conter todo contrato administrativo, entre elas, destaca-se a do inciso IV:

“Art. 55...

(...)

IV- os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;”

O art. 57, § 1º, II, por sua vez, dispõe:

“§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

(...)

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;"

In casu, a ora agravada procedeu ao cancelamento da operação de compra efetuada por meio do Aviso nº 380/2005, cujo leilão ocorreu em 04/11/05, impondo penalidades administrativas à recorrente, em virtude da mesma não ter entregado o produto no prazo previsto no item 8.1. daquele Aviso de Compra, isto é, até o dia 21/11/05.

É certo que a Lei de Licitações, no art. 57, § 1º, II, como dito, dispõe que os prazos, previstos no contrato, admitem prorrogação quando da superveniência de fato excepcional ou imprevisível.

Analisando o conceito de fato excepcional e imprevisível e as razões recursais, não antevejo a ocorrência de fato estranho à vontade das partes, a ensejar a prorrogação pleiteada.

Conforme informação da própria recorrente, os veículos da empresa contratada pela ora agravante que fariam o transporte da mercadoria objeto da licitação saíram da cidade de Jataí, Estado de Goiás, no dia 18/11/05. Sem muito esforço, observa-se que essa data foi muito próxima da data aprazada pela CONAB, principalmente quando se trata de saída de veículos terrestres (caminhões) de cidade que dista 2.738 km do Recife, local da entrega dos produtos. Além do mais, é bem razoável prever-se que veículos possam ter problemas mecânicos (por vários motivos: estradas em más condições, motor, etc.), principalmente quando a cidade de origem é muito longe da cidade de destino, como no caso presente.

Outro fato que me chamou a atenção foi de que somente no dia 23/11/05 a agravante informou à agravada as razões do atraso. Ora, se o prazo previsto no contrato, matéria que diz respeito ao mérito do ato administrativo, era até o dia 21/11/05, como é que se pode admitir uma justificativa, não muito plausível, diga-se de passagem, após o prazo previsto para entrega das mercadorias?

Na verdade, não houve a ocorrência de fato excepcional e imprevisível, como quer fazer crer a recorrente.

Em vista do não cumprimento da cláusula contratual, naquele mesmo dia, isto é, 23/11/05, a recorrida rescindiu o contrato unilateralmente, notificando à recorrente acerca do cancelamento da operação de compra. Tal procedimento encontra amparo no art. 78, I, da Lei 8.666/93, que afirma que constitui motivo para rescisão do contrato o não cumprimento dos prazos estabelecidos, e no art. 79, I, que diz que tal rescisão poderá ser determinada por ato unilateral e escrito da Administração.

Essa rescisão unilateral, ainda seguindo os ditames da Lei de Licitações, acarreta as conseqüências previstas no art. 80, tais como: execução da garantia contratual e dos valores das multas, sem prejuízo das sanções previstas no art. 87 da Lei 8.666/93.

O item 11 do Aviso de Compra nº 380/2005 tem a seguinte redação:

“11. DAS INFRAÇÕES E DAS PENALIDADES: de acordo com os itens 12 e 13, respectivamente, do Regulamento para Operacionalização da Compra de Produtos Destinados a Atender as Atividades Finais da CONAB nº 003/04”.

O regulamento previsto no parágrafo anterior, por sua vez, afirma nos itens 12 e 13:

12. DAS INFRAÇÕES

12.1. Será considerada infração, passível de punição, a prática de qualquer uma das condutas a seguir, pelo fornecedor:

(...)

12.1.4. Deixar de entregar o produto negociado.

13. DAS PENALIDADES

(...)

13.2. Na infração prevista nos subitens 12.1.2 a 12.1.4: inclusão do infrator no SIRCOI, ficando impedido de participar de qualquer operação da CONAB, sem prejuízo das demais penalidades/sanções cabíveis.

13.3. Será cobrado do inadimplente, enquadrado nos itens 13.1 ou 13.2, a título de multa, o valor correspondente a 30% (trinta por cento) do valor total da

operação, entendendo-se por este o valor total da COC.

(...)

13.5. Será concedido ao infrator o prazo de 5 (cinco) dias úteis para o exercício de defesa, na aplicação de uma das penalidades previstas nos subitens 12.1.1, 12.1.2 ou 12.1.4.”

É certo que o art. 77 da Lei de Licitações aduz que “A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento”.

Também é certo que o regulamento da CONAB (Aviso de Compra nº 380/05) deve obedecer aos ditames gerais da Lei de Licitações, máxime no que se refere à imposição de sanções. Assim, quando houver inexecução do contrato (não entrega do produto negociado, como no caso presente), as penalidades de suspensão do direito de licitar e de multa só podem ser aplicadas após a concessão do direito à defesa, conforme o art. 87 da Lei nº 8.666/93, que diz:

“Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, **garantida a prévia defesa**, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (grifo meu).

(...)

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;”

Vê-se, pelo artigo acima, que a Administração pode impor penalidades administrativas, desde que garantida a defesa prévia, isto é, o devido processo legal.

No caso em análise, a ora agravada comprovou, através dos documentos de fls. 191/194, que foi obedecido o procedimento previsto naquele artigo 87.

O documento de fl. 194 não deixa dúvidas de que a empresa agravante somente comunicou a ocorrência do atraso na entrega

das mercadorias no dia 23/11/05, após a data aprazada na licitação, isto é, no subitem 8.1. do Aviso Específico.

Quanto à defesa prévia, o FAX nº 3.495 (fl. 192), de 28.11.05, comprova que o direito concernente ao seu exercício foi oportunizado ao fornecedor, ora recorrente.

E, por último, o doc. de fl. 193 (FAX nº 3582 da CONAB, datado de 01/12/05), que cancelou a operação, demonstra também o exercício, por parte da agravante, do tão aclamado direito de defesa, principalmente nos seguintes excertos:

“Recebemos nesta data cópia das Notas Fiscais de Venda nºs 2.534 e 2.534, datadas de 16/11/05, emitida pelo fornecedor em epígrafe ..., o que não trouxe fatos novos que alterassem nosso posicionamento sobre o cancelamento da operação, uma vez que os argumentos constantes do recurso datado de 25/11/05 não foram comprovados”.

“Assim, de acordo com o item 11 do Regulamento para Operacionalização da Compra de Produtos destinados a atender as atividades Finalísticas da CONAB nº 003/04, informamos o indeferimento do pleito, cancelando a operação referente aos lotes acima indicados, tendo em vista que o referido fornecedor infringiu o subitem 12.1.4 ...”

“Esclarecemos que serão aplicadas as penalidades previstas nos subitens 8.5, 13.2 e 13.3 ...”

Realmente, foi oportunizado o exercício do direito de defesa à agravante, e a aplicação de penalidades, pela Administração, tem previsão na Lei 8.666/93. A própria Lei de Licitação prevê, no art. 87, a aplicação de multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

O Regulamento nº 003/04 da CONAB prevê, dentre as penalidades, a inclusão do infrator no SIRCOI, ficando impedido de participar de qualquer operação da CONAB, e multa. Garantida a defesa prévia, como o foi, pode a Administração aplicar essas penalidades, e tal procedimento não fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Quanto à informação da ora agravante, à fl. 156, de que a CONAB enviou-lhe uma notificação no dia 15/03/06, com a finalidade de cobrar um débito, a título de penalidade pecuniária, no valor de R\$ 47.886,22, procedendo, em seguida, à imediata inscrição de seu nome (LC Comercial Ltda.) e de seu representante legal (Luis Fernando Garcia Cotta) no CADIN (Cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais), não sendo o seu conteúdo parte integrante das razões do recurso, e muito menos da decisão agravada, não pode ser apreciado nesta senda do agravo. Tal fato não inviabiliza, porém, que se acione o Poder Judiciário quando se entender que haja algum prejuízo, podendo a parte, se quiser, opor medida cautelar incidental, com o escopo de suspender a aludida inscrição do CADIN, até porque o débito está sendo discutido judicialmente.

Por último, quanto à determinação da douta Juíza *a quo* de que a ora recorrente emendasse a inicial, majorando o valor da causa, razão não assiste a essa última.

Sabe-se que, em mandado de segurança, o valor dado à causa deve guardar consonância com o conteúdo econômico da demanda, isto é, “se o *writ* tem por objeto a tutela de direito líquido e certo que possui expressão financeira imediata e quantificável, deve o valor dado à causa refletir o exato proveito econômico perseguido” (STJ, REsp 436.203/RJ, 3ª Turma, Min. Nancy Andrichi, 17/02/03).

Com efeito, se a impetrante, agravante, fixou o valor da causa em R\$ 1.000,00, quando almeja a efetivação de operação de compra e venda de 50.010 litros de óleo de soja refinado, plenamente correta a determinação da Magistrada de que fosse retificado o valor dado à causa.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 66.928-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Agravante: MARCLEIDE MARIA MACEDO PEDERNEIRAS
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Partes Rés: UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB,
CARLOS PEDROSA JÚNIOR, JOSÉ DIONÍSIO
GOMES DA SILVA E GUILHERME DE ALBUQUER-
QUE CAVALCANTI
Repte.: PROCURADORIA DA UFPB
Advs./Procs.: DRS. WILMAR UCHOA DE ARAÚJO E OUTROS
(AGRTE.)

EMENTA: PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE PROFESSOR DO DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS DA UFPB (EDITAL Nº 12/2003). INDÍCIOS DE FRAUDE POR ALEGADA FALTA DE FISCALIZAÇÃO NA REALIZAÇÃO DA PROVA ESCRITA (CITAÇÃO MINUDENTE DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS CONTENDO EDITORA, DATA, TÍTULOS SUBLINHADOS E SEMELHANÇA DA PROVA ESCRITA COM TEXTOS EXTRAÍDOS DE LIVROS E DA INTERNET). MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA C/C AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DEFERIDA. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO ATO DE NOMEAÇÃO DA AGRAVANTE APROVADA EM PRIMEIRO LUGAR NO CERTAME. PEDIDO DE EFEITO SUBSTITUTIVO ATIVO AO AGRAVO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ESTRITA OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONTIDOS NO ART. 37, CAPUT, DA CF/88 E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INDIVIDUAL RELATIVAMENTE À EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE CONCURSO PÚBLICO PARA ACESSO A CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS (ART. 37, II,

CF/88). AUSÊNCIA DE PERIGO DE IRREVER-SIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO (ART. 273, I, CPC). INDEFERIMENTO.

- Ação civil pública c/c ação de improbidade administrativa proposta pelo MPF objetivando a comprovação da ocorrência de ilegalidade na realização do concurso público de provas e títulos destinado a selecionar candidatos para o provimento de cargo de Professor de 3º Grau, com lotação no Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UFPB (Edital nº 12/2002). Embasamento fático e jurídico em procedimento administrativo instaurado pelo órgão ministerial a partir de cópias extraídas dos autos de ação mandamental, julgada extinta, sem apreciação do mérito, pela inadequação da via processual eleita, por se visualizar nelas fortes indícios da ocorrência de fraude na realização do citado concurso público.

- A Administração Pública, em todas as suas atividades, deverá guiar-se, sem deles se afastar, pelos princípios contidos no art. 37, caput, da CF/88 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), cuja aplicação deve dar-se concomitantemente a um outro preceito imposto à mesma Administração, no caso concreto, quanto à exigência de concurso público para acesso a cargos e empregos públicos (art. 37, II, CF/88).

- Os textos e artigos extraídos de livros e da internet e as referências bibliográficas em seus mínimos detalhes citados na prova escrita da agravante contrastam com a vedação insculpida na Resolução nº 50/96 do CONSEPE que, no seu item “6.a”, estabelece não ser permitido, na realização da prova, o uso de “livros, cadernos e materiais semelhantes”, por mais que se possa considerar que a agravante seja dotada de uma memória excepcional.

- Irrepreensível a r. decisão agravada, onde se identifica de plano a verossimilhança das alegações em face da alegada ausência de fiscalização na aplicação da prova escrita, corroborada pela vasta documentação carreada aos autos de onde se extrai a existência de fortes indícios a legitimar a manutenção da antecipação da tutela nos moldes em que fora deferida e, ainda, como forma de inibir a violação ao art. 37, II, da CF/88, atinente à exigência de concurso público para acesso a cargos e empregos públicos, através de um processo legítimo como resultado da observância dos preceitos constitucionais inerentes à Administração Pública (art. 37, caput, CF/88).

- Inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado com a manutenção da decisão agravada, em face da supremacia do interesse público ou finalidade pública em detrimento do interesse individual; este protegido reflexamente por aquele, tendo em vista que a suspensão do ato de nomeação da agravante, caso o resultado da instrução processual nos autos do processo originário lhe seja favorável, poderá ser restaurada com os direitos e acréscimos patrimoniais correspondentes.

- Pedido de efeito substitutivo ativo indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, indeferir o pedido de efeito substitutivo ativo ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 30 de março de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Marcleide Maria Macedo Pederneira interpõe agravo de instrumento, com pedido de efeito substitutivo ativo, contra decisão da lavra da MMA. Juíza Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba proferida nos autos da Ação Civil Pública c/c Ação de Improbidade Administrativa – Processo nº 2005.82.00.010950-9, que suspendeu os efeitos do ato de nomeação da agravante, a qual já se encontrava em efetivo exercício no cargo de Professor Assistente da UFPB desde 18/03/2005, conforme Portaria nº 424, publicada no *DOU* de 22/03/2005; pelo deferimento do pedido de antecipação de tutela requerido pelo MPF.

Nos fatos, expõe que o Ministério Público Federal obteve antecipação dos efeitos de tutela na Ação Civil Pública c/c Ação de Improbidade Administrativa propostas contra a UFPB, Marcleide Maria Macedo Pederneiras (ora agravante), Carlos Pedrosa Júnior, José Dionísio Gomes da Silva e Guilherme de Albuquerque Cavalcanti (membros da Banca Examinadora do concurso público), em face de haver o MPF, após análise empreendida nos autos do Mandado de Segurança nº 2004.82.00.004144-3, que tramitou na 3ª Vara Federal/PB, extinto sem julgamento do mérito, por inadequação da via processual, verificado “uma suposta fraude na realização do aludido concurso” e que essa “fraude” consistiria no suposto favorecimento da agravante, sob a alegativa desta haver copiado artigos de livros e de textos da internet quando da realização das provas com a conivência da Banca Examinadora.

A MMA. Juíza Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Paraíba deferiu a antecipação da tutela suspendendo os efeitos do ato de nomeação da aludida co-ré, já em efetivo exercício no cargo de Professor Assistente desde 18/03/2005, como se vê pelo teor da Portaria nº 424, publicada no *DOU* em 22/03/2005.

Frente à decisão concessiva da tutela antecipada, a agravante, sob a tese da presunção de legitimidade do seu ato de nomeação e conseqüente exercício do cargo, acentua o equívoco da decisão agravada que, no seu entendimento, embasou-se “tão-somente nas acusações unilaterais feitas por um dos participantes

do certame seletivo que não se conformou com a sua reprovação, e na frágil fundamentação da Magistrada de que existiu “semelhança entre a prova escrita da candidata e textos extraídos da internet e de livros..., atingindo ato jurídico perfeito, o qual exige para sua invalidade uma dilação probatória da instrução processual”.

Acrescenta, em relação à alegada semelhança da sua prova com livros e textos da internet, que estes “foram espontaneamente citados pela candidata”, a respeito dos quais não se poderia inferir, em juízo de cognição sumária, que a mesma tivesse feito uso de artifícios ilícitos na forma citada pelo MPF, inclusive, pela razão de que os citados textos e livros serviram como fonte de estudos pela agravante, além da independência dos integrantes da Banca Examinadora composta por 3 (três) Professores Doutores com a competência para corrigir e atribuir notas às provas.

Por fim, esboça a sua irresignação com a decisão agravada, pontuando existir uma enorme diferença entre dizer que dois textos são semelhantes e afirmar que um texto foi ilicitamente copiado do outro, afirmando, assim, que a ação civil pública proposta pelo MPF não continha em seu bojo os requisitos indispensáveis para a concessão da antecipação da tutela, nem tampouco o risco da demora na entrega da prestação jurisdicional.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

O Ministério Público Federal propôs Ação Civil Pública c/c Ação de Improbidade Administrativa objetivando a comprovação da ocorrência de ilegalidade na realização do concurso público de provas e títulos destinado a selecionar candidatos para o provimento de cargo de Professor de 3º Grau, com lotação no Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UFPB, na conformidade com o Edital nº 12/2002.

A Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público Federal (vol. 1, fls. 31/48) teve como suporte fático e jurídico o Procedimento Administrativo nº 1.24.000.000470/2004-18, instaurado a partir

de cópias extraídas dos autos do Mandado de Segurança nº 2004.82.00.004144-3, por se visualizar nelas fortes indícios da ocorrência de fraude na realização do concurso público de provas e títulos destinado a selecionar candidatos para o provimento de cargo de Professor de 3º Grau para o Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UFPB (Edital nº 12/2002).

Na inicial da referida ação mandamental, julgada sem análise do mérito perante o Juízo da 3ª Vara SJ/PB, por inadequação da via processual eleita (art. 295, III, do CPC), o impetrante, José Gomes Frade, ora agravado, atribui à Banca Examinadora do Concurso, ao Colégio Departamental da UFPB, ao Conselho do Centro de Ciências Sociais Aplicadas e ao CONSEPE - Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão da UFPB a prática de ato abusivo e ilegal, objetivando a anulação do referido concurso público (vol. 1, fls. 99/112).

Em relação aos fatos motivadores do pedido de anulação do concurso pelo impetrante, o MPF assim os resumiu (vol. 1, fls. 32/33):

- “a) que no dia e hora previstos para a 1ª prova (escrita/dissertativa) do aludido concurso, a também candidata Marcleide Maria Macedo Pederneiras adentrou na sala designada para tal fim portando uma pasta preta executiva e um telefone celular;
- b) que a Banca Examinadora deixou os candidatos, em número de três, sozinhos no recinto;
- c) que, como não havia ninguém da Comissão, o impetrante tentou fiscalizar os outros concorrentes, tendo percebido a participante Marcleide Maria Macedo Pederneiras abrir a pasta que conduzia por diversas vezes e retirar algo do seu interior, que, no seu entender, configurou fraude e plágio;
- d) que a Banca Examinadora não obedeceu aos preceitos constitucionais da Administração Pública, devido à sua ausência no certame em foco e por ter permitido a utilização de material proibido;
- e) que a prova da candidata Marcleide Maria Macedo Pederneiras foi copiada da internet, de livros e

legislações, mesmo assim foi considerada aprovada com notas muito altas; e
f) acredita ser possível, até mesmo, que a referida concorrente tenha trazido a dissertação sobre os temas do certame na sua pasta, tendo trocado a prova por uma já pronta, valendo-se da suposta amizade íntima com o Departamento e com os examinadores.”

Por sua vez, o MPF, após empreender análise dos argumentos contidos na inicial e da vasta documentação que instruiu o mandado de segurança impetrado, extinto sem apreciação do mérito, verificou (vol. 1, fl. 33), **“uma suposta fraude na realização do aludido concurso, que mereceu maiores investigações, haja vista que, realmente, os trechos destacados pelo impetrante na prova da candidata Marcleide Maria Macedo Pederneiras são, em grande parte, idênticos a textos contidos em documentos extraídos de livros e da internet”**. Em face disto, instaurou processo administrativo, instruindo-o com documentos e esclarecimentos requisitados ao Presidente do CONSEPE, ao Reitor da UFPB e ao Presidente da Banca Examinadora do concurso (vol. 1, fl. 33).

Referindo-se ao procedimento administrativo instaurado na inicial da Ação Civil Pública proposta (vol. 1, fl. 33), o MPF registrou: **“Chamou nossa atenção, de início, tanto a semelhança dos trechos da prova questionada em relação às fontes indicadas pelo candidato José Guedes Frade, como o fato de constarem diversas referências bibliográficas na prova questionada, inclusive com transcrições literais, indicações de números de páginas e demais dados editoriais de obras consultadas, quando as Normas Específicas complementares à Resolução 50/96 do CONSEPE previam no seu item ‘6.a’, não ser permitido, na realização da prova, o uso de ‘livros, cadernos e materiais semelhantes”**”.

À vista dos fatos, a MMA. Juíza Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Paraíba deferiu a antecipação da tutela, cujo dispositivo expressa a seguinte determinação: **“Diante do exposto, considerando a existência de provas documentais convincentes acerca da conduta irregular da co-ré Marcleide**

Maria Macedo Pederneiras, bem como do conseqüente dano permanente à moralidade administrativa, defiro a antecipação da tutela pretendida, para o fim de suspender os efeitos do ato de nomeação da aludida co-ré, já em efetivo exercício no cargo de Professor Assistente desde 18/03/2005, como se vê pelo teor da Portaria nº 424, publicada no *DOU* em 22/03/2005”.

Em suma, o objeto material das irregularidades apontadas pelo MPF, em primeiro lugar, verifica-se na citação de referências bibliográficas contendo editora, data e títulos sublinhados, a exemplo de uma amostra dos textos supostamente transcritos pela candidata, então agravante, em sua prova, citada pela MMA. Juíza (vol. 1, fl. 18), na decisão agravada, onde se lê:

“(…) O professor Hely Lopes Meirelles, em trabalho publicado em 1975, na Revista do Tribunal de Contas do Direito (veja o erro cometido ao copiar) Federal ensina (...) (prova escrita, fl. 137)

“(…) O professor Hely Lopes Meirelles, em trabalho publicado em 1975, na Revista do Tribunal de Contas do distrito (termo correto!) (documento extraído da internet, fl. 146)

“(…) Referências Bibliográficas

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

CATELLI, Armando. Controladoria: uma abordagem de Gestão Econômica. Atlas, 1999.(…) (prova escrita, fl. 144).”

Em segundo lugar, revela-se bastante esclarecedor da situação em debate o Parecer do Conselheiro João Andrade da Silva (vol. 3, fls. 445/448), apesar de haver sido rejeitado por 6 (seis) votos contrários a 4 (quatro) favoráveis e 5 (cinco) abstenções (vol. 3, fl. 449), *in verbis*:

“(…) **Considerações**

As considerações feitas pelo requerente, o candidato Sr. José Gomes Frade, são de extrema gravidade, embora sejam de caráter subjetivo,

merecem ser avaliadas com muita atenção. Na tentativa de encontrar amparo legal para melhor me posicionar diante dessa subjetividade, o processo foi enviado à Procuradoria Federal - UFPB, que emitiu parecer, que mesmo podendo ainda ser considerado bastante subjetivo, pode auxiliar na emissão desse parecer. (Grifei)

Em seu parecer, o Procurador Federal Sérgio Benvides Felizardo afirma que 'a falta de fiscalização, se comprovada, é motivo de ensejar a anulação do certame, posto que a ausência de fiscalização facilita eventuais fraudes contra a lisura do concurso'.

Atendendo solicitação da direção do Centro de Ciências Sociais e Aplicadas - CCSA, **o Professor Doutor Carlos Pedrosa Júnior apresentou um extenso relato de quatro laudas**, nas quais pode expressar toda a sua indignação contra a atitude do requerente, Sr. José Gomes Frade, **mas, em uma leitura bastante cuidadosa, em nenhum momento consegui identificar uma afirmação categórica de que os membros da Banca Examinadora, responsáveis pela realização do concurso em questão, não se ausentaram do local, onde estava se realizando a prova escrita.** (Grifei)

Em sua defesa, a candidata, a Sra. Marcleide Maria Macedo Pederneiras, defende veementemente o trabalho da Banca Examinadora, responsável pelo concurso, tenta também desqualificar o pedido de anulação do certame, **mas também evitou o tema central dessa questão, que, sob o prisma do meu raciocínio, é a falta de fiscalização durante a realização da prova escrita, por parte da Banca Examinadora responsável pelo concurso.** (Grifei)

No relato apresentado pelo Professor José Antônio Rodrigues da Silva, em seu pedido de vistas, ele reconhece a gravidade do assunto, ten-

ta desqualificar as acusações, mas, mais uma vez, evita o cerne da questão, que é a realização da prova escrita sem a presença da Banca Examinadora. (Grifei)

Parecer

Diante da gravidade do problema, uma vez que **nenhuma das partes envolvidas na realização do concurso contesta a alegação principal do requerente, Sr. José Gomes Frade, que é a falta de fiscalização da prova escrita do Concurso Público de Provas e Títulos para Professor Assistente Nível I do Departamento de Finanças e Contabilidade do CSSA, por parte da Banca Examinadora, responsável pela realização do concurso**, somos de parecer favorável que este Conselho recomende a realização de um novo concurso, obedecendo ao artigo 18 da Resolução 50/96 do CONSEPE.

Salvo entendimentos contrários, este é o nosso parecer. (...)” (Grifei)

Após estas ilações, à luz do disposto no art. 273, I, § 2º, CPC, inicialmente, não vislumbro a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação ou perigo de irreversibilidade do provimento antecipado com a manutenção da decisão agravada, inclusive, por tomar como norte o preceito da supremacia do interesse público ou finalidade pública em detrimento do interesse individual; este protegido reflexamente por aquele.

É sabido que em todas as suas atividades a Administração Pública deverá guiar-se, sem deles se afastar, pelos princípios contidos no art. 37, *caput*, da CF/88 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), aplicando-os concomitantemente a um outro preceito imposto à mesma Administração, no caso concreto, quanto à exigência de concurso público para acesso a cargos e empregos públicos (art. 37, II, CF/88).

Observa-se, por seu turno, da vasta documentação constante dos autos, o atendimento ao requisito da verossimilhança, porquan-

to do acervo documental referido colhe-se a notícia de indícios de irregularidade no concurso, particularmente em relação à realização da prova escrita que, a princípio, teria sido aplicada sem a adequada fiscalização e, por conseguinte, propiciado acesso a materiais extraídos de livros e textos da internet.

A esse respeito, nesta via estreita do agravo de instrumento, acentue-se que as referências bibliográficas citadas pela agravante na sua prova escrita (vol. 3, fls. 509/510), para fundamentar o seu entendimento, alvo de suposta fraude alegada pelo MPF, no meu sentir, não foram consideradas isoladamente.

Conforme se registrou anteriormente, o órgão ministerial instaurou procedimento administrativo, o qual foi instruído com **“documentos e esclarecimentos requisitados, mediante ofícios, ao Presidente do CONSEPE, ao Reitor da UFPB e ao Presidente da Banca Examinadora do certame em tela”**, (vol. 1, fl. 33); que, somado a outros elementos, entre eles os fatos descritos na inicial do Mandado de Segurança – Processo nº 2004.82.00.00 4144-3, que tramitou na 3ª Vara Federal/PB, extinto sem julgamento do mérito, por inadequação da via processual eleita, serviu de fundamento ao MPF para propor a ação civil pública c/c ação de improbidade administrativa – Processo nº 2005.82.00.010950-9, da qual se transcreve os seguintes argumentos extraídos do vol. 1, fl. 33, *ipsis litteris*:

“Compulsando os autos, pela leitura dos argumentos expostos na inicial e análise da vasta documentação trazida pelo impetrante, verificou-se uma suposta fraude na realização do aludido concurso, que mereceu maiores investigações, haja vista que, realmente, os trechos destacados pelo impetrante na prova da candidata Marcleide Maria Macedo Pederneiras são, em grande parte, idênticos a textos contidos em documentos extraídos de livros e da internet.

(...)

Chamou nossa atenção, de início, tanto a semelhança dos trechos da prova questionada em relação às fontes indicadas pelo candidato José Gomes Fra-de, como o fato de constarem diversas referências

bibliográficas na prova questionada, inclusive com transcrições literais, indicações de números de páginas e demais dados editoriais de obras consultadas, quando as Normas Específicas Complementares à Resolução 50/96 do CONSEPE previam, no seu item '6.a', não ser permitido, na realização da prova, o uso de 'livros, cadernos e materiais semelhantes'.

Obviamente, essas constatações corroboram fortemente as afirmações do candidato José Gomes Frade no sentido de que teria a candidata realizado consulta a fontes de pesquisa durante a realização da prova, bem como de que não teria havido a devida fiscalização por parte da Banca Examinadora acima mencionada. Afinal, seria um tanto temerário acreditar-se que referida candidata teria 'memorizado' todas essas informações, coincidentemente no tocante ao tema sorteado para a prova em tela."

De qualquer sorte, enfatize-se que em momento algum se afirmou ou se pretende afirmar que o texto de autoria da agravante foi ilicitamente copiado, apenas se está buscando, através dos instrumentos processuais legítimos e da estrita observância aos princípios constitucionais inerentes à Administração Pública, diante de fatos trazidos a este Juízo *ad quem*, como resultado do procedimento administrativo instaurado pelo MPF, identificar a lisura do concurso público para Professor da UFPB, prestando-se para esse fim a Ação Pública proposta pelo MPF, na proteção de "outros interesses difusos e coletivos" (art. 129, III, da CF/88).

É fato que a documentação constante do vol. 3, fls. 498/510 (prova escrita da agravante), fls. 511/540 (textos e artigos extraídos de livros e da internet) e fls. 509/510 (referência bibliográfica em seus mínimos detalhes), contrasta com a vedação insculpida na Resolução nº 50/96 do CONSEPE (que, no seu item "6.a", estabelece não ser permitido, na realização da prova, o uso de "livros, cadernos e materiais semelhantes"), por mais que se possa considerar que a agravante seja dotada de uma memória excepcional, não se entendendo com isso juízo de menosprezo a respeito da capacidade intelectual da agravante.

Irrepreensível, portanto, a r. decisão interlocutória agravada, onde se identifica de plano a verossimilhança das alegações com assento na violação ao art. 37, II, da CF/88, pela alegada ausência de fiscalização na aplicação da prova escrita, corroborada pela vasta documentação carreada aos autos, de onde se extrai a existência de indícios a legitimar a manutenção da antecipação da tutela nos moldes em que fora deferida.

Conseqüentemente, a suspensão do ato de nomeação da agravante se impõe, em razão da supremacia do interesse público sobre o individual, porquanto, caso o resultado da instrução processual nos autos do processo originário lhe seja favorável, aquele poderá ser restaurado com os direitos e acréscimos patrimoniais correspondentes.

Posto isso, considerando os judiciosos fundamentos da decisão agravada, os quais reitero na sua integralidade, juntamente aos fundamentos aqui expostos, indefiro o pedido de efeito substitutivo ativo ao presente agravo, mantendo a suspensão dos efeitos do ato de nomeação da agravante.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 283.645-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelada: CONSTRUTORA A. AZEVEDO LTDA.
Advs./Procs.: DRS. PAULO SÉRGIO DUARTE DA ROCHA JÚNIOR E OUTROS (APTE.) E MIGUEL JOSINO NETO E OUTROS (APDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR. SFH. CONTRATO DE MÚTUO PARA A CONSTRUÇÃO DE CASAS POPULARES. CONJUNTO 30 DE SETEMBRO. INEXECUÇÃO DO CONTRATO PELA CEF, QUE INVIABILIZOU A COMERCIALIZAÇÃO DAS UNI-

DADES HABITACIONAIS E TORNOU INEVITÁVEL A INADIMPLÊNCIA DA CONSTRUTORA NO TOCANTE À QUITAÇÃO DO DÉBITO. INAPLICABILIDADE DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO EM PROL DO AGENTE FINANCEIRO. INEXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL.

- Contrato de mútuo para a construção de casas populares, no qual caberia à CEF liberar as parcelas do financiamento, de acordo com o cronograma da obra, devendo a construtora quitar o seu débito mediante a comercialização das unidades habitacionais construídas.

- Perícia que apurou a liberação do empréstimo em 26 (vinte e seis) parcelas, quase sempre com atraso e abaixo dos valores correspondentes às medições efetuadas, e não em 10 (dez) parcelas, conforme contratado, dando causa ao alongamento do prazo de execução das obras.

- Encargos de infra-estrutura que, não obstante serem previsíveis, não constaram do projeto técnico-financeiro elaborado pela CEF previamente à contratação, e foram inteiramente repassados à construtora, à revelia de compromissos firmados entre a instituição financeira e o Governo do Estado do Rio Grande do Norte, para que este arcasse com tais custos. Situação fático-jurídica já pacificada pelo Plenário desta Corte (EINFAC 266.999/RN, Rel. Des. Federal José Maria Lucena, DJ 10.08.2004).

- Elevação do preço de venda dos imóveis, inviabilizando a sua comercialização e, conseqüentemente, o pagamento da dívida pela empresa mutuária.

- Omissão da CEF em efetuar o rateio do preço dos imóveis, impedindo as operações de repasse aos mutuários cadastrados, com base na intempestiva exigência do “habite-se”.

- Inadmissibilidade de valer-se a CEF da exceção do contrato não cumprido, se ela própria deixou de honrar os seus compromissos, tornando inevitável o descumprimento das obrigações da construtora.

- Não há título executivo judicial porque o empréstimo não foi liberado na forma contratada.

- Precedente da eg. Terceira Turma, em caso idêntico (AC nº 310.019-RN, Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, DJ 20.08.2003).

- Apelação improvida. Manutenção da sentença.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, 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, 28 de março de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Tem-se aqui embargos do devedor opostos pela Construtora A. Azevedo Ltda., objetivando desconstituir execução fundada em contrato de financiamento para a construção de imóveis residenciais de baixo custo, promovida pela CEF - Caixa Econômica Federal.

O douto Juiz singular reconheceu que a CEF não liberou as parcelas do mútuo conforme o contrato, bem como deixou de informar o valor de custo do empreendimento e seu rateio por unidade construída, e inovou no contrato, exigindo da construtora a apresentação de “habite-se” antes mesmo do início da comercialização das unidades habitacionais, tornando inevitável a inadimplên-

cia da embargante. Tais fatos, a teor do julgado, traduzem a mora *accipiendi*, a tornar inexigível o título e, portanto, nula a execução.

Irresignada, a CEF apela da r. sentença, nela apontando os seguintes defeitos:

a) a liberação das parcelas do mútuo não se fez integralmente porque a construtora retardou a execução da obra;

b) a exigência de “habite-se” é condição indispensável para o registro imobiliário das unidades habitacionais e a conseqüente viabilização da venda dos imóveis, cabendo à construtora promover a sua obtenção, nos termos do art. 7º da Lei nº 4.380/64 e da cláusula 10 do contrato; e

c) o inadimplemento da empresa recorrida, nos termos dos arts. 476 do CC/2002 e 615, IV, do CPC, deu causa ao vencimento antecipado da dívida e à imediata execução do contrato, que constitui, assim, título plenamente exigível.

Com tais argumentos, pede a reforma integral da sentença.

Recebido o recurso, com contra-razões, subiram os autos a esta Corte, vindo conclusos ao Exmo. Sr. Desembargador Federal Napoleão Nunes Maia Filho, que então atuava como relator da presente apelação cível.

A eg. Quarta Turma, em acórdão de fls. 965/977, converteu o julgamento do recurso em diligência, determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem, para que se realizasse audiência de conciliação, com a participação do Estado do Rio Grande do Norte, autorizado pela Lei Estadual nº 7.605/99 a assumir os custos de infra-estrutura da obra em questão.

A composição entre as partes restou frustrada, retornando os autos a este Tribunal, vindo-me agora conclusos, por sucessão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

A questão posta em julgamento reside em saber quais são as obrigações das partes, decorrentes do contrato que celebraram,

para então determinar se a apelada deverá, ou não, responder por eventual omissão ou inadimplemento.

Trata-se de contrato de financiamento, pactuado em 09.03.1990, sob a égide do Sistema Financeiro da Habitação, para viabilizar a construção de 486 casas populares no Conjunto “30 de Setembro” em Mossoró/RN, destinadas à população de baixa renda, mediante o liberação de 10 parcelas, de acordo com o cronograma da obra a ser executada pela empresa contratada, a qual deverá quitar o mútuo após a finalização do projeto, na medida em que as unidades habitacionais forem sendo vendidas (cf. contrato, fls. 382/397).

Noutras palavras, a execução do contrato se desdobra em dois momentos distintos: o primeiro, no qual a CEF libera 97% das parcelas do financiamento, ao longo da construção, e os 3% restantes ao final dela; e o segundo, em que a construtora começa a pagar o débito contraído na primeira fase, com os recursos da venda das unidades residenciais a possíveis mutuários, cadastrados pela instituição financeira.

No concernente à primeira fase do contrato, o laudo pericial afirma com clareza (fls. 619/655) que a CEF liberou as parcelas iniciais do financiamento (97%), conforme pactuado. No entanto, a perícia aponta para os constantes atrasos na liberação das parcelas, sempre abaixo do valor que seria devido de acordo com as medições das obras executadas, exceto no período de abril a julho de 1990, em que houve atrasos na execução (fls. 400/414 - relatórios de medição; fl. 633 - perícia).

A esse respeito, é bastante esclarecedora a sindicância realizada pela CEF (fls. 140 e ss.), que atribui os referidos atrasos aos elevados custos de infra-estrutura, não previstos no projeto elaborado previamente à contratação. Nesse caso, ao que parece, a instituição financeira apelante não procedeu com a costumeira competência técnico-financeira, e por isso mesmo os gestores do projeto foram punidos administrativamente.

Essa situação, por si mesma, consubstancia o inadimplemento de obrigação contratual assumida pela instituição financeira, porquanto o financiamento foi creditado à construtora em 26 (vinte e seis) parcelas, ao invés das 10 (dez) prestações previstas no con-

trato, dando causa ao atraso da obra. Diante disso, é correta a r. sentença, que afastou a aplicação da exceção do contrato não cumprido, defendida pela apelante, pois foi ela quem primeiro descumpriu a avença.

Há também que se considerar, no tocante à segunda fase da contratação, que a apelante procura imputar à construtora a responsabilidade pelo fracasso da comercialização das unidades habitacionais, pelo simples fato da não apresentação do “habite-se”.

A CEF alega em seu favor a cláusula 10 do contrato que celebrou com a construtora, cujos trechos relevantes são os seguintes:

“Décima. A comercialização das unidades (...) será **formalizada** mediante a assinatura do contrato, em qualquer caso, condicionada à obtenção do ‘**habite-se**’. (...) A CEF somente **autorizará** a comercialização da uma unidade se o valor do financiamento ao seu adquirente for igual ao valor do empréstimo ora concedido, **na proporção do preço da unidade**”. (Grifei)

Vê-se bem que o argumento da apelante não procede, pois, nos termos da mencionada cláusula, a obtenção do “habite-se” é pré-requisito para a formalização dos contratos com os mutuários, mas, antes disso, a autorização para a comercialização, também chamada de “repasso”, dependerá do rateio individual do preço da respectiva unidade habitacional.

Cabe salientar que, sob o mesmo pretexto da falta do “habite-se” – condição posterior ao rateio –, a instituição financeira não atendeu às várias notificações que lhe encaminhou a construtora, para a apresentação do rateio individual dos custos de construção, o que, obviamente, impediu o repasse (venda) das casas, por falta de preço.

Também aqui decidiu bem o douto juiz singular, ao enxergar na exigência abusiva da CEF a nota de mora *accipiendi*.

Ocorre, ainda, que, sob o ponto de vista comercial, o projeto habitacional *sub examine* é inviável. Explico.

Nesse aspecto a apelante procedeu a uma análise superficial do contrato, descolada dos contextos social, econômico, administrativo, e até mesmo político, que envolviam o referido projeto habitacional, induzindo à conclusão de que os custos de infra-estrutura já estariam embutidos no valor do financiamento e que tais despesas correriam exclusivamente por conta da construtora, integrando o preço de venda dos imóveis.

A realidade, porém, é bem outra. Posto que estabelecido no § 2º da cláusula segunda do contrato que os recursos ali emprestados terão como destinação, inclusive, a infra-estrutura do projeto, há nos autos documentos que permitem afirmar que a implantação de tais obras caberia ao Governo do Estado do Rio Grande do Norte, que, nesse sentido, firmou, em 1988, termo de compromisso perante a CEF (fl. 132), reiterado em 25.03.1991, já na vigência da contratação (fl. 136), a depender de autorização legislativa, o que só veio a ocorrer com a publicação da Lei nº 7.605/99.

De ressaltar que, no julgamento dos EINFAC nº 266.999/RN (Rel. Des. Federal José Maria Lucena, *DJ* 10.08.2004), o eg. Plenário desta Corte manteve acórdão de minha lavra, reconhecendo taxativamente o “compromisso do Governo do Rio Grande do Norte em executar, às suas expensas, parte da pavimentação do Conjunto 30 de Setembro”, situação que, acaso concretizada, acarretaria a redução efetiva do preço de cada unidade para os mutuários.

Os autos confirmam as inúmeras gestões da construtora perante o Governo potiguar e a CEF, que se arrastaram durante vários anos, até a audiência de conciliação realizada já depois da interposição do presente recurso. Nada disso surtiu efeito e o fato é que a recorrida concluiu em 1992, às suas expensas, a infra-estrutura necessária para atender às 486 casas que construiu no Conjunto “30 de Setembro”, aumentando o custo do empreendimento em pelo menos 30% (a sindicância da CEF chega a avaliar a elevação dessas despesas em 100%).

Com efeito, causa espécie que o projeto técnico-financeiro do Conjunto “30 de Setembro”, elaborado pela CEF anteriormente à celebração do contrato em tela, não tivesse atinado para a existência do acordo havido com o Estado do Rio Grande do Norte. Surpreende, também, a temeridade de se querer repassar à cons-

trutora, e, finalmente, aos possíveis adquirentes das unidades habitacionais, pessoas de baixa renda, os altos custos de infra-estrutura, sequer previstos quando da feitura do projeto.

Referidos questionamentos suscitaram a realização da pré-falada sindicância (fls. 140 e ss.), de cujas elucidativas conclusões destaco os seguintes trechos:

“12.3. A exclusão do item pavimentação foi elemento fundamental para o insucesso do empreendimento, haja vista as condições geofísicas do solo, sujeito a erosões, fato este alertado, antes da contratação do empreendimento, pela Coordenadoria do Meio Ambiente (...).

12.2. Os contratos foram assinados para 5 grupos, totalizando 2.416 unidades, e sem a incidência da pavimentação, estranhamente, essas modificações não foram submetidas à análise técnica da ENGER/RN, onde provavelmente teria sido detectada a não-redução dos custos da infra-estrutura referentes aos itens terraplenagem e rede de energia elétrica, que contemplavam 5.716 unidades e não as 2.416 unidades efetivamente contratadas, fato que onerou o empreendimento e ocasionou diversos contratemplos e atrasos nas obras (...).

13. (...)

- Mais uma vez, um item de fundamental importância, como o da demanda/viabilidade comercial, já que **os valores finais das unidades praticamente dobraram de valor, nem foram objeto de estudo mais detalhado**, aceitando-se simplesmente as informações da COHAB/RN, no sentido de que as unidades seriam de fácil comercialização.

- **Os custos propostos não foram analisados, principalmente os relativos à infra-estrutura.** A análise limitou-se a verificar a coerência entre o custo de construção da habitação em relação ao SINAPI e se o valor final das unidades era inferior ao valor limite do programa”. (Grifei).

Diante da análise feita pela própria CEF, revelam-se patentes as grosseiras falhas na elaboração do projeto habitacional, de inteira responsabilidade daquela instituição financeira, que ocasionaram a transferência integral dos encargos da infra-estrutura à recorrida, na perspectiva equivocada de implantação do dobro de casas efetivamente construídas, sem a correspondente liberação de recursos, levando-a, num primeiro momento, a atrasar a execução das obras.

A situação da construtora agravou-se sobremaneira, num segundo momento, com a incorporação daqueles elevados custos ao preço de venda dos imóveis, inviabilizando a sua comercialização e, conseqüentemente, minando a possibilidade de pagamento da “dívida” do financiamento, que hoje beira a incrível soma de R\$ 43.000.000,00.

O quadro que, sucintamente, procurei delinear, revela que a instituição financeira não somente deixou de executar a sua parte do contrato, como também, com isso, tornou inevitável o descumprimento das obrigações contraídas pela empresa apelada.

Nesse contexto, repito, é de ser mantida a r. sentença, quando entendeu inaplicável a *exceptio non adimpleti contractus* (arts. 476, do CC/2002, e 615, IV, do CPC), como fundamento de defesa da CEF nos presentes embargos, pois, ao contrário, incide em seu desfavor a mora *accipiendi*, autorizando reconhecer a inexistência de título executivo extrajudicial, porque o empréstimo que lhe serve de objeto não foi liberado na forma contratada.

Na esteira do que expus acima, colho da eg. Terceira Turma precedente que considero perfeitamente ajustável à presente hipótese, pois tratou de contrato idêntico ao que ora se analisa, cujo objeto era o financiamento de obras habitacionais no mesmo Conjunto “30 de Setembro” em Mossoró/RN. O referido aresto foi assim ementado, *verbis*:

“ADMINISTRATIVO E CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. INAPLICABILIDADE DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. NÃO APRESENTAÇÃO DO REAL VALOR DO CUSTO DO EMPREENDIMENTO PELA CEF. INVIABILIZAÇÃO DA COMERCIALIZAÇÃO DAS UNIDADES HABITACIONAIS,

PELA CONSTRUTORA EMBARGANTE E CONSEQUENTE QUITAÇÃO DO DÉBITO. INEXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. SÚMULA 233/STJ. INOBSERVÂNCIA DO PRECEITO *PACTA SUNT SERVANDA*.

1. A iniciativa da CEF, ao deixar de viabilizar as condições necessárias ao pagamento do débito, por parte dos embargantes, no momento em que não disponibilizou os reais valores do negócio, prejudicando, inclusive e principalmente, os consumidores finais dos imóveis, e ao inadimplir a obrigação de viabilizar a comercialização das unidades habitacionais em questão, implicou em violação ao direito e ofensa a negócio jurídico perfeito.

2. Não atendimento, pela CEF, das várias modificações que lhe encaminhou a apelada. Impossibilidade de a construtora embargante realizar a venda dos imóveis para, posteriormente, quitar, junto à CEF, o seu débito, atendendo ao pactuado. Embargada que, além de quebrar o seu compromisso, ao se negar a apresentar o valor do custo do empreendimento e o seu rateio por unidade construída, levou a construtora embargante a não satisfazer o débito com ela assumido, em função do pacto avençado.

3. Liberação do empréstimo da CEF em 20 (vinte), e não em 10 (dez) parcelas mensais, sucessivas, como previsto no cronograma de desembolso (anexo ao contrato). Prova pericial que apurou, pelo boletim de medições da própria apelante, a liberação de cifras em menor valor do que o das obras executadas em cada etapa e em valores menores do que o contratado. Responsabilidade da CEF pelo alongamento do prazo de execução das obras.

4. Ausência de prova, pela CEF, de que os embargantes tenham, moto próprio, deixado de cumprir o que lhes cabia, em face do pactuado. Inadmissibilidade de valer-se a CEF da exceção do contrato não cumprido, se ela própria deixou de honrar os seus compromissos.

5. Prova documental que não é suficiente para que se possa formar convencimento acerca da procedência da pretensão da apelante, que não vai de encontro ao que se alega e que não se apresta para opor glosa ou censura à conduta dos embargantes.

6. Impossibilidade de falar-se em execução, se não há título executivo judicial referente ao dito saldo devedor líquido, que a apelante defende existir. Aplicação à espécie da Súmula 233 do STJ.

7. O contrato é lei entre as partes (*o pacta sunt servanda* dos romanos); não pode a avença, ao sabor da livre conveniência de uma das partes, ser alterada.

Apelação improvida”. (AC nº 310.019-RN, Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, DJ 20.08.2003).

Com tais considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 312.421-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: S/A CONSTÂNCIO VIEIRA
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. JOÃO BATISTA NUNES E OUTROS (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE LUCRO LÍQUIDO. ART. 35 DA LEI Nº 7.713/88. SOCIEDADE ANÔNIMA. RESOLUÇÃO Nº 82/96 DO SENADO FEDERAL. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR 118/05. NÃO APLICAÇÃO. COMPENSAÇÃO. LEI 9.430/96, ART. 74, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 10.637/2002. ART. 170-A DO CTN. INCIDÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICABILIDADE.

- A 1ª Seção do STJ, na apreciação do EREsp

435.835/SC, Rel. p/ o acórdão Min. José Delgado, julgado em 24.03.2004, cf. Inf. de Jurisprudência do STJ nº 203, de 22 a 26 de março de 2004, re- vendo a orientação até então dominante, firmou entendimento no sentido de que o prazo prescricional para o ajuizamento de ação de repetição de indébito, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, é de cinco anos, tendo como marco inicial a data da homologação do lançamento, que, sendo tácita, ocorre no prazo de cinco anos do fato gerador. Considerou-se ser irrelevante, para efeito da contagem do prazo prescricional, a causa do recolhimento indevido (v.g., pagamento a maior ou declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo Supremo), eliminando-se a anterior distinção entre repetição de tributos cuja cobrança foi declarada inconstitucional em controle concentrado e em controle difuso, com ou sem edição de resolução pelo Senado Federal, mediante a adoção da regra geral dos “cinco mais cinco” para a totalidade dos casos.

- Por ocasião do julgamento do EREsp 327.043/DF, a Primeira Seção daquela Corte se manifestou no sentido de que os efeitos retroativos previstos na LC 118/05 devem ser limitados às ações ajuizadas após a vacatio legis de 120 dias prevista no referido dispositivo.

- Tendo em vista que a LC nº 118/05 foi publicada em 09/02/05, a incidência da norma em tela opera-se apenas a partir de 09/06/05. Considerando que a presente ação foi ajuizada em 21/12/2001, infere-se que o prazo prescricional continua a ser aplicado nos moldes do EREsp 435.835/SC, o qual corresponde à denominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco) para a definição do termo a quo do prazo prescricional.

- Do montante a compensar, devem ser apenas excluídas as parcelas recolhidas fora do decê-

nio que antecede ao ajuizamento da ação, vale dizer, anteriores a 21/12/1991, visto que inegavelmente atingidas pela prescrição. Prejudicial acolhida, em parte.

- O Plenário do eg. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 172058-1/SC, da relatoria do Min. Marco Aurélio, reconheceu como inconstitucional, no art. 35 da Lei nº 7.713/88, as expressões “o acionista” e “o sócio cotista”, este, quando o contrato social não previr a imediata disponibilidade do lucro líquido apurado.

- Em seguida, o Senado Federal, no exercício de suas atribuições constitucionais previstas no art. 52, X, suspendeu a eficácia da expressão: “o acionista”, contida no art. 35 da Lei 7.713/88, por meio da Resolução 82, de 18 de novembro de 1996.

- Asseverou o Pretório Excelso que o art. 35 da Lei nº 7.713/88 é inconstitucional no tocante ao acionista de sociedade anônima, uma vez que, em tais modalidades societárias, a distribuição dos lucros depende de deliberação da assembléia geral. Portanto, não há aquisição de disponibilidade jurídica do acionista mediante a simples apuração do lucro líquido. Contudo, relativamente ao sócio quotista e ao titular de empresa individual, o aludido dispositivo legal não é, em abstrato, inconstitucional, podendo sê-lo em dado caso concreto, a depender do que estiver estabelecido no contrato social.

- Por intermédio do art. 49 da Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002 (convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002), foi alterado o art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96.

- O referido art. 74 passou a expor: “O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação

de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão”.

- Disciplinando o citado dispositivo, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 210, de 1º/10/2002, cujo art. 21 estatuiu: “O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da SRF”.

- Na espécie, o pedido de compensação foi formulado antes da vigência das normas legais supracitadas, razão pela qual as diferenças decorrentes dos recolhimentos indevidos a título de Imposto de Renda só podem ser compensadas com débitos relativos ao mesmo tributo.

- Em sintonia com os recentes precedentes do egrégio STJ (RESP 825637/SP, DJ 15/05/2006, pág. 185), passo a adotar a tese de que deve ser aplicado o direito vigente ao tempo do ajuizamento da ação.

- In casu, a compensação pode ser realizada apenas com o trânsito em julgado, pois, à época da propositura da ação (21/12/2001), já estava em vigor a Lei Complementar 104/2001, que introduziu no Código Tributário o art. 170-A, segundo o qual “é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”.

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação,

nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 1º de junho de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente Ação Ordinária de Repetição de Indébito ajuizada com o fito de obter a restituição do Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido, instituído pela Lei nº 7.713/88, sob a forma de compensação com recolhimentos vencidos e vincendos de tributos administrados pela Receita Federal.

Aduz que, além de pagar o seu Imposto de Renda sobre o lucro real, ainda se obriga a recolher mais 8% (oito por cento) sobre o lucro líquido, a título de tributação dos seus acionistas ou sócios, mesmo quando não ocorresse qualquer distribuição de resultados.

Sustenta a inconstitucionalidade da exação, por força da afronta ao artigo 43 do CTN, embasando-se na decisão proferida no STF no RE nº 172.058/95

O MM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido (fls. 56/58), ao fundamento de que teria ocorrido a decadência do direito pleiteado.

Asseverou o nobre julgador que somente a partir da publicação da decisão proferida pelo STF no RE nº 172.058/SC, datada de 30/06/95 e publicada no *DJ* de 13/10/95, é que passou a existir a convicção de ser indevido o tributo, tendo o prazo decadencial se esgotado em 13/10/2000, data esta anterior à da propositura da ação (21/12/2001).

Nas razões recursais (fls. 62/73), a apelante sustenta a não ocorrência da decadência.

Aduz que, nos termos do artigo 18 do contrato social, não há nenhuma previsão de disponibilidade econômica ou jurídica imediata dos lucros apurados no final do exercício que caracteriza a hipótese de incidência do Imposto sobre o Lucro Líquido.

Contra-razões às fls. 77/79.

Vieram-me os autos conclusos para julgamento.

Relatei.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A matéria em deslinde versa sobre a restituição do Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido, instituído pela Lei nº 7.713/88, sob a forma de compensação com recolhimentos vencidos e vincendos de tributos administrados pela Receita Federal.

O MM. Juiz *a quo* extinguiu o feito com julgamento do mérito (fls. 56/58), ao fundamento de que teria ocorrido a decadência do direito pleiteado.

Inicialmente, cumpre analisar a seguinte prejudicial de mérito, que embasou o recurso apelativo.

DA PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL

A 1ª Seção do STJ, na apreciação do EREsp 435.835/SC, Rel. p/ o acórdão Min. José Delgado, julgado em 24.03.2004, revendo a orientação até então dominante, firmou entendimento no sentido de que o prazo prescricional para o ajuizamento de ação de repetição de indébito, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, é de cinco anos, tendo como marco inicial a data da homologação do lançamento, que, sendo tácita, ocorre no prazo de cinco anos do fato gerador. Considerou-se ser irrelevante, para efeito da contagem do prazo prescricional, a causa do recolhimento indevido (*v.g.*, pagamento a maior ou declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo Supremo), eliminando-se a anterior distinção entre repetição de tributos cuja cobrança foi declarada inconstitucional em controle concentrado e em controle difuso, com ou sem edição de resolução pelo Senado Federal, mediante a adoção da regra geral dos “cinco mais cinco” para a totalidade dos

casos. Isto posto, afasto a preliminar que conduziu à extinção do feito no juízo monocrático, de forma que, cingindo-se a controvérsia a matéria eminentemente de direito, configurada está a aplicação do artigo 515, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.352/01, autorizando o Tribunal a apreciar o mérito da demanda sem a necessidade do retorno dos autos à origem, vez que a causa encontra-se madura para julgamento.

Oportuno ressaltar que, por ocasião do julgamento do EREsp 327.043/DF, datado de 27/04/05, a Primeira Seção do egrégio STJ se manifestou no sentido de que os efeitos retroativos previstos na LC 118/05 devem ser limitados às ações ajuizadas após a *vacatio legis* de 120 dias prevista no referido dispositivo.

Tendo em vista que a LC nº 118/05 foi publicada em 09/02/05, a incidência da norma em tela opera-se apenas a partir de 09/06/05. Considerando que a presente ação foi ajuizada em 21/12/2001, infere-se que o prazo prescricional continua a ser aplicado nos moldes do EREsp 435.835/SC, o qual corresponde à denominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco) para a definição do termo *a quo* do prazo prescricional.

Tendo sido a presente demanda ajuizada em 21/12/2001, do montante a compensar devem ser apenas excluídas as parcelas recolhidas fora do decênio que antecede ao ajuizamento da ação, vale dizer, anteriores a 21/12/1991, posto que inegavelmente atingidas pela prescrição.

Acolho em parte, pois, dita prejudicial.

Assim voto.

VOTO MÉRITO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

No mérito propriamente dito, assim estabelece o art. 35, *caput*, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, *in verbis*:

“Art. 35. O sócio quotista, o acionista ou titular da empresa individual ficará sujeito ao imposto de renda na fonte, à alíquota de oito por cento, calculado

com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base.”

Por seu turno, o Plenário do egrégio STF, no julgamento do RE nº 172.058/SC, em 30/06/95, já se pronunciou acerca da inconstitucionalidade da norma em tela.

Asseverou o Pretório Excelso que o art. 35 da Lei nº 7.713/88 é inconstitucional no tocante ao acionista de sociedade anônima, uma vez que, em tais modalidades societárias, a distribuição dos lucros depende de deliberação da assembléia geral. Portanto, não há aquisição de disponibilidade jurídica do acionista mediante a simples apuração do lucro líquido. Contudo, relativamente ao sócio quotista e ao titular de empresa individual, o aludido dispositivo legal não é, em abstrato, inconstitucional, podendo sê-lo em dado caso concreto, a depender do que estiver estabelecido no contrato social.

Em seguida, o Senado Federal, no exercício de suas atribuições constitucionais previstas no art. 52, X, suspendeu a eficácia da expressão: “o acionista”, contida no art. 35 da Lei 7.713/88, por meio da Resolução 82, de 18 de novembro de 1996.

O artigo 43 do Código Tributário Nacional, por sua vez, define o fato gerador do tributo em tela:

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

- I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
- II - de proventos de qualquer natureza assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.”

Para fins de recolhimento de Imposto de Renda, deve-se considerar como fato gerador a disponibilidade econômica ou jurídica de renda.

A disponibilidade, de modo geral, constitui-se na faculdade que o sujeito, a seu livre arbítrio, tem de dispor de determinado bem ou direito.

Oportuno trazer a lume o escólio do eminente jurista De Plácido e Silva, ao definir o termo, *in verbis*:

“Disponibilidade. Derivado de *disponere* (dispor), possui na técnica jurídica sentidos próprios ao Direito Civil e ao Direito Administrativo. Assim, disponibilidade indica, ao conceito de Direito Civil, a qualidade daquilo de que se pode dispor, em virtude do que se diz que é alienável.

Nesse sentido, até, confunde-se com a própria faculdade de dispor derivada da capacidade ou poder de alienar.”

(...)

“Disponível. Na linguagem jurídica, disponível, de dispor (latim *disponere*), quer exprimir tudo de que se possa dispor livremente.

E, a rigor da técnica jurídica, quer então significar toda espécie de bens que possam ser negociados ou alienados, porque se encontrem livres e desembaraçados e porque pode o alienante dispor deles a seu bel-prazer, visto ter a capacidade jurídica e estar livre a administração dos mesmos bens.”

(Vocabulário Jurídico. Forense. Rio de Janeiro, 1999. p. 280)

É de sabinha doutrinária que, relativamente ao fato gerador do Imposto de Renda, a disponibilidade jurídica se consubstancia na existência de condições jurídicas para o sujeito dispor da renda, ao passo que a disponibilidade econômica se traduz na sua efetiva obtenção.

Nesse particular, impende registrar a lição de Rubens Gomes de Sousa, citado no voto do eminente Ministro Marco Aurélio proferido no julgamento do RE 172.058-1-SC, *verbis*:

“O elemento essencial do fato gerador é a aquisição da disponibilidade de riqueza nova, definida em termos de acréscimo patrimonial.

(...)

(...) a disponibilidade adquirida pode, nos termos da definição, ser ‘econômica’ ou ‘jurídica’ (CTN, art. 43,

caput). A aquisição de 'disponibilidade econômica' corresponde ao que os economistas chamam de 'separação' de renda: é a sua efetiva percepção em dinheiro ou outros valores (RIR, art. 498).

A aquisição de 'disponibilidade jurídica' corresponde ao que os economistas chamam de 'realização' da renda: é o caso em que, embora o rendimento ainda não esteja 'economicamente disponível' (isto é, efetivamente percebida), entretanto, o beneficiário já tenha título hábil para percebê-la (RIR, art. 95, § 1º)."

No que concerne à distribuição dos dividendos aos acionistas das sociedades anônimas, a Lei nº 6.404-76 assim estabelece:

"Art. 132. Anualmente, nos quatros primeiros meses seguintes ao término do exercício social, deverá haver uma assembléia geral para:

(...)

II - deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos;"

Conclui-se, pois, que, ao final do exercício financeiro das sociedades anônimas, a aquisição de renda a título de dividendos por parte dos acionistas fica a depender da realização de assembléia geral. A referida parcela não pode ser considerada como disponibilidade econômica, uma vez que os acionistas não possuem a imediata gerência sobre a referida renda, tampouco pode-se afirmar que há disponibilidade jurídica, pois existe apenas expectativa – e não certeza – de que aquele montante irá crescer ao seu patrimônio.

Com o advento da Lei nº 8.383, de 30.12.91, alterada pela Lei nº 9.069, de 29.06.95, surgiu a possibilidade da compensação de tributos recolhidos indevidamente, como se verifica no artigo 66 daquele diploma legal, de teor:

"Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação, ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte

poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente.

§1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie.”

Posteriormente, houve a edição da Lei nº 9.250, de 26.12.95, ratificando a necessidade de identidade das espécies tributárias a serem compensadas.

“Art. 39. A compensação de que trata o art. 66 da Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelo art. 58 da Lei 9.069, de 29 de junho de 1995, somente poderá ser efetuada com o recolhimento de importância correspondente a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais de mesma espécie e destinação constitucional, apurado em períodos subsequentes.”

Entretanto, a legislação de regência sofreu alterações, a exemplo da edição da Medida Provisória nº 66, de 29.08.2002, convertida na Lei nº 10.637, de 30.12.2002, que veio trazer significativas modificações ao art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei 9.430/96, resultando este com a seguinte dicção:

“Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 1º A compensação de que trata o *caput* será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Re-

ceita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação”. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

Anteriormente o dispositivo legal supra-referido trazia menção expressa à possibilidade de autorização, por parte da Secretaria da Receita Federal, de utilização de créditos para quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração, ante requerimento do contribuinte.

Cotejando ambos os comandos, depreende-se que pela novel sistemática tornou-se despicienda a autorização da Fazenda Pública para a obtenção da compensação entre tributos e contribuições diversas, desde que administrados pela Secretaria da Receita Federal, devendo tão-somente o contribuinte declarar os créditos utilizados e os débitos compensados.

Regulamentando o art. 74 da Lei nº 9.430/96, em sua nova redação, a Secretaria da Receita Federal fez editar a Instrução Normativa nº 210, de 1º.10.2002, que, em seu artigo 21, traz a seguinte prescrição:

“Art. 21. O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da SRF.”

Transcrevo à guisa de exemplificação arestos do colendo STJ a corroborar o entendimento acima esposado:

“TRIBUTÁRIO. PIS. DECRETOS-LEIS 2.445/88 E 2.449/88. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. STF. EFEITOS *INTER PARTES*. RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL. EXTENSÃO *ERGA OMNES*. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. COMPENSAÇÃO. ART. 74 DA LEI Nº 9.430/96, COM REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI Nº 10.637/02. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. SELIC. (...)

6. Os tributos devidos e sujeitos à administração da Secretaria da Receita Federal podem ser compensados com créditos referentes a quaisquer tributos ou contribuições administrados por esse Órgão, a teor do que dispõe o art. 74 da Lei nº 9.430/96, com redação conferida pela Lei nº 10.637/2002.”
(REsp 458.236-SP. Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 15.12.03, pág. 259, unânime).

“TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS E CSL. COMPENSAÇÃO COM OUTROS TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. LEI 9.430/96, ART. 74, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 10.637/2002. PRECEDENTES.

1. Acórdão *a quo* que autorizou a compensação dos valores recolhidos indevidamente a título do PIS com o próprio PIS, com a COFINS, e a CSL.

2. A posição firmada pela egrégia 1ª Seção é que a compensação só poderia ser utilizada, nos termos da Lei nº 8.383/91, entre tributos da mesma espécie, isto é, entre os que tiverem a mesma natureza jurídica, e uma só destinação orçamentária. No entanto, a legislação que rege o tema sofreu alterações ao longo dos anos, mais ainda por intermédio da Medida Provisória nº 66, de 29.08.2002 (convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002), que, em seu art. 49, alterou o art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96.
(...)

5. Apesar de o PIS envergar espécie diferente e natureza jurídica diversa da COFINS e da CSL, cada qual com destinações orçamentárias próprias, não há mais que se impor limites à compensação, em face da nova legislação que rege a espécie, podendo, pois, serem compensados entre si ou com quaisquer outros tributos que sejam administrados/arrecadados pela SRF.”

(REsp 499.153-PE. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ 06.10.2003, pág. 214, unânime).

“RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA A. TRIBUTÁRIO. PIS. COMPENSAÇÃO COM A COFINS E A CSSL. POSSIBILIDADE. ART. 74 DA LEI N. 9.430/96, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI N° 10.637, DE 20.12.2002. AUSÊNCIA DE EIVA NO ACÓRDÃO RECORRIDO.

Com o advento da Medida Provisória n° 66, de 29.08.02, convertida na Lei n° 10.637, de 20.12.2002, o art. 74 da Lei n° 9.430/96 passou a ter seguinte redação: ‘O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrados por aquele Órgão’.

Dessa forma, dispensada a prévia autorização do Fisco para que o contribuinte realize a compensação, exige-se apenas que os tributos objeto de compensação sejam arrecadados pela Secretaria da Receita Federal - SRF. *In casu*, tanto o PIS quanto a COFINS e a CSSL são exações arrecadadas pelo referido órgão, razão por que deve ser reconhecida sua compensabilidade, embora diversa a ulterior destinação da receita advinda de sua arrecadação.” (REsp 487.647-RJ. Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, 02.02.2004, pág. 315, unânime).

De outra parte, o colendo STJ tem adotado o entendimento no sentido de que, em relação aos créditos de espécies distintas, a compensação só é possível a partir da vigência da Lei n° 10.637, de 20/12/2002, conforme acórdão, de ementa:

“TRIBUTÁRIO. PIS. COMPENSAÇÃO COM OUTROS TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. LEIS N°S 8.383/1991 E 9.430/1996. DECRETO N° 2.138/1997. ART. 49 DA MP N° 66, DE 29/08/2002 (CONVERSÃO NA LEI N° 10.637, DE 30/12//2002). ART. 21 DA IN/SRF N° 210, DE 1º/10/2002. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. A legislação que rege o instituto da compensação sofreu alterações ao longo dos anos: Leis n°s 8.383/

1991, 9.430/1996 e 10.637/2002 (oriunda da MP nº 66/2002), Decreto nº 2.138/1997 e IN/SRF nº 210/2002.

2. Por intermédio do art. 49 da Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002 (convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002), foi alterado o art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96.

3. O referido art. 74 passou a expor: 'O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão'.

4. Disciplinando o citado dispositivo, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 210, de 1º/10/2002, cujo art. 21 estatuiu: 'O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da SRF'.

5. *In casu*, apesar de o PIS envergar espécime diferente e natureza jurídica diversa de outros tributos, cada qual com destinações orçamentárias próprias, não há mais que se impor limites à compensação, em razão da nova legislação que rege a espécie, podendo, dessa forma, ser compensados entre si ou com quaisquer outros tributos que sejam administrados/arrecadados pela SRF. Precedentes da 1ª Turma (AgRegs nos REsps nº 463.600/MG, 465.011/MG, 449978/SP, e EDcl no AgReg no REsp nº 455.864/RS).

6. A compensação deverá ser efetuada nos exatos termos estabelecidos pelo art. 49 da Lei nº 10.637/02, bem como pela IN/SRF nº 210, de 30/11/2002, observando-se, principalmente, não excluídos os demais comandos legais e normativos, o seguinte:

a) o sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo, ou contribuição, administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração daquele Órgão; (grifei)

b) a aludida compensação será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados;

c) poder-se-ão utilizar, na mencionada compensação, créditos que já tenham sido objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento encaminhado à SRF, desde que o referido pedido se encontre pendente de decisão administrativa à data do encaminhamento da 'Declaração de Compensação';

d) declarada a compensação, ficará obrigada a Secretaria da Receita Federal a extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

7. Na espécie, o pedido de compensação foi formulado antes da vigência das normas legais supracitadas, que autorizaram a compensação com quaisquer tributos e contribuições como pretende a parte autora. Não pode, portanto, ser realizada a compensação com tributos de espécies diferentes. (Grifei)

8. Adota-se, a partir de 1º/01/1996, na compensação tributária, o art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995, devendo os juros ser calculados, após tal data, de acordo com a referida lei, que inclui, para a sua aferição, a correção monetária do período em que ela foi apurada. A aplicação dos juros, *in casu*, afasta a cumulação de qualquer índice de correção monetária a partir de sua incidência. Este fator de atualização de moeda já se encontra considerado nos cálculos fixadores da referida taxa. Sem base legal a pretensão de o Fisco só seguir tal sistema de apli-

cação dos juros quando o contribuinte requerer administrativamente a compensação. Impossível ao intérprete acrescentar ao texto legal condição nela inexistente.

Juros de mora pela taxa SELIC a partir da instituição da Lei nº 9.250/95, ou seja, 1º/01/1996.

9. Precedentes desta Corte Superior.

10. Recurso especial parcialmente provido, nos termos do voto.

(Resp nº 645.340/DF, Rel. Min. José Delgado, DJ 20/09/2004, p. 211)

Na hipótese dos autos, observo que o pedido de compensação foi efetuado antes da vigência da Lei nº 10.637, de 20/12/2002. Nessa linha de raciocínio, as diferenças decorrentes dos recolhimentos indevidos a título de Imposto de Renda só podem ser compensadas com débitos relativos ao mesmo tributo.

Por outro turno, a reiterada jurisprudência de nossos tribunais vem esposando o entendimento de que a inclusão dos expurgos inflacionários no valor exequendo, proveniente de compensação ou repetição do indébito, não consiste em um *plus*, mas, tão-somente, na recomposição do valor real da moeda.

No que concerne à aplicação da correção monetária no montante restituído ou compensado, inclusive dos expurgos inflacionários, nada mais acertado, posto que tal mecanismo visa à manutenção do poder aquisitivo da moeda. Destarte, cabível a correção nos seguintes termos: até fevereiro de 1991 aplica-se o IPC – ressalvado que o índice relativo a janeiro de 1989 é o de 42,72% – e a partir daí incidirá o INPC até janeiro de 1992, quando aplicar-se-á a UFIR, nos moldes da Lei nº 8.383/91, e, a contar de 1º de janeiro de 1996, a taxa SELIC, nos termos da Lei nº 9.250/95. Nesse sentido colaciono arestos do c. Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. COMPENSAÇÃO. FINSOCIAL X COFINS. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. INCLUSÃO. ENTENDIMENTO PACIFICADO. APLICAÇÃO DOS ÍNDICES QUE MELHOR REFLETEM A REAL INFLAÇÃO À SUA ÉPOCA. JUROS DE

MORA. TAXA SELIC. LEI Nº 9.250/95. INTENÇÃO PROCRASTINATÓRIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA. ARTS. 16, 17, IV E VII, 18, E 557, § 2º, DO CPC. LEIS NºS 9.668/1998 E 9.756/1998.

(...)

2. A correção monetária não se constitui em um *plus*; não é uma penalidade, sendo, tão-somente, a reposição do valor real da moeda, corroído pela inflação. Portanto, independe de culpa das partes litigantes. É pacífico na jurisprudência desta Colenda Corte o entendimento segundo o qual é devida a aplicação dos índices de inflação expurgados pelos planos econômicos governamentais, como fatores de atualização monetária de débitos judiciais.

3. A respeito, este Tribunal tem adotado o princípio de que deve ser seguido, em qualquer situação, o índice que melhor reflita a realidade inflacionária do período, independentemente das determinações oficiais. Assegura-se, contudo, seguir o percentual apurado por entidade de absoluta credibilidade e que, para tanto, merecia credenciamento do Poder Público, como é o caso da Fundação IBGE. É firme a jurisprudência desta Corte que, para tal propósito, há de se aplicar o IPC, por melhor refletir a inflação à sua época.

4. Aplicação dos índices de correção monetária que é absolutamente devida, da seguinte forma: a) por meio do IPC, no período de março/1990 a janeiro/1991; b) a partir da promulgação da Lei nº 8.177/91, a aplicação do INPC (até dezembro/1991) e c) após janeiro/1992, a aplicação da UFIR, nos moldes estabelecidos pela Lei nº 8.383/91.

5. Adota-se, a partir de 1º de janeiro de 1996, no fenômeno compensação tributária, o art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250, de 26/12/95, pelo que os juros devem ser calculados, após tal data, de acordo com a referida lei, que inclui, para a sua aferição, a correção monetária do período em que ela foi apurada.

6. A aplicação dos juros, *in casu*, afasta a cumula-

ção de qualquer índice de correção monetária a partir de sua incidência. Este fator de atualização de moeda já se encontra considerado nos cálculos fixados da referida taxa. Sem base legal a pretensão do Fisco de só ser seguido tal sistema de aplicação dos juros quando o contribuinte requerer administrativamente a compensação. Impossível ao intérprete acrescentar ao texto legal condição nele inexistente.

(...)

(AGREsp 444.940-DF, Rel. Min. José Delgado, DJ: 16/12/2002 PG: 00260, unânime).

Pertinentemente à aplicação de juros de mora, objeto da apelação do particular, os mesmos devem ser aplicados à base de 1% (um por cento) ao mês a contar do trânsito em julgado, em conformidade com o art. 167 do CTN. Ademais, sua incidência só prevaleceu nos fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 9.250/95, instituidora da taxa SELIC, que apresenta caráter dúplice, conglomerando fator de correção monetária e juros de mora, excluindo quaisquer outros índices, sob pena de *bis in idem*.

A testificar tal juízo, reproduzo excertos jurisprudenciais emanados do c. STJ e desta e. Corte:

“TRIBUTÁRIO. PIS. COMPENSAÇÃO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

1. A Primeira Seção pacificou o entendimento de que os créditos advindos do pagamento a maior do PIS somente podem ser compensados com débitos do próprio PIS.

2. Na repetição de indébito ou na compensação, com o advento da Lei 9.250/95, a partir de 01/01/96, os juros de mora passaram a ser devidos pela taxa SELIC a partir do recolhimento indevido, não mais tendo aplicação o art. 161 c/c art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Recurso especial provido em parte.”

(REsp nº 397893-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 01.07.2002, pg. 331, unânime).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPROPRI-
IDADE DA VIA ELEITA E PERDA DO OBJETO. INE-
XISTÊNCIA. DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO SO-
CIAL SOBRE A REMUNERAÇÃO DOS ADMINIS-
TRADORES, TRABALHADORES AUTÔNOMOS E
AVULSOS. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPEN-
SAÇÃO. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO (ART. 89,
PARÁGRAFO 3º, LEI Nº 8.212/91). OBSERVÂNCIA.
EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO.

(..)

6 - Na atualização do crédito, há de se observar a inflação realmente ocorrida, representada, *in casu*, em fevereiro/91, pelo IPC, pelo INPC, de março a dezembro/91; pela UFIR, a partir de janeiro/92, e, a contar de janeiro/96, pela Selic, taxa esta que já engloba os institutos da correção monetária e dos juros de mora, não havendo ensejo para a incidência dos juros moratórios previstos no CTN, sob pena de *bis in idem*.

(...)

(AMS Nº 77.985/RN, Rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria, DJ 20.08.2002, pg 734, unânime)

Por fim, anoto que, relativamente aos créditos tributários constituídos após o advento da LC 104/01, minha manifestação anterior era no sentido de que, apenas em relação aos créditos tributários constituídos após o advento da LC 104/01, a respectiva compensação tributária somente se viabiliza com o trânsito em julgado da decisão em que se discute a respeito da validade da exação, em obediência ao preconizado no artigo 170-A do CTN.

Todavia, em sintonia com os recentes precedentes do egrégio STJ (REsp 825.637/SP, DJ 15/05/2006, pág. 185), passo a adotar a tese de que deve ser aplicado o direito vigente ao tempo do ajuizamento da ação.

In casu, a compensação pode ser realizada apenas com o trânsito em julgado, pois, à época da propositura da ação (21/12/2001), já estava em vigor a Lei Complementar 104/2001, que introduziu no Código Tributário o art. 170-A, segundo o qual “é vedada a

compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão”.

Tendo em vista a reforma parcial do julgado nos termos supracitados, fica evidenciada a sucumbência recíproca (CPC, art. 21), razão pela qual cada parte arcará com os honorários de seus respectivos advogados e as custas serão rateadas, isenta a Fazenda Nacional da parte que lhe couber.

Com essas considerações, dou parcial provimento à apelação.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 328.506-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: DORGIVAL RODRIGUES LEITE
Advs./Procs.: DRS. CARLOS ROBERTO DE ANDRADE ROCHA E OUTROS (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. INTIMAÇÃO PESSOAL DO INSS POR VISTA NOS AUTOS. DILIGÊNCIAS DE PENHORA E AVALIAÇÃO. ATO REALIZADO POR OFICIAL DE JUSTIÇA. ATO NÃO CARTORÁRIO. INTIMAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA PARA RECOLHIMENTO DOS VALORES. NÃO CUMPRIMENTO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. POSSIBILIDADE. ART. 267, III E PARÁG. 1º, DO CPC. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- A exigência de intimação pessoal do Poder Público aperfeiçoa-se com a ciência nos autos dada pelo próprio Cartório da Comarca ou Vara ao procurador que atue no processo (art. 38 da LC 73/93), sendo desnecessária a intimação na pes-

soa do Superintendente Estadual do INSS.
- A isenção prevista no art. 39 da Lei 6.830/80, que dispensa a Fazenda Pública do pagamento antecipado de custas e emolumentos processuais nas ações executivas fiscais, abrange apenas os atos cartorários, dentre os quais não se incluem as despesas na realização de atos pelo Oficial de Justiça, como é o caso daqueles de penhora e avaliação. Precedente do STJ: EDcl. no RMS 11.417-MG, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU 23.06.03, p. 296. Outros precedentes.
- Se o Magistrado, observando a inércia da Fazenda Pública em praticar os atos que lhe competirem (recolhimento de despesas com Oficial de Justiça), intima-a pessoalmente, na pessoa de seu Procurador, para o cumprimento, e este não o faz, é cabível a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, III e parág. 1º, do CPC, dispositivos aplicados subsidiariamente aos processos executivos fiscais (art. 598 do CPC).
- Apelação do INSS improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 328.506-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 7 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Trata-se de apelação cível interposta pelo INSS contra sentença prolatada pelo eminente Juiz de Direito da 4ª Vara da Comarca de Conceição-PB, que julgou extinta a ação de execução fiscal, sem julgamento de mérito (art. 267 do CPC), uma vez que a Autarquia Previdenciária deixou de pagar as diligências para o prosseguimento do feito, embora devidamente intimada para tanto.

2. O INSS ingressou com ação executiva fiscal, visando à cobrança de créditos tributários constituídos em nome do apelado, tendo este sido validamente citado. Determinada a avaliação de bem penhorado, foi intimada a exequente para recolher a quantia referente a tais diligências em 30 dias (fls. 31), o que não foi feito, tendo o Juízo *a quo* determinado a extinção da ação sem julgamento do mérito.

3. Alega a apelante que: (a) a intimação para pagamento da diligência não foi feita na pessoa do Superintendente Estadual do INSS, dirigente máximo do órgão no Estado (art. 12, I, do CPC e art. 25 da Lei 6.830/80); (b) a indisponibilidade do interesse público não permite que a execução fiscal seja extinta no presente caso.

4. Intimada a apelada para contra-razoar, esta deixou correr *in albis* o prazo sem qualquer manifestação (fl. 49).

5. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

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

1. Versa a presente demanda acerca da extinção do processo, sem julgamento de mérito, em face do não recolhimento, pela exequente (Fazenda Nacional), de valores correspondentes às diligências a serem realizadas pelo Oficial de Justiça, apesar de ter sido intimada para tal providência (fl. 31).

2. Alega a apelante, inicialmente, que a intimação para recolhimento dos valores da diligência não foi feita na pessoa do Superintendente Estadual do INSS, o que tornaria inválida a sentença que determinou a extinção do processo sem julgamento do mérito, haja vista o não cumprimento do art. 267, parág. 1º, do CPC.

3. Ora, a intimação pessoal da Fazenda Pública, para se aper-

feição, não tem, necessariamente, que se dar na pessoa do seu Superintendente, pois a legislação específica exige, tão-somente, a intimação do Advogado ou Procurador que officie nos autos:

“Art. 38 da LC 73/93 - As intimações e notificações são feitas nas pessoas do Advogado da União ou do Procurador da Fazenda Nacional que officie nos respectivos autos.”

4. Observa-se, *in casu*, que o advogado do INSS tomou ciência do despacho de fl. 31, que determinou o recolhimento das diligências de avaliação no prazo de 30 dias, sob pena de extinção do processo, no próprio Cartório, o que é perfeitamente possível, tendo em vista o entendimento da Jurisprudência no sentido de que também é pessoal a intimação realizada pelo próprio escrivão ou chefe de secretaria, como se depreende do trecho do acórdão abaixo transcrito:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INTIMAÇÃO PESSOAL DO REPRESENTANTE DA FAZENDA PÚBLICA. LEI Nº 6.830/80, ART. 25.

1. Nas execuções fiscais, a intimação do representante da Fazenda Pública deve ser realizada pessoalmente, consoante dispõe o art. 25 da Lei nº 6.830/80.

2. A ‘intimação pessoal’ não pode ser confundida com a ‘intimação por Oficial de Justiça’, referida no art. 241, II, do CPC. Esta última, que se efetiva por mandado, ocorre somente em casos excepcionais, como o previsto no art. 239. Já a intimação pessoal não depende de mandado, nem de intervenção do Oficial de Justiça. Ela se perfectibiliza por modos variados, previstos no Código ou na praxe forense, mediante a cientificação do intimado pelo próprio escrivão, ou pelo chefe de secretaria (art. 237, I, e art. 238, parte final, do CPC), ou mediante encaminhamento da ata da publicação dos acórdãos, ou, o que é mais comum, com a entrega dos autos ao intimado ou a sua remessa à repartição a que pertence. Assim, mesmo quando, eventualmente, o executor

dessa espécie de providência seja um oficial de justiça, nem assim se poderá considerar alterada a natureza da intimação, que, para os efeitos legais, continua sendo 'pessoal' e não 'por oficial de justiça'. (REsp 490.881/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 03/11/2003).

3. Hipótese em que o escrivão certificou que o Procurador da Fazenda Estadual foi intimado pessoalmente da decisão que indeferira pedido de reforço de penhora em 05/10/1999, motivo pelo qual este é o termo *a quo* do prazo para a interposição do agravo de instrumento, que se revela, assim, intempestivo, consoante decidido pelo Tribunal de origem.

4. Agravo regimental provido". (STJ, AAREsp. 397.790-MG, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU 03.11.04, p. 136).

5. Alega o INSS, ainda, que a indisponibilidade do interesse público não permite que a execução fiscal seja extinta no presente caso. Ocorre que tal princípio não pode ser utilizado pela Fazenda Pública com o escopo de afastar as normas legais, pois são essas que dizem o que é ou não interesse público. Se o ordenamento jurídico não previu isenção à Fazenda Pública no pagamento de despesas com Oficial de Justiça, não pode o Magistrado, sob a alegação de indisponibilidade do interesse público, afastar aquela cobrança, pois o verdadeiro interesse da Administração é que as normas jurídicas sejam cumpridas na sua inteireza.

6. Outrossim, cumpre destacar que o Juízo *a quo* determinou à exeqüente que procedesse ao recolhimento das custas com Oficial de Justiça (fls. 31), a fim de que fosse cumprido o mandado de avaliação, o que não foi feito oportunamente; e, nos termos do art. 267, III do CPC, dá-se a extinção sem julgamento do mérito quando, por não promover os atos e diligências que lhe competirem, o autor abandonar a causa.

7. Observe que a imunidade e isenção de taxas e custas processuais de que goza o Poder Público referem-se tão-somente àqueles atos cartorários, isto é, aqueles praticados pelas secretarias, serventias e auditórios, não abrangendo, assim, os atos pra-

ticados por Oficiais de Justiça e as respectivas despesas com locomoção, por peritos, nas suas diligências etc. Este é o entendimento firmado pelo STJ, como se depreende dos acórdãos abaixo transcritos:

“É cediço que a isenção de que goza a Fazenda Pública se restringe a auditórios, secretarias ou serventias. Por outro lado, os atos como despesa de locomoção com Oficial de Justiça, adiantamento de salários periciais, diárias de perito com diligência etc., por serem realizados fora desse âmbito, efetivamente são de responsabilidade do exeqüente. (EDcl. no RMS 11.417-MG, Rel. Min. Franciulli Netto, *DJU* 23.06.03, p. 296);

PROCESSO CIVIL. CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS. FAZENDA PÚBLICA: ISENÇÃO (ARTS. 39 DA LEF, 27 E 1.212, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC).

1. Custas são o preço decorrente da prestação da atividade jurisdicional, desenvolvida pelo Estado-Juiz, através de suas serventias e cartórios.
2. Emolumentos são o preço dos serviços praticados pelos serventuários de cartório ou serventias não oficializados, remunerados pelo valor dos serviços desenvolvidos e não pelos cofres públicos.
3. Despesas, em sentido restrito, são a remuneração de terceiras pessoas acionadas pelo aparelho jurisprudencial, no desenvolvimento da atividade do Estado-Juiz.
4. Os terceiros que prestam serviço desvinculados da atividade estatal não estão submetidos às regras isençionais.
5. Os peritos, os transportadores dos oficiais de justiça e as empresas de correios devem ser remunerados de imediato pelo autor ou interessado no desenvolvimento do processo.
6. Recurso especial improvido. (REsp. 366.005-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJU* 10.03.03, p. 152);

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ADIANTAMENTO DE DESPESAS PARA O OFICIAL DE JUSTIÇA OU PARA O PERITO. ART. 27 DO CPC.

1. Se a interpretação por critérios tradicionais conduzir à injustiça, incoerências ou contradição, recomenda-se buscar o sentido eqüitativo, lógico e acorde com o sentimento geral.

2. Custas e emolumentos, quanto à natureza jurídica, não se confundem com despesas para o custeio de atos decorrentes de caminharmento processual.

3. O Oficial de Justiça ou Perito não estão obrigados a arcar, em favor da Fazenda Pública, com as despesas necessárias para a execução de atos judiciais.

4. Recurso conhecido e improvido. (REsp. 154.682-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 02.03.98, p. 46).”

8. Tal entendimento foi consolidado pela Súmula 190 do STJ:

“Na execução fiscal, processada perante a Justiça Estadual, cumpre à Fazenda Pública antecipar o numerário destinado ao custeio das despesas com o transporte dos oficiais de justiça.”

9. Observa-se, portanto, que a Fazenda Pública não está dispensada do pagamento de despesas para a prática de atos extracartorários, como é o caso daqueles realizados pelo Oficial de Justiça, sob pena de extinção do processo por abandono da causa.

10. E não se diga que o art. 267, III, do CPC não se aplica aos processos executivos fiscais, uma vez que o art. 598 daquele mesmo diploma legal determina a aplicação subsidiária dos dispositivos que regem o processo de conhecimento. Assim, cabe ao Magistrado, observando a inércia da exeqüente em praticar os atos que lhe competirem, intimá-la pessoalmente para seu cumprimento, sob pena de extinção do processo (art. 267, parág.1º, do CPC), o que ocorreu no presente caso (fls. 31). Neste sentido, o STJ e o TRF da 1ª Região já possuem entendimento firmado:

“(…)

4. A extinção do feito, nos moldes do art. 267, III e § 1º, do CPC, aplica-se subsidiariamente à Fazenda Pública, quando esta, intimada pessoalmente, descumpra determinação judicial, quanto ao regular andamento do processo.

5. Precedentes desta Corte Superior. (STJ, REsp. 737.933-MG, Rel. Min. José Delgado, *DJU* 13.06.05, p. 211).

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ANTECIPAÇÃO DE DESPESAS DO OFICIAL DE JUSTIÇA. INÉRCIA DA EXEQÜENTE. EXTINÇÃO DO PROCESSO. PRÉVIA INTIMAÇÃO PESSOAL. FATO SUPERVENIENTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL E DA NORMA DO ART. 462 DO CPC.

1. Em se cuidando de execução fiscal aforada pela União perante Juízo de Direito, o não-pagamento das despesas de locomoção do oficial de justiça acarreta a extinção do processo, desde que, intimada previamente a União, esta deixa de atender ao comando judicial (CPC, art. 267, III e § 1º, *c/c* o art. 598; Súmula/STJ nº 190). (TRF1, AC 200201990 227240, Rel. Des. Federal Fagundes de Deus, *DJU* 14.11.02, p. 342);

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. LEI Nº 6.830/80, ARTIGO 40 E §§. HIPÓTESES ESPECÍFICAS. OFICIAL DE JUSTIÇA. DESPESA DE LOCOMOÇÃO. PAGAMENTO. ANTECIPAÇÃO. AUSÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO. CABIMENTO.

1. Aplicam-se às execuções fiscais, subsidiariamente, as normas do Código de Processo Civil (Lei nº 6.830/80, artigo 1º).

2. O artigo 40 e parágrafos da Lei nº 6.830/80 tratam, especificamente, da suspensão provisória do processo de execução fiscal, nas hipóteses de não

localização do executado ou de bens a penhorar.
3. É cabível a extinção do processo, com base no artigo 267, inciso II, do Código de Processo Civil, se a Fazenda Pública não promoveu o depósito antecipado da despesa relativa ao custeio do transporte de Oficial de Justiça. (TRF1, AC 200101990267881, Rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, DJU 17.10.02, p. 104).”

11. Diante do exposto, nego provimento à Apelação do INSS, por entender que o pagamento das despesas com Oficial de Justiça, em processo que corre perante a Justiça Estadual, não se encontra abrangida pela isenção prevista no art. 39 da LEF, razão pela qual o descumprimento da ordem do Juiz, que determina tal recolhimento, acarreta a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, III do CPC.

12. É como voto, eminentes Pares.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 331.249-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Apelados: FRANCISCO EDILSON MAIA DA COSTA E CÔNJUGE
Advs./Procs.: DRS. MURILLO CÉSAR BRANDÃO DE MELLO FILHO E OUTROS (APTE.) E RAUL SCHEER E OUTROS (APDOS.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. DESAPROPRIAÇÃO. PRETENDIDA DEVOLUÇÃO DE VALORES ATINENTES À INDENIZAÇÃO DA TERRA NUA E ÀS BENFEITORIAS AO ERÁRIO PÚBLICO. PROPALADA CONDENAÇÃO FINAL DA FAZENDA PÚBLICA EM PATAMAR INFERIOR AO DEPÓSITO INICIAL OFERTADO. DESCABIMENTO. QUANTUM FINAL QUE NÃO

FOI CORRIGIDO MONETARIAMENTE, AO REVÉS DO MONTANTE DEPOSITADO PELA AUTARQUIA AGRÁRIA. JUROS COMPENSATÓRIOS. INCIDÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. CABBIMENTO A PARTIR DE 1º DE JANEIRO DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O PAGAMENTO DEVERIA SER FEITO. (ART. 100, CF/1988). HONORÁRIOS DO PERITO. PAGAMENTO PELA PARTE SUCUMBENTE, ORA RECORRENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS PELO APELANTE. APELO PROVIDO EM PARTE.

- Trata-se de apelação cível interposta contra a sentença de fls. 323-338, que julgou procedente em parte a presente ação para fixar o valor total de indenização em R\$ 569.477,25 (quinhentos e sessenta e nove mil, quatrocentos e setenta e sete reais e vinte e cinco centavos), sendo R\$ 261.633,39 em terra nua e R\$ 307.843,86 em benfeitorias. Determinou o Juízo monocrático, igualmente, fossem acrescidos a estes valores: a) juros moratórios, a partir do trânsito em julgado da sentença, à base de 6% ao ano; b) juros compensatórios de 1% ao mês, a partir da imissão na posse, calculados sobre a oferta até a data do laudo e daí sobre o valor apurado; c) correção monetária, a partir do laudo de avaliação; d) honorários de advogado, à base de 5% sobre a diferença corrigida entre a oferta e o preço final da indenização.

- O apelante pretende a restituição de quantias que depositou a maior a título de indenização ao expropriado por desapropriação de imóvel seu. Ocorre que o modus operandi de que referida autarquia agrária se utiliza para obter seus objetivos se encontra por demais equivocado, posto que enquanto a sentença a quo fixou o valor da indenização final (terra nua + benfeitorias) em valores originais, sem nenhuma correção mone-

tária, o apelante corrigiu monetariamente as quantias que depositou inicialmente a título de indenização de terra nua e de benfeitorias e pretende, agora, compensá-las com aqueles valores finais fixados pelo Magistrado de primeiro grau, os quais nunca foram corrigidos, o que se revela impossível.

- Da leitura textual do art. 436¹ do CPC se infere que o juiz não está rigidamente adstrito às conclusões do laudo pericial. Assim, não há nenhuma impropriedade em o Magistrado acolher a parcela do laudo do vistor oficial que entenda mais correta, adotando, por outro lado, a oferta do expropriante quanto à indenização pela terra nua, no valor de R\$ 261.633,39. Há independência e liberdade do juiz na apreciação da prova desde que a desconsideração das conclusões obtidas em laudo pericial leve em conta a realidade dos autos, nos moldes dos arts. 131 e 436 do CPC. (Cf. STJ, AGA 451.297/MG, Terceira Turma, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 17/02/2003; REsp 97.148/MG, Terceira Turma, Relator para o acórdão o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 08/09/1997).

- Juros compensatórios, fixados em 1% (um por cento) ao mês, na sentença, a partir da imissão na posse, a teor do entendimento sumulado pelos colendos STF (súmula 618²) e STJ (súmula 113³). Incidência dos juros moratórios, consoan-

¹ Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

² STF 618: Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano.

³ STJ 113: Os juros compensatórios, na desapropriação direta, incidem a partir da imissão na posse, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente.

te o disposto no artigo 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/41, acrescido pela MP 2.183-56/2001, à razão de 6% (seis por cento) ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição Federal. A tese do apelante que afastava a incidência dos juros moratórios e compensatórios, face a um suposto “crédito de valores” seu, restou rechaçada.

- Os honorários do perito “constituem encargo do sucumbente, assim entendido (...) o expropriante, na hipótese de valor superior ao preço oferecido” (LC nº 76/93 - art. 19), que é o que trata o caso concreto.

- Os honorários advocatícios, tendo sido a sentença proferida em 24/04/2003 (fl. 338), após a edição da MP 1997-37/2000, que deu nova redação ao parágrafo 1º do art. 27 do DL 3.365/41 e definiu os limites entre 0,5% e 5%, foram fixados em percentual compatível ao grau de complexidade da demanda (5% sobre a diferença corrigida entre a oferta e o preço final da indenização), não ultrapassando o limite pecuniário estabelecido no referido dispositivo legal (R\$ 151.000,00). Como a quantia fixada na sentença, a título de indenização, foi superior àquela depositada pela autarquia agrária quando do ajuizamento da ação, esta última é a parte sucumbente.

- Sendo o valor da condenação superior ao da oferta, incide correção monetária sobre o complemento.

- Apelação cível conhecida e parcialmente provida, somente para determinar a incidência dos juros de mora, à razão de 6% (seis por cento) ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito (art. 15-B do DL nº 3.365/41).

ACÓRDÃO

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

Recife, 29 de junho de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

Trata-se de apelação cível interposta pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA contra a sentença de fls. 323-338, que julgou procedente em parte a presente ação para fixar o valor total de indenização em R\$ 569.477,25 (quinhentos e sessenta e nove mil, quatrocentos e setenta e sete reais e vinte e cinco centavos), sendo R\$ 261.633,39 em terra nua e R\$ 307.843,86 em benfeitorias. Determinou o Juízo monocrático, igualmente, fossem acrescidos a estes valores: a) juros moratórios, a partir do trânsito em julgado da sentença, à base de 6% ao ano; b) juros compensatórios de 1% ao mês, a partir da imissão na posse, calculados sobre a oferta até a data do laudo e daí sobre o valor apurado; c) correção monetária, a partir do laudo de avaliação; d) honorários de advogado à base de 5% sobre a diferença corrigida entre a oferta e o preço final da indenização.

Nas razões de seu recurso (fls. 356-364), o apelante argumentou que: (a) comparando-se o valor previamente ofertado por ele, a título de TDAE, para indenização da terra nua, devidamente corrigido, com o valor fixado na sentença (R\$ 261.633,39), chega-se à conclusão de que existe um saldo em favor do Erário Público federal de R\$ 39.075,72, que deve ser devolvido aos cofres públicos; (b) em relação à indenização das benfeitorias, comparando-se o valor previamente ofertado pelo INCRA e corrigido monetariamente (R\$ 346.506,72) com o valor fixado na sentença (R\$

307.843, 86), chega-se à conclusão de que existe um saldo em favor do Erário Público federal de R\$ 38.662,86, do qual pede restituição; (c) o justo preço do imóvel foi considerado inferior àquele depositado previamente pelo expropriante no momento da propositura da ação, logo, não há diferença entre aquele valor e o agora fixado na sentença que possa ser objeto de cálculos de juros compensatórios. Igual tese adota o apelante para os juros moratórios, segundo o qual sua incidência deverá se dar a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, e não a partir do trânsito em julgado da sentença, como sentenciado; (d) antecipou os honorários periciais, no valor de R\$ 4.000,00 (fl. 225), sendo que a sentença *a quo* omitiu a condenação dos expropriados nessa despesa, tendo em vista que os honorários do perito constituem encargos da parte sucumbente, entendida esta como os expropriados, pois a sentença fixou o valor da indenização inferior ao preço ofertado pelo INCRA; (e) deve haver a condenação da parte expropriada em honorários advocatícios, no percentual arbitrado judicialmente e em favor do INCRA, tendo em vista que inexistente diferença entre o valor ofertado pela autarquia agrária no ajuizamento desta ação e o valor da condenação fixado na sentença, pois este é inferior àquele; (f) deseja pronunciamento expresso acerca dos arts. 5º, LIV, LV e 184 da Constituição da República; arts. 5º e 12 da Lei nº 8.629/93; art. 2º da Medida Provisória nº 2.183-56; art. 15-A do Decreto-Lei nº 3.365/41; arts. 11, 13, 14, 15, 16 e 19, §1º, da LC 76/93; arts. 33, 330, 336, 397 e 475 do CPC e art. 16 da Lei Federal nº 4.771/65, pois a pretensão do expropriando vai de encontro, direta e frontalmente, a estes diplomas.

Não foi ofertada contraminuta.

Instado, o Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

Reputando presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, conheço da apelação cível inter-

posta pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA.

O apelante pretende a restituição de quantias que depositou a maior a título de indenização ao expropriado por desapropriação de imóvel seu. Ocorre que o *modus operandi* de que pretende referida autarquia agrária se utilizar para obter seus objetivos se encontra por demais equivocado, posto que, enquanto a sentença a *quo* fixou o valor da indenização final (terra nua + benfeitorias) em valores originais, **sem nenhuma correção monetária**, o apelante **corrigiu monetariamente** as quantias que depositou a título de indenização de terra nua e de benfeitorias e pretende, agora, compensá-las com aqueles valores fixados pelo Magistrado de primeiro grau, os quais **nunca foram corrigidos** (!!), o que se revela impossível.

Bem, uma vez saltando aos olhos a impossibilidade de tal “compensação”, rechaço veementemente os pleitos da recorrente no tocante à devolução de valores a título de indenização pela terra nua e pelas benfeitorias, caindo por terra, igualmente, sua insurgência quanto à aplicação de juros compensatórios e moratórios sobre o *quantum* devido.

Aliás, os juros compensatórios devem ser fixados em 1% (um por cento) ao mês, na sentença, a partir da imissão na posse, a teor do entendimento sumulado pelos colendos STF (súmula 618⁴) e STJ (súmula 113⁵). Já a incidência dos juros moratórios, consoante o disposto no artigo 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/41, acrescido pela MP 2.183-56/2001, se dá à razão de 6% (seis por cento) ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição Federal. A tese do apelante que afastava a incidência dos juros moratórios e compensatórios, em face de um suposto “crédito de valores” seu, resta, como já antedito, rechaçada.

⁴ STF 618: Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano.

⁵ STJ 113: Os juros compensatórios, na desapropriação direta, incidem a partir da imissão na posse, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente.

De outra banda, da leitura textual do art. 436⁶ do CPC se infere que o juiz não está rigidamente adstrito às conclusões do laudo pericial. Assim, não há nenhuma impropriedade em o magistrado acolher a parcela do laudo do vistor oficial que entenda mais correta, adotando, por outro lado, a oferta do expropriante quanto à indenização pela terra nua, no valor de R\$ 261.633,39. Há independência e liberdade do juiz na apreciação da prova desde que a desconsideração das conclusões obtidas em laudo pericial leve em conta a realidade dos autos, nos moldes dos arts. 131 e 436 do CPC. (Cf. STJ, AGA 451.297/MG, Terceira Turma, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, *DJ* 17/02/2003; RESP 97.148/MG, Terceira Turma, relator para o acórdão o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 08/09/1997).

Por seu turno, os honorários do perito “constituem encargo do sucumbente, assim entendido o expropriado, se o valor da indenização for igual ou inferior ao preço oferecido, ou **o expropriante, na hipótese de valor superior ao preço oferecido**” (LC nº 76/93 - art. 19), que é o que trata o caso concreto.

Outrossim, os honorários advocatícios, tendo sido a sentença proferida em abril/2003 (fl. 338), após a edição da MP 1997-37/2000, que deu nova redação ao parágrafo 1º do art. 27 do DL 3.365/41 e definiu os limites entre 0,5% (meio por cento) e 5% (cinco por cento), foram fixados em percentual compatível ao grau de complexidade da demanda (5% sobre a diferença corrigida entre a oferta e o preço final), não ultrapassando o limite pecuniário estabelecido no referido dispositivo legal (R\$ 151.000,00). Como a quantia fixada na sentença, a título de indenização, foi superior àquela depositada pela autarquia agrária quando do ajuizamento da ação, esta última é a parte sucumbente.

Sendo o valor da condenação superior ao da oferta, incide correção monetária sobre o complemento.

Sobre os tópicos em seara expropriatória acima ventilados, confira-se precedentes do c. STJ e desta e. Corte, *verbis*:

⁶ Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. AÇÃO DE NATUREZA REAL. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. SÚMULA 119/STJ. JUROS COMPENSATÓRIOS. INCIDÊNCIA. MP 1.577/97 E REEDIÇÕES. INAPLICABILIDADE ÀS SITUAÇÕES JÁ CONSOLIDADAS. JUROS MORATÓRIOS. PERCENTUAL APLICÁVEL. INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS SOBRE OS COMPENSATÓRIOS. SÚMULA 102/STJ.

1. Não viola o art. 535 do CPC, nem nega prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. A ação indenizatória por desapropriação indireta, de natureza real, sujeita-se ao prazo prescricional vintenário, a teor do disposto na Súmula 119/STJ.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da MC na ADIn 2.260/DF, ao examinar a norma contida no parágrafo único do art. 10 do Decreto-Lei 3.365/41, com a redação dada pela MP 2.027-40/2000 – ‘extingue-se em cinco anos o direito de propor ação de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem como ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público’ –, deferiu, em parte, a medida cautelar para suspender a eficácia da expressão ‘ação de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem como’, tanto é assim que a redação do mencionado preceito foi substancialmente alterada nas reedições posteriores.

4. Os juros compensatórios, na desapropriação, remuneram o capital que o expropriado deixou de receber desde a perda da posse, e não os possíveis lucros que deixou de auferir com a utilização econômica do bem expropriado.

5. A Primeira Seção desta Corte, na assentada do dia 8.2.2006, encerrou o julgamento do REsp 437.577/SP, de relatoria do eminente Ministro Castro Meira, adotando o entendimento, à luz do princípio *tempus regit actum*, de que: (a) as alterações promovidas pela MP 1.577/97, sucessivamente reeditada, não alcançam as situações já ocorridas ao tempo de sua vigência; (b) para as situações posteriores à vigência das referidas medidas provisórias devem prevalecer as novas regras ali definidas, até a publicação do acórdão proferido no julgamento da MC na ADIn 2.332-2/DF (13.9.2001), que suspendeu, dentre outras coisas, a eficácia da expressão ‘de até seis por cento ao ano’, contida no art. 15-A do Decreto-Lei 3.365/41.

6. Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel, nos exatos termos da Súmula 69/STJ. A data da imissão na posse, no caso da desapropriação direta, ou a ocupação, na indireta, deverá, portanto, ser posterior à vigência da MP 1.577/97 para que as novas regras ali definidas, em relação aos juros compensatórios, sejam aplicáveis.

7. Ajuizada a reivindicatória em julho/95 – posteriormente convertida em ‘ação de desapropriação indireta’ –, com a ocupação efetivada em data pretérita, não deve incidir, na hipótese, o novo percentual dos juros compensatórios de que trata o art. 15-A do Decreto-Lei 3.365/41, inserido por intermédio das mencionadas medidas provisórias.

8. Afastada a aplicação das referidas MPs, incidem os juros compensatórios no patamar de doze por cento (12%) ao ano, a teor do disposto na Súmula 618/STF, assim redigida: ‘Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano’.

9. O acórdão recorrido, ao fixar o percentual dos juros moratórios, não violou a regra contida no art. 15-B do Decreto-Lei 3.365/41, que determina sejam eles estipulados à razão de até seis por cento ao ano.

10. 'A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei' (Súmula 102/STJ).

11. Recurso especial desprovido."

(STJ - 1ª Turma - REsp 587.474/SC; Recurso Especial 2003/0163450-6 - J. em 04.05.2006 - DJ 25.05.2006 p. 154 - Rel. Min^a. Denise Arruda) (grifos nossos)

“ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. IMÓVEL DE 1.545,2912 HECTARES. PREVALÊNCIA DO LAUDO OFICIAL VEZ QUE ELABORADO POR PERITO AUXILIAR DO JUÍZO, DOTADO DE IMPARCIALIDADE. REDUÇÃO DO PERCENTUAL FIXADO QUANTO À VERBA HONORÁRIA DE 15% PARA 5%. DESNECESSIDADE DE DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO. CONDENAÇÃO INFERIOR A CINQUENTA POR CENTO SOBRE O VALOR OFERECIDO NA INICIAL. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.

1. É de ser mantida a sentença proferida em ação de desapropriação que definiu (a) o valor da terra nua com base no valor encontrado pelo INCRA em seu laudo; (b) a indenização da cobertura vegetal/florestal em conformidade com precedente do STF (RE 267.817- SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJU 21.11.02, p. 42) e em conformidade com o laudo do Perito Oficial; (c) os juros compensatórios de acordo com a decisão proferida na ADINMC 2.332-DF; (d) os juros moratórios nos termos do art. 15-B do DL 3.365/41, acrescido por força da MP 2.027-38; (e) a cumulação de juros compensatórios e moratórios, nos termos da Súmula 102 do STJ; (f) o valor das benfeitorias de acordo com o laudo de revisão para o valor de açudes, cuja elabo-

ração serviu para dirimir dúvida sobre o valor das referidas benfeitorias; (g) o valor das demais benfeitorias de acordo com o laudo elaborado por Perito Oficial, ante a discrepância dos laudos ofertados pelas partes e em face da isenção do Perito; (h) a inconstitucionalidade do art. 14 da LC 76/93 em conformidade com os seguintes precedentes: STF, Pleno, RE 247.866-CE, Rel. Min. Ilmar Galvão, data de julg. 09.08.00; TRF5R, AC 179.130-CE, Rel. Des. Federal Rivalvo Costa, data de julg. 14.11.00.

2. Não há a necessidade do duplo grau obrigatório para a sentença que condenar o expropriante em quantia inferior a cinqüenta por cento sobre o valor oferecido na inicial, à luz do preceito inserto no parág. 1º do art. 13 da LC 76/93.

3. Quando não há razão para se afastar os seus cálculos, deve prevalecer o laudo elaborado pelo Vistor Oficial, em face da presunção de sua imparcialidade em relação aos interesses das partes litigantes.

4. É devida a indenização da cobertura vegetal existente no imóvel expropriado, desde que tenha produtividade econômica, ou, pelo menos, que o laudo especifique a viabilidade de sua exploração.

5. A correção monetária das benfeitorias deve incidir a partir da data do laudo pericial adotado pela sentença.

6. A teor do verbete da Súmula 12 do egrégio STJ, são acumuláveis os juros compensatórios e os moratórios, sendo os primeiros fixados no limite de 6% ao ano.

7. A decisão liminar do STF na ADIN 2.332/DF, que suspendeu a expressão 'não podendo os honorários ultrapassarem R\$ 151.000,00', não alterou os limites percentuais estabelecidos no art. 27 do DL 3.365/41, sendo o caso, portanto, de reduzi-lo para o percentual de 5% do valor da diferença entre o valor oferecido pelo INCRA e o fixado pelo Juízo Planicial.

8. Apelação a que se dá parcial provimento, reduzindo os honorários advocatícios de 15% para 5% sobre o valor da condenação, em respeito ao art. 27, parág. 1º, do DL 3.365/41 (alterado pela Medida Provisória nº 2027-38, de 04.05.00, reeditada por último sob o número 2183-56, de 24.08.01), bem assim definido o termo inicial da incidência da correção monetária das benfeitorias a partir da data de cada laudo utilizado como parâmetro para o cálculo dos valores devidos a título de indenização (a partir de agosto/2001, quanto ao valor dos açudes, em virtude do laudo oficial de revisão, lavrado às fls. 692/850, e a partir de maio/1999, quando ao valor das demais benfeitorias por se este o mês em que foi lavrado o laudo oficial), seguindo-se o parecer do douto MPF.

9. Não conhecimento da remessa oficial.”

(TRF 5ª R. - AC 2003.05.00.025455-4 - 2ª T. - CE - Rel. Des. Fed. Napoleão Nunes Maia Filho - *DJU* 11.01.2006 - p. 747) (grifos nossos)

“APELAÇÃO EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. JUROS COMPENSATÓRIOS EM 1% AA. TERMO A QUO DOS JUROS MORATÓRIOS. ART. 15-B DO DECRETO-LEI 3.365/41. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 5% SOBRE A DIFERENÇA ENTRE A OFERTA E O PREÇO FINAL.

1. Trata-se de remessa oficial e apelações interpostas por Walbert de Sá Gonçalves do Nascimento Filho, fls. 426/435, e pelo INCRA, fls. 439/451, em face da sentença de fls. 400/422, da lavra do MM. Juiz Federal da 2ª Vara-PB, que julgou procedente em parte o pedido: a) acolhendo os valores definidos no laudo elaborado pelo perito oficial (terra nua+ benfeitorias = R\$ 330.694,30), **corrigidos desde o laudo da avaliação e acrescidos de: b) juros de mora, em 6% ao ano, a partir do trânsito em julgado; c) juros compensatórios de 1% a.m., a par-**

tir da imissão na posse; d) honorários advocatícios de 5% (cinco por cento) sobre a diferença corrigida entre a oferta e o preço final da indenização.

2. O expropriado insurge-se contra a não inclusão, como benfeitoria indenizável, da plantação de cana-de-açúcar existente na época da intervenção governamental para a desapropriação do imóvel. O Perito Judicial (fl. 175, quesito nº 7) dá conta do abandono da plantação, por ocasião da avaliação do INCRA, bem assim, da inexistência de qualquer vestígio dessa cultura no local, no momento da sua vistoria.

3. O Vistor Oficial realizou a perícia com suporte em informações de órgãos legalmente habilitados da região onde está situado o imóvel em questão, tais como, Cartório do Registro, Prefeitura e Sindicato dos Trabalhadores Rurais (fls. 183/186), refletindo o preço mais justo, praticado no mercado, em consonância com o parágrafo 2º do art. 125 da Lei nº 8.629/93.

4. Juros compensatórios, fixados em 1% ao mês na sentença, a partir da imissão na posse, a teor do entendimento sumulado pelos colendos STF (Súmula 618) e STJ (Súmula 113).

5. Incidência dos juros moratórios, consoante o disposto no artigo 15-b do Decreto-Lei nº 3.365/41, acrescido pela MP 2.183-56/2001, à razão de 6% ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição.

6. Os honorários advocatícios, tendo sido a sentença proferida em março/2005 (fl. 451), após a edição da MP 1997-37/2000, que deu nova redação ao parágrafo 1º do art. 27 do DL 3.365/41 e definiu os limites entre 0,5% e 5%, foram fixados em percentual compatível ao grau de complexidade da demanda (5% sobre a diferença corrigida entre a oferta e o preço final), não ultrapassando o limite pecuniário estabelecido no

referido dispositivo legal (R\$ 151.000,00).

7. Remessa oficial e apelação do INCRA parcialmente providas, somente para determinar a incidência dos juros de mora, à razão de 6% (seis por cento) ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito (art. 15-b do DL nº 3.365/41). Apelação do expropriado improvida.”

(TRF 5ª - 1ª Turma - AC 365344-PB - Processo nº 2005.05.00.027305-3 - J. em 20.10.2005 - DJ 22/03/2006 - Página: 933 - Nº: 56 - Ano: 2006 - Rel. Des. Federal Ubaldo Cavalcante) (grifos nossos)

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS. BENFEITORIAS INDENIZÁVEIS. FORMA DE PAGAMENTO. FIXAÇÃO. - Correta a sentença que na indenização da terra nua e das benfeitorias adotou os valores encontrados no laudo técnico do Perito Judicial, considerando a equidistância deste em relação às partes e, ainda, a presunção de imparcialidade das suas conclusões.

- **Juros moratórios fixados em 6% ao ano, incidentes ‘a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição’, de acordo com o disposto no art. 15-b do Decreto-Lei nº 3.365/41, na redação que lhe deu a MP 1.901-30/99, já em vigor quando da propositura da ação.**

- **Juros compensatórios calculados no percentual de 12% ao ano, sobre a diferença apurada entre os 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença (ADINMC 2.332-DF, STF, DJU 13.09. 2001).**

- **Redução da verba honorária para 5% (cinco por cento) sobre o valor da diferença entre a oferta e a indenização fixada pela sentença.**

- O Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade no art. 14 da Lei Complementar nº 76/93 da expressão ‘em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive pastagens e culturas artificiais’, por contrária ao ‘sistema de pagamento das condenações judiciais, pela Fazenda Pública, determinado pela Constituição Federal no art. 100 e parágrafos’ (RE 247.866/CE, j. em 09.08.2000).

- A sentença não se encontra submetida ao duplo grau obrigatório. O valor fixado não foi superior a 50% do montante oferecido pelo expropriante. Inteligência do disposto no art. 13, parágrafo 1º, da LC nº 76/93.

- Remessa oficial não conhecida. Apelação da expropriada improvida e apelação do INCRA provida em parte.”

(TRF 5ª - 1ª Turma - AC 370818-SE - Processo nº 2002.85.00.000637-4 - J. em 23.02.2006 - DJ 22/03/2006 - Página: 947 - Nº: 56 - Ano: 2006 - Rel. Des. Federal Francisco Wildo) (grifos nossos)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. JUROS COMPENSATÓRIOS. BASE DE CÁLCULO. PERCENTUAL. ART. 15-A DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1577/97. ADIN 2332/MC-DF. OMISSÃO VERIFICADA. EFEITOS INFRINGENTES.

Se a imissão do INCRA na posse do imóvel expropriado ocorreu ainda na vigência da Medida Provisória nº 1.577/97 – precisamente em 29.12.1999 –, os juros compensatórios devem ser computados à base de 6% (seis por cento) ao ano, sobre a diferença existente entre o valor ofertado pela autarquia expropriante na petição inicial e o *quantum* total da indenização fixado no *decisum*. A partir da data da decisão proferida pelo e. STF, em sede de liminar, na ADINº 2332-DF – 05.09.2001 –, os juros compensatórios inci-

dirão à razão de 12% (doze por cento) ao ano sobre a diferença eventualmente apurada entre 80% (oitenta por cento) do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença, a teor da nova interpretação dada pela mais alta Corte de Justiça do país, ao suspender a eficácia da expressão de até seis por cento ao ano, contida no art. 15-A daquela medida provisória, e por força da interpretação conforme à Constituição sobre a base de cálculo dessa espécie de juros nas ações de desapropriação para reforma agrária. Precedente do STJ (REsp nº 591656-PA, Primeira Turma, Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, DJU de 30.08.2004, pág.: 217, unânime).

- Considerando que, na presente demanda, o montante final estabelecido pelo juiz para fins de indenização foi o mesmo oferecido pelo INCRA ao ajuizar a ação, tendo sido, inclusive, confirmado por este e. Tribunal, não haveria diferença a servir como base de cálculo para incidência dos juros compensatórios, por força da interpretação dada pelo art. 15-A da Medida Provisória nº 1577/97. Somente a partir do momento em que o e. STF julgou, em sede liminar, a ADIN nº 2332/DF, é que se torna viável, na situação posta a julgamento, aplicar-se juros compensatórios, à razão de 12% (doze por cento) ao ano, eis que se passou a entender que a base de cálculo seria a diferença apurada entre 80% (oitenta por cento) do valor ofertado em juízo pela entidade expropriante e o montante da indenização estabelecido na sentença. Embargos de declaração parcialmente providos. (TRF 5ª R. - AC 2004.05.00.007946-3 - 1ª T. - SE - Rel. Des. Fed. José Maria de Oliveira Lucena - DJU 25.01.2006 - p. 449) (grifos nossos)

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MPF. REMESSA OBRIGATÓRIA. DESAPROPRIAÇÃO POR INTE-

RESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. INDENIZAÇÃO FIXADA EM VALOR SUPERIOR AO OFERTADO PELO INCRA. CONCORDÂNCIA EM RELAÇÃO À ÁREA A SER INDENIZADA. BENFEITORIAS. MÉTODO DE AVALIAÇÃO ESPECIFICADO NO LAUDO. JUROS COMPENSATÓRIOS. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ÔNUS DO EXPROPRIANTE. REDUÇÃO.

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

- Não merece guarida a alegação de nulidade do processo, eis que, diversamente do que foi sustentado pela apelante, o *Parquet* Federal foi chamado a se pronunciar nos presentes autos sempre que se fez necessário, conforme provam os pareceres juntados às fls. 1157/1158 e 1243/1244.

- **Ao adentrar na avaliação da terra nua, o insigne Juiz desconsiderou o valor atribuído pelo Perito Oficial**, eis que apontado como superavaliado, em comparação com terras desapropriadas na mesma região e época. **Utilizou, assim, o quantum fixado pelo INCRA, o qual teria se baseado em dados técnicos, sendo, portanto, impassível de críticas.** Excluiu do montante da indenização o valor imputado pelo Vistor Oficial à cobertura vegetal, restando, assim, a indenização pela terra nua estabelecida em R\$ 141.862,45 (cento e quarenta e um mil, oitocentos e sessenta e dois reais e quarenta e cinco centavos), **valor este correspondente ao ofertado pelo INCRA na petição inicial.**

- Ao valorar as benfeitorias reprodutivas e não reprodutivas, o Vistor Oficial fez uma análise acurada e bastante detalhada da situação delas, assim como demonstrou a contento o método utilizado – ‘custo de reprodução’ – para se chegar ao resultado final.

- Em relação às benfeitorias não reprodutivas, não

há reparos a serem feitos em relação ao *quantum* fixado no laudo pericial e confirmado na sentença. Já em relação às reprodutivas, acompanho também o ilustre sentenciante, para rechaçar o valor do laudo técnico, por ter sido calculado com base no valor de venda dos produtos ao consumidor, quando deveria ser considerado o preço do produtor. O mais justo seria o valor resultante da média dos montantes indicados pelo Perito Oficial e pelo INCRA somado ao *quantum* atribuído ao pasto artificial, o qual totalizaria R\$ 1.290.155,00 (um milhão, duzentos e noventa mil, cento e cinqüenta e cinco reais), conforme fixado no *decisum*.

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

- No que tange aos juros de mora, carece a autarquia apelante de interesse para recorrer, tendo em vista que os juros moratórios foram fixados no *decisum* conforme o pedido constante na apelação, a saber: somente deverão incidir, à taxa de 6% ao ano, sobre a diferença entre o montante da condenação e o que foi arbitrado pela autarquia expropriante na sua peça vestibular e a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição.

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

- Em relação à correção monetária, também não merece reparo a doutra sentença, eis que deve-

rá incidir, por configurar mera atualização do valor da moeda, mas apenas sobre a diferença entre o valor da condenação e o ofertado pelo INCRA, atualizado até a data do laudo pericial (agosto de 2003), em conformidade com a jurisprudência predominante no e. STJ e neste Tribunal.

- Há que se reduzir o valor dos honorários advocatícios fixados na sentença para 5% (cinco por cento) sobre a diferença entre o valor ofertado na inicial e o estabelecido no *decisum* a título de indenização, por se adequar ao disposto no art. 27, parágrafo 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/41, com a redação determinada pela Medida Provisória nº 2.183-56/2001 e no art. 19, parágrafo 1º, da Lei Complementar nº 76/93.

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

- Preliminar rejeitada.

- Apelação e remessa obrigatória parcialmente providas.

(TRF 5ª - 1ª Turma - AC 205357-CE - Processo nº 2000.05.00.007271-2 - J. em 01.09.2005 - DJ 29/09/2005 - Página: 659 - Nº: 188 - Ano: 2005 - Rel. Des. Federal Augustino Chaves (Substituto)) (grifos nossos)

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação cível interposta pelo INCRA, somente para determinar a incidência dos juros de mora, à razão de 6% (seis por cento) ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito (art. 15-B do DL nº 3.365/41).

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 343.014-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(CONVOCADO)
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
Apelado: CAIO CÉSAR HENRIQUES DE SIQUEIRA
Repte.: PROCURADORIA GERAL FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. AGOSTINHO ALBÉRIO FERNANDES DUARTE E OUTROS (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO DE RAIOS-X (40%). REDUÇÃO DO PERCENTUAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO ADQUIRIDO E DE AFRONTA À GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DO DIREITO RECHAÇADA. SÚMULA 85 DO STJ.

- A alegada prescrição não atinge o direito material, mas, tão-somente, as prestações ou parcelas que forem completando um quinquênio. Inteligência da Súmula 85 do STJ.

- A Lei nº 8.237/91, no art. 12, § 5º, assegurou, expressamente, o pagamento, a título de vantagem pessoal, dos valores que, antes de sua vigência, fossem superiores àqueles obtidos com os novos percentuais estabelecidos. Mantido o valor total da remuneração, não se configura qualquer violação a direito adquirido e à garantia da irredutibilidade de vencimentos.

- O Supremo Tribunal Federal já assentou que “não existe direito adquirido a regime jurídico” e, por conseguinte, “as leis – ainda quando posteriores à norma constitucional de sua irredutibilidade – que modificam sistemática de reajuste de vencimentos ou proventos são aplicáveis desde o início de sua vigência” (RE 189561/MG, DJU: 08-09-1995, PP-28435, Relator Sepúlveda Pertence).

- Precedentes do STJ e deste Regional.

- Apelação e remessa oficial providas. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 4 de maio de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA (Convocado):

Apelação interposta pela UFPB - Universidade Federal da Paraíba contra sentença que julgou procedente pedido formulado por Caio César Henriques de Siqueira, no fito de obter o estabelecimento do pagamento da Gratificação de Raio X, no valor de 40% sobre o salário-base, desde a data em que ocorreu a redução para 10%, ou seja, desde novembro de 1989, sob a alegação de que a aplicação da Lei nº 7.923/89 ocorreu em desrespeito ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

A sentença (fls. 26/29) julgou procedente o pedido, por entender que a redução operada feriu claramente o disposto nos arts. 37, XV, e 5º, XXXVI, ambos da Carta Magna.

A União apelou, reiterando as razões expendidas na contestação.

Contra-razões às fls. 38/41. Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório. É o relatório. Dispensada a revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(Relator Convocado):

Por força da remessa oficial, analiso, por primeiro, a preliminar de prescrição do direito de ação.

Esta Corte já firmou posicionamento no sentido de que, em se tratando de pedido que envolve prestação de trato sucessivo, a prescrição atinge apenas as parcelas porventura devidas antes do lustro, contado do ajuizamento da ação, nos exatos termos da Súmula nº 85 do colendo Superior Tribunal de Justiça, a teor da qual “nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figura como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”.

No caso em análise, acolho em parte a preliminar, para declarar alcançadas pela prescrição as quantias vencidas há um quinquênio do ajuizamento da ação.

Superada a prejudicial, passo ao mérito.

O cerne da questão consiste em saber se houve, ou não, ofensa a direito adquirido e à garantia da irredutibilidade de vencimentos, em face da alteração procedida pela Lei nº 8.237/91, ao reduzir de 40% (quarenta por cento) para 10% (dez por cento) o percentual da vantagem denominada Gratificação Raio “X”.

Para melhor elucidação da matéria, convém transcrever o disposto na Lei nº 8.270/91. Confira-se:

“Art. 12 - Os servidores civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais perceberão adicionais de insalubridade e de periculosidade, nos termos das normas legais e regulamentares pertinentes aos trabalhadores em geral e calculados com base nos seguintes percentuais:

(...)

§ 2º - A gratificação por trabalhos com Raios-X ou substâncias radioativas será calculada com base no percentual de dez por cento.

§ 3º - Os percentuais fixados neste artigo incidem sobre o vencimento do cargo efetivo.

(...)

§ 5º - Os valores referentes a adicionais ou gratificações percebidos sob os mesmos fundamentos deste artigo, superiores aos aqui estabelecidos, serão mantidos a título de vantagem pessoal, nominalmente identificada, para os servidores que permaneçam expostos à situação de trabalho que tenha dado origem à referida vantagem, aplicando-se a esses valores os mesmos percentuais de revisão ou antecipação de vencimentos.”

Como se pode ver, a lei adrede transcrita, no art. 12, § 5º, assegurou, expressamente, o pagamento, a título de vantagem pessoal, dos valores que, antes de sua vigência, fossem superiores àqueles obtidos com os novos percentuais estabelecidos. Manteve-se, assim, o valor total da remuneração percebida pelo servidor. Daí se inferir não ter ocorrido qualquer violação a direito adquirido, além de observada a garantia da irredutibilidade de vencimentos.

O Supremo Tribunal Federal já assentou, inclusive, que “não existe direito adquirido a regime jurídico” e, por conseguinte, “as leis – ainda quando posteriores à norma constitucional de sua irredutibilidade – que modificam sistemática de reajuste de vencimentos ou proventos, são aplicáveis desde o início de sua vigência”. (RE 189561/MG, DJU: 08-09-1995, PP-28435, Relator Sepúlveda Pertence).

Também a jurisprudência do c. STJ é nesse sentido, como demonstram as seguintes ementas:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. LIMITES NORMATIVOS. APRECIÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ALÍNEA C. AUSÊNCIA DO COTEJO ANALÍTICO. ART. 255/RISTJ. ALÍNEA A. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. REAJUSTE/REVISÃO. REGIME JURÍDICO. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO SUPREMO

TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO, MAS DESPROVIDO.

(...)

V - O trabalhador tem direito adquirido a ter seus proventos calculados em conformidade com a legislação vigente ao tempo em que preencheu os requisitos para tal, o que no presente caso ocorreu. No entanto, isto não significa ter direito adquirido ao regime jurídico observado à época do cálculo do benefício. Por conseguinte, mantido o *quantum* daí resultante, esse regime jurídico pode ser modificado pela legislação posterior. Caso assim não fosse, ocorreria a criação de uma Lei diversa, apenas com aspectos favoráveis de outras legislações, com o único intuito de favorecer à parte interessada. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

VI - Recurso especial parcialmente conhecido, mas desprovido.”

(STJ. RESP 638039/RJ, 5ª Turma, Decisão: 10/08/2004, DJU: 06/09/2004, página: 306, Relator Gilson Dipp).

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR ESTADUAL APOSENTADO. DECADÊNCIA. QUESTÃO NÃO LEVANTADA NA ORIGEM. PRINCÍPIO DO *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM*. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO SOB PENA DE REFORMATIO *IN PEJUS*. GRATIFICAÇÃO. MODIFICAÇÃO NA FORMA DE CÁLCULO. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. PRESERVAÇÃO DOS VENCIMENTOS.

(...)

A Administração, no uso do seu poder discricionário, é livre para alterar sua estrutura administrativa, desde que haja preservação do *quantum* remuneratório, como no caso dos autos. Ausência de direito adquirido. Recurso desprovido.”

(STJ, ROMS 16746/MS, 5ª Turma, Decisão: 16/12/

2003, *DJU*: 16/02/2004, página: 276, Relator: José Arnaldo da Fonseca).

“PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. ANUÊNIO. BASE DE CÁLCULO. APOSENTADORIA. OPÇÃO PELO VENCIMENTO DO CARGO EM COMISSÃO. ARTS. 67 E 193 DA LEI Nº 8.112/90. MUDANÇA. DIREITO ADQUIRIDO. IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. ART. 37, XV, DA CF.

(...)

- Não há que se falar em direito à manutenção de determinada forma de cálculo dos proventos. A mudança da legislação não implica violação de direito adquirido.

- Recurso desprovido.”

(STJ, REsp 448117/MG, 5ª Turma, Decisão: 05/05/2005, *DJU*: 30/05/2005, página: 402, Relator: José Arnaldo da Fonseca).

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE VENCIMENTOS COM PROVENTOS. IMPOSSIBILIDADE. CARGOS NÃO ACUMULÁVEIS NA ATIVIDADE. SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98. EXCEÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 11. INAPLICABILIDADE.

(...)

5. ‘Esta Corte tem decidido, inúmeras vezes, que o funcionário tem direito adquirido a, quando aposentar-se, ver os seus proventos calculados em conformidade com a legislação vigente ao tempo em que preencheu os requisitos necessários para a aposentadoria, mas não possui direito adquirido ao regime jurídico que foi observado para o cálculo do montante dos proventos quando da aposentadoria, o que implica dizer que, mantido esse *quantum*, tal regime pode ser modificado pela legislação posterior’. (RE nº 92.638/SP, Relator Ministro Moreira Alves, *in DJ* 18/8/80).

6. Não existe direito adquirido a regime jurídico único, mormente se se pretende o reconhecimento de

um direito à acumulação de proventos a que não faz jus o servidor, porque em atividade, com vencimentos de cargo em que não está investido, e que, de qualquer modo, é inacumulável com o da função presentemente exercida.

7. Ordem denegada.”

(STJ, MS 7166/DF, 3ª Seção, Decisão: 28/11/2001, DJU: 18/02/2002, página: 228, Relator: Hamilton Carvalhido).

A matéria também já se encontra pacificada neste Regional, como demonstram os seguintes precedentes:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DA ATIVA. GRATIFICAÇÃO DE RAIOS X. REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE 40% PARA 10%. DIFERENÇA QUE PASSOU A SER VANTAGEM PESSOAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STF.

1. A redução de 40% para 10% no percentual da gratificação de Raios X, instituída pela Lei nº 8.270/91, não consubstanciou violação ao princípio da irredutibilidade vencimental, vez que tal norma previu o pagamento de diferença a título de vantagem individual na hipótese de haver decréscimo resultante de sua aplicação.

2. Verificando-se, *in casu*, que a demandante, embora tenha tido o percentual daquela gratificação reduzido, tal redução não lhe impôs uma minoração remuneratória, vez que a diferença de 30% a menor passou a ser paga como vantagem pessoal.

3. Apelação improvida.”

(TRF - 5ª Região, AC 331830/PB, 2ª Turma, Decisão: 05/10/2004, DJU: 02/12/2004 - Página: 1069 - Nº: 231, Desembargador Federal Petrucio Ferreira).

“CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. GRATIFICAÇÃO RAIOS X. ALTERAÇÃO NA FORMA DE PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. LEI 8.270/91 REDUÇÃO DOS VENCIMENTOS. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.

- É firme a jurisprudência desta Corte e dos Tribunais Superiores no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico e de que não há ofensa ao princípio constitucional da irredutibilidade quando o montante dos vencimentos não é diminuído com a alteração das gratificações que os integram. Desse modo, não existe direito à forma de cálculo dos vencimentos, sobretudo quando restou mantido o valor total da remuneração.

- Apelação e remessa oficial providas.”

(TRF - 5ª Região, AC 315810/PB, 1ª Turma, Decisão: 19/08/2004, DJU: 21/09/2004, página: 519 - Nº: 182, Desembargador Federal Francisco Wildo).

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO DE COMPENSAÇÃO ORGÂNICA - EXPOSIÇÃO A RAIOS X. MILITAR DA RESERVA REMUNERADA. INCORPORAÇÃO AOS PROVENTOS. REDUÇÃO DO PERCENTUAL. LEI Nº 8.237/91. IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS RESPEITADA.

- Mesmo com a redução de 40% para 10% no percentual da gratificação de Raios X, a Lei nº 8.237/91 majorou a remuneração global dos militares, assegurando a irredutibilidade dos vencimentos, prevenindo, inclusive, o pagamento de diferença a título de vantagem individual na hipótese de haver decréscimo na aplicação da Lei.

- Precedente do STJ.”

(TRF - 5ª Região, AC 308282/PE, 3ª Turma, Decisão: 27/05/2004, DJU: 21/06/2004 - Página: 600 - Nº: 117, Desembargador Federal Rivalvo Costa).

“ADMINISTRATIVO. PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÃO DE RAIOS X, NO PERCENTUAL DE 40% INCIDENTE SOBRE OS PROVENTOS. LEI Nº 1.234, DE 14.11.1950. REDUÇÃO DO PERCENTUAL PARA 10%. LEI Nº 7.923, DE 12.12.1989. VALORIZAÇÃO DO VENCIMENTO BÁSICO. AUSÊNCIA DE MÁCULA AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS.

1. A Lei nº 7.923/89 reduziu o percentual de cálculo da gratificação de Raio X, percebida, inclusive, por servidor aposentado, mas não houve redução no vencimento, pois, se por um lado a alíquota da vantagem foi reduzida de 40% para 10%, por outro, aumentou-se sua base de cálculo. A vantagem (com percentual reduzido) passou a ser calculada sobre um salário-base maior, de modo que seu valor global também aumentou. Precedente do STJ (Recurso Especial 424.206/RS).

2. Não tendo havido decesso remuneratório, não há que se falar em ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos.

3. Pelo provimento da apelação e da remessa.” (TRF - 5ª Região, AC 306519/PE, 4ª Turma, Decisão: 10/06/2003, DJU: 25/08/2003, página: 427, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti).

Forte nessas razões, dou provimento à apelação e à remessa Oficial. Inversão da sucumbência. Honorários incidentes sobre o valor dado à causa, corrigidos nos termos da Lei nº 6.899/81.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 348.546-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Apelantes: PAULO JOSÉ PIATTI E INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Apelados: OS MESMOS
Repte.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDADE
Advs./Procs.: DRS. DIRCEU APPOLONI FILHO E OUTRO

EMENTA: ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. FALHAS NO LAUDO OFICIAL, ACOLHIDO INTEGRALMENTE PELA SENTENÇA APELADA.

GRANDE DISCREPÂNCIA ENTRE A INDENIZAÇÃO PROPOSTA PELO LAUDO OFICIAL E PELO LAUDO DO EXPROPRIADO. NECESSIDADE DE PERÍCIA INDIRETA. NULIDADE DA SENTENÇA.

- O laudo elaborado pelo Vistor Oficial, em ação de desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária, acolhido in totum pela sentença apelada, incidiu nos seguintes equívocos: (a) não atribuiu qualquer valor pecuniário a duas benfeitorias existentes no imóvel desapropriando, a saber, ao prédio de uma capela rural e a uma locomotiva antiga, de interesse histórico; (b) não atribuiu qualquer valor pecuniário a uma das quatro barragens comprovadamente existentes no dito imóvel rural; (c) calculou o valor das três barragens em metros quadrados, quando o correto seria o seu cálculo em metros cúbicos.

- Além disso, a perícia do Vistor Oficial foi realizada após decorridos 3 anos da invasão e ocupação, pelo MST, do imóvel rural desapropriando, quando várias benfeitorias ali existentes ao tempo da expedição do Decreto Expropriatório já haviam sido depredadas, delas restando, tão-somente, ruínas e escombros; esse fato, certamente, explica a acentuada discrepância entre os valores atribuídos às principais benfeitorias existentes no imóvel pelas perícias do Vistor Oficial (realizada em 18/06/03) e do Assistente Técnico do expropriado (realizada em 05/09/01).

- A indenização deve refletir o valor da terra nua e o das benfeitorias existentes no imóvel desapropriando ao tempo em que foi expedido o Decreto de Desapropriação, sendo, portanto, esse o momento em que deve ser aferido o seu estado de conservação; mostrando-se inviável a avaliação da terra nua e das benfeitorias no estado em que se encontravam no momento de expedi-

ção do Decreto Expropriatório, é mister que se recorra às vias probatórias indiretas (análise de eventual arquivo fotográfico, de documentos antigos, de declarações fiscais de exercícios anteriores e a ouvida de vizinhos ou moradores das áreas circunvizinhas ao imóvel em foco), que sejam capazes de recompor, com a máxima fidelidade possível, para fins de avaliação pecuniária, o estado pretérito da propriedade.

- Ante os inúmeros equívocos e imprecisões existentes no laudo do Vistor Oficial, acolhido in totum pela sentença recorrida, impõe-se a anulação desta, para que outra seja proferida em seu lugar, após a realização de nova perícia técnica, a critério do Juízo Monocrático.

- Remessa oficial a que se dá parcial provimento, para anular a sentença recorrida, julgando prejudicadas as apelações cíveis.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 348.546/AL, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em dar parcial provimento à remessa oficial, julgando prejudicadas as apelações cíveis, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 25 de abril de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Trata-se de apelações cíveis interpostas por Paulo José Piatto e pelo INCRA, bem como de remessa oficial, contra sentença

proferida pelo douto Juízo da 7ª Vara Federal da SJ de Alagoas, que decretou a desapropriação do imóvel rural denominado Fazenda Brasileiro, localizado no Município de Atalaia (AL), cuja ementa se vê vazada nos seguintes termos:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. LAUDO PERICIAL. SENTENÇA COM BASE NO TRABALHO DO VISTOR OFICIAL. ADINMC 2.2332-DF.

1. O valor da terra nua é encontrado subtraindo-se do valor total do imóvel a parcela correspondente às benfeitorias.

2. Embora se calcule separadamente, a cobertura vegetal é indenizada junto com a terra nua, em TDA.

3. O laudo pericial esgotou o tema discutido na demanda, louvando-se em critérios essencialmente técnicos e plenamente justificados para merecer a confiança e a confirmação do julgador.

4. Precedentes do TRF da 5ª Região.

5. Observância da eficácia vinculante da decisão do STF na ADINMC 2.332-DF.

6. Sentença de procedência com base no laudo pericial”. (fls. 499).

2. O recurso do particular expropriado questiona os valores atribuídos à terra nua, por entender não ter sido observado o preço de mercado, bem assim as benfeitorias que, acredita, foram subestimadas.

3. O INCRA, por outro lado, aduz que: (a) estão equivocados os valores atribuídos à terra nua, vez que distantes do de outros imóveis situados na mesma região; (b) há excesso no valor dado à cobertura vegetal, porquanto se trata, na verdade, de erva daninha e (c) são indevidos os juros compensatórios determinados pelo Juiz de Primeiro Grau, pois se cuida de desapropriação por interesse social e, sendo assim, nada há a ser compensado.

4. Contra-razões do expropriado às fls. 535 e do INCRA às fls. 573/575.

5. Parecer do douto *Parquet* opinando pelo provimento parcial da apelação, retirando-se do cálculo da indenização a ser paga a quantia referente à cobertura vegetal (fls. 582/585).

6. É este o relatório.

VOTO

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

1. Segundo se extrai dos autos, a ação de desapropriação em tela tem por objeto a expropriação do imóvel rural Fazenda Brasileiro, de propriedade do Sr. Paulo José Piatti, localizado no Município de Atalaia, Estado do Alagoas, declarado de interesse social para fins de reforma agrária por Decreto Presidencial publicado em 13.11.00 (fls. 07).

2. *In casu*, as divergências, como é comum nas ações de desapropriação, situam-se nos valores dos bens a serem indenizados, como se mostra no quadro seguinte:

BENS A INDENIZAR	LAUDO INICIAL DO INCRA (I)	LAUDO EXPROPRIADO (II)	LAUDO DO VISTOR (III)
VALOR DA TERRA NUA	R\$ 151.098,47	R\$ 795.286,66	R\$ 533.966,38
BENFEITORIAS (CONSTRUÇÕES)	R\$ 64.684,99	R\$ 2.928.395,09	R\$ 203.679,79
COBERTURA VEGETAL	NIHIL	NIHIL	R\$ 16.120,00
VALOR TOTAL DA INDENIZAÇÃO	R\$ 215.783,46	R\$ 3.723.681,75	R\$ 753.766,17

(I) perícia realizada em 28/05/01;

(II) perícia realizada em 5/09/01;

(III) perícia realizada em 18/06/03.

2. A sentença apelada (fls. 409/599) acolheu *in totum* os valores apresentados pelo Vistor Oficial, fixando a indenização em R\$ 753.766,17, atribuindo R\$ 533.966,38 à terra nua, R\$ 203.679,79 às benfeitorias e R\$ 16.120,00 à cobertura vegetal; ocorre, contu-

do, que a análise do laudo do Perito Oficial (fls. 387/410) demonstra que este incidiu em notórios equívocos, suficientes, por si só, para infirmar a sua legitimidade. Relacionam-se, a seguir, as mencionadas imprecisões:

- não atribuição de qualquer valor pecuniário a duas benfeitorias, a saber, à igreja e à locomotiva (fotos de fls. 148 e 406, respectivamente), sob o argumento de que as mesmas seriam benfeitorias voluptuárias e que, por tal motivo, não deveriam ser indenizadas. Ora, por força do princípio da justa indenização, insculpido no art. 5º, XXIV, da CF/88, o imóvel rural objeto de desapropriação deve ser indenizado em sua integralidade, devendo ser repostos o valor de todas as benfeitorias existentes ao tempo da expedição do Decreto Presidencial de Desapropriação, inclusive as de mero deleite (voluptuárias), já que para a sua existência o expropriado empregou recursos financeiros próprios.

- não atribuição de qualquer valor pecuniário a uma das quatro barragens existentes no imóvel desapropriado. Com efeito, conforme se percebe do laudo do INCRA e do laudo do Assistente Técnico do expropriado, existem, no imóvel desapropriado, quatro barragens; entretanto, o laudo oficial, acolhido *in totum* pelo Juízo sentenciante, apenas fixou indenização para três barragens, deixando, inexplicavelmente, de fazer qualquer referência a uma delas.

- cálculo do valor das três barragens em metros quadrados (fls. 402), quando o correto seria o cálculo das mesmas em metros cúbicos, tal como realizado pelo Perito nomeado pelo INCRA e pelo Assistente Técnico do expropriado.

4. Importa destacar, ainda, que o laudo do Perito Oficial, acolhido, repita-se, integralmente pela sentença apelada, foi elaborado em 18 de junho de 2003, quando já decorridos mais de três anos da invasão da propriedade desapropriada pelo MST; note-se que, conforme informações colhidas dos autos, ao tempo em que foi expedido o Decreto de Desapropriação, em 13 de novembro de 2000, o MST já havia invadido e ocupado o imóvel expropriado.

5. Sendo assim, no momento em que foi realizada a perícia oficial, várias benfeitorias existentes ao tempo da expedição do

Decreto Expropriatório simplesmente não existiam mais, certamente por terem sido devastadas pela ação nociva do MST, restando, de outras, apenas ruínas e escombros (fotos de fls. 406/409). Resalte-se, aliás, que esse fato foi admitido pelo próprio Vistor Oficial, como se vê às fls. 402 do autos.

6. Diante desse quadro de intensa e contínua depredação do imóvel expropriando ao longo dos 3 anos que se passaram entre a invasão do MST e a realização da vistoria oficial, é de se compreender a acentuada discrepância entre os valores atribuídos às principais construções existentes no referido imóvel (bangalô, casa do colono e usina) pelo Perito Oficial e pelo Assistente Técnico do expropriado. Essa discrepância se observa claramente do gráfico a seguir:

Benfeitorias:	LAUDO DO EXPROPRIADO	LAUDO DO PERITO OFICIAL
Bangalô	R\$ 51.686,91	Não especificado
Casa do colono	R\$ 17.211,64	Não especificado
Usina (destilaria)	R\$ 483.571,90	Não especificado
	R\$ 552.470,45	R\$ 110.094,09

7. Como se sabe, o valor da indenização deve refletir o custo de reposição de toda a propriedade expropriada, nele incluindo o valor da terra nua e o das benfeitorias existentes ao tempo em que foi expedido o Decreto de Desapropriação, sendo que o estado de conservação das mesmas também deve ser aferido no momento dessa expedição. Se não for possível avaliar, diretamente, o estado de conservação das benfeitorias ao tempo da expedição do Decreto Expropriatório, tal como ocorre no caso dos autos, impõe-se a realização de perícia indireta, que seja capaz de refletir, com a máxima veracidade possível, o estado pretérito das aludidas benfeitorias.

8. Assim, ante a impossibilidade de se avaliar a terra nua e as benfeitorias do imóvel expropriando no estado de conservação em

que se encontravam ao tempo de expedição do Decreto Expropriatório, é mister que se recorra às vias probatórias indiretas, de que são exemplos a análise de eventual arquivo fotográfico e de documentos antigos, bem como a ouvida de vizinhos ou moradores das áreas circunvizinhas ao imóvel em foco; em verdade, o que não se pode admitir, sob hipótese alguma, é que o expropriado seja prejudicado em razão de fatos a que não deu causa, sendo tolhido em seu direito de propriedade sem a correspondente e justa reposição pecuniária.

9. Volvendo-se ao caso dos autos, não parece que o valor atribuído pelo Vistor Oficial a algumas das mais importantes benfeitorias existentes no imóvel desapropriado condiz com o valor que seria atribuído caso as mesmas não tivessem sido submetidas, ao longo dos anos, à depredação realizada pelo MST; além disso, conforme antes destacado, o laudo oficial incidiu em equívocos que certamente alteraram, para menor, o valor do imóvel rural em tela, em visível mácula ao princípio constitucional da prévia e justa indenização (art. 5º, XXIV, da CF/88).

10. Assim, como a sentença apelada acolheu, integralmente, o laudo elaborado pelo Vistor Oficial, e como este se encontra eivado por vícios que lhe maculam a legitimidade e a força probante, impõe-se a anulação da referida sentença, com o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que nova perícia seja realizada, esta com observância das diretrizes aqui fixadas.

11. Diante do exposto, dou provimento à remessa oficial, para anular a sentença recorrida, julgando prejudicadas as apelações cíveis.

12. Este é meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 353.262-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Apelantes: SINARA BATISTA DA SILVA E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS
Adv./Proc.: DR. ROSETE DE OLIVEIRA RODRIGUES SOARES

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA. PRETERIÇÃO DE POSSE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. RECONHECIDO POR MANDADO DE SEGURANÇA. FÉRIAS, TRABALHO EXTRAORDINÁRIO, AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO E IMPLANTAÇÃO DO ÍNDICE DE 11,98%. NÃO DEVIDOS. DANOS MORAIS NÃO COMPROVADOS.

- Incide, no caso, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, pois há nexo causal entre a não percepção das vantagens do cargo e o ato do presidente do TRE-PE, que negligenciou o direito líquido e certo da apelante particular durante 22 (vinte e dois) meses, como consta dos autos. Destarte, justifica-se a pretensão do particular quanto à indenização de dano material decorrente da não percepção dos vencimentos do cargo.

- A apelante não faz jus à indenização de férias. As férias têm cunho higiênico e são adquiridas na constância do labor. A apelante não trabalhou, não consumiu energia na labuta, não sofreu fadiga ou cansaço.

- Se é certo que não houve sequer trabalho ordinário, não se pode cogitar de indenização do extraordinário, pois este é o que excede a jornada daquele e acontece normalmente com caráter eventual, incogitável para o caso da apelante.

- Não faz jus o particular apelante ao auxílio-alimentação que só é devido a quem efetivamente trabalha com o fim de ajudar a alimentação do trabalhador, qual o nome indica.

- Não faz jus o particular apelante aos 11,98% decorrentes da implantação do programa de estabilização econômica conhecido como Plano Real, através da Lei nº 8.880, de 27/05/94, posto que os efeitos de sua posse no cargo só retroa-giram no tempo até o mês de agosto de 1996, quando o Plano Real já estava implantado.

- As alegações do particular quanto aos danos morais são jejunas de prova. Inexiste nos autos a mínima comprovação de indignidade, sofrimento, dissabor, ou qualquer outro matiz de dano moral que haja afetado psicossocialmente o particular apelante com o retardamento da sua posse.

- Apelação da União e remessa oficial parcialmente providas e apelação do particular improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 2 de maio de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Trata-se de remessa oficial e apelações interpostas por Sinaira Batista da Silva e União contra sentença que julgou parcialmen-

te procedente a ação ordinária, condenando a ré a pagar a indenização por dano patrimonial equivalente ao montante das remunerações líquidas relativas aos meses em que a autora foi impedida de assumir o cargo de taquígrafo judiciário no Tribunal Regional Eleitoral - TRE-PE, acrescida de férias, 13º e auxílio-alimentação, computadas as respectivas progressões funcionais, em caráter retroativo, bem como a diferença do percentual de 11,98%, corrigidos monetariamente, juros de mora de meio por cento ao mês (0,5%) e verba honorária de 10% (dez por cento) sobre o valor apurado na condenação.

A demanda se originou no fato da autora, servidora pública federal do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, ter pleiteado o ressarcimento de prejuízos materiais e morais pelo tempo em que foi nomeada e impedida de tomar posse, por ter prestado concurso público para o cargo de taquígrafo judiciário (atualmente analista judiciário) em 27/04/1996 (fls. 24), sendo nomeada em 21/08/1996, e, por culpa da Administração, só veio a tomar posse em 08/07/1998, definitivamente por força de ordem concedida em mandando de segurança em 28/05/1998 (fls. 28/31).

A sentença motivou-se, em síntese, na responsabilidade objetiva do Estado, verificando o nexo de causalidade entre o ato administrativo da negativa da posse da servidora depois da nomeação e os prejuízos suportados por ela. O autos informam que a mesma só veio a tomar posse 22 (vinte e dois) meses depois.

Em suas razões recursais, Sinara Batista da Silva requer: o pagamento de remuneração resultante da defasagem do enquadramento funcional em face do reconhecimento da própria Administração, em 16/01/2001, que fez retroagir os efeitos do tempo de serviço para 16/08/1998; o pagamento das médias das horas extras pagas aos servidores em exercício durante o período de impedimento do exercício funcional e pagamento de indenização por danos morais.

Por seu turno, a União alega em sua apelação que a servidora não faz jus a qualquer indenização, uma vez que os fatos se deram por culpa exclusiva da vítima, por não ter providenciado a documentação exigida a partir do edital, requerendo, ao final, o provimento do seu recurso.

Foram apresentadas contra-razões.

É o relatório.

VOTO

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

Por envolverem os mesmos fatos, analiso conjuntamente a remessa *ex officio*, a apelação da União e apelação do particular.

Empossada em cargo administrativo do quadro do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, por força de mandado de segurança que lhe foi concedido pelo próprio sodalício, não há mais o que discutir sobre a liquidez e a certeza do direito à posse que lhe fora preterida no cargo público em que foi serodidamente investida.

Segue que a preterição foi abusiva e ilegal, gerando evidente lesão ao patrimônio jurídico da apelante particular, em parte, já corrigida administrativamente, com a retroação dos efeitos jurídicos da posse e as devidas progressões funcionais desde então apuradas, mas resta a reposição econômica relativa ao lapso temporal da omissão, pelo qual, sem concorrência de culpa, deixou de perceber os estipêndios do cargo.

Incide, no caso, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, pois há nexos causal entre a não percepção das vantagens do cargo e o ato do presidente do TRE-PE, que negligenciou o direito líquido e certo da apelante particular durante 22 (vinte e dois) meses, como consta dos autos.

Destarte, justifica-se a pretensão do particular quanto à indenização de dano material decorrente da não percepção dos vencimentos do cargo.

Não sendo renda, a indenização deve apenas recompor a perda sofrida pelo particular, sem o enriquecer sem causa.

Tal apelante não ganhou vencimentos, mas também deixou de gastar, como gastaria, se tivesse trabalhado, com transporte, vestuário, entre outras despesas usuais cobertas pelo salário, ou vencimento. E, obviamente, o que a apelante deixou de receber

não foram os vencimentos brutos, mas líquidos, abatidos os descontos legais.

Logo na fixação da indenização não deve ser levado em consideração apenas o que o particular deixou de ganhar, mas também o que ele deixou de gastar.

Segue que os vinte e dois meses de vencimentos que deverão servir de parâmetro para a indenização devida levarão em conta os fatores acima referidos quando forem apurados em liquidação.

Além dos vencimentos propriamente ditos, deixou a apelante de perceber a gratificação natalina, mais conhecida como décimo-terceiro salário, que também lhe é devida, dada a natureza de salário diferido.

Entretanto, não faz jus o particular apelante, obviamente, ao auxílio-alimentação, que só é devido a quem efetivamente trabalha com o fim de ajudar a alimentação do trabalhador, qual o nome indica.

Também não faz jus a apelante aos 11,98% decorrentes da implantação do programa de estabilização econômica conhecido como Plano Real, através da Lei nº 8.880, de 27/05/94, posto que os efeitos de sua posse no cargo só retroagiram no tempo até o mês de agosto de 1996, quando o Plano Real já estava implantado.

A retroação da posse da apelante a agosto de 1996 deu-se por ficção jurídica, não sendo um fato real, posto que entre tal data e a data real de sua posse no cargo de analista judiciário, em 8 de julho de 1998 (fls. 31), a apelante jamais trabalhou.

Ora, sem haver trabalhado, não faz jus às férias pretendidas.

O instituto de férias tem cunho higiênico, pois as férias possuem a finalidade de restaurar as energias vitais consumidas pelo trabalho diuturno a fim de debelar a fadiga ou o cansaço.

Assim, só se indenizam férias adquiridas na constância do labor.

A apelante não trabalhou; não consumiu energia no labor; não sofreu fadiga ou cansaço do labor; não faz jus à indenização de férias. Seria enriquecimento sem causa.

Já o trabalho extraordinário, como a própria denominação esclarece, não é o ordinário, o que costuma acontecer no cotidiano do trabalho. Por isso, ao contrário deste, não se presume.

Mesmo quando trabalhado – o que não é o caso – necessita ser provado por prova robusta, pois se cuida de exceção, e não da regra, na relação de trabalho.

No caso, se é certo que não houve sequer trabalho ordinário, não se pode cogitar de indenização do extraordinário, pois este é o que excede a jornada daquele e acontece normalmente com caráter eventual, incogitável para o caso da apelante.

No que pertine aos danos morais, as alegações do particular são jejunas de prova.

Com efeito, inexistente nos autos a mínima comprovação de indignidade, sofrimento, dissabor, ou qualquer outro matiz de dano moral que haja afetado psicossocialmente o particular apelante com o retardamento da sua posse.

Ao contrário, consta dos autos farta prova documental que, ao invés de humilhado, o particular deu expansão a outras atividades, participando de programas, estudos, seminários, palestras, trabalhos, que não expressam qualquer dissabor.

Com estas considerações, nego provimento à apelação do particular e dou parcial provimento à apelação da União e à remessa oficial para reformar a sentença nos termos do voto e, ainda, diante da reciprocidade da sucumbência, determinar que cada parte suporte os honorários de seus advogados – art. 21 do CPC.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 366.330-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA
Apelantes: HILÁRIO ALENCAR DA SILVA E OUTROS E FAZENDA NACIONAL
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. HENRIQUE CARVALHO DE ARAÚJO E OUTROS

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR REJEITADA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS. INCIDÊNCIA TÃO-SÓ SOBRE A REMUNERAÇÃO RELATIVA AO CARGO EFETIVO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS NºS 20/1998 E 41/2003. SISTEMA PREVIDENCIÁRIO DE NATUREZA RETRIBUTIVA. NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O VALOR DA FUNÇÃO COMISSIONADA E DA REMUNERAÇÃO DO CARGO COMISSIONADO. INEXISTÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE "CUSTO E BENEFÍCIO". HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO - ART. 20, §§ 3º e 4º.

- Trata-se de apelações interpostas pelo particular e pela Fazenda Nacional da sentença que julgou parcialmente procedente a ação ordinária, para condenar a União Federal à devolução dos valores retidos indevidamente a título de contribuição social sobre a retribuição de funções de direção, chefia e assessoramento, atualizados pela SELIC, a partir do pagamento indevido.

- A atual Constituição Federal assegura a todos o Princípio da Universalidade da Jurisdição, não mais exigindo que a lesão ao direito seja apreciada pela instância administrativa, como condição para apreciação pelo Poder Judiciário. Assim, nenhuma limitação impeditiva de ingresso

em juízo poderá ser exigida. Resta, assim, rejeitada a preliminar suscitada pela Fazenda Nacional.

- É de se observar que a Emenda Constitucional nº 20/98, ao alterar a redação do art. 40, § 3º, da Constituição Federal, modificou a sistemática da Previdência Social, passando a aposentadoria do servidor público a ser calculada com base exclusivamente na remuneração do cargo efetivo, excluídos, portanto, os cargos em comissão e as funções comissionadas.

- A Emenda Constitucional 41/2003, que alterou o caput do art. 40 da CF/88, afastou qualquer discussão a respeito da matéria, ao determinar que a contribuição social dos servidores públicos deverá incidir tão-só sobre a remuneração referente ao cargo efetivo, excluídas da base de cálculo as funções comissionadas.

- Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 2.010-MC, entendeu que o regime contributivo para a Previdência Social tem natureza eminentemente retributivo e, portanto, não há que incidir a contribuição social sobre a função comissionada, uma vez que a mesma não é considerada para fins de fixação dos proventos de aposentadoria ou pensão estatutária. Precedentes do STJ.

- No tocante ao apelo do particular, tão-só quanto aos honorários advocatícios, observe-se que a presente ação tem por objeto mediato a condenação e, portanto, mister se faz a fixação da verba honorária conforme o art. 20, § 3º, do CPC, o qual dispõe que nas ações condenatórias os honorários incidirão sobre o valor da condenação a ser apurado em liquidação de sentença.

- Esclareça-se, por fim, que qualquer parcela devolvida pela União ao autor, a título da referida contribuição social, deve ser abatida para efeitos da execução da sentença, sob pena de acar-

***retar o enriquecimento ilícito do particular.
- Preliminar rejeitada. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial improvidas. Apelação do particular provida, tão somente para determinar a incidência dos honorários advocatícios sobre o valor da condenação,***

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, rejeitar a preliminar, negar provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial e dar provimento ao apelo do particular, 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, 27 de junho de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

A Fazenda Nacional e o particular apelam da sentença de fls. 124 a 127, da lavra do MM Juiz Sebastião José Vasques de Moraes, da 4ª Vara - AL, que julgou parcialmente procedente a ação ordinária, para condenar a União Federal à devolução dos valores retidos indevidamente a título de contribuição social sobre a retribuição de funções de direção, chefia e assessoramento, atualizados pela SELIC, a partir do pagamento indevido. Em suas razões, o particular requer a reforma da sentença unicamente no que diz respeito à sucumbência, para que os honorários advocatícios sejam fixados sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC. A Fazenda Nacional alega a perda de objeto da ação, tendo em vista que a cobrança da contribuição social sobre as vantagens recebidas pelo exercício de cargos e funções comissionadas já teria sido suspensa e que a forma de devolução do passivo estaria sendo analisada. Contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Trata-se de apelações interpostas pelo particular e pela Fazenda Nacional da sentença que julgou parcialmente procedente a ação ordinária, para condenar a União Federal à devolução dos valores retidos indevidamente a título de contribuição social sobre a retribuição de funções de direção, chefia e assessoramento, atualizados pela SELIC, a partir do pagamento indevido.

A atual Constituição Federal assegura a todos o Princípio da Universalidade da Jurisdição, não mais exigindo que a lesão ao direito seja apreciada pela instância administrativa, como condição para apreciação pelo Poder Judiciário. Assim, nenhuma limitação impeditiva de ingresso em juízo poderá ser exigida. Resta, assim, rejeitada a preliminar suscitada pela Fazenda Nacional.

O objetivo da ação é o reconhecimento do direito dos autores ao não pagamento da contribuição social sobre os valores recebidos a título de função comissionada não incorporada, bem como a repetição do indébito dos valores pagos indevidamente desde o advento da Lei 9.783, de 28 de janeiro de 1999.

Inicialmente, é de se observar que a Emenda Constitucional nº 20/98, ao alterar a redação do art. 40, § 3º, da Constituição Federal, modificou a sistemática da Previdência Social, passando a aposentadoria do servidor público a ser calculada com base exclusivamente na remuneração do cargo efetivo, excluídos, portanto, os cargos em comissão e as funções comissionadas.

Todavia, equivocadamente, foi cobrada dos ora apelantes a contribuição social sobre as funções comissionadas, ao entender que essas verbas estariam incluídas no conceito de remuneração, nos termos do art. 1º da Lei 9.783/99.

A Emenda Constitucional 41/2003, que alterou o *caput* do art. 40 da CF/88, afastou qualquer discussão a respeito da matéria, ao determinar que a contribuição social dos servidores públicos deverá incidir tão-só sobre a remuneração referente ao cargo efetivo, excluídas da base de cálculo as funções comissionadas:

"Art. 40. Aos servidores titulares de *cargos efetivos*, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas as autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto nesse artigo". (Grifo nosso)

Pertinente à matéria, o Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando a respeito, *in verbis*:

"REsp 823531 / SC;

RECURSO ESPECIAL 2006/0012650-9

Relator(a): Ministro CASTRO MEIRA (1125)

Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento: 11/04/2006

Data da Publicação/Fonte: DJ 25.04.2006, p. 120

Ementa

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARTIGO 535 DO CPC. TESE RECURSAL. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. CONTRIBUIÇÃO AO PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL DO SERVIDOR PÚBLICO (PSSS). CARGO EM COMISSÃO. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. INAPLICABILIDADE. TAXA SELIC. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA. SÚMULA 7/STJ.

1. Analisadas pela Corte *a quo* todas as questões postas em julgamento relevantes para o deslinde da controvérsia que lhe foram devolvidas por força da apelação, fundamentadamente, rechaça-se a alegada afronta ao artigo 535 do Código de Processo Civil.

2. Não debatidas pelo aresto regional as matérias impugnadas no recurso especial, ainda que opostos embargos de declaração, impede o seu conhecimento o óbice da Súmula 211 deste Tribunal.

3. A contribuição previdenciária não incide sobre as parcelas pagas aos servidores públicos em atividade no exercício de cargos ou funções gratificadas,

pois não integram a base de cálculo para auferição dos proventos de aposentadoria (Corte Especial - EREsp 549.985/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 16.05.05).

4. O artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, relativo à limitação de juros de mora em 6% ao ano, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não se aplica ao caso, porquanto não se trata de benefícios previdenciários, mas de repetição de indébito relativo a exações de natureza tributária - recolhimento indevido de contribuição ao Plano de Seguridade Social do Servidor Público, por exercente de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a Administração.

5. Não transitada em julgado a sentença antes do advento da Lei nº 9.250/95 (1º.01.1996), incidem na repetição de indébito somente os juros equivalentes à taxa SELIC, em que vedada sua cumulação com qualquer outro índice de atualização monetária. Precedentes.

6. A aferição das circunstâncias que levaram as Instâncias Ordinárias ao reconhecimento de que houve decaimento de parte mínima da autora demandaria a incursão na seara fática dos autos, cujo reexame é vedado, a teor da Súmula 07 desta Corte.

7. Recurso especial improvido."

"REsp 552740 / DF;

RECURSO ESPECIAL 2003/0116960-8

Relator(a): Ministro LUIZ FUX (1122)

Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento: 17/03/2005

Data da Publicação/Fonte: DJ 01.08.2005, p. 322

Ementa

RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO OU FUNÇÃO COMISSIONADA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ILEGALIDADE.

1. À mingua de dispositivo legal que defina, como base de cálculo, a incidência de contribuição sobre a parcela remuneratória decorrente do exercício de função comissionada, constitui violação aos princípios da legalidade, da vedação de confisco e da capacidade econômica (contributiva), insculpidos nos incisos I e IV do art. 150 e § 1º do art. 145 da Constituição, bem como ao princípio da proporcionalidade entre o valor da remuneração-de-contribuição e o que se reverte em benefícios, posto que, na aposentaria, o servidor receberá tão-somente a totalidade da remuneração do cargo efetivo e não o *quantum* proporcional àquele sobre o qual contribuiu.

2. Os valores remuneratórios de função comissionada ou cargo comissionado não integram a base de cálculo conceituada no art. 1º da Lei 9.783/99. (Precedentes do STJ)

3. O eg. STF, apreciando a constitucionalidade da Lei 9.783/99 na ADINMC 2.010/DF, de relatoria do Ministro Celso de Melo, concluiu que: 'o regime contributivo é, por essência, um regime de caráter eminentemente retributivo' pelo que 'deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício'.

4. Seguindo esta orientação, as Turmas de Direito Público do STJ consagraram posicionamento no sentido de afastar, a partir da edição da Lei 9.783/99, o desconto previdenciário incidente sobre a gratificação pelo exercício de função comissionada, em virtude da supressão de sua incorporação, visto que a contribuição não pode exceder ao valor necessário para o custeio do benefício previdenciário.

5. A *ratio essendi* dos precedentes está em que: 'O arcabouço previdenciário vigente está esteado em bases rigorosamente atuariais, de sorte que, se não houve lamentáveis distorções, deve haver sempre equivalência entre o ganho na ativa e os proventos e as pensões da inatividade.

Por essa razão, é defeso ao servidor inativo, em vista da nota contributiva do regime previdenciário, per-

ceber proventos superiores à respectiva remuneração no cargo efetivo em que se deu a aposentação. Se é certo que no ensejo da aposentadoria não será percebida a retribuição auferida na ativa concernente ao exercício de cargo em comissão, não faz o menor sentido que sobre o percebido a título de função gratificada incida o percentual relativo à contribuição previdenciária' (cf. ROMS 12.686/DF, Relatora Min. Eliana Calmon, *DJU* 05.08.2002 e ROMS 12.590/DF, Relator Min. Milton Luiz Pereira, *DJU* 17.06.2002). (ROMS 12455, Rel. Min. Franciulli Netto, *DJ* de 12/05/2003)

6. 'TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO. FUNÇÃO COMISSIONADA NÃO INCORPORÁVEL. LEI 9.783/99. NÃO-INCIDÊNCIA.

I. A EC 20/98, dando nova redação ao art. 40, § 3º, da Constituição Federal, alterou a sistemática da previdência social, passando a aposentadoria a ser calculada com base exclusivamente no cargo efetivo, não mais se incluindo o cargo em comissão ou função comissionada. Também a Lei 9.527, de 10.12.97, que revogou o art. 193 da Lei 8.112/90, vedou a incorporação de quintos, além de não mais permitir que, por ocasião da aposentadoria, os servidores optassem por receber, como proventos, os valores totais da remuneração da FC ou os da opção (parte da remuneração total da FC acompanhada da remuneração do cargo efetivo).

II. As novas regras introduzidas pela EC nº 20/98 tiveram sua eficácia diferida por seu art. 12, até a edição da nova lei que viesse a dispor sobre as contribuições para os regimes previdenciários, o que ocorreu com a entrada em vigor da Lei 9.783/99, em 29.01.1999. A partir de então, é indevido o desconto previdenciário incidente sobre a gratificação pelo exercício de função comissionada, em virtude da supressão de sua incorporação aos proventos da aposentadoria, visto que a contribuição não pode

exceder ao valor necessário para o custeio do benefício previdenciário. Precedentes.

III. Recurso especial desprovido'. (REsp 591.037, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10/05/04)

7. Recurso provido."

Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 2.010-MC, entendeu que o regime contributivo para a Previdência Social tem natureza eminentemente contributiva e, portanto, não há que incidir a contribuição social sobre a função comissionada, uma vez que a mesma não é considerada para fins de fixação dos proventos de aposentadoria ou pensão estatutária.

No tocante ao apelo do particular, tão-só quanto aos honorários advocatícios, observe-se que a presente ação tem por objeto mediato a condenação e, portanto, mister se faz a fixação da verba honorária conforme o art. 20, § 3º, do CPC, o qual dispõe que nas ações condenatórias os honorários incidirão sobre o valor da condenação a ser apurado em liquidação de sentença.

Esclareça-se, por fim, que qualquer parcela devolvida pela União ao autor, a título da referida contribuição social, deve ser abatida para efeitos da execução da sentença, sob pena de acarretar o enriquecimento ilícito do particular.

Por tais razões, rejeito a preliminar e nego provimento à apelação da Fazenda e à remessa oficial. Dou provimento à apelação do particular tão-somente para determinar a incidência dos honorários advocatícios sobre o valor da condenação.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 374.543-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelantes: MOACIR GOMES DE TORRES E CÔNJUGE
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advs./Procs.: DRS. FELIPE BORBA BRITTO PASSOS E OUTROS (APTES.) E CONCEIÇÃO KEANE GOMES CHAVES E OUTROS (APDA.)

EMENTA: CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DESOBEDIÊNCIA AO PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL E ABUSIVIDADE NA COBRANÇA DO SEGURO NÃO COMPROVADAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA CONVERSÃO DA URV. APLICABILIDADE DO IPC MARÇO/90. LEGALIDADE DA COBRANÇA DO COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL. IRREGULARIDADE NA CORREÇÃO DA TAXA DE COBRANÇA E ADMINISTRAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. LEGALIDADE DA UTILIZAÇÃO DA TR COMO FATOR DE CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR.

- Não há ilegalidade na utilização da Tabela Price, devendo apenas ser expurgada a capitalização de juros nos meses em que há amortização negativa, haja vista a ausência de lei específica que autorize a capitalização de juros.

- Possibilidade legal e contratual de cobrança de juros com base na taxa efetiva. Juros legais. Legalidade da forma de atualização do saldo devedor.

- Constitucionalidade do DL 70/66. Antecipação da tutela já apreciada pela instância ordinária.

- Impossibilidade de restituição de valores, em face da persistência do débito. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por 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, 25 de abril de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelação contra sentença que julgou improcedente o pedido de revisão de contrato de mútuo celebrado com a Caixa Econômica Federal, com base nas regras do Sistema Financeiro de Habitação.

Enumero as argumentações dos recorrentes:

1. que deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor;
2. que o PES foi desrespeitado, inclusive por ter aplicado às prestações valores recebidos em decorrência da ocupação de cargo em comissão, abono ou vantagens pessoais;
3. que houve ilegalidade na conversão da URV;
4. que é inaplicável a correção do IPC março/90;
5. que é ilegal a cobrança do Coeficiente de Equiparação Salarial;
6. que houve cobrança abusiva do seguro;
7. que deve haver o ajuste da Taxa de Cobrança e Administração - TCA, haja vista o excesso na correção do valor das prestações;
8. que deve ser modificado o Sistema de Amortização, devido à capitalização de juros que decorre da aplicação da Tabela Price;

9. que é ilegal a utilização da TR como fator de correção do saldo devedor;
10. que os juros legais devem ser limitados e que deve ser utilizada apenas a taxa de juros nominais;
11. que deve ser alterada a forma de amortização do saldo devedor;
12. que deve ser excluído o anatocismo;
13. que é inconstitucional o DL 70/66;
14. que deve ser concedida a antecipação da tutela para que os valores vencidos e vincendos sejam depositados em Juízo e para que seja excluído o seu nome dos cadastros de inadimplentes;
15. que devem ser restituídos os valores pagos a maior.

Contra-razões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

O colendo Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de ser aplicável aos contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação os comandos insertos no Código de Defesa do Consumidor, por estar caracterizada a relação de consumo. Cito precedente:

“Processo
REsp 724827 / SC ;
RECURSO ESPECIAL 2005/0023837-6
Relator(a): Ministro TEORIALBINO ZAVASCKI (1124)
Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA
Data do Julgamento: 28/06/2005
Data da Publicação/Fonte: DJ 01.08.2005 p. 348
Ementa
PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMEN-

TO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. TAXA DE JUROS. LIMITES. TABELA PRICE.

1. O recurso especial não é o meio processual adequado para examinar ofensa a dispositivos da Constituição Federal.

2. A ausência de debate, na instância recorrida, dos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai a incidência da Súmula 282/STF.

3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da aplicação do CDC aos contratos de financiamento habitacional, considerando que há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH e o mutuário. Precedente: RESP 615553 / BA, 1ª T., Min. Luiz Fux, *DJ* de 28.02.2005.

4. Configura-se abusiva a cobrança de taxa de juros em percentual que exceda ao limite máximo preconizado no contrato e na legislação vigente na data de sua assinatura. Precedente: REsp 638782 / PR, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 06.09. 2004.

5. O sistema de amortização pela 'Tabela Price' pode importar a incorporação de juros sobre juros, circunstância essa cuja verificação não é cabível em sede de recurso especial, já que supõe exame de prova e de interpretação de cláusula contratual. Precedente: AGA 542435 / RS, 3ª T., Min. Antônio de Pádua Ribeiro, *DJ* de 14.03.2005.

6. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, improvido.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.”

O Plano de Equivalência Salarial a que remete o contrato de financiamento é expressamente vinculado à categoria profissional do mutuário, estabelecendo a aplicação do índice de aumento salarial da categoria profissional do devedor.

O PES visa a proteger o devedor do SFH de possíveis desequilíbrios entre o índice de correção da prestação e aquele aplicado para reajuste dos salários de sua categoria.

Este tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO CIVIL. CONTRATO DE MÚTUO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES MENSASIS E DO SALDO DEVEDOR. O Plano de Equivalência Salarial, adotado e incluído nos contratos, tem de ser respeitado e cumprido sem alterações posteriores.

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo de acordo com o entendimento de que o reajuste das prestações da casa própria deve ser feito de acordo com o Plano de Equivalência Salarial.

(...)

Recurso improvido.” (REsp 194932/BA, Rel. Min. Garcia Vieira; julg. 04.03.99; DJ 26.04.99, p. 00059, dec. unânime)

Ocorre que, no caso presente, os autores não se incumbiram de comprovar a alegada desobediência ao PES, com apresentação dos contracheques e boletos das prestações mensais.

Quanto à alegação de ilegalidade na conversão do saldo devedor para URV, a CEF seguiu a orientação da legislação aplicável à espécie, Lei nº 8.880/94. O real somente tornou-se padrão monetário de curso obrigatório no País a partir de 01/07/94, mês em que foram convertidos os valores do saldo devedor para o novo padrão monetário, obedecendo, assim, ao disposto no art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.880/94.

O colendo Superior Tribunal de Justiça já fixou que o índice aplicável ao saldo devedor para o mês de março de 1990 é o IPC de 84,32%. Transcrevo precedente:

“Acórdão

Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Classe: AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO
DE INSTRUMENTO - 579125

Processo: 200400032673 UF: SP

Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA

Data da decisão: 29/03/2005

Documento: STJ000606206

Fonte: DJ DATA:25/04/2005, PÁGINA: 336

Relator(a): CASTRO FILHO

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, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Ementa

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MÚTUO HIPOTECÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. MARÇO/90. IPC. 84,32%. PRECEDENTES DA SEGUNDA SEÇÃO E DA CORTE ESPECIAL.

Conforme entendimento pacificado neste Sodalício (EREsp nº 218.426/SP), o saldo devedor dos contratos imobiliários firmados sob as normas do Sistema Financeiro da Habitação deve ser corrigido, em abril de 1990, pelo IPC de março do mesmo ano, no percentual de 84,32%.

Agravo interno improvido.

Indexação

VEJA A EMENTA E DEMAIS INFORMAÇÕES.

Data Publicação: 25/04/2005

Sucessivos

AgRg no AG 540035 SC 2003/0126568-6

DECISÃO: 29/03/2005, DJ DATA: 25/04/2005, PG: 00334.”

No que tange à alegação de ilegalidade do Coeficiente de Equiparação Salarial, trata-se de taxa expressa em índice, aplicada sobre a quantia do encargo mensal inicial e tem como uma das suas finalidades “corrigir distorções decorrentes do reajuste salarial do mutuário e da efetiva correção monetária verificada...” (ARNALDO RIZZARDO, *Contratos de Crédito Bancário*; 4ª ed.; São Paulo; Revista dos Tribunais, 1999, p. 135/136). Vejo que a previsão do CES para fins de cálculo da prestação mensal quando da celebração do contrato tem por objetivo minimizar as diferenças entre os reajustes das prestações – que devem respeitar a evolução salarial do mutuário – e do saldo devedor. Retirar o CES poderia fazer com que o saldo devedor ao fim das prestações – que sempre existe e muitas vezes em valores elevados – tornasse-se ainda maior.

Quanto ao seguro habitacional, este está atrelado ao valor das prestações, não havendo qualquer irregularidade em sua cobrança, devendo ser corrigido pela equivalência salarial. No caso, a abusividade alegada não restou comprovada.

A Taxa de Cobrança e Administração – TAC está atrelada ao valor das prestações, não tendo sido comprovada a desobediência ao PES, não há como se determinar qualquer alteração em sua cobrança.

Não há também como se dar guarida ao pedido de modificação do Sistema de Amortização. Não existe qualquer ilegalidade na instituição do Sistema de Amortização (Tabela Price), previsto contratualmente, não devendo ser desrespeitado. Todavia, na ocorrência de amortização negativa, cabem as considerações feitas pelo eminente Desembargador Federal Marcelo Navarro, quando do julgamento da AC 309656/AL, proferido em 26 de abril de 2005:

“Insurge-se esta instituição financeira contra a determinação contida na sentença, para que efetue o recálculo do valor da prestação mensal observando-se o índice de reajustamento da categoria profissional do mutuário e afaste a capitalização de juros no cálculo do saldo devedor nos momentos em que há resíduo negativo, ou seja, nos momentos em que houve amortização negativa.

Em regra, a adoção do Sistema Francês de Amortização – SFA, que utiliza a chamada Tabela Price, implica o pagamento do valor financiado em prestações periódicas, iguais e sucessivas, constituídas por duas parcelas – amortização e juros –, sendo que a taxa de juros aplicada ao contrato sofre um fracionamento, passando a ser deduzida mensalmente, por ocasião do pagamento da prestação. Assim, a amortização mensal de cada prestação do mútuo abate uma parcela de capital e uma parcela de juros.

A legislação ordinária do SFH – Leis nº 4.380/64 e nº 8.692/93 –, que define os critérios de reajustamento dos encargos mensais e dos saldos devedores dos contratos habitacionais, dispõe que o encargo mensal pago pelo mutuário deve compreender uma parcela de amortização e outra de juros, acrescidas dos demais encargos, cujo pagamento implica o resgate de parte do financiamento. A observância desta equação, contida no encargo mensal, garante matematicamente o equilíbrio financeiro do contrato, sendo procedimento absolutamente válido, porque respaldado pelos referidos diplomas legais. Somente na hipótese de ocorrer amortização negativa, que se apresenta quando o valor pago a título de prestação for insuficiente para abater uma parcela mínima de capital, impedindo a amortização real da dívida, pode-se questionar a legalidade da fórmula empregada, haja vista que, ao final do prazo convencional, a quitação do contrato não será viável.

As provas produzidas nos autos confirmam que houve amortização negativa no período da contratualidade, o que justifica seja acatado o pedido do autor de que seja expurgada a incidência dos juros contratados sobre o valor dos juros não pagos.”

Ademais, nos financiamentos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação não há lei específica que autorize a cobrança de

juros capitalizados, o que já foi reiteradamente decidido pelo Supremo Tribunal Federal, entendimento que culminou com a elaboração da Súmula 121, *in verbis*:

“É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”.

Transcrevo neste sentido a jurisprudência emanada do Superior Tribunal de Justiça:

“Acórdão

Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 622550

Processo: 200400130471 UF: RN

Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA

Data da decisão: 22/06/2004

Documento: STJ000554213

Fonte: DJ DATA: 01/07/2004, PÁGINA:194

Relator(a): NANCY ANDRIGHI

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Ementa

Direito Civil. Agravo no recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Contrato de financiamento imobiliário. Sistema Financeiro da Habitação. PES. Capitalização de juros.

- O contrato de empréstimo bancário vinculado ao SFH não admite pacto de capitalização de juros, em qualquer periodicidade.

Agravo no recurso especial desprovido.”

“Acórdão

Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Classe: AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO
RECURSO ESPECIAL - 543841

Processo: 200300918432 UF: RN

Órgão Julgador: QUARTA TURMA

Data da decisão: 04/05/2004

Documento: STJ000553027

Fonte: DJ DATA:28/06/2004 PÁGINA:330

Relator(a): ALDIR PASSARINHO JÚNIOR

Decisão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, 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 Fernando Gonçalves.

Ementa

CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. MÚTUO HIPOTECÁRIO. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. VEDAÇÃO. SÚMULA N° 121-STF.

I. Nos contratos de mútuo hipotecário é vedada a capitalização mensal dos juros, somente admitida nos casos previstos em lei, hipótese diversa dos autos. Incidência do art. 4º do Decreto n° 22.626/33 e da Súmula n° 121-STF.

II. Agravo desprovido.”

A questão relativa ao critério de correção do saldo devedor tem sido objeto de muitas discussões nos tribunais pátrios. Nos contratos regidos pelo Plano de Equivalência Salarial, a Caixa Econômica Federal defende a aplicação da TR, tendo em vista a previsão contratual de que o saldo devedor deverá ser corrigido pelos mesmos índices aplicados às cadernetas de poupança, enquanto os magistrados se dividem em conceder a TR, o INPC ou, ainda, a equivalência salarial.

O contrato prevê a utilização de índice oficial, que também sirva para a remuneração da caderneta de poupança, sendo atualmente a TR, índice que é, aliás, mais benéfico para os mutuários.” Veja-se o quadro comparativo colhido do *site* <http://www.portalbrasil.eti.br>:

ANO	INPC	IPC	TR
2003	10,38	8,17	4,64
2002	14,74	9,91	2,80
2001	9,44	7,13	2,28
2000	5,27	4,38	2,09
1999	8,43	8,64	5,72

Este, inclusive, é o entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça, exarado em 22/09/04. Transcrevo:

“Trata-se de ação declaratória objetivando a aplicação do Plano de Equivalência Salarial (PES) no reajustamento do saldo devedor de financiamento de imóvel do Sistema Financeiro de Habitação (SFH), em vez do índice de atualização das cadernetas de poupança, como contratualmente previsto. Prosseguindo o julgamento, após sua renovação e por voto de desempate, a Seção, por maioria, negou provimento ao recurso, aderindo à tese da divergência, no sentido de que, com o PES, estabeleceu-se uma equação apenas para pagamento de prestações, utilizando-se da proporcionalidade e tendo em conta o salário. Explicitou-se, ainda, que, em momento de inflação muito alta, encontrou-se essa solução de emergência para que prosseguissem os contratos sujeitos ao SFH. Sendo assim, trata-se de um empréstimo, um financiamento, e esse deverá ser isonômico para todos. Somente a forma das pres-

tações é que é diferenciada em relação à possibilidade de pagamento. O reajuste é um só e deve ser remunerado com juros e correção monetária de forma igual para todos, segundo as regras gerais dos contratos regidos pelo SFH. Outrossim, o PES não é indexador ou fator de correção monetária de saldo. Precedente citado: Resp 383.875-SC, DJ 24/2/2003. Resp 495.019-DF, Relator originário Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Relator para acórdão Min. Antônio Pádua Ribeiro, julgado em 22/9/04”.

Entendo, assim, que o saldo devedor deve ser atualizado pela Taxa Referencial.

Na época em que vigia a limitação de juros reais em 12%, o Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento quanto à necessidade de regulamentação do dispositivo, que veio a ser revogado pela Emenda nº 40, de 2003, sem que sobreviesse lei regulamentadora. No caso, observa-se que a taxa anual efetiva pactuada foi no percentual de 10,471%, portanto, dentro na permissão legal. Assim, estando a taxa efetiva dentro da permissão legal, nada obsta a sua utilização, já que o contrato prevê a utilização tanto da taxa nominal quanto da efetiva.

Relativamente ao momento da amortização do saldo devedor, por ser uma operação de lógica financeira, filio-me à posição de que se deve, primeiro, corrigir o saldo devedor para, após, proceder ao abatimento do valor pago pelo mutuário. Assim o é, por força da origem dos recursos destinados ao Sistema Financeiro de Habitação, oriundos do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo e do FGTS. A correção monetária é legalmente reconhecida e, para tanto, deve ser aplicada ao saldo devedor para recompor o capital financiado para, aí sim, proceder ao abatimento do montante adimplido pelo mutuário.

Esta Turma tem se posicionado, reiteradamente, na esteira do eg. Supremo Tribunal Federal, pela constitucionalidade da execução extrajudicial prevista no Decreto-Lei nº 70/66. Nesse procedimento não há qualquer arripio às garantias do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório ou da inafastabilidade do

acesso à jurisdição. O devedor pode, a qualquer tempo, impugnar os atos executórios em Juízo, notificando previamente e podendo acompanhar os atos da execução.

No que se refere ao pedido de antecipação da tutela, registro que o MM. Juiz Federal, às fls. 290/293, já deferiu este pleito, inclusive foram iniciados os recolhimentos dos depósitos judiciais.

Não há que se falar em restituição de valores, haja vista a persistência do débito.

Por essas razões, dou parcial provimento à apelação, tão-somente para determinar a exclusão da capitalização de juros, inclusive a que decorre da aplicação da Tabela Price, nos meses em que ocorre a amortização negativa, verificada na planilha da própria instituição financeira (fl. 75 e seg.).

Os autores, vencidos, suportarão custas e honorários que arbitro em R\$ 500,00, tendo em vista que a CEF sucumbiu em parte mínima do pedido.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 375.605-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: ALUIZIO CABRAL DA SILVA
Recte. Ades.: ALUIZIO CABRAL DA SILVA
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. ESTHER LANCRY E OUTRO (APDO.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO PROCESSO POR CARÊNCIA DE AÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. REJEITADA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. ACOLHIMENTO EM PARTE. CONVERSÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE EM APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. TEMPO CONTRIBUTIVO. COMPROVA-

ÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INCABIMENTO. JUROS DE MORA DO DÉBITO JUDICIAL EM MATÉRIA NÃO TRIBUTÁRIA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. IMPOSSIBILIDADE. JUROS DE MORA. FIXAÇÃO EM 1% AO MÊS A CONTAR DA CITAÇÃO.

- Objetiva a presente ação a conversão de aposentadoria por idade – concedida indevidamente no valor de um salário mínimo – em aposentadoria por tempo de serviço, com base nos últimos salários-de-contribuição, bem como indenização por danos morais.

- Não há falar-se em carência de ação, por ausência de provas, ante a existência de documentos suficientes a ensejar a análise da questão quanto ao direito à aposentadoria pretendida. Preliminar rejeitada.

- No caso presente, tendo o Juiz singular, após as informações da Contadoria e sem o necessário pronunciamento das partes, julgado antecipadamente a lide, em cujo dispositivo determinou o recálculo da renda mensal inicial do autor com base nos últimos salários-de-contribuição, nos termos da planilha II, fls. 90/92, apresenta-se inegável o alegado cerceamento do direito de defesa. Entretanto, em face da existência de princípios constitucionais a serem observados, quais sejam, o da ampla defesa e o da celeridade processual, e, ainda, em face da interpretação sistemática a merecer a análise de tais princípios, mais prudente é afastar-se, apenas, a fixação do valor RMI do benefício do autor, com base na planilha da contadoria de fls. 90/92, cujos valores, oportunamente, deverão ser discutidos em execução, sem, contudo, anular a decisão recorrida, de modo a, assim procedendo, privilegiar, inclusive, o princípio da economia processual. Preliminar parcialmente acolhida.

- O INSS reconheceu em favor do autor, o tempo

de serviço de 31 anos, 6 meses e 3 dias, até 1998 – o que já lhe daria direito a uma aposentadoria proporcional –, entretanto, deixou de considerar, para fins de cálculo da aposentadoria, o período de 12/98 até 01/2002, ou seja, 4 anos de recolhimentos com valores acima de um salário mínimo, cujos recolhimentos das contribuições constam dos autos.

- Comprovando, pois, o autor um período contributivo de mais de 35 anos, não poderia a autarquia conceder benefício de valor inferior, razão pela qual o mesmo faz jus à percepção da aposentadoria por tempo de serviço, no percentual de 100%, desde o requerimento administrativo.

- Incabível a indenização por danos morais, objetivada no recurso adesivo do particular, ante a inexistência de comprovação do dano patrimonial. O prejuízo sofrido pelo não pagamento do benefício correto deverá ser reparado em face do reconhecimento judicial do direito pleiteado, que de ora se reconhece, com a concessão da aposentadoria por tempo de serviço, com o pagamento retroativo à data do requerimento administrativo, acrescido de juros de mora e correção monetária.

- A taxa SELIC há de ser aplicada tão-somente nas questões tributárias, de modo a interpretar o art. 406 do NCC à luz do disposto no art. 161, § 1º, do CTN. Neste sentido, inclusive, já se posicionou o Conselho da Justiça Federal quando aprovou o Emunciado nº 20, segundo o qual, a taxa de juros moratórios deva ser de 1% ao mês.

- Os juros devem incidir, a partir da citação, nos termos da Súmula 204 - STJ, conforme reiterada jurisprudência do STJ. Precedentes.

- Preliminar de carência de ação rejeitada.

- Preliminar de cerceamento do direito de defesa parcialmente acolhida.

- *Recurso adesivo do particular improvido.*
- *Apelação do INSS improvida.*
- *Remessa oficial parcialmente provida para excluir a aplicação da taxa SELIC.*

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, rejeitar a preliminar de carência de ação e acolher parcialmente a preliminar de cerceamento de defesa. No mérito, também à unanimidade, negar provimento à apelação e ao recurso adesivo e dar parcial provimento à remessa oficial (para excluir a aplicação da taxa SELIC), 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, 13 de junho de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de apelações do INSS e do particular, este adesivamente, contra a decisão da lavra do MM. Juiz Hélio Silvio Ourem Campos, da 6ª Vara/PE, que julgou procedente em parte o pedido para condenar o INSS na concessão da aposentadoria por tempo de serviço integral, recalculando-se a renda mensal inicial do autor com base nos últimos salários-de-contribuição (planilha II, fls. 90/92), com o pagamento das parcelas vencidas e vincendas, a partir da data do requerimento administrativo (fev/2002) e julgou improcedente quanto à indenização por danos morais. Condenou, ainda, o INSS no pagamento da diferença a ser apurada, em liquidação, em favor da parte autora, que deve ser corrigida pela taxa SELIC, a partir da vigência do novo Código Civil (10/01/2003, art. 406 do novo Código Civil, c/c o art. 84, I, da Lei 8.981/95). Arbitrou, por fim, os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, tocando a cada parte o percentual de 5%, em face da sucumbência recíproca, suspendendo, por conseguinte, o per-

centual relativo ao autor, por ser este beneficiário da Justiça Gratuita. O INSS, em suas razões de apelo, alega, preliminarmente, carência do direito à ação, tendo em vista a ausência de provas que evidenciassem o alegado prejuízo do autor, requerendo dessa forma a extinção do processo sem julgamento do mérito. No mérito argúi que a aposentadoria foi concedida na forma da legislação em vigor à data do pedido e que o Juiz, ao decidir o feito, o fez com base nos cálculos da Contadoria Judicial, da qual o INSS não foi intimado para falar, configurando-se o cerceamento de defesa. O particular requer adesivamente o reconhecimento do dano moral sofrido pelo autor pelas agressões morais provocadas em decorrência dos atos ilícitos e ilegais praticados pelo INSS, aduzindo, por fim, ser indevida a condenação dos honorários sucumbenciais, em face do deferimento da gratuidade processual, nos termos da Lei 1.060/50. Contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Trata-se de matéria de conversão de aposentadoria por idade – concedida indevidamente – em aposentadoria por tempo de serviço, onde o INSS e o particular insurgem-se contra a decisão que julgou procedente em parte o pedido.

No que se refere à preliminar de carência do direito à ação pela ausência de provas, entendo não prosperar, tendo em vista a existência de documentos às fls. 14/41, suficientes a ensejar a análise da questão quanto ao direito à aposentadoria pretendida, razão pela qual rejeito tal preliminar.

Alega o INSS cerceamento de defesa, tendo em vista que o Juiz, ao decidir o feito, o fez com base nos cálculos da Contadoria Judicial, da qual o INSS não foi intimado para falar.

É verdade que o MM. Juiz Singular, ante as informações da Contadoria, fez os autos conclusos para sentença, julgando antecipadamente a lide, determinando o recálculo da renda mensal inicial do autor com base nos últimos salários-de-contribuição, con-

forme a planilha II, fls. 90/92, sem o necessário pronunciamento das partes.

Entretanto, apresentando-se inegável o alegado cerceamento do direito de defesa, no caso presente, em face da existência de princípios constitucionais a serem observados, quais sejam, o da ampla defesa e o da celeridade processual, e, ainda, em face da interpretação sistemática a merecer a análise de tais princípios, mais prudente é afastar-se, apenas, a fixação do valor RMI do benefício do autor, com base na planilha da Contadoria de fls. 90/92, cujos valores, oportunamente, deverão ser discutidos em execução, sem, contudo, anular a decisão recorrida, de modo a, assim procedendo, privilegiar, inclusive, o princípio da economia processual.

Neste sentido, acolho parcialmente a preliminar em tela.

Passo à análise do mérito.

Objetiva a presente ação a conversão de aposentadoria por idade – concedida indevidamente no valor de um salário mínimo – em aposentadoria por tempo de serviço, com base nos últimos salários-de-contribuição, bem como indenização por danos morais.

Cumpra observar que foi concedido administrativamente ao autor, a partir de 25.02.2002, o benefício de aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, conforme fls. 26/27 dos presentes autos.

Entretanto, aduz o autor que requereu, na verdade, o benefício de aposentadoria por tempo de serviço por haver contribuído por mais de 35 anos. Ocasão em que lhe foi concedido erroneamente o benefício de aposentadoria por idade no valor mínimo.

De uma análise dos autos, observa-se que trouxe o autor, além das cópias da CTPS, fls.14/25, com informações dos contratos de trabalho, têm-se também guias de recolhimentos de contribuições como autônomo, fls. 36/41, do período de 12/76 até 07/80, bem como informações de recolhimento de contribuições do período de 12/98 até 01/2002, fls. 29/31.

A controvérsia reside em saber se detém o autor o tempo ne-

cessário para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço integral, ou seja, 35 anos de serviço.

A legislação sobre a matéria, nos arts. 50 e 53, assim dispõe:

"Art. 50. A aposentadoria por idade, observado o disposto na Seção III deste Capítulo, especialmente no art. 33, consistirá numa renda mensal de 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício, mais 1% (um por cento) deste, por grupo de 12 (doze) contribuições, não podendo ultrapassar 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

Art. 53. A aposentadoria por tempo de serviço, observado o disposto na Seção III deste Capítulo, especialmente no art. 33, consistirá numa renda mensal de:

I - *omissis*

II - para o homem: 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço."

No caso presente, cumpre observar que o INSS, às fls. 70 dos presentes autos, informa a concessão do benefício de aposentadoria por idade, levando-se em consideração o tempo de 31 anos, 6 meses e 3 dias, até o ano de 1998.

A Contadoria Judicial, às fls. 86, prestou informações sobre as possibilidades para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço ou por idade, levando em consideração o tempo contributivo do autor, esclarecendo ainda que "a aposentadoria por idade concedida ao autor não considerou os salários de contribuição conforme documento de fls. 67, implantando, assim, valor mínimo."

Tal informação, traz o período contributivo do autor do período de 01/09/84 até 25/02/2002.

Assim sendo, se o autor teve reconhecido pelo INSS o tempo de serviço de 31 anos, 6 meses e 3 dias, até 1998 – que já lhe daria direito a uma aposentadoria proporcional –, e constados nos

autos, às fls. 29/31, documentos com os recolhimentos de contribuições do período de 12/98 até 01/2002, que não foram considerados no cálculo da aposentadoria pelo INSS, ou seja, 4 anos de recolhimentos com valores acima de um salário mínimo, não poderia a autarquia conceder benefício de valor inferior.

Nesses termos, comprovando o autor um período contributivo de mais de 35 anos, faz jus o mesmo à percepção da aposentadoria por tempo de serviço, no percentual de 100%, desde o requerimento administrativo.

No que se refere à indenização por danos morais sofridos pelo autor, ante os atos ilícitos praticados pelo INSS, quando da concessão indevida do benefício, alegados adesivamente, entendo que não merecer acolhida.

É que, mesmo admitindo-se a ilegalidade do ato praticado pela autarquia, inexistente comprovação do dano patrimonial sofrido pelo autor, restando incabível a referida indenização. Entretanto, tal prejuízo sofrido pelo não pagamento do benefício correto deverá ser resolvido quando do reconhecimento judicial do direito pleiteado, que de ora se reconhece, no caso presente, a concessão da aposentadoria por tempo de serviço, o qual deverá ser pago retroativamente à data do requerimento administrativo, acrescido de juros de mora e correção monetária.

Nesse sentido, vem entendendo esta Corte, na AC 336246/PB, julgada em 20.05.2004, de relatoria do Desembargador Federal Francisco Wildo:

"PREVIDENCIÁRIO. SEGURADO RURAL. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. LEI 8.213/91. CONTRATO DE CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA. DOCUMENTOS. PROVA TESTEMUNHAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS. INOCORRÊNCIA.

- Comprovados o exercício e o tempo da atividade rural do requerente como segurado especial e o implemento da idade mínima necessária à obtenção da aposentadoria por idade, nos termos do art. 143 da Lei nº 8.213/91, não se vislumbram restrições quanto a sua concessão, inclusive no que diz

respeito aos requisitos exigidos no art. 39, I, c/c o art. 142, ambos constantes na referida Lei.

- O Contrato de Cédula Rural Pignoratícia e o Termo Aditivo do referido contrato firmado entre a autora e o Banco do Nordeste do Brasil, associados a outros documentos, corroborados pela prova testemunhal, perfazem meio idôneo e hábil para a comprovação do tempo de serviço pleiteado como segurado especial.

- O indeferimento do pedido, pelo INSS, na via administrativa, não autoriza o pagamento de indenização por danos morais e materiais, em virtude do reconhecimento judicial do direito ao benefício pleiteado, retroativo à data do requerimento administrativo, acrescido de juros de mora e correção monetária.

- Apelação parcialmente provida."

No que se refere à correção monetária do débito judicial, tratando-se de dívida de valor, em face do caráter alimentar da verba, tal correção há de ser aplicada de forma plena, desde o seu vencimento (RE 76.653-RS, STJ, Rel. Min. Edson Vidigal), aplicando-se à hipótese a Lei 6.899/81 e legislações posteriores, observando, ainda, ser pacífica a jurisprudência no sentido de não ser mais aplicada a Súmula 71 do extinto TFR, após a edição da Lei 6.899/81.

O MM. Julgador singular, em sua sentença, determinou que ao valor da condenação seriam acrescidos juros moratórios e correção monetária, até o advento do Código Civil (Lei 10.406/2002) e, a partir do início da vigência desse diploma legal (11.01.2003), deverá ser aplicada a Taxa SELIC sobre o valor apurado, tendo como fundamento o art. 406 do Novo Código Civil, excluindo-se a correção monetária.

A referida determinação teve por embasamento a dicção do novo Código Civil, no que tange aos juros, em cujo art. 406, textualmente, estabelece:

"Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a

mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional."

Em face da previsão constante no Novo Código Civil, que determinou que na ausência de fixação dos juros de mora os mesmos seriam fixados de acordo com os juros estabelecidos para os pagamentos devidos à Fazenda Pública, diante de tal determinação e em face da previsão constante nas Leis nºs 9.065/95 e 9.250/95, que previam a possibilidade de aplicação da Taxa SELIC no recolhimento em atraso, na compensação e restituição de tributos e contribuições, criou-se grande discussão na doutrina acerca da possibilidade de aplicação da SELIC, como percentual de fixação de juros de mora relativos ao pagamento de débito judicial. Inobstante ainda não seja pacífico o entendimento quanto à utilização da Taxa SELIC para atualização dos débitos judiciais, diversos julgados têm caminhado no sentido de ser possível aplicar-se a mesma, seja como fator de correção monetária, seja como taxa de juros moratórios, de forma conjunta, suprimindo assim a incidência de qualquer outro índice de correção monetária.

Diante da celeuma gerada tanto na doutrina como na jurisprudência, a questão de ora é saber sobre a possibilidade de aplicação da referida taxa SELIC, conforme determinação constante na Lei 10.406/2002, a qual passo a analisar.

O Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC do Banco Central do Brasil é um sistema informatizado que se destina à custódia de títulos escriturais de emissão do Tesouro Nacional e do Banco Central do Brasil, bem como ao registro e à liquidação de operações com os referidos títulos.

A taxa SELIC para títulos federais passou a ser aplicada por força das Leis 9.250/95 e 9.065/95:

- a. no recolhimento em atraso de tributos e contribuições federais, a partir de 1º/04/95 conforme art. 13 da Lei nº 9.065/95;
- b. na compensação ou restituição de tributos e contribuições federais, a partir de 1º/01/96 (art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95);
- c. o STJ já pacificou o entendimento de que a SELIC, em matéria tributária, é composta de taxa de juros e correção mone-

tária, razão pela qual não poderia ser cumulada, a partir de sua incidência, com qualquer outro índice de atualização - Resp 661372/CE;

d. não se pode olvidar a conclusão sobre a matéria que resultou da Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada no ano de 2002, onde se lê:

"A utilização da taxa SELIC como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a 12% (doze por cento) ao ano."

Assim sendo, entendo pela aplicação da taxa SELIC tão-somente a questões tributárias, de modo a interpretar o art. 406 do NCC à luz do disposto no art. 161, § 1º, do CTN, que assim dispõe:

"Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês."

Sobre a matéria, o mesmo Conselho da Justiça Federal aprovou o Enunciado nº 20, nos seguintes termos:

"Enunciado 20 - Art. 406: a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês."

Por tais razões, não há como aplicar-se a taxa SELIC como sucedâneo de juros de mora e correção monetária, razão pela qual, tal condenação deve ser excluída da decisão singular, devendo o débito judicial ser atualizado nos termos da Lei nº 6.899/81, aplicando-se os juros de mora que deve ser fixado em 1% ao mês nos termos da reiterada Jurisprudência do STJ, onde se lê:

"REsp 273.048/SP

EMENTA : PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - APOSENTADORIA POR IDADE - TRABALHADOR RURAL - RECURSO ADESIVO - JUROS DE MORATÓRIOS - NATUREZA ALIMENTAR - 1% AO MÊS - SÚMULA 204/STJ.

- A qualificação profissional de lavrador ou agricultor do marido constante dos assentamentos de registro civil, é extensível à esposa, e constitui indício aceitável de prova material do exercício da atividade rural.

- Precedentes.

- Recurso do Instituto Previdenciário conhecido mas desprovido.

- Nas prestações em atraso, de caráter eminentemente alimentar, os juros moratórios deverão ser fixados no percentual de 1% (um por cento) ao mês e incidem a partir da citação válida (Súmula 204/STJ).

- Recurso adesivo da autora conhecido e parcialmente provido."

Por outro lado, tais juros devem incidir a partir da citação nos termos da Súmula 204/ STJ, que assim dispõe:

"Súmula 204 - Os juros de mora nas ações relativas a benefícios previdenciários incidem a partir da citação válida."

No que se refere ao apelo do particular, onde o mesmo alega a impossibilidade de ser condenado no pagamento dos honorários sucumbências, deixo de analisar tal pleito, em face da ausência de interesse do ora apelante, tendo em vista que o Juiz singular suspendeu tal condenação, por ser este beneficiário da Justiça Gratuita.

Por tais razões, rejeito a preliminar de extinção do processo por carência de ação, acolho parcialmente a preliminar de cerceamento do direito de defesa e no mérito, nego provimento ao recurso adesivo do particular e ao recurso do INSS e dou parcial provimento à remessa oficial, para excluir da condenação o pagamento da taxa SELIC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 380.084-PE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: ERNESTO CORREIA DE MELO
Apelada: UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. YONARA DE FREITAS BARROS (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DITADURA MILITAR. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. INTEGRANTE DO PARTIDO COMUNISTA BRASILEIRO. TORTURA. PRISÃO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO INDEPENDENTE DA EXISTÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO.

- O acesso ao Poder Judiciário não está condicionado à existência de processo administrativo para analisar pedido de anistia política ou de indenização por danos morais por perseguição política. Isto não é requisito indispensável à obtenção da prestação jurisdicional, especialmente porque o autor não era, nem nunca foi servidor público, não tendo cargo a ser reintegrado.

- A Constituição Federal em seu art. 5º, V, garante a indenização da lesão moral, independente de estar, ou não, associada a prejuízo patrimonial.

- O dano moral se configura sempre que alguém aflige injustamente outro, causando-lhe lesão de interesse não patrimonial.

- Não se pode impor a aplicação do Decreto nº 20.910/1932, para a análise da prescrição do direito, em situações em que se evidencia violação a direitos fundamentais.

- Em se tratando de lesão à integridade física, que é um direito fundamental, ou se deve entender que esse direito é imprescritível ou a prescrição deve ser a mais ampla possível, cujo prazo, na ocasião, nos termos do artigo 177 do Código Civil então vigente, era de vinte anos. Precedentes do STJ (REsp 462840/PR, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ 13.12.2004).

- Adotando-se interpretação mais ampla à aplicação da prescrição, entende-se que o termo a quo do prazo prescricional não deve ser contado da data de acontecimento dos fatos, mas sim da Constituição Federal de 1988, que, no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, afastou a legalidade dos atos anteriormente praticados.

- Caracterizada a responsabilidade civil da União, quando se constata que os atos praticados por agentes do governo causaram danos morais a cidadão brasileiro, em virtude de prisão e tortura por motivos políticos.

- Ninguém pode dizer com certeza qual o preço que vale toda a aflição do indivíduo que foi perseguido, preso por diversas vezes e torturado física e psiquicamente, mas pode-se tentar traduzir um montante pelo evento lesivo moralmente advindo, fixando uma quantia equivalente, em razão da lesão moral.

- Considerando, diante da documentação colacionada aos autos, que o autor foi realmente preso e processado por pertencer ao Partido Comunista Brasileiro e por ter participado de atos públicos contra o Governo, justa é a indenização a título de danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), devidamente corrigi-

dos à época do efetivo pagamento da indenização.

- Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 28 de março de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI -
Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de ação ordinária movida por Ernesto Correia de Melo contra a União Federal, objetivando indenização por danos morais, diante da perseguição política sofrida durante o período denominado “Golpe Militar de 1964”.

Argumenta o autor que por ser integrante do Partido Comunista Brasileiro - PCB e por ter participado de atos públicos contrários ao então regime militar vigente, durante o período acima mencionado, que se estendeu até 1985, foi perseguido e preso, tendo sofrido agressões físicas e psíquicas, o que lhe trouxe seqüelas psicossomáticas irreparáveis. Pelo ocorrido requer indenização a título de danos morais.

Contesta a União Federal aduzindo, inicialmente, carência da ação por falta de interesse processual, uma vez que inexistente pedido formulado em seara administrativa. Invoca prescrição quinquenal e defende que não procede o argumento de que o requerente tenha sido politicamente perseguido.

O MM. Juiz monocrático julgou improcedente o pedido de da-

nos morais por perseguição política, considerando que o direito requerido está prescrito, diante do Decreto 20.910/32.

Apela o autor alegando que o direito à indenização pleiteada se funda nos atos de exceção praticados por agentes do Governo Federal e Estadual, à época do regime militar, mais precisamente durante as décadas de 60 e 70, o que, por equívoco, poderia levar à falsa aplicação do artigo 1º do Decreto nº 20.910/32. No entanto, defende que as Leis 9.140/95 e 10.559/2002, que regularam a situação dos anistiados, reabriram o prazo prescricional. Assim, afirma inexistir a prescrição apontada na sentença.

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

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Não procede a preliminar da União de carência de ação por falta de interesse processual pela inexistência de processo administrativo.

O acesso ao Poder Judiciário não está condicionado à existência de processo administrativo para analisar pedido de anistia política ou de indenização por danos morais por perseguição política. Isto não é requisito indispensável à obtenção da prestação jurisdicional, especialmente porque o autor não era, nem nunca foi servidor público, não tendo cargo a ser reintegrado.

A atuação paralela das entidades administrativas não inibe a intervenção do Judiciário *in casu*, por força do princípio da inafastabilidade, consagrado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual nenhuma ameaça ou lesão a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário, posto inexistente em nosso sistema o contencioso administrativo, sendo desnecessária a exaustão da via extrajudicial para invocação da prestação jurisdicional.

Analisando o mérito há de se esclarecer, inicialmente, que a Lei nº 9.140/95 refere-se às 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, sendo reconhecidas como mortas, não se aplicando à hipótese dos autos, em que não houve morte ou desaparecimento, mas perseguição, prisão e tortura durante o regime militar.

Por outro lado, há de se reconhecer que, em se tratando de lesão à integridade física, que é um direito fundamental, ou se deve entender que esse direito é imprescritível ou a prescrição deve ser a mais ampla possível, cujo prazo, na ocasião, nos termos do artigo 177 do Código Civil então vigente, era de vinte anos.

Adoto o entendimento do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Franciulli Netto, quando do julgamento do REsp 462840/PR, onde assim se pronunciou:

“RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. REGIME MILITAR. PERSEGUIÇÃO, PRISÃO E TORTURA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRAZO PRESCRICIONAL VINTENÁRIO. CC/16. TERMO *A QUO*. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NÃO-OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO NA ESPÉCIE.

No que toca ao termo *a quo* do prazo prescricional, a Lei nº 9.140/95, que cuida do reconhecimento como mortas de 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, não se aplica à hipótese dos autos, em que não houve morte ou desaparecimento, mas perseguição, prisão e tortura durante o regime militar.

Conforme restou concluído por esta Turma, por maioria, no julgamento do Recurso Especial 602.237/PB, de minha relatoria, em se tratando de lesão à integridade física, que é um direito fundamental, ou se deve entender que esse direito é imprescritível, pois não há confundi-lo com seus efeitos patrimo-

niais reflexos e dependentes, ou a prescrição deve ser a mais ampla possível, que, na ocasião, nos termos do artigo 177 do Código Civil então vigente, era de vinte anos.

In casu, segundo salientou o r. Juízo de primeiro grau, 'de acordo com a inicial, bem como com a documentação juntada e prova produzida nos autos, o autor teria sofrido perseguição política durante os anos de 60 e 70' (fl. 255). Ocorre, porém, que o termo *a quo* do prazo prescricional não deve ser contado da data de acontecimento dos fatos, mas sim da Constituição Federal de 1988, que, no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, afastou a legalidade do atos anteriormente praticados.

Dessa forma, como a ação foi ajuizada em 1996, na espécie não ocorreu a prescrição, pois não se passaram os vinte anos previstos no Código Civil de 1916 entre o ajuizamento da ação e a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Recurso especial provido, para afastar a ocorrência da prescrição quinquenal do direito aos danos morais e determinar o retorno dos autos à Corte de origem para que sejam analisadas as demais questões de mérito". (STJ, REsp 462840 / PR, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 13.12.2004)

A colenda Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de questão atinente à responsabilidade civil do Estado por prática de tortura no período militar, salientou que, "em casos em que se postula a defesa de direitos fundamentais, 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". Nesse diapasão, concluiu que "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 379.414/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 17.02.2003).

In casu, de acordo com a inicial, bem como diante da documentação juntada e da prova produzida nos autos, o autor teria sofrido perseguição política durante os anos de 60 e 70 (fl.). Ocorre, porém, que o termo *a quo* do prazo prescricional não deve ser contado da data de acontecimento dos fatos, mas sim da Constituição Federal de 1988, que, no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, afastou a legalidade dos atos anteriormente praticados.

Dessa forma, como a ação foi ajuizada em 2005, na espécie, não ocorreu a prescrição, pois não se passaram os vinte anos, previstos no Código Civil de 1916, entre o ajuizamento da ação e a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Embora o douto Magistrado sentenciante tenha extinto o processo, nos termos do artigo 269, IV, do CPC, acolhendo a preliminar de prescrição, uma vez que tal disposição resta modificada nesta esfera recursal, é possível a análise do mérito da demanda por esta Turma Julgadora, haja vista o disposto no artigo 515 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 10.352/2001:

“Art. 515: (...)

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.”

Se o autorizativo legal suso transcrito permite que o Tribunal julgue a demanda por inteiro, até quando extinto o feito sem julgamento do mérito, muito mais se verifica tal possibilidade em casos como o que ora se apresenta, em que a sentença terminativa alcançou o mérito, ainda que pelo acolhimento da preliminar de prescrição.

Alega o postulante que, por ter sido filiado ao Partido Comunista Brasileiro e ter participado de atos públicos contrários ao governo militar instaurado em 1964, foi perseguido, preso por diversas vezes e torturado física e psiquicamente. Pelo que sofreu, requer indenização por danos morais.

Humberto Theodoro Júnior, em seu livro *Dano Moral*, 4ª edição, Editora Juarez de Oliveira Ltda: 2001, pp. 9 e 98/99, comenta:

“O dano moral pressupõe uma lesão – a dor – que se passa no plano psíquico do ofendido. Por isso, não se torna exigível na ação indenizatória a prova de semelhante evento. Sua verificação se dá em terreno onde à pesquisa probatória não é dado chegar (...).

A situação fática em que o ato danoso ocorreu integra a causa de pedir, cuja comprovação é ônus do autor da demanda. Esse fato, uma vez comprovado, será objeto de análise judicial quanto à sua natural lesividade psicológica, segundo a experiência da vida, ou seja, daquilo que comumente ocorre em face do homem médio na vida social.”

“Quando o ofendido comparece, pessoalmente, em juízo para reclamar reparação do dano moral que ele mesmo suportou em sua honra e dignidade, de forma direta e imediata, não há dúvida alguma sobre sua legitimidade ad causam. Quando, todavia, não é o ofendido direto, mas terceiros que se julgam reflexamente ofendidos em sua dignidade, pela lesão imposta a outra pessoa, torna-se imperioso limitar o campo de repercussão da responsabilidade civil, visto que se poderia criar uma cadeia infinita ou indeterminada de possíveis pretendentes à reparação da dor moral, o que não corresponde, evidentemente, aos objetivos do remédio jurídico em tela.

Exigem-se, por isso mesmo, prudência e cautela da parte dos juízes no trato desse delicado problema. Uma coisa, porém, é certa: o Código Civil prevê, expressamente, a existência de interesse moral, para justificar a ação, só quando toque ‘diretamente ao autor ou à sua família’” (art. 75).

Compulsando os autos, diante da documentação colacionada, não há como negar que o autor foi realmente preso e processado por pertencer ao Partido Comunista Brasileiro (fls.18/63) e por ter participado de atos públicos contra o governo.

O próprio relatório do Inquérito Policial Militar do IV Exército, datado de 10.10.1964, posto à fl. 27, como a cópia do prontuário do autor da Delegacia Auxiliar da Secretaria da Segurança Pública de Pernambuco, constante às fls. 26 dos autos, demonstram que os atos praticados pelos agentes do Governo foram arbitrários, havendo claro desrespeito aos direitos humanos.

A ré se torna responsável pelos atos praticados por seus agentes. O autor foi preso mais de uma vez, por crime de pensamento, condenado a cinco anos e seis meses de prisão, privado do convívio de sua família, perseguido, impossibilitado de andar livremente pelas ruas sem que fosse vigiado, sem falar ainda no fato de que com certeza não podia exercer suas atividades laborais como deveria.

Entendendo-se que ficou caracterizada a responsabilidade civil da ré, pelos danos causados ao autor, há de se verificar como pode ser compensado pelo fato.

O nosso direito positivo acolhe a indenização dos danos morais, porém, não existem nos textos da nossa lei expressões que a definam.

Não se nega a sua função penal, devido à sanção imposta ao ofensor, e compensatória, por ser uma satisfação com que se procura amenizar a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que tenta, com a soma de dinheiro paga a quem sofreu o dano, atender às satisfações materiais ou ideais que se pense conveniente.

Ninguém pode dizer com certeza qual o preço que vale toda a aflição sofrida pelo autor, mas se procura traduzir um montante pelo evento lesivo moralmente advindo, aplicando uma quantia equivalente, em razão da lesão moral.

O Magistrado, na fixação dos danos morais, não está obrigado a seguir parâmetros estabelecidos em leis especiais, contudo, no presente caso, entendo como justa a fixação da indenização nos critérios adotados pelo Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei 4.117/62 e pela Lei de Imprensa nº 5250/67, que, em seu artigo 53, assim prevê:

“Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;”

Nestes termos, parece-me justo que a ré seja condenada a pagar ao autor a título de indenização por danos morais, considerando a pena a que foi condenado pelo Conselho Permanente de Justiça do Exército a ficar preso (fl. 26), o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), devidamente corrigido à época do efetivo pagamento da indenização.

Infelizmente este processo não chega ao fim com este julgamento. Muitos passos terão que ser dados até a efetivação da prestação jurisdicional plena. Mas, pelo menos, ficará de logo o autor sabedor que os julgadores que integram esta Turma reconheceram a violação aos seus direitos fundamentais e dever do Estado de assumir pelos males causados. Não se pode voltar o tempo nem desconstituir os fatos, mas se pode, como está fazendo agora, dar-lhes uma interpretação correta aplicando-se adequadamente a Constituição Federal.

Nos seus 90 anos de existência, o autor poderá guardar que afinal houve quem lhe fizesse justiça.

Diante do exposto, dou provimento à apelação, para reconhecer que o direito pleiteado na inicial não se encontra prescrito, condenando a ré a pagar ao autor indenização por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), corrigido à época do efetivo pagamento. Inverta-se o ônus da sucumbência.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 384.093-PE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: COMPANHIA GERAL DE MELHORAMENTOS EM PERNAMBUCO
Apelada: UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ PAULO CAVALCANTI FILHO E OUTROS (APTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. DANOS. EXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º DA CF/88. FIXAÇÃO DOS PREÇOS DO AÇÚCAR E DO ÁLCOOL. CRITÉRIO DOS CUSTOS DE PRODUÇÃO. APURAÇÃO DE CUSTOS FEITA PELA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. LEI Nº 4.870/1965. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. PREJUÍZO. PRESCRIÇÃO. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- *Apelação em que se requer indenização, a título de composição de prejuízos causados, em decorrência dos atos de fixação do preço do açúcar e do álcool, em valores abaixo do custo de produção, em desconformidade com previsão legal, sob o argumento de que a União é responsável pelo fato de ter fixado preços deficitários para o açúcar e o álcool, em conflito com os dados reais calculados pela Fundação Getúlio Vargas e, portanto, com ilícito abandono dos critérios estabelecidos pela Lei nº 4.870/65, que manda fixar tais preços de acordo com os custos de produção.*

- *A Lei nº 4.870/1965 determina o modo como deveria ser procedida a pesquisa para obter o levantamento dos custos de produção do setor. Para tanto, foi contratada a Fundação Getúlio Vargas para efetuar os referidos levantamentos.*

- Nos períodos de congelamento de preços, aplicam-se as normas impositivas do congelamento, mas, no caso em apreço, deveria ter-se como parâmetro os preços apurados pela Fundação Getúlio Vargas, e não os preços defasados pretendidos pelo Governo.

- A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica, devendo ser respeitado o princípio da livre iniciativa, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal. Precedentes do STF (RE 422.941-2 Distrito Federal, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 16.12.2005).

- Quando a União Federal, através do Instituto do Açúcar e do Alcool, fixou os preços dos produtos do setor sucro-alcooleiro em níveis inferiores aos custos de produção levantados pela Fundação Getúlio Vargas, contrariou as disposições da Lei nº 4.870/65 e, por isso, deve responder pelos danos causados aos particulares, sem prejuízo da competente ação de regresso contra os agentes públicos responsáveis, conforme dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, nos limites da prova pericial constante dos autos.

- Comprovados os danos, mediante laudo pericial, bem como o nexo causal decorrente da imposição de prática de preços em níveis inferiores ao que se tinha direito de praticar, resta patente a responsabilidade da União pela indenização devida.

- A prescrição é quinquenal nos termos do Decreto nº 20.910/32, no que tange aos prejuízos apurados no lustro anterior à propositura da ação.

- Honorários advocatícios fixados no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do artigo 20, § 3º, do CPC.

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 16 de maio de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI -
Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

A Companhia Geral de Melhoramentos em Pernambuco ajuizou ação ordinária contra a União, objetivando a condenação da ré a indenizá-la diante de composição de prejuízos causados devido a atos de fixação do preço do açúcar em valores abaixo do custo de produção e em desconformidade com expressa determinação legal.

Argumenta a autora que a União é responsável pelo fato de ter fixado preços deficitários para o açúcar e o álcool, em conflito com os dados reais calculados pela Fundação Getúlio Vargas e, portanto, com ilícito abandono dos critérios estabelecidos pela Lei nº 4.870/65, que manda fixar tais preços de acordo com os custos de produção. Requer que a União pague todos os prejuízos decorrentes da fixação de preços abaixo dos preços de custo, incluindo os danos emergentes e os lucros cessantes por ela suportados.

Contesta a ré alegando, em suma, ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação, prejudicial de prescrição e que é incabível a alusão à Lei nº 4.870/65, uma vez que os critérios de fixação dos preços foram revogados e superados desde a edição de diplomas legais que instituíram planos econômicos, congelando todos os preços, por tempo indeterminado.

O MM. Juiz monocrático julgou improcedente o pedido.

Inconformada, recorre a autora, reiterando os termos da inicial.

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

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente o pedido de condenação da União em indenização pelos prejuízos causados em decorrência da fixação de preços de açúcar e álcool, em valores abaixo do custo de produção, em descompasso com o determinado na Lei nº 4.870/65.

Em 1931, com a edição do Decreto nº 20.761/1931 foi criada a Comissão de Defesa da Produção do Açúcar, depois transformada no Instituto do Açúcar e do Alcool - IAA, nos termos do Decreto nº 22.789/1933. Em 1965 foi editada a Lei nº 4.870/1965 que permitia ao IAA regular a questão das cotas de produção de açúcar e dos preços da cana, buscando evitar a superprodução e proteger os produtores do Nordeste. Em 1990, o IAA foi extinto, passando as funções de fixação de preço do açúcar e do álcool a serem exercidas pela Secretaria do Desenvolvimento Regional. A Lei nº 8.178/91 estabelece regras sobre preços e salários e liberação dos preços setoriais. Posteriormente vieram outras leis, decretos e portarias referentes ao setor sucro-alcooleiro, instituindo regimes de preços pelo Ministério da Fazenda, como também, disciplinaram outros assuntos.

A questão dos presentes autos se pauta na falta de obediência aos preceitos legais para a fixação dos preços do setor sucro-alcooleiro.

Estabelecem os artigo 9º, 10 e 11 da Lei nº 4.870/1965:

“Art. 9º O IAA, quando do levantamento dos custos de produção agrícola e industrial, apurará, em relação às usinas das regiões Centro-Sul e Norte-Nor-

deste, as funções custo dos respectivos fatores de produção, para vigorarem no triênio posterior.

§ 1º As funções custo a que se refere este artigo serão valorizadas anualmente, através de pesquisas contábeis e de outras técnicas complementares, estimados, em cada caso, os fatores que não possam ser objeto de mensuração física.

§ 2º Após o levantamento dos custos estaduais, serão apurados o custo médio nacional ponderado e custos médios regionais ponderados, observados, sempre que possível, índices mínimos de produtividade.

§ 3º O IAA promoverá, permanentemente, o levantamento de custos de produção, para o conhecimento de suas variações, ficando a cargo do seu órgão especializado a padronização obrigatória da contabilidade das usinas de açúcar.

Art. 10. O preço da tonelada de cana fornecida às usinas será fixado, para cada Estado, por ocasião do Plano de Safra, tendo-se em vista a apuração dos custos de produção referidos no artigo anterior.

Art. 11. Ao valor básico do pagamento da cana, fixado na forma do artigo anterior, será acrescida a parcela correspondente à percentagem da participação do fornecedor no rendimento industrial situado acima do rendimento médio do Estado, considerado, para esse fim, o teor de sacarose e pureza da cana que fornecer.”

Como se observa, a Lei nº 4.870/1965 determina o modo como deveria ser procedida a pesquisa para obter o levantamento dos custos de produção do setor. Para tanto, foi contratada a Fundação Getúlio Vargas para efetuar os referidos levantamentos.

No entanto, mesmo com a apuração dos preços pela Fundação Getúlio Vargas, o IAA passou a estabelecê-los em valores inferiores, que não cobriam os custos de produção, fato este reconhecido pelo Presidente do Instituto acima mencionado, em ofício dirigido ao Ministro de Estado da Indústria e do Comércio em 09.04.1987.

Trata-se, portanto, de aferição de prejuízos provocados pelo Estado, como interveniente no mercado regulador de preços, ora admitindo a livre concorrência, ora congelando o preço de produtos em decorrência do também congelado valor da matéria-prima.

Segundo a perícia judicial, levou-se em consideração os fatores de produção do setor, procedendo a levantamento de campo por região produtora, conforme preconizado por técnicos da Fundação Getúlio Vargas, a qual mantém contrato com o IAA para a realização de estudos sobre custos de produção de cana e de produção de açúcar, desde 31/10/74.

A perícia respondeu ao quesito 14 esclarecendo que: “Nas planilhas que se referem aos demonstrativos das defasagens entre o preço de venda fixado pelo Governo e os custos levantados pela FGV, constatamos que o valor fixado para as vendas do açúcar e do álcool eram inferiores aos custos, gerando, conseqüentemente, diminuição dos fatores de produção”.

Diante das informações do perito, o Estado fixou os preços do setor sucro-alcooleiro abaixo do preço de custo de produção, portanto, contrariando a Lei 4.870/1965.

O dano patrimonial sofrido pela autora está configurado no resultado entre o preço que deveria ter sido praticado pelo critério legal e o efetivamente praticado pela autora, de acordo com a fixação determinada pelo IAA, com base nos atos administrativos que substituem a resultante da livre ação das forças de mercado e abaixo dos custos levantados pela FGV.

Pelos elementos colhidos dos autos, resta clara a inobservância pelo IAA dos critérios legais estatuídos para a fixação do preço dos produtos do setor sucro-alcooleiro.

Quanto ao dano, o laudo pericial atestou que o preço praticado pela autora, segundo a tabela do IAA, implicou em resultado menor do que ela teria se acaso aplicados os preços apurados pela FGV.

A par de desatender o comando normativo atinente à fixação de preços, é indubitável que a União deu causa à quebra do equilíbrio econômico-financeiro norteador das relações entre o Estado e a livre iniciativa, em que pese a limitação própria desse setor.

O nexo de causalidade entre o ato praticado pela União e o prejuízo sofrido pela autora encontra-se evidenciado pelo fato de que à ré cabia a fixação dos preços, segundo os ditames legais. Fixando-os à revelia dos mandamentos pertinentes, abaixo do preço de custo, acarretou indevidamente um dano à autora.

Afirma a ré que durante o período em que vigorou o congelamento de preços a eficácia da Lei nº 4.870/65 esteve suspensa pelo Decreto-Lei nº 2.335/87 e pela MP nº 32/89.

Preceitua o artigo 6º da DL referido que: “Na fase de flexibilização, os preços sujeitos a controle oficial poderão ter reajuste, para mais ou para menos, em função das variações nos custos e na produtividade”. Nestes termos, a fixação do preço deveria obedecer aos artigos 9º a 11 da Lei nº 4.870/65, não podendo os preços ser inferiores aos custos.

O nexo de causalidade entre os atos da apelada e os prejuízos sofridos pela apelante está configurado no fato de ser aquela a responsável pela fixação de preços do setor sucro-alcooleiro, e, agindo em desacordo com a legislação de regência (Lei nº 4.870/65) e os levantamentos técnicos da FGV, fixou os preços em patamares inferiores àqueles encontrados pela FGV, ensejando diminuição nas receitas de vendas e no patrimônio líquido da postulante.

Comprovado o ato ilícito praticado pelo Poder Público, o dano sofrido pela recorrente e o nexo de causalidade entre o dano e o ato ilícito, é indiscutível o dever de indenizar da União, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que preceitua, *verbis*:

“Art. 37. (...)

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

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 422.941-2, do qual foi relator o Ministro Carlos Velloso, julgado em dezembro de 2005, publicado no *DOU* em 16.12.2005, assim se pronunciou:

“CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA. REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS. NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, ART. 1º, IV; ART. 170. CF, ART. 37, § 6º.

I - A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170.

II - Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa.

III - Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, § 6º.

IV - Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica.

V - RE conhecido e provido.”

O valor da indenização deve ser apurado quando da liquidação da sentença, sendo observado o laudo da pericial oficial, tudo devidamente atualizado.

No entanto, quanto à prescrição argüida, entendo que esta é quinquenal, nos termos do Decreto nº 20.910/32, no que tange aos prejuízos apurados no lustro anterior à propositura da ação.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação, condenando a União a indenizar a autora pelos prejuízos patrimoniais que esta experimentou em seu faturamento decorrentes da dife-

rença entre os preços fixados pelo Governo Federal e aqueles efetivamente apurados pela Fundação Getúlio Vargas e pelo Instituto do Açúcar e do Alcool, respeitada a prescrição quinquenal, a partir da ajuizamento da ação. Fixo os honorários advocatícios em favor da apelante no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do artigo 20, § 3º, do CPC.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 384.982-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE
Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E ANTÔNIO MARIANO DE SOUZA
Apelados: OS MESMOS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DR. RINALDO BARBOSA DE MELO (APTE.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. SEGURADA ESPECIAL. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. PROVA TESTEMUNHAL CORROBORADA POR INÍCIO DE PROVA MATERIAL. DECLARAÇÃO DO SINDICATO RURAL SEM HOMOLOGAÇÃO DO ÓRGÃO COMPETENTE. CARTEIRA DE ASSOCIADA DO SINDICATO RURAL. CONTRATO DE PARCERIA RURAL. ATIVIDADE RURÍCOLA CONFIRMADA. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA NO CORPO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO RECEBIDA APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO.

- Encontra-se pacificado em nossos tribunais o posicionamento no sentido da possibilidade de antecipação da tutela, sem que isso seja considerado violação ao artigo 475 do Código de Processo Civil, e que a proibição de antecipação de tutela prevista na Lei nº 9.494/97, reconhecida constitucional pelo STF, não se aplica aos bene-

fícios previdenciários.

- Com a reforma processual implementada pela Lei nº 10.352/2001, que introduziu o inciso VII no art. 520 do CPC, restou claro que a sentença que confirma os efeitos da antecipação da tutela já concedida em momento anterior só tem efeito devolutivo, podendo a sentença ser executada provisoriamente desde logo. O mesmo tratamento deve receber a questão quando a tutela for concedida na própria sentença, assim tem entendido a doutrina e a jurisprudência pátria.

- São requisitos para aposentação de trabalhador rural: contar com 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos, se mulher, e comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido (art. 48, § 1º e § 2º, da Lei nº 8.213/91).

- No caso dos autos, o demandante demonstrou ter exercido atividades rurícolas e comprovada a idade mínima exigida em lei, através de prova documental, suficientes para asseverar o efetivo exercício da sua atividade rural, tais como, Certidão da Justiça Eleitoral; Declaração de Alistamento da Junta Militar; Carteira de Associado do Sindicato Rural; Inscrição Rural junto ao INSS e Carteira de Beneficiário; Formal de Partilha; Certificado de Cadastro de Imóvel Rural, dentre outros documentos de menor valor probante, que complementaram a prova testemunhal segura e harmônica, colhida em juízo, restando demonstrado o preenchimento dos requisitos necessários para a concessão do benefício pleiteado.

- A prova testemunhal firme e segura, colhida em juízo, conforme entendimento desta e. Turma, é

idônea para comprovar o exercício de atividade rural, em face da precariedade das condições de vida do trabalhador rural, ainda mais se corroborada, como na espécie, por início de prova material. Neste sentido vem decidindo esta egrégia Turma. Precedente: (TRF 5ª R. - AC 2005.05.99.000691-8 - (360299) - CE - 1ª T. - Rel. Des. Fed. Francisco Wildo Lacerda Dantas - DJU 10.08.2005 - p. 1022). “Na ausência dos documentos previstos em Lei (art. 55, § 3º, c/c art. 106, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91), a prova exclusivamente testemunhal colhida em juízo, desde que firme e segura, é idônea e perfeitamente possível a comprovar o efetivo exercício de atividades rurícolas, tendo em vista a dificuldade encontrada pelo trabalhador rural para comprovar sua condição por meio de prova material, seja pela precariedade do acesso aos documentos exigidos, seja pelo grau de instrução ou mesmo pela própria natureza do trabalho exercido no campo que, na maioria das vezes, não é registrado, ficando os trabalhadores rurais impossibilitados de apresentarem prova escrita do período trabalhado. 2. *In casu*, a prova testemunhal produzida em juízo (fls. 78/79) se apresenta harmônica e segura, sendo uníssonas as testemunhas em afirmar que a postulante sempre exerceu atividade rural em regime de economia familiar. Depoimentos que foram colhidos de pessoas das quais não foram suscitadas quaisquer dúvidas quanto à integridade e que se mostraram conhecedoras da causa e contemporâneas dos fatos narrados. 3. Precedentes da 1ª Turma desta egrégia Corte. 4. Apelação improvida”. Portanto, assiste direito à postulante ao benefício salário-maternidade, nos termos em que foi concedido pela sentença a quo.

- Em se tratando de ações previdenciárias, a correção monetária deve ser aplicada, conforme as

disposições da Lei 6.899/81.

- Na fixação dos honorários advocatícios, o entendimento jurisprudencial de nossos Tribunais e desta egrégia Corte é no sentido de que para as ações previdenciárias devem ser fixados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, incidentes sobre as parcelas vencidas (Súmula 111/STJ), dada a repetitividade e pacificação da matéria no âmbito das Cortes Regionais e Superiores e a singeleza da causa.

- Pedido de efeito suspensivo rejeitado. Remessa oficial e apelação parcialmente providas para reconhecer o direito do postulante ao benefício com efeitos financeiros a partir da data do requerimento administrativo, com o pagamento das parcelas vencidas acrescidas da correção monetária, nos termos da Lei nº 6.899/81, e juros de mora no percentual de 1% ao mês a contar da citação válida.

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, rejeitar o pedido de efeito suspensivo formulado pelo INSS e dar parcial provimento à remessa oficial e à apelação, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 29 de junho de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta em face da sentença proferida às fls. 226/236, pelo MM. Juízo Federal da 4ª

Vara de Campina Grande-PB, Dr. Francisco Eduardo Guimarães Farias, que julgou procedente a pretensão deduzida na petição inicial, para condenar o INSS a conceder o benefício previdenciário aposentadoria rural por idade, com efeitos financeiros desde a citação do INSS, com pagamento das parcelas vencidas, acrescidas da correção monetária e juros de mora legais, concedendo, no bojo da sentença, a antecipação dos efeitos da tutela judicial. Condenou, mais, a autarquia em honorários advocatícios fixados no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.

Em suas razões de apelação, o INSS pugna pela total reforma da sentença singular, aduzindo, de início, que a mesma foi proferida em total desacordo com os preceitos legais, ao deferir a antecipação dos efeitos da tutela no corpo da sentença, sem a observância dos pressupostos legais, pugnando pelo recebimento de seu recurso em ambos os efeitos. No mérito, alegou a inexistência de provas materiais idôneas para a comprovação da atividade rural a demonstrar a qualidade de segurado especial, nos termos do art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, nem o cumprimento da carência legal, conforme exigência do art. 142 c/c 143 da Lei nº 8.213/91, não atendendo, destarte, as exigências constantes da legislação previdenciária que autorizam a concessão do benefício postulado.

Apresentadas as contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

Consoante salientado no relatório, cuida-se de apelação interposta contra sentença que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela judicial, julgando procedente a pretensão deduzida na petição inicial, para condenar o INSS a conceder o benefício previdenciário aposentadoria rural por idade, com efeitos financeiros a partir do ajuizamento da ação, com pagamento das parcelas vencidas, acrescidas da correção monetária e juros de mora legais.

Analiso, em primeiro lugar, a questão da violação dos disposi-

tivos legais que disciplinam a concessão da tutela antecipada levantada pelo INSS, no que diz respeito à ausência dos pressupostos e requisitos legais para a concessão do provimento antecipado, bem como no que toca ao pedido de efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto pelo réu contra sentença que, em seu bojo, concedeu a antecipação dos efeitos da tutela judicial pretendida.

O INSS defende, em síntese, que a decisão recorrida foi proferida em desacordo com os ditames legais emanados do art. 273 e seus parágrafos do CPC, que autorizam a concessão da medida antecipatória deferida, e dos arts. 39, 55, § 3º, 106, 142 e 143 da Lei nº 8.213/91. Motivo pelo qual pede que seja atribuído efeito suspensivo ao seu recurso apelatório, com supedâneo no art. 558, CPC.

Para a concessão da medida antecipatória, consoante estabelecido no art. 273 do CPC, mister se faz a demonstração da possibilidade da fundamentação, resultado da verossimilhança aliada à prova inequívoca, acrescida do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação decorrente da demora da decisão.

No que concerne à verossimilhança das alegações, vislumbro presente a relevância da fundamentação. É que, compulsando os autos, não obstante a afirmação do recorrente de que não estão presentes os pressupostos e requisitos legais que autorizam a concessão da tutela antecipada, verifico que a decisão impugnada, ao admitir a existência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação, fundamenta-se em início de prova material idônea, ou seja, documentos que vêm sendo pacificamente admitidos pela jurisprudência de nossos tribunais para comprovação dos fatos alegados, conforme adiante será demonstrado, principalmente quando essa prova complementa a prova testemunhal colhida em juízo.

Assim, tendo em vista a comprovação inequívoca da verossimilhança das alegações, como bem observou o ilustre julgador monocrático após cognição exauriente da demanda, restou presente o primeiro requisito a possibilitar a medida concedida, bem como o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, como segundo requisito, também se tem por configurado, tendo

em vista se tratar de crédito de natureza alimentar indispensável à sobrevivência do apelado.

Outro ponto a ser analisado é no que respeita ao efeito suspensivo pretendido pelo apelante. A respeito dessa questão, é de bom alvitre lembrar que em torno da matéria têm surgido muitas controvérsias tanto no âmbito doutrinário como no jurisprudencial, mormente quanto ao recurso cabível e seus efeitos, se apelação ou agravo de instrumento para se atacar tutela antecipada concedida no corpo da sentença, por se tratar de decisão interlocutória.

Neste ponto, em respeito ao princípio da singularidade recursal, entendo não merecer maiores digressões, além do mais, com a reforma processual implementada pela Lei nº 10.352/2001, que introduziu o inciso VII no art. 520 do CPC, restou claro que a sentença que confirma os efeitos da antecipação da tutela já concedida em momento anterior só tem efeito devolutivo, podendo a sentença ser executada provisoriamente desde logo.

Embora o legislador não tenha se manifestado quanto à hipótese de a tutela ser concedida na própria sentença, os doutrinadores e a jurisprudência têm entendido que o caso deve receber o mesmo tratamento, vale dizer, a apelação deve ser também recebida somente no efeito devolutivo, pois do contrário se frustraria o próprio sentido do provimento antecipatório.

A respeito, transcrevo precedentes do colendo STJ e de outras Cortes Federais Regionais, a seguir:

“PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA NA SENTENÇA. APELAÇÃO.

Recurso cabível. De acordo com o princípio da singularidade recursal, tem-se que a sentença é apelável, a decisão interlocutória agravável e os despachos de mero expediente são irrecorríveis. Logo, o recurso cabível contra sentença em que foi concedida a antecipação de tutela é a apelação. Recurso Especial não conhecido”. (STJ - REsp 524.017 - MG - 6ª T. - Rel. Min. Paulo Medina - DJU 06.10.2003 - p. 00347)

“TUTELA ANTECIPADA - INEFICÁCIA - SENTENÇA DE MÉRITO - APELAÇÃO - EFEITOS.

- Recebida a apelação em ambos os efeitos, fica sem eficácia a antecipação de tutela concedida apenas na sentença, que só poderá ser executada após a publicação do acórdão do tribunal de origem, que a manteve. Recurso especial não conhecido”. (STJ - REsp 345.518 - RS - 3ª T. - Rel. Min. Castro Filho - DJU 23.06.2003 - p. 00352)

“PROCESSO CIVIL - TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA NA SENTENÇA - POSSIBILIDADE - APELAÇÃO RECEBIDA NO EFEITO DEVOLUTIVO.

1. É perfeitamente possível a concessão de tutela antecipada na sentença, uma vez que essa decisão não é definitiva, passível que é de recurso, cujo julgamento pode demorar anos e anos.

2. Na parte que diz respeito à matéria em que foram antecipados os efeitos da tutela, evidentemente que a apelação só pode ser recebida no efeito tão-somente devolutivo.

3. Agravo improvido”. (TRF 1ª R. - AG 01000233430 - RO - 2ª T. - Rel. Des. Fed. Tourinho Neto - DJU 13.11.2003 - p. 07)

Não obstante posição doutrinária em contrário, tem prevalecido o entendimento de que, se a tutela é proferida no corpo da sentença, cabível será apenas o recurso de apelação, a ser recebido tão-somente no efeito devolutivo, por ser, ao meu ver, o entendimento que melhor se amolda aos princípios e às regras processuais vigentes. Passo a examinar o mérito da contenda nas linhas seguintes.

São requisitos para aposentação de trabalhador rural: contar com 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos, se mulher, e comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido (art. 48, § 1º e § 2º, da Lei nº 8.213/91).

Em princípio, consoante disposição legal, a prova do exercício de atividade rural, para fins de concessão de benefício previdenciário, deve se fundar em início razoável de prova material, complementada por prova testemunhal (art. 143, II, c/c art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. Porém, é de comum sapiência que no campesinato é muito difícil a existência de prova material irrefutável).

É de se ressaltar, ademais, que, em se tratando da categoria de rurícolas, é muito difícil para o trabalhador rural comprovar sua condição, por meio de prova material, seja pela precariedade do acesso aos documentos exigidos, seja pelo grau de instrução ou mesmo pela própria natureza do trabalho exercido no campo, que, na maioria das vezes, não são registrados e ficam os trabalhadores rurais impossibilitados de apresentarem prova escrita do período trabalhado.

Conforme disposição legal e tendo a matéria *sub examine* já sido pacificada pela jurisprudência, constituem início razoável de prova documental, dentre outros documentos: a) certidão de casamento, constando a qualificação do segurado como lavrador; b) escritura de compra e venda de pequena gleba de terra; c) declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais, homologada pelo representante do Ministério Público, dando o segurado como rurícola; d) Carteira de Trabalho onde conste contrato dando o segurado como lavrador; e) certificado de cadastro de pequeno produtor rural emitido pelo INCRA; f) contrato de parceria rural de pequeno valor; g) recibo de pagamento do ITR, relativo a pequena área de terra; h) notas fiscais de pequeno produtor rural. Em princípio, esses documentos devem ser contemporâneos à época que se quer provar como tendo trabalhado como rurícola.

No caso em apreço, verifica-se que a título de prova documental o demandante anexou aos autos: Certidão da Justiça Eleitoral; Declaração de Alistamento da Junta Militar; Carteira de Associado do Sindicato Rural; Inscrição Rural junto ao INSS e Carteira de Beneficiário; Formal de Partilha; Certificado de Cadastro de Imóvel Rural, dentre outros documentos de menor valor probante, que complementaram a prova testemunhal segura e harmônica colhida em juízo.

A respeito da questão da necessidade do início razoável de prova material para comprovação da efetiva atividade rural, comun-

go do entendimento de que, na ausência dos documentos previstos no art. 106, parágrafo único, da Lei 8.213/91, a prova exclusivamente testemunhal, produzida em juízo, é idônea e perfeitamente possível para comprovar o efetivo exercício de atividades campestinas.

Com efeito, a exigência da prova documental, conforme previsão do art. 55, § 3º, c/c art. 106, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91, aplica-se tão-somente à autoridade administrativa e não ao Poder Judiciário, não podendo, no processo contencioso, o juiz ficar adstrito a esse ou àquele meio de prova para formar o seu convencimento ao decidir o litígio. Não há no ordenamento jurídico pátrio prevalência do princípio da hierarquização das provas coligidas no processo.

Por outro lado, é de se ressaltar que em nosso sistema processual vigente prevalece o princípio do livre convencimento motivado do juiz, impondo-se-lhe a adequada análise dos elementos de prova colacionados pela parte interessada. No caso em debate, constata-se a presença da prova testemunhal que tem a finalidade de fortalecer o convencimento do juiz sobre a veracidade do fato controvertido, pertinente e relevante, cabendo-lhe a opção pelo meio probatório mais fidedigno para formar o seu livre convencimento.

No apreciar da lide, percebe-se ser cristalino o vínculo do suplicante com a atividade rurícola, e que a prova material colacionada aos autos, ratificada pela prova testemunhal colhida em juízo, coerente e segura, não apresentando contradição, sendo uníssonas as testemunhas em afirmarem que o demandante sempre exerceu atividade rural, em regime de economia familiar, no período alegado.

A respeito do tema, transcrevo os seguintes precedentes, inclusive desta egrégia Turma, cujos fundamentos, *mutatis mutandis*, aplicam-se à hipótese dos autos:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES AGRÍCOLAS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. DOCUMENTOS EM NOME DOS PAIS. 12 ANOS.

1. Para que fique caracterizado o início de prova material, não é necessário que os documentos apresentados comprovem, ano a ano, o exercício da atividade rural, seja porque se deve presumir a continuidade nos períodos imediatamente próximos, seja porque é inerente à informalidade do trabalho campestre a escassez documental.

2. É firme o entendimento jurisprudencial de que os documentos apresentados em nome de terceiros (pai, filho, marido, esposa) são hábeis à comprovação do trabalho rural desenvolvido pelos outros membros do grupo que labora em regime de economia familiar.

3. (...).

(TRF 4ª R. - AC 2002.04.01.022318-3 - SC - 5ª T. - Rel. p/o Ac. Juiz Fed. Celso Kipper - *DJU* 04.02.2004 - p. 583/584) (destacou-se).

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. CERTIDÃO DE CASAMENTO DE MARIDO LAVRADOR. CATEGORIA EXTENSIVA À ESPOSA. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A comprovação da atividade laborativa do rurícola deve-se dar com o início de prova material, ainda que constituída por dados do registro civil, como certidão de casamento onde o marido aparece como lavrador, qualificação extensível à esposa.

2. A Lei não exige que o início de prova material se refira precisamente ao período de carência do art. 143 da Lei nº 8.213/91, servindo apenas para corroborar a prova testemunhal presente nos autos.

3. Recurso especial desprovido.

(STJ - REsp 495.332 / RN - 6ª T. - Rel. Min. Vicente Leal - *DJU* 02.06.2003) (grifos nossos).

PREVIDENCIÁRIO. RURÍCOLA. INÍCIO DE PROVA DOCUMENTAL CONSTANTE NOS AUTOS. PERÍO-

DO MÍNIMO DE CARÊNCIA. DISPENSABILIDADE. **A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, existente nos autos início razoável de prova documental, é de se reconhecer como comprovada a atividade rural para fins de concessão de benefício previdenciário, corroborada pelos depoimentos testemunhais. Tratando-se de aposentadoria por idade de trabalhador rural, é dispensável a comprovação do período mínimo de carência. (Art. 26, III, da Lei nº 8.213/91).**

Recurso especial não conhecido.

(STJ - REsp 413179 - PR - 6ª T. - Rel. Min. Vicente Leal - DJU 14.10.2002) (grifos nossos).

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL. CONCUBINA. VIDA EM COMUM. SUFICIÊNCIA DE PROVA. COMPANHEIRA DE PEQUENO PRODUTOR.

1. Comprovada a existência da união estável, a companheira tem direito à pensão por morte do segurado, nos termos do art. 16 da Lei nº 8.213/91.

2. As disposições presentes na legislação específica de algum benefício, como a exigência de apresentação de prova material, se dirigem à autoridade administrativa e nunca ao Poder Judiciário. Em matéria de valor das provas, prepondera o sistema da persuasão racional do magistrado, só podendo sofrer exceções que estejam previstas na Lei.

3. (...).

5. Apelação provida. Sentença reformada.

(TRF 1ª R. - AC 01000028560 - RO - 1ª T. - Rel. Des. Fed. Eustaquio Silveira - DJU 17.02.2003 - p. 39) (grifos nossos).

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. VIÚVA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. PRESUNÇÃO LEGAL. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS

ADVOCATÍCIOS. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA. RECURSO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO ADESIVO PROVIDO.

1. (...).

2. A prova testemunhal, conforme entendimento desta e. Corte, é idônea para comprovar o exercício de atividade rural, em face da precariedade das condições de vida do trabalhador rural, ainda mais se corroborada, como na espécie, por razoável início de prova material.

3. (...).

9. Recurso do INSS parcialmente provido. Recurso adesivo provido.

(TRF 3ª R. - ACR 6658 - SP - 5ª T. - Rel. Des. Ramza Tartuce - DJU 01/04/2003 - p. 347) (grifos nossos).

Diante do exposto, reportando-me aos fundamentos dos precedentes retrotranscritos, rejeito o pedido de efeito suspensivo pretendido pelo INSS e dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial para reconhecer o direito do postulante ao benefício com efeitos financeiros a partir da data do requerimento administrativo, com o pagamento das parcelas vencidas acrescidas da correção monetária, nos termos da Lei nº 6.899/81, e juros de mora no percentual de 1% ao mês a contar da citação válida, negado o pedido de efeito suspensivo formulado pela Autarquia Previdenciária.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 388.842-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (CONVOCADO)
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelados: JOSÉ RONALDO AMBROSIO DA CRUZ (ESPÓLIO) E OUTROS
Parte Ré: CONCIC ENGENHARIA S/A
Advs./Procs.: DRS. BIANCA SIQUEIRA CAMPOS E OUTROS (APTE.), GLAUCIA BALBINO DE LIMA E OUTRO (APDOS.) E MARIA JOSÉ CAVALCANTI DE CARVALHO E OUTROS (PARTE R.)

EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. PROMESSA DE COMPRA E VENDA ANTERIOR À HIPOTECAR. PAGAMENTO INTEGRAL DAS UNIDADES HABITACIONAIS PELOS PROMITENTES COMPRADORES. EXISTÊNCIA DE BOA-FÉ DOS ADQUIRENTES. LIBERAÇÃO DO GRAVAME HIPOTECÁRIO. DIREITO À OUTORGA DA ESCRITURA PÚBLICA DESEMBARAÇADA DE QUALQUER ÔNUS. OBRIGAÇÃO CONTRATUAL DA CONSTRUTORA.

- É devida a adjudicação compulsória de unidades habitacionais quando o promitente comprador cumpriu com todas as condições e cláusulas previstas na promessa de compra e venda firmada com a construtora, especialmente mediante o pagamento integral dos bens.

- Verificada a boa-fé dos adquirentes, seja pelo fato de terem adquirido os imóveis antes da incidência do gravame, seja pelo pagamento integral dos mesmos, indevida a manutenção do ônus hipotecário de bens que, à época do financiamento realizado, não mais eram de propriedade da construtora, ante a realização anterior do contrato de promessa de compra e venda.

- A negligência por parte da CEF ao não cumprir

o seu dever de fiscalização acerca da alienação dos imóveis e, nos casos de vendas, se os pagamentos estavam sendo realizados, não pode prejudicar o terceiro adquirente de boa-fé.

- Não tem eficácia diante de terceiros a hipoteca firmada entre a construtora e a instituição financeira, anterior ou posterior à celebração do contrato de promessa de compra e venda. Súmula 308 do STJ.

- A hipoteca não está dentre o rol das garantias previstas pela legislação que versa sobre a matéria relativa a empréstimos obtidos pelas construtoras para realização de empreendimentos que sabidamente serão vendidos a terceiros através de promessa de compra e venda. O art. 22 da Lei nº 4.864/65 prevê que tais financiamentos poderão ser garantidos pela caução, cessão parcial ou cessão fiduciária dos direitos provenientes da alienação das unidades habitacionais. Tal dispositivo não contempla a hipoteca.

- Direito dos adquirentes à adjudicação compulsória dos imóveis, sem o gravame hipotecário.

- Nas causas onde não há condenação, os honorários podem ser fixados abaixo do limite fixado pelo § 3º do art. 20 do CPC. Assim, considerando-se que o valor da causa, atualizado, atinge a cifra de cerca de R\$ 1.035.916,54, deve ser reduzida a verba honorária para que seja fixada na quantia de R\$ 15.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

- Apelação provida em parte.

ACÓRDÃO

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

Recife, 27 de julho de 2006 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Relator Convocado)

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Convocado):

Trata-se de apelação interposta pela CEF, em sede de ação de adjudicação compulsória de bens imóveis proposta pelo Espólio de José Ronaldo Ambrósio da Cruz e outros, em face da CONCIC Engenharia S/A e da Caixa Econômica Federal – CEF, contra sentença que assegurou a adjudicação compulsória dos imóveis dos autores ora apelados, ficando afastado o gravame da hipoteca, decorrente de débito da CONCIC Engenharia S/A para com a CEF.

A CEF, em sua peça recursal, argúi a preliminar de carência de ação por falta de interesse de agir dos apelados e por impossibilidade jurídica do pedido.

Aduz, ainda, de forma sucinta: a) que é inviável a fiscalização do andamento das negociações das unidades imobiliárias, tendo em vista a vultosa quantidade de contratos existentes entre a CEF e terceiros, com o objeto de possibilitar a construção e aquisição de imóveis residenciais; b) que a CEF se resguarda, ao passo que prevê nos seus contratos, na hipótese de venda antecipada das unidades imobiliárias, a obrigatoriedade de sua participação como interveniente-anuente; c) que a CEF não pode ser responsabilizada pela má-fé da construtora CONCIC; d) que os apelados foram negligentes quando firmaram os contratos de promessa de compra e venda de seus imóveis junto à CONCIC, pois estavam cientes de que tais bens estavam hipotecados à Caixa; e) que o compromisso de compra e venda celebrado entre a empresa CONCIC e os recorridos é nulo em razão do gravame hipotecário; f) que os honorários foram fixados de forma excessiva, pleiteando sua redução com base no trabalho realizado pelos patronos.

Contra-razões às fls. 655/662.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Relator Convocado):

Inicialmente analiso a preliminar de carência da ação por ausência de interesse de agir e por impossibilidade jurídica do pedido. A primeira devido ao fato de os imóveis estarem hipotecados em favor da Caixa Econômica Federal e a segunda devido ao fato da adjudicação compulsória dos imóveis não encontrar guarida na legislação, considerando que a hipoteca dos referidos bens é anterior à alienação irregular realizada pela construtora CONCIC.

Verifica-se, às fls. 415/447, que a CEF contestou o pedido inicial, alegando, em preliminar, a carência da ação ante a impossibilidade jurídica e a inexistência de interesse processual, sob o fundamento da falta de registro no cartório de imóveis dos instrumentos de promessa de compra e venda. Portanto, percebe-se, desde logo, que a Caixa sustenta tese diversa da que foi devolvida para apreciação do órgão *ad quem*, o que implica no seu não conhecimento em razão da impossibilidade de inovação em sede recursal.

No mérito. O cerne da questão reside no pleito dos apelados em obter a adjudicação compulsória das unidades habitacionais (Recife Flat Service) ante a existência de gravame hipotecário oriundo do débito da construtora CONCIC para com a CEF.

Os apelados adquiriram da construtora CONCIC Engenharia S/A algumas unidades imobiliárias do empreendimento denominado "Recife Flat Service", quando ainda do seu lançamento, no ano de 1989.

Tais negócios foram realizados mediante instrumentos particulares de compra e venda firmados entre a CONCIC e os recorridos, quais sejam, Espólio de José Ronaldo Ambrósio da Cruz e Maria Stella Pereira da Cruz, em de 24/10/89 (fls. 23/56); José Maparunga Júnior e sua esposa Sheila Mota Trigueiro, em 17/10/89 (fls. 61/95); Dulce Brennand Tavares da Silva e seu esposo Guilherme Severino Pereira de Albuquerque, em 29/09/89 (fls. 156/188); Hélio Meira Tolentino de Carvalho e sua esposa Rejane Muniz Tolentino de Carvalho, em 19/02/90 (fls. 199/230); Paulo Hele-

no Canton, em 30/11/89 (fls. 234/267) e Willian Nagib Kattah, em 31/10/89 (fls. 306/339).

Apenas em 28/06/1990, ou seja, após a realização da venda aos apelados dos apartamentos do empreendimento a ser construído, designado "Recife Flat Service", a CONCIC celebrou junto à Caixa Econômica Federal contrato de mútuo com garantia hipotecária para o financiamento do aludido imóvel (fls. 355/363).

Os recorridos foram imitidos na posse dos referidos imóveis no ano de 1993, com a expedição do "habite-se". Todos os adquirentes ora apelados quitaram, integralmente, os referidos imóveis (fls. 34/35; 97/101; 166/167; 140/151; 208/209; 268/285 e 340/353).

A controvérsia reside em saber se a hipoteca em favor da CEF, decorrente de débito da CONCIC, será eficaz perante os adquirentes dos mencionados imóveis.

Muito embora a hipoteca seja um direito real de garantia imobiliária, através da qual o devedor hipotecante dá em garantia de uma determinada dívida um bem imóvel em favor do credor hipotecário, permanecendo aquele com a posse direta do bem, observa-se, a princípio, que, diferentemente do que alega a Caixa Econômica, os promissários compradores adquiriram os imóveis antes da incidência do gravame hipotecário, tendo a construtora CONCIC agido de má-fé ao dar em garantia do negócio firmado com a CEF, qual seja, Escritura Pública de Mútuo de Dinheiro com Obrigações, Hipoteca e Fiança (fls. 355/363), unidades imobiliárias que não mais eram de sua propriedade, tendo em vista a existência anterior da promessa de compra e venda.

Conquanto a hipoteca tenha sido realizada após a realização da promessa de compra e venda, o STJ pôs fim à discussão através da Súmula 308:

"A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel".

De fato, os autores ora recorridos foram ludibriados pela construtora CONCIC, que previa no bojo do Contrato de Promessa de Compra e Venda, em especial, na Cláusula Décima Terceira, que

esta outorgaria a escritura do imóvel “livre e desembaraçado de quaisquer ônus após 120 (cento e vinte) dias após a data da averbação da construção no Registro Imobiliário competente”.

Na verdade, a indigitada construtora vendeu os imóveis aos recorridos e, em seguida, deu-os em garantia hipotecária à CEF para obter financiamento para construção do aludido empreendimento. Posteriormente, não adimpliu o empréstimo, o que acarretou na não liberação da hipoteca dos imóveis por parte da instituição financeira.

Por outro norte, a Caixa Econômica procurou se resguardar do financiamento ora concedido, prevendo na Cláusula Décima Primeira e no seu Parágrafo Primeiro da Escritura Pública de Mútuo de Dinheiro com Obrigações Hipoteca e Fiança a necessidade de sua participação como interveniente-anuente na realização de eventuais contratos de compra e venda das referidas unidades (fls. 452/452v):

“Cláusula Décima Primeira – DA COMERCIALIZAÇÃO DE UNIDADES – A comercialização de unidades, durante a fase de produção das mesmas, deverá ser precedida de autorização específica e expressa da CEF e será formalizada mediante ‘contrato de promessa de compra e venda’, vinculado à assinatura do definitivo ‘contrato por instrumento particular de compra e venda, mútuo com obrigações e quitação parcial’, quando da fase de comercialização do empreendimento, após o término das obras, apresentação do respectivo ‘habite-se’ e averbação, no competente cartório de Registro de imóveis. Parágrafo Primeiro – A CEF participará, obrigatoriamente, de todos os contratos de promessa de compra e venda, na qualidade de interveniente anuente, e, se for o caso, de financiadora da aquisição da unidade.”

Em que pese a exigência da participação da CEF na condição de interveniente-anuente nos contratos de promessa de compra e venda, tal dispositivo, por si só, não afasta o dever da instituição financeira de fiscalizar a alienação dos imóveis e, nos casos em

que forem alienados, se o pagamento estava sendo realizado efetivamente.

Ao permanecer inerte ante a referida e cômoda previsão contratual, vê-se que a CEF agiu em manifesta negligência, ao passo que se omitiu diante das garantias previstas no Parágrafo Primeiro da Cláusula Décima Segunda da Escritura Pública de Mútuo de Dinheiro com Obrigações, Hipoteca e Fiança (fls. 452v), senão veja-se:

“A devedora apresentará mensalmente à CEF relação com indicação das notas promissórias ou outros títulos de crédito recebidos, mencionando os nomes dos adquirentes, datas de vencimentos, valores de títulos pagos e indicação dos respectivos depósitos na CEF, em sua conta corrente, especialmente aberta para essa finalidade, relação acompanhada dos comprovantes dos referidos depósitos, que deverão apresentar o total recebido.”

Destarte, é cediço que o gravame hipotecário não está dentre o rol das garantias previstas na legislação que versa sobre a matéria relativa a empréstimos obtidos pelas construtoras para realização de empreendimentos que sabidamente serão vendidos a terceiros mediante contrato de promessa de compra e venda. Dispõe o art. 22 da Lei n.º 4.864/65 que os valores destinados aos financiamentos para construção e venda poderão ser garantidos pela caução, cessão parcial ou cessão fiduciária dos direitos provenientes da alienação das unidades habitacionais. O dispositivo não contempla a hipoteca, portanto.

Desta feita, concluo que a hipoteca é nula de pleno direito e seus efeitos são ineficazes perante os adquirentes de boa-fé (Súmula 308 do STJ), por três razões, a uma, porque os autores ora recorridos cumpriram integralmente com todas as condições e cláusulas previstas no contrato de promessa de compra e venda, inclusive com o adimplemento total dos imóveis, não podendo sofrer constrição patrimonial em razão de débito da empresa construtora junto ao banco financiador do empreendimento, pois, uma vez realizado o contrato de promessa de compra e venda, a garantia passa a incidir sobre os direitos oriundos do respectivo con-

trato individualizado, nos moldes do art. 22 da Lei nº 4.864/65. A duas, a CONCIC não poderia hipotecar bem que não mais era de sua propriedade, em face da existência anterior da promessa de compra e venda. A três, a CEF agiu em manifesta negligência, pois tinha o dever contratual de fiscalizar a alienação dos imóveis, e, caso verificada a alienação, se os pagamentos estavam sendo realizados.

Este é o entendimento majoritário da jurisprudência do STJ e dos TRF's:

“DIREITO CIVIL. HIPOTECA CONSTITUÍDA SOBRE IMÓVEIS PROMETIDOS À VENDA E QUITADOS. INVIABILIDADE. NEGLIGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. NÃO OBSERVÂNCIA DA SITUAÇÃO DO EMPREENDIMENTO.

- A hipoteca constituída pela construtora em favor do agente financeiro, recaindo sobre unidades de apartamentos, carece de eficácia perante os promissários-compradores, quando celebrada após a promessa de compra e venda.

- A entidade financeira, ao celebrar contratos de financiamento, deve inteirar-se sobre a situação dos imóveis destinados à venda, já oferecidos ao público. Se observar tal cuidado, apurará, facilmente, quais os que foram prometidos à venda e a proporção em que foram pagos.”

(REsp 418040/SC; Recurso Especial 2002/0019805-6; Ministro Humberto Gomes de Barros (1096); T3 - Terceira Turma; Data do Julgamento: 20/04/2004; DJ 10.05.2004 p. 273; RJADCOAS vol. 57 p. 52)

“DIREITO IMOBILIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE CONHECIMENTO SOB O RITO ORDINÁRIO. CONSTRUÇÃO E INCORPORAÇÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO PARA A CONSTRUÇÃO DE IMÓVEL (PRÉDIO COM UNIDADES AUTÔNOMAS). RECURSOS ORIUNDOS DO SFH. OUTORGA, PELA CONSTRUTORA, DE HIPOTECA SOBRE O IMÓVEL AO AGENTE FINANCIADOR. POSTERIOR CELEBRAÇÃO DE COMPROMISSO

DE COMPRA E VENDA COM TERCEIROS ADQUI-
RENTES. INVALIDADE DA HIPOTECA.

- É nula a hipoteca sobre a unidade autônoma ou-
torgada pela construtora ao agente financiador, em
data posterior à celebração da promessa de com-
pra e venda com o promissário-comprador.

- Ainda que constituída e levada a registro em data
anterior ao pacto de compromisso de compra e ven-
da, é nula a hipoteca firmada se os recursos oferta-
dos pelo agente financeiro à construtora foram cap-
tados junto ao Sistema Financeiro da Habitação.
Recurso especial conhecido pela divergência e pro-
vido”.

(REsp 316640/PR; Recurso Especial 2001/00400
30-2; Ministra Nancy Andrichi (1118); T3 - Terceira
Turma; 18/05/2004; DJ 07.06.2004 p. 216).

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADJUDICA-
ÇÃO COMPULSÓRIA. COMPROMISSO DE COM-
PRA E VENDA. PAGAMENTO INTEGRAL DO PRE-
ÇO DAS UNIDADES HABITACIONAIS FINANCIA-
DAS PELOS COMPROMISSÁRIOS COMPRADO-
RES. DIREITO À OUTORGA DA ESCRITURA PÚ-
BLICA SEM GRAVAME. OBRIGAÇÃO CONTRA-
TUAL EXPRESSA DO COMPROMITENTE VENDE-
DOR. ÔNUS REAL DE HIPOTECA QUE RECAI
SOBRE OS BENS IMÓVEIS OBJETO DO FINAN-
CIAMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.
ART. 22 DA LEI Nº 4.864/65.

1. A adjudicação compulsória assegura ao compro-
missário comprador, que pagou integralmente o pre-
ço da unidade habitacional, o direito à outorga da
escritura pública sem gravame, por parte do com-
promitente vendedor. Previsão contratual e legal.

2. Não prospera a incidência de ônus real de hipote-
ca sobre os imóveis adquiridos por compromisso
de compra e venda de construtora particular que,
para a efetivação do empreendimento, obteve finan-
ciamento junto à CEF. A legislação de regência da
matéria, Lei nº 4.864/65, art. 22, estabelece outros

meios de garantia do crédito para a CEF, diversos da hipoteca.

3. Preponderância da boa-fé dos compromissários compradores, em detrimento do ônus real de hipoteca. Direito dos adquirentes das unidades habitacionais à outorga da escritura pública sem a incidência de gravame hipotecário, mormente quando pagaram o preço integral dos bens imóveis.

4. Hipoteca constituída após a celebração dos compromissos de compra e venda.

5. Apelações improvidas.”

(Origem: Tribunal – Quinta Região; Classe: AC - Apelação Cível – 247108; Processo: 200105000085980; UF: PE Órgão Julgador: Primeira Turma; Data da decisão: 22/08/2002; Documento: TRF500061559; DJ - Data: 29/11/2002 - Página: 912; Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira).

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA *AD CAUSAM*. PRELIMINARES REJEITADAS. EDIFÍCIO RESIDENCIAL. CONTRATO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADES. QUITAÇÃO. LIBERAÇÃO DA HIPOTECA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ADQUIRENTES COM CARACTERÍSTICAS DE BOA-FÉ.

1. O promissário comprador de unidade residencial, mediante Promessa de Compra e Venda, adimplida regularmente em todas as suas cláusulas e condições, tem legitimidade para propor ação que vise ao cancelamento de hipoteca que grava o imóvel.

2. A CEF, à sua vez, ostenta legitimidade passiva *ad causam*, dado que participou do empreendimento na qualidade de agente financeiro, de acordo com o contrato de Escritura Pública de Mútuo de Dinheiro com Obrigações, Hipoteca e Fiança firmado com a construtora do edifício.

3. Os efeitos da hipoteca resultante de financiamento imobiliário são ineficazes em relação ao terceiro, adquirente com característica de boa-fé, que pagou

pelo imóvel e não participou da avença firmada entre a instituição financeira e a construtora, ainda mais tendo presente a circunstância de que a CEF agiu com manifesta negligência na preservação de seu crédito perante sua devedora, deixando de fiscalizar a alienação das unidades imobiliárias, na forma prevista no contrato de mútuo.

4. Contudo, não há que se falar em simples cancelamento da hipoteca, porquanto tal importaria na desconstituição do gravame como um todo e, como bem afirmou a CEF na apelação, a hipoteca foi constituída sobre a totalidade do terreno em que se edificou o prédio, e não sobre cada uma das unidades, sendo ela indivisível. Assim, deve-se reconhecer tão-somente a ineficácia da hipoteca em relação às unidades adquiridas pelos autores/apelados.”

(Origem: TRF- Primeira Região; Classe: AC - Apelação Cível – 199833000181862; Processo: 199833000181862 UF: BA Órgão Julgador: Quinta Turma; Data da decisão: 22/9/2003; Documento: TRF 100155580; DJ Data: 16/10/2003, Página: 45; Desembargador Federal Fagundes de Deus).

Quanto ao pedido de redução dos honorários, cabe ressaltar que, nas causas em que não há condenação, a verba honorária pode ser reduzida a percentual inferior ao mínimo previsto no § 3º do art. 20 do CPC, assim entendendo ser exorbitante o valor de 10% sobre o valor da causa atualizado, eis que o valor total da causa atualizado atinge a cifra de R\$ 1.035.916,54 (um milhão, trinta e cinco mil, novecentos e dezesseis reais e cinquenta e quatro centavos), tenho que a verba honorária deve ser reduzida para a quantia correspondente a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), com a devida correção, a contar do trânsito em julgado desta decisão, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação apenas para reduzir os honorários advocatícios para a quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), mantendo a sentença nos demais termos.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.755-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelados: MAXIMÍNIO PEREIRA DE LIMA, BRIVALDO PEREI-
RA DOS SANTOS E ELINE BARBOSA DE SANTA-
NA
Def. Público: DR. DERLI DALLAGRAVE
Adv./Proc.: DRS. NILDETE DA SILVA TAVARES, CONCEIÇÃO
LIMA DE OLIVEIRA E LEONARDO LAPENDA FI-
GUEIROA E OUTRO (APDOS.)

***EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. RECE-
BIMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL COMO
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRINCÍPIO
DA FUNGIBILIDADE. EMENDATIO LIBELLI PARA
O CRIME DE PECULATO. INOCORRÊNCIA. HI-
PÓTESE DE CRIME DE ESTELIONATO PRATI-
CADO EM DETRIMENTO DA PREVIDÊNCIA SO-
CIAL (ART. 171, § 3º). DELITO EVENTUALMEN-
TE PERMANENTE. CONTAGEM DO PRAZO
PRESCRICIONAL A PARTIR DA DATA DA CES-
SÃO DA PERMANÊNCIA DELITIVA. APLICAÇÃO
DO ART. 109, III, C/C ART. 111, III, DO CPB. PRES-
CRIÇÃO DO JUS PUNIENDI ESTATAL. INOCOR-
RÊNCIA. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.
SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU ANULADA.***

***- Acolhimento do opinativo da douta Procurado-
ria Regional da República, no sentido de receber
o presente recurso de apelação como se de re-
curso em sentido estrito se cuidasse, em home-
nagem ao princípio da fungibilidade – art. 579 do
Código de Processo Penal.***

***- Segundo o recurso do Ministério Público, o fun-
cionário, valendo-se da sua condição de agente
público, ao conceder o benefício sabendo-o ser
indevido, concorreria para que houvesse a sub-***

tração de dinheiro público, em proveito próprio ou alheio, o que caracterizaria o delito tipificado no art. 312, § 1º, do Código Penal.

- Fatos narrados na denúncia que se harmonizam com o disposto no art. 171, § 3º, do Código Penal, em face de a apelada Eline Barbosa de Santana, ao requerer o benefício previdenciário, ter logrado obtê-lo, em face das declarações inautênticas de que se valeu perante o Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural, com a anuência dos apelados Maximínio Pereira de Lima, Brivaldo Pereira dos Santos, utilizando-se, esses últimos, dos cargos, respectivamente, de Presidente do Sindicato dos Trabalhadores Rurais e de Representante do FUNRURAL.

- Não ocorreu, pois, a mera outorga pelo FUNRURAL do benefício previdenciário, em face da atuação dos apelados – funcionários públicos –, mas sim, a percepção indevida de numerário público, por conta da fraude consubstanciada em declarações falsas, que lograram manter o órgão previdenciário, por seus agentes, em erro, elementar do ilícito de estelionato.

- Cuidando-se de ilícito de natureza eventualmente permanente, a contagem prescricional há de ser feita na forma do art. 111, III, do Código Penal, e não, pelo dispositivo que regula o ‘crime continuado’.

- Iniciando-se a contagem a partir de maio de 1987, mês em que ocorreu a última percepção indevida do benefício, até o recebimento da denúncia – 24.09.1997 – (fl. 86), apuram-se 10 (dez) anos; e entre esse momento e o da prolação da sentença atacada – 22.06.01 – (fl. 207) – transcorreram 5 (cinco) anos, não se verificando, portanto, a alegada extinção da punibilidade. Sentença anulada. Recurso em sentido estrito provido, em parte.

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, ao recurso em sentido estrito, para anular a sentença recorrida, que extinguiu a punibilidade pela prescrição, dando-se prosseguimento ao feito em seus ulteriores termos, mantida, entretanto, a tipificação constante da denúncia, 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 fevereiro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Cuida-se de apelação criminal, manejada pelo Ministério Público Federal, ao feito de reformar sentença da lavra o MM. Juiz da 4ª Vara Federal de Pernambuco, que decretou a extinção de punibilidade, com supedâneo no advento prescricional, em favor de Maximínio Pereira de Lima, Brivaldo Pereira dos Santos e Eline Barbosa de Santana.

Noticia-se na peça acusatória que os apelados Maximínio Pereira de Lima e Brivaldo Pereira dos Santos teriam concedido, utilizando-se, respectivamente, do cargo de Presidente do Sindicato dos Trabalhadores Rurais e de Representante do Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural – FUNRURAL, de maneira fraudulenta, benefício previdenciário em favor de Eline Barbosa de Santana.

Requer a apelante a reforma da decisão, sob o pálio de que a classificação jurídica encartada na denúncia restaria equivocada, porquanto, na espécie, enquadrar-se-ia o delito tipificado no art. 312, § 1º, do CP e não no art. 171 do aludido Diploma Legal.

Outrossim, não teria se ultimado o prazo prescricional, pois a contagem do prazo seria regida pelo art. 111, III, do Código Penal, uma vez que, inobstante ser o delito em foco, tecnicamente, instantâneo, o estelionato com o fito de obter benefício ao longo do tempo em detrimento da Previdência Social assume eventual caráter permanente.

Contra-razões que demoram às fls. 230/234, 235/238, 246/249, e louvam os termos da decisão atacada.

Oficiando no feito, a douta Procuradoria Regional da República opina, preliminarmente, pelo recebimento da apelação criminal como recurso em sentido estrito; no mérito, pelo provimento parcial, para não reconhecer a extinção de punibilidade, todavia, mantendo-se a tipificação constante na denúncia.

É o relatório. Ao eminente Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Preliminarmente, acolho o opinativo da douta Procuradoria Regional da República, para receber esta apelação como se recurso em sentido estrito fosse, em homenagem ao princípio da fungibilidade, insculpido no art. 579 do Código de Processo Penal¹.

Com efeito, ante a dicção do art. 581, VIII, do indigitado Diploma Legal, o cabimento seria do recurso em sentido estrito; todavia, em face da tempestividade da impugnação ora apresentada, inexistente óbice processual a que dela se conheça, como se daquele outro se cuidasse; passo, pois, ao exame do recurso.

Com a devida vênia aos pensamentos divergentes, merece ser provido, em parte, o recurso do Ministério Público Federal. Justifico.

¹ “Art. 579. Salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro.”

O ilustre representante do *Parquet*, primeiramente, diz que a capitulação do delito, tal como consta da denúncia – a do art. 171, § 3º, do Código Penal –, seria equivocada, porquanto, à espécie, amoldar-se-ia a tipificação do art. 312, § 1º, do aludido Diploma Legal.

Diz-se que o funcionário, ao conceder o benefício, sabendo-o ser indevido, concorreria para que houvesse subtração do dinheiro público, seja em proveito próprio, ou alheio, valendo-se da sua qualidade de agente público; tal caracterizaria o delito a que alude o art. 312, § 1º, do Código Penal.

Permissa venia, penso que os fatos entretecidos na denúncia harmonizam-se com a classificação jurídica do art. 171, § 3º, da Lei Penal básica.

Noticia-se que a apelada Eline Barbosa de Santana requerera o benefício previdenciário, e o obteve, mediante declarações inautênticas junto ao Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural, com a anuência dos apelados Maximínio Pereira de Lima, Brivaldo Pereira dos Santos, utilizando-se, esses últimos, dos cargos, respectivamente, de Presidente do Sindicato dos Trabalhadores Rurais e de Representante do FUNRURAL.

Dessume-se, portanto, que não existe a mera outorga do benefício pela vítima (FUNRURAL), em face da atuação dos apelados – funcionários públicos –, em moldes a consubstanciar o delito de peculato, mas o recebimento indevido do numerário, que derivou da fraude empreendida mediante declarações falsas, de sorte a manter o órgão previdenciário (por seus agentes) em erro, elementar do ilícito de estelionato².

No concernente ao prazo prescricional, entendo não ter ainda se ultimado, porquanto o termo inicial da contagem do referido prazo não poderá ser do primeiro dia do recebimento indevido do benefício (outubro de 83), mas do último (maio de 87). Explico.

² Nesse sentido, Celso Delmanto obtempera: “Para a configuração do estelionato, torna-se indispensável a concorrência de dois requisitos: fraude e a lesão patrimonial (TACrSP, RT 719/463)” (Delmanto, Celso. **Código Penal Comentado**, 6ª ed.atual. ampl. - Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 398.)

Embora seja o estelionato delito de natureza instantânea, na hipótese de que se cuida os autos, tal característica assume feição diversa.

Em tese, a cada percepção mensal de benefício indevido resta consumado um novo ilícito de estelionato, a caracterizar, *prima facie*, o instituto do crime continuado em que a ação criminosa do último ato se tem como complementação do primeiro.

À primeira vista porque, embora tecnicamente o caso se amoldasse à figura do crime continuado, cuja contagem do prazo prescricional reger-se-ia pelo art. 119 do CP, no mundo dos fatos, o momento consumativo do ilícito ocorre em um dado instante; mas a situação criada pelo agente persiste por força do seu próprio desiderato, assumindo, nesse passo, um caráter eventualmente permanente.

No caso concreto, após o deferimento (ilícito) de benefício previdenciário mediante fraude, persistiu por 5 (cinco) anos a percepção indevida dos valores relativos ao mesmo, até o cancelamento do favor pelo FUNRURAL.

E por assim ser (ilícito de natureza penal eventualmente permanente), a contagem prescricional há de ser regida pelas disposições do art. 111, III, do Estatuto Repressor e não por aqueloutro, norteador da espécie de crime continuado.

Nessa esteira, esta colenda Corte pacificou o entendimento. Confirmam-se os precedentes:

“PENAL. ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. PERCEPÇÃO DE BENEFÍCIO. PARCELAS SUCESSIVAS. PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL.

- O estelionato para obtenção de benefício previdenciário possui, quanto ao agente que efetivamente tenha percebido a vantagem ilícita durante o período até a sua suspensão, natureza de crime eventualmente permanente, estendendo-se no tempo a sua consumação (que não se esgota na percepção da primeira das sucessivas parcelas). **Entende-se, pois, por consumado o crime tão-só na cessa-**

ção da permanência, ou seja, na suspensão do pagamento pela Previdência, somente a partir daí começa a fluir o multicitado prazo prescricional, a teor do que comanda o art. 111, inciso III, do CP.

- Recurso provido.”

(Tribunal - Quinta Região, RCCR - 460/CE, Primeira Turma, Decisão: 12/12/2002, DJ - Data: 04/04/2003 - Página: 630, Desembargador Federal José Maria Lucena - Destaquei.)

“PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME DE ESTELIONATO PRATICADO EM DETRIMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL (ART. 171, § 3º). DELITO PERMANENTE, CONTANDO-SE O PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DA DATA DA CESSAÇÃO DA INDIGTADA PERMANÊNCIA DELITIVA. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DO *JUS PUNIENDI* ESTATAL. APLICAÇÃO DO ART. 109, III, C/C ART. 111, III, DO CPB. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU ANULADA.

1. Presente no ordenamento jurídico brasileiro o crime de estelionato qualificado praticado contra a Previdência Social, nos termos do art. 171, § 3º, do Código Penal Brasileiro. O prazo de prescrição em dito delito tem sua contagem iniciada a partir da cessação do recebimento do benefício indevido (delito eventualmente permanente) e, não, do recebimento da primeira parcela da prestação previdenciária.

2. Inocorrência, *in casu*, da prescrição prevista no art. 109 do CPB, devendo ser infligidas aos acusados as penas do delito de estelionato qualificado, acima já mencionado. Inteligência do art. 109, III, c/ c art. 111, III, do CPB.

3. Recurso em sentido estrito ministerial provido. Sentença de primeiro grau anulada, determinando-se o prosseguimento da normal tramitação do feito,

com o processamento dos acusados.”

(Tribunal - Quinta Região, RCCR - 345/PE, Primeira Turma, Decisão: 13/05/2004, DJ - Data: 05/07/2004 - Página: 867 - Nº: 127, Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante - Destaquei.)

Considerando que ao delito de estelionato atribui-se pena máxima de 5 (cinco) anos, o prazo prescricional a ele afeiçãoado é de 12 (doze) anos, *ex vi* do art. 109, III, do Estatuto Repressor.

Iniciando a contagem a partir do mês de maio de 1987, correspondente ao último mês do recebimento indevido do benefício previdenciário, até o recebimento da denúncia – 24.09.1997 – (fls.86), encontram-se 10 (dez) anos; e entre este momento e o da prolação da sentença atacada – 22.06.01 – (fls. 207) decorreram só 5 (cinco) anos; não se verifica, pois, a alegada extinção de punibilidade.

Forrado nessas razões, dou provimento em parte à apelação criminal, para anular a sentença atacada, que extinguiu a punibilidade pela prescrição, prosseguindo-se o feito em seus ulteriores termos, mantendo-se, entretantes, a tipificação constante na peça acusatória.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 3.652-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Apelantes: ANTÔNIO OLÍVIO DE ALMEIDA, AÉCIO SANTOS MONTENEGRO E DÁRIO ALVES MIRANDA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Advs./Procs.: DRS. IVAN HOLANDA PEREIRA E MARCIA BATISTA DE VASCONCELOS E JOSÉ SEGUNDO DA ROCHA (APTES.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. AFASTADA A PRELIMINAR DE NULIDADE POR INOBSEVÂNCIA DO ART. 514 DO CPP. NULIDA-

DE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONCURSO DE AGENTES E DE CRIMES. ARTS. 312, § 1º, C/C 71 DO CP (PECULATO). ART. 168, C/C 29 E 71 DO CP (APROPRIAÇÃO INDÉBITA). UM DOS APELANTES ERA EX-FUNCIONÁRIO DA CEF NA OCASIÃO DOS FATOS. CIRCUNSTÂNCIA PESSOAL ELEMENTAR DO CRIME DE PECULATO QUE SE COMUNICA AOS DEMAIS CO-APELANTES. REGULARIDADE NAS AÇÕES DELITUOSAS QUE SE REPETEM. CONTINUIDADE DELITIVA CONFIGURADA. RAZÕES RECURSAIS DE UM DOS APELANTES ESTÃO DISSOCIADAS DA IMPUTAÇÃO DA SENTENÇA. NÃO CONHECIMENTO. NEGADO PROVIMENTO NA PARTE CONHECIDA.

- É pacífico, inclusive na jurisprudência do STF, que a inobservância do art. 514 do Código de Processo Penal constitui nulidade relativa que, sob pena de preclusão, deve ser argüida até o prazo do art. 500 do CPP, nos exatos termos do art. 571, II, do CPP.

- O vetusto princípio originário do direito francês que se conhece por “pas de nullité sans grief” foi agasalhado no processo penal brasileiro, positivando-se na regra do art. 563 do Código de Processo Penal; no caso, não foi demonstrado o prejuízo na falta da prévia notificação.

- Crime de peculato pelo depósito indevido de cheques nominais à CEF e à Receita Federal, de emissão de pessoas jurídicas, em contas de terceiros.

- Consciência da ilicitude dos fatos que se evidencia no acordo firmado entre os apelantes para formação do concilium fraudis.

- Concurso subjetivo entre um dos apelantes, ex-funcionário da CEF e os demais, nos termos do art. 327, § 1º, do Código Penal, aquele se equipara a funcionário público para os efeitos penais transmitindo-se, pois, aquela condição pessoal

elementar do crime de peculato que se espraia aos co-autores do crime.

- Além das condições de execução, lugar, etc., o exame das datas de alguns dos depósitos indevidos revela, em sua maioria, regularidade nas ações delituosas, sempre dentro de prazos de trinta dias, o que reforça a presença da continuidade delitiva sob o aspecto temporal.

- Apelações interpostas por Antônio Olívio de Almeida e Aécio Santos Montenegro improvidas, apelação de Dário Alves de Miranda em parte conhecida e improvida na parte conhecida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 20 de junho de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Trata-se de apelações criminais contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte que, nos autos da Ação Penal nº 98.006775-2, condenou os réus Aécio Santos Montenegro, Antônio Olívio de Almeida, Francisco Sales de Lima, Dário Alves Miranda e Edmundo de Souza Pereira; os três primeiros, às penas de 2 (dois) anos de reclusão e multa, em virtude da prática dos delitos tipificados nos arts. 312, § 1º, c/c 71 do CP (peculato) e, os dois últimos, às penas de 1 (um)

ano e 2 (dois) meses de detenção por infração ao art. 168, c/c 29 e 71 do CP (apropriação indébita). As penas privativas de liberdade foram substituídas por penas restritivas de direito nos termos do art. 44 do CP.

Narra-se nos autos que, no período de 1992 a 1996, o apelante Antônio Olívio de Almeida, valendo-se de sua condição de empregado da Caixa Econômica Federal, depositou, indevidamente, cheques nominais à CEF e à Receita Federal (fls. 296/357), emitidos pelas empresas Herbus Confecções Ltda. e Natal Service, nas contas de Aécio Santos Montenegro e Francisco Sales de Lima com a colaboração criminosa de Dário Alves Miranda e Edmundo de Souza Pereira.

Antônio Olívio de Almeida, em suas razões de apelação (fls.954/957), requer, preliminarmente, a nulidade do processo pelo não atendimento ao disposto no art. 514 do CPP, pois, na qualidade de funcionário público, deveria ter sido notificado para apresentar defesa antes do recebimento da denúncia que, no caso, não ocorreu; no mérito, alega que não houve no processo prova certa, plena e extreme de dúvida que incrimine o apelante.

Aécio Santos Montenegro (fls. 964/968) alega a inexistência do crime de peculato pelo fato dos valores desviados não pertencerem ao Poder Público, e, sim, a particulares, as empresas Herbus e Natal Service, afirmando também a não incidência do art. 71 do CP em virtude do tempo entre os delitos praticados ser superiores a 30 dias, requerendo a absolvição ou a desclassificação para o delito de apropriação indébita.

Dário Alves Miranda (fls. 969/971), por sua vez, alega que a sentença não pode prosperar, pois não ocorreu vantagem patrimonial ilícita, elemento indispensável para a caracterização do crime de estelionato, requerendo a sua absolvição.

O Ministério Público Federal, em suas contra-razões, rebate as razões das apelações, e pugna pela manutenção da sentença (fls. 974/979).

Os autos neste Tribunal, à sua vez, o Procurador Regional da República (fls. 984/988) aponta, preliminarmente, a inexistência de nulidade por inobservância do art. 514 do CPP (notificação prévia

do servidor público) em relação ao réu Antonio Olívio de Almeida, haja vista que a denúncia foi precedida de inquérito policial. No mérito, argumenta a falta de razão aos apelantes, em face da autoria e materialidade fartamente comprovadas, opinando pelo improvimento das apelações.

Autos submetidos ao eminente Revisor.

É o relatório.

VOTO

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

Preliminarmente, é pacífico, inclusive na jurisprudência do STF, que a inobservância do art. 514 do Código de Processo Penal constitui nulidade relativa que, sob pena de preclusão, deve ser argüida até o prazo do art. 500 do CPP, nos exatos termos do art. 571, II, do mesmo diploma legal, considerando-se a nulidade sanada se, até então, não alegada, qual, aliás, também reza o art. 572, I, ainda do Código de Processo Penal, como é o caso dos autos.

Ademais disso, o vetusto princípio originário do direito francês que se conhece por *pas de nullité sans grief* foi agasalhado no processo penal brasileiro, positivando-se na regra do art. 563 do Código de Processo Penal, e aqui nestes autos tem-se por certo e acabado que o apelante não demonstrou nenhum prejuízo com a alegada falta de prévia notificação da imputação que lhe é feita.

Afinal, a imputação não causou ao apelante nenhuma surpresa, visto que a denúncia foi precedida de inquérito policial e de sindicância administrativa que instruíram a denúncia, de modo que não há nulidade prejudicial à defesa a se pronunciar.

Com estas considerações, rejeito a preliminar de nulidade processual argüida pelo apelante Antônio Olívio de Almeida.

Antes de adentrar no mérito, inicialmente, verifico a ocorrência de erro material no tocante ao dispositivo da sentença, quando condena os réus às penas do art. 168, c/c art. 29 e art. 71 do CP (fls. 944), segundo parágrafo, quarta linha, (...e de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção...), pois a sanção prevista no referido artigo é de reclusão, pelo que deve ser corrigida de acordo com a

interpretação do art. 3º do CPP combinado com o art. 463, inciso I, do CPC.

Em relação à condenação no crime de peculato, infligida ao apelante Antônio Olívio de Almeida, este, em sua defesa, afirma que inexistente no processo prova certa e indubitável que o incrimine.

Entretanto, examinando os sucessivos atos da instrução processual e todo o arsenal probatório, verifico que o apelante, no período de 1992 a 1996 (fls. 5), foi o principal protagonista das ações criminosas, tendo depositado, indevidamente, cheques nominais à CEF e à Receita Federal, de emissão das empresas Herbus Confecções Ltda. e Natal Service, nas contas de Aécio Santos Montenegro e Francisco Sales de Lima.

Embora o apelante não negue a efetuação dos depósitos irregulares, afirma não ter conhecimento dos ilícitos perpetrados. Entretanto, o depoimento de um dos co-réus, Francisco Sales de Lima, demonstra a consciência da ilicitude dos fatos que se evidencia no acordo firmado entre ambos na formação do *concilium fraudis* (fls. 750), senão vejamos:

“(…) Que efetivamente os cheques a que se refere a denúncia foram depositados na conta do depoente; que a idéia inicial de depositar os cheques em contas pessoais do depoente e de Aécio surgiu de uma conversa entre o ora réu, Aécio e Antônio Olívio de Almeida; que a pretensão era apenas de ganhar algum dinheiro aplicando as quantias no mercado financeiro, por trinta dias, pois na época os rendimentos eram altos; (…)”

Os autos dão conta de que a prática de depósitos de cheques nominais em contas de favorecidos diferentes é terminantemente proibida pelas normas da CEF, justamente para coibir fraudes, e tais regras são de conhecimento de seus funcionários. Para demonstrar a atuação ativa do apelante no fato criminoso, contradizendo a alegada falta de prova, é conveniente dissecar excertos dos depoimentos:

Do réu (fls. 33 e 362):

“(…) que reconhece que as guias de depósitos efetuadas na conta do Sr. Francisco nos dias 01 Mar 96 e 10 Abr 96 nos valores de R\$ 20.429,99 e 9.016,24 respectivamente, na CEF, no PAP CAR Ribeira/RN, foram preenchidas de próprio punho pelo depoente; (...)

(…) que os depósitos deixados com o declarante por Francisco Sales de Lima e Aécio Santos Montenegro eram sempre em cheque, nunca em dinheiro; que o declarante recebia direta e pessoalmente de Francisco Sales de Lima e Aécio Santos Montenegro os depósitos dos mesmos, ou seja, as guias e os cheques. Que muitas vezes eles só lhe entregavam os cheques e, outras vezes, as guias, quando preenchidas pelos mesmos, vinham erradas, ao que o declarante as preenchia/corrigia; (...)”

Das testemunhas de acusação:

Maria Irmã Andrade Silveira (fls. 845):

“Que, na condição de funcionária da CEF, participou da comissão de apuração sumária e da comissão de sindicância instauradas para apurar as irregularidades referidas na denúncia; que confirma as conclusões das referidas comissões, instauradas pela CEF; que, dado o lapso de tempo já decorrido, não recorda quaisquer aspectos fáticos inerentes à conduta do empregado Antônio Olívio.

Que recorda, apenas, a forma de operação para que fosse realizada a fraude referida na denúncia; que chegavam na CEF apenas os cheques das empresas, que eram depositados em contas de terceiros, mas sem a existência dos DARF's; que os cheques eram depositados em contas de terceiros, vez que eram nominativos à CEF, mas não continham qualquer destinação no verso, assinada pelo emitente... (...); que, quando indagados os caixas executivos acerca desses depósitos realizados em contas de terceiros, os mesmos afirmaram que Antônio Olívio teria solicitado tais depósitos;”

Flávio Fernandes Lisboa (fls. 846)

“Que prestou depoimento na Polícia Federal, a respeito dos fatos narrados na denúncia; que, na qualidade de funcionário da CEF, participou como membro do processo de apuração sumária para averiguar as fraudes referidas na acusação do MPF; que confirma as conclusões firmadas no referido processo de apuração. (...)

Que Antônio Olívio era, à época, escriturário da CEF, atuando no setor de FGTS, não sabendo informar, porém, quais as funções pelo mesmo exercidas na empresa; que é comum os empregados da CEF solicitarem aos caixas executivos que efetuem depósitos em seu favor; que recorda que Antônio Olívio fazia esse tipo de solicitação sempre após o expediente; (...).”

Carlos Mallet de Sá Revoredo (fls. 847):

“Que, na época dos fatos narrados na denúncia, exercia a função de caixa executivo; que, nessa condição, chegou a receber, para depósitos, das mãos de Antônio Olívio, cheques nominais à CEF, porém endossados no verso, constando número de conta de correntista da própria CEF, na qual os referidos cheques deveriam ser depositados; que recorda, dentre tais cheques, ter verificado alguns da empresa Natal Service; (...)

Que, dos acusados, conhece apenas o réu Antônio Olívio, de quem geralmente recebia, no final do expediente, a guia de depósito já preparada, com o cheque nominal à CEF, contendo o número da conta no verso, com a solicitação de que fosse feito o depósito; que, da forma como a documentação era entregue, o depoente não tinha como desconfiar de quaisquer irregularidades;”

Das testemunhas de defesa:

Luiz Katuyo Uchida (fls. 882):

“(…) Que era comum que o réu Antônio Olívio solicitasse do depoente e demais colegas fossem efetuados pagamentos de tributos e outras operações de terceiras pessoas; (…)

Que chegou a ser indiciado pela CEF, por conta dos mesmos fatos narrados na denúncia. (…)

Que acredita que o réu Antônio Olívio tinha amizade com os demais acusados; (…)”.

Maurício Lucena de Freitas (fls. 884):

“(…) Que ouviu falar, após a ocorrência das denúncias inicialmente apuradas pela CEF, que existiria algum tipo de relacionamento comercial, que não sabe precisar qual seria, entre o acusado Antônio Olívio e os demais réus, não sabendo, porém, se existia algum tipo de amizade entre os mesmos; (…)”

Como se vê, todos os depoimentos são uníssonos em apontar a atuação decisiva do apelante na perpetração do crime.

Não menos infeliz é a apelação do réu Aécio Santos Montenegro, que nega a existência do crime de peculato e a incidência da continuidade delitiva.

Segundo o apelante, não existe o crime de peculato porque os cheques não pertenciam ao Poder Público, e sim a particulares, especificamente à Herbus Confecções Ltda. e à Natal Service.

Na realidade houve concurso subjetivo entre o apelante e o co-apelante Antônio Olívio de Almeida, que, nos termos do art. 327, § 1º, do Código Penal, equipara-se a funcionário público para os efeitos penais, sendo certo nos autos que o apelante tinha ciência da condição funcional do referido co-réu, comunicando-se entre ambos, ou transmitindo-se deste àquele, pois a reconhecida condição pessoal constitui elemento do crime de peculato que se espalha aos co-autores do crime.

Foi o apelante quem emprestou o seu nome e sua conta bancária para possibilitar o peculato.

Também não prospera a alegação de não incidência da continuidade delitiva. Além das condições de execução, lugar, etc., o

exame das datas de alguns dos depósitos indevidos revela, em sua maioria, regularidade nas ações delituosas, sempre dentro de prazos de trinta dias, o que reforça a presença da continuidade delitiva sob o aspecto temporal, *verbi gratia*:

Fls.	Data depósito	Valor R\$
124	10/07/1995	6.737,25
122	10/08/1995	10.679,87
123	15/08/1995	4.004,93
126	10/10/1995	8.990,25
127	10/11/1995	10.044,88

De resto, as verbas representadas por cheques nominais emitidos por particulares à CEF e à Receita Federal foram desviadas já em poder da CEF, causando prejuízo às entidades públicas credoras, que se afiguram obviamente como vítimas da ação criminosa, com a qual nada têm a ver as empresas particulares pagadoras.

Por fim, em relação à apelação de Dário Alves de Miranda, observa-se que as razões recursais estão dissociadas da imputação da sentença. Esta o condena no crime de apropriação indébita (art. 168, *c/c* 29 e 71 do CP), porém a defesa se reporta ao crime de estelionato, o qual foi desclassificado pelo MM. Juiz sentenciante, aplicando o art. 383 do CPP (*emendatio libelli*), não devendo, nesta parte, ser conhecida. Com relação ao não auferimento de vantagem, as próprias declarações do réu depõem contra si, quando se engaja na participação com a promessa de receber parte dos rendimentos financeiros da empreitada criminosa. Vale salientar que, apesar de alegar que não recebeu nenhuma vantagem pecuniária, agiu conscientemente na esperança de obtê-la (fls. 752).

Do exposto, nego provimento às apelações interpostas por Antônio Olívio de Almeida e de Aécio Santos Montenegro e, só em

parte, conheço da apelação de Dário Alves de Miranda para, outrossim, negar-lhe provimento.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 4.045-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: CIBELE GONÇALVES MONTEIRO SILVA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Advs./Procs.: DRS. DAVID FARIAS DINIZ SOUSA (APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. RETROATIVIDADE PENAL. APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO. LEI POSTERIOR MAIS BENIGNA. DIFICULDADES FINANCEIRAS NÃO COMPROVADAS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUCTA DIVERSA NÃO VERIFICADA. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO.

- Em se tratando de ausência de repasse de contribuições descontadas de empregados, aplica-se o disposto no artigo 168-A do Código Penal a fatos ocorridos antes de sua edição, posto que a lei nova é mais benéfica para o agente do que a lei antiga.

- A inexigibilidade de conduta diversa capaz de excluir a culpabilidade do agente, consubstanciada na impossibilidade de recolher aos cofres da Previdência Social os valores recolhidos dos salários dos empregados, não pode ser apenas alegada, necessário se faz produzir prova do que se afirma, já que a autoria e materialidade criminosa restaram indubitáveis.

- Tratando-se de crime omissivo próprio, o dolo é genérico, caracterizando-se a omissão como ilícito penal e não civil.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar 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, 2 de maio de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuidam os autos de recurso de apelação interposto por Cibele Gonçalves Monteiro Silva, irressignada com a sentença da lavra do Dr. Rudival Gama do Nascimento, MM. Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária de Paraíba que, entendendo provadas a materialidade e autoria do crime de apropriação indébita previdenciária, condenou-a a dois anos de reclusão e multa, substituindo, ao final, a pena de reclusão por prestação de serviços à comunidade e multa.

Sustenta a apelante, em síntese, que a sentença deve ser reformada porque nem todo o período de ausência de recolhimento previdenciário ocorreu quando em vigor o artigo 168-A do Código Penal, não podendo haver condenação baseada em lei posterior ao fato. Afirma ainda que não houve repasse à previdência por dificuldades financeiras intransponíveis vivenciadas por sua empresa, não existindo dolo em sua conduta, pugnando por sua absolvição.

Nas contra-razões ao recurso interposto, o Ministério Público Federal afirma que a sentença não merece reprimenda, já que se aplicou a Lei nº 9.983/2000 por ser lei penal mais benéfica ao réu. Quanto às dificuldades financeiras alegadas, afirma o Ministério Público Federal que, ao contrário do afirmado, as provas indicam que a empresa da ré tinha disponibilidade para saldar os seus com-

promissos tributários, não podendo ser acolhida a tese de inexigibilidade de conduta diversa, estando o ilícito caracterizado com seus elementos objetivo e subjetivo.

Em parecer da lavra do Dr. Ivaldo Olímpio de Lima, a douta Procuradoria Regional da República opinou pelo improvimento da apelação, com a manutenção da sentença em todos os seus termos.

É o relatório.

À revisão regimental.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

A materialidade e a autoria do ilícito estão provadas. A fiscalização constatou que houve o recolhimento de contribuições dos empregados sem ter havido o respectivo repasse à previdência social, fato esse admitido até pela própria apelante.

A apelante sustenta que não pode ser punida com base no artigo 168-A do Código Penal, já que os fatos pelos quais responde ocorreram antes de sua vigência. No entanto, o fato anteriormente considerado como criminoso era “deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público”. O fato típico disposto na Lei 9.983/2000, que acresceu o artigo 168-A ao Código Penal, é “deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional”.

Nota-se que o fato de não recolher aos cofres da previdência pública valores arrecadados dos segurados, continua sendo fato típico, havendo a revogação da lei anterior sem descriminalização do fato típico nela descrito.

Também assim já se pronunciou o egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme ementas transcritas a seguir.

“PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA A SEGURIDADE SOCIAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NÃO RECOLHI-

MENTO. ART. 95 DA LEI Nº 8.212/91. REVOGAÇÃO PELA LEI Nº 9.983/00. *ABOLITIO CRIMINIS*. NÃO OCORRÊNCIA.

- Inocorrência da alegada *abolitio criminis*, uma vez que a *novatio legis* (art. 168-A, § 1º, do Código Penal, acrescentado pela Lei nº 9.983/00), conquanto tenha revogado o disposto no art. 95 da Lei nº 8.212/91, manteve a figura típica anterior pela qual o paciente restou condenado, não afastando a ilicitude da conduta praticada.

- *Writ* denegado”. (HC 16.390 SP; Decisão unânime de 02/08/2001; Relator: Ministro Felix Fischer)

“PROCESSUAL PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ART. 95 DA LEI Nº 8.212/91. JUSTA CAUSA. AFERIÇÃO. COMPLEXIDADE. *HABEAS CORPUS*. VIA INADEQUADA. LEI Nº 9.249/95 E LEI Nº 9.983/00. NÃO INCIDÊNCIA.

1 - Somente se viabiliza o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, em sede de *habeas corpus*, quando exsurge, de pronto, a inexistência do dolo. Havendo dúvidas sobre o montante do débito e sobre o momento em que a paciente dele houver tomado ciência, se antes ou depois do recebimento da denúncia, o intento se mostra descabido, ficando afastada, em consequência, a aplicação da Lei nº 9.249/95, em virtude do não preenchimento dos seus requisitos.

2 - A Lei nº 9.983/00, a par de não ter operado *abolitio criminis*, é aplicável mercê de requisitos (data e montante do pagamento), não aferíveis na augusta via eleita.

3 - Ordem denegada”. (HC 15.957 DF; Decisão unânime de 27/11/2001; Relator: Ministro Fernando Gonçalves)

Assim, o fato típico descrito no artigo 95, *d*, da Lei 8.212/1991, continuou sendo considerado como ilícito, conforme disposto na Lei 9.983/2000, não se vislumbrando a aplicação do disposto no

artigo 107, III, da Lei Substantiva Penal, ou mesmo a aplicação da Lei nº 8.137/90 ou da Lei nº 7.492/86.

Também não milita em favor da apelante a tese de inexistência de dolo específico, já que o crime tipificado no artigo 168-A do Código Penal é omissivo próprio, conforme pacificado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça. Leia-se:

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 366 DO CPP. DELITO PRATICADO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI 9.271/96. FALTA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCONTADAS DE EMPREGADOS. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. CRIME OMISSIVO PRÓPRIO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO. ENTENDIMENTO PACIFICADO NA 3ª SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça proclama que o disposto no artigo 366 do Código de Processo Penal, com a redação da Lei nº 9.271/96, não se aplica aos crimes ocorridos antes de sua vigência.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp nº 331.982/CE, pacificou entendimento de que o crime de apropriação indébita previdenciária caracteriza-se pela simples conduta de deixar de recolher as contribuições descontadas dos empregados, sendo desnecessário o *animus rem sibi habendi* para a sua configuração.

3. Trata-se, pois, de crime omissivo próprio ou puro, que se aperfeiçoa independentemente do fato de o agente (empregador) vir a se beneficiar com os valores arrecadados de seus empregados e não repassados à Previdência Social.

4. A exigência do dolo específico tornaria praticamente impossível atingir o objetivo do legislador ao editar a norma contida no art. 168-A do Código Penal, que é o de proteger o patrimônio público e os segurados da Previdência Social.

5. Recurso especial desprovido.”

(REsp 448.629/PR; Relator: Ministro Paulo Gallotti;
Órgão Julgador: Sexta Turma; Data do Julgamento:
27/04/2004; Data da Publicação/Fonte: *DJ* 16.05.
2005 p. 428)

A instrução processual demonstrou de forma inconteste que a empresa da apelante não recolheu aos cofres da Previdência Social os valores descontados de seus empregados. Restou à defesa alegar que houve causa excludente de culpabilidade, qual seja, a inexistência de conduta diversa, pelo enfrentamento de dificuldades financeiras. Essa linha de defesa, apesar de aceita pela jurisprudência, necessita consignar aos autos provas dessas dificuldades, não se admitindo apenas a alegação do réu nesse sentido. Esse é o entendimento desta Corte. Leia-se:

“PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 168-A DO CPB (ACRESCENTADO AO CÓDIGO PENAL PELA LEI Nº 9.983/2000 QUE REVOGOU O ANTIGO ART. 95, ALÍNEA D, DA LEI Nº 8.212/91). *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. CRIME OMISSIVO PRÓPRIO. DOLO GENÉRICO. DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO CABAL PELA DEFESA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DO DÉBITO FISCAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO. PENA MÍNIMA. PRIMARIEDADE E AUSÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITO. ARTIGOS 43, 44, 46, § 4º E 55 DO CPB COM A NOVA REDAÇÃO QUE LHEIS FORAM DADA PELA LEI Nº 9.714/98. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA MONOCRÁTICA.

1 - O crime de apropriação indébita previdenciária, atualmente consignado no artigo 168-A do CPB, acrescido ao Código Penal com o advento da Lei nº 9.983/2000, que tão-somente alterou o *nomem iuris*

do delito já descrito na lei anterior – artigo 95, *d*, da Lei 8.212/91, não ensejou a ocorrência da *abolitio criminis*. A conduta criminosa descrita no art. 168-A do CP perfaz-se com o não recolhimento, na época própria, de contribuição ou outra importância destinada à Previdência Social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros, ou arrecadada do público.

2 - Por ser uma Lei que estabelece menor *quantum* para a sanção jurídica *in abstracto*, há de ser o acusado julgado como incurso nas penas do artigo 168-A do CP, sendo esta a classificação jurídica dos fatos descritos na denúncia – hipótese de lei que retroage para beneficiar o réu – *novatio legis in mellius*.

3 - No crime de apropriação indébita, a natureza é um crime de ação; no crime de que cuida o atual artigo 168-A (apropriação indébita previdenciária), uma ação não comissiva, uma ação omissiva – deixar.

4 - Suficientemente comprovadas a autoria e a materialidade delituosas, e inadmitida a mera alegação de crise financeira generalizada, desacompanhada de qualquer prova ligada ao caso concreto, impõe-se a reforma do decreto absolutório, no sentido de serem os réus condenados pela prática do crime de apropriação indébita previdenciária – artigo 168-A CPB, à pena mínima – 02 anos de reclusão, atendendo à primariedade e ausência de maus antecedentes.

5 - Reconhecendo que o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; não sendo os acusados reincidentes em crime doloso; indicando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e as personalidades dos condenados, bem como os motivos e as circunstâncias como suficientes à substituição da pena privativa de liberdade, ora aplicada no mínimo legal – 02 anos de reclusão, pela restritiva de direito – modalidade prestação de serviço à comunidade (arts. 43 e 44 do CP, com a nova redação que lhes foram dada pela Lei nº 9.714/98).

6 - Apelação do réu improvida.”

(ACR - Apelação Criminal nº 4175/PE; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator: Desembargador Federal Napoleão Maia Filho; Relator p/ Acórdão: Desembargador Federal Petrucio Ferreira; Data de Julgamento: 14/06/2005; Publicações: Fonte: Diário da Justiça - Data: 05/08/2005 - Página: 749 - nº: 150 - Ano: 2005)

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. DELITO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CP. CONDENAÇÃO DA RÉ EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO CRIMINAL. AVENTADAS DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA, NO AFÃ DE SE AFASTAR A ILICITUDE DA CONDUTA PRATICADA PELA AGENTE. JURISPRUDÊNCIA ASSENTE DO COLENDO STJ NO SENTIDO DA CONSUMAÇÃO DO DELITO COM A SIMPLES OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. APELO DA RÉ CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A apelante restou condenada pelo Juízo de primeiro grau pela prática da conduta tipificada no art. 168-A, *caput*, c/c o art. 71, *caput* (quarenta e sete vezes), ambos do Código Penal brasileiro, sob o argumento de haver, na qualidade de responsável legal pela empresa TRANSCÉLOS TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS LTDA., deixado de recolher aos cofres públicos os valores das contribuições previdenciárias descontadas das verbas laborais dos empregados da empresa, nas competências de setembro de 1994 a junho de 1996.

2. Nas razões de seu apelo, a recorrente, para justificar a inexigibilidade de conduta diversa, argumentou que a empresa que geria atravessava sérias dificuldades financeiras (estado de necessidade), bem como que a responsabilidade pelas diferenças de valores a menor encontradas deveriam ser imputa-

das a terceiros, responsáveis pela contabilidade da sociedade. A Turma rejeitou tais alegativas, pois não se verificou nos autos qualquer demonstração incontestável de que a empresa se encontrava impossibilitada de proceder ao recolhimento das contribuições previdenciárias, descontadas de seus empregados em favor dos cofres do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, não se logrando êxito em se comprovar a ocorrência de inexigibilidade de conduta diversa por parte da ré.

3. A jurisprudência dominante do colendo STJ orienta-se no sentido de que o dolo, no crime de omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias, é a vontade livre e consciente de não recolher aos cofres públicos as importâncias devidas, sendo desnecessário que se comprove especial fim de agir (dolo específico), ou seja, que haja a intenção de se apropriar dos valores arrecadados e não recolhidos aos cofres da Previdência Social (*animus rem sibi habendi*).

4. Apelação criminal interposta pela ré conhecida, mas improvida. Sentença *a quo* mantida incólume.” (ACR - Apelação Criminal nº 3.589/PE; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator: Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante; Data de Julgamento: 02/12/2004; Publicações: Fonte: Diário da Justiça - Data: 18/01/2005 - Página: 384 - nº: 12 - Ano: 2005)

No caso que se cuida, não só não se demonstrou a existência de excludente de culpabilidade como se evidenciou situação inversa, ou seja, tinha a empresa disponibilidade de numerário para saldar seus compromissos tributários em dia.

Por todas essas razões, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 4.230-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: LUIZ ANSELMO RIBEIRO OLIVEIRA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Advs./Procs.: DRS. CLÁUDIA MAELI DINIZ JORGE ANDRADE E OUTRO (APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO-FURTO. DOLO ESPECÍFICO. SUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. DOSIMETRIA DA PENA. PERDIMENTO DO CARGO PÚBLICO.

- O elemento subjetivo do tipo de peculato-furto foi devidamente esquadrihado na sentença vergastada quando do exame da materialidade, ocasião na qual se perquiriu o verdadeiro desígnio do recorrente. Os fatos narrados na denúncia foram confirmados no curso da instrução processual.

- O apelante, valendo-se da facilidade que lhe proporcionava o cargo de Coordenador de Pessoal da Escola Agrotécnica Federal Dom Avelar Brandão Vilela, situada no Município de Petrolina-PE, efetivamente subtraiu para proveito próprio valores advindos de pensão por morte, em detrimento dos filhos menores do de cujus.

- A caracterização do arrependimento posterior reclama a presença de dois requisitos inexoráveis: o primeiro, de natureza objetiva, qual seja, a restituição da coisa ou reparação do dano até o recebimento da denúncia; o segundo, de natureza subjetiva, isto é, que a restituição ou reparação se dê por ato voluntário do agente.

- É certo que o numerário subtraído foi ressarcido a quem de direito anteriormente ao recebimento da denúncia, visto que a restituição se deu

aos 26/11/1998 e a denúncia só foi recebida em 11/12/2000. Não obstante, a restituição não pode ser considerada ato voluntário, porquanto somente aconteceu após proposta ação de cobrança, isto aos 27/08/1998. Conseqüentemente, a espécie não configura arrependimento posterior, não lhe sendo aplicável a redução da pena prevista no art. 16 do Código Penal.

- Necessidade de reforma no tocante à dosimetria da pena. Nas hipóteses em que uma circunstância judicial constitui uma agravante, é defeso considerá-la também no momento da aplicação do art. 59 do CP, sob pena de bis in idem. Precedente do STJ (REsp 702844/RS, Relator o e. Ministro Gilson Dipp, decisão unânime da Quinta Turma em 19/05/2005, publicada no DJ de 13/06/2005, pág. 341).

- Por força do art. 92, inciso I, alínea a, do Código Penal, constitui efeito da condenação a perda do cargo público ocupado pelo condenado a pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 01 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, vencido o Relator.

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar parcial provimento à apelação, reduzindo a pena restritiva de liberdade para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses, nos termos do voto do Relator, vencido o Desembargador Federal Cesar Carvalho (convocado). Prosseguindo com o julgamento, a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, decretou a perda do cargo público do apelante, vencido o Relator. Tudo consoante o relatório, os votos e as notas taquigráficas que integram o presente julgado.

Recife, 25 de maio de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Luiz Anselmo Ribeiro Oliveira, qualificado nos autos, desafia apelação criminal em contrariedade à sentença da lavra do MM. Juiz Federal Gustavo Pontes Mazzocchi, e Magistrado Substituto da 17ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, exarada nos autos da Ação Criminal nº 2000.83.08.001374-0.

O veredicto julgou procedente a pretensão deduzida na Denúncia, para condená-lo à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, bem assim ao pagamento de 12 dias-multa, cada dia-multa no valor de 1/3 do salário mínimo vigente ao tempo do fato, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, pela prática da conduta típica denominada peculato-furto, prevista no art. 312, § 1º, c/c o art. 61, inciso II, *h*, todos do Código Penal, por ser o réu servidor público federal.

Uma vez presentes os pressupostos inexoráveis, foi determinada a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito (CP, art. 44), consubstanciadas em prestação de serviços à comunidade e pagamento de pecúnia à Creche Dona Duzinha, no valor de 10 (dez) salários mínimos. Como efeito da condenação (CP, art. 92, I, *a*), ordenou o Julgador, outrossim, a perda do cargo público de Técnico Judiciário lotado no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, porquanto condenado a pena privativa de liberdade superior a 1 (um) ano e a incursão ser em crime contra a Administração Pública.

Conforme narra a denúncia, o fato que deu ensejo à condenação pode ser assim resumido:

I - O ora apelante, quando investido no cargo de Coordenador de Pessoal da Escola Agrotécnica Federal Dom Avelar Brandão Vilela, situada no Município de Petrolina-PE, recebeu pedido feito pelo Sr. José Coelho Reis no sentido de perceber pensão por morte derivada do falecimento de sua filha, Stella Maris Coelho Reis, visto ser também tutor dos três filhos menores desta, Ana Charlot-

te Reis, Marcus Vinícius Reis e Sara Raquel Reis;

II - O falecimento da indigitada servidora ocorreu aos 07/03/1996, todavia, o creditamento somente passou a ser efetivado na conta do Sr. José Coelho dos Reis a partir do mês de abril de 1997. O apelante, por seu turno, informou que o pagamento dos valores retroativos, ou seja, de março/1996 a março/1997, seria pago no exercício financeiro seguinte, portanto, somente em 1998;

III - Na véspera do pagamento dos valores retroativos, o apelante forneceu ao SIAPE – Sistema Integrado de Recursos Humanos o número de sua própria conta-corrente, para que fossem nela depositados os vertentes valores retroativos, conquanto constasse como favorecido o Sr. José Coelho Reis;

IV - O recorrente subtraiu para proveito próprio a referida quantia, no montante de R\$ 4.104,01 (quatro mil, cento e quatro reais e um centavo), após o que, aproveitando-se da condição de semi-analfabeto do Sr. José Coelho Reis, o fez subscrever declaração de quitação dos valores, informando ao tutor dos menores efetivamente titulares do benefício que o documento era apenas uma “solicitação de pagamento dos valores retroativos” (fl. 04);

V - O apelante somente repassou o numerário subtraído no mês de outubro/1998 e após o ajuizamento de ação ordinária de Cobrança no juízo da 8ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, razão pela qual foi descoberta a conduta típica ora descrita.

Em suas razões (fls. 488/516), o apelante aduz, inicialmente, a atipicidade da conduta frente ao que dispõe o art. 312, § 1º, do CP, asseverando que a figura do peculato-furto exige, além do dolo genérico, o elemento subjetivo do agir em “proveito próprio ou alheio” (fl. 489). Nega, nesse diapasão, reste configurada a presença do dolo específico, requisito inexorável para a existência do crime.

Refuta, outrossim, a ocorrência de prejuízo ao erário, afirmando que a carência deste pressuposto novamente tornaria a conduta atípica.

Alega a carência de provas suficientes para a condenação, sustentando que o Sr. José Coelho dos Reis efetivamente recebeu os valores relativos à pensão a que faziam jus seus tutelados.

Assevera ter agido unicamente visando a salvaguardar a percepção do indigitado benefício pelo Sr. José Coelho Reis. Justifica, assim, que informou o número de sua conta-corrente pessoal apenas com o objetivo de agilizar o processo, impedindo destarte que os valores fossem bloqueados em virtude de recadastramento procedido à época pelo SIAPE, mas sempre teve o propósito de repassar o numerário a quem de direito. Confessa, inclusive, já haver procedido da mesma forma com o Professor Marivaldo Pereira Conceição, conforme depoimento prestado pelo próprio docente, cujos termos descansam às fls. 239/241.

Consigna haver estranhado o fato de que o Sr. José Coelho do Reis tenha passado 5 (cinco) meses sem comparecer àquela escola para cobrar seu dinheiro, fazendo-o de logo mediante ação de cobrança. Nesse passo, atribui o cerne de todo o problema à pouca instrução do indigitado credor e tutor legal de seus netos/beneficiários, até porque suas idas àquela instituição de ensino seriam cercadas de contradições (fl. 499).

Afirma, outrossim, que o tutor dos menores beneficiários recebeu duas vezes pela quantia pleiteada. O primeiro pagamento realizado por meio de cheque, declaração quitatória às fls. 39 e ao início da ação de cobrança (fl. 500).

Pugna seja reconhecido eficaz o arrependimento posterior (CP, art. 16), porquanto o dano fora ressarcido anteriormente ao recebimento da denúncia, o que acarretaria, inexoravelmente, a extinção da punibilidade pela prescrição. Requer, ademais, declare-se consumada a prescrição também em decorrência do montante da pena-base, fixada em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses.

Aduz que a decisão objurgada não apresentou motivação para cominar a pena de perdimento do cargo publico (CP, art. 92, I, a), ofendendo dessa forma o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Sustenta, ademais, ser injustificada a perda do cargo que atualmente ocupa, o de Técnico Judiciário do TRT-5ª Região, haja vista que a investidura se deu posteriormente à época dos fatos ora questionados em juízo, quando era Coordenador de Pessoal da Escola Agrotécnica Federal Dom Avelar Brandão Vilela. Inexistiria, pois, a seu sentir, correlação entre o atual cargo ocupado e o suposto crime.

Verbera a dosimetria da pena nos moldes em que realizada, espancando a eleição dos critérios que justificaram a fixação da pena-base (CP, art. 59) em cotejo com a incidência da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea *h*, do CP, equívocos que, a seu sentir, culminariam em *bis in idem*, já que considerada a mesma circunstância duas vezes.

Clama, alfim, por sua absolvição, com supedâneo no art. 386, incisos I e V, do Código de Processo Penal.

O MD. Representante do Ministério Público apresentou contra-razões (fls. 525/535).

Nesta instância revisora, foram os autos ao *Parquet* Regional, que opinou pelo desprovimento do recurso, em conformidade com o sumário infratranscrito (fls. 541 e 541-v):

“PENAL. PECULATO. APROPRIAÇÃO DE PENSÃO DE SERVIDORA FALECIDA. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE PROVA DO CRIME. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ARREPENDIMENTO POSTERIOR E PRESCRIÇÃO RETROATIVA. IMPROCEDÊNCIA. PERDA DE CARGO PÚBLICO. DOSIMETRIA DA PENA.

Os autos contêm elementos suficientes para demonstrar a materialidade e a autoria do delito. Réu que, coordenador de pessoal de autarquia federal, desvia para sua própria conta corrente o valor de pensão de servidora. Conduta que denota, em si mesma, a vontade livre e consciente de apropriar-se dos valores pertencentes aos pensionistas.

O peculato é crime que macula o nome da Administração Pública. A restituição da coisa desviada contra a fidelidade devida pelo servidor não elide o dano causado pela ação. Se o valor é devolvido apenas depois do ajuizamento de ação de cobrança, por parte das vítimas, não se configura o arrependimento posterior do agente, de modo que a reprimenda não deve sofrer diminuição e se afasta a incidência da prescrição retroativa.

A perda de cargo, função pública ou mandato eletivo

é efeito administrativo da sentença criminal, aplicável, fundamentadamente, em todos os casos nos quais haja condenação a privação de liberdade igual ou superior a um ano e o delito tenha sido cometido com violação de dever para com a Administração Pública. A fundamentação para esse efeito da pena pode decorrer do próprio conjunto da sentença. A lei penal confere grande margem de discricionariedade ao juiz, na estipulação da pena. Se a sentença aponta os critérios e razões que adotou como fundamento para fixar a pena acima do mínimo legal, deve prevalecer a reprimenda. Parecer pelo improvimento da apelação.”

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Versam os autos sobre apelação criminal interposta por Luiz Anselmo Ribeiro Oliveira, servidor público federal, em contrariedade à sentença que lhe condenou à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 12 dias-multa, cada dia-multa no valor de 1/3 do salário mínimo vigente ao tempo do fato, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, pela prática da conduta típica denominada peculato-furto, prevista no art. 312, § 1º, c/c o art. 61, inciso II, *h*, todos do Código Penal.

Insurge-se o recorrente ainda contra a cominação acessória da perda do cargo público de Técnico Judiciário lotado no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, porquanto condenado a pena privativa de liberdade superior a 1 (um) ano e a incursão ser em crime contra a Administração Pública (CP, art. 92, I, *a*).

Cuida-se de apelo fundado nos seguintes argumentos:

I) atipicidade da conduta frente ao que dispõe o art. 312, § 1º, do CP, asseverando o recorrente que a figura do peculato-furto exige, além do dolo genérico, o elemento subjetivo do agir em “proveito próprio ou alheio” (fl. 489). Nega, portanto, a presença do dolo específico, a par da inexistência de prejuízo ao erário;

II) carência de provas suficientes para a condenação, porquanto o Sr. José Coelho dos Reis efetivamente recebeu os valores relativos à pensão a que faziam jus seus tutelados;

III) aplicação do disposto no art. 16 do Código Penal, de modo a reconhecer a eficácia do arrependimento posterior, com a conseqüente diminuição da pena nos parâmetros legais;

IV) equivocada dosimetria da pena, impugnando a eleição dos critérios que justificaram a fixação da pena-base (CP, art. 59) em cotejo com a incidência da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea *h*, do CP, equívocos que, a seu sentir, culminariam em *bis in idem*, já que considerada a mesma circunstância duas vezes.

V) inexistência de motivação no que pertine à aplicação da pena de perdimento do cargo publico (CP, art. 92, I, *a*), restando ofendido, dessa forma, o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Procedo doravante ao exame do mérito da inconformidade.

I - Da presença do dolo específico e da suficiência das provas para a condenação

De início, não procede a irresignação ao pretender rechaçar a presença do dolo específico. Ao revés, a conduta do apelante enquadra-se perfeitamente no molde legal previsto no Código Penal, em seu art. 312, § 1º.

O elemento subjetivo do tipo de peculato-furto foi devidamente esquadrihado na sentença vergastada quando do exame da materialidade, ocasião na qual se perquiriu o verdadeiro desígnio do recorrente.

Com efeito, os fatos narrados na denúncia foram confirmados no curso da instrução processual, restando por tudo assente o *animus* do apelante em querer subtrair, para proveito próprio, valores advindos da pensão por morte deixada por Stella Maris Coelho Reis em favor de seus filhos menores, Ana Charlotte Reis, Marcus Vinícius Reis e Sara Raquel Reis, sempre se valendo da facilidade que lhe proporcionava o cargo de Coordenador de Pessoal da Escola Agrotécnica Federal Dom Avelar Brandão Vilela, situada no Município de Petrolina-PE.

O apelante, efetivamente, sob o pretexto de agilizar a percepção do indigitado benefício, forneceu ao SIAPE o número de sua própria conta-corrente¹, onde, conforme as planilhas acostadas às fls. 15/17, foram depositados, na data de 03/03/1998, R\$ 4.104,01 (quatro mil, cento e quatro reais e um centavo), a título de pagamento retroativo da vertente pensão, cujo evento morte remonta a 07 de março de 1996.

Empós, aproveitando-se da condição de semi-analfabeto do Sr. José Coelho Reis, o fez subscrever declaração de quitação dos valores percebidos indevidamente (cf. doc. de fl. 67), informando ao tutor dos menores efetivamente titulares do benefício que o aludido documento era apenas uma “solicitação de pagamento dos valores retroativos” (fl. 04).

Consta dos autos, ademais, que o Sr. José Coelho Reis, por diversas vezes, procurou o ora recorrente no intuito de receber o numerário devido a seus netos. Não obstante, como todas as tentativas restaram inexitosas, viu-se obrigado a ingressar com ação de cobrança, oportunidade em que a conduta antijurídica do vindicante foi descoberta.

Colho da r. sentença objurgada os seguintes excertos (fls. 469/470), cujo teor evidenciam a intenção dolosa do apelante:

“(…) A materialidade delitiva vem positivada pela apresentação de fl. 09, planilha de fl. 16, constando a conta do requerido como sendo a de depósito, recibos de fls. 40/41, petição de fls. 40/46, declaração de fl. 67, bem como por documentos e depoimentos produzidos tanto na fase inquisitorial, quanto em juízo, sob o crivo do contraditório. (...)”

(…) Bruno Guivares Filho, testemunha (fls. 155/156), por sua vez, expôs que, quando a Escola Agrotécnica fora citada para ação de cobrança, constatou que os valores já haviam sido pagos. Após análise de documentos, apurou-se que a conta indicada para

¹ Banco do Brasil, agência 2830-4, conta-corrente nº 16.425-9, Curaçá/BA.

crédito era idêntica à do réu, então servidor daquela autarquia. Explicou que o coordenador de pessoal, cargo ocupado pelo denunciado, possui senha que possibilita alimentação do sistema e que permite, inclusive, alteração da conta de destino de valores. José Coelho dos Reis (fls. 157/158) informou ter procurado o réu, por mais de uma ocasião, a fim de receber as quantias esperadas. Explicou que o acusado lhe disse que receberia apenas os valores inerentes ao ano de 1997, e que os referentes a 1996 seriam disponibilizados no fim daquele mesmo ano. Inteirou que apenas em julho de 1998, e após o ingresso da ação de cobrança, é que foi procurado pelo cunhado do acusado a fim de que este efetuasse, em nome dele, o pagamento. Comunicou que em uma das oportunidades em que esteve com o réu, este lhe disse que haveria de assinar alguns documentos, dentre os quais, acredita, o recibo de quitação. Confirma que não recebeu, na oportunidade em que assinou os papéis, importância alguma, e tanto é que ingressou com ação judicial. Explicou que além de ler pouco, naquela oportunidade havia esquecido de levar os óculos. Disse nada se recordar do cadastramento junto ao Banco do Brasil. Afirmou que, quisesse, o réu bem poderia tê-lo localizado, e que chegou a ser procurado pelo cunhado do acusado, a fim de que desistisse do processo de cobrança.”

Registre-se que os valores depositados na conta de Luiz Anselmo Ribeiro Oliveira ficaram à disposição desde a data de 03/03/1998, mas somente foram repassados ao Sr. José Coelho Reis após o ajuizamento da ação de cobrança, o que torna estreme de dúvidas a materialidade e o desígnio criminoso, não havendo se falar em ausência do dolo específico.

O Ministério Público Federal, por seu turno, fez questão de mencionar este fato no seu parecer (fls. 542/542-v), onde se lê as palavras abaixo transcritas:

“(...) Contrariando o que alega o apelante, porém, há nos autos robustas provas da materialidade do delito e da sua dimensão subjetiva. O memorando de fl. 5 (apenso 1) revela que o apelante depositou em sua conta corrente nº 16.425-9, agência nº 2830-4, em Curaçá/BA, os valores destinados aos beneficiários da servidora falecida, os quais deveriam ser depositados na conta corrente nº 33.305-0, agência nº 0963-6, Petrolina/PE, também do Banco do Brasil S.A., do titular José Coelho dos Reis, pai da extinta. Tal fato comprova-se pelo documento ‘resumo de crédito bancário dos beneficiários de pensão’, na fl. 11 do apenso 1.

Além do mais, o fato está indissociavelmente ligado à circunstância de o agente aproveitar-se da condição de servidor público, que, valendo-se do exercício de suas funções, subtraiu dinheiro alheio e o depositou em sua conta bancária particular. A conduta por si só é plenamente capaz de configurar a ação delituosa e com inspiração absoluta, clara e inequivocamente dolosa, sobretudo se se levar em conta que a restituição do valor indevidamente subtraído pelo apelante apenas se deu quando os prejudicados ajuizaram ação de cobrança em desfavor da autarquia educacional. Observe-se, ainda, que essa ação foi ajuizada em 27/08/1998 (cópia nas fls. 43-46, vol. 1), e o numerário ilegalmente apropriado apenas foi devolvido em 26/11/1998, consoante o recibo de fl. 41 (vol. 1).

O valor de que o apelante se apropriou permaneceu em seu poder desde o dia 3/3/1998 (fl. 11, apenso 1), e apenas foi restituído a seus legítimos proprietários após o ajuizamento da ação de cobrança, mais de oito meses após a apropriação, o que tranqüilamente demonstra a intenção do agente em não restituí-lo. Por conseguinte, afigura-se totalmente insubsistente a argumentação do apelante de que pretende auxiliar os beneficiários da pensão, envidando esforços para que o depósito da quantia a eles

devida fosse depositada em sua própria conta bancária, por possuir prévio conhecimento de que o Sistema Integrado de Recursos Humanos (SIAPE) bloquearia a transferência dos recursos para a conta corrente de José Coelho dos Reis, pai da finada. Acrescente-se, ainda, contra esse argumento, o teor do ofício de fl. 311 (vol. 2), de 29/9/2003, expedido pelo Coordenador-Geral de Administração de Sistemas de Informações de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o qual assegura que o pagamento da pensão dos beneficiários da ex-servidora em nenhum momento sofreu suspensão ou bloqueio algum.”

Conseqüentemente, a sentença objurgada não merece reforma no que pertine ao exame da conduta do apelante, tampouco por insuficiência de força do conjunto probatório, razão pela qual afasto tais argumentos.

II - Do arrependimento posterior

Igualmente não deve prosperar o apelo no concernente ao alegado arrependimento posterior, o qual é previsto no Código Penal em seu artigo 16, assim redigido:

“Arrependimento posterior

Art. 16. Nos crimes cometidos sem violação ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.”

Conforme é possível inferir da mera exegese gramatical do dispositivo em comento, a caracterização do arrependimento posterior reclama a presença de dois requisitos inexoráveis: o primeiro, de natureza objetiva, qual seja, a restituição da coisa ou reparação do dano até o recebimento da denúncia; o segundo, de natureza subjetiva, isto é, que a restituição ou reparação se dê por ato voluntário do agente.

No caso em apreço, é certo que o numerário subtraído foi resarcido a quem de direito anteriormente ao recebimento da denún-

cia, visto que a restituição se deu aos 26/11/1998 (fl. 41) e a denúncia só foi recebida em 11/12/2000 (fl. 108). Não obstante, a restituição não pode ser considerada como ato voluntário, porquanto somente aconteceu após proposta ação de cobrança, isto aos 27/08/1998.

A jurisprudência caminha remansosa no sentido da prescrição legal, consoante demonstram os paradigmas a seguir:

“RECURSO ESPECIAL. FURTO. RECEPÇÃO. QUADRILHA.

A causa de diminuição de pena referente ao arrependimento posterior só pode ser aplicada se presente o requisito da voluntariedade. (Grifei). Admissibilidade do concurso material entre os crimes de furto e quadrilha.”

(STJ, REsp 155.051/PE, Relator o e. Ministro José Arnaldo da Fonseca, decisão unânime da Quinta Turma em 14/11/1998, publicada no *DJ* de 25/05/1998, pág. 135).

“PENAL. ESTELIONATO PRATICADO CONTRA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. NULIDADE DA SENTENÇA E CERCEAMENTO DE DEFESA. VÍCIOS INEXISTENTES. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

1. Comete estelionato contra a autarquia previdenciária o agente que, apresentando guias autenticadas mecanicamente, obtém certidão negativa de débito e, na seqüência, consegue junto ao banco o estorno dos pagamentos, embolsando as quantias.

2. Uma vez efetuado o recolhimento do tributo, considera-se que o respectivo valor ingressou nos cofres públicos, de sorte que o indevido estorno representa, em última análise, lesão ao Fisco e não ao banco arrecadador. Competência da Justiça Federal para processar e julgar o crime de estelionato,

não obstante o fato de a instituição financeira haver reparado o prejuízo da autarquia.

3. Comprovados a materialidade, a autoria e o dolo, impõe-se a condenação do réu pela prática do crime de estelionato imputado na denúncia.

4. Ainda que o agente ministerial subscritor da denúncia haja capitulado o crime no *caput* do art. 171 do Código Penal, podia o juiz, na sentença, impor o aumento de pena previsto no § 3º do mesmo artigo de lei, porquanto descrito na exordial acusatória que o crime fora praticado contra o IAPAS.

5. O arrependimento posterior depende de ato voluntário do réu, sem o que não se aplica o benefício previsto no art. 16 do Código Penal. (Grifei)

6. Deve o Tribunal aplicar, de ofício, inovação legislativa benéfica ao réu. Assim, presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, substitui-se a pena privativa de liberdade – calculada em 2 anos e 8 meses de reclusão – por duas restritivas de direitos.”

(TRF-3ª Região, ACR 7837/SP, Relator o e. Desembargador Federal Nelson dos Santos, decisão unânime da Segunda Turma em 14/12/2004, publicada no *DJU* de 28/01/2005, pág. 172).

“MOEDA FALSA E ESTELIONATO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E LEGAIS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RESSARCIMENTO DO DANO.

1. Pena-base no mínimo legal somente pode beneficiar réus cujas circunstâncias judiciais mostrarem-se totalmente favoráveis, que não é o caso dos autos.

2. A confissão espontânea, pela importância que adquiriu no caso dos autos, merece ser melhor avaliada para fins de redução da pena ao mínimo legal.

3. Para incidir a minorante do art. 16 do Código Penal, a reparação do dano deve ser integral e

por ato voluntário do agente, o que não ocorreu no caso dos autos. (Grifei)

4. Pena reduzida. Substituição da pena operada.” (TRF-4ª Região, ACR 200104010876198/PR, Relator o e. Desembargador Federal Volkmer de Castilho, decisão unânime da Oitava Turma em 04/11/2002, publicada no *DJU* de 13/11/2002, pág. 1199).

Urge negar provimento à apelação também nesse tocante.

III - Da dosimetria da pena

Conquanto mereçam louvor os fundamentos lançados na sentença recorrida, porque decerto são judiciosos, entendo merecer guarida o apelo no que pertine ao reexame da dosimetria da pena.

É que, procedendo à análise do comando meritório vertente, de fato, observo que o MM. Julgador levou em consideração a menoridade das vítimas em dois momentos distintos e incompatíveis entre si, quais sejam: o primeiro, ao contemplar as diretrizes previstas no art. 59, *caput*, do Código Penal²; o segundo, ao aplicar a agravante prevista no art. 61, inciso II, *h*³, do mesmo diploma criminal de regência.

Transcrevo da sentença os excertos em questão:

² Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade da pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

³ Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - *Omissis*;

II - ter o agente cometido o crime:

(...)

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

(...).

“(...) Circunstâncias normais para delitos da espécie e **conseqüências agravadas por ter o delito, como vítimas indiretas, pessoas humildes e menores de idade.** (...) (Grifei).

(...) Incide a agravante decorrente de ter sido o delito praticado tendo como vítimas indiretas crianças (art. 61, II, *h*, do CP), pelo que elevo a pena-base de 04 (quatro meses), do que resulta provisória em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão. (...)”

Ocorre que a doutrina e jurisprudência mais avisadas são acordes no sentido de que, por serem as agravantes de aplicação obrigatória, a circunstância que constitua também uma agravante não deve ser levada em consideração quando da aplicação do art. 59 do CP.

Nesse sentido, colho o escólio de Damásio E. de Jesus⁴, *in verbis*:

“Quando a circunstância judicial do art. 59 também constitui circunstância agravante ou atenuante (arts. 61, 62 e 65 do CP).

Fica prejudicada a aplicação do art. 59, uma vez que as agravantes e atenuantes são de incidência obrigatória. Assim, se o delito é cometido por motivo fútil, essa circunstância deve ser levada em conta na segunda fase do art. 68, não podendo ser considerada na fixação da pena-base. Nesse sentido, tratando da reincidência: TACrimSP, Acrim 678.259, RJDTACrimSP, 15:130; TACrimSP, Acrim 740.153, RJDTACrimSP, 15:133.”

No mesmo sentido, trago o seguinte precedente do c. STJ:

“CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. REINCIDÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. MAJORANTE DO CRIME DE ROUBO. CONCURSO DE PESSOAS. APLICAÇÃO AO FURTO QUALIFICADO PELA MESMA CIR-

⁴ JESUS, Damásio E. de, Código Penal Anotado, Editora Saraiva, 1997, São Paulo, pág. 159.

CUNSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. FIXAÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231/ STJ. RECURSO PROVIDO.

I - O Código Penal, ao definir que as circunstâncias enumeradas em seu art. 59 devem ser consideradas pelo Julgador no momento da fixação da pena, o fez como garantia do próprio réu, como meio para que o Magistrado, através da análise daqueles critérios, possa ter melhor condição de proferir uma decisão justa – tratando os iguais igualmente e os desiguais desigualmente.

II - Hipótese em que o acórdão *a quo* afastou a aplicação da reincidência, sob o fundamento de sua inconstitucionalidade.

III - Como as agravantes têm incidência obrigatória, na hipótese de uma circunstância judicial do art. 59 do Código Penal constituir também uma agravante, fica prejudicada a aplicação daquele dispositivo, desconsiderando-se a circunstância na fixação da pena-base para que a mesma figure apenas como agravante. (Grifei)

IV - Se o juiz aponta elementos diversos para a caracterização dos antecedentes dos réus e para caracterizar a reincidência, não resta evidenciada a dupla valoração das mesmas circunstâncias para efeito de antecedentes e circunstância agravante.

V - Viola o princípio da legalidade a aplicação da majorante do crime de roubo, resultante do concurso de pessoas, ao crime de furto qualificado pela mesma circunstância.

VI - Tendo o Tribunal *a quo*, apesar de reconhecer a presença da circunstância qualificadora do crime de furto, recorrido aos princípios da proporcionalidade e da isonomia para aplicar dispositivo legal estranho ao fato, assume papel reservado pela Constituição Federal ao parlamento.

VII - Como não existe paralelismo entre os incisos I, II e III do § 4º do art. 155 do Código Penal com os

demais incisos do § 2º do art. 157 do Estatuto Repressivo, a fórmula aplicada resultaria numa reprimenda diferenciada para indivíduos que cometem furto qualificado naquelas circunstâncias, o que é inconcebível.

VIII - Não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, ainda que havendo incidência de atenuantes relativas à menoridade do agente e à confissão espontânea. Incidência da Súmula 231/STJ.

IX - Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator.

(STJ, REsp 702.844/RS, Relator o e. Ministro Gilson Dipp, decisão unânime da Quinta Turma em 19/05/2005, publicada no *DJ* de 13/06/2005, pág. 341).

Provida a apelação, portanto, nesse tocante.

IV - Do perdimento do cargo público (CP, art. 92, I, a)

O perdimento do cargo público é previsto no art. 92, inciso I, do CP, como efeito da condenação. Ei-lo:

“Art. 92. São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.”

Não obstante mais uma vez louve os termos da decisão hostilizada, entendo assistir razão ao apelante.

Em primeiro lugar, é forçoso reconhecer que o e. Magistrado de primeiro grau não consignou qualquer fundamentação ao cominar o perdimento do cargo público, servindo-lhe de motivação tão somente o fato de a pena aplicada ser superior a 1 (um) ano. Assim se expressou literalmente o julgador:

“(…) Condeno, ainda, o réu à perda do cargo público exercido junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, na conformidade do art. 92, inciso I, a, do Código Penal, dado que o condenado a pena privativa de liberdade superior a um ano pela prática de crime contra a Administração Pública.”

Todavia, a melhor jurisprudência orienta que a perda do cargo público não constitui efeito imediato e incondicional da condenação, sendo imperioso, ao revés, que o juiz examine o caso concreto e motive sua decisão em conformidade com a prova dos autos, justificando as razões que ensejam a aplicação concreta do perdimento da função pública, sob pena de nulidade.

Nesse sentido, colho o seguinte paradigma do c. STJ:

“PENAL. RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO. EFEITOS. PERDA DO CARGO PÚBLICO. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA.

Os efeitos específicos da condenação não são automáticos, de sorte que, ainda que presentes, em princípio, os requisitos do art. 92, inciso I, do Código Penal, deve a sentença declarar, motivadamente, os fundamentos da perda do cargo público.

Ausente a fundamentação requerida (art. 93, IX, da CRFB), é nulo, neste ponto, o dispositivo da sentença condenatória.

Recurso provido tão-somente para cassar o acórdão e anular o dispositivo da sentença condenatória que determinou a perda do cargo de Alvacir Scardiglia Machado, a fim de que outra seja proferida, neste ponto, com motivada fundamentação.”

(STJ, RHC 15.997/RS, Relator o e. Ministro Paulo Medida, decisão unânime da Sexta Turma em 23/11/2004, publicada no *DJ* de 07/03/2005, pág. 347).

Em segundo lugar, faz-se necessário atentar para o fato de que a conduta dolosa em apreço foi perpetrada ao tempo em que o recorrente se encontrava investido no cargo de Coordenador de Pessoal da Escola Agrotécnica Federal Dom Avelar Brandão Vile-

la, situada no Município de Petrolina-PE. Foi nessa condição que recebeu o pedido de pensão por morte cujos valores restaram desviados.

Posteriormente, o apelante prestou concurso para o cargo de Técnico Judiciário do TRT-5ª Região, vindo a lograr aprovação entre os primeiros lugares, onde permanece até hoje.

Nesse diapasão, urge observar que o cargo público atualmente exercido pelo recorrente não é o mesmo que ocupava na época dos fatos, tampouco se verifica qualquer liame entre o cargo atual e a conduta reprovada.

Ocorre que a doutrina e a jurisprudência vêm se posicionando de modo a restringir a pena de perdimento apenas para o cargo ocupado no momento do delito, haja vista a pertinência que deve existir entre o crime e a sanção cabível na espécie.

Sobre o tema, transcrevo a orientação encontrada na obra de Cezar Roberto Bitencourt⁵, *in verbis*:

“1.1.2. Correlação entre crime e atividade exercida. A perda deve restringir-se somente àquele cargo, função ou atividade no exercício do qual praticou o abuso, porque a interdição pressupõe que a ação criminosa tenha sido realizada com abuso de poder ou violação de dever que lhe é inerente.”

No mesmo sentido, Luiz Regis Prado⁶ traz a lume o seguinte precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“A perda de função pública, por violação de dever inerente a ela, necessita ser por crime cometido no exercício dessa função, valendo-se o acusado do cargo para a prática do crime. Vale dizer, deve ser condenado por crime funcional (TJSP - AC - Rel. Márcio Bonilha - RT 572/297).”

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, Código Penal Comentado, Editora Saraiva, 2ª edição, 2004, pág. 306.

⁶ PRADO, Luiz Regis, Comentários ao Código Penal, Editora Revista dos Tribunais, 2002, pág. 322.

Conseqüentemente, também acolho a apelação nesse particular.

V - Do dispositivo

Conseqüentemente, dou parcial provimento à apelação, para manter a condenação do apelante pela prática do crime previsto no art. 312, § 1º, c/c. art. 61, inciso II, alínea *h*, do Código Penal, porém excluindo da cominação a perda do cargo público (CP, art. 92, I, *a*), com base nas razões retro consignadas.

Procedo à nova dosimetria da pena.

Conforme ressaltou o MM. Juiz de Primeiro Grau, atento ao balizamento do art. 59, *caput*, do Código Penal, o réu agiu com culpabilidade discretamente acentuada, tendo em vista o grau de reprovabilidade da conduta, que acarretou danos à fé pública e ao bom andamento da Administração. Os motivos, decerto, residiram na obtenção de lucro fácil. As conseqüências do crime foram nefastas, porquanto em detrimento de vítima hipossuficiente e semi-analfabeta.

Não obstante, inexistem máculas nos antecedentes e na conduta social do recorrente, tampouco sua personalidade o desaprova, visto ser servidor público, auferindo seu sustento, destarte, de ocupação lícita. As circunstâncias do crime foram normais para os delitos da espécie.

Deve ainda ser retirada desta fase da aplicação da pena a circunstância de ter sido o crime cometido contra menores, visto constituir agravante autônoma (CP, art. 61, inciso II, alínea *h*), tudo conforme a fundamentação supra.

Com essas considerações, reduzo a pena para o mínimo legal de 2 (dois) anos, ao que acresço a agravante em comento no mesmo patamar fixado pelo Magistrado da condenação, ou seja, em 4 (quatro) meses, **tornando a pena definitiva em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**. Mantenho, outrossim, a pena pecuniária, arbitrada em **12 (doze) dias-multa, ao valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, cada, devidamente corrigido até o efetivo pagamento**.

Nada há que alterar, por fim, quanto às penas restritivas de

direito, aplicadas em substituição, ajustando-se, contudo, seu tempo de duração ao da pena restritiva de liberdade fixado neste julgado.

Após o trânsito em julgado, providencie-se o cumprimento das determinações constantes da sentença recorrida às fls. 473/474 (custas pelo réu; lançamento do nome do réu no rol dos culpados; expedição de ofício ao TRT, comunicando-se a condenação; preenchimento e devolução do BIE à origem; expedição de ofício às entidades beneficiadas, encaminhando-se o condenado e requisitando informações quanto ao cumprimento; demais anotações necessárias).

Assim voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 87.159-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE
(CONVOCADO)
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelada: EMPRESA DE ARMAZENAGEM FRIGORÍFICA
LTDA. - EMPAF
Recte. Ad.: EMPRESA DE ARMAZENAGEM FRIGORÍFICA
LTDA. - EMPAF
Advs./Procs.: DRS. VLADIMIR CARVALHO DE ALMEIDA E OUTROS (APDA.)

EMENTA: APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. CSLL. RECEITAS DE EXPORTAÇÃO. IMUNIDADE. ART. 149, § 2º, I, DA CF. IMPROVIMENTO.

- O art. 149, § 2º, I, da CF, acrescentado pela Emenda Constitucional 33/2001, ao dizer que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico não incidirão sobre as receitas oriundas de exportação, não quis restringir o seu alcance às contribuições cobradas sobre a receita bruta, mas apenas que os valores auferidos pelo contribuinte em face de tais operações devem

ser excluídos da tributação. Abrange, assim, a CSLL, de cuja base de cálculo (lucro líquido) afastar-se-á o montante decorrente da venda de produtos para o exterior.
- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, do voto do Desembargador Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 27 de abril de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE - Relator
Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE (Convocado):

Não se conformando com a v. sentença de fls. 250-260, a qual, em concedendo parcialmente segurança em prol de Empresa de Armazenagem Frigorífica Ltda., garantiu a esta o direito de excluir as operações de exportação da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, a partir do fato gerador consumado em 31-12-2001, com a compensação das importâncias indevidamente recolhidas, apela a União Federal (Fazenda Nacional), argumentando que o art. 149, § 2º, da CF, uma vez interpretado com vistas a abranger a CSLL, representa viola o art. 195, I, do mesmo diploma, ao prever o lucro como base de cálculo do mencionado tributo.

Em suas contra-razões, a apelada pugna pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Dispensada a revisão, determino a inclusão do processo em pauta.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE (Relator Convocado):

O ponto central da controvérsia reside na interpretação do art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 33/2001, ao dispor:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º (...)

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;”

Primeiramente, deve-se salientar que o dispositivo acima, por força da categórica expressão de seu texto, abrange as contribuições instituídas para o custeio da seguridade social. A menção a contribuições sociais a tanto é suficiente.

O fato de a Constituição haver empregado o termo “receitas” não significa, em absoluto, que a imunidade em tela tenha ficado restrita às contribuições incidentes sobre a receita bruta.

O que quis dizer o constituinte é que os valores, cobrados a título de contribuição social ou de intervenção no domínio econômico, relacionados com exportações, devem ser excluídos da base de cálculo de ditos tributos.

No que concerne à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, dever-se-á excluir da apuração do lucro aquilo que o empresário obteve com exportações.

O art. 149, § 2º, I, da Constituição, ao ser interpretado com

vistas a alcançar a CSLL, não colide com o seu art. 195, I. Este apenas contempla como base de financiamento da seguridade social a folha de salários, a receita, o faturamento e o lucro.

Não impede que, quanto a qualquer delas, venha o legislador criar isenções, ou instituir imunidades, como é o presente caso quanto aos recursos que o empresário auferir com exportações.

Sei que a matéria, por ser controvertida, encontra posições dissonantes, como já têm manifestado várias decisões (TRF - 5ª Reg., 4ª T, MC 1.972 - PE, v.u., Rel. Des. Lázaro Guimarães, *DJU* de 17-02-2005; TRF - 4ª Reg., 2ª T, AMS - Proc. 2004.71.02.00.5384-6 - RS, v.u., Rel. Des. Dirceu de Almeida Soares, *DJU* de 17-08-2005; TRF - 4ª Reg., 2ª T, AMS - Proc. 2003.71.08.00.0127-5 - RS, v.u., Rel. Des. Márcio Antônio Rocha, *DJU* de 13-10-2004; TRF - 4ª Reg., 1ª T, AC - Proc. 2002.71.00.04.3295-8 - RS, v.u., Rel. Des. Wilson Darós, *DJU* de 09-11-2005). Com o devido respeito, partilho do entendimento sufragado nos julgados seguintes:

“TRIBUTÁRIO. CSSL. BASE DE CÁLCULO. RECEITAS ORIUNDAS DE EXPORTAÇÃO.

As receitas decorrentes de exportações não compõem a base de cálculo da CSLL. Inteligência do art. 149, § 2º, da CF/88, com a redação dada pela EC nº 33/01. Precedente da Turma”. (TRF - 5ª Reg., 3ª T., AG 55.942 - PE, v.u., Rel. Des. Ridalvo Costa, *DJU* de 08-10-2004).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EMAÇÃO ORDINÁRIA. AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. CSSL. RECEITAS ORIUNDAS DE EXPORTAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo ativo, interposto por COPER-TRADING - COM/EXP/IMP/S.A., nos autos da Ação Ordinária nº 2003.80.00.006523-2, contra a decisão do Exmo. Juiz da 3ª Vara-AL, Dr. Paulo Machado Cordeiro (fls. 15/16), que indeferiu o pedido de antecipação de tutela, cuja finalidade é assegurar o não recolhimento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSSL), incidente sobre suas receitas de-

correntes de operações de exportação, em face da imunidade estabelecida pelo art. 149, § 2º, I, da CF/88, com a redação determinada pela EC 33, de 11/12/2001, bem como que a Fazenda Nacional se abstenha de negar à autora, em virtude de tais recolhimentos, o fornecimento de certidões negativas de débito.

2. Salieta-se a posição dos Exmos. Desembargadores Federais, Drs. Ridalvo Costa e Edilson Nobre no julgamento do Agravo de Instrumento nº 48.005-PE, publicado no *DJ* de 30/10/2003, Decisão unânime, *in verbis*:

‘A CSLL, espécie de contribuição social, não incide sobre as receitas decorrentes de exportações, por força do art. 149, parágrafo 2º, I, da CF/88, com a redação dada pela EC nº 33/2001’.

3. Verifique-se, também, o posicionamento do Exmo. Juiz Federal, Dr. Élio Wanderley de Siqueira Filho, que, em sede de antecipação da tutela, nos autos do Mandado de Segurança nº 2003.83.00.002093-0, assim se pronunciou:

‘(...) a contribuição social sobre o lucro líquido é uma espécie do gênero “contribuições sociais”, não podendo, então, incidir sobre a parcela do lucro decorrente de exportações.’

4. Registra-se, ainda, o posicionamento da Exma. Juíza Federal, Dra. Joana Carolina Lins Pereira, que, no julgamento do Mandado de Segurança nº 2003.83.00.002093-0, assim se pronunciou: ‘(...) Ao meu ver, inclusive, a menção às “receitas”, por parte do legislador, não implica a interpretação restritiva segundo a qual seriam alcançadas pelo preceito, apenas o PIS e a CONFINS. (...) é possível o cômputo da base de cálculo da CSLL com exclusão dos lucros advindos das operações de exportação. Desse modo, à impetrante deve ser assegurado o usufruto da benesse constitucional (...).’

5. Agravo de instrumento e agravo regimental providos". (TRF - 5ª Reg., 3ª T, AG 50.919 - AL, v.u., Rel. Des. Fed. Paulo Gadelha, *DJU* de 17 - 09 - 2004).

Essa inteligência se impõe, igualmente, por a imunidade, ao contrário da isenção, merecer, segundo o Supremo Tribunal Federal (STF, Tribunal Pleno, RE 101.441 - RS, v.m., Rel. Min. Sydney Sanches, *DJU* de 19-08-1988)¹ interpretação extensiva, em atenção ao seu fim, o qual, *in casu*, foi a desoneração das exportações, propiciando melhores condições de competitividade dos produtos nacionais no mercado internacional.

O *dies a quo* do benefício, como bem explicitado na decisão recorrida, recai já no lucro apurado no dia 31-12-2001, uma vez a vigência imediata da Emenda Constitucional 33/2001 tenha operado seus efeitos desde 11-12-2001.

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

É como voto.

¹ A ementa do julgado encontra-se assim transcrita: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA (ART. 19, III, D, DA CF). ISS. LISTAS TELEFÔNICAS. A edição de listas telefônicas (catálogos ou guias) é imune ao ISS, (art. 19, III, d, da CF), mesmo que nelas haja publicidade paga. Se a norma constitucional visou facilitar a confecção, edição e distribuição do livro, do jornal e dos "periódicos", imunizando-se ao tributo, assim como o próprio papel destinado à sua impressão, é de se entender que não estão excluídos da imunidade os "periódicos" que cuidam apenas e tão-somente de informações genéricas ou específicas, sem caráter noticioso, discursivo, literário, poético ou filosófico, mas de "inegável utilidade pública", como é o caso das listas telefônicas. Recurso extraordinário conhecido, por unanimidade de votos, pela letra d do permissivo constitucional, e provido, por maioria, para deferimento do mandado de segurança.

HABEAS CORPUS Nº 2.455-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
Impetrante: DR. MÁRCIO SILVESTRE JATOBÁ
Impetrado: JUÍZO DA 4ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Pacientes: SÉRGIO SILVEIRA CLEMENTE, CÉSAR FREDERICO BEZERRA DE ALENCAR, ANTÔNIO MACHADO GUIMARÃES, PAULO GILBERTO PEREIRA ALBUQUERQUE E ÁLVARO ANTÔNIO CAVALCANTE CALADO

EMENTA: HABEAS CORPUS. GESTÃO TEMERÁRIA. ART. 4º, PARÁGRAFO ÚNICO, C/C O ART. 25 DA LEI Nº 7.492/86. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. INDÍCIOS DE MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. DENÚNCIA. REQUISITOS DO ART. 41, DO CPP. RECEBIMENTO.

- A concessão de empréstimos bancários de grande porte a empresas sem idoneidade financeira constitui crime contra o Sistema Financeiro Nacional.

- Delineados na denúncia a conduta típica e antijurídica, prevista no parágrafo único do art. 4º da Lei nº 7.492/86, e fortes indícios de autoria e materialidade.

- Necessidade de dilação probatória para se verificar a ocorrência do elemento subjetivo necessário à configuração do crime.

- Recebimento da denúncia que atende a todos os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 6 de julho de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:
TA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Márcio Jatobá e Clarissa Freitas Lima em favor dos pacientes Sérgio Silveira Clemente, César Frederico Bezerra de Alencar, Antônio Machado Guimarães, Paulo Gilberto Pereira Albuquerque e Álvaro Antônio Cavalcante Calado contra ato do Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que recebera a denúncia, imputando a eles os crimes contra o Sistema Financeira Nacional previstos nos arts. 4º, parágrafo único c/c o art. 25 da Lei nº 7.492/86 (gestão fraudulenta de instituição financeira), e aprazara o interrogatório dos pacientes na Ação Penal nº 2000.83.00.018170-5 para o dia 24 de maio de 2006.

Requer a suspensão do interrogatório e o trancamento da ação penal, alegando, em síntese, que estão presentes os requisitos autorizadores da liminar, sustentando que o BACEN, autarquia regulamentadora da atividade financeira nacional, ao intervir no Banco Banorte S/A, do qual os pacientes eram administradores, decidira, através de sua Comissão de Inquérito, pelo arquivamento do processo administrativo destinado à apuração da gestão temerária do Banorte, pois não vislumbrara indícios de práticas de ilícitos financeiros ou outras irregularidades atribuíveis à administração da instituição financeira, de forma que a ação penal carece de justa causa em face da atipicidade da conduta dos pacientes, constituindo constrangimento ilegal sanável via *habeas corpus*.

A liminar foi indeferida pelo Relator Convocado, Des. Federal Edilson Nobre – fls. 43/44.

As informações prestadas pela autoridade impetrada esclarecem que os pacientes foram denunciados por gestão temerária, devido à concessão de crédito a empresas que apresentavam sinais visíveis e comprovados de insolvência, com passivo elevado junto ao banco que os pacientes geriam, além de não terem sido

tomadas as garantias reais exigidas legalmente. Esclarece que embora o BACEN tenha arquivado o processo administrativo que apurou a responsabilidade dos pacientes, os documentos acostados aos autos pelo Ministério Público Federal indicam a materialidade e a autoria do crime de gestão temerária, de forma que incabível o trancamento do inquérito – fls. 49/53.

Manifestou-se a douta PRR pela denegação da ordem, sustentando a impossibilidade de trancamento da ação penal porque a matéria do presente *habeas corpus* é de alta complexidade e, por isso, não conciliável com a via estreita do presente *writ*, alegando ainda que, em face da independência das instâncias administrativa e penal, o arquivamento do procedimento administrativo pelo BACEN por ausência de provas não autoriza o trancamento da ação.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

A denúncia imputa aos pacientes o crime tipificado no parágrafo único do art. 4º da Lei 7.492/86, que dispõe:

“Art. 4º. Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a gestão é temerária:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.”

De acordo com o Relatório do Procedimento Administrativo do Banco Central, a intervenção do BACEN no Banorte S/A visava a investigar “o deferimento das operações de crédito, listadas na inicial, relativas a adiantamentos sobre contratos de câmbio de exportação a empresas com restrições cadastrais, sem a análise de sua situação econômico-financeira”, o que caracterizaria, no mínimo, a negligência na boa administração da instituição bancária e, em tese, a gestão fraudulenta prevista no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 – fls. 29.

O relatório do BACEN atesta que “as operações de crédito realizadas com a MAFISA Avícola S/A foram realizadas sem que a empresa apresentasse as condições necessárias para tal. Tanto a documentação acostada nos autos pela acusação (fls. 288) quanto pela defesa (fls. 1556), confirmam a inobservância dos requisitos imprescindíveis às operações. Procedem as acusações”. Há, portanto, indícios de materialidade e autoria quanto a pelo menos um crime – fls. 35.

A responsabilidade penal independe da responsabilidade administrativa em face do princípio da independência, que norteia o processo penal brasileiro (entendimento do col. STJ).

Com efeito, os fatos atribuídos aos pacientes na denúncia são típicos, ou seja, subsumem-se, em tese, na hipótese abstrata do art. 4º da Lei nº 7.492/86. Se os fatos descritos na denúncia se enquadram, em tese, no tipo penal descrito, não deve ser impedida sua apuração regular, não se identificando qualquer ilegalidade no exercício de uma atividade estatal lícita que é a de apurar a existência do crime e a sua autoria quando há indícios de fatos delituosos, como ocorre no caso.

Os indícios da materialidade e da autoria do crime estão presentes, e baseiam-se não apenas no relatório do final do procedimento administrativo arquivado pelo Banco Central, mas também em outros documentos, como a Perícia Contábil realizada pela Polícia Federal, que atestam, no mínimo, a existência de restrições cadastrais quanto às pessoas e empresas com as quais foram firmados contratos, de forma que, como bem salientou o Ministério Público, há necessidade de dilação probatória para a verificação do alcance da culpabilidade dos pacientes e das alegações do impetrante – fls. 90/132.

Nesse sentido vem se posicionando esta eg. Turma:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PRESENÇA DA PROVA DA MATERIALIDADE E DE INDÍCIOS DE AUTORIA. EXCLUDENTES DA ILICITUDE. ESTADO DE NECESSIDADE E EXERCÍCIO

REGULAR DE DIREITO. INSTRUÇÃO CRIMINAL.
CRIME FORMAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDU-
TA DO AGENTE.

1. A utilização do remédio heróico para promover o trancamento de ação penal é providência excepcional, não sendo pertinente no caso concreto, onde restou patente a presença de materialidade delitiva e indícios razoáveis de autoria, a embasar o oferecimento da inicial acusatória e o seu recebimento pelo juízo competente. Recomenda-se aguardar o deslinde da ação, oportunidade em que serão garantidos, com amplitude, o exercício do direito de defesa e a dilação probatória.

2. A realização de operações de empréstimos a empresas com restrição cadastral é expressamente vedada por resolução do Banco Central do Brasil – BACEN, configurando-se, objetivamente falando, em tese, a gestão temerária de instituição financeira, não se podendo invocar o exercício regular de direito. Também não se demonstrou a ocorrência de estado de necessidade, a afastar a ilicitude da conduta em questão.

3. Não se configurou a alegada ausência de justa causa para a instauração da ação criminal, restando patentes a tipicidade e a antijuridicidade das ações descritas na inicial acusatória, que atendeu os requisitos estabelecidos no artigo 41 do Código de Processo Penal pátrio.

4. O crime de gestão temerária é classificado como um delito formal, não reclamando a ocorrência de resultado danoso, sendo, assim, irrelevante o fato, alegado pelos impetrantes, de não ter causado prejuízo ao banco, à dita autarquia, à União ou a terceiros.

5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal tem entendido que não é imprescindível a particularização da conduta de cada agente, já por ocasião da denúncia, podendo a aludida individualização ser implementada quando

da instrução. Ademais, no caso, o acusado confessou, no interrogatório, ter ciência das operações consideradas irregulares.

6. Ordem denegada.”

(HC nº 1.299/PE, Rel. Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, julg. 10.04.2003, publ. *DJU* 29.05.2003, págs. 534).

Com essas considerações, denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

DECISÃO

SUSPENSÃO DE LIMINAR

3668-CE	Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti	47
---------	--	----

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO

63353-PE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro.....	89
63362-CE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	97
66545-PE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	102
66928-PB	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha.....	113

APELAÇÃO CÍVEL

283645-RN	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro.....	125
312421-SE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena.....	135
328506-PB	Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho.....	155
331249-RN	Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante.....	163
343014-PB	Rel. Des. Federal Élio Siqueira (Convocado).....	183
348546-AL	Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho.....	191
353262-PE	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho..	199
366330-AL	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira.....	205
374543-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães.....	214
375605-PE	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira.....	226
380084-PE	Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli.....	238
384093-PE	Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli.....	248
384982-PB	Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante.....	256
388842-PE	Rel. Des. Federal Paulo Machado Cordeiro (Convocado).....	269

APELAÇÃO CRIMINAL

2755-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano.....	280
3652-RN	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho..	287

4045-PB	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães.....	297
4230-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena.....	306

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

87159-PE	Rel. Des. Federal Edilson Nobre (Convocado).....	327
----------	--	-----

HABEAS CORPUS

2455-PE	Rel. Des. Federal Ridalvo Costa.....	333
---------	--------------------------------------	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

JURISPRUDÊNCIA

A

- Adm e Ct Ação civil pública. Construção de imóveis em alvenaria autoportante. Realização de estudo técnico nos moldes do proposto pelo ITEP. Imóveis construídos com recursos do Sistema Financeiro de Habitação. Legitimidade passiva do município. Responsabilidade solidária da Caixa Econômica Federal. AgTr 63353-PE 89
- Cv e PrCv Adjudicação compulsória. Direito dos adquirentes. Promessa de compra e venda anterior à hipoteca. Pagamento integral das unidades habitacionais pelos promitentes compradores. Existência de boa-fé dos adquirentes. Liberação do gravame hipotecário. Direito à outorga da escritura pública desembaraçada de qualquer ônus. Obrigação contratual da construtora. AC 388842-PE . 269
- Pen e PrPen Apelação criminal. Recebimento como recurso em sentido estrito. Princípio da fungibilidade. *Emendatio libelli* para o crime de peculato. Inocorrência. Hipótese de crime de estelionato praticado em detrimento da previdência social. Delito eventualmente permanente. Contagem do prazo prescricional a partir da data da cessação da permanência delitiva. Prescrição do *jus puniendi* estatal. Inocorrência. ACr 2755-PE 280
- Cv Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Sistema Financeiro de Habitação. Desobediência ao Plano de Equivalência Salarial e abusividade na cobrança do se-

	guro não comprovadas. Ausência de ilegalidade na conversão da URV. Aplicabilidade do IPC de março/90. Legalidade da cobrança do coeficiente de equiparação salarial. Irregularidade na correção da taxa de cobrança e administração não demonstrada. Legalidade da utilização da TR como fator de correção do saldo devedor. AC 374543-PE 214
Prev	Aposentadoria por idade. Conversão em aposentadoria por tempo de serviço. Tempo contributivo. Comprovação. Indenização por danos morais. Incabimento. Juros de mora do débito judicial em matéria não tributária. Aplicação da taxa Selic. Impossibilidade. Preliminar de extinção do processo por carência de ação em virtude da ausência de provas. Rejeição. Preliminar de cerceamento do direito de defesa. Acolhimento em parte. AC 375605-PE 226
Prev e PrCv	Aposentadoria rural por idade. Segurada especial. Prova testemunhal corroborada por início de prova material. Declaração do Sindicato Rural sem homologação do órgão competente. Carteira de associada do Sindicato Rural. Contrato de parceria rural. Atividade rurícola confirmada. Tutela antecipada concedida no corpo da sentença. Possibilidade. AC 384982-PB 256
Pen e PrPen	Apropriação indébita previdenciária. Retroatividade penal. Aplicação da lei penal no tempo. Lei posterior mais benigna. Dificuldades financeiras. Não comprovação. Inexigibilidade de conduta diversa. Não verificação. ACr 4045-PB 297

C

- Pen e PrPen Concurso de agentes e de crimes. Peculato e apropriação indébita. Apelante que era funcionário da CEF na ocasião dos fatos. Circunstância pessoal elementar do crime de peculato que se comunica aos demais co-apelantes. Regularidade nas ações delituosas que se repetem. Continuidade delitiva configurada. Preliminar de nulidade por inobservância do CPP, art. 514. Rejeição. Nulidade relativa. Prejuízo não demonstrado. ACr 3652-RN 287
- PrCv, Adm e Ct Concurso público para o cargo de professor do Departamento de Ciências Contábeis da UFPB. Índícios de fraude por alegada falta de fiscalização na realização da prova escrita. Ministério Público Federal. Ação Civil Pública combinada com ação de improbidade administrativa. Antecipação da tutela deferida. Suspensão dos efeitos do ato de nomeação da agravante aprovada em primeiro lugar no certame. AgTr 66928-PB.. 113
- Adm e Ct Construção de imóveis em alvenaria autoportante. Realização de estudo técnico nos moldes do proposto pelo ITEP. Imóveis construídos com recursos do Sistema Financeiro de Habitação. Legitimidade passiva do município. Responsabilidade solidária da Caixa Econômica Federal. Ação civil pública. AgTr 63353-PE 89
- Trbt Contribuição social dos servidores públicos. Incidência apenas sobre a remuneração relativa ao cargo efetivo. Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/03. Sistema previ-

	denciário de natureza retributiva. Não incidência da contribuição social sobre o valor da função comissionada e da remuneração do cargo comissionado. Inexistência de correlação entre “custo e benefício”. Preliminar de ausência de interesse de agir rejeitada. AC 366330-AL 205
Trbt	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL. Receitas de exportação. Imunidade. CF, art. 149, § 2º, I. AMS 87159-PE 327
PrPen	Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Gestão temerária. Índícios de autoria e materialidade do delito. Necessidade de dilação probatória. Denúncia. Atendimento a todos os requisitos do CPP, art. 41. Recebimento. <i>Habeas corpus</i> . Denegação da ordem. HC 2455-PE 333

D

Adm	Danos. Ocorrência. Responsabilidade civil do Estado. Fixação dos preços do açúcar e do álcool em valores abaixo do custo de produção. Apuração de custos feita pela Fundação Getúlio Vargas. Intervenção do Estado na economia. Prejuízo. Prescrição quinquenal. AC 384093-PE 248
Adm	Desapropriação. Pretendida devolução de valores atinentes à indenização da terra nua e às benfeitorias ao Erário Público. Propalada condenação final da Fazenda Pública em patamar inferior ao depósito inicial ofertado. Descabimento. <i>Quantum</i> final que não foi corrigido monetariamente ao revés do montante depositado pela autarquia agrá-

ria. Juros compensatórios. Incidência. Juros moratórios. Cabimento a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito. Honorários do perito. Pagamento pela parte sucumbente. AC 331249-RN 163

Adm Desapropriação para fins de reforma agrária. Falhas no laudo oficial acolhido integralmente pela sentença apelada. Grande discrepância entre a indenização proposta pelo laudo oficial e a apresentada pelo laudo do expropriado. Necessidade de perícia indireta. Nulidade da sentença. AC 348546-AL .. 191

Ct e Cv Ditadura militar. Perseguição política. Integrante do Partido Comunista Brasileiro. Tortura. Prisão. Indenização por danos morais. Prescrição do fundo de direito. Não ocorrência. AC 380084-PE 238

Pen e PrPen Dolo específico. Peculato-furto. Suficiência do conjunto probatório. Arrependimento posterior. Não configuração. Inaplicabilidade da redução da pena prevista no CP, art. 16. Reforma no tocante à dosimetria da pena. Perda do cargo público. ACr 4230-PE 306

E

Adm e Cv Embargos do devedor. Sistema Financeiro de Habitação. Contrato de mútuo para a construção de casas populares. Conjunto 30 de Setembro. Inexecução do contrato pela CEF que inviabilizou a comercialização das unidades habitacionais e tornou inevitável a inadimplência da construtora no tocante à quitação do débito. Inaplicabilida-

	de da exceção do contrato não cumprido em prol do agente financeiro. AC 283645-RN 125
Pen e PrPen	<i>Emendatio libelli</i> para o crime de peculato. Inocorrência. Hipótese de crime de estelionato praticado em detrimento da previdência social. Delito eventualmente permanente. Contagem do prazo prescricional a partir da data da cessação da permanência delitiva. Prescrição do <i>jus puniendi</i> estatal. Inocorrência. Apelação criminal. Recebimento como recurso em sentido estrito. Princípio da fungibilidade. ACr 2755-PE 280
Trbt	Execução fiscal. Intimação pessoal do INSS por vista nos autos. Diligências de penhora e avaliação. Ato realizado por oficial de justiça. Ato não cartorário. Intimação da Fazenda Pública para recolhimento dos valores. Não cumprimento. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Possibilidade. AC 328506-PB 155

G

PrPen	Gestão temerária. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Índícios de autoria e materialidade do delito. Necessidade de dilação probatória. Denúncia. Atendimento a todos os requisitos do CPP, art. 41. Recebimento. <i>Habeas corpus</i> . Denegação da ordem. HC 2455-PE 333
Adm	Gratificação de Raios-X. Redução do percentual. Inexistência de violação a direito adquirido e de afronta à garantia da irredutibilidade de vencimentos. Não ocorrência de prescrição. AC 343014-PB 183

Trbt e Ct Imposto de Renda na Fonte sobre Lucro Líquido. Sociedade anônima. Resolução nº 82/96 do Senado Federal. Prejudicial de mérito. Prescrição. Lei Complementar nº 118/05. Não aplicação. Compensação. Lei nº 9.430/96, art. 74, com redação dada pela Lei nº 10.637/2002. Art. 170-A do CTN. Incidência. Correção monetária. Aplicabilidade. AC 312421-SE 135

Trbt Imunidade. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL. Receitas de exportação. CF, art. 149, § 2º, I. AMS 87159-PE ... 327

Ct e Cv Indenização por danos morais. Ditadura militar. Perseguição política. Integrante do Partido Comunista Brasileiro. Tortura. Prisão. Prescrição do fundo de direito. Não ocorrência. AC 380084-PE 238

Trbt Intimação pessoal do INSS por vista nos autos. Diligências de penhora e avaliação. Ato realizado por oficial de justiça. Ato não cartorário. Intimação da Fazenda Pública para recolhimento dos valores. Não cumprimento. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Possibilidade. Execução fiscal. AC 328506-PB 155

L

Adm e PrCv Licitação. Não entrega do produto na data aprazada no aviso de compra. Descumprimento contratual. Ausência de comprovação de fato excepcional e imprevisível. Cancelamento da operação. Imposição de penalidades após ser assegurada a defesa prévia. Possibilidade. AgTr 66545-PE 102

M

PrCv, Adm e Ct Ministério Público Federal. Ação Civil Pública combinada com ação de improbidade administrativa. Concurso público para o cargo de professor do Departamento de Ciências Contábeis da UFPB. Indícios de fraude por alegada falta de fiscalização na realização da prova escrita. Antecipação da tutela deferida. Suspensão dos efeitos do ato de nomeação da agravante aprovada em primeiro lugar no certame. AgTr 66928-PB . 113

N

Adm e PrCv Não entrega do produto na data aprezada no aviso de compra. Licitação. Descumprimento contratual. Ausência de comprovação de fato excepcional e imprevisível. Cancelamento da operação. Imposição de penalidades após ser assegurada a defesa prévia. Possibilidade. AgTr 66545-PE 102

P

Pen e PrPen Peculato-furto. Dolo específico. Suficiência do conjunto probatório. Arrependimento posterior. Não configuração. Inaplicabilidade da redução da pena prevista no CP, art. 16. Reforma no tocante à dosimetria da pena. Perda do cargo público. ACr 4230-PE 306

Adm Preterição. Servidora pública. Direito líquido e certo a indenização por dano material reconhecido por mandado de segurança. Férias, trabalho extraordinário, auxílio-alimentação e implantação do índice de 11,98% não devidos. Danos morais. Não comprovação. AC 353262-PE 199

Pen e PrPen	Preliminar de nulidade por inobservância do CPP, art. 514. Rejeição. Nulidade relativa. Prejuízo não demonstrado. Concurso de agentes e de crimes. Peculato e apropriação indébita. Apelante que era funcionário da CEF na ocasião dos fatos. Circunstância pessoal elementar do crime de peculato que se comunica aos demais co-apelantes. Regularidade nas ações delituosas que se repetem. Continuidade delitativa configurada. ACr 3652-RN 287
Cv e PrCv	Promessa de compra e venda anterior à hipoteca. Pagamento integral das unidades habitacionais pelos promitentes compradores. Direito à adjudicação compulsória. Existência de boa-fé dos adquirentes. Liberação do gravame hipotecário. Direito à outorga da escritura pública desembaraçada de qualquer ônus. Obrigação contratual da construtora. AC 388842-PE 269

R

PrCv e Adm	Rede Internet. Uso de domínio. Pedido de vedação ao registro de nomes, entes públicos e órgãos de representação ou parte deles. Impossibilidade. AgTr 63362-CE 97
Adm	Redução do percentual de Gratificação de Raios-X. Inexistência de violação a direito adquirido e de afronta à garantia da irredutibilidade de vencimentos. Não ocorrência de prescrição. AC 343014-PB 183
Adm	Responsabilidade civil do Estado. Danos. Ocorrência. Fixação dos preços do açúcar e do álcool em valores abaixo do custo de

produção. Apuração de custos feita pela Fundação Getúlio Vargas. Intervenção do Estado na economia. Prejuízo. Prescrição quinquenal. AC 384093-PE 248

Pen e PrPen Retroatividade penal. Aplicação da lei penal no tempo. Apropriação indébita previdenciária. Lei posterior mais benigna. Dificuldades financeiras. Não comprovação. Inexigibilidade de conduta diversa. Não verificação. ACr 4045-PB 297

S

Prev e PrCv Segurada especial. Aposentadoria rural por idade. Prova testemunhal corroborada por início de prova material. Declaração do Sindicato Rural sem homologação do órgão competente. Carteira de associada do Sindicato Rural. Contrato de parceria rural. Atividade rurícola confirmada. Tutela antecipada concedida no corpo da sentença. Possibilidade. AC 384982-PB 256

Adm Servidora pública. Preterição de posse. Direito líquido e certo a indenização por dano material reconhecido por mandado de segurança. Férias, trabalho extraordinário, auxílio-alimentação e implantação do índice de 11,98% não devidos. Danos morais. Não comprovação. AC 353262-PE 199

Cv Sistema Financeiro de Habitação. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Desobediência ao Plano de Equivalência Salarial e abusividade na cobrança do seguro não comprovadas. Ausência de ilegalidade na conversão da URV. Aplicabili-

dade do IPC de março/90. Legalidade da cobrança do coeficiente de equiparação salarial. Irregularidade na correção da taxa de cobrança e administração não demonstrada. Legalidade da utilização da TR como fator de correção do saldo devedor. AC 374543-PE 214

Adm e Cv Sistema Financeiro de Habitação. Contrato de mútuo para a construção de casas populares. Conjunto 30 de Setembro. Inexecução do contrato pela CEF que inviabilizou a comercialização das unidades habitacionais e tornou inevitável a inadimplência da construtora no tocante à quitação do débito. Inaplicabilidade da exceção do contrato não cumprido em prol do agente financeiro. Embargos do devedor. AC 283645-RN 125

Trbt e Ct Sociedade anônima. Imposto de Renda na Fonte sobre Lucro Líquido. Resolução nº 82/96 do Senado Federal. Prejudicial de mérito. Prescrição. Lei Complementar nº 118/05. Não aplicação. Compensação. Lei nº 9.430/96, art. 74, com redação dada pela Lei nº 10.637/2002. Art. 170-A do CTN. Incidência. Correção monetária. Aplicabilidade. AC 312421-SE 135

U

PrCv e Adm Uso de domínio na rede Internet. Pedido de vedação ao registro de nomes, entes públicos e órgãos de representação ou parte deles. Impossibilidade. AgTr 63362-CE 97