

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

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

Número 83 - Janeiro/Fevereiro - 2010

R. TRF 5ª Região, nº 83, p. 1-334, Janeiro/Fevereiro - 2010

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

**Diretor da Revista
DESEMBARGADOR FEDERAL
PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA**

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 PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

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

ANGELA RAPOSO GONÇALVES DE MELO LARRÉ
ELIZABETH LINS MOURA ALVES DE CARVALHO

Diagramação

GABINETE DA REVISTA

Endereço eletrônico: www.trf5.gov.br

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

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

Bimestral, a partir do volume nº 73.

A partir do v. 4, nº 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

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00

Presidente

Desembargador Federal

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03

Vice-Presidente

Desembargador Federal

MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - 08.08.07

Corregedor

Desembargador Federal

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Diretor da Escola de Magistratura Federal

Desembargador Federal

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA - 29.04.92

Desembargador Federal

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS - 13.03.96

Desembargadora Federal

MARGARIDA CANTARELLI - 09.12.99

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00

Desembargador Federal

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - 03.07.00

Desembargador Federal

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01

Diretor da Revista

Desembargador Federal
PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA - 19.09.01

Desembargador Federal
FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03

Desembargador Federal
VLADIMIR SOUZA CARVALHO - 27.02.08

Desembargador Federal
ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA - 05.05.08
Coordenador dos Juizados Especiais Federais

Desembargador Federal
FRANCISCO BARROS DIAS - 12.01.09

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

Presidente: Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Vice-Presidente: Desembargador Federal MARCELO NAVARRO
Corregedor: Desembargador Federal MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI - Presidente
Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA
Desembargador Federal ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal PAULO DE TASSO B. GADELHA - Presidente
Desembargador Federal FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS
Desembargador Federal FRANCISCO BARROS DIAS

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE O. LIMA - Presidente
Desembargador Federal GERALDO APOLIANO
Desembargador Federal VLADIMIR SOUZA CARVALHO

QUARTA TURMA (terças-feiras)

Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI - Presidente
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES
Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO

SUMÁRIO

I - Jurisprudência	13
II - Índice Sistemático	323
III - Índice Analítico	327

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 5.190-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Parte Autora: GREGÓRIO RAMOS E CIA. LTDA.
Parte Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advs./Procs.: DRS. GUSTAVO DO AMARAL FERNANDES DE SOUSA E OUTRO (PARTE A) E LUIZ DOS SANTOS FILHO E OUTROS (PARTE R)

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DL Nº 70/66. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI E ERRO DE FATO. INEXISTÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA.

- Antes da entrada em vigor da Lei nº 10.325/01, que deu nova redação ao art. 530 do CPC, eram admissíveis embargos infringentes contra acórdão confirmatório de sentença.

- Mero equívoco na proclamação do julgamento, posteriormente retificado pela Turma Julgadora, não configura “erro de fato” apto a rescindir o acórdão.

- Havendo, no Decreto-Lei nº 70/66, previsão de procedimentos para a realização da notificação do devedor, torna-se despicienda a aplicação subsidiária do CPC.

- A nulidade da notificação por irregularidades formais está condicionada à ocorrência de prejuízo injusto, que, na hipótese, não ocorreu, pois o devedor, notificado por edital, tomou ciência inequívoca do vencimento da dívida e do leilão extrajudicial do imóvel hipotecado, bem assim do prazo assinalado para a purgação da mora.

- A jurisprudência pátria pacificou o entendimento segundo o qual a execução extrajudicial disciplinada no DL nº 70/66 guarda plena conformidade com a ordem constitucional e legal.

- Litigância de má-fé não caracterizada.

- Improcedência da ação rescisória e da medida cautelar incidental nº 2.197/PE.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar improcedentes a ação rescisória e a medida cautelar incidental nº 2.197/PE, 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, 16 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de ação rescisória proposta por Gregório Ramos e Cia. Ltda., com fundamento no art. 485, V e IX, do CPC, para desconstituir acórdão proferido nos Embargos Infringentes nº 167477/PE, que recebeu do Relator, o eminente Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, a seguinte ementa:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. LEILÃO EXTRAJUDICIAL E ADJUDICAÇÃO. NULIDADE. PROVAS. INEXISTÊNCIA. OFICIAL JUDICIÁRIO. CERTIDÕES. LEGALIDADE. PRESUNÇÃO. RENEGOCIAÇÃO DA DÍVIDA. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA.

1. O art. 31, § 2º, do Decreto-Lei nº 70/66, prevê que o agente fiduciário promoverá excepcionalmente a notificação editalícia do devedor, deferindo-lhe o prazo de vinte dias para purgar a mora, quando este se encontra em lugar incerto ou não sabido.

2. Hipótese em que a APERN S/A CRÉDITO IMOBILIÁRIO promoveu a notificação da devedora, que não foi cumprida pessoalmente em face do imóvel executado encontrar-se fechado, conforme certidão do oficial do Cartório do Primeiro Ofício da Comarca de Petrolina.

3. Os pronunciamentos dos agentes administrativos gozam de relativa presunção de veracidade, a qual não res-

tou elidida nos autos.

4. Não se pode admitir como certa a existência de uma renegociação formal/contratual da dívida garantida pela hipoteca executada extrajudicialmente pela Caixa a partir da simples apresentação de uma proposta de parcelamento do débito pela requerente.

5. Embargos infringentes providos.

A parte autora afirma que o acórdão rescindendo teria incorrido em erro de fato e violação ao art. 530 do CPC ao conhecer de embargos infringentes manejados contra acórdão unânime e confirmatório de sentença.

Alega, mais, nulidades na sua notificação pelo agente fiduciário da Caixa Econômica Federal, em violação ao disposto no art. 31, § 2º, do Decreto-Lei nº 70/66 e nos artigos 214, 215, 226, 227, 231, 232, 530 e 565 a 795, todos do CPC, que preconizam o esgotamento das diligências no sentido de localizar o devedor, para só então notificá-lo por edital.

Sustenta, ainda, a inconstitucionalidade do referido Decreto-Lei nº 70/66.

Em sede de medida cautelar inominada (MCPL 2197/PE), apensa aos autos desta rescisória, deferi o pedido liminar para suspender os processos de execução nº 94.0800115-0 e nº 94.0800752-4, que tramitam perante o Juízo da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco (fls. 576/577 da cautelar).

A Caixa Econômica Federal (fls. 412/424), ré aqui e no processo de origem, argúi a inépcia da inicial por inexistirem violação a literal disposição de lei e erro de fato no acórdão impugnado, e, no mérito, refuta as alegações autorais, requerendo a condenação da parte autora nas sanções do art. 18 do CPC.

A digna Procuradoria Regional da República opina pela procedência do pedido inaugural (fls. 492/502).

É o relatório.

À revisão.

Observe a Subsecretaria do Plenário que a presente rescisória e a medida cautelar acima mencionada deverão ser incluídas na mesma pauta de julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Egrégio Plenário.

A CEF argúi a inépcia da inicial por inexistirem violação a literal disposição de lei e erro de fato no acórdão impugnado, contudo, percebe-se claramente que a preliminar confunde-se com o mérito da causa propriamente dito. Mas, antes de analisá-lo, será preciso historiar um pouco do que ocorreu na ação de origem.

A sociedade Gregório Ramos e Cia. Ltda. moveu ação contra a Caixa Econômica Federal visando à anulação do leilão extrajudicial de imóvel de sua propriedade, hipotecado em contrato de crédito imobiliário.

A sentença que julgou procedente o pedido da empresa desafiou apelação interposta pela Caixa Econômica (AC 167477/PE), mas a egrégia Segunda Turma manteve a sentença.

Irresignada, a CEF manejou embargos infringentes contra o acórdão turmário, os quais foram conhecidos e providos pelo Plenário.

É a decisão dos embargos infringentes que a empresa pretende rescindir, pelos seguintes motivos:

1) Da suposta violação ao art. 530 do CPC, consistente na admissão de embargos infringentes contra acórdão unânime, confirmatório de sentença:

A autora se apega à certidão de fl. 349, que diz “a Turma, à unanimidade, rejeitou preliminar de intempestividade e no mérito, também à unanimidade, negou provimento à apelação e ao recurso adesivo”.

Mas a proclamação do julgamento foi retificada de ofício pela egrégia Segunda Turma, como se vê na ata de fls. 353, *verbis*:

A egrégia Segunda Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: Retificação da proclamação do julgamento aprovada, à unanimidade, nos termos seguintes: “A Turma, à unanimidade, rejeitou a preliminar, e, no mérito, **por maio-**

ria de votos, negou provimento à apelação e ao recurso adesivo, nos termos do voto condutor do Exmo. Sr. Juiz Lázaro Guimarães, que lavrará o acórdão. Vencido o Exmo. Sr. Juiz Relator”.

Mais: o Desembargador Federal Lázaro Guimarães lançou nos autos o seu voto-condutor (fls. 354/355), deixando evidente a divergência havida na sessão de julgamento, findando vencido o relator, Desembargador Petrúcio Ferreira, e vencedores os Desembargadores Lázaro e Araken. O acórdão foi, portanto, majoritário.

Além disso, a limitação dos embargos infringentes às hipóteses de reforma da sentença, em sede de apelação, ou de procedência da ação rescisória, só foi inserida no CPC pela Lei nº 10.325/01, que entrou em vigor três meses após a data da sua publicação, nos termos do art. 2º do mesmo diploma legal.

Vale dizer que, publicada no *DOU* de 27.12.2001, a **Lei nº 10.325/01 entrou em vigor em 28.03.2002**.

Como, no caso dos autos, **os embargos foram protocolados em 15.02.2002** (fl. 370), isto é, antes da entrada em vigor da lei modificativa do art. 530 do CPC, não há falar, portanto, em violação da citada norma, pois, na sua versão antiga, a mera divergência autorizava o manejo dos infringentes.

2) Das supostas nulidades na notificação do devedor pelo agente fiduciário da Caixa Econômica Federal, em violação ao disposto no art. 31, § 2º, do Decreto-Lei nº 70/66 e nos artigos 214, 215, 226, 227, 231, 232, 530 e 565 a 795, todos do CPC:

A autora levanta supostas nulidades na sua notificação editalícia (ocorrida em 27.02 e 13.03.1995, cf. fls. 448/450) pelo agente fiduciário da CEF – a APERN S.A. Crédito Imobiliário –, em desconformidade com o disposto nos arts. 214, 215, 226, 227, 231 e 232 do CPC e no § 2º do art. 31 do Decreto-Lei nº 70/66, que, em resumo, preconizam o esgotamento das diligências no sentido de localizar o devedor, para só então notificá-lo por edital.

Nesse sentido, alega que não bastaria a certidão exarada pelo oficial do Cartório do Primeiro Ofício da Comarca de Petrolina, no sentido de que o imóvel onde funcionava a sede da empresa encontrava-se fechado (fl. 70v).

Seria necessário, segundo a autora, intimar os sócios da empresa por hora certa, ou verificar na Junta Comercial ou nos atos constitutivos da empresa os endereços dos seus sócios e/ou diretores; o sócio Ranilson Brandão Ramos, por exemplo, deveria ser procurado na Assembleia Legislativa, pois era Deputado Estadual; por sua vez, o sócio Gregório Freire Ramos era vizinho da agência da CEF em Petrolina/PE.

Não é bem assim.

Parece-me impertinente *in casu* a evocação de preceitos do CPC que estabelecem diligências para as comunicações processuais, pois a execução extrajudicial dos créditos hipotecários para a aquisição de imóveis é procedimento disciplinado pelo DL nº 70/66, de modo que a aplicação de normas gerais, como as do CPC, deve ficar restrita a eventuais hipóteses de omissão ou lacunas, inexistentes na norma especial.

Com efeito, o art. 31, §§ 1º e 2º, do DL nº 70/66 dispõe que, no caso de não se encontrar o devedor, o oficial do cartório competente deverá certificar o fato, desse modo, autorizando o agente fiduciário a promover a notificação editalícia. Veja-se o teor da norma em exame:

Art. 31. Vencida e não paga a dívida hipotecária, no todo ou em parte, o credor que houver preferido executá-la de acordo com este decreto-lei formalizará ao agente fiduciário a solicitação de execução da dívida, instruindo-a com os seguintes documentos:

(...)

§ 1º Recebida a solicitação da execução da dívida, o agente fiduciário, nos dez dias subseqüentes, promoverá a notificação do devedor, por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, concedendo-lhe o prazo de vinte dias para a purgação da mora.

§ 2º Quando o devedor se encontrar em lugar incerto ou não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo, então, ao agente fiduciário promover a notificação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local, ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária.

Ademais, não vejo rigor excessivo no dispositivo acima, que se justifica diante do fato de que, tratando-se invariavelmente de

partes vinculadas por contrato, cabe a elas, de boa fé, informar à outra parte contratante sobre o encerramento das suas atividades ou qualquer mudança de endereço, o mesmo valendo para os seus sócios e/ou diretores.

3) Dos alegados abusos praticados pela Caixa Econômica Federal, para impedir a autora de solver a dívida, no prazo do § 1º do art. 31 do DL nº 70/66:

A autora alega à fl. 04 da inicial que, em 11.04.1994, logo depois de ter sido notificada para purgar a mora, teria pactuado com a CEF o parcelamento da dívida, e depois ajustado com o mesmo banco a liquidação do saldo devedor com o produto da venda do imóvel mediante contrato de cessão de direitos e obrigações (“contrato de gaveta”) celebrado com José Cleomatson Cruz (fl. 52), o que impediria o agente financeiro de executar a hipoteca.

Diz, ainda, que os depósitos efetuados pelo Sr. José Cleomatson foram bloqueados pela Justiça Federal nos autos do processo de execução nº 94.0800115-0, movido pela Caixa, impossibilitando o cumprimento do suposto ajuste feito com a CEF, além de gerar a cobrança do mesmo débito em duplicidade.

Pois bem. A autora não trouxe aos autos nenhuma prova ou indício de que a Caixa tivesse anuído à proposta de acordo do dia 11.04.1994 ou aceitado em pagamento os depósitos efetuados pelo Sr. Cleomatson. Também não há prova de que o “contrato de gaveta” foi cumprido, isto é, que o cessionário tivesse efetivamente realizado os depósitos pactuados com a empresa autora.

Quanto à alegada duplicidade da execução extrajudicial com a do processo nº 94.0800115-0, a autora requereu medida cautelar (MCPL nº 2.197/PE) para sustar a execução judicial no sentido de assegurar o resultado útil desta rescisória (fls. 576/577).

É bem verdade que, diante do despacho da Juíza da execução nº 94.0800115-0, no qual ela havia deferido, em favor da CEF, a liberação dos valores bloqueados, concedi a liminar, mas, no curso da instrução processual, na cautelar e nesta rescisória, a autora nada mais juntou acerca do referido processo de execução.

Apenas para não deixar a questão em aberto, verifiquei no portal da SJ/PE que o aludido processo nº 94.0800115-0 refere-se a execução de contrato de crédito rotativo, do que se infere que nada tem a ver com a dívida subjacente à execução ora impugnada, que é de crédito hipotecário.

Dessarte, a autora não comprovou, nem sequer trouxe indícios sérios, de que a CEF tenha dado prosseguimento à execução extrajudicial a despeito dos “esforços” da empresa em parcelar ou pagar a dívida.

Aliás, a Caixa Econômica Federal aguardou quase dois anos desde o último pagamento efetuado pela autora, isto é, em 27.12.1991, para, só em 20.12.1993 (fl. 446), valer-se do Decreto-Lei nº 70/66. Isso sem contar o fato de que, antes da proposta de parcelamento feita pela autora, em abril de 1994, a empresa havia renegociado o débito em 1989 e 1991, incorrendo, em ambos os casos, em inadimplência, como se depreendo do histórico da dívida traçado pela CEF às fls. 63/64:

Em 30.04.87 a ré/CEF concedeu um empréstimo à autora, através do sistema hipotecário, tendo, conforme dito alhures, como garantia real (hipoteca) o imóvel situado à Av. Souza Filho, nº 605, Centro, Petrolina-PE (...).

Ocorre, Excelência, que, logo com o vencimento das primeiras prestações, a autora já deu sinal de que era má pagadora. É que do pacto inicial foram pagas apenas 3 (três) prestações – mai./jun./jul./87 – levando a CEF, em 17.06.88, a encaminhar, pela primeira vez, o contrato para execução extrajudicial.

Dita execução, entretanto, foi suspensa em 15.09.89 por força de uma renegociação, ocasião em que ficou pactuado que o débito seria pago em 72 (setenta e dois) meses. Atente V.Exa. que o prazo total de retorno do empréstimo, que era de 2 (dois) anos, foi dilatado para 6 (seis) anos.

Ainda assim, não obstante a CEF/ré ter triplicado o prazo do negócio inicialmente firmado com a autora, esta, uma vez mais, não honrou o compromisso, fazendo com que, novamente, em 08.02.91, o contrato fosse levado à execução extrajudicial, não sendo concluída, dita execução, em face da outra renegociação efetivada pela autora em 20.06.91.

Assim, a autora pagou as prestações até 27.12.91 (última prestação paga), incorrendo, a partir dessa data, em larga e inaceitável inadimplência.

Nessa razão, após inúmeras tentativas de receber o que lhe era devido, inclusive remetendo correspondências à autora, a CEF, enfim, fez uso, através do agente fiduciário (Decreto-Lei 70/66 - art. 30), da execução extrajudicial.

Em suma, apesar de ter conhecimento da dívida, a parte autora não manifestou, até hoje ou, ao menos, até a assinatura do auto de arrematação do imóvel (art. 34 do DL nº 70/66), a intenção de, **efetivamente**, purgar a mora.

E digo mais. Ainda que a notificação editalícia em exame estivesse contaminada por alguma irregularidade, disso não adviria prejuízo injusto à autora (*pas de nullité sans grief*), pois cumpriu-se a finalidade do ato, que era, nos termos do art. 31 do DL nº 70/66, informar o devedor da existência da dívida para que, no prazo de vinte dias, pudesse purgar a mora e manter a propriedade do imóvel.

No caso, é evidente que a autora sabia da existência da dívida, e da intenção da CEF de executá-la, tanto assim que, em 11.04.94, pouco depois da publicação do edital, tentou, pela terceira vez, postergar a inevitável execução extrajudicial do contrato (fls. 56).

4) Inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/66:

A autora alega a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/66, que privaria o devedor do procedimento de execução judicial previsto no Livro II do CPC.

Todavia, a constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial é tema pacificado nas Cortes do país, com base no entendimento do STF no RE 223.075-DF, relator o Ministro Ilmar Galvão (*DJ* 06.11.98).

Não procede, ademais, o argumento de que toda execução deve ser processada judicialmente, como quer a autora, pois o DL nº 70/66 criou mecanismo especial e excepcional, que prestigia o interesse social na liquidez dos contratos de crédito imobiliário, entre os quais se situam os mútuos regidos pelas normas do Sistema Financeiro de Habitação.

Além disso, o controle judicial deste procedimento não é afastado, mas apenas adiado, pois o aludido decreto-lei estabelece que o arrematante deverá recorrer a juízo para se imitar na posse do imóvel, com oportunidade de defesa para o executado e possibilidade de anulação não só da arrematação como de toda a execução (art. 37 e §§ do DL nº 70/66).

Com tais considerações, não vejo, no acórdão ora impugnado, os erros e as violações a dispositivos de lei alegados pela autora.

No que se refere ao pedido de condenação do demandante nas sanções do art. 18 do CPC, formulado pela CEF (ré), tenho que não está configurada a litigância de má-fé, porquanto não demonstrado que a conduta da parte autora incorreu em qualquer das hipóteses do art. 17 do CPC.

Tudo isto posto, julgo improcedentes os pedidos formulados nesta rescisória e na MCPL nº 2.197/PE, em apenso, cancelando, ainda, os efeitos da liminar que concedi nos autos da cautelar.

Condeno a parte autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais, com fundamento no art. 20, § 4º, do CPC, fixo no valor de R\$ 1.000,00.

Reverta-se o depósito em favor do réu.

É como voto.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 6.095-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Autor: REGIVALDO FRANCISCO DOS SANTOS
Ré: UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. LISELE SANTOS GARCIA E OUTROS (AUTOR)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA EM VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 485,

V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 343 DO STF. AFASTAMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. EXIGÊNCIA DE O AGENTE PÚBLICO TER AGIDO OU SE OMITIDO EM TAL QUALIDADE. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. NECESSIDADE DO REEXAME DE PROVAS. SITUAÇÃO QUE NÃO SE COMPATIBILIZA COM A RESCISÓRIA. PRECEDENTE DO STF.

- É entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça que a aplicação da Súmula 343 do STF se cinge às situações em que a controvérsia gira em torno da legislação federal e não quando a incompatibilidade de normas se refere à Constituição Federal, em virtude da supremacia jurídica desta última.

- Hipótese em que o autor da ação alega violação ao parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal, que preconiza a responsabilidade objetiva do Estado. Afastamento da aplicabilidade da Súmula 343 do STF.

- Rescisória fundamentada no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, exige afronta direta a dispositivo de lei.

- Dispositivo que se aponta como violado: artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que preconiza a responsabilidade objetiva do Estado.

- Responsabilidade objetiva do Estado que presuppõe a atuação do agente público, por ação ou omissão, em tal qualidade. Doutrina e jurisprudência consentâneas.

- Acórdão rescindendo que entende que o agente causador direto do dano o praticou fora de sua qualidade de agente da União, razão pela qual excluiu a responsabilidade da Administração Pública.

- Necessidade de reexame do conjunto probatório. Incompatibilidade com a rescisória, que não admite o reexame de provas. Precedente do STF.

- Pedido da ação rescisória que se julga improcedente. Ausência de condenação em honorários advocatícios, em virtude de ser o autor da ação beneficiário da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão plenária, realizada nesta data, por maioria, julgar improcedente o pedido rescisório, nos termos do voto do Relator e do que consta nas notas taquigráficas que ficam integrando este julgado.

Recife, 16 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Cuida-se de ação rescisória proposta por REGIVALDO FRANCISCO DOS SANTOS, qualificado na exordial, em face da UNIÃO, visando desconstituir acórdão da Segunda Turma deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região, da lavra do Juiz Federal EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR, convocado em substituição a este Relator, nos autos da Apelação Cível 379388/SE, ementado *verbis*:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DE SENTENÇA REJEITADA. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. DISPARO DE ARMA DE FOGO EM QUARTEL. DANO CAUSADO POR FATO DE TERCEIRO. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA UNIÃO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO ÀS QUAIS SE DÁ PROVIMENTO.

- Sentença que concede indenização por danos materiais quando o autor pleiteia indenização por danos à saúde não se reputa *extra petita*, portanto, não é nula.

- A despeito do episódio ensejador do dano ter ocorrido aos 04/12/1996, tendo sido o apelado licenciado *ex offi-*

cio, como apto, aos 03/05/1999, e se constatando as sequelas do fato efetivamente somente aos 18/11/2002, deve-se contar o prazo de prescrição a partir desta data.

- Ação proposta aos 11/12/2003. Prescrição incorrente.
- Tendo o causador direto do dano praticado o ato fora de sua qualidade de agente da União, não se vislumbra a responsabilidade da Administração Pública no evento danoso. Fato de terceiro.
- Não é razoável se pensar que o militar deva revistar outro para adentrar nas dependências do quartel onde serve. Inexistência da caracterização de negligência do agente a quem, eventualmente, incumbia a vigilância do quartel.
- Ausência de responsabilidade da União.
- Remessa oficial e apelação às quais se dá provimento.¹

Fundamenta o autor a rescisória no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, e o dispositivo que aponta violado é o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal, que consagra a responsabilidade objetiva do Estado.

Neste sentido, sustenta ser inaplicável à hipótese o enunciado da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em virtude de se discutir matéria não controvertida e de índole constitucional.

Alega que foi vítima de acidente, por disparo de arma de fogo, no interior do alojamento de cabos e soldados do Quartel do 28º Batalhão de Caçadores com sede em Aracaju/SE, durante o expediente castrense; que o laudo confirmou o evento assinalando que não houve imperícia, imprudência, negligência ou transgressão disciplinar de sua parte; que ficou com seqüela de ferimento na cabeça e que o relator do acórdão rescindendo malferiu o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal ao entender, sem registro de prova nos autos, que o causador direto do dano, a despeito de também ser militar, não praticou o ato na qualidade de agente da União, tratando-se de desavenças entre particulares.

¹ Acórdão fl. 20, de 06/03/2007, por maioria. Participaram do julgamento: Desembargador Federal PETRUCIO FERREIRA e os juízes EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR (em substituição a este Relator, por motivo de férias) e ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO (convocado em substituição ao Desembargador NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, por motivo de férias).

Com tais alegações, requer que seja julgada procedente a ação a fim de se rescindir o mencionado acórdão, confirmando em sua integridade a sentença que lhe foi favorável. Requer também os benefícios da justiça gratuita, nos moldes da Lei nº 1.060/50, e que sejam requisitados os autos do processo de indenização nº 2003.85.00.008500-0, atribuindo à causa o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Em sua contestação, a UNIÃO suscita a inocorrência de violação de lei e diz que permitir o manejo da ação rescisória para o simples reexame do substrato fático-probatório é transformá-la em recurso ordinário, o que tem sido rechaçado pela jurisprudência. Suscita, ainda, prescrição, em virtude de o acidente sofrido pelo autor ter ocorrido no dia 4 de dezembro de 1996, enquanto a ação ordinária data de 11 de dezembro de 2003 e nulidade processual, por considerar a sentença *extra petita*. Por fim, aduz a ausência de direito à indenização vindicada, considerando que a responsabilidade objetiva da União se caracteriza quando o agente público, ao causar o dano, esteja agindo nesta condição, o que não é o caso, em virtude de que o disparo foi motivado por desentendimento pessoal.²

Na réplica, o autor renova os argumentos aduzidos na exordial.³

Parecer do *Parquet* no sentido da rejeição do pedido.⁴

É o relatório.

Submetam-se os autos ao eminente revisor (Regimento Interno do TRF da 5ª Região, artigo 29, II).

VOTO

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

Examino, primeiramente, a questão da incidência ou não da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal à hipótese dos autos.

² Fls. 38-46.

³ Fls. 59-65.

⁴ Fls. 74-80.

A Súmula 343 do STF preconiza que:

Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

É entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça que a aplicação da Súmula 343 do STF se cinge às situações em que a controvérsia gira em torno da legislação federal e não quando a incompatibilidade de normas se refere à Constituição Federal, em virtude da supremacia jurídica desta última.

Na hipótese, o autor da ação alega violação ao parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal, que preconiza a responsabilidade objetiva do Estado.

Portanto, não cuidando a controvérsia de incompatibilidade de normas infraconstitucionais, é de se afastar a aplicabilidade da Súmula 343 do STF à hipótese trazida à colação.

Passo então ao exame do mérito da rescisória.

A ação rescisória está fundamentada no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, que autoriza a rescisão de julgado que viola literal disposição de lei.

Nestes exatos termos, justifica-se o *judicium rescindens* quando a decisão questionada afronta diretamente norma jurídica, ou seja, quando resta patente a violação.

Quando ocorre de se adotar uma interpretação da norma jurídica dentre várias que se revelam possíveis, o entendimento eventualmente contrário à pretensão da parte não se reputa como violador de literal disposição de lei.

Na situação delineada nos autos, o dispositivo de lei tido pelo autor como violado pelo acórdão rescindendo é o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, que dispõe:

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

Em tal dispositivo, o legislador constituinte elege como pressuposto da responsabilidade objetiva do Estado a ocorrência de danos causados por seus agentes em tal qualidade. Note-se que não basta a qualidade de agente público, mas a atuação do agente público em tal qualidade.

A propósito, doutrina HELY LOPES MEIRELLES:

O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa.⁵

[...]

O que a Constituição distingue é o dano causado *pelos agentes da Administração* (servidores) dos danos ocasionados por *atos de terceiros* ou por *fenômenos da Natureza*. Observe-se que o art. 37, § 6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração *pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros*. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o *risco administrativo* da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares.⁶

Este entendimento é perfilhado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, como se exemplifica, *verbis*:

1. A 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes da morte da filha da autora no episódio conhecido como “Chacina de Vigário Geral”, concluiu pela responsabilidade do Estado pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, nos seguintes termos:

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes - Direito Administrativo Brasileiro. 18ª ed. atualizada por EURICO DE ANDRADE AZEVEDO, DÉLCIO BALESTERO ALEIXO e JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 02-1993, p. 559.

⁶ Ob. cit. - id. ib. 560.

“RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. FATO NOTÓRIO. ART. 334, I, DO CPC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 37, PARÁGRAFO 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CHACINA DE VIGÁRIO GERAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. [...]. 7. Ressalte-se, também, que a afirmativa de que os policiais não estavam em serviço não retira a qualidade de agente público; nesse sentido, veja-se o RE 160.401/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime, *DJ*04.6.99, cujo acórdão está assim ementado: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CF, art. 37, § 6º. I. Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial-militar que o soldado foi corrigir as pessoas. **O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da CF, não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público.** II. - R. E. não conhecido”. Assim, verifica-se que a Corte de origem aplicou entendimento perfilhado nesta Corte segundo o qual, nos termos do art. 37, § 6º, da Carta Magna, uma vez estabelecido o nexo de causalidade entre a conduta ou omissão de agente do poder público e o prejuízo sofrido pela autora, as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviço público respondem objetivamente pelos atos. Cito, nesse sentido, o AI 666.253/SC, Rel. Joaquim Barbosa, pub. *DJE* 04.8.2008 e o RE 272.839/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, *DJ* de 08.4.2008, dentre outros. [...]. 9. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (CPC, art. 557, *caput*). Publique-se. Brasília, 8 de maio de 2009. Ministra Ellen Gracie, Relatora⁷.

O acórdão rescindendo entendeu que o agente causador direto do dano o praticou fora de sua qualidade de agente da União, razão pela qual excluiu a responsabilidade da Administração Pública.

⁷ Decisão monocrática de 08/05/2009, da Min. ELLEN GRACIE, no RE 554059/RJ, pub. *DJe* - 091, divulg. 18/05/2009, public. 19/05/2009. Os negritos não estão no sítio do STF.

Logo, não há que se cogitar de violação literal à disposição do parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

Por outro lado, rever o acórdão rescindendo para desconstituí-lo, por concluir que existiria a responsabilidade da União de indenizar o autor da ação, em virtude de não haver registro de provas nos autos de causa excludente de tal responsabilidade, como pretende o autor, exigiria o reexame do conjunto probatório.

Todavia, na ação rescisória, não se permite o reexame de provas.

Neste sentido, também já decidiu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

PARA REEXAME DE PROVA NÃO É ADMISSÍVEL A
AÇÃO RESCISÓRIA, POR OFENSA A LITERAL DISPO-
SIÇÃO DE LEI.⁸

Com tais considerações, julgo improcedente o pedido rescisório.

Deixo de condenar o autor em verba honorária advocatícia, em virtude de ser beneficiário da justiça gratuita (fl. 37).

É como voto.

⁸ Ementa de ac. do STF, no AI 32930, Rel. Min. Victor Nunes, pub. *DJ* 10-09-1964, p. 3262.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 6.135-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Autores: CÍCERO PAES FERRO E ELADJA CLEIDE DA ROCHA FERRO
Réus: FAZENDA NACIONAL, GILMAR DE ANDRADE COSTA E GEORGINA NEPOMUCENO TARGINO DE ANDRADE COSTA
Advs./Procs.: DRS. ALBERTO BRAGA DE GÓES E OUTRO (AUTORES)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, IX, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. IMPENHORABILIDADE DO BEM ARREMATADO. NÃO COMPROVAÇÃO. EXAME E VALORAÇÃO DA PROVA PELO ACÓRDÃO RESCINDENDO. ERRO DE FATO. INOCORRÊNCIA. PARCELAMENTO APÓS A ARREMATÇÃO. PRESERVAÇÃO DA BOA-FÉ DO ARREMATANTE. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS.

- O fato em torno do qual teria havido erro foi objeto de ampla controvérsia nos autos originários e de pronunciamento judicial conclusivo no acórdão impugnado, não tendo os autores se desincumbido do ônus de comprovar a impenhorabilidade do bem arrematado. Erro de fato não configurado no caso concreto, porque ausente o pressuposto de rescindibilidade do § 2º do art. 485 do CPC.

- A irresignação dos autores com a interpretação dada pela Turma julgadora às provas constantes dos autos originários não encontra amparo na via da rescisória, ação que, conforme jurisprudência pacífica dessa Corte, não se presta ao reexame do conjunto fático-probatório apreciado na decisão rescindenda.

- O parcelamento da dívida um mês após a assi-

natura do auto de arrematação não elide a boa-fé do arrematante.

- Ação rescisória e medida cautelar julgadas improcedentes. Agravo regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar improcedentes os pedidos formulados na ação rescisória e na Medida Cautelar 2577-AL, prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 11 de novembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se de ação rescisória proposta por Cícero Paes Ferro e Eladja Cleide da Rocha Ferro, com fundamento no inciso IX do artigo 485 do CPC, para desconstituir acórdão proferido pela egrégia Terceira Turma, nos autos da AC 363.7560-AL, que mereceu do Relator, o eminente Desembargador Paulo Gadelha, a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À ARREMATÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. EXISTÊNCIA DE DOIS IMÓVEIS RESIDENCIAIS. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE MENOR VALOR. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. No que diz respeito à impenhorabilidade do bem de família, quando constatada a existência de dois imóveis residenciais, a impenhorabilidade recairá apenas sobre o bem de menor valor, nos termos do art. 5º da Lei nº 8.009/90.

2. Para a caracterização do chamado bem de família é necessária a presença dos requisitos previstos nos arts. 1º e 5º do diploma legal suso mencionado.

3. *In casu*, as circunstâncias fáticas informadas na certidão do meirinho demonstram que há mais de um imóvel

utilizado como residência, o que implica apenas a impenhorabilidade do bem de menor valor.

4. Precedentes desta Corte e do TRF da 1ª Região.

5. Apelo improvido.

(AC nº 363.756/AL, 3.ª Turma, Rel. Des. Federal Paulo Gadelha, DJ03.10.2006).

De acordo com a petição inicial, o órgão julgador incorreu em erro de fato, decorrente de documentos da causa, pois teria considerado existente fato não efetivamente ocorrido, qual seja, a utilização de dois imóveis como residência pelos autores, um dos quais foi penhorado na execução fiscal originária, e depois arrematado.

Ambos os réus foram citados (fls. 228 e 232).

A Fazenda Nacional apresentou resposta às fls. 228/231, na qual arguiu a inépcia da inicial em face da impossibilidade jurídica do pedido e, no mérito, a improcedência da rescisória.

Em sua contestação (fls. 236/239), Gilmar de Andrade Costa e esposa, incluídos no polo passivo por terem arrematado o imóvel em questão, sustentam a inexistência de erro de fato no caso concreto.

Intimado para ofertar parecer, o Ministério Público Federal opinou pelo não cabimento da presente ação rescisória e, no mérito, pela sua improcedência.

Os autores também ajuizaram a ação cautelar em apenso (MCPL 2577-AL), na qual deferi medida para suspender os efeitos da arrematação até o julgamento desta rescisória (autos apensos, fls. 218-220 e 273-275).

É o relatório.

À revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Objetiva a presente ação rescisória desconstituir acórdão deste Tribunal que, julgando apelação de sentença de arrematação, incidental à execução fiscal nº 97.6834-0/AL em curso na 5ª Vara de

Alagoas, considerou regular a penhora e posterior arrematação realizada sobre imóvel situado no Condomínio Aldebaran Beta em Maceió. Segundo a exordial, esse imóvel é a única residência dos autores desde 1997, o que o caracteriza como bem de família, impenhorável a teor do artigo 5º da Lei nº 8.009/90.

Para os autores, o aresto rescindendo estaria fundado em erro de fato, pois os considerou residentes no imóvel situado na Estrada da Serraria, nº 136, em que pese a informação prestada pela Oficiala de Justiça às fls. 60/61, e também declaração do funcionário dos Correios que teria atestado a mudança deste endereço quando da tentativa frustrada de citação para pagamento do débito exequendo (fl. 56).

Pois bem.

Dá-se o erro de fato quando a decisão for fundada na suposição de um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato, e que o erro se evidencie dos autos ou de documentos da causa (art. 485, IX, § § 1º e 2º, do CPC).

Analisando os autos, verifico que a questão da utilização de dois imóveis como residência dos autores – ou apenas de um deles como sustentado na pela vestibular – foi objeto de discussão entre as partes no processo originário, e também de pronunciamento judicial, tanto na sentença de embargos à arrematação quanto na apelação cível ajuizada para sua reforma, tendo havido nas duas oportunidades, inclusive, oposição de embargos declaratórios pelos autores para sanar alegadas contradições nas decisões, todos rejeitados.

Com efeito, entendeu a Turma julgadora, analisando os elementos constantes dos autos, serem os autores proprietários e habitantes também do imóvel situado na Estrada da Serraria, avaliado por valor inferior ao do imóvel arrematado.

Veja-se, em suma, o que diz o item 3 da ementa do aresto rescindendo:

3. *In casu*, as circunstâncias fáticas informadas na certidão do meirinho demonstram que há mais de um

imóvel utilizado como residência, o que implica a impenhorabilidade do bem de menor valor.

Logo, o fato em torno do qual teria ocorrido erro foi objeto de ampla controvérsia e de pronunciamento judicial conclusivo no processo de que resultou a decisão atacada, não tendo os autores se desincumbido do ônus de provar a utilização de apenas um dos imóveis de sua propriedade como residência, no caso, o situado no condomínio Aldebaran.

Ausente, portanto, o pressuposto de rescindibilidade por erro de fato consagrado no § 2º do artigo 485 do CPC:

Art. 485

(...)

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

Na realidade, pretendem os peticionários utilizar a via da ação rescisória para o reexame substancial da juridicidade dos fatos e provas já apreciados no acórdão impugnado, prática rechaçada pela jurisprudência desta Corte Regional e do colendo Superior Tribunal de Justiça. Em outras palavras, é vedado o manejo dessa ação impugnativa para reparação de hipotética injustiça existente na sentença rescindenda em razão da má apreciação da prova, pois o art. 485 admite rescisória por erro de fato, não por erro de direito.

Nesse sentido, veja-se, por todos, este recente julgamento unânime do Pleno deste TRF:

ACÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS. INSUFICIÊNCIA DA PROVA MATERIAL E TESTEMUNHAL. EXAME DAS PROVAS PELO ACÓRDÃO RESCINDENDO. INEXISTÊNCIA DE ERRO DE FATO OU VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Havendo o exame e a valoração, pela decisão rescindenda, das provas carregadas aos autos originários, não há se falar em erro de fato, pois que sua ocorrência pressupõe a admissão de um fato inexis-

tente ou a ignorância de um fato efetivamente ocorrido, desde que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre ele.

2 - A irresignação com as conclusões do acórdão rescindendo acerca das provas constantes dos autos originários não encontra na ação rescisória sede própria, pois ela pressupõe a existência de pronunciamento judicial transitado em julgado, oriundo de um processo em que facultado o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório, com irrestrita utilização, pelo menos potencial, das vias recursais, onde cabível exaustiva discussão acerca do arcabouço probatório trazido a exame judicial.

3 - Improcedência da ação rescisória.

(AR 5688, Pleno, Rel. Des. Fed. César Carvalho (substituto), DJ 30/04/2009).

O caso é de não cabimento da ação rescisória, tendo em vista a controvérsia e pronunciamento detalhados e conclusivos sobre a questão de fato.

Mas, ainda que fosse possível vislumbrar a hipótese de reexame das questões fáticas trazidas pelos autores, haver-se-ia de reconhecer a insubsistência do pleito rescisório, uma vez que os documentos supostamente negligenciados pela Turma julgadora não são hábeis para alterar a conclusão a que chegou o acórdão impugnado.

Quer fazer crer a peça vestibular que “não fora, ainda, examinado documento CHAVE para o deslinde da questão, justamente uma declaração do funcionário dos Correios, quando afirmou que os autores não mais residiam no imóvel situado na Estrada da Serraria, nº 136, em Maceió, ou seja, fora oposto no verso da misiva de intimação: MUDOU-SE”.

Pretendem os autores induzir esta Corte a erro. Explico.

É que, além dos dois imóveis avaliados na execução fiscal em comento, os autores eram proprietários de um terceiro imóvel residencial na cidade de Maceió, localizado na Rua H, nº 22, loteamento Murilópolis, que foi objeto de alienação em 07.04.1998 – conforme registro de compra e venda de fls. 233/234 dos autos da medida cautelar em apenso. Nesse local residiram até 1995, como

eles próprios reconhecem às fls. 229/230 do procedimento referido.

Está explícito no documento a que aludem os autores – intimação postal para pagamento do débito da execução fiscal em comento – o endereçamento ao imóvel do loteamento Murilópolis, antiga residência de Cícero Paes Ferro ainda constante dos registros cadastrais da Receita Federal.

Dessarte, a devolução dessa carta intimatória em 01.12.1997 não comprova que o devedor principal mudou-se do imóvel da Estrada da Serraria – pois o documento a ele não se destina – tampouco que os peticionários residem desde então unicamente no imóvel arrematado, como argumenta equivocadamente a inicial: certifica apenas que na época o autor não mais habitava no imóvel da Rua H, nº 22, fato que prescindiu de pronunciamento judicial no aresto rescindendo por ser incontroverso.

A prova não foi “dispensada” pelo órgão julgador, como sustenta a demanda, apenas não é capaz de ilidir a presunção de residência dos autores em dois imóveis, conclusão a que chegou o aresto rescindendo, após apreciar detidamente o conjunto fático-probatório dos autos, especialmente a certidão da Oficiala de Justiça de fls. 60/61.

Nesse contexto, tendo em vista que o imóvel da Estrada da Serraria foi avaliado em R\$ 65.000 (sessenta e cinco mil reais) e o imóvel do Condomínio Aldebaran em R\$ 250.000 (duzentos e cinquenta mil reais), a manutenção da construção que recai sobre este último imóvel tem amparo no parágrafo único do art. 5º da Lei nº 8.009/90, também utilizado pela egrégia Terceira Turma no julgamento rescindendo:

Art. 5º. Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta Lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para a moradia permanente:

Parágrafo Único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, **ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor**, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil. (Grifei).

Resta enfrentar ainda a questão da inclusão do crédito exequendo no Programa de Parcelamento Especial (PAES), suscitada no agravo regimental interposto pelos autores contra decisão desta relatoria que negou pedido liminar de suspensão do arresto rescindendo na Medida Cautelar Incidental nº 2577 em apenso.

O pedido de reconsideração veio instruído com extratos comprovando que a União vem recebendo, desde agosto de 2003, pagamentos mensais referentes à amortização da mesma dívida cobrada na execução fiscal em que se operou a arrematação, cuja regularidade aqui se discute (fls. 267/268 da cautelar incidental).

Em face da iminência da imissão dos arrematantes na posse do imóvel em litígio, entendi temerário, na oportunidade, dar-se continuidade aos atos de execução de um débito que, no quadro limitado da cognição sumária, parecia não ser exigível em face da previsão do artigo 151, VI, do CTN.

Porém, após a concessão da liminar, sobreveio aos autos certidão da Procuradoria da Fazenda Nacional de Alagoas (fl. 273), informando que o requerimento de inclusão do débito exequendo formulado pelo autor, bem como sua homologação pelo Fisco, ocorreram em **20.08.2003**.

A informação é relevante, pois evidencia que o autor somente buscou regularizar sua dívida fiscal 1 (um) mês após a assinatura do auto de arrematação, momento em que o ato expropriatório já havia se consumado, a teor do artigo 694 do CPC:

Art. 694. Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado.

Com efeito, o imóvel penhorado foi arrematado em 16.07.2003 por Gilmar de Andrade Costa e esposa – corrêus na presente ação rescisória –, cumprindo-se regularmente os trâmites procedimentais até a assinatura do respectivo auto de arrematação pelo juiz da causa, em 23.07.2003. Ultrapassado esse momento, restou ao executado, ora autor, ajuizar os competentes embargos para desfazer a arrematação por alegada invalidade decorrente da impenhorabilidade do bem arrematado.

Ora, já foi amplamente noticiado nos autos que a 3ª Turma dessa Corte decidiu definitivamente pela improcedência dos citados embargos à arrematação por acórdão transitado em julgado que desafiou a presente ação rescisória. Logo, o procedimento expropriatório do patrimônio do ora autor é definitivo, sendo caso de prestigiar-se a boa-fé do terceiro, que, fundado na relação de confiança depositada no Poder Judiciário, órgão representativo da vontade do Estado, arrematou o imóvel ofertado em hasta pública.

Nesse contexto, o requerimento extemporâneo de adesão ao PAES formulado pelo autor, já que ultrapassada a fase de arrematação, não tem o condão de desconstituir o ato expropriatório, indiferente ao adquirente de boa-fé o fato de o parcelamento ter sido homologado pelo Fisco, mormente quando cumpridas pelo arrematante as condições de compra e venda acertadas quando da realização da praça.

Ressalvo, contudo, diante do efetivo recebimento de parcelas pela União a título de amortização de dívida fiscal já assegurada pelo produto da arrematação, a possibilidade de o autor intentar ação autônoma de repetição por pagamento duplicado ou mesmo por enriquecimento sem causa. De qualquer forma, os eventuais prejuízos dos autores não de ser resolvidos através de indenização por perdas e danos, à responsabilidade da União, nos limites em que se apurar, em momento próprio, que não é o presente. O arrematante, porém, à vista da condição de terceiro de boa-fé, está imune às circunstâncias e defesas pessoais eventualmente existentes entre devedor e credor.

Nessa direção a jurisprudência dessa Corte, do colendo STJ e do Tribunal Regional da 4ª Região, entendendo que subsistem os efeitos do ato executivo quanto ao adquirente de boa-fé na hipótese de parcelamento firmado em momento posterior à arrematação definitiva:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PARCELAMENTO. ARREMATÇÃO EFETIVADA. BEM DE FAMÍLIA. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA.

I - A simples formulação do pedido de parcelamento, nos termos da MP nº 2176-79/2001, depois convertida na Lei nº 10.522/2002, não induz qualquer efeito, a não ser o aba-

timento do débito pelo valor das parcelas que já estiverem pagas.

II - Apesar de o agravante ter declarado, pela *internet*, a sua intenção de aderir ao parcelamento, não há notícias quanto a sua admissão no programa. **Demais disso, o parcelamento foi realizado a destempo, porquanto o processo de execução já tinha ultrapassado a fase de arrematação.**

III - “Alegação de o imóvel penhorado na execução fiscal se constituir em bem de família, desacompanhada de provas, não serve para a desconstituição da penhora”. (AC 422971/RN, Quarta Turma, Rel. Des. Federal MARGARIDA CANTARELLI. Julg. 04/09/2007. Publ. DJ02/10/2007, p. 539).

IV - Agravo de instrumento improvido.

(AGTR nº 94122, Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli, DJ08/05/2009)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DETERMINAÇÃO DE ENTREGA DE BEM A ARREMATANTE EM LEILÃO JUDICIAL. ALEGAÇÃO DE PARCELAMENTO FISCAL LEVANTADA EM EMBARGOS À ARREMATÇÃO JULGADOS IMPROCEDENTES. INTERPOSIÇÃO DE APELO, SOMENTE RECEBIDO NO EFEITO DEVOLUTIVO. PARCELAMENTO FIRMADO APENAS 1 (UM) DIA ANTES DO LEILÃO. NÃO COMUNICAÇÃO DO FATO AO JUÍZO PROCESSANTE. MANIFESTA MÁ-FÉ DA AGRAVANTE, QUE SE OPÕE À BOA-FÉ DO ARREMATANTE.

1. Trata-se de agravo de instrumento em execução fiscal, interposto por empresa em face da decisão da lavra do Juízo *a quo* que, nos autos do processo originário, determinou a entrega ao arrematante de 79 m³ de álcool, tendo em vista leilão judicial realizado em 29 de maio de 2002, apesar de a recorrente alegar que requereu parcelamento do débito fiscal em 28 de maio de 2002, ou seja, 1 (um) dias antes do respectivo leilão. Aduziu, ainda, que o valor da arrematação foi irrisório.

2. A matéria foi levantada em sede de embargos à arrematação, julgados improcedentes pelo douto Juízo de primeiro grau, motivando a interposição de apelo.

3. A apelação em embargos à arrematação deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Precedente do STJ: AgRg no REsp 656811/SP, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, Tercei-

ra Turma, julgado em 16.11.2004, *DJ* 06.12.2004 p. 309.

4. Registre-se a manifesta má-fé da agravante, que apenas formulou o pedido de parcelamento na véspera do segundo leilão, sem sequer comunicá-lo ao Juízo processante. Realmente, a notícia do parcelamento apenas veio aos autos em manifestação do INSS posterior ao leilão, em 5 de junho de 2002 (fl. 126), denotando a incúria da agravante e a boa-fé do arrematante.

5. Agravo de instrumento conhecido, mas improvido. (AGTR nº 60269/AL, Segunda Turma, Rel. Des. Francisco Barros Dias, unânime, *DJ* 09/03/2009)

EMBARGOS À ARREMATACÃO. PREÇO VIL. NOVAÇÃO POR ADESÃO AO REFIS.

1. Não se configura preço vil na arrematação produzida em segunda praça por 65% do valor de avaliação, à míngua de elementos que provem objetivamente a alegação.

2. Ao tempo da arrematação a executada estava excluída do programa de moratória tributária REFIS. Sendo o crédito em execução fiscal plenamente exigível ao tempo da arrematação, a superveniente novação não tem o condão de obstar os efeitos da venda judicial. Preserva-se, nesse caso, a confiança e boa-fé do arrematante, em prestígio à seriedade dos procedimentos do Poder Judiciário.

3. A posterior reinclusão da executada no programa REFIS, e conseqüente reativação dos efeitos jurídicos da novação, não obsta a arrematação perfectibilizada enquanto exigível o crédito fiscal.

4. Os prejuízos da executada se resolvem em perdas e danos, a apurar frente ao exequente ou à administração tributária, inclusive com fundamento no enriquecimento sem causa, conforme se apurar em sede própria, que não é a dos embargos à arrematação.

(TRF4, AC 200272000149333, 2ª Turma, Rel. Des. Marcelo de Nardi, unânime, *DJ* 15/02/2006).

Com essas considerações, revogo a medida cautelar, julgo prejudicado o agravo regimental e improcedentes os pedidos formulados nesta rescisória e na MCPL 2577-AL, condenando a parte ao pagamento de honorários sucumbenciais no montante equivalente a 10 % sobre o valor dado à causa em cada um dos feitos acima (art. 20, § 3º, do CPC), devendo, ainda, reverter a importân-

cia do depósito inicial a favor dos réus, *pro rata*, nos termos do art. 494 do CPC.

Traslade-se cópia deste acórdão para os autos da MCPL 2577-AL.

É como voto.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 6.246-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Autora: UNIÃO
Réu: JUAREZ CESÁRIO DE OLIVEIRA
Adv./Proc.: DR. THÉLIO OSWALDO BARRETTO LEITÃO (RÉU)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. MILITAR. PROMOÇÃO. CABO PARA TERCEIRO SARGENTO. DECRETO 86.289/81. CRITÉRIO DA ANTIGUIDADE. REQUISITOS SATISFEITOS. ALEGAÇÃO DE INFRAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. INEXISTÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCISÓRIO.

- Discute-se a possibilidade de rescisão de acórdão, com fulcro no inciso V do art. 485 do CPC, que entendeu preenchidos pelo militar, ora réu, os requisitos do art. 2º do Decreto 86.289/81, e, conseqüentemente, assegurou-lhe, independentemente de vagas disponíveis, a promoção da graduação de Cabo para a de Terceiro Sargento, em face da declaração de nulidade do ato administrativo que o havia indeferido por vício quanto à forma (ausência de motivação), bem assim em razão de ter restado caracterizada a modalidade de promoção por preterição prevista no Decreto 4.853/03.

- A ausência de indicação expressa, na petição inicial, do dispositivo legal tido por violado pelo

acórdão rescindendo não constitui óbice à admissibilidade da ação rescisória, desde que seja possível identificar com segurança a norma que se entende contrariada. In casu, o art. 2º do Decreto 86.289/81. Preliminar de carência de ação afastada.

- Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo eleger uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos.

- O acórdão rescindendo, quanto ao preenchimento dos requisitos previstos no art. 2º do Decreto 86.289/81, analisou todo o conjunto probatório inserto nos autos e computou como tempo de efetivo serviço do militar a ensejar a sua promoção a Terceiro Sargento todo o período em que serviu como Praça e como Cabo, interpretação que não destoia dos princípios comuns da lógica valorativa, de sorte que não há como se enxergar a alegada e frontal impactação à literalidade dos atos normativos aplicáveis à espécie.

- Ação rescisória julgada improcedente, com fixação de verba honorária sucumbencial no valor de R\$ 1.000,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AR 6.246-AL, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Pleno do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Custas na forma da lei.

Recife, 2 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA
ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de ação rescisória proposta pela UNIÃO, com base no art. 485, V, do Código de Processo Civil, visando a desconstituir acórdão prolatado pela douta Quarta Turma que, confirmando sentença proferida no primeiro grau de jurisdição pelo juízo da 3ª Vara Federal de Alagoas, condenou o referido ente público a promover o ora réu, THÉLIO CESÁRIO DE OLIVEIRA, da graduação de Cabo para a de Terceiro Sargento, pedido este indeferido administrativamente sem qualquer justificativa, bem como a pagar as diferenças relativas aos meses ainda não prescritos, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora de 0,5% ao mês a partir da citação.

2. Eis a ementa do acórdão rescindendo lavrada pelo Desembargador Federal Convocado IVAN LIRA DE CARVALHO, cujo posicionamento foi acompanhado pelos Desembargadores Federais LÁZARO GUIMARÃES e MARCELO NAVARRO:

MILITAR. PROMOÇÃO. CABO A TERCEIRO SARGENTO. DECRETO 66.289/81.

1. O militar, na graduação de Cabo, que preencher todos os requisitos previstos no artigo 2º, incisos I a VI, do Decreto 66.289/81, tem direito à promoção para a graduação de Terceiro Sargento.

2. Apelação e remessa oficial improvidas. (Fl. 270).

3. Para a UNIÃO, a decisão rescindenda teria interpretado equivocadamente a parte final do art. 2º, I, do Decreto 86.289/81, porquanto considerou o tempo de serviço do réu desde a data em que é Praça e não a partir de sua graduação de Cabo; assim, ao seu ver, não restariam satisfeitos os requisitos previstos em lei e, muito menos, haveria que se falar em preterição a justificar a espécie de promoção deferida, já que os outros Cabos promovidos a Terceiro Sargento tiveram, para tanto, o tempo de efetivo serviço con-

tado na graduação de Cabo, e não em razão do somatório de todo o tempo de serviço (Praça e Cabo).

4. Sustenta que a promoção só poderia ser realizada observando-se o efetivo de Sargentos do Exército, estando, por conseguinte, condicionada ao número de vagas estabelecidas para Terceiros Sargentos Temporários.

5. Diz, ainda, que, no caso em tela, se a Administração indeferiu o pedido do réu, deferindo os de outros Cabos que tinham tempo de serviço menor do que o dele, o fez com base nas “*fichas de conceito*” de cada um, onde constatou que os promovidos, no cômputo geral, possuíam pontuação superior à daquele; assim, ao seu ver, ao contrário do que entendeu o acórdão rescindendo, a motivação do ato de indeferimento de promoção do demandado foi apresentada, pois, ao afirmar que o militar, ora réu, não se incluiu dentre o quantitativo de vagas ofertadas para a promoção, nos termos da legislação vigente, quanto à forma a ser adotada na avaliação que estabeleceu a classificação final, restou claro que o mesmo não superou, em quantitativo de pontos, os demais Cabos que ocupavam as vagas disponíveis.

6. Na sua contestação, o militar, ora réu, alega, preliminarmente, a carência da ação, por não ter sido especificado qual seria o dispositivo legal violado; e, no mérito, a inexistência de violação a qualquer dispositivo legal, pugnano pela manutenção do *decisum*.

7. O Ministério Público Federal opina pela improcedência do pedido rescisório em parecer da lavra sempre inspirada da eminente Procuradora Regional da República REGINA COELI CAMPOS DE MENESES, cuja ementa recebeu a seguinte dicção:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE EXPRESSA INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. PRELIMINAR AFASTADA. MÉRITO. MILITAR. PROMOÇÃO DE CABO A TERCEIRO SARGENTO. DECRETO 86.289/81. RESCISÓRIA COM FULCRO NO ART. 485, V. IMPOSSIBILIDADE DE SE DISCUTIR EM AÇÃO RESCISÓRIA O ACERTO DA DECISÃO RESCINDENDA OU REEXAME DE PROVAS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI. ATO QUE CONCEDE OU NÃO A PROMOÇÃO.

ATO VINCULADO. QUINZE ANOS DE EFETIVO EXERCÍCIO. CONTAGEM A PARTIR DO EFETIVO EXERCÍCIO NAS CARREIRAS DO EXÉRCITO E NÃO A PARTIR DA PROMOÇÃO À PATENTE DE CABO. COMPROVAÇÃO DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 2º DO DECRETO 86.289/81. DIREITO À PROMOÇÃO. PROMOÇÃO POR RESSARCIMENTO DE PRETERIÇÃO INDEPENDENTE DO NÚMERO DE VAGAS.

1. Na ação rescisória, a violação a literal disposição de lei é elemento que integra a causa de pedir, não caracteriza inépcia da inicial a ausência de indicação expressa pela parte autora do dispositivo legal tido por ela como violado.

2. Ação rescisória não é a via apropriada para a verificação do acerto ou da injustiça da decisão judicial rescindenda, ou ainda reexame de provas.

3. O ato administrativo que concede ou não a promoção é vinculado; o Decreto 86.289/81 elencou taxativamente os requisitos para concessão de promoção, não permitindo ao administrador várias opções de conduta, a análise da oportunidade e conveniência que compõem o mérito administrativo. Preenchidos os requisitos legais, conforme demonstrado por documentação probatória, impõe-se a concessão da promoção. O acórdão rescindendo, além de não ter violado dispositivo de lei, deu interpretação adequada à legislação vigente.

4. Promoção por ressarcimento de preterição, nos termos do Decreto 4.853/03, que independe de vagas para a sua concessão, não havendo que se falar em violação à lei.

5. Parecer pelo indeferimento do pedido de tutela antecipada e pela improcedência do pedido formulado na ação rescisória. (Fl. 477).

8. Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

9. É este o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT (Relator):

1. Inicialmente, tenho por afastada a preliminar suscitada pelo réu de carência da ação por ausência de indicação expressa do dispositivo legal tido por violado, porquanto, segundo o entendi-

mento do colendo Superior Tribunal de Justiça, tal hipótese não constitui obstáculo ao recebimento da petição inicial da ação rescisória, ajuizada com fulcro no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, quando for possível verificar qual artigo se entende contrariado, como ocorre na espécie, em que se alude à possível violação ao art. 2º do Decreto 86.289/81.

2. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DEPÓSITO. PRÉVIO. DESNECESSIDADE. ERRO DE FATO (ART. 485, IX, DO CPC). INOCORRÊNCIA. NÃO INDICAÇÃO EXPRESSA DO INCISO VII DO ART. 485 DO CPC. PRESCINDIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. JULGAMENTO. ADMISSIBILIDADE. CERTIDÃO DE CASAMENTO. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. CARACTERIZAÇÃO. DOCUMENTO NOVO PREEXISTENTE AO ACÓRDÃO RESCINDENDO. SOLUÇÃO *PRO MISERO*. ADOÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA PROCEDENTE.

(...).

III - Não obsta o julgamento da causa a ausência de indicação, de forma expressa, de violação ao inciso VII do artigo 485 da lei adjetiva civil, havendo fundamentação suficiente para se deduzir o pedido rescisório com alegação da existência de documento novo. **Ademais, é inadmissível que se impeça o acesso à jurisdição, desde que seja possível identificar com segurança as circunstâncias fáticas motivadoras da rescisão.**

(...).

V - Ação rescisória procedente. (AR 2.826-SP, 3ª Seção, Rel. Min. GILSON DIPP, DJU 21/08/2006).

EMBARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO RESCISÓRIA. FALTA DE INDICAÇÃO EXPRESSA DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL VIOLADO. URP DE FEVEREIRO DE 1989. ART. 485, V, DO CPC.

1 - A ausência de indicação expressa, na petição inicial, do dispositivo constitucional, desde que seja possível identificar com segurança a norma que se entende violada, não constitui óbice à admissibilidade da ação rescisória.

2 - Consoante entendimento firmado pelo STF e STJ, não

é devido o reajuste de 26,05% (fevereiro/89).

3 - Embargos Infringentes rejeitados. (EAR 465-PB, 3ª Seção, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ de 27/11/2000).

3. Ademais disso, como bem pontuou o *Parquet* Federal no parecer de fls. 477/487, *como a indicação do dispositivo violado integra a causa de pedir, havendo causa de pedir e um pedido que dela decorre, não há que se falar em inépcia da inicial.*

4. No mérito propriamente dito, portanto, o cerne da questão consiste em perquirir se o acórdão rescindendo, ao entender preenchidos pelo militar, ora réu, os requisitos do art. 2º do Decreto 86.289/81 e, conseqüentemente, assegurando-lhe a promoção da graduação de Cabo para a de Terceiro Sargento, em face da declaração de nulidade do ato administrativo que o havia indeferido por vício quanto à forma (ausência de motivação), teria (ou não) violado literal dispositivo de lei a ponto de merecer ser desconstituído com fulcro na hipótese prevista no inciso V do art. 485 do CPC.

5. O art. 2º do Decreto 86.289/81 se vê assim vazado:

Art. 2º - Serão promovidos a Terceiro Sargento os Cabos referidos no artigo anterior que satisfaçam aos seguintes requisitos:

I - possuam 15 (quinze) anos, ou mais, de efetivo serviço;

II - obtenham conceito favorável de seu Comandante, Chefe ou Diretor;

III - estejam classificados, no mínimo, no comportamento BOM;

IV - tenham sido aprovados no último "Teste de Aptidão Física", realizado imediatamente antes da data da promoção;

V - apresentem diploma de conclusão da 4ª Série do ensino do 1º Grau ou estudos equivalentes;

VI - não incidam em quaisquer outros impedimentos de acesso, em caráter temporário ou definitivo, estabelecidos no Regulamento de Promoções de Graduados, aprovado pelo Decreto 77.920, de 28 de junho de 1976.

6. De sua leitura, cumpre, *ab initio*, destacar a natureza do ato concessório da promoção em tela, qual seja, a de *ato administrativo de caráter vinculado*, no qual todos os seus elementos vêm

definidos na lei, não deixando à atuação administrativa margens de liberdade de decisão diante do caso concreto.

7. Na presente ação, sustenta a União Federal que o acórdão rescindendo deve ser desfeito por violação a literal dispositivo de lei, porquanto teria conferido interpretação elástica ao inciso I do aludido artigo, bem assim desrespeitado o número de vagas disponíveis à promoção em questão.

8. Ocorre que a violação a literal disposição de lei a que alude o art. 485, V, do CPC, deve ser frontal e indubitosa, impondo a demonstração explícita de que a decisão afastou-se do comando legal, seja interpretando a norma de maneira errônea, seja negando-lhe vigência.

9. *In casu*, o acórdão rescindendo, após averiguar o farto conjunto probatório inserto nos autos, concluiu pelo implemento das condições necessárias para a concessão da promoção e, diante da inexistência de motivação do indeferimento administrativo, decretou a sua nulidade, garantindo ao militar a sua promoção na modalidade de *em ressarcimento de preterição*, que toma vez independentemente da existência de vagas.

10. A primeira dessas condições necessárias é a que se encontra prevista no inciso I do Decreto 86.289/81, consubstanciada na exigência do militar *possuir 15 (quinze) anos, ou mais, de efetivo serviço*.

11. Como se vê, o referido dispositivo normativo não distinguiu, nem especificou, se, para a promoção a 3º Sargento, necessitava o Cabo possuir 15 anos, ou mais, de efetivo serviço na sua última graduação, não cabendo ao administrador, *ao meu modesto sentir*, interpretar restritivamente o alcance do preceito acima lançado.

12. Nesse sentido é a exegese assente nesta Corte Regional, do que é exemplo o paradigmático aresto abaixo transcrito:

ADMINISTRATIVO. MILITAR. GRADUAÇÃO CABO. PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE. TERCEIRO SARGENTO. DECRETO 86.289/81. REQUISITOS. TEMPO DE EFETIVO EXERCÍCIO. INTERPRETAÇÃO MAIS ABRANGENTE.
1. O Decreto 86.289/81, ao prever, em seu art. 2º, I, o

tempo de 15 anos, ou mais, de efetivo serviço, dentre os requisitos para promoção da graduação de Cabo para a de Terceiro Sargento, **não restringiu o alcance deste lapso temporal, a ponto de entender-se que o mesmo deveria recair integralmente no último posto em que se encontrasse o militar.**

2. Aquele que se encontre na graduação de Cabo do Exército e reúna os demais requisitos exigidos na legislação militar possui, em seu favor, direito subjetivo ao reconhecimento de sua promoção a Terceiro Sargento, desde quando satisfizesse os 15 anos de serviço efetivo nas carreiras do Exército, considerando esse período abrangente do tempo despendido pelo soldado no exercício castrense, em quaisquer graduações anteriores.

3. A correção monetária das diferenças pecuniárias decorrentes da promoção em apreço não deve ser realizada albergando índices inflacionários diferenciados, pois isto implicaria, conseqüentemente, em criar-se uma distinção não albergada pelo sistema constitucional, vez que os demais servidores públicos militares, ativos e inativos, receberam seus soldos e/ou proventos sem que fossem atualizados por tais índices; ademais, a correção monetária de débitos resultantes de decisão judicial faz-se a partir do ajuizamento da ação, a teor do parágrafo 2º do art. 1º da Lei 6.899, de 08.04.81.

4. No tocante aos juros moratórios, a orientação direcionada pelo novo Código Civil, no seu art. 406, prevê que 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 Pública, ou seja, no presente caso, em 1%, devidos a partir da citação.

5. Remessa oficial e apelo da União Federal improvidos. Apelação do militar parcialmente provida, mantendo-se a correção monetária nos moldes estipulados pelo douto Juízo Plancial, bem assim que a incidência dos juros moratórios se inicie com a citação válida. (AC 302.778-PE, Rel. para acórdão Des. Federal NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJU 21.09.05, p. 938).

13. Destarte, o acórdão rescindendo, ao entender satisfeito este primeiro requisito, computando como tempo de efetivo servi-

ço do militar o por ele desempenhado tanto como Cabo quanto como Praça, totalizando 19 anos, 3 meses e 7 dias até 10.02.2003, guiou-se pela orientação dominante nesta Corte, a qual, até para aqueles que não a considerem a melhor, é, sem dúvida alguma, uma das possíveis, o que finda por afastar a hipótese de rescisão do julgado com fulcro no inciso V do art. 485 do CPC.

14. O mesmo se diga quanto aos demais requisitos, que, segundo o acórdão rescindendo, também estariam satisfeitos, consoante fazem provas os documentos de fls. 39/40, que atestam o comportamento do militar como excepcional.

15. Por outro lado, vale ressaltar que o ato administrativo denegatório do pedido de promoção do militar, ora réu, silenciou quanto às razões de decidir, resumindo-se apenas a registrar: *não há amparo legal* (fls. 40).

16. Diante disso, o acórdão rescindendo, ao decretar a invalidade do ato, também é digno de ser mantido, pois a doutrina administrativista moderna já sedimentou diretriz com relação à necessidade de motivação dos atos administrativos, sejam eles vinculados, sejam eles discricionários, por constituir garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública, clamando ser a motivação o atributo do ato que permite a verificação, a qualquer momento, de sua conformidade com a lei, até mesmo pelos demais Poderes do Estado.

17. No tocante à necessidade de rescindibilidade do julgado em função da inobservância do número de vagas livres, pelo fato do réu não ter superado, em quantitativo de pontos, os demais Cabos que as ocuparam, tal alegação, *ao meu modesto ver*, não merece prosperar porque, no caso em apreço, restou caracterizada a promoção por ressarcimento de preterição, nos termos do Decreto 4.853/03, a qual, existindo justa causa e ***independentemente do número de vagas***, deve ser concedida.

18. Com efeito, como bem declinou o douto Juízo *a quo* na sentença de fl. 236, que foi mantida pelo acórdão rescindendo, *houve preterição, pois, conforme documentos colacionados pelo 59º Batalhão, em 2003, outros Cabos foram promovidos, alguns com até menos tempo de serviço do que o autor.*

19. Desse modo, conclui-se que a interpretação conferida ao tema pelo *decisum* que se pretende rescindir não destoa dos princípios comuns da lógica valorativa, de sorte que não há como se enxergar, *in casu*, a alegada e frontal impactação à literalidade dos atos normativos aplicáveis à espécie.

20. A respeito, traz-se à colação precedente do colendo Tribunal da Cidadania, cujos fundamentos ouso também utilizar como razões de decidir:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. INCISO III DO ART. 485 DO CPC. DOLO PROCESSUAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INCISO V DO ART. 485 DO CPC. LITERAL OFENSA A DISPOSITIVO DE LEI. VIOLAÇÃO DIRETA E ABERRANTE NÃO CONFIGURADA. INCISO IX DO ART. 485 DO CPC. ERRO DE FATO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL. MATÉRIA CONTROVERTIDA NA AÇÃO ORIGINÁRIA. NECESSIDADE DE REAPRECIAÇÃO DA PROVA. DESCABIMENTO NA VIA DA RESCISÓRIA.

(...).

2. É pacífico na jurisprudência e na doutrina que a ofensa a dispositivo de lei capaz de ensejar o ajuizamento da ação rescisória é aquela evidente, direta, aberrante, observada *primo oculi*, não a configurando aquela que demandaria, inclusive, o reexame das provas da ação originária.

(...).

4. A via rescisória não é adequada para a aferição da existência de injustiça do *decisum* rescindendo, tampouco para corrigir interpretação equivocada dos fatos, reexaminar ou complementar as provas produzidas no processo originário.

5. Recurso Especial conhecido e desprovido. (REsp 653.613-DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 15.06.09).

21. Isto posto, julgo improcedente o pedido rescisório, fixando verba honorária sucumbencial no valor de R\$ 1.000,00.

22. É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 82.315-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Agravados: MUNICÍPIO DO JABOATÃO DOS GUARARAPES - PE, AGÊNCIA ESTADUAL DE MEIO-AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS - CPRH, UNIÃO E MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

EMENTA: PROCESSO CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MUNICÍPIO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES-PE OBJETIVANDO A RENOVAÇÃO DE LICENÇAS AMBIENTAIS PARA CONSTRUÇÃO DE ESPIGÕES PARA CONTENÇÃO DO AVANÇO DO MAR EM SUA ORLA MARÍTIMA. LICENÇAS AMBIENTAIS REVOGADAS COM BASE EM RECOMENDAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. AUSÊNCIA DE FORÇA COGENTE NAS RECOMENDAÇÕES DO PARQUET. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA AÇÃO. DESCABIMENTO DA ATUAÇÃO DE MAIS DE UM MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO MESMO FEITO NA CONDIÇÃO DE CUSTOS LEGIS. ATUAÇÃO PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL ATRIBUÍDA POR LEI EXCLUSIVAMENTE AO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INTELIGÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA UNIDADE E INDIVISIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DEFESA DO MEIO AMBIENTE. TERRENOS DE MARINHA. ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. NULIDADE DOS ATOS PRATICADOS NO PROCESSO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA ATINENTE À LEGITIMIDADE AD CAUSAM E ADEQUADA INTERVENÇÃO DO PARQUET. PRECLUSÃO INOCORRÊNCIA. PROIBIÇÃO DE RETIRADA

DOS AUTOS DA SECRETARIA. INEXISTÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL PARA DEVOLUÇÃO DOS AUTOS EM 24 (VINTE E QUATRO) HORAS. IMPOSSIBILIDADE.

- Diferentemente do que sucede com as providências elencadas no art. art. 8º da Lei nº 75/2005 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), as recomendações expedidas pelo Ministério Público, com fundamento no art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar nº 75/2005, não impõem o cumprimento obrigatório por parte de seus destinatários. Precedentes: TRF5, AC 361845/RN, Rel. Des. Federal Marcelo Navarro, Quarta Turma, julgado em 17/6/2008, DJ 28/7/2008, p. 213; TRF4, AG 2005.04.01.056544-7, Terceira Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, DJ 23/08/2006.

- O Ministério Público não detém legitimidade para figurar no polo passivo de ação civil pública ajuizada por município contra entidade ambiental estadual, unicamente em razão de ter expedido recomendação para a cassação de licenças ambientais, seja porque não configurada qualquer das situações excepcionais em que se admite a atuação do parquet na condição de réu, seja porque, em matéria de direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), a legislação em vigor apenas confere ao Ministério Público e demais entes a legitimção ativa.

- Em face do princípio da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público, é incabível a atuação de dois ou mais membros da entidade no mesmo processo, na qualidade de custos legis, salvo em regime de substituição, muito menos quando membros de diferentes ramos divergem expressamente em busca de soluções contrapostas para a lide.

- Perante a Justiça Federal, atua o Ministério Público Federal, nos termos do art. 37, inciso I, da Lei Complementar nº 75/2005, estando a legitimação dos Ministérios Públicos de acordo com suas respectivas áreas de atuação em consonância com os princípios da unidade e da indivisibilidade. Precedentes.

- Cabe ao Ministério Público Federal atuar nas causas de competência da Justiça Federal tendo por objeto a defesa do meio ambiente em área situada em terrenos de marinha e seus acrescidos por serem bens da União sujeitos ao seu poder de polícia. Precedentes do STJ.

- Independentemente de ser ou não aplicável ao Ministério Público o art. 196 do Código de Processo Civil, a demora, ainda que excessiva na devolução dos autos não autoriza por si só a proibição de vista dos autos fora da Secretaria, exigindo-se, além disso, o não-atendimento à intimação pessoal para devolução dos autos no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Precedentes do STJ.

- Declaração de nulidade dos atos praticados no processo principal pelo Ministério Público Estadual por se tratar – a legitimidade ad causam e a adequada intervenção do Ministério Público – de matéria de ordem pública sobre a qual não incide preclusão.

- Agravo de instrumento provido para (I) determinar a exclusão do Ministério Público do Estado de Pernambuco do polo passivo da ação civil pública, (II) reconhecer como cabível unicamente a atuação do Ministério Público Federal na lide, na condição de custos legis, (III) declarar a nulidade dos atos praticados no processo principal pelo parquet estadual, e (IV) afastar a proibição de retirada dos autos do Cartório com vistas pelo Ministério Público Federal.

ACÓRDÃO

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

Recife, 17 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

1. Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo e de antecipação da tutela recursal, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra duas decisões proferidas nos autos da Ação Civil Pública nº 2005.83.00.010320-0, ajuizada pelo MUNICÍPIO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES/PE em face da AGÊNCIA ESTADUAL DE MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS - CPRH/PE e do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO - MPPE.

2. A aludida ação civil pública foi ajuizada perante a Justiça Federal em Pernambuco por ter o município autor considerado que a matéria discutida envolvia interesse da União. O pedido formulado na inicial daquela ação civil pública consiste na liberação de licenças ambientais revogadas supostamente em função de recomendação da 3ª Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania de Jaboatão dos Guararapes-PE, ou ainda a expedição de novas licenças para a retomada da construção de dois “espigões” destinados a contenção do avanço do mar sobre a área de praia situada no Município de Jaboatão dos Guararapes-PE.

3. No presente agravo de instrumento, o Ministério Público Federal alega inicialmente que, embora se tratasse de causa em que o *parquet* federal deveria funcionar, este só veio a receber vista dos autos dois anos após a propositura da ação, tendo, na opor-

tunidade, requerido: (a) a declaração de nulidade do acordo firmado entre o Município de Jaboatão dos Guararapes e o Ministério Público do Estado de Pernambuco por não ter esta atribuição para transigir sobre interesses difusos submetidos à jurisdição federal; e (b) a substituição/exclusão do MPPE da lide, tendo em vista as regras e princípios constitucionais que atribuem ao MPF a legitimidade para atuar perante a Justiça Federal.

4. Aduz que o MM. Juiz de primeiro grau, todavia, ao se pronunciar sobre tais pedidos, proferiu decisão entendendo que a demora na devolução dos autos – que estiveram em poder do MPF no período de 23/1/2007 a 20/8/2007 – indicava total descaso daquela instituição com a ação civil pública ajuizada, aplicando-lhe, em razão disso, a penalidade prevista nos arts. 196 e 197 do Código de Processo Civil, de modo a proibir terminantemente o Ministério Público Federal de retirar os autos da Secretaria. O magistrado de primeiro grau ainda teria consignado em sua decisão que, diante do princípio da unidade e indivisibilidade do Ministério Público, a atuação do Ministério Público Estadual seria admissível perante a Justiça Federal.

5. Sustenta o MPF que, com a vedação da retirada dos autos de cartório, deixou de ser intimado dessa decisão, vindo por esse motivo a apresentar nova petição reiterando os termos do pedido anterior. Além da reiteração dos pedidos anteriormente apresentados, teria o agravante, na ocasião, requerido sua habilitação no polo passivo da demanda, na condição de litisconsorte, bem como a intimação dos Municípios do Recife, de Olinda e de Paulista e da Agência CONDERM/FIDEM para que manifestassem interesse em integrar a lide, em face do termo de cooperação/convênio firmado no âmbito do projeto de monitoramento ambiental integrado do avanço do mar na Região Metropolitana do Recife.

6. Notícia que o Juiz do feito ao apreciar esses pedidos proferiu a segunda decisão agravada, indeferindo todos os pleitos ministeriais por considerar que o MPF não era litisconsorte necessário e que também não havia respaldo legal para a substituição de parte pleiteada.

7. Em face dessas decisões, o Ministério Público Federal interpôs o presente agravo de instrumento requerendo (a) a substi-

tuição do MPPE pelo MPF, no polo passivo da lide, com a decretação da nulidade do processo originário desde o início; ou (b) sucessivamente, a habilitação do MPF no polo passivo da ação, na condição de litisconsorte necessário; e (c) a revogação da decisão que, com fundamento no art. 196 do CPC, impediu a retirada dos autos da Secretaria pelo MPF.

8. Os fundamentos apresentados pelo Ministério Público Federal para a reforma das decisões agravadas podem ser assim resumidos:

- a. A ação civil pública apresenta vícios na formação da relação processual, inexistindo fundamento para inclusão de qualquer órgão do Ministério Público no polo passivo de ações civis públicas em razão da expedição de recomendações, que, diferentemente do que ocorre com as requisições de informações, não exige cumprimento obrigatório;
- b. A defesa do meio ambiente, no âmbito da jurisdição federal, em sede de ação civil pública, como parte ou *custos legis*, insere-se na funções institucionais do Ministério Público Federal, conforme previsto no art. 129, inciso III, da Constituição Federal; no art. 6º, inciso VII, *b*, XIV, *b*, da Lei Complementar nº 75/93 (LOMPU); nos arts. 1º, inciso I, e 5º, da Lei nº 7.347/85 (LACP) e no art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 (LPNMA);
- c. Caso não seja determinada a substituição/exclusão do MPPE, o Ministério Público Federal não pode ser impedido de atuar perante a Justiça Federal, em ação civil pública, seja como parte, seja como *custos legis*, tendo em vista a existência de interesses abstratos e concretos que justificam sua atuação;
- d. Diante da aparente contradição entre o art. 196 do CPC e do art. 18, inciso II, letra “h”, da Lei Complementar nº 75/2005 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), deve prevalecer esta última, tendo em vista tratar-se de lei especial e posterior ao dispositivo do CPC mencionado;
- e. Ainda que as disposições do art. 196 do Código de Processo Civil se aplicassem ao Ministério Público, não teria se verificado a condição necessária para a imposição da penalidade, uma vez que o MPF não foi formalmente intimado para devolver os autos no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

9. O eminente Relator à época deferiu, em parte, a liminar requerida no presente agravo para determinar a inclusão do MPF no polo passivo da ação civil pública e para afastar a sanção de que trata o art. 196 do CPC.

10. Contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco e pela União.

11. É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

12. A primeira questão que se coloca no presente agravo de instrumento é saber se o Ministério Público como órgão do Estado tem legitimidade para figurar no polo passivo da ação civil pública apenas por ter expedido a recomendação acolhida pela entidade ambiental estadual para revogação de licenças ambientais por ela concedidas visando à construção de “espigões” na orla do Município de Jaboatão dos Guararapes-PE.

13. Nesse desiderato, vale observar que o art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar nº 75/2005, ao dispor sobre a prerrogativa conferida ao Ministério Público de expedir recomendações, não estabeleceu cumprimento obrigatório a tais atos nem previu qualquer penalidade para o caso de não atendimento, diferentemente do que ocorreu como §§ 3º e 4º do art. 8º da aludida lei, que tratam respectivamente da obrigatoriedade e da responsabilidade do agente que deixar de atender às requisições do órgão ministerial.

14. Corroborando o entendimento de que as recomendações do Ministério Público não tem força cogente, destaco os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. RECOMENDAÇÃO. AUSÊNCIA DE COERCIBILIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. LIXO HOSPITALAR. COMPETÊNCIA. ATO ADMINISTRATIVO VÁLIDO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- O Ministério Público Estadual ou Federal, no cumprimento do seu mister, amparado nas normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes, pode fazer recomendações

que objetivem a proteção ou a reparação de danos ao meio ambiente.

- As recomendações feitas pelo Ministério Público, nos termos da Lei Complementar nº 75/93, não tem efeito coercitivo, não se justificando a intervenção judicial para promover a suspensão ou a anulação das referidas sugestões.

- O Município, ao editar legislação que fixa critérios para a coleta de resíduos hospitalares, não está usurpando competência da União uma vez que agiu em defesa do interesse local. Ademais, o previsto na referida lei se encontra em consonância com o disposto na Resolução nº 05/93 do CONAMA.

- Apelação a que se nega provimento.

(TRF5, AC 361845/RN, Rel. Des. Federal Marcelo Navarro, Quarta Turma, julgado em 17/6/2008, DJ 28/7/2008, p. 213)

AÇÃO CAUTELAR. RECOMENDAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. SUSPENSÃO DO CUMPRIMENTO.

- No caso dos autos, a decisão proferida pelo juízo a quo merece ser mantida, na medida em que não há a cogência apontada, tratando-se de mera orientação ou conselho, não havendo nenhuma medida sancionadora imediata, por parte do agravado, capaz de legitimar o interesse recursal do agravante.

(TRF4, AG 2005.04.01.056544-7, Terceira Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, DJ 23/08/2006)

15. Ora, não gozando as recomendações do Ministério Público de caráter obrigatório quanto ao seu cumprimento, falta-lhe, assim, legitimidade passiva para funcionar em ação civil pública ajuizada pelo ente municipal com vistas à renovação das licenças revogadas por entidade estadual responsável pelo licenciamento ambiental, ainda que com base em recomendação ministerial.

16. Anote-se, além disso, que a atuação do Ministério Público no polo passivo da ação civil pública só é admitida em situações excepcionais, consoante pontifica Hugo Nigro Mazzilli em sua obra *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 18ª edição, pág. 101:

Em matéria do zelo de interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), atualmente, a lei só confere ao Ministério Público e demais entes a legi-

timação ativa para substituir o grupo, categoria ou classe de lesados. Ressalvadas situações excepcionais, em que o autor da ação civil pública ou coletiva deva responder a uma pretensão da parte contrária (como quando de embargos à execução ou embargos de terceiro), a regra é a de que nenhum desses colegitimados à ação civil pública ou coletiva tem legitimação extraordinária para substituir o grupo lesado no polo passivo da relação processual. Isso afasta, nas ações civis públicas ou coletivas, até mesmo a possibilidade de reconvenção.

17. Apesar de, na hipótese dos autos, não caber a atuação do Ministério Público na condição de réu, deve-se admitir sua participação no feito na qualidade de fiscal da lei, em face do disposto no § 1º do art. 5º da Lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), a seguir transcrito:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

[...]

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

18. Nessa modalidade de participação, faz-se de todo desnecessária a intervenção de dois ou mais membros do Ministério Público no mesmo feito, ainda que do mesmo ramo, como bem ressaltou Hugo Nigro Mazzilli na obra citada, p. 93:

Assim, e em síntese, por vez, somente oficiará um membro do Ministério Público no feito, nele exercendo todas as atribuições da instituição, desde que, no caso, a função do Ministério Público seja em concreto indivisível. Naturalmente, não estamos aqui a nos referir à atuação sucessiva de membros da instituição, que é correta (quando de substituições o quando de atuação em instâncias diferentes); estamos a nos referir à regra de não-atuação de mais de um membro do Ministério Público simultaneamente no mesmo processo, salvo em caso de atuação conjunta e integrada.

19. Essa atuação conjunta e integrada a que se referiu o ilustre autor da obra, quando permitida, deverá, em princípio, ocorrer dentro do mesmo ramo do Ministério Público. É com base neste

fundamento que se rejeita a possibilidade de formação de litisconsórcio entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual. Veja-se, a propósito, o que expõe sobre o tema o Juiz Federal Eduardo Appio, em sua obra *A Ação Civil pública no Estado Democrático de Direito*, 1ª edição, 2005, 3ª tiragem, 2007:

Uma outra questão que se coloca sobre a possibilidade de formação de litisconsórcio entre o Ministério Público federal e o estadual, tendo em vista o fato de que muitas ações podem envolver a atuação conjunta destes ramos especializados das instituições, à vista do art. 5º, § 5º, da LACP. Ocorre que a especialização das matérias vinculadas à Justiça Federal (CF/88, art. 109) conduz à reunião de ações civis públicas que tenham o mesmo objeto ou causa de pedir perante a justiça especializada. Assim, muito embora a ação civil pública possa trazer ao juízo a tutela de interesses locais – de alçada estadual – a competência da Justiça Federal se forma em decorrência da presença da União ou de seus entes no polo passivo da demanda ou ainda pelo objeto da tutela jurisdicional. Perante a Justiça Federal somente o Ministério Público Federal tem atuação, nos termos do art. 37, I, da LC 75/93, de modo que não se pode admitir a formação de litisconsórcio ativo entre os diversos ramos do Ministério Público. A unidade que caracteriza a Instituição remete a existência de um estatuto constitucional único que confere à Instituição uma unidade de propósito (CF/88, art. 127, *caput*) mas respeitada a área de atribuição em decorrência da especialização. Em realidade, o § 5º do art. 5º somente pode ser reputado como compatível com a Constituição Federal de 1988 desde que considere que o litisconsórcio poderá ser formado entre os Ministérios Públicos estaduais, ou ainda entre os Ministérios Públicos Federais, caso exista convergência de interesses, muito embora atuem em regiões diversas da Justiça Federal. Bem por isso o veto presidencial ao § 2º do art. 82 da Lei 8.078/90 (CDC) no qual se facultava o litisconsórcio entre o Ministério Público federal e estadual.

20. Nesse passo, a legitimação dos Ministérios Públicos de acordo com suas respectivas áreas de atuação revela-se em consonância com os princípios da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público, conforme se verifica dos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, adiante evidenciados:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INGRESSO DA UNIÃO. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM.

1. A jurisprudência do Supremo é firme no sentido de que “as sociedades de economia mista só têm foro na Justiça federal, quando a União intervém como assistente ou oponente” [Súmula 517].

2. Não tendo a União requerido seu ingresso na causa para sustentar eventual interesse no feito, não há que se falar em incompetência da Justiça estadual para conhecer da demanda. **Daí a legitimidade do Ministério Público estadual para atuar na causa, não do Ministério Público Federal.** Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 400291 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 24/06/2008, DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008 EMENT VOL-02328-05 PP-00905)

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. ILEGITIMIDADE PARA OFICIAR PERANTE OS TRIBUNAIS SUPERIORES (LEI COMPLEMENTAR Nº 75/93, ARTIGOS 37, I, 66, § 1º E 149). PRINCÍPIOS DA UNIDADE E INDIVISIBILIDADE (CF, ARTIGO 127, § 1º).

1. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios é parte legítima para interpor recursos perante o Tribunal de Justiça, inclusive o especial e o extraordinário, bem como agravar das decisões que lhes negarem seguimento. **Contudo, somente o Ministério Público Federal tem legitimidade para oficiar nos Tribunais Superiores e, conseqüentemente, interpor recursos de suas decisões, sobretudo diante dos princípios da unidade e indivisibilidade previstos no artigo 127, § 1º, da Constituição Federal.** Precedente.

2. A atuação do *Parquet* local se exaure quando interpõe agravo de instrumento da decisão que nega seguimento a recurso especial.

3. *Habeas corpus* deferido.

(HC 80463, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 15/08/2001, DJ01-08-2003 PP-00104 EMENT VOL-02117-41 PP-08868)

21. Essa mesma linha de raciocínio vem sendo seguida pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, como pode ser constatado dos acórdãos cujas ementas seguem transcritas:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. COMPETÊNCIA. REPARTIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. DISTINÇÃO ENTRE COMPETÊNCIA E LEGITIMAÇÃO ATIVA. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. LEGITIMIDADE. SÚMULA 05/STJ.

1. O Ministério Público Estadual não possui legitimidade para a propositura de ação civil pública objetivando a tutela de bem da União, porquanto atribuição inserida no âmbito de atribuição do Ministério Público Federal, submetida ao crivo da Justiça Federal, coadjuvada pela impossibilidade de atuação do *Parquet* Estadual quer como parte, litisconsorciando-se com o *Parquet* Federal, quer como *custos legis*. Precedentes desta Corte: REsp 440.002/SE, DJ 06.12.2004 e REsp 287.389/RJ, DJ 14.10.2002.

[...]

6. Recurso Especial interposto pela Associação de Moradores e Amigos do Jardim Botânico não conhecido e recurso apresentado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro desprovido.

(REsp 876.936/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 13/11/2008)

Processual Civil. Ministério Público Federal. Ação Civil Pública Promovida Contra a União. Competência da Justiça Federal (art. 109, Incisos e Parágrafos, CF). Legitimação do Ministério Público Federal. Lei Complementar nº 75/93 (art. 37).

1. Manifesto o interesse jurídico da União, com desfrute da competência da Justiça Federal, legitima-se ativamente o Ministério Público Federal para promover a ação que a qualifica no polo passivo da relação processual. Ilegitimação ativa do Ministério Público Estadual. Impossibilidade deste agir como *custos legis* ou de litisconsorciar-se ativamente com o *parquet* federal.

2. Doutrina e jurisprudência.

3. Recurso provido.

(REsp 287.389/RJ, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/09/2002, DJ 14/10/2002 p. 190)

22. Vários também são os julgados deste egrégio TRF - 5ª Região e do colendo TRF - 4ª Região declarando a ilegitimidade da atuação do Ministério Público dos Estados perante a Justiça Federal, dentre os quais destacamos os seguintes:

AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESPEJAMENTO DE DEJETOS NA PRAIA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL X JUSTIÇA FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL X MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

1. Hipótese em que o Ministério Público Estadual propôs, perante a Justiça Estadual, ação civil pública, visando à proteção do meio ambiente marinho contra o despejamento de dejetos na praia.

2. Pronunciamento do Ministério Público Federal pela incompetência do Juízo Estadual e remessa dos autos à Justiça Federal, bem como pela exclusão do MPE da lide.

3. Por se tratar de patrimônio da União (mar territorial e terreno de marinha), faz-se mister a aplicação do art. 109, I, que fixa a competência dos juízes federais para processar e julgar as causas em que a União for interessada, na condição de autora.

4. Uma vez fixada a competência da Justiça Federal, justo pela verificação de se tratar de danos ambientais em bens da União, afastada está a legitimidade ativa do *Parquet* estadual, devendo figurar no polo ativo da ação civil pública somente o Ministério Público Federal.

5. Agravo de instrumento improvido.

(TRF5, AGTR 48494/RN, Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Terceira Turma, julgado em 22/11/2007, DJ 27/02/2008, p. 1667)

PROCESSUAL CIVIL. TELEFONIA. ANATEL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE. QUESTÃO COMERCIAL ENTRE PARTICULARES. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO ESTADUAL COMPETENTE.

[...]

3. A impossibilidade de o Ministério Público estadual litigar na Justiça Federal não se resolve pela modificação do órgão julgador competente, mas pelo reconhecimento da ilegitimidade ativa daquele órgão ministerial.

4. Remessa dos autos ao juízo estadual competente.

5. Agravo de instrumento improvido.

(TRF5, AGTR 68569/CE, Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Terceira Turma, julgado em 07/08/2008, *DJ* 28/10/2008, p. 277)

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CAUSAS DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ILEGITIMIDADE. PROGRAMA DE RACIONAMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. BÔNUS INDIVIDUAL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.198-5/01, ART. 15, PARÁGRAFO 1º.

- A delimitação do campo de atuação de cada um dos Ministérios Públicos consagrados no sistema jurídico brasileiro guarda relação com a distribuição de competência entre os órgãos encarregados da função jurisdicional.

- O Ministério Público Federal, unitário e independente em relação a cada um dos demais existentes, deve atuar perante a Justiça Federal, nas causas em que ela é competente (art. 109 da CF), e o Ministério Público Estadual perante a Justiça Estadual (CF, arts. 125 e 126).

- Ilegitimidade ativa do Ministério Público do Estado do Ceará, declarada de ofício. [...]

(TRF5, AC 356378/CE, Rel. Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho (Substituto), Terceira Turma, julgado em 18/01/2007, *DJ* 16/04/2007, p. 506)

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. CAUSAS DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ILEGITIMIDADE.

- A delimitação do campo de atuação de cada um dos Ministérios Públicos consagrados no sistema jurídico brasileiro guarda relação com a distribuição de competência entre os órgãos encarregados da função jurisdicional.

- O Ministério Público Federal, unitário e independente em relação a cada um dos demais existentes,

deve atuar perante a Justiça Federal, nas causas em que ela é competente (art. 109 da CF) e o Ministério Público Estadual perante a Justiça Estadual (CF, arts. 125 e 126).

- As autarquias federais não estão sujeitas à fiscalização e ao controle dos Ministérios Públicos Estaduais.
(TRF5, AGTR 46204/RN, Rel. Des. Federal Ridalvo Costa, Terceira Turma, julgado em 21/08/2003, DJ 08/12/2003, p. 168)

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROPRIEDADE DE SUA UTILIZAÇÃO EM RELAÇÃO A NÚMERO DE PESSOAS QUE SE AFIGURA DELIMITADO, RESTRITO, PEQUENO.

1. O Ministério Público, por sua unicidade, torna despendianda, imprópria, a presença do Ministério Público Estadual em coabitação com o Ministério Público Federal no mesmo polo da relação processual.

2. A ação civil pública guarda por escopo concentrar em processo único um universo de reivindicações que, por sua amplitude, aconselhe solucionamento *erga omnes*.

3. Recurso a que se nega provimento.

(TRF4, AC 96.04.22597-9, Quarta Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, DJ 04/08/1999)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LITISCONSÓRCIO. IMPOSSIBILIDADE. DESPESAS DO PROCESSO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Não existe litisconsórcio ativo entre Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual em ação civil pública, sob pena de rompimento do pacto federativo.

2. É incabível condenação em honorários advocatícios, despesas com trabalhos técnicos e fotocópias, porquanto é necessária ação autônoma para o ressarcimento supostos danos decorrentes de contratação de advogado, ou trabalhos técnicos, com os quais os honorários advocatícios, e despesas processuais, arbitrados em sentença não se confundem.

3. Remessa oficial conhecida e provida. Recurso conhecido e improvido.

(TRF4, AC 96.04.40546-2, Quarta Turma, Relator Carlos Alberto da Costa Dias, DJ 29/09/1999)

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. O Ministério Público é instituição nacional, subordinada aos princípios de unidade, indivisibilidade e independência funcional (CF, art-127), e compreende o Ministério Público da União e o dos Estados (CF, art-128).

2. A atuação dos agentes do Ministério Público se dá em forma estruturalmente organizada e mediante repartição de atribuições.

3. É incompatível com os princípios de regência da instituição e do sistema de repartição de atribuições a atuação do Ministério Público Estadual fora do seu Estado ou fora da jurisdição estadual.

4. Compete ao Ministério Público da União, e não ao do Estado, exercer as funções institucionais do órgão relativas a promoção de ações civis públicas de competência da Justiça Federal.

(TRF4, AC 91.04.13275-0, Segunda Turma, Relator Teori Albino Zavascki, DJ 06/11/1991)

23. Ainda merecem destaque os acórdãos proferidos pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, abaixo explicitados, no sentido de caber ao Ministério Público Federal atuar nas causas em que ficar demonstrada a existência de interesse federal, como no caso, a defesa do meio ambiente em área situada em terrenos de marinha e seus acrescidos, que são bens da União, sujeitos ao poder de polícia de autarquia federal:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL ANTE A AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. INTERESSE FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, NÃO OBSTANTE O SENAC FIGURAR NO POLO PASSIVO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

[...]

4. Havendo o interesse federal, exsurge a competência da Justiça Federal e, conseqüentemente, a legitimidade do Ministério Público Federal para promover a ação civil pública, cujo objeto seja a tutela do patrimônio público.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1065162/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 31/08/2009)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS. MEIO AMBIENTE. COMPETÊNCIA. REPARTIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. DISTINÇÃO ENTRE COMPETÊNCIA E LEGITIMAÇÃO ATIVA. CRITÉRIOS.

1. A ação civil pública, como as demais, submete-se, quanto à competência, à regra estabelecida no art. 109, I, da Constituição, segundo a qual cabe aos juízes federais processar e julgar “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho”. Assim, figurando como autor da ação o Ministério Público Federal, que é órgão da União, a competência para a causa é da Justiça Federal.

3. Não se confunde competência com legitimidade das partes. A questão competencial é logicamente antecedente e, eventualmente, prejudicial à da legitimidade. Fixada a competência, cumpre ao juiz apreciar a legitimação ativa do Ministério Público Federal para promover a demanda, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos.

4. À luz do sistema e dos princípios constitucionais, nomeadamente o princípio federativo, é atribuição do Ministério Público da União promover as ações civis públicas de interesse federal e ao Ministério Público Estadual as demais. Considera-se que há interesse federal nas ações civis públicas que (a) envolvam matéria de competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral); (b) devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos Judiciários da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais); (c) sejam da competência federal em razão da matéria – as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI); (d) sejam da competência federal

em razão da pessoa – as que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou em que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no polo ativo (CF, art. 109, I); e (e) as demais causas que envolvam interesses federais em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos que se visa tutelar.

6. No caso dos autos, a causa é da competência da Justiça Federal, porque nela figura como autor o Ministério Público Federal, órgão da União, que está legitimado a promovê-la, porque visa a tutelar bens e interesses nitidamente federais, e não estaduais, a saber: o meio ambiente em área de manguezal, situada em terrenos de marinha e seus acrescidos, que são bens da União (CF, art. 20, VII), sujeitos ao poder de polícia de autarquia federal, o IBAMA (Leis 6.938/81, art. 18, e 7.735/89, art. 4º).

7. Recurso especial provido.

(REsp 440002/SE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2004, DJ 06/12/2004, p. 195)

24. No que tange à proibição de o Ministério Público Federal ter acesso aos autos fora de Secretaria, ressalto que, independentemente de ser ou não aplicável ao Ministério Público o art. 196 do Código de Processo Civil, a demora, ainda que excessiva na devolução dos autos não autoriza a aplicação da penalidade, exigindo-se, além disso, o não-atendimento a intimação pessoal para devolução dos autos no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Nesse sentido, transcrevo os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RETENÇÃO DE AUTOS PELO ADVOGADO. PENALIDADE DO ART. 196 DO CPC. INTIMAÇÃO PESSOAL POR MANDADO.

1. Havendo excesso de prazo de vista dos autos, deve o advogado ser intimado, pessoalmente, para sua devolução. Acaso não restituídos os autos em 24 horas, perderá o direito de vista fora de cartório, além de incorrer em multa, à luz do art. 196 do CPC.

2. A intimação para a devolução dos autos, na forma do art. 196 do CPC, deve ser engendrada *in faciem* para ca-

racterizar a retenção indevida e intencional, por isso que insubstituível pela publicação oficial.

3. Nesse sentido é remansosa a doutrina quanto ao tema: Nelson Nery: “Deverá ser feita mediante intimação pessoal do advogado. Somente depois de realizada a intimação é que pode ser aplicada a sanção prevista na norma comentada”. *In* Código de Processo Civil Comentado, 6ª ed., RT, 2002, Rio de Janeiro, p. 547 Moniz de Aragão: “Deferida a cobrança, ao advogado será intimado, por mandado, a devolver os autos em 24 horas, contadas no momento em tomou ciência da determinação judicial.

Se não fizer, ficará sujeito a duas distintas consequências: perda do direito à vista dos autos fora de cartório, em virtude do abuso de confiança e multa, a ser imposta e cobrada pelo órgão da classe”. *In* Comentários ao Código de Processo Civil, 9ª ed., Forense, 1998, p. 123 Antônio D’Agnol: “Constatada a falta, determinará o juiz a intimação do advogado que retém os autos por prazo excessivo para que os devolva a cartório em vinte e quatro horas.

A intimação, no caso, há de realizar-se através de mandado, a ser cumprido pelo oficial de justiça (art. 143), uma vez que o outro modo previsto para a espécie de comunicação – pelo escrivão (art. 141, I) inviabiliza-se na ausência dos autos.

Prazo em horas tem seu termo inicial no exato momento da intimação, correndo de minuto a minuto”. *In* Comentários ao Código de Processo Civil, RT, 2000, p. 412 4. Recurso ordinário provido.

(RMS 18.508/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 06/03/2006 p. 160)

ADVOGADO. RETENÇÃO DE AUTOS. PERDA DO DIREITO DE VISTA FORA DO CARTÓRIO E MULTA. CPC, ARTIGO 196. APLICAÇÃO.

I - No caso de retenção dos autos além do prazo legal, o advogado só perde o direito de deles ter vista fora do cartório e incorre em multa se, após intimado, não os devolver dentro em vinte e quatro horas.

II - Ofensa ao art. 196 do CPC e dissídio quanto a sua interpretação configurados.

III - Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 29.783/RJ, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, SEGUNDA TURMA, julgado em 31/03/1993, DJ 26/04/1993, p. 7196)

25. Com relação ao pedido de decretação da nulidade do processo originário desde o início, creio não ser o caso de deferi-lo, mas tão-somente dos atos praticados no processo pelo Ministério Público Estadual, tendo em vista que a legitimidade *ad causam* e a adequada intervenção do Ministério Público constituem-se matéria de ordem pública, a respeito das quais, portanto, não incide preclusão.

26. Ante o exposto, dou provimento, em parte, ao presente agravo de instrumento para (I) determinar a exclusão do Ministério Público do Estado de Pernambuco do polo passivo da ação civil pública, (II) reconhecer como cabível unicamente a atuação do Ministério Público Federal na lide, na condição de *custos legis*, (III) declarar a nulidade de todos os atos praticados no processo principal pelo *parquet* estadual, e (IV) afastar a proibição de retirada dos autos do Cartório com vistas pelo Ministério Público Federal.

27. É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 101.648-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Agravantes: UIRAPURU TÁXI AÉREO LTDA., NORTH STAR TÁXI AÉREO LTDA., CELSO TINOCO AERO MANUTENÇÃO LTDA. - CETAM E JATAHY ENGENHARIA LTDA.
Agravada: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA-INFRAERO
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ CÂNDIDO LUSTOSA BITTENCOURT DE ALBUQUERQUE E OUTROS

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE USO. EMPRESAS DE TÁXI AÉREO E MANUTENÇÃO DE AERONAVES. LICITAÇÃO.

- Agravo de Instrumento interposto por UIRAPURU TÁXI AÉREO LTDA. E OUTROS em face de decisão prolatada em sede de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Superinten-

dente da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO no Estado do Ceará.

- No mandado de segurança as ora agravantes alegaram, em síntese que: a) desempenham atividades comerciais no setor aéreo e, para tanto, necessitam ocupar áreas aeroportuárias; b) diante da caducidade dos contratos anteriormente firmados, criou-se uma situação de instabilidade nas empresas que atuam em áreas aeroportuárias; c) a situação de instabilidade decorreu de atitudes arbitrárias de alguns Superintendentes da INFRAERO, no intuito de licitar áreas anteriormente ocupadas sob o regime de dispensa de licitação.

- Em síntese, pretendem as agravantes que lhes seja deferida liminar para suspender os procedimentos licitatórios (quatro), a fim de que se resguarde o seu direito de continuar o regular exercício de suas atividades no Aeroporto Internacional Pinto Martins, atendendo-se aos dispositivos das Leis nºs 5.332/67 e 7.565/85 e, ainda, ao interesse público demonstrado no Ato Administrativo nº 1.236/PR/2009, e principalmente, às novas regras de uso e ocupação de áreas aeroportuárias emanadas pela ANAC, representadas pela Resolução nº 113/2009.

- É certo que a Resolução da ANAC nº 113, de 22 de setembro de 2009, acerca da disponibilização da área aeroportuária apresenta aparente incompatibilidade com a continuidade da realização das licitações de que se cuida. Isso porque teria consagrado a desnecessidade de procedimento licitatório para a concessão e uso das áreas aeroportuárias. Tal, entretanto, não assegura às impetrantes, ora agravantes, a manutenção do status quo, sobretudo sob a ótica que teria sido vedada a licitação. Essa não é a melhor compreensão da questão submetida ao descortino.

- Em verdade, a nova regulamentação não diz que

há proibição de licitar; nem poderia. A Administração sempre pode escolher licitar. É essa a regra, sobretudo prevista na Constituição Federal. É assim que resta estabelecido, em consequência, na lei ordinária e é a forma normal de acesso aos bens, cargos e serviços públicos, contratos de concessão de uso e outros que tais. Ora, mesmo nas hipóteses em que a legislação prevê a dispensa de licitação não há impedimento a que sejam realizadas, ao alvitre do Administrador.

- Ademais, é importante ressaltar que a melhor maneira de resolver eventuais impasses acerca dos interessados é, com efeito, através de licitação. A Administração está oferecendo os bens em licitação e só ao seu final se terá um retrato da situação fática. A suspensão da licitação inviabilizaria, inclusive, a disputa, e é através da disputa que a Administração seleciona as melhores propostas, os melhores interessados. Nessa senda, os próprios agravantes podem sagrar-se vencedores, o que significa que a pura e simples realização do processo licitatório não importa necessariamente em prejuízo aos litigantes.

- Há, ao contrário, o periculum in mora inverso, dado que a Administração certamente sofreria um sério gravame ao ser tolhida da realização do certame, o que implicaria posterior necessidade de reinício do processo licitatório, a bem de evitar solução de continuidade do serviço público.

- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Rela-

tor e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 17 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por UIRAPURU TÁXI AÉREO LTDA. E OUTROS em face de decisão prolatada em sede de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Superintendente da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO no Estado do Ceará.

No mandado de segurança as ora agravantes alegaram, em síntese que: a) desempenham atividades comerciais no setor aéreo e, para tanto, necessitam ocupar áreas aeroportuárias; b) diante da caducidade dos contratos anteriormente firmados, criou-se uma situação de instabilidade nas empresas que atuam em áreas aeroportuárias; c) a situação de instabilidade decorreu de atitudes arbitrárias de alguns superintendentes da INFRAERO, no intuito de licitar áreas anteriormente ocupadas sob o regime de dispensa de licitação.

Ademais, sustentaram que, em 16 de abril de 2009, o Presidente da INFRAERO publicou o Ato Administrativo nº 1.236/PR/2009 orientando os superintendentes dos aeroportos locais a estabelecerem contato com as empresas que tivessem contrato vencido, a fim de renová-lo pelo prazo de 12 meses. Contudo, afirmaram que o superintendente da INFRAERO no Ceará resistira em cumprir a determinação da direção geral da empresa pública, sob o argumento de que os editais para a licitação das áreas ocupadas pelas agravantes já haviam sido publicados anteriormente. Tal atitude deu ensejo à impetração de um Mandado de Segurança anterior, no qual fora deferida liminar assegurando a aplicação do item 1.2 do Ato Administrativo nº 1236/PR/2009, com a observância das supervenientes regulamentações promovidas pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC.

Ainda na ação mandamental de origem, as agravantes verberaram que a aplicação do item 1.2 do mencionado ato administrativo somente faz sentido desde que a partir dele sejam observadas as novas regras do setor estabelecidas na Resolução nº 113, de 22 de setembro de 2009, da ANAC, a qual, no seu pensar, veio apenas consagrar a desnecessidade de procedimento licitatório para a concessão e uso das áreas aeroportuárias.

Requeram a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, para suspensão dos respectivos procedimentos licitatórios, na medida em que o recebimento das habilitações e das propostas está designado para os dias 05, 06, 07 e 08 de outubro de 2009.

Não foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

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

As agravantes desempenham atividades comerciais no setor aéreo – táxi aéreo, manutenção e hangaragem de aeronaves – e, para tanto, ocupam áreas aeroportuárias, em face de contratos em observância às Leis 5.332/67 e 7.565/86, com dispensa de licitação.

Com efeito, os arrendamentos de áreas aeroportuárias destinadas às instalações para abrigo, reparação, abastecimento de aeronaves e outros serviços auxiliares serão formalizados mediante contratos, com prazo máximo de cinco anos, e poderão, ao alvitre da autoridade competente, ser renovados. No caso concreto, o contrato de concessão de uso da área aeroportuária teve o prazo de cinco anos e fora prorrogado por aditivos até 30.06.2008, consoante asseverara a decisão agravada.

Em síntese, pretendem as agravantes que lhes seja deferida liminar para suspender os procedimentos licitatórios (quatro), a fim de que se resguarde o seu direito de continuar o regular exercício de suas atividades no Aeroporto Internacional Pinto Martins, atendendo-se aos dispositivos das Leis nºs 5.332/67 e 7.565/85 e, ainda, ao interesse público demonstrado no Ato Administrativo nº

1.236/PR/2009, e principalmente, às novas regras de uso e ocupação de áreas aeroportuárias emanadas pela ANAC, representadas pela Resolução nº 113/2009.

O cerne do raciocínio das recorrentes diz respeito a um anterior manejo de ação mandamental (outro mandado de segurança, que não este no qual se interpôs o presente agravo), no qual fora assegurado às empresas impetrantes (as mesmas do novo MS, agora agravantes), com base no Ato Administrativo nº 1236/PR/2009 da INFRAERO, a celebração de contratos pelo prazo de 12 (doze) meses, com dispensa de licitação, tendo a decisão liminar consignado expressamente: “devendo ser observadas e cumpridas as supervenientes regulamentações promovidas pela ANAC”.

Eis o teor do Ato Administrativo nº 1.236/PR/2009:

RESOLVE:

1 - Estabelecer os seguintes procedimentos, exclusivamente, para regularização das atuais ocupações e concessões de uso de áreas destinadas à hangaragem e oficina de manutenção nos aeroportos administrados pela INFRAERO:

1.1 - Nos contratos vigentes que possuam cláusula de prorrogação contratual, a dependência deverá adotar as providências necessárias e tempestivas à sua efetiva renovação, observando-se o prazo estabelecido no termo contratual e/ou instrumento convocatório.

1.2 - Nas situações em que a vigência do contrato esteja expirada sem ter sido providenciada a sua renovação ou instauração de novo processo de concessão de uso de área em decorrência das orientações vigentes à época, deverá ser providenciado o competente processo de dispensa de licitação pelo prazo de 12 (doze) meses, improrrogável, incluindo-se a seguinte cláusula contratual:

O presente contrato terá vigência de 12 (doze) meses, compreendendo o período de ... a ..., porém, no caso de nova Resolução da ANAC, que está em fase de estudos para aprovação, vier a estabelecer condições diferenciadas do que foi ora acordado, o contrato deverá ser objeto de termo aditivo, de forma a atender a nova resolução.

1.3 - Nas situações previstas no subitem 1.2 deste Ato Administrativo, deverá ser considerado, para efeito de fundamentação legal para instauração da respectiva dispen-

sa de licitação, o disposto no art. 40 da Lei nº 7.565/89 e no art. 1º da Lei nº 5.332/67.

1.4 - Não se aplicam as disposições constantes dos subitens 1.2 e 1.3 deste Ato Administrativo quando já houver processo licitatório na fase externa, cujo prosseguimento deverá ser mantido.

(...)

Ocorre que findei cassando a liminar deferida naquel'outro mandado de segurança (ao receber o Agravo de Instrumento da INFRAERO, autuado neste Tribunal como AGTR 101.643-CE), basicamente por três razões:

1) o item 1.2 acima transcrito só concerne aos contratos que comportassem prorrogação, o que não era o caso das impetrantes, posto que seus contratos, cujo prazo máximo de validade era de cinco anos, já haviam alcançado dez anos, e daí a INFRAERO, valendo-se do seu poder discricionário, mormente em face da existência de outros interessados, resolvera realizar o certame licitatório;

2) o item 1.2 só permite essa prorrogação quando ainda não foi instaurado o processo de licitação, e no caso os respectivos procedimentos já haviam sido instaurados, mercê das publicações de seus respectivos editais;

3) mesmo na hipótese onde a administração fica autorizada a dispensar o procedimento licitatório, tal não significa direito subjetivo do administrado em contratar independentemente de certame.

Doutra banda, veio ao lume a Resolução da ANAC nº 113, de 22 de setembro de 2009, *in verbis*:

Seção II

Das Áreas Vinculadas à Exploração de Serviço Aéreo Público

Art. 5º O operador do aeródromo, observados, no que aplicável, o art. 40 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, e a regulamentação referente à adequação do serviço, disponibilizará às empresas que explorem ou pretendam explorar serviço aéreo público, nos termos e condições estabelecidos nesta Resolução, as áreas destinadas a:

- I - despacho de aeronaves, passageiros e respectivas bagagens (check-in);
- II - recebimento e despacho de carga e de bens transportados por aeronaves;
- III - carga e descarga de aeronaves;
- IV - manutenção de aeronaves e serviços correlatos;
- V - abrigo de aeronaves; e
- VI - instalação de escritório administrativo.

Parágrafo único. As áreas mencionadas nos incisos II, III e VI poderão ser disponibilizadas às empresas que prestem serviços auxiliares de transporte aéreo no aeroporto, enquadradas no art. 102 da Lei nº 7.565, de 1986.

Art. 6º As áreas referidas no art. 5º serão distribuídas pelo operador do aeródromo às empresas que atuem ou pretendam atuar no aeroporto para utilização nas seguintes modalidades:

- I - utilização compartilhada; ou
- II - utilização em exclusividade.

§ 1º O operador do aeródromo deverá destinar, no mínimo, 10% (dez por cento) das áreas disponíveis para utilização compartilhada pelas empresas que atuem ou pretendam atuar no aeroporto.

§ 2º As áreas para utilização compartilhada serão disponibilizadas às empresas que atuem ou pretendam atuar no aeroporto mediante solicitação e conforme a necessidade, sendo vedado qualquer tratamento discriminatório.

§ 3º Manifestado o interesse de empresa(s) que atue(m) ou pretenda(m) atuar no aeroporto pela utilização compartilhada de áreas, fica o operador do aeródromo obrigado a criar um comitê de usuários de áreas compartilhadas, com a finalidade de estabelecer a forma de funcionamento do compartilhamento.

§ 4º A alocação de áreas para utilização em exclusividade, nas áreas especificadas no inciso I do art. 5º, será limitada pela proporção entre a quantidade de assentos ofertados pela empresa no aeroporto e a quantidade total de assentos ofertados no aeroporto por todas as empresas, no período de seis meses que anteceder a solicitação da área para utilização em exclusividade.

§ 5º A alocação de áreas para utilização em exclusividade, nas áreas especificadas no inciso II do art. 5º, será limitada pela proporção entre a quantidade de carga movimenta-

da pela empresa no aeroporto e a quantidade total de carga movimentada no aeroporto por todas as empresas, no período de doze meses que anteceder a solicitação da área para utilização em exclusividade.

§ 6º A alocação de áreas para utilização em exclusividade, nas áreas especificadas nos incisos III a VI do art. 5º, será limitada pela proporção entre a quantidade de pousos e decolagens da empresa no aeroporto e a quantidade total de pousos e decolagens no aeroporto por todas as empresas, no período de doze meses que anteceder a solicitação da área para utilização em exclusividade.

§ 7º Verificada a ocorrência de capacidade ociosa de áreas com a destinação prevista no art. 5º, o operador do aeródromo deverá disponibilizá-las, observando a seguinte ordem de prioridade:

I - empresas de serviço aéreo público, dispensando as condições previstas nos §§ 4º, 5º e 6º acima, observando-se no que aplicável o art. 40 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986;

II - empresas que prestam serviços a explorador de aeronave.

§ 8º Nos casos de comprovada ociosidade na utilização das áreas referidas no art. 6º por parte da empresa de serviço aéreo público poderá o operador do aeródromo proceder à redistribuição total ou parcial da área.

Art. 7º As empresas que utilizem áreas aeroportuárias nas modalidades previstas nos incisos I e II do *caput* do art. 6º poderão optar pela migração:

I - da modalidade de utilização em exclusividade para a de utilização compartilhada, a qualquer tempo, transferindo-se a área correspondente para o conjunto das áreas destinadas a utilização compartilhada; ou

II - da modalidade de utilização compartilhada para a de utilização em exclusividade, conforme disponibilidade de áreas.

Art. 8º É facultado às empresas de serviço aéreo público contratar com empresas de serviços auxiliares de transporte aéreo a prestação de serviço nas áreas referidas no art. 5º a elas alocadas na forma desta Resolução.

Art. 9º A ANAC poderá autorizar o operador do aeródromo a disponibilizar às empresas que no aeroporto explorem

ou pretendam explorar serviço aéreo público as áreas não-edificadas para as finalidades previstas nos incisos I e II do caput do art. 5º, reservando-se ao operador do aeródromo a exploração das demais áreas decorrentes da edificação, desde que:

I - não haja interesse de mais de uma empresa pela mesma área;

II - o projeto e a execução para o aproveitamento das áreas não-edificadas sejam aprovados pelo operador do aeródromo; e

III - conste do contrato, para efeito da aplicação do disposto no art. 15 desta Resolução, a determinação do valor da exploração das áreas não destinadas às finalidades previstas nos incisos I a VI do *caput* do art. 5º pelo operador do aeródromo.

Parágrafo único. A disponibilização de áreas nos termos deste artigo submete-se ao disposto nos §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 6º, devendo a área das correspondentes edificações ser acrescida ao total de áreas para fins de sua aplicação.

É certo que a Resolução da ANAC nº 113, de 22 de setembro de 2009, acerca da disponibilização da área aeroportuária apresenta aparente incompatibilidade com a continuidade da realização das licitações de que se cuida. Isso porque teria consagrado a desnecessidade de procedimento licitatório para a concessão e uso das áreas aeroportuárias. Tal, entretanto, não assegura às impetrantes, ora agravantes, a manutenção do *status quo*, sobretudo sob a ótica que teria sido vedada a licitação. Essa não é a melhor compreensão da questão submetida ao descortino.

Em sede de um juízo perfunctório, próprio dessa primeira aproximação da causa, no recebimento de agravo de instrumento, me parece que a nova regulamentação não diz que há proibição de licitar; nem poderia. A Administração sempre pode escolher licitar. É essa a regra, sobretudo prevista na Constituição Federal. É assim que resta estabelecido, em consequência, na lei ordinária e é a forma normal de acesso aos bens, cargos e serviços públicos, contratos de concessão de uso e outros que tais. Ora, mesmo nas hipóteses em que a legislação prevê a dispensa de licitação não há impedimento a que sejam realizadas, ao alvitre do administrador.

Ademais, é importante ressaltar que a melhor maneira de resolver eventuais impasses acerca dos interessados é, com efeito, através de licitação. A Administração está oferecendo os bens em licitação e só ao seu final se terá um retrato da situação fática. A suspensão da licitação inviabilizaria, inclusive, a disputa, e é através da disputa que a Administração seleciona as melhores propostas, os melhores interessados. Nessa senda, os próprios agravantes podem sagrar-se vencedores, o que significa que a pura e simples realização do processo licitatório não importa necessariamente em prejuízo aos litigantes.

Há, ao contrário, o *periculum in mora* inverso, dado que a Administração certamente sofreria um sério gravame ao ser tolhida da realização do certame, o que implicaria posterior necessidade de reinício do processo licitatório, a bem de evitar solução de continuidade do serviço público.

Mercê dessas considerações, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 3.795-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelantes: ALFREDO HONÓRIO PEREIRA E OUTROS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. MARIA LÚCIA SOARES DE ALBUQUERQUE MARQUES E OUTROS (APTES.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DA RMI. INCLUSÃO DO ADICIONAL DE RISCO, RECONHECIDO NA JUSTIÇA TRABALHISTA, NOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO, UTILIZADOS PARA O CÁLCULO DA RMI. DIREITO. JUROS DE MORA. PERCENTUAL DE 0,5%, AO MÊS, CONTADOS DA CITAÇÃO. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. HONORÁRIOS ADVO-

CATÍCIOS. MAJORAÇÃO. PERCENTUAL DE 10% (DEZ POR CENTO) INCIDENTE, APENAS, SOBRE AS PRESTAÇÕES VENCIDAS. SÚMULA Nº 111 DO STJ.

- Os valores recebidos pelo empregado, decorrentes de decisão da justiça trabalhista, a título de adicional de risco, devem compor os salários de contribuição utilizados para o cálculo da RMI. Precedente: TRF - 5ª Região; APELREEX 14/SE; Quarta Turma; Desembargador Federal MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO (Substituto); data julgamento 01/07/2008; fonte: Diário da Justiça - data: 28/07/2008 - página: 165 - nº: 143 - ano: 2008.

- Os honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), devem ser majorados para o percentual de 10% (dez por cento), nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, incidentes, apenas, sobre as prestações vencidas, nos termos da Súmula nº 111 do STJ.

- O percentual dos juros de mora, arbitrado no percentual de 1% ao mês, deve ser reduzido para 0,5% ao mês, a partir da citação, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

- Apelação da parte autora provida, em parte, para majorar os honorários advocatícios para 10% (dez por cento) incidentes, apenas, sobre as prestações vencidas. Remessa oficial provida, em parte, apenas para reduzir o percentual dos juros de mora para 0,5%, incidentes a partir da citação válida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 17 de novembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de apelação interposta por ALFREDO HONÓRIO PEREIRA e outros contra parte da sentença que julgou procedente o pedido de revisão da RMI dos benefícios de aposentadoria, com a inclusão dos valores referentes ao adicional de risco, assegurado por decisão proferida na Justiça do Trabalho. Condenou, ainda, o INSS no pagamento das prestações atrasadas, ressalvadas as atingidas pela prescrição quinquenal, devidamente atualizadas na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal, e acrescidas de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação. Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

A parte autora apela de parte da sentença, requerendo que os honorários advocatícios sejam arbitrados em 20% sobre o valor da condenação.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

A questão debatida no presente recurso versa sobre a possibilidade da inclusão do adicional de risco nos salários de contribuição que compõem a base de cálculo da RMI do benefício da parte autora.

Compulsando os autos, observo, às fls. 64/154, cópia do processo trabalhista, transitado em julgado, reconhecendo o direito da parte autora ao adicional de risco.

No meu entender, a decisão proferida no processo trabalhista deve ser considerada para todos os fins previdenciários, *in casu*, para cômputo do adicional de risco nos salários de contribuição, que serviram para cálculo da RMI do autor.

Colaciono, por oportuno, posicionamento deste egrégio Tribunal e do Colendo STJ, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DO BENEFÍCIO. VERBAS TRABALHISTAS. ADICIONAL DE RISCO E TABELA DE SALÁRIO DA CODEBA RECONHECIDAS PELA JUSTIÇA DO TRABALHO.

I. Os valores recebidos pelo empregado decorrentes de decisão da Justiça Trabalhista, a título de adicional de risco e tabela de salário da CODEBA, devem compor o salário de contribuição. Juros de mora fixados em 1% ao mês, em face do caráter alimentar da verba.

II. Apelação e remessa oficial improvidas.

(Tribunal Regional Federal - 5ª Região; Acórdão APELRE-EX 14/SE; Quarta Turma; Desembargador Federal MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO (Substituto); Data Julgamento 01/07/2008; FONTE: DIÁRIO DA JUSTIÇA - DATA: 28/07/2008 - PÁGINA: 165 - Nº: 143 - ANO: 2008)

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. PROVA MATERIAL.

1. A jurisprudência pacífica desta Corte é de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, sendo hábil para a determinação do tempo de serviço enunciado no artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/1991, desde que fundada em elementos que evidenciem o exercício da atividade laborativa na função e períodos alegados na ação previdenciária, ainda que o INSS não tenha integrado a respectiva lide.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1058268 / RS - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2008/0106480-0; Ministro PAULO GALLOTTI; SEXTA TURMA; 28/08/2008; *DJe* 06/10/2008).

Quanto às parcelas atrasadas, observo que o MM. Juiz *a quo* determinou a sua correção, desde quando devidas, ressalvadas as parcelas atingidas pela prescrição quinquenal, devidamente atualizadas, segundo o Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Quanto ao percentual dos juros de mora, entendo que deve ser reduzido para 0,5% ao mês, a teor do disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Colaciono, por oportuno, jurisprudência deste colendo Tribunal:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. PARCELAS ATRASADAS. PAGAMENTO EFETUADO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL SUPERVENIENTE. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Afirma a autora que seu marido, aposentado do Ministério dos Transportes, faleceu em 11 de novembro de 1976, consoante certidão de óbito, e que, após o falecimento de seu cônjuge, requereu administrativamente o benefício de pensão por morte, sendo este concedido apenas em julho de 1999. Alega, outrossim, que várias vezes solicitou ao promovido o pagamento dos salários em atraso, bem como a atualização da pensão, não tendo o Ministério dos Transportes regularizado a situação.

2. Não obstante o cônjuge da autora ter falecido em 11 de novembro de 1976, a demandante apenas requereu o benefício de pensão por morte em 11 de maio de 1998, conforme demonstra o formulário de requerimento de pensão. Assim, a autora apenas teria direito aos atrasados referentes ao período de 11 de maio de 1993 a 11 de maio de 1998, em observância à prescrição quinquenal.

3. O próprio requerido reconhece o direito postulado pela demandante quando da expedição do Ofício de fl. 51 (expedido após o ajuizamento), no qual afirma que “a autora tem direito a receber a pensão a partir de maio/1993, em observância à prescrição quinquenal, haja vista o requerimento de pensão realizado em maio/1998”. Ademais, a União alega e comprova, através da ficha financeira presente no processo, que a demandante já recebeu a quantia postulada no valor de R\$ 38.407,71 (trinta e oito mil quatrocentos e sete reais e setenta e um centavos).

4. Portanto, diante do pagamento comprovado, relativo aos exercícios anteriores da pensão questionada (respeitada a prescrição quinquenal), decorre a falta de interesse processual superveniente da demandante, neste tocante. Todavia, resta interesse em relação à correção monetária e aos juros moratórios.

5. Correção monetária segundo o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal e os juros de mora no percentual de 0,5%

(meio por cento) ao mês, a partir da citação, nos termos do artigo 1º-F da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997.

6. Considerando a simplicidade da matéria, redução dos honorários advocatícios, antes fixados em 10% (dez por cento), para 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, excluindo-se as parcelas vincendas, consoante a Súmula 111 do STJ.

7. Remessa oficial parcialmente provida. Apelação a que se dá provimento.

(TRF - 5ª Região - AC 435495-CE expediente ACO/2008.000009 em 15/04/2008 00:00 DJU 072, pág. 501 a 616 - Desembargadora Relatora: Dr. Joana Carolina Lins Pereira (Convocada))

No tocante aos honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), entendo que devem ser majorados para o percentual de 10% (dez por cento), nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, e da jurisprudência da Turma, incidentes, apenas, sobre as prestações vencidas, nos termos da Súmula nº 111 do STJ.

Ante ao exposto, dou provimento, em parte, à apelação da parte autora, para arbitrar os honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento), incidentes, apenas, sobre as prestações vencidas, e dou provimento, em parte, à remessa oficial, apenas para reduzir o percentual dos juros de mora para 0,5% incidentes a partir da citação válida.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 8.457-AL

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI

Apelantes: FAZENDA NACIONAL E J. F. SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA LTDA.

Apelados: OS MESMOS

Advs./Procs.: DRS. ANDRÉ DOS PRAZERES E OUTRO

EMENTA: TRIBUTÁRIO. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF. INOCORRÊNCIA DE

VÍCIO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO DE VIGILÂNCIA. BASE DE CÁLCULO. IRPJ. INCIDÊNCIA. LAUDO DO CONTADOR DO JUÍZO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. MULTA MORATÓRIA. INCIDÊNCIA.

- A Portaria/MF 1265/99, com redação dada pela Portaria/SRF 407/200, em seu art. 13, permite a prorrogação do prazo de validade do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, tantas vezes quanto necessárias. Muitas vezes, devido ao grau de complexidade dos fatos, faz-se preciso a prorrogação do prazo para conclusão do procedimento fiscal e a extensão do período investigatório, não existindo qualquer vício na ampliação do período analisado.

- A empresa prestadora de serviços de vigilância e segurança não se confunde com a agenciadora de mão-de-obra temporária, portanto incide o tributo sobre os valores recebidos do tomador de serviço contratante para pagar os salários dos vigilantes e respectivos encargos sociais e previdenciários, visto que representam receita a ser tributada. Precedente: TRF 5ª Região, AC 462849/AL, Rel. Desembargador Federal MARCELO NAVARRO, Quarta Turma, 17/04/2009.

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

- No presente caso, observou o perito do Juízo a existência de cobrança em duplicidade de parte do tributo, pelo que deve ser excluído o valor cobrado a maior.

- ***O Pleno deste Tribunal considerou que a multa fixada no patamar de 75% não ofende o princípio do não confisco (AC 303007, julgado por maioria em 11/04/07, DJ 11/06/07).***
- ***Apelação da autora improvida.***
- ***Remessa oficial e apelação da Fazenda Nacional parcialmente providas, apenas para reconhecer que para as empresas prestadoras de serviço de vigilância há a incidência do tributo sobre a receita recebida do tomador de serviço para quitação dos salários dos vigilantes e respectivos encargos sociais e previdenciários.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em negar provimento a apelação da autora e dar parcial provimento à remessa oficial e à apelação da Fazenda Nacional, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 15 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de ação ordinária movida por J. F. SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA LTDA. contra a União Federal, objetivando a nulidade dos autos de infração do IRPJ referentes ao MPF nº 0440100/00185/04.

Argumenta a autora que os autos de infração devem ser desconstituídos porque estão fundados em mandado de procedimento fiscal prorrogado irregularmente. Afirma que os depósitos bancários qualificados pelo fiscal como omissão de receitas foram

declarados e sua inclusão na base de cálculo gerou lançamentos em duplicidade. Alega que a base de cálculo do IRPJ é exclusivamente a receita que, no caso das empresas de locação de mão-de-obra especializada em vigilância, seria apenas a Taxa Administrativa e que, tendo em vista o mencionado lucro, é desarrazoada a aplicação do lucro arbitrado, isto é, a apuração do lucro mediante a aplicação do percentual de 38,40% sobre o valor bruto das notas fiscais de prestação de serviços de vigilância. Aduz a ilegalidade do procedimento fiscal e equívoco de ordem contábil cometidos pela ré, requerendo o auxílio de profissional especializado. Por fim, sustenta que a aplicação de multa no percentual de 75% sobre o crédito tributário tem feição confiscatória.

Liminar denegada.

A União contestou, alegando, em suma, que: a) não decorre nulidade da pretensão por extrapolação do prazo para o encerramento da ação fiscal; b) com base em extratos bancários a fiscalização constatou que a autora omitiu receitas, pois, apesar de intimada, deixou de comprovar a origem de vários depósitos bancários; c) a legalidade do arbitramento do lucro, em face da omissão da parte autora em fornecer a documentação necessária para a apuração do lucro real; d) os valores recebidos pela autora a título de salários, encargos sociais, tributos e reembolsos integram sua receita bruta; e) não há prova de que os valores cobrados pela empresa sejam destinados ao pagamento de seus empregados e f) a multa questionada tem base legal.

Laudo pericial apresentado às fls. 424/433.

O MM. Juiz monocrático julgou parcialmente procedente o pedido, para anular, em parte, o Mandado de Procedimento Fiscal nº 04.4.01.00-2004-00185-8, estabelecendo que os valores de IRPJ devem ter como base de cálculo o faturamento da parte autora, consistente na Taxa de Administração (ou Taxa de Gerenciamento), sem incluir os valores destinados ao pagamento de salários, encargos sociais e trabalhistas, eliminadas, ademais, as apurações em duplicidade constatadas na perícia contábil produzida nos autos. Ficou garantido o estorno dos valores pagos a maior, devidamente acrescidos de correção monetária desde o pagamento indevido e juros de mora a partir do trânsito em julgado.

Inconformada, recorre a Fazenda Nacional, reiterando os termos da inicial.

Também recorre a parte autora, requerendo a nulidade formal do MPF, por violação aos artigos 12, 13, 15, II, e 16 da Portaria/MF nº 1265/99. Alega a inexistência de omissão de receita, bem como a constatada cobrança em duplicidade dos lançamentos, e que a base de cálculo auferida é ilegal, visto que o faturamento real da empresa locadora de mão-de-obra não compreende os valores referentes ao pagamento de salários, bem como os encargos sociais e trabalhistas. Requer a condenação da ré ao pagamento de honorários advocatícios.

Após contrarrazões subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Argumenta a parte autora ser nulo o procedimento fiscal por vícios.

Dispõem os artigos 12, 13, 15 e 16 da Portaria/MF 1265/99, com redação dada pela Portaria/SRF 407/2001:

Art. 12. Os MPFs terão os seguintes prazos máximos de validade:

I - cento e vinte dias, nos casos de MPF-F e de MPF-E;

II - sessenta dias, no caso de MPF-D.

Art. 13. A prorrogação do prazo de que trata o art. 12 poderá ser efetuada pela autoridade outorgante, tantas vezes quantas necessárias, observado, a cada ato, prazo máximo de trinta dias.

(...)

15. O MPF se extingue:

(...)

II. pelo decurso dos prazos a que se referem os arts. 12 e 13;

(...)

16. A hipótese de que trata o inciso II do artigo anterior não implica nulidade dos atos praticados, podendo a autoridade responsável pela emissão do Mandado extinto, determinar a emissão de novo MPF para a conclusão do procedimento fiscal.

Parágrafo único. Na emissão do novo MPF de que trata este artigo, não poderá ser indicado o mesmo AFRF responsável pela execução do Mandado extinto.

Observa-se que, em nenhum momento, a Administração desvirtuou os termos dos arts. 12 e 13 acima citados, que autorizam a prorrogação pelo prazo de trinta dias, por tantas vezes quantas necessárias, dos Mandados de Procedimento Fiscal. Não importa que as prorrogações se deram por períodos de sessenta dias, como afirma a parte autora, posto que, como dito, elas poderiam ser feitas tantas quantas necessárias.

Muitas vezes, devido ao grau de complexidade dos fatos, a prorrogação do prazo para conclusão do procedimento fiscal e a extensão do período investigatório são necessários, não existindo qualquer vício na ampliação do período analisado.

Ademais, algumas irregularidades formais no curso do procedimento fiscal não determinam a nulidade do lançamento quando não implicarem cerceamento de defesa. Assim, como bem ressaltou o MM. Juiz monocrático: “Nesse passo, seja pela finalidade meramente gerencial das normas administrativas que instituíram o Mandado de Procedimento Fiscal, cuja inobservância é irrelevante do ponto de vista da legalidade da fiscalização, seja pela inexistência de prejuízo à defesa da parte autora, concluo pela falta de subsistência jurídica da primeira alegação da parte autora”.

Afirma a autora que as empresas intermediadoras de mão-de-obra não podem ser cobradas com lastro em todos os valores pagos pelos tomadores de serviço e que a chamada Taxa Administrativa seria faturamento para efeitos jurídico-tributários.

Cabe, aqui, estabelecer algumas diferenças entre as empresas prestadoras de serviços terceirizados e as empresa de locação de mão-de-obra. Aquelas firmam com as empresas tomadoras de serviço um contrato de serviço especializado, executando-o, mediante a fixação de um valor pelo serviço a ser prestado, devendo tal receita ser tributada, enquanto as empresas de mão-de-obra

fazem uma intermediação entre um trabalhador temporário (terceiro) e o tomador de serviços e, por conta deste agenciamento, recebem tão somente uma comissão.

Por sua vez, a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, em seu art. 4º, define o que venha a ser uma empresa de trabalho temporário, ou seja, empresa de mão-de-obra, como sendo “a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos”. Ademais, para o funcionamento das mesmas, faz-se necessário o registro no Departamento Nacional de Mão-de-Obra do Ministério do Trabalho e Previdência Social, no dizer do art. 5º do referido diploma legal.

A autora trata-se de empresa de prestação de serviços e não de empresa de locação de mão-de-obra temporária.

Noutro turno, não acosta nenhum documento a comprovar seu registro no Departamento Nacional de Mão-de-Obra do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Destarte, deve receber o tratamento normal concedido a qualquer prestadora de serviços, não sendo cabível o recolhimento tão somente do que chamou de Taxa de Administração.

A corroborar a tese acima esposada, colho ementas de julgados emanados desta egrégia Corte:

TRIBUTÁRIO. EMPRESA DE VIGILÂNCIA. PIS E COFINS. EXIGIBILIDADE.

1. A empresa prestadora de serviços de vigilância e segurança não se confunde com a agenciadora de mão-de-obra temporária, portanto incidem o PIS e a COFINS sobre os valores recebidos do tomador de serviço contratante para pagar os salários dos vigilantes e respectivos encargos sociais e previdenciários, visto que representam receita a ser tributada.

2. Apelação não provida.

(AC 462849-AL, Rel. Des Federal Marcelo Navarro, DJ 17.04.2009, unânime)

TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EMPRESA DE TRABALHO TEMPORÁRIO. TAXA DE AGEN-

CIAMENTO. OBRIGATORIEDADE DE CERTIFICADO.

1. A empresa agenciadora de mão-de-obra faz a intermediação entre um terceiro, trabalhador temporário, e o tomador de serviços, recebendo uma comissão por tal transação. Tal comissão é a sua receita, uma vez que os outros valores são repassados aos trabalhadores, ao INSS, sob pena de apropriação indébita.

2. A Lei nº 6.019/74 estabelece, em seu art. 5º, a obrigatoriedade de registro no Ministério do Trabalho para as empresas de trabalho temporário, o que não foi comprovado pela autora.

3. O contrato social da autora também não faz qualquer menção à Lei nº 6.019/74, destarte, a autora não tem o direito de recolher o PIS e a COFINS, apenas, sobre a taxa de agenciamento. Apelação da Fazenda Nacional e remessa necessária providas. Apelação da autora prejudicada.

(AC 2007.80.00.002194-5, Rel. Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho (Substituto), *DJ* 05.06.2008, unânime)

TRIBUTÁRIO. EMPRESA DE VIGILÂNCIA. PIS E COFINS. EXIGIBILIDADE.

1. A empresa prestadora de serviços de vigilância e segurança não se confunde com a agenciadora de mão-de-obra temporária, portanto incidem o PIS e a COFINS sobre os valores recebidos do tomador de serviço contratante para pagar os salários dos vigilantes e respectivos encargos sociais e previdenciários, visto que representam receita a ser tributada.

2. Apelação não provida.

(TRF 5ª Região, AC 462849/AL, Rel. Desembargador Federal MARCELO NAVARRO, Quarta Turma, 17/04/2009)

TRIBUTÁRIO. COFINS. PIS. BASE DE CÁLCULO. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO ESPECIALIZADO EM VIGILÂNCIA.

- Os atos constitutivos da autora acostados aos autos às fls. 35/36 atestam tratar-se de empresa de prestação de serviços especializados em vigilância, e não de empresa de locação de mão-de-obra, devendo haver a incidência da COFINS e do PIS sobre a receita recebida do tomador de serviço para quitação dos salários dos vigilantes e respectivos encargos sociais e previdenciários.

- Precedentes (AC 462849-AL, Rel. Des. Federal Marcelo Navarro, *DJ* 17.04.2009, unânime e AC 2007.80.00.002194-5, Rel. Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho (substituto), *DJ* 05.06.2008, unânime)
- Apelação desprovida.
(TRF 5ª Região, AC 467140/CE, Rel. Desembargador Federal FRANCISCO WILDO, Segunda Turma, 05/10/2009)

Afirma a parte autora que não é razoável a utilização do lucro arbitrado, isto é, a apuração do lucro mediante a aplicação do percentual de 38,40% sobre o valor bruto das notas fiscais de prestação de serviços de vigilância.

O arbitramento é critério subsidiário de apuração do lucro líquido, aplicável indistintamente às pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real e às optantes pelo lucro presumido, nas hipóteses descritas no art. 399 do RIR/1980.

O art. 399 do RIR/1980 enumera os casos em que é possível a autoridade tributária desconsiderar a escrita fiscal e arbitrar o lucro da pessoa jurídica, *in verbis*:

Art. 399. A autoridade tributária arbitrará o lucro da pessoa jurídica, inclusive da empresa individual equiparada, que servirá de base de cálculo do imposto, quando (Decreto-Lei nº 1.648/1978, artigo 7º):

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

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

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

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

V - o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de cumprir o disposto no § 1º do artigo 76 da Lei 3.470, de 28 de novembro de 1958;

VI - o contribuinte, na situação referida no item I e não autorizado a optar pela tributação com base no lucro pre-

sumido, espontaneamente apresentar declaração de rendimentos.

Também preceitua o artigo 47 da Lei 8.981/95:

Art. 47. O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando:
I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real ou submetido ao regime de tributação de que trata o Decreto nº 2.377, de 1987, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;
(...).

Dessume-se da legislação transcrita que o arbitramento é critério subsidiário de determinação do lucro, aplicável tanto às empresas que apuram o imposto com base no lucro real quanto às optantes pelo sistema do lucro presumido, na hipótese de a escrituração da empresa apresentar erros ou deficiências que impeçam a determinação exata da base de cálculo do IRPJ.

No presente caso, a parte autora não apresentou os livros fiscais e comerciais na forma prescrita pela legislação tributária. Segundo o Termo de Devolução de Documentos (fl. 115), mesmo após diversas intimações para apresentar a documentação necessária referente a sua contabilidade, limitou-se a fornecer o Livro Registro de Apuração do ISS e Notas Fiscais de Prestação de Serviços.

A autora estava obrigada a cumprir a obrigação acessória, escriturando regularmente toda a sua movimentação.

Constatando-se a impossibilidade do Fisco conhecer o resultado econômico da atividade da autora para fazer seu lançamento com base no lucro real, há de se reconhecer que deve se aplicar o lucro por arbitramento.

Sobre a questão, o perito do Juízo assim se pronunciou:

A aplicação do coeficiente de 38,40% sobre o recebimento bruto é um arbitramento do lucro determinado pelo regulamento do imposto de renda, visto que não foi apresentada a documentação necessária para a apuração do lucro real, ou seja, deduzir da receita bruta as despesas legalmente permitidas para a apuração do lucro real. Um

dos procedimentos obrigatórios para a empresa adotar é manter a escrituração contábil em ordem e a cada trimestre do ano fazer o fechamento contábil, apurando o lucro. Não basta a empresa dizer que o seu lucro fica em torno de 5% a 15% sobre o valor de cada nota fiscal, é imprescindível que haja contabilidade comercial e que os livros fiscais e comerciais estejam escriturados, até porque a empresa não provou que o seu lucro está na taxa administrativa, onde diz que cada nota fiscal discrimina essa taxa, como tentou explicar. Assim, a perícia não pode discordar do procedimento fiscal, porquanto a empresa/autora não procedeu de acordo com as normas contábeis e fiscais.

Quanto à duplicidade de lançamentos, também esclareceu o contador judicial que:

A perícia discorda em parte do levantamento feito pela Fazenda Nacional através dos DOCs, pois não foram excluídos os valores recebidos pela prestação de serviço do INSS e da SEFAZ, conforme cópias de documentos nos autos.

Quanto aos valores de DOCs, onde a empresa/autora não conseguiu comprovar através de notas fiscais, estes foram mantidos pela perícia.

(...)

O valor encontrado após essas deduções será a base de cálculo do IRPJ referente à receita não comprovada.

(...)

QUESITO B: Verifica-se, a partir dessa análise, cobrança em duplicidade do IRPJ nos autos de infração impugnados, referentes ao MPF nº 0440100/00185/04?

RESPOSTA: Sim, pois os valores de DOC's que já foram contabilizados através do levantamento das notas fiscais não deveriam constar do levantamento de depósitos bancários não contabilizados (fls. 125).

(...)

RESPOSTA: A perícia apresenta, na planilha 2, o valor devido a título de imposto de renda, já excluídos os valores que estavam em duplicidade. Quanto à dedução das despesas pagas, como já foi dito no quesito E, não consta a documentação necessária para a dedução das despesas pagas pela empresa, no entanto, o percentual de lucro para a apuração do imposto já consta na planilha da perícia no percentual de 38,4%.

Entendo que deve ser reconhecido como correto o laudo da Contadoria do Juízo, por ser distante dos interesses das partes litigantes, e merecer seus cálculos fé de ofício.

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

Assim, deve ser retirada do valor do tributo cobrado em questão a quantia cobrada em duplicidade, nos termos dos cálculos do contador.

Sobre a cobrança de multa de 75% (setenta e cinco por cento), dita de caráter confiscatório, concordo com o entendimento de que sua fixação é compatível com o papel que lhe é inerente: o de desestimular as condutas que dão ensejo a sua cobrança.

Inclusive, o Pleno deste Tribunal decidiu no sentido de que a aplicação de 75% não ofende o princípio do não confisco, conforme ementa que transcrevo:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 44, I, DA LEI Nº 9.430/96. MULTA MORATÓRIA DE 75%. ART. 150, IV, DA CF/88. PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO.

I. A suposta natureza confiscatória da multa de 75% (setenta e cinco por cento), prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, não pode ser atestada em sede de controle abstrato de constitucionalidade, devendo tal exame ser realizado nos casos concretos.

II. Risco de anomia pela supressão da referida multa do ordenamento jurídico, além do que é impossível adotar interpretação conforme a Constituição em controle abstrato.

III. Arguição rejeitada. Manutenção da constitucionalidade do art. 44, I, da Lei nº 9.430/96.

(AIAC 303007, julgado por maioria em 11/04/07, DJ 11/06/07, Relatora para o Acórdão Desembargadora Federal Margarida Cantarelli)

No que se refere à alegação de impossibilidade de retificação do lançamento pelo Judiciário, destaco trecho bastante elucidativo do julgamento do Pleno desta Egrégia Corte, na AR 1660-PE (Processo: 9705421692), que teve como relatora a Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira, cuja ementa foi publicada no DJ de 15/12/2005:

(...) Os artigos 142 e 145 do Código Tributário Nacional não afastam a possibilidade de o Judiciário definir quais os parâmetros corretos a serem utilizados no cálculo do tributo. A prevalecer o argumento da autora, estar-se-ia a restringir, injustificadamente, a atuação do Judiciário no controle dos atos administrativos. O Código Tributário Nacional, ao enumerar, em seu artigo 145, as únicas hipóteses em que o lançamento pode ser alterado, vincula, tão somente, a própria autoridade administrativa. Ao Judiciário, mediante provocação, é dado, igualmente, definir os parâmetros a serem observados no lançamento, máxime quando referido lançamento estiver a contrariar preceitos do direito positivo. Observe-se que, para tanto, não se faz necessário decretar a nulidade do lançamento, decretação esta que apenas seria destinada às hipóteses em que ocorrido vício de elemento do próprio ato administrativo (como, *verbi gratia*, na hipótese de vício de forma). O erro no cálculo do imposto não importa em nulidade do lançamento, mas em mera irregularidade, passível de ser retificada. (...).

Mantenho a sucumbência recíproca, nos termos do art. 21 do CPC.

Diante do exposto, nego provimento à apelação da autora e dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação da Fazenda Nacional, apenas para reconhecer que para as empresas prestadoras de serviço de vigilância há a incidência do tributo sobre a receita recebida do tomador de serviço para quitação dos salários dos vigilantes e respectivos encargos sociais.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 358.555-PE / AC Nº 358.560-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelante: CARBOMIL QUÍMICA S/A
Apelados: UNIÃO E BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A - BNB
Advs./Procs.: DRS. URBANO VITALINO DE MELO NETO E OUTROS (APTE.) E DANILO DUARTE DE QUEIROZ E OUTROS (2º APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PERDAS E DANOS. RECURSOS DO FINOR. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ABUSO DO PODER ECONÔMICO NÃO CONFIGURADO. ALEGAÇÃO DE ATRASO NA LIBERAÇÃO DE RECURSOS DO FINOR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ÔNUS DA PARTE AUTORA. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 8.167/91. APLICABILIDADE DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS POR ESTA NORMA AOS EMPREENDIMENTOS EM CURSO. DIREITO ADQUIRIDO À EMISSÃO DE AÇÕES. INEXISTÊNCIA. ENQUADRAMENTO NO SISTEMA FINOR/DEBÊNTURES. OPÇÃO ESPONTÂNEA DA EMPRESA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO À SISTEMÁTICA ANTERIOR. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.

- O fundamento do pedido de indenização por perdas e danos por parte das autoras seria o fato de terem sido prejudicadas pela não liberação de parcelas do FINOR, administrado pela então SUDENE, a qual, atuando com desvio de poder juntamente com o Banco do Nordeste do Brasil - BNB, teria inviabilizado o desenvolvimento do projeto das demandantes.

- Apelante que foi beneficiada com incentivos financeiros oriundos do FINOR, administrados

pela SUDENE, para implantação de projeto visando à implantação de empreendimento industrial, não o tendo efetivado a contento, razão pela qual ocorreu a suspensão dos incentivos concedidos à empresa.

- Preliminar de nulidade da sentença que se rejeita, por estar a mesma devidamente fundamentada, sem vícios que a invalidem. A concordância da parte com os fundamentos de fato e de direito nela contidos, ou ainda a alegação de erro na sua fundamentação, são questões que devem ser enfrentadas quando da apreciação do mérito do recurso processual cabível.

- Não se pode cogitar de violação a direito adquirido ou à ordem jurídica, sobretudo porque à época da aprovação do projeto em discussão, que ocorreu anteriormente à vigência da Lei nº 8.167/91, vigorava o artigo 4º do Decreto-Lei nº 2.304/86, onde havia previsão de que a aplicação dos recursos também poder-se-ia fazer mediante a subscrição de debêntures.

- Já é entendimento pacificado nesta Corte quanto à constitucionalidade da Lei nº 8.167/91, estando assente que esta não viola direito adquirido ao dispor sobre a nova sistemática implementada para lastrear os financiamentos realizados no âmbito do FINOR.

- Asserção de violação ao direito adquirido da empresa no que pertine ao seu enquadramento no sistema conhecido como FINOR/DEBÊNTURES que não se sustenta, vez que com a edição da Lei nº 8.167/91, as empresas titulares de projetos incentivados pelo FINOR e cuja implantação estava em curso, tiveram a opção de firmar com a SUDENE novo acordo de incentivos financeiros, tendo a empresa ora apelante espontaneamente aderido a tal sistema.

- Ausência de comprovação de qualquer ato ilícito ou atentatório à ordem econômica, passível

de condenação das apeladas por perdas e danos. Não podem ser imputados à SUDENE e ao BNB os obstáculos para a liberação dos recursos do FINOR, até porque a apelante foi quem incorreu em falta.

- Não comprovação de atraso na liberação dos recursos do FINOR, em desacordo com suposto cronograma fixo de desembolso financeiro, de forma que não há como se deferir pleito de reparação de danos, porque o ônus da prova, quanto ao fato constitutivo do direito, incumbe à parte autora, não tendo ela se desincumbido a contento.

- Cabe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito. No caso dos autos, a União não trouxe qualquer elemento que comprovasse as alegações de superfaturamento, empréstimos a funcionários, contratos com empresas coligadas, entre outras irregularidades noticiadas e não provadas.

- A contratante deve submeter-se a procedimento administrativo, na hipótese de eventual desvio dos recursos recebidos. No caso em tela, a União não comprovou suas alegações, nem instaurou procedimento administrativo para apurar as irregularidades apontadas.

- Apelação da autora, da União e remessa oficial da reconvenção improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações do particular e da União e à remessa oficial na reconvenção, na forma do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 13 de outubro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Cuida-se de apelação cível interposta por CARBOMIL QUÍMICA S/A contra sentença proferida pelo Juízo da 9ª Vara Federal de Pernambuco, nos autos do Processo nº 95.00. 16837-5, que julgou improcedente o pedido de ressarcimento de perdas e danos, lucros cessantes, dos valores relativos a juros de mercado e encargos financeiros, danos morais e abalo de crédito, deduzido pela autora em Ação ajuizada contra a Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE e o Banco do Nordeste do Brasil - BNB.

A autora ajuizou ação de reparação de danos contra a SUDENE e o BNB, objetivando o ressarcimento dos supostos prejuízos advindos da sustação de repasses de recursos do FINOR, a partir de 1993, em face do que requereu o pagamento de uma indenização por perdas e danos, lucros cessantes, danos emergentes e morais e abalo de crédito. Pugnou ainda pelo ressarcimento dos valores relativos a juros de mercado e encargos financeiros que fora obrigada a assumir em decorrência de supostos atos ilícitos praticados pelos demandados, bem como buscou a liberação dos recursos dos incentivos ao amparo do FINOR, que foram sustados pela instituição financeira ora demandada.

Em sede de reconvenção, a SUDENE, representada pela União Federal, requereu a restituição de todos os recursos recebidos pela CARBOMIL QUÍMICA S/A, a título de incentivo fiscais do Sistema FINOR, bem como a exclusão dessa empresa do referido Sistema.

O Julgador de primeiro grau rejeitou o pleito inaugural, ante a ausência de todos os pressupostos ensejadores da responsabilidade objetiva. Argumentou que os danos que se busca ressarcir decorreram unicamente do comportamento da demandante, que deixou de dar cumprimento a todas as obrigações a que estava adstrita para a liberação dos recursos do FINOR. Por consequência, rejeitou também o pedido de liberação de recursos que haviam sido retidos, aduzindo que a retenção dos incentivos "constituiu, em última análise, medida reflexa ao prévio inadimplemento

autoral”. Condenou a parte autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios, no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, *pro rata*.

Inconformada com a decisão ora recorrida, a empresa CARBOMIL QUÍMICA S/A. interpôs o presente recurso (fls. 1.866/1.904), alegando em suas razões, em síntese:

- a) preliminarmente, a nulidade da sentença de primeiro grau por ausência de fundamentação, sob o argumento de que o Magistrado “não tangenciou questões técnicas importantes analisadas pelo *expert* do Juízo, sob a justificativa, sem fundamentação, de que o mesmo havia extrapolado suas funções”, bem como que não houve a devida valoração das provas periciais, visto que deixou o Julgador de se manifestar sobre o expurgo de parte do laudo pericial;
- b) que a decisão recorrida atenta contra o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, bem como aos princípios da proporcionalidade e da boa-fé e ao primado do *exceptio non adimpleti contractus*.
- c) que a perícia contábil demonstrou que a situação de inadimplência da apelante decorreu da falta de repasse das parcelas obrigatórias do incentivo financeiro do FINOR, na forma inicialmente ajustada, posto que a SUDENE não cumpria os prazos de liberação dos recursos e, quando liberava, o fazia sem a necessária correção monetária;
- d) que a inadimplência da apelante não pode ser arguida como fator de legitimação da sustação de recursos que gerou a situação de quebra patrimonial da apelante;
- e) que não descumpriu sua obrigação quanto à apresentação dos relatórios trimestrais, tendo apenas atrasado a entrega de alguns deles, situação que posteriormente veio a ser regularizada na forma exigida pela Portaria nº 400/84;
- f) que os incentivos objeto da presente discussão dizem respeito à intervenção do Estado no Domínio Econômico, tratando-se de uma típica forma de intervenção por indução, em que a empresa “estabelece com o Estado uma relação jurídica de aceitação dos requisitos para a concessão do incentivo, que passam a integrar o seu estatuto jurídico”;

- g) que o incentivo em comento possui feições de um verdadeiro contrato, “pois estabelecem direitos e obrigações para o Fisco e para o contribuinte”, os quais não podem ser revogadas unilateralmente, sob pena de ofensa ao direito adquirido incorporado ao patrimônio jurídico do beneficiário;
- h) a inaplicabilidade da Lei nº 8.167/91 ao caso dos autos, tendo em vista que essa Norma criou novos requisitos para o repasse dos recursos do FINOR, atingindo o direito adquirido da apelante. Aduz que os requisitos necessários para a liberação dos recursos a que fazia jus foram implementados anteriormente à supracitada Lei;
- i) que a Constituição Federal consagra o respeito à irretroatividade específica em relação aos benefícios onerosos e com prazo determinado, os quais se integram ao estatuto do contribuinte, caracterizando-se como direitos adquiridos, irrevogáveis e imodificáveis por lei posterior;
- j) que as pendências relativas ao CADIN, SERASA, FGTS e INSS foram indevidamente consideradas pelo Magistrado *a quo* como motivadoras da inadimplência da apelante, visto que as Resoluções nºs 10.954/94 e 10.999/95 não se aplicam ao caso em comento, por serem posteriores à Portaria nº 9.931/87, que concedeu o benefício em apreço;
- k) que não houve adesão voluntária da apelante à nova sistemática de emissão de debêntures, mas uma coação de ordem econômica para adequação ao novo sistema, que era muito mais gravoso à apelante;
- l) que a exigência do atendimento de condições não existentes à época da pactuação do incentivo constitui afronta ao direito adquirido da apelante;
- m) que a razão do dano causado à apelante não foi a ausência dos repasses em si, mas os atrasos na liberação dos recursos, que passaram a ser feitos sem a devida correção monetária;
- n) que não seria lícito exigir o cumprimento de obrigações, por parte da apelante, quando as Instituições ora apeladas não de incumbiram de fazer os repasses de recursos nas datas aprezadas;

- o) a aplicação da regra da exceção do contrato não cumprido em face dos entes estatais, por se tratar de uma questão de Direito Econômico, cuja previsibilidade está inserta no artigo 78, XV, da Lei Geral de Licitações;
- p) a inobservância dos princípios da Proporcionalidade e da Boa-Fé na relação jurídica em discussão, o que restou demonstrado no laudo pericial acostado aos autos;
- q) a ausência de cotejo das provas periciais, bem como de manifestação judicial quanto às conclusões firmadas pelo perito;

Com tais argumentos, a apelante pugna pelo acolhimento da preliminar suscitada, para que seja decretada a nulidade da sentença *a quo* ou, caso não acolhido tal requerimento, a reforma da sentença ora recorrida, com a manifestação expressa sobre os seguintes dispositivos: artigo 5º, XXXVI e 37, § 6º, e 93, IX, da Constituição Federal; artigos 927, 186 e 187 do Código Civil.

A União e o BNB apresentaram suas contrarrazões (fls. 1.911/1.928)

A reconvenção também foi julgada improcedente, tendo em vista que a Lei nº 8.167/91 não prevê a exclusão da empresa beneficiária do Sistema FINOR, mas tão-somente o cancelamento dos incentivos dele decorrentes. Ressalvou o Juízo *a quo* que a devolução dos recursos já recebidos somente é cabível quando há indício de desvio de recursos pela beneficiária, do que a reconvinte não logrou fazer qualquer prova. Em consequência da rejeição do pedido reconvenicional, a parte reconvinte foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios, no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

A União apelou contra a sentença proferida na reconvenção, argumentando, em síntese, que: a) as empresas inadimplentes devem ser excluídas do FINOR; b) ao ingressar no sistema, a empresa tem conhecimento de que deve cumprir as normas; c) a apelada aplicou inversões indevidas, oriundas de superfaturamento, empréstimos a funcionários, contratos com empresas coligadas, créditos fiscais duplicatas vencidas, entre outras. Ao final, pugnou pelo provimento do pelo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Cuida-se de apelação cível interposta por interposta por CARBOMIL QUÍMICA S/A contra sentença proferida pelo Juízo da 9ª Vara Federal de Pernambuco, nos autos do Processo nº 95.00.16837-5, que julgou improcedente o pedido de ressarcimento de perdas e danos, lucros cessantes, dos valores relativos a juros de mercado e encargos financeiros, danos morais e abalo de crédito, deduzido pela autora em Ação ajuizada contra a Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE e o Banco do Nordeste do Brasil - BNB.

Como já salientado, a pretensão de ressarcimento em questão funda-se no fato da apelante ter sido supostamente prejudicada em virtude da não liberação de parcelas do Sistema FINOR, administrado pela então SUDENE. Segundo a apelante, aquela Autarquia, atuando com desvio de poder juntamente com o BNB, teria inviabilizado a continuidade das atividades de implantação do projeto que estava sendo custeado com recursos do aludido Fundo.

Sustenta a apelante, em preliminar, a nulidade da sentença, por falta de fundamentação, ao argumento de que o Magistrado deixou de considerar questões técnicas importantes analisadas pelo *expert* do Juízo, e que não houve a devida valoração das provas periciais.

Entretanto, a sentença ora recorrida está devidamente fundamentada, não estando inquinada de vício que justifique a sua nulidade. Logo, merece ser afastada a preliminar aventada, visto que o Julgador *a quo* fundamentou satisfatoriamente seu *decisum*, debruçando-se sobre a prova pericial naquilo que era realmente pertinente, útil e aplicável ao caso sub examine, conforme será oportunamente destacado na análise do mérito.

Insta salientar ainda que a não concordância da parte com os fundamentos de fato e de direito contidos na sentença, ou ainda a alegação de erro na sua fundamentação, não são causas de nulidade, devendo tal irresignação ser enfrentada quando da apreciação do mérito do recurso processual cabível.

No mérito, melhor sorte não socorre a apelante. A questão ora debatida cinge-se à verificação de ofensa a direito adquirido e a ato jurídico perfeito, conforme pretende a apelante.

A *questio juris* pode ser assim resumida: a apelante teve um projeto aprovado perante a SUDENE, para a implantação de empreendimento industrial, o qual foi aprovado pela Resolução nº 9.644/85. A modalidade de participação financeira do projeto na forma originalmente aprovada era feita mediante subscrição de ações da empresa beneficiária, no Sistema denominado FINOR/AÇÕES.

Ocorre que durante a fase de implantação do projeto fora editada a Lei nº 8.167, de 17.01.1991, a qual determinava em seu artigo 5º que os recursos do FINOR seriam aplicados sob a forma de debêntures, conversíveis ou não em ações, de emissão das empresas beneficiárias. Em seu artigo 22, o referido diploma estabelecia que a nova sistemática aplicar-se-ia aos projetos que se encontravam no estágio de implantação, como era o caso da empresa ora apelante. Assim, com a edição da nova legislação de regência em 1991 ocorreu o enquadramento da apelante na nova sistemática, com a implementação de novas condições trazidas pela novel legislação.

Quanto à alegação de que os seus prejuízos em virtude da implantação do novo mecanismo adotado para a liberação dos recursos, também não vislumbro como prosperar a apelação. Pretende a apelante atribuir a sua inadimplência à falta de repasse das parcelas obrigatórias do incentivo financeiro do FINOR, na forma inicialmente ajustada, posto que a SUDENE não cumpria os prazos de liberação dos recursos e, quando liberava, o fazia sem a necessária correção monetária. Porém, conforme consta do laudo pericial, havia razões para justificar a falta de liberação de recursos por partes dos apelantes.

Há de se destacar que a liberação dos recursos do FINOR estava condicionada à tempestiva apresentação de relatórios periódicos de acompanhamento do empreendimento, para comprovação dos investimentos realizados pelo empreendedor.

Consta do laudo pericial (fl. 1.157), em resposta ao Quesito nº 09, que houve atraso na apresentação dos relatórios trimestrais

por parte da apelante. Ainda nos esclarecimentos prestados pelo *expert* (fl. 1.157) também ficou evidenciado o descumprimento das exigências do BNB, como gestor financeiro do FINOR, para a liberação dos recursos públicos em discussão (respostas aos quesitos 10 e 11).

Impõe destacar que a inadimplência da apelante na satisfação das obrigações a que se incumbiu perante as instituições ora apeladas, por si só, legitima a recusa da SUDENE em fazer o aporte da contrapartida do FINOR nas datas pactuadas.

A apelante considera que o seu vínculo com a SUDENE possui natureza contratual e por tal razão não poderia ser desrespeitada, principalmente com o estabelecimento de uma sistemática mais onerosa, sob pena de malferição à regra constitucional da segurança jurídica. Afirma que o incentivo em comento possui feições de um verdadeiro contrato, “pois estabelecem direitos e obrigações para o Fisco e para o contribuinte”, os quais não podem ser revogadas unilateralmente, sob pena de ofensa ao direito adquirido incorporado ao patrimônio jurídico do beneficiário.

Como se observa, pretende a apelante estabelecer o entendimento de que a Lei nº 8.167/91, que alterou o sistema de incentivos fiscais do FINOR, não poderia ter atingido a regulamentação do empreendimento sob sua condução, porquanto fora aprovado e iniciado antes da entrada em vigor desse diploma legal. Porém, não prospera o argumento de que houve violação ao direito adquirido da apelante, no que pertine ao seu enquadramento no sistema conhecido como FINOR/DEBÊNTURES, pelo fato do seu projeto ter sido aprovado sob a égide de lei anterior específica.

Com a edição da Lei nº 8.167/91, as empresas titulares de projetos incentivados pelo FINOR e cuja implantação estava em curso tiveram a opção de firmar com a SUDENE novo acordo de incentivos financeiros, que seriam liberados para a consecução do empreendimento em curso, com a emissão de debêntures a serem subscritas pelos beneficiários dos recursos.

No caso presente, a empresa apelante aderiu espontaneamente ao sistema, razão pela qual não pode agora pretender alegar direito adquirido ao sistema anterior, por lhe parecer mais benéfico. Além do mais, pela aplicação do princípio da supremacia do

interesse público, não há de se alegar direito adquirido contra norma de caráter público.

A apelante defende a inaplicabilidade da Lei nº 8.167/91 ao caso dos autos, tendo em vista que essa norma criou novos requisitos para o repasse dos recursos do FINOR, atingindo o direito adquirido da apelante.

A meu ver, no caso em discussão não se pode cogitar de violação a direito adquirido ou à ordem jurídica, sobretudo porque à época da aprovação do projeto em discussão, que ocorreu anteriormente à vigência da Lei nº 8.167/91, vigorava o artigo 4º do Decreto-Lei nº 2.304/86, onde havia previsão de que a aplicação dos recursos também poder-se-ia fazer mediante a subscrição de debêntures.

Já é entendimento pacificado nesta Corte quanto à constitucionalidade da Lei nº 8.167/91, deixando-se assente que esta não viola direito adquirido ao dispor sobre a nova sistemática implementada para lastrear os financiamentos realizados no âmbito do FINOR. Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS DO FINOR. PROJETO APROVADO QUANDO EM VIGOR O DECRETO-LEI Nº 1.376/74. APLICABILIDADE DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 8.167/91. DIREITO ADQUIRIDO À EMISSÃO DE AÇÕES. INEXISTÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 8.167/91.

I. Trata-se de apelação de sentença, que julgou improcedente pedido de anulação de “escritura particular de emissão de debêntures conversíveis” em “ações e debêntures simples inconversíveis”, reconhecendo a constitucionalidade da Lei nº 8.167/91.

II. O Decreto-lei nº 1.376/74, que instituiu o FINOR, possibilitava a aplicação de recursos desse fundo em empresas consideradas aptas para receber incentivos fiscais pelas agências de desenvolvimento regional ou setorial, sob a forma de subscrição prévia de títulos de capital da beneficiária, de valor nominal correspondente a cada liberação, ou recebimento de debêntures, conversíveis ou não em ações.

III. Com a vigência da Lei nº 8.167/91, os Fundos de Investimentos deveriam aplicar os seus recursos a partir do or-

çamento de 1991, sob forma de subscrição de debêntures, conversíveis ou não em ações, de emissão das empresas beneficiárias, por meio de escritura particular. Nos casos dos projetos já aprovados, em fase de implantação, facultou-se aos beneficiários optar pela conclusão do empreendimento por outra fonte de recursos ou aderir à sistemática de incentivos fiscais instituída pela lei citada.

IV. O art. 4º do Decreto-Lei nº 1.376/74, na redação do Decreto-Lei nº 2.304/86, sob a égide dos quais foi adquirido o direito aos incentivos fiscais, já previa a possibilidade de emissão de debêntures, não havendo que se falar em afronta ao direito adquirido, vez que a norma insere no art. 22 da Lei nº 8.167/91 não veio a conflitar com o sistema anterior. Há entendimento pacificado, nesse Tribunal, que a Lei 8.167/91 não viola direito adquirido ao dispor sobre a nova forma de garantia do financiamento previsto pelo FINOR.

V. A jurisprudência desta corte já se posicionou pela constitucionalidade da Lei 8.167/91 (AC 333822, Rel. Desemb. Federal Lázaro Guimarães, 4ª Turma, TRF 5ª Região, DJ 08/06/2004, p. 676, n. 109).

VI. Apelação improvida.

(TRF5 - AC - Apelação Cível. AC405722-PE. Processo nº 2007.05.00.005088-7. Órgão Julgador: Quarta Turma. Relator Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (Substituto). Data Julgamento: 27.02.2007. Doc. 133120). Grifado.

CIVIL. RECURSOS DO FINOR. EMISSÃO DE DEBÊNTURES. DIREITO ADQUIRIDO À EMISSÃO DE AÇÕES PREFERENCIAIS SEM DIREITO A VOTO. INEXISTÊNCIA. TRD. APLICABILIDADE. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL (CPC, ART. 585, I). IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO.

- Ação ordinária desconstitutiva de executividade ajuizada contra o Banco do Nordeste do Brasil S/A e a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE, visando à nulidade da Escritura Particular de Emissão de Debêntures Conversíveis em Ações e Debêntures Simples e não Conversíveis em Ações, firmada em 21/11/1991, assim como os debêntures de sua emissão, para subscrição pelo FINOR, para que fosse aplicada a sistemática

anterior de subscrição de ações preferenciais sem direito a voto.

- Em situação similar, este egrégio Tribunal já decidiu: “Não ocorrência de maltrato à segurança jurídica, porquanto, demais da legislação anterior à Lei 8.167/91 já prever a possibilidade de que a aplicação dos recursos do FINOR se fizesse também pela emissão de debêntures, a incidência, *in casu*, do art. 5º do referido diploma legal decorrerá, *sponte própria*, de requerimento formulado pela apelante”. (Terceira Turma, AC nº 179.116/PE, Rel. Des. Federal EDILSON NOBRE (convocado), julg. em 06/11/2001, publ. *DJU* de 07/02/2002, pág. 829.

- Precedentes no mesmo sentido: Primeira Turma, AC nº 223.486/PE, Rel. Des. Federal FRANCISCO WILDO, julg. em 16/09/2004, publ. *DJU* de 15/10/2004, pág. 641; Quarta Turma, AC nº 333.822/PE, Rel. Des. Federal LÁZARO GUIMARÃES, julg. em 09/03/2004, publ. *DJU* de 08/06/2004, pág. 676.

- “A TRD pode ser utilizada como índice de atualização do valor das debêntures emitidas pelas empresas beneficiadas com incentivos fiscais do Sistema FINOR/SUDENE/BNB, desde que os contratos sejam posteriores à Lei nº 8.177/91, porque o Excelso Pretório já decidiu que a TRD só não valerá com relação aos contratos preexistente à referida lei (ADin nº 493/DF)”. (AC nº 170505/PE, Rel. Des. Federal NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (convocado), julg. em 07/10/1999, publ. *DJU* de 26/06/2000, pág. 1042).

- Nos termos do art. 585, I, do CPC, as debêntures são títulos executivos extrajudiciais, não importando, para esse fim, a data da sua emissão, já que se trata de mera forma de cobrança, não alterando em nada a substância desse título.

- Apelação improvida. Ac84371-PE

(TRF5 - AC - Apelação Cível. AC-PE. Processo nº 95.05.22054-4. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante. Data Julgamento: 08.09.2005. Doc. 102679). Grifado.

ADMINISTRATIVO. INCENTIVOS FISCAIS DA SUDENE. ADESÃO À MODALIDADE DE SUBSCRIÇÃO DE DEBÊNTURES EFETUADA COM BASE NA LEI 8.167/91, DE CONSTITUCIONALIDADE INQUESTIONÁVEL. INEXIS-

TÊNcia DE COAÇÃO OU QUALQUER OUTRO VÍCIO DE VONTADE. AÇÃO PROPOSTA MAIS DE DEZANOS APÓS A CELEBRAÇÃO DO CONTRATO. PRESCRIÇÃO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

(AC 333822, Rel. Desemb. Federal Lázaro Guimarães, 4ª Turma, TRF 5ª Região, DJ08/06/2004, p. 676, nº 109).

Assim, reconhecido jurisprudencialmente e de forma reiterada que não há direito adquirido, não há aplicação retroativa de norma nova sobre fato anterior, não há violação a princípio ou norma constitucional, nem há inconstitucionalidade da lei 8.167/91, como restou demonstrado nos julgados aqui colacionados.

Também não merece acolhida a afirmação da apelante de que foi compelida a aderir ao novo sistema, por força das disposições trazidas pela nova sistemática legal. As alterações a que a apelante teve que se submeter são resultantes da própria força da Lei, da qual não foi demonstrada a inconstitucionalidade. Portanto, não cabe a alegação de coação proveniente da força obrigacional derivada de norma considerada constitucional, à qual fica a Administração obrigada a dar cumprimento.

Ainda de acordo com a apelante, no caso presente houve coação de ordem econômica, a partir do momento em que fora obrigada a ajustar tal negócio sob novas condições, sob pena de perder o incentivo da SUDENE e inviabilizar seu projeto em execução. Contudo, não consta dos autos qualquer prova de que a apelante se submetera ao novo modelo mediante coação, o que afasta suas alegações de que fora compelida a submeter-se às novas condições, ou de que tenha qualquer tipo de coação para adequação ao novo sistema, sob pena de ficar impossibilitada de dar continuidade ao empreendimento.

A mera alegação nesse sentido é insuficiente para dar guarida à pretensão da apelante, conforme se colhe do seguinte julgado:

CIVIL. RECURSOS DO FINOR. DIREITO ADQUIRIDO À EMISSÃO DE AÇÕES. INEXISTÊNCIA. ACEITAÇÃO DAS NOVAS REGRAS.

- Quando, voluntariamente, a empresa beneficiária do empréstimo emite as debêntures, adequando-se à nova determinação legal, realiza novo negócio jurídico, que deve ser regido pela nova sistemática.

- Alegar genericamente que foi “constrangida” a emitir as debêntures não é suficiente a caracterizar a coação, defeito que poderia anular a nova manifestação de vontade.

- Apelação improvida.

(AC 223486, Rel. Desemb. Federal Francisco Wildo, 1ª Turma, TRF 5ª Região, DJ 15/10/2004, p. 641, nº 199).

Vê-se assim, que a jurisprudência de nosso Tribunal é firme em reconhecer a inexistência de direito adquirido ao sistema de adesão ao FINOR, antes do advento da Lei 8.167/91, não houve qualquer coação para adesão a nova sistemática legal, não há inconstitucionalidade da lei e, conseqüentemente, qualquer afronta à ordem jurídica vigente.

Na operacionalização da liberação dos recursos do Sistema FINOR cumpria à SUDENE autorizar ao Banco do Nordeste do Brasil a liberação dos recursos, desde que atendidas todas as exigências por parte da empresa beneficiária dos recursos. Além desta autorização, cabia ao BNB verificar o cumprimento de outras exigências antes de proceder à liberação dos recursos, inclusive a verificação da adimplência da empresa em relação a suas obrigações fiscais. Como bem destacou o Julgador *a quo*, “o BNB não constituía, à época dos fatos, mero depositário de recursos de investimento, mas era responsável pela própria administração financeira destes. Não era, portanto, órgão subordinado à SUDENE, exercendo atribuições complementares em relação a esta última, para viabilizar a liberação dos recursos do FINOR (sendo assim, o cumprimento das exigências erigidas eram verificadas pelos citados órgãos, de forma independente, nos respectivos âmbitos de atuação)”.

Há de se destacar que o laudo pericial (fl. 1.159) constatou que, de fato, a apelante era responsável por diversas pendências financeiras, inclusive relativas a tributos e contribuições previdenciárias, que ensejaram inscrições negativas nos cadastros do CADIN e SERASA, FGTS e INSS, de sorte que tal fato impactou diretamente no repasse das parcelas dos recursos do FINOR.

Desta forma, não merece acolhida a alegação de não seria lícito exigir o cumprimento de obrigações, por parte da apelante, quando as instituições ora apeladas não se incumbiram de fazer os repasses de recursos nas datas apazadas. A aplicação da re-

gra da exceção do contrato não cumprido não se aplica em face dos entes estatais, na forma pretendida pela apelante, sobretudo quando houve flagrante descumprimento das obrigações por parte desta.

A decisão de primeiro grau tratou exatamente da questão relativa às razões que ensejaram a sustação da liberação dos recursos, ressaltando que a inadimplência da apelante deu azo ao cancelamento da liberação de recursos por parte do BNB. Transcrevo a seguir os fundamentos trazidos na sentença, *verbis*:

De acordo com a documentação aqui juntada, foi corretamente exigido, pelo BNB, o cumprimento da exigência de pagamento dos encargos sobre as debêntures. O parecer da Secretaria Executiva da SUDENE (emitido em 27.09.91 e cujos termos foram integralmente aprovados pelo Superintendente da autarquia naquele período, conforme depende-se do doc. de fl.863), juntado às fls. 860/863, estabeleceu, para as debêntures, o prazo de carência de dois anos (fl. 861).

Como o BNB somente exigiu a amortização das debêntures em 16.11.93 e 17.11.93, infere-se, de forma indubitável, que o banco efetivamente observou o lapso estatuído no § 6º acima transcrito (frise-se que as datas se reportam, respectivamente, às debêntures relativas à autora e à sua interligada Libra - Ligas do Brasil S/A).

Não se poderia exigir, portanto, comportamento diverso do banco réu quando do cancelamento das liberações, uma vez que foi o mesmo pautado pelos ditames legais a que estava adstrito (§ 7º do art. 7º).

Ressalte-se, ainda, que, conforme asseverado pelo Banco do Nordeste do Brasil em sua contestação (fl. 920), a demandante não apresentou Certidão Negativa de Débitos emitida pelo INSS, o que, a teor do art. 195, § 3º, da Constituição Federal, constituiu óbice intransponível à liberação dos incentivos já autorizados pela SUDENE.

A demandante, outrossim, deixou de apresentar a documentação apontada no documento juntado à fl. 982: "cópia da ata da assembléia geral ordinária de aprovação das demonstrações financeiras de 31/12/94, arquivada na Junta Comercial e publicada; formulário Informações Anuais Simplificadas (IAS), posição de 31/12/94; formulário Informações Semestrais (ISE), posição de 30/06/95, declara-

ção fornecida pela Bolsa de Valores atestando a regularidade da empresa junto àquele Órgão, inclusive quanto ao pagamento da anuidade de 94/95”.

Portanto, não se cogita de qualquer ilícito por parte do BNB, no que diz respeito ao cancelamento da liberação dos recursos em questão, tendo em vista que foi a apelada que deu causa à sustação, a partir do momento em que deixou de cumprir as exigências legais a seu cargo para dar continuidade aos repasses dos incentivos do FINOR.

ANÁLISE DA MATÉRIA RELATIVA AOS PREJUÍZOS E À REPARAÇÃO DO DANO

Quanto aos prejuízos que lhe teriam sido ocasionados com o mecanismo adotado para a liberação dos recursos, também não vislumbro como prosperar a apelação. Não demonstrou a apelante que, ao acorrer à busca dos recursos do FINOR, desconhecia a modalidade de liberação dos recursos.

Mesmo assim foi realizada perícia onde restou apontado, quanto a questão da responsabilidade civil e a quem se deve imputar a falta, podemos vislumbrar no laudo as seguintes passagens:

Quanto aos requisitos para liberação dos recursos por parte do BNB, eram os seguintes: a) estar em dia com os recursos federais; b) estar em dia com INSS e apresentar o CND; c) estar em dia com o FGTS e apresentar a certidão do FGTS; d) não estar incluído no SERASA; e) não sofrer protesto de título; f) apresentar relatórios trimestrais ou semestrais no prazo; g) relatórios de auditoria externa, sem apresentar irregularidade.

Em seguida, ao responder se “a empresa atendia a essas exigências, quanto à sustação das liberações pelo Banco?”, a resposta em duas oportunidades foi peremptoriamente negativa.

Também restou afirmado que, quanto à exigência dos relatórios, a análise feita pelo perito foi de que havia atraso na apresentação desses relatórios, indicando a extemporaneidade, consoante se infere da fl. 1.160 dos autos. A sentença foi criteriosa em analisar essa desídia.

Reputo que para existir obrigação de reparar um dano, necessário se faz que seja comprovada e existam elementos suficientes que indiquem que o agente causador do dano agiu de forma culposa e, acima de tudo, provocou por ato de vontade e alheio aos anseios de quem alega ter sofrido a lesão.

Assim, não se pode imputar qualquer responsabilidade aos demandados, quando os mesmos agiram no cumprimento de um dever, na estrita observância das regras impostas na espécie de relação jurídica firmada.

O fato de constar do recurso e do próprio laudo que houve prejuízo por acréscimos de encargos em empréstimos e atraso em repasse de parcelas a serem liberadas pelo BNB, não significa que os demandados terão de ressarcir esses prejuízos, tendo em vista que não concorreram, de nenhuma forma para esses atrasos nos repasses.

Querer imputar uma responsabilidade por insucesso de um empreendimento somente a quem financiou ou tinha a obrigação de proceder aos repasses desse financiamento, parece querer fugir do risco que um negócio dessa natureza pode ensejar e ao final ter de ser suportado por quem o assumiu.

A reparação do dano requer o injusto de quem se encontra em falta. Nenhum injusto pode ser imputado a SUDENE ou ao BNB, os quais agiram dentro das regras impostas para o tipo de negócio jurídico.

Especificamente sobre este ponto, vejamos o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. FUNDO DE INVESTIMENTO DO NORDESTE (FINOR). PORTARIA Nº 400, DE 23 DE NOVEMBRO DE 1984. CADUCIDADE DO FINANCIAMENTO. APRESENTAÇÃO EXTEMPORÂNEA DOS RELATÓRIOS TRIMESTRAIS DE ATIVIDADES. GLOSAS EM DESPESAS NÃO COMPROVADAS. ADMISSIBILIDADE.

1. A empresa beneficiária dos incentivos do FINOR deve, após a concordância expressa com os termos da resolução que aprovou o projeto de interesse para o desenvolvimento da Região Nordeste, iniciar sua execução.
2. Deve ainda, sob pena de caducidade do financiamento,

apresentar tempestivamente os relatórios trimestrais de atividades, pois é por meio deles que a SUDENE, gestora de tais recursos, poderá fiscalizar e acompanhar a execução do projeto, liberando os recursos de contrapartida.

3. Para receber o reembolso das despesas com o projeto, a empresa beneficiária deve comprovar que as realizou no interesse dele.

4. Apelação parcialmente provida.

(TRF5. AC 126639/PE. AC - Apelação Cível. Processo nº 97.05.38976-4. Órgão Julgador: Terceira Turma. Relator Desembargador Federal Geraldo Apoliano. Data julgamento: 30/09.2009. Doc. nº 37.841).

Extrai-se dos autos que nenhuma possibilidade de reparação do dano existe por parte das recorridas, tendo em vista que não concorreram para possíveis prejuízos que a recorrente alega ter sofrido, pois a se considerar que existiram, foi por culpa exclusiva de sua desídia em cumprir com as regras e formalidades do que havia avençado.

Reputo que para existir obrigação de reparar um dano, necessário se faz que seja comprovada a existência de elementos suficientes que indiquem que o agente causador do dano agiu de forma culposa e, acima de tudo, provocou por ato de vontade e alheio aos anseios de quem alega ter sofrido a lesão.

No caso dos autos, fica evidente a ausência dos pressupostos que ensejam a responsabilidade civil objetiva, pois inexistente nexos causal que dê amparo ao dever de indenizar por parte das apeladas. Conforme bem destacou o Julgador de primeiro grau “a eclosão dos danos que se busca ressarcir deveu-se, unicamente, ao comportamento da demandante, que deixou de dar cumprimento a todas as obrigações a que estava adstrita para a liberação dos recursos do FINOR”.

Não ficou comprovado nos autos que as apeladas teriam cometido qualquer ato ilícito atentatório à ordem econômica, passível de reparação de danos à apelante. Logo, pode-se concluir pela inexistência de abuso por parte das apeladas, pelo que agiu com correção o Magistrado sentenciante ao indeferir o pleito da parte ora apelante, devendo ser mantida a sentença recorrida nesse particular.

ANÁLISE DA QUESTÃO DA TR

No que concerne à incidência da taxa TRD sobre o débito, a egrégia Primeira Turma já decidiu, em caso semelhante ao em tela, que “a TRD pode ser utilizada como índice de atualização do valor das debêntures emitidas pelas empresas beneficiadas com incentivos fiscais do Sistema FINOR/SUDENE/BNB, desde que os contratos sejam posteriores à Lei nº 8.177/91, porque o Excelso Pretório já decidiu que a TRD só não valerá com relação aos contratos pré-existente à referida lei (ADin nº 493/DF).” (AC nº 170505/PE, Rel. Des. Federal NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (convocado), julg. em 07/10/1999, publ. *DJU* de 26/06/2000, pág. 1042).

Portanto, correta a aplicação da TR ou TRD como índice de atualização das debêntures emitidas pelas empresas beneficiadas com incentivos fiscais do sistema FINOR/SUDENE/BNB.

ANÁLISE DA CORREÇÃO MONETÁRIA

Em relação ao pedido de correção monetária das parcelas que teriam sido liberadas com atraso, não merece êxito. Segundo a apelante, o atraso na liberação das parcelas dos recursos, em desacordo com o cronograma previsto nos normativos pertinentes e sem a correção monetária devida, lhe causou enormes prejuízos, visto que a inflação à época era galopante.

Contudo, não há nos autos qualquer comprovação de que tenha havido o alegado cronograma de desembolso financeiro, nem quais os valores, o período e quais as parcelas teriam sido liberadas com atraso.

O ônus da prova, quanto ao fato constitutivo do direito, incumbe à parte autora, a teor do disposto no art. 333, I, do CPC, não tendo a apelante se desincumbido a contento de tal ônus, quando poderia tê-lo feito, pois deveria a empresa ora apelante dispor do cronograma financeiro de desembolso de recursos, com as datas previstas para as liberações e quando teriam sido efetivamente realizadas, no intuito de comprovar o atraso.

Neste sentido, confira-se o seguinte precedente deste Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO. LEGALIDADE DA EXCLUSÃO DOS INCENTIVOS DO FINOR/SUDENE. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE LIBERAÇÃO DE PARCELAS COM ATRASO OU SEM A INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA.

I. Para a liberação dos recursos do FINOR deve-se observar a inexistência de restrição de crédito da empresa beneficiária, conforme disposto na Resolução nº 10.999/95 do Conselho Deliberativo da Sudene. Tal exigência visa assegurar a concessão a quem tenha realmente capacidade de cumprir com os objetivos traçados no projeto industrial, evitando prejuízos ao sistema de incentivo.

II. Não prospera a alegação da embargante de que a exclusão do rol de beneficiárias do FINOR foi antes do término do prazo para regularização das pendências, isso não ficou demonstrado. A empresa foi devidamente informada que suas pendências financeiras deveriam ser solucionadas, para que fossem liberadas as parcelas do financiamento, como também da possibilidade de sua suspensão se não houvesse liberação de recursos por período superior a seis meses.

III. Não existindo comprovação de que a liberação das parcelas do financiamento do FINOR ocorreu com atraso, não há que se falar em direito às diferenças de correção monetária pelo pagamento intempestivo.

IV. Embargos providos, apenas para sanar omissão. (Tribunal - Quinta Região, EDAC - 405722/01/PE, Quarta Turma, Decisão: 05/06/2007, DJ - Data: 21/06/2007 - Página: 1473 - nº: 118, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli).

Resta prejudicada a análise do pleito subsidiário de liberação dos valores que a apelante alega terem sido indevidamente retidos, pois restou constatado que os apelados não praticaram qualquer ilícito no ato de sustação de tais valores.

Assim, não ficou comprovado, por parte da apelante, que as apeladas teriam cometido qualquer ato ilícito ou atentatório à ordem econômica, passível de condenação por perdas e danos, como aliás já restou satisfatoriamente demonstrado neste arrazoado.

As razões aqui aduzidas ao que consta da sentença de forma percuciente, são mais do que suficientes para demonstrar a inviabilidade do pleito formulado em juízo.

ANÁLISE DA RECONVENÇÃO

Cabe, por fim, a análise da Apelação da União e da remessa obrigatória quanto a reconvenção.

Não merece prosperar a irresignação da União. A sentença desacolheu a reconvenção, fundamentando-se no fato de que a restituição de recursos oriundos de incentivos fiscais pressupõe a comprovação de práticas irregulares, tais como indícios de superfaturamento e desvio de recursos, na forma prevista no parágrafo 7º do artigo 12 da Lei nº 8.167/91.

A reconvincente argumentou que está comprovado o desvio de recursos para outras finalidades que não aquelas previstas nos projetos aprovados pela SUDENE e busca comprovar a inadimplência da apelante. Porém, não há nos autos qualquer comprovação quanto aos ilícitos alegados pela União, e neste caso a sentença *a quo* não merece qualquer reforma.

É cediço que cabe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito. Todavia, no caso dos autos, a União não trouxe qualquer elemento que comprovasse as alegações de superfaturamento, empréstimos a funcionários, contratos com empresas coligadas, entre outras irregularidades noticiadas e não provadas.

Destaque-se ainda que, em caso de alguma irregularidade envolvendo os recursos repassados, a Lei nº 8.167/91 não prevê a exclusão das empresas do Sistema FINOR, mas apenas o cancelamento dos incentivos concedidos no âmbito desse Sistema, ou a devolução dos recursos recebidos pela beneficiária, desde que sejam efetivamente comprovados pelo menos os indícios das irregularidades imputadas.

Impõe-se também a necessidade de submeter a contratante a procedimento administrativo, na hipótese de eventual desvio dos recursos recebidos, a fim de que tais irregularidades possam ser efetivamente apuradas e comprovadas, pois somente com tais providências é que se poderá comprovar a veracidade das alegações da União.

Ressalto que, para fins cobrar a restituição dos valores, é prudente a instauração de procedimento administrativo, tendo em vista que, se apurado crédito em favor da União, poderá ser inscrito

em dívida ativa, possuindo a partir daí presunção de certeza e liquidez, que não tem neste instante.

Colaciono os seguintes precedentes que noticiam a existência de processo administrativo para apurar desvio de verbas referentes ao FINOR:

Tributário e Processual Civil. Embargos à execução fiscal. **Crédito resultante de contrato celebrado para aplicação de recursos do FINOR, conforme o disposto na Lei nº 8.167/91. Inadimplemento contratual. Valores apurados em processo administrativo que importa em execução judicial.** Presunção de certeza e liquidez da dívida ativa regularmente inscrita, nos termos do art. 2º, parágrafo 5º, da Lei nº 6.830/80. Inexistência de omissão no acórdão. Embargos de declaração improvidos. (Origem: Tribunal - Quinta Região Classe: EDAC - Embargos de Declaração na Apelação Cível - 371532/01. Processo: 20008300008715401. UF: PE. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data da decisão: 23/05/2006. Documento: TRF500117540. Rel. Desembargador Federal Lazaro Guimarães). Grifado.

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CAUTELAR. SISTEMA FINOR. IRREGULARIDADES. EXCLUSÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO REGULAR. (...)

- No caso concreto, a Comissão Mista SUDENE/BNB foi responsável pela **condução de procedimento administrativo, no qual restaram observados a ampla defesa e o contraditório**, atentando-se para as normas que disciplinavam o aludido procedimento.

- Apelação improvida.

(Origem: Tribunal - Quinta Região. Classe: AC - Apelação Cível - 326606. Processo: 200305000253859 UF: PE. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data da decisão: 16/12/2004. Documento: TRF500094707. Rel. Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho). Grifado.

Assim, não merece provimento a apelação da União e a remessa necessária da reconvenção, tendo em vista que não houve comprovação das alegações do ente reconvinente, nem há prova da instauração de procedimento administrativo para apurar e comprovar as irregularidades apontadas envolvendo os recursos públicos sob discussão.

Diante do exposto, nego provimento à apelação da autora, à apelação da União e a remessa oficial da reconvenção.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 402.607-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Apelantes: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA
AEROPORTUÁRIA-INFRAERO E AMILTON RODRIGUES
Apelados: OS MESMOS
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. MAURÍCIO SALIM SAHADE ARAÚJO E OUTRO

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO. CONVOCAÇÃO PARA POSSE. CANCELAMENTO POR ERRO DA ADMINISTRAÇÃO NO MOMENTO EM QUE O AUTOR FAZIA OS EXAMES ADMISSIONAIS. DIREITO À POSSE INEXISTENTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- O autor promoveu ação ordinária objetivando sua imediata contratação para integrar o quadro de empregados públicos da ré, por ter sido aprovado em concurso público, e a condenação da demandada em danos morais, em decorrência dos dissabores experimentados quando de sua convocação para realizar exames admissionais que depois foram suspensos por inexistir vagas, reconhecendo a ré o equívoco ocorrido na convocação do demandante.

- O autor foi convocado para fins de admissão ao cargo de profissional de serviços aeroportuários, tráfego e segurança, em cuja convocação lhe foi informado quais os documentos necessários para iniciar o procedimento de admis-

são, e lhe tendo sido emitida guia para a realização dos exames médicos. A notícia de interrupção do processo admissional ocorreu quando estava o autor em um laboratório, aguardando para realizar alguns dos exames requeridos. A partir desta notícia de interrupção, com explicação de que o equívoco foi produzido pela própria Administração que não observou o quantitativo de vagas efetivamente disponíveis, tendo, então, cancelado o processo de contratação. Assim, a indenização decorreria do sofrimento causado pelo ato de interromper o processo admissional do autor na INFRAERO, após todas as expectativas geradas com a convocação.

- Não se trata de mero dissabor, mas de comprovada existência de um dano por ter sido criada uma expectativa que foi posteriormente frustrada, mas, também, porque se esvaiu a esperança de uma melhor condição laboral. Tal ato praticado pela ré foi imotivado. É evidente o dissabor sofrido. A Administração não pode agir de forma a criar falsas expectativas nas pessoas, daí porque é imprescindível a cautela e todo o cuidado na contratação dos aprovados. O processo admissional, iniciado com os exames médico-laboratoriais não significa mais uma etapa do concurso, mas sim a primeira fase da contratação, por isso, ao receber um telegrama solicitando o seu comparecimento, o candidato aprovado na instituição criará enormes expectativas em relação à sua posse. Nesse ponto, reconhece-se como necessária a reparação do dano e como razoável a fixação do valor em de R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

- Situação dos autos que não se trata de sucumbência recíproca, mas de sucumbência mínima, porque o pleito autoral foi deferido em sua quase totalidade, devendo ser aplicada a regra do art. 21, parágrafo único, do CPC. Assim, com

amparo no art. 20, § 4º, do CPC, e sopesando o trabalho desenvolvido pelo patrono do autor, afi-gura-se razoável que os honorários advoca-tícios sejam fixados em 10% (dez por cento), inciden-tes sobre o valor da condenação. Provimento do apelo do autor, nesta parte.
- Apelação do autor parcialmente provida. Ape-lação da ré improvida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Fe-deral da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à ape-lação do autor e negar provimento à apelação da ré, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que fi-cam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 15 de dezembro de 2009 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Rela-tor

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

O autor promoveu ação ordinária objetivando sua imediata contratação para integrar o quadro de empregados públicos da ré, por ter sido aprovado em concurso público, e a condenação da demandada em danos morais, em decorrência dos dissabores experimentados quando de sua convocação para realizar exames admissionais que depois foram suspensos por inexistir vagas, re-conhecendo a ré o equívoco ocorrido na convocação do deman-dante.

A sentença entendeu que, em razão dos critérios discricioná-rios da Administração para a contratação de seu pessoal, os can-didatos aprovados em concurso público não gozam do direito sub-jetivo à nomeação, tendo apenas expectativa de direito à investidu-ra no cargo ou emprego público, e o direito à observância da or-dem de aprovação para a respectiva convocação. Entendeu, ain-

da, ser devida a indenização por danos morais porquanto o autor chegou a ser convocado para fazer os exames admissionais e tomar posse, quando teve suas esperanças frustradas pelo cancelamento da admissão, por ato posterior e imotivado da Administração que apenas autorizou a contratação de seis classificados, tendo o autor sofrido dissabor por lhe terem sido criadas falsas expectativas. Fixou como razoável a indenização no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Inconformada, a INFRAERO interpôs apelação onde traz preliminar de nulidade da presente lide, uma vez que a Lei nº 5.862/72 expressamente afirma, em seu art. 10, que a União deve intervir, obrigatoriamente, em todas as causas em que for parte a INFRAERO, e, no entanto não foi ela chamada a intervir no feito. No mérito, argumenta que, ao não finalizar o procedimento de admissão do apelado agiu de forma plenamente lícita, utilizando-se de prerrogativas que lhe são garantidas em lei. Afirma que o fato ocorreu em razão da diminuição do número de vagas ofertadas, provocada por flagrante contingenciamento financeiro. Alega que o ocorrido gerou apenas mero aborrecimento ao autor, não tendo ele sido destrutado, mas, ao contrário, foi ele bem atendido e prontamente informado dos acontecimentos, tendo, inclusive, sido recebido pelo Superintendente da INFRAERO. Pugna pela reforma do julgado ou a redução do valor da indenização.

Também o autor interpôs apelação buscando a reforma da sentença na parte em que lhe foi negado o direito à sua nomeação e posse, tendo pleiteado, ainda, a majoração do valor da indenização para R\$ 8.000,00, a condenação da ré em honorários advocatícios e nas custas processuais, uma vez que se tratou no caso de sucumbência mínima.

Contrarrrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

De início, aprecio a preliminar de nulidade suscitada pela INFRAERO sob o argumento de que a Lei nº 5.862/72 expressa-

mente afirma, em seu art. 10, que a União deve intervir, obrigatoriamente, em todas as causas em que ela for parte. Necessário, portanto, analisar-se a vigência desse dispositivo legal em face da legislação posterior.

O art. 10 da Lei nº 5.862, de 12.12.72, assim estabelece:

A União intervirá, obrigatoriamente, em todas as causas em que for parte a INFRAERO, inclusive nos litígios trabalhistas.

Ora, a INFRAERO é empresa pública federal, sem qualquer característica especial que possa distingui-la de outras tantas empresas públicas federais que, nos termos do art. 173, § 1º, da Constituição Federal vigente, achava-se sujeita ao regime das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, ora vigente, a norma passou a ser ainda mais incisiva, preconizando que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem a atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços ficam submetidas “ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários” (art. 173, § 1º, II).

Ainda, é de ser evidenciado que a edição da Lei nº 8.197/91 teve em vista compatibilizar a participação da União nos feitos de interesse das entidades da administração indireta federal com a orientação preconizada pela norma constitucional, tornando a sua participação a ser apenas facultativa, como se preconiza no art. 2º:

A União poderá intervir nas causas em que figurarem como autoras ou rés as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas federais.

Ora, a interpretação da lei não deve ser feita de forma isolada, abstraindo-a do seu contexto normativo. Ao contrário, deve-se interpretá-la sistematicamente, buscando-se o alcance de suas regras. Por seu turno, todas elas devem estar integradas e em harmonia com as diretrizes que emanam do texto constitucional.

A tese defendida pela ré, se adotada, levaria a uma situação esdrúxula, ao impor a participação da Advocacia-Geral da União

em todos os processos de uma empresa pública, em evidente descompasso com o texto constitucional, taxativo em exigir um tratamento isonômico entre empresas dedicadas à prestação de serviços, como é o caso, e as empresas privadas.

Além disso, a conclusão se mostraria deslocada da realidade sócio-econômica. A recorrente desempenha atividades especializadas, como a implantação, administração, operação e a exploração da infra-estrutura dos aeroportos nacionais. Atualmente, além dos serviços de atendimento especializado, outros se desenvolvem, lojas de produtos de qualidade e até salas de cinema. Evidentemente, as causas jurídicas que emergem dessa atuação se tornam cada vez mais complexas e especializadas. Nesse contexto, diante das conhecidas limitações dos quadros da AGU seria impraticável a presença obrigatória dos seus integrantes em todas as causas de interesse da empresa pública, com evidente prejuízo no acompanhamento das causas de seu próprio interesse.

Por tudo isso, foi editada a Lei nº 8.197/91 que tornou a intervenção da União em relação às entidades da administração indireta, sem qualquer distinção, mera faculdade, e não mais uma imposição. Em termos similares, é o texto do art. 5º da Lei 9.469, de 10.07.97, que atualmente disciplina essa matéria.

Cite-se, a respeito o seguinte julgado do colendo STJ:

PROCESSUAL CIVIL. INFRAERO. INTERVENÇÃO DA UNIÃO. LEI 5.862/72.

1. Nos termos do art. 2º da Lei 8.197/91, a intervenção da União nos feitos de interesse das entidades da administração indireta é meramente facultativa.

2. Ainda que não tenha havido expressa revogação, a nova lei, editada após o advento da CF/88, se mostra incompatível com a intervenção obrigatória da União nas causas em que for parte a INFRAERO, nos termos do art. 10 da Lei 5.862, de 12.12.72, tendo em vista a diretriz constitucional.

3. Interpretação sistemática da lei, em conformidade com a Constituição Federal.

4. Recursos especiais improvidos.

(STJ - REsp 85.042 BA; 2ª Turma; j. 12.05.2005; DJU 20.06.2005, Relator Min. Castro Meira)

Em face do esclarecido, rejeito a preliminar.

No mérito, examinarei os recursos conjuntamente.

Num breve relato dos fatos, o autor foi aprovado em 20º lugar para o cargo de PSA-Tráfego de Segurança da INFRAERO, realizado em 1998. Em 02 de março de 2001, foi o autor convocado, via telegrama enviado à sua residência, para se apresentar na sede da INFRAERO, munido de diversos documentos, para fins de admissão (fls. 18-20). Tais fatos são reconhecidos pela ré em suas peças de defesa e apelação, e no ofício de fl. 25, que ainda reconheceu que o número de vagas surgido foi o de 16, tendo sido convocados, no total, até o 18º aprovado, em face de dois candidatos terem sido considerados inaptos. Registre-se, ainda, que o concurso foi para formação de cadastro de reserva, não havendo, à época da sua inscrição, cargos vagos.

É incontroverso na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que os candidatos aprovados em concurso público são detentores de mera expectativa de direito à nomeação pela Administração, a qual não tem a obrigação de nomeá-los dentro do prazo de validade do certame.

Entretanto, eles terão direito à nomeação assegurada se, dentro do prazo de validade do concurso para o provimento dos cargos, ocorrer contratação precária, até mesmo dos próprios aprovados no concurso, com manifesto desrespeito à classificação dos concursados.

Não é o caso dos autos, onde, inclusive, não foi alegada qualquer ilegalidade que teria sido praticada pela Administração.

Nesse sentido, cito Lucia Valle Figueiredo:

Direito líquido e certo, suficiente a possibilitar o *writ*, é o que não se submete a controvérsias factuais. Da mesma forma no que diz respeito ao mandado de segurança individual.

Em outro falar: o direito deve ser certo quanto aos fatos, muito embora possa haver – e efetivamente haja – controvérsia de direito.

Portanto, se incertos os fatos, não se ensejará a via angusta do mandado de segurança, neste particular. Por isso mesmo, parece-nos que, não obstante não tenha o inc.

LXX do prefalado art. 5º tornado a se referir a direito líquido e certo, é incontroversa sua necessidade.

Deveras, a via sumaríssima, como já o afirmamos, não se compadece com o direito controvertível, não deduzido de plano com a inicial, a ensejar ao magistrado, *ab initio*, a convicção da extrema plausibilidade de existir o direito pretendido. (*In Mandado de Segurança*, 4ª Ed.: 2002; Malheiros Editores: São Paulo, pág. 31)

Entendendo, pois, como inexistente a plausibilidade do direito à nomeação pretendido pelo autor, pelo que nego provimento ao seu apelo, nessa parte.

Acerca do dano moral, a questão efetivamente se resume ao que se chama de “qualificação jurídica” do fato, ou seja, ao problema de se saber se o evento descrito nos autos configura um ato capaz de causar danos morais, passíveis, por conseguinte, de gerar direito à indenização pecuniária.

Deve-se ressaltar que, em geral, as definições e conceitos teóricos sobre o problema dos danos morais e de sua indenização partem de pressupostos equivocados.

Argumenta-se, muitas vezes, que somente com a prova de que o mesmo gerou vexame e rebaixamento moral é que se pode caracterizar o evento como causador de danos morais passíveis de indenização.

Faz-se necessário ressaltar que a ocorrência de danos morais jamais pode ser efetivamente “comprovada”, na medida em que a natureza “interna” dos elementos próprios ao dano moral não é empiricamente verificável. É que o dano moral é aquele que, distinguindo-se do dano patrimonial, ocorre em atributos da personalidade como a dor, angústia, consternação, vergonha, humilhação, ataques à honra subjetiva, etc.

Tais caracteres somente podem ser medidos analisando-se a natureza objetiva do evento e perscrutando-se quanto à sua potencialidade danosa, tendo por base a análise da normalidade das relações pessoais. Assim, se a gravidade do evento for objetivamente capaz de gerar danos não patrimoniais, é que o responsável pelo ato deve ser condenado ao pagamento de indenização pecuniária.

Nesse ponto, entendo que o evento apontado nestes autos tem potencialidade danosa suficiente a causar danos morais. É que foi ele convocado para fins de admissão ao cargo de profissional de serviços aeroportuários, tráfego e segurança, em cuja convocação lhe foi informado quais os documentos necessários para iniciar o procedimento de admissão, e lhe tendo sido emitida guia para a realização dos exames médicos. A notícia de interrupção do processo admissional ocorreu quando estava o autor em um laboratório, aguardando para realizar alguns dos exames requeridos. A partir desta notícia de interrupção, com explicação de que o equívoco foi produzido pela própria Administração que não observou o quantitativo de vagas efetivamente disponíveis, tendo, então, cancelado o processo de contratação. Assim, a indenização decorreria do sofrimento causado pelo ato de interromper o processo admissional do autor na INFRAERO, após todas as expectativas geradas com a convocação.

Não se trata de mero dissabor, mas de comprovada existência de um dano por ter sido criada uma expectativa que foi posteriormente frustrada, mas, também, porque se esvaiu a esperança de uma melhor condição laboral. Tal ato praticado pela ré foi imotivado.

É evidente o dissabor sofrido. Ora, como bem afirmou a sentença recorrida, "... a ré tem toda a liberdade de definir o momento e a quantidade de pessoas a contratar. Mas não pode agir de forma a criar falsas expectativas nas pessoas, daí porque é imprescindível a cautela e todo o cuidado na contratação dos aprovados" - fl. 152.

Ademais, o processo admissional, iniciado com os exames médico-laboratoriais não significa mais uma etapa do concurso, mas sim a primeira fase da contratação, por isso, ao receber um telegrama solicitando o seu comparecimento, o candidato aprovado na instituição criará enormes expectativas em relação à sua posse.

Nesse ponto, reconheço como necessária a reparação do dano e entendo como razoável a fixação do valor, pela sentença apelada, de R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Peço vênia para, neste ponto, utilizar-me da bem fundamentada sentença, transcrevendo-lhe excertos (fl. 153):

No intuito de se estabelecer pelo menos alguns parâmetros para guiar o julgador, estabeleceu-se uma série de circunstâncias a serem observadas quando da avaliação do *quantum* devido, dentre os quais a natureza compensatória e penal da indenização.

O valor da reparação de danos morais não deve ter caráter compensatório a fim de suprimir, ainda que de forma imperfeita, a dor, a angústia e o sofrimento suportados, já que a dor jamais se compensa. Também não deve ser um montante que seja fonte de lucro, provocando um enriquecimento indevido.

(...)

Assim, aplicando o princípio da lógica do razoável, considerando a condição patrimonial do ofendido na especificação do valor a ser concedido a título de reparação e as circunstâncias fáticas em que se deu a ofensa, em especial o período em que ela perdurou, tem-se como razoável a quantia de R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Tal valor é suficiente para configurar sanção patrimonial para a Infraero e serve para promover a reparação equitativa do abalo moral sofrido pelo autor, sem, contudo, implicar em enriquecimento indevido para ele.

Com tais fundamentos, entendo como acertado o valor fixado para a indenização por dano moral.

Quanto aos honorários advocatícios, entendo assistir razão ao autor, uma vez que não é o caso de sucumbência recíproca, mas de sucumbência mínima, porque o pleito autoral foi deferido em sua quase totalidade, devendo ser aplicada a regra do art. 21, parágrafo único do CPC. Assim, com amparo no art. 20, § 4º, do CPC, e sopesando o trabalho desenvolvido pelo patrono do autor, afigura-se razoável que os honorários advocatícios sejam fixados em 10% (dez por cento), incidentes sobre o valor da condenação.

Das custas processuais está isento o autor, por ser beneficiário da gratuidade judiciária.

Com tais fundamentos, dou parcial provimento à apelação do autor, apenas para majorar os honorários advocatícios sucumbenciais para 10% (dez por cento), incidentes sobre o valor da condenação, e nego provimento à apelação da INFRAERO.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 436.430-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E OUTRO - CEF
Apelado: GENÉSIO RODRIGUES DE QUEIROGA
Advs./Procs.: DRS. CLAUDIA DALLE FERREIRA DA COSTA E OUTROS (APTE.) E LEOPOLDO WAGNER ANDRADE DA SILVEIRA E OUTROS (APDO.)

EMENTA: CIVIL. SFH. CONTRATO DE MÚTUO. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. COBERTURA POR INVALIDEZ PERMANENTE. QUITAÇÃO. LIBERAÇÃO DA HIPOTECA.

- Não colhe a alegação de ilegitimidade ativa suscitada pela Seguradora dado que o autor encontrou resistência quanto a cobertura do seguro e a liberação da hipoteca, daí a evidente legitimação para pleitear o reconhecimento de sua pretensão em juízo justamente contra a Seguradora que estaria obrigada a assumir a cobertura do contrato, em face do sinistro (invalidéz), bem como deduzir contra a CEF a liberação da hipoteca.

- Ao beneficiário do seguro habitacional não se aplica a prescrição prevista no art. 206, § 1º, do Código Civil/2002, que dispõe sobre a ação do segurado (a empresa estipulante) contra o segurador.

- A perícia técnica assevera que a doença do mutuário fora detectada em 17.08.98, o que acarretou a paralisia da corda vocal esquerda e, conseqüentemente, a concessão de sua aposentaria por invalidez permanente (01.07.99). Daí concluir não se tratar de doença pré-existente, porque posterior a celebração do contrato (16.06.98).

- A Seguradora apelante não cuidou de infirmar especificamente tais informações técnicas, que serviram de fundamento da sentença, limitando-

se a afirmar de forma genérica a pré-existência da doença e a suposta má-fé do mutuário à época da contratação porque teria omitido a moléstia de que padeceria.

- Assim, é de se manter a sentença que condenou a Seguradora ao pagamento da indenização decorrente da cobertura securitária, em face da invalidez permanente, bem assim que determinou a CEF a liberação da hipoteca incidente sobre o imóvel.

- No que concerne aos honorários advocatícios fixados em R\$ 400,00 por litisconsorte passivo não vejo razão para a sua redução como pretende a CEF apelante, dado que embora a causa não revele maior complexidade, a importância remuneratória já representa valor módico.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 1º de outubro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

GENÉSIO RODRIGUES DE QUEIROGA ajuizou ação ordinária contra SASSE SEGUROS S/A E CEF, objetivando que a Seguradora reconheça o seu direito à cobertura do seguro por invalidez permanente e, por conseguinte, efetue o pagamento da indenização securitária devida, bem assim que a instituição financeira proceda a liberação da hipoteca, incidente sobre o imóvel em litígio.

Alega que, em 16.06.98, firmou contrato de mútuo habitacional com a CEF, para fins de aquisição de imóvel, no qual restou estabelecido em sua cláusula 10ª, que o débito ficaria coberto por apólice de seguro que asseguraria a quitação do contrato na hipótese de morte ou invalidez permanente do mutuário e, em seu § 1º, que a cobertura do seguro se daria a partir da data da assinatura do contrato.

Verbera que, em 17.08.98, apresentou o sintoma de rouquidão (doença) e que, em 26.05.99, através de exame complementar de fibrovideolaringoscopia, foi confirmada a paralisia de sua corda vocal esquerda e mais que, em 01.07.99, foi aposentado por invalidez permanente pelo INSS.

Sustenta não ser pré-existente a doença que causou a sua invalidez permanente, uma vez que a mesma surgiu em 17.08.98, data posterior a celebração do contrato (16.06.98).

Assevera que a recusa da cobertura do seguro, para fins do pagamento de indenização securitária, decorreu em face do equívoco da Seguradora entender que a doença “paraexerese de bócio endotorácica” detectada em 04.12.96 antecedeu a data da celebração do contrato de mútuo (16/06/98).

Às fls. 59/68 e fls. 82/87, a CEF e a Seguradora apresentaram contestação, tendo a CEF suscitado a preliminar de ilegitimidade passiva. No mérito, pugnaram ambas pela improcedência dos pleitos, com base na cláusula 5ª, item 5.1, da apólice do seguro que exclui o direito a cobertura securitária quando pré-existente a doença do segurado (mutuário). Afirma que a doença seria preexistente em relação ao contrato firmado entre as partes, dado que foi detectada em 04.12.96, data em que o mutuário se submeteu a cirurgia de paraexerese de bócio endotorácico.

O perito apresentou laudo pericial (fls. 162/163), e esclarecimentos periciais (fl. 182), concluindo que a doença (sintoma da rouquidão) detectada em 17.08.98 que, acarretou a paralisia da corda vocal esquerda em abdução e, conseqüentemente, a concessão da aposentaria invalidez permanente do mutuário (01.07.99) não se trata de doença preexistente, dado ser posterior a celebração do contrato (16.06.98). Quanto à cirurgia que o autor se sub-

meteu em 04.12.96, qual seja, cirurgia de paraexerese de bócio endotorácica, o expert nada afirmou que a mesma tenha sido a causa da patologia que deu origem a invalidez permanente do autor.

O Magistrado rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva da CEF e, no mérito, acolhendo a perícia, julgou procedentes os pedidos nos termos em que foram deduzidos na exordial.

Em sua apelação, a Seguradora argüiu a preliminar de ilegitimidade ativa do autor para pleitear pagamento de indenização securitária, uma vez que o seguro resguarda o contrato de mútuo e não o segurado (mutuário) em si. Invocou a prescrição, nos termos do artigo 206, § 1º, II, *b*, do novo Código Civil (artigo 178, § 6º, II, do Código Civil de 1916), sob o argumento de que decorreu o prazo prescricional de um ano previsto no diploma legal referido para a interposição da presente ação (24.04.01) contando-se da data da intervenção cirúrgica (04.12.96) ou da data da aposentadoria por invalidez do INSS (01.07.99). No mérito, pugnou pela improcedência dos pleitos, renovando as teses apresentadas, em sede de contestação. Por fim, requereu a redução dos honorários advocatícios, em face da simplicidade da causa.

É o relatório.

VOTO

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

Aprecio, primeiramente, a preliminar de ilegitimidade arguida pela SASSE SEGUROS S/A.

Não colhe a alegação de ilegitimidade ativa suscitada pela Seguradora dado que o autor encontrou resistência quanto à cobertura do seguro e a liberação da hipoteca, daí a evidente legitimação para pleitear o reconhecimento de sua pretensão em juízo justamente contra a Seguradora que estaria obrigada a assumir a cobertura do contrato, em face do sinistro (doença), bem como deduzir contra a CEF a liberação da hipoteca.

No que tange a prescrição ora invocada pela apelante, tenho que é de ser afastada.

Ao beneficiário do seguro habitacional não se aplica a prescrição prevista no art. 206, § 1º, do Código Civil/2002, que dispõe sobre a ação do segurado (a empresa estipulante).

Nesse sentido transcrevo o julgado abaixo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SFH. MEDIDA CAUTELAR. SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. PRESENÇA DE *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*. DEFERIMENTO. AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO EXPRESSO. NÃO CONHECIMENTO. ART. 523, § 1º, CPC. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO EM QUALQUER TEMPO E GRAU DE JURISDIÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA MUTUANTE. PRESCRIÇÃO DO ART. 206, § 1º, CC/2002. INAPLICABILIDADE. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL (ARTS. 796 E SEQUINTE DO CPC). ILEGITIMIDADE PASSIVA DO INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL. CONDENÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE.

1. Caso em que a autora pretende o deferimento de medida cautelar que vise ao impedimento de instauração de procedimento administrativo que leve à execução extrajudicial de imóvel financiado, enquanto aguarda provimento jurisdicional nos autos da ação principal, em que pleiteia a liquidação de dívida oriunda de contrato de mútuo habitacional com cláusula de cobertura securitária, bem como a devolução de prestação paga indevidamente, em razão de sua invalidez permanente.

2. Se a parte não requerer expressamente nas razões ou contra-razões de apelação a apreciação do agravo retido, não se conhecerá do recurso (art. 523, § 1º, CPC) (STJ, REsp 9.669/SP). Agravo retido não conhecido.

3. Legitimidade passiva *ad causam* da Caixa Econômica Federal, pois, além de mutuante e credora hipotecária, possui a incumbência de fornecer a quitação do mútuo, representar o mutuário perante a Seguradora e atuar como preposta desta. Além disso, a execução extrajudicial que se visa impedir é instaurada por iniciativa da própria instituição financeira ré. Preliminar afastada.

4. Ao beneficiário do seguro habitacional não se aplica a prescrição prevista no art. 206, § 1º, do Código Civil/2002, que dispõe sobre a ação do segurado (a empresa estipu-

lante) contra o segurador (Precedentes: STJ, REsp 703592/SP; TRF 1ª Região, AC 2002.33.00.029827-1/BA). Prejudicial de mérito afastada.

5. Ocorre a impossibilidade jurídica do pedido, quando há vedação expressa no ordenamento legal ao seu deferimento, não sendo o caso dos autos, em que o pedido de tutela acautelatória formulado pela autora encontra amparo nos artigos 796 e seguintes do CPC. Não viola o direito de ação o deferimento de tutela jurisdicional que determine a suspensão de execução extrajudicial, por se tratar de procedimento meramente administrativo, cuja paralisação não pode, por óbvio, ser entendido como cerceamento ao direito de ingressar em juízo. Preliminar afastada.

6. Desnecessária a intervenção do Instituto de Resseguros do Brasil como litisconsorte passivo necessário, nas ações relativas à cobrança de seguro, se nenhum elemento constante dos autos indica sua responsabilidade pelo pagamento de parcela do seguro contratado entre as partes (Precedentes: STJ, REsp 791030/RS; TRF 1ª Região, AC 2000.01.00.070658-5/BA). Preliminar afastada.

7. Mantém-se a sentença que proibiu a instauração da execução extrajudicial, se as provas dos autos demonstram que a relevância do fundamento invocado (*fumus boni iuris* – a aposentadoria da Autora, por invalidez, ocorreu quatro anos após as partes celebrarem o contrato de mútuo habitacional) e o risco na demora do provimento jurisdicional (*periculum in mora*) de cobertura securitária, requerido nos autos da ação principal, justificam a concessão da medida cautelar pretendida.

8. É devida a condenação da parte sucumbente na ação cautelar no pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, em face da sua autonomia e da litigiosidade instaurada entre as partes.

9. Agravo retido não conhecido.

10. Apelações não providas.

(AC - 179.509 - DF, Relator DAVID WILSON DE ABREU PARDO, Julg. 29/09/08).

Quanto ao mérito, o cerne da questão a ser decidida consiste em verificar se a doença, que culminou com a invalidez permanente do mutuário, trata-se de patologia preexistente à celebração do contrato de mútuo habitacional entre as partes.

A cláusula 10ª e o parágrafo 1º do contrato de mútuo dizem o seguinte (fl. 24):

CLÁUSULA DÉCIMA - SEGURO - Durante a vigência deste contrato e até a amortização definitiva da dívida, o(s) DEVEDOR (ES) concorda(m), e assim se obriga(m), em manter o seguro contra morte, invalidez permanente e danos físicos no imóvel, através de Apólice Compreensiva Habitacional estipulada pela CEF, a qual figurará com Estipulante e mandatária do(s) DEVEDOR (ES).

PARÁGRAFO PRIMEIRO - A cobertura do seguro se dará a partir da assinatura deste instrumento, regendo-se pela cláusulas e condições constantes da Apólice, as quais são neste ato entregues ao(s) DEVEDOR(ES).

Doutra, a cláusula 5.13 da Apólice Habitacional assim dispõe (fl. 72):

5.1.3 - A invalidez permanente resultante, direta ou indiretamente, de acidente ocorrido ou doença comprovadamente existente antes da data da assinatura do contrato de empréstimo e financiamento.

Não assiste razão à Seguradora quando afirma que a doença, que acarretou a invalidez permanente do mutuário, é pré-existente ao contrato celebrado pelas partes.

Conforme se deduz da perícia (fl. 162), e dos esclarecimentos periciais (fl. 182), o *expert* constatou que a doença (sintoma da rouquidão) detectada em 17.08.98 que, acarretou a paralisia da corda vocal esquerda em abdução e, conseqüentemente, a concessão da aposentaria invalidez permanente do mutuário (01.07.99) não se trata de doença pré-existente, dado ser posterior à celebração do contrato (16.06.98).

Examinando o apelo da Seguradora verifico que a mesma não cuidou de infirmar especificamente tais informações técnicas, que serviram de fundamento da sentença, limitando-se a afirmar de forma genérica que a doença, que causou a invalidez permanente do autor, seria preexistente em relação ao contrato firmado entre as partes, dado que foi detectada em 04.12.96.

Entretanto, diante do que dos autos consta, não é possível afirmar como pretende a Seguradora apelante, a preexistência da

doença. Não é assim que assevera a conclusão da perícia e, tampouco existe prova nesse sentido.

Observe-se, ademais, que a Caixa Seguradora não questionou oportunamente, quando instada a tanto, o perito nomeado, acerca da efetiva possibilidade de a paralisia da corda vocal esquerda ser decorrente de trauma cirúrgico. Ao contrário, apenas a CEF apresentou quesitos, os quais não abordaram especificamente essa relação de causa e efeito (cirurgia e conseqüente paralisção da corda vocal).

De resto, ainda que a Seguradora tenha juntado aos autos manifestação de assistente técnico noticiando a relação de causalidade entre a cirurgia sofrida pelo mutuário e a paralisia da corda vocal esquerda, o fato é que a apelação não renova especificamente, de forma circunstanciada essa tese, dado que apenas genericamente afirma a preexistência da doença e a suposta má-fé do mutuário à época da contratação porque teria omitido a moléstia de que padeceria.

No entanto, como é cediço, não é dado pressupor a existência de má-fé, sendo imprescindível sua demonstração, o que no caso não aconteceu.

Assim, demonstrado o cumprimento dos citados dispositivos contratuais, é de se manter a sentença que condenou a Seguradora ao pagamento da indenização decorrente da cobertura securitária, por invalidez permanente, bem assim que determinou à CEF a liberação da hipoteca incidente sobre o imóvel.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 436.549-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: LUCILO VIANA DE BRITO
Apelada: UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DE PERNAMBUCO - UFRPE
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DR. JOSÉ CARLOS RAMALHO BEZERRA E OUTRO

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE NULIDADE DO DECISUM POR AUSÊNCIA DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL.

- Parte que, chamada, não especificou as provas que desejaria produzir. Manifestação do magistrado, na sentença, pela desnecessidade de novas provas. Livre convencimento do Juiz. Preliminar afastada.

- Servidor Público. Vigilante. Horas-extras, adicional noturno e reflexos financeiros. Labor em jornada de 12h de trabalho por 36h de descanso. Ausência de comprovação de extrapolação da jornada de trabalho de 40 horas semanais prevista em lei. Não cabimento de horas-extras. Servidor que além das folgas semanais tinha mais duas extras mensais, cada uma correspondente a um dia de serviço (fls. 60/127).

- Não havendo desrespeito à jornada máxima semanal, está a administração autorizada a organizar escalas de trabalho, com a inclusão do final de semana, se houver necessidade, de acordo com a exigência do serviço.

- Adicional noturno. Precedente. Equívoco na sentença. Fundamentação diversa do dispositivo. Necessidade de ajuste. Direito ao adicional noturno nos meses de janeiro a dezembro/2003,

excluindo-se tão-somente os meses de abril e julho daquele ano.

- Hipótese de sucumbência recíproca. 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, 10 de novembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de apelação de sentença da 1ª Vara Federal/PE que, em sede de ação ordinária onde o particular objetiva a condenação da UFRPE no pagamento de horas-extras, diferenças do adicional por tempo de serviço e seus reflexos financeiros, adicional de risco ou periculosidade e indenização por danos morais e materiais; julgou parcialmente procedente o pedido condenando a Instituição ré no pagamento dos adicionais noturnos dos meses de outubro/2000; Janeiro, maio, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2001; janeiro e novembro de 2002 e abril de 2003.

Alega o recorrente, preliminarmente, a nulidade processual em face do indeferimento da prova pericial. No mérito, sustenta que sendo servidor público investido no cargo público de vigilante, inexistente acordo ou convenção coletiva que autorize a compensação de sua jornada de trabalho, sendo ilegal e inconstitucional a prática da jornada ininterrupta, de 12h de labor por 36h de folga. Verbera, ainda, que labora regularmente em horas extras, inclusive em hora noturna, o que implica em inobservância ao mandamento constitucional e ao art. 19 da Lei 8.112/90 uma vez que a jornada ali fixada tem por limite máximo 8 horas diárias.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Discute-se no presente recurso se o autor, servidor público investido no cargo de vigilante, faz jus ao pagamento de horas extras, inclusive noturnas acrescidas do adicional de 50% e respectivos reflexos financeiros, pelo fato de ter laborado numa jornada de 12h de trabalho por 36h de folga.

Inicialmente, cumpre analisar a preliminar de nulidade do decisor, fulcrada no indeferimento da produção de prova pericial.

Note-se que, antes de analisar o mérito da demanda, o douto juiz sentenciante assim se pronunciou, acerca do pedido de realização de perícia técnica:

[...] Inicialmente, vale ressaltar a desnecessidade de produção de provas outras que não existentes nos autos (depoimentos das testemunhas e as provas documentais apresentadas pelas partes), que são suficientes para apreciação do pleito autoral, não havendo nenhuma complexidade na apreciação dos pedidos que demandasse atuação de perito, razão pela qual indefiro o requerimento de perícia.

Ademais, impende registrar que, chamada a se manifestar acerca das provas que desejaria produzir em audiência a parte autora restou silente.

Assim, não há que falar na hipótese, em cerceamento de defesa por ausência de prova pericial, mormente quando o Magistrado [*a quo*] deixou patente que não haveria necessidade de uma maior instrução processual já que as provas carreadas aos autos se mostraram suficientes ao convencimento acerca da solução do litígio.

A questão meritória cinge-se à verificação da possibilidade ou não de utilização do instituto da folga compensatória no regime estatutário, bem como do pagamento do adicional noturno.

O art. 39, parágrafo 3º, da Constituição Federal contempla os servidores públicos com direito social previsto no inciso XIII do art. 7º da Carta Constitucional, que garante a duração de trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais. Já o art. 19 da Lei nº 8.112/90 reza que os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas, respectivamente.

No caso em apreço, incontroversa a questão de fato (os servidores trabalhavam em plantões de 12 horas com folga de 36 horas). Assim, demonstrado que cumprem jornada de trabalho superior ao mínimo previsto constitucionalmente, porém, não superior ao máximo.

Apesar do servidor em questão cumprir jornada de trabalho superior a 8 horas, considera-se, no caso, haver uma compensação do horário, uma vez que trabalha 12 horas por dia (quatro horas além do limite máximo permitido), mas descansa 36 horas (situação não estendida aos demais servidores que cumprem horário normal de trabalho), não ultrapassando, assim, em tese, o limite máximo de duração do trabalho semanal de 40 horas. É, pois, uma situação incomum, gerada por necessidades específicas da Administração e, até, do administrado – no caso, serviços na categoria de vigilantes –, mas com uma compensação conferida ao servidor, qual seja o descanso de 36 horas.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes arestos:

SERVIDOR PÚBLICO. VIGILANTE. TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO (12X36). COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO QUANDO ULTRAPASSADO O LIMITE MÁXIMO SEMANAL. HORAS-EXTRAS. CABIMENTO. VANTAGEM PECUNIÁRIA. CARÁTER PRECÁRIO.

- O regime de trabalho 12 x 36 (doze horas de trabalho por trinta e seis horas de descanso), admite a compensação de horários. Quando ultrapassado o limite máximo semanal (40 horas), faz jus o servidor ao recebimento do adicional das horas-extras que excederem aquele limite.

- O serviço extraordinário diz com um acréscimo de remuneração de 50%, em relação ao prestado em horário nor-

mal, constituindo-se em uma vantagem de cunho precário, condicional e transitório, cuja percepção ocorrerá enquanto perdurar a excepcionalidade. Inteligência do art. 73 da Lei nº 8.112/90.

(AC 200071100015730, TRF4, Quarta Turma, Rel. Edgard A Lippmann Junior, unânime, DJU 05/11/2003)

PROCESSO CIVIL ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTRAORDINÁRIO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DO ALEGADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. Desnecessidade do pagamento das custas. Apelado beneficiário da justiça gratuita. O artigo 330, I, do CPC deixa claro que incumbe ao juiz, sendo a questão de mérito ou de direito e de fato, sem necessidade de prova em audiência, conhecer diretamente do pedido e proferir decisão. Preliminares rejeitadas.

2. A jornada de trabalho dos servidores públicos federais rege-se pelo artigo 19 da Lei 8.112/90, à exceção daqueles cuja duração do trabalho disciplina-se por leis especiais, a teor do parágrafo único deste mesmo artigo.

3. Não havendo desrespeito à jornada máxima semanal, está a administração autorizada a organizar escalas de trabalho, com a inclusão do final de semana, se houver necessidade, de acordo com a exigência do serviço, no caso presente serviço de vigilância.

4. Com a presença de laudo pericial, excluindo o risco de vida para a atividade de vigilante, não se torna cabível o deferimento do adicional de periculosidade. Ausência dos pressupostos estabelecidos no artigo 68 da Lei 8.112/90. (AC 364272/RN, TRF5, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Frederico Pinto de Azevedo (convocado), decisão unânime, julg. 06/08/2009) (grifo nosso)

ADMINISTRATIVO. VIGILANTE. HORAS EXTRAS. AUSÊNCIA DE PROVA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ATIVIDADE NÃO PREVISTA NA LEI Nº 8.112/90.

I. Não restando comprovado que o servidor extrapolou a jornada de trabalho de 40 horas semanais prevista em lei, não pode a Administração ser condenada ao pagamento de horas extras.

II. Observa-se que os apelantes além das folgas semanais tinham mais duas extras mensais, cada uma correspondente a um dia de serviço (fls. 170/185; 189, 214/254, 259, 280/293, 295/304 e 306). Também verifica-se que os autores foram devidamente remunerados quando trabalharam horas extras, através dos comprovantes de rendimento acostados às fls. 13/15, 18, 20, 23/25, 28/30, 33/35, 84/87, 89, 90 e 95).

III. O adicional de periculosidade somente é devido se a realização do trabalho implica em perigo de vida. Sendo necessária a partir de 29 de abril de 1995 (data da publicação da referida lei) em diante, que a comprovação da atividade especial seja feita através dos formulários SB-40 e DSS-8030 e laudo técnico, nos termos do Decreto 2.172/97.

IV. Apelação improvida.

(AC402033/PE, *DJU* 25.01.2007, Rel. Des. Fed. Margarida Cantarelli).

Assim, conforme comprovado nos autos, foi respeitado o limite máximo de 40 horas semanais. Assim, não fazem jus os autores ao pagamento de horas extras, e seus reflexos.

No que tange ao adicional noturno, tenho que a decisão guerreada incidiu em um equívoco que deve ser reparado.

Transcrevo, por oportuno, trecho da decisão onde o MM. Juiz *a quo*, assim se posicionou:

[...] Adicional noturno

Há previsão constitucional para pagamento de adicional noturno para servidor público estatutário, uma vez que o inciso IX, citado no § 3º do art. 39 da CF/88, refere-se à remuneração do trabalho noturno superior ao diurno.

A matéria está regulada pela Lei 8.112/1990, nos seguintes termos:

Art. 75. O serviço noturno, prestado em horário compreendido entre 22 (vinte e duas) horas de um dia e 5 (cinco) horas do dia seguinte, terá o valor-hora acrescido de 25% (vinte e cinco por cento) computando-se cada hora como cinquenta e dois minutos e trinta segundos.

Parágrafo único. Em se tratando de serviço extraordinário, o acréscimo de que trata este artigo incidirá sobre a remuneração prevista no artigo 73.

Da análise do corpo probatório, vislumbra-se que no ano

de 1999 a parte autora laborou no horário diurno, segundo as folhas de ponto mensal (fls. 60-69), documentos tais que não foram infirmados pela demandante, portanto, nesse período não faz jus a adicional noturno, tampouco ao que dele é reflexo.

No ano de 2000, entre janeiro e setembro, o trabalho foi diurno (fls. 82-90); e, entre outubro e dezembro do mesmo ano, no horário noturno. A autarquia federal não provou o pagamento do adicional noturno do mês de outubro/2000 (fls. 47-48).

Com relação ao ano de 2001, o autor laborou no horário noturno (fls. 94-103), não provando a parte ré o pagamento do adicional noturno dos meses de janeiro, maio, agosto, setembro, outubro e dezembro (fls. 49-50).

No ano de 2002, o demandante trabalhou durante o horário noturno (fls. 104-114), não provando a parte ré o pagamento do adicional noturno nos meses de janeiro e novembro (fls. 51-52).

Em 2003, houve trabalho apenas noturno (fls. 116-129) e a entidade educacional provou o pagamento do adicional apenas do mês de abril (fls. 53-54).

No ano de 2004, houve trabalho no horário noturno (fls. 73-81) e o adicional noturno foi devidamente pago, conforme fichas financeiras de folhas 56-57.

A autarquia não discorda de que está obrigada ao pagamento do adicional noturno, mesmo porque o vem efetuando se nenhuma oposição nos termos da legislação em vigor.

Resta, pois, pagar ao autor os adicionais noturnos dos meses de outubro de 2000; janeiro/maio/agosto/setembro/outubro/dezembro de 2001; janeiro/novembro/2002 e abril/2003.

Há aí uma incoerência que não se coaduna com as provas colacionadas aos autos, as folhas de ponto de fls. 60/127 demonstram que o autor faz jus ao pagamento do adicional noturno nos meses de jan. a novembro/2003, excluindo-se tão somente os meses de abril/03 – vez que demonstrado o pagamento pela UFRPE – e julho/03, por ter sido o mês em que gozou férias.

Vale salientar que, esta e. Turma, em voto da lavra do Des. Federal Marcelo Navarro, assim se posicionou quando do julgamento da AC 234.123:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. VIGILANTE. CARGA HORÁRIA SEMANAL SUPERIOR. HORAS-EXTRAS. ADICIONAL NOTURNO. POSSIBILIDADE. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INCABIMENTO.

- A prestação de trabalho pelos vigilantes além das 40 horas semanais enseja o pagamento de horas-extras, nos termos do art. 73 da Lei 8.112/90.

- Comprovada a prestação de serviços em horário compreendido entre as 22 horas de um dia e às 5 horas do outro é de se reconhecer o direito à percepção do adicional noturno, nos termos do art. 75 da Lei 8.112/90.

- Incabível o pagamento do adicional de periculosidade, tendo em vista que a atividade de vigilante não implica em manuseio permanente com inflamáveis e explosivos.

- Apelação, em parte, provida. Percebe-se, portanto, que em tal decisão, embora tenha sido reconhecido que durante o ano de 2003 o autor laborou no horário noturno, ao concluir, o douto juiz sentenciante, registrou apenas o direito a percepção do adicional noturno referente ao mês de abril/2003. (Grifo no original).

(AC 234123; decisão unânime, data julg. 30/06/2006)

Considerando que ambas as partes decaíram de parte do pedido mantenho a isenção de custas e condenação, haja vista a sucumbência recíproca.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação, para condenar a UFRPE a pagar ao autor o adicional noturno e respectivos reflexos referentes aos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, junho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro/2003.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 445.681-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (CONVOCADO)

Apelantes: TIM NORDESTE S/A E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Apelados: EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A - EMBRATEL, TIM NORDESTE S/A, TELEMAR NORTE LESTE S/A., TLN PCS S/A, INTELLIG TELECOMUNICACOES LTDA., VIVO S/A, ANATEL - AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

Advs./Procs. DRS. SILVANA BUSSAB ENDRES (1º APTE.), EDUARDO PELLEGRINI DE ARRUDAALVIM E OUTROS (1º APDO), SILVANA BUSSAB ENDRES (2º APDO.), ROSELINE RABELO DE MORAES ASSIS (3º APDO.), ROSELINE RABELO DE MORAES ASSIS (4º APDO.), BRUNO BEZERRA DE SOUZA E OUTROS (5º APDO.), LUÍS FELIPE DE SOUZA REBELLO E OUTROS (6º APDO.)

Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO E CONSUMIDOR. RECESSO FORENSE NA JUSTIÇA FEDERAL. PRAZOS PROCESSUAIS. SUSPENSÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. APELAÇÃO. INOVAÇÃO DA LIDE. INADMISSIBILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DE CONSUMIDORES. CABIMENTO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS DE TELEFONIA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. ENCARGOS FINANCEIROS. TRANSFERÊNCIA PARA OS CONSUMIDORES. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO ECONÔMICA. PREÇOS DOS SERVIÇOS. CARGA TRIBUTÁRIA. RELEVÂNCIA. ART. 108, § 4º,

DA LEI Nº 9.742/97.

- Os dias de recesso forense da Justiça Federal são considerados feriados (art. 62, I, da Lei nº 5.010/66), pelo que os prazos processuais correm normalmente entre 20 de dezembro e 06 de janeiro, somente não se iniciando nem encerrando nesse interstício (arts. 178 e 184, § 1º, do CPC). Existência de forte corrente jurisprudencial, inclusive do STJ e deste Tribunal, em sentido contrário, reconhecendo a suspensão dos prazos processuais durante o recesso de fim de ano. Dúvida objetiva que deve ser resolvida em favor do apelante. Reconhecimento da tempestividade da apelação.

- Apelação que traz causas de pedir estranhas à demanda inicial. Inovação da lide em sede recursal. Impossibilidade de apreciação dos fundamentos trazidos ao processo apenas após a prolação da sentença: ilegalidade do procedimento de revisão dos preços dos serviços de telecomunicações e divergência entre o valor das contribuições pagas pelas empresas e aquele repassado aos seus usuários. Apelação não conhecida nesta parte.

- Inviabilidade de utilização da ação civil pública para tutela de pretensões de natureza tributária, conforme art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.437/85, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/01. Restrição que não se aplica ao caso, no qual não é discutida a sujeição passiva tributária dos usuários de serviços telefônicos, mas se é legítimo que lhes seja repassado o encargo financeiro decorrente do pagamento de contribuições pelas operadoras telefônicas. Discussão pertinente aos ramos do Direito Administrativo e do Consumidor, não ao direito Tributário.

- Em ação civil pública é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. O que não se permite é que esta mo-

dalidade de ação tenha como pedido principal a declaração de inconstitucionalidade, mas inexistente obstáculo para que a questão seja aduzida como prejudicial, isto é, como causa petendi. Precedente do STF. Admissibilidade do pedido de declaração (incidental) de inconstitucionalidade de atos normativos da ANATEL.

- O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos de consumidores. Precedentes do STF e STJ. Atuação do MPF porque há interesse federal na causa, que envolve a legalidade de atos praticados pela ANATEL e por operadoras de telefonia, que exercem atividades delegadas pela União.

- A ilegitimidade passiva, assim como todas as condições da ação, deve ser analisada à luz da lide trazida a juízo pelo autor, isto é, da narração fática contida na inicial. Se esses fatos coincidem ou não com a realidade é questão de mérito. Assim, (a) tendo sido formulada pretensão em face da apelada que suscitou sua própria ilegitimidade passiva (TIM NORDESTE) é de ser rejeita essa preliminar; (b) tendo a União sido incluída no pólo passivo, mas não lhe sendo direcionada nenhuma das pretensões, é de se reconhecer sua ilegitimidade passiva.

- Pessoas jurídicas com fins lucrativos, como indicado em sua própria finalidade, buscam o lucro, ou seja, um resultado positivo da diferença entre receita bruta e despesas de qualquer natureza. Tributos estão entre as despesas mais onerosas. Consectário lógico é que ao fixar preços para seus produtos e serviços, os fornecedores considerem a carga fiscal a que estão sujeitos. Especificamente no que se refere ao setor de telecomunicações, o art. 108, § 4º, da Lei nº 9.472/97 assegura ao concessionário o direito à revisão das tarifas sempre que houver aumen-

to de tributos, salvo do imposto de renda. Se os preços dos serviços de telecomunicações podem variar quando há aumento de tributo, é porque estes compõem aqueles. Noutras palavras, as exações pagas pelas empresas de telefonia estão embutidas nos preços por elas cobrados. Possibilidade de repasse aos usuários dos valores pagos pelas operadoras telefônicas a título de contribuição para o PIS e de COFINS. Precedente deste Tribunal.

- Reconhecimento ex officio da ilegitimidade passiva ad causam da União. Apelação parcialmente conhecida, mas improvida. Reexame necessário improvido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, reconhecer, *ex officio*, da ilegitimidade passiva *ad causam* da União, conhecer, em parte, da apelação para negar-lhe provimento, assim como ao reexame necessário, tudo nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 12 de janeiro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA
CANUTO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (Convocado):

O Ministério Público Federal (MPF) propôs ação civil pública em face da União, da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e das empresas que prestam serviços de telefonia no âmbito do Estado de Sergipe - Telergipe Celular S/A (TELERGIPE), Maxitel S/A (MAXITEL), TNL PCS S/A (OI), Vésper S/A (VESPER), Telemar Norte Leste S/A (TELEMAR), Intelig Telecomunicações S/A (INTELIG) e Embratel S/A (EMBRATEL) - postulando: (a) a conde-

nação das operadoras telefônicas a não cobrar a contribuição ao PIS e a COFINS dos consumidores; (b) a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da Norma nº 03/98 e da Resolução nº 85/98, ambas da ANATEL; (c) que se determine à ANATEL a modificação dos atos acima referidos no prazo de 15 dias, retificando os pontos, artigos, itens e subitens que tenham redação dúbia, dando azo à interpretação de que as operadoras de telefonia podem repassar aos seus clientes contribuições dos quais não são devedores; (d) determinação para que os demandados, em 30 dias, façam ampla divulgação na mídia e para os usuários acerca do cumprimento da liminar e/ou da sentença; (e) fixação de multa diária de R\$ 10.000,00 para a hipótese de descumprimento das determinações judiciais; (f) condenação a pagar indenização por danos morais coletivos causados aos usuários de serviços de telefonia fixa e móvel.

O Juízo da 3ª Vara Federal de Sergipe julgou a demanda improcedente (fls. 1844/1857). Após rejeitar as preliminares, o Magistrado entendeu que os encargos tributários compõem as tarifas cobradas aos usuários dos serviços de telecomunicações, transcrevendo ementas de precedentes no sentido da rejeição da pretensão ministerial.

Os embargos de declaração opostos pelo MPF (fls. 1884/1887v) foram conhecidos, mas rejeitados no mérito (fls. 1897/1901).

O MPF recorreu da sentença, conforme petição de fls. 1908/1918. A apelação contém os seguintes fundamentos: (a) ilegalidade do repasse ao consumidor do valor do tributo diretamente pela própria empresa de telefonia, sem prévia formalização de procedimento junto à ANATEL para verificação do impacto financeiro causado pela nova tributação; (b) aplicação da nova alíquota da COFINS, de 3%, sobre o montante da exação que já era pago anteriormente, à razão de 2% sobre o valor da conta; (c) criação de nova exação tributária, porquanto as contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS são tributos diretos, não admitindo transferência do encargo financeiro para terceiros; (d) as empresas não estão aplicando as deduções da base de cálculo da COFINS ao cobrar-na dos consumidores, fazendo com que estes lhes paguem mais do que fora recolhido ao erário; (e) o cálculo das contribuições que é efetuado pelas concessionárias embute na base de

cálculo os valores das próprias exações (cálculo “por dentro”), o que é admitido em relação ao ICMS, mas não quanto aos tributos em questão; (f) a cobrança atenta contra a proteção outorgada aos usuários de serviços telefônicos pelo Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista sua vulnerabilidade em face das concessionárias do serviço público.

Consta nas fls. 1943/1973 as contra-razões da EMBRATEL, nas quais esta aduz, inicialmente, a inadequação da ação civil pública para discutir questão de natureza tributária, a teor do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.437/85, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/01, e a ilegitimidade do Ministério Público para defender direitos individuais disponíveis. Em relação à questão de fundo, verbera que a COFINS e a contribuição para o PIS têm como fato gerador o faturamento obtido pela empresa, e não a prestação de serviços de telecomunicações, mas que a carga fiscal repercute nos preços dos serviços de qualquer empresa. Alega, ainda, que a ANATEL estabelece os preços máximos líquidos de tributos e que o MPF não apontou nenhum caso concreto para demonstrar a ocorrência de dano moral coletivo a ensejar reparação.

A MAXITEL apresentou contra-razões às fls. 2005/2044, levantando questões de natureza processual referentes à inadequação da via processual eleita e à ilegitimidade ativa do MPF, valendo-se de fundamentos semelhantes aos utilizados pela EMBRATEL. Indo além, a apelada sustenta mais três preliminares: sua ilegitimidade passiva, já que não é concessionária, mas autorizatária de serviços de telecomunicações, e porque não destaca os valores das contribuições nas faturas que emite; a inépcia da inicial por falta de correlação lógica entre a causa de pedir e o pedido, porquanto os atos editados pela ANATEL que foram vergastados não tratam do repasse econômico da carga tributária para os usuários de seus serviços; e, finalmente, a ocorrência de inovação da pretensão em sede recursal. Quanto ao mérito, a apelada diz que: (a) atua em regime privado, tendo autonomia para fixar os preços de seus serviços, considerando inclusive a carga tributária a que está submetida; (b) a competência da ANATEL restringe-se a homologar o valor máximo fixado para tarifas de seus planos, as quais não são cobradas abusiva e/ou excessivamente; (c) em se tratando de ação

ajuizada para defesa de direitos individuais não se pode falar em dano moral coletivo.

Dormem às fls. 2046/2060 e 1062/1076, respectivamente, as contra-razões apresentadas pela TELEMAR e pela OI. Essas apeladas aduzem a ilegitimidade ativa do MPF, a inadequação da via processual eleita, a inépcia do pedido de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos da ANATEL e que a ação civil pública não é pode ser utilizada como ação direta de inconstitucionalidade. Prosseguem dizendo que a revisão tarifária é possível quando há elevação da carga tributária e que a propositura da ação somente ocorreu porque o MPF não se apercebera que a ANATEL fixava a tarifa máxima líquida até junho de 2001, a partir de quando passara a fixá-las levando em consideração a carga tributária devida pelas empresas telefônicas.

A INTELIG apresentou contra-razões às fls. 2078/2091, alegando que tem liberdade na fixação dos preços de seus serviços, os quais levam e devem levar em consideração a carga tributária, e que há transferência apenas econômica, não jurídica, do encargo fiscal aos consumidores.

As contra-razões da VIVO estão nas fls. 2172/2209. Tal como quase todas as demais apeladas, esta sustenta as preliminares de ilegitimidade ativa do MPF e de inadequação da via processual escolhida. Quanto à lide em si, defende ser livre para fixar quanto custarão os seus serviços, que pode embutir nos preços os valores pagos a título de tributos e que a discriminação na fatura dos valores das contribuições é feita apenas para esclarecimento dos usuários. Após alegar que o MPF não tratou na inicial da forma de cálculo do valor repassado aos usuários a título de contribuição para o PIS e de COFINS, a apelada defende que o cálculo “por dentro” é permitido pela ANATEL. Em relação aos danos morais coletivos, sustenta a ausência de alegações específicas e provas da sua existência.

A ANATEL também respondeu ao recurso (fls. 2231/2250), alegando preliminarmente a intempestividade do apelo. Além das preliminares de ilegitimidade ativa do MPF e de descabimento da ação civil pública, a apelada esclarece que carece de atribuição legal para autorizar e/ou proibir que as empresas exploradoras dos ser-

viços de telecomunicações repassem custos tributários para os usuários, o que, aliás, é previsto no art. 108, § 4º, da Lei nº 9.472/97. Por derradeiro, a recorrida trata da impossibilidade de o Poder Judiciário determinar-lhe a edição de ato normativo, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes.

A Procuradoria Regional da República apresentou parecer, o qual está nas fls. 2888/2899: (a) advertindo que a TIM NORDESTE, sucessora da MAXITEL, consta na autuação como recorrente, embora seja apenas recorrida; (b) concordando com a alegação de indevida inovação da *causa petendi* em sede recursal quanto à ilegalidade do procedimento de revisão dos preços cobrados pelas empresas telefônicas e à forma como estas empresas calculam os valores a serem repassados aos usuários para cobrir suas contribuições ao PIS e a COFINS; (c) opinando pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (Relator Convocado):

A ANATEL alega, preliminarmente, a intempestividade da apelação interposta pelo MPF ao fundamento de que o recesso forense é considerado feriado pela Justiça Federal (art. 62, I, da Lei nº 5.010/66), pelo que os prazos correm normalmente entre 20 de dezembro e 06 de janeiro, só não se iniciando nem encerrando nesse período (arts. 178 e 184, § 1º, do CPC).

Concordo com a tese da recorrente. Porém, não se pode desconhecer a farta jurisprudência em sentido contrário, reconhecendo o recesso forense como causa suspensiva dos prazos recursais.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE EMBARGOS: 30 DIAS. ART. 16 DA LEI 6.830/80. PERÍODO DE 20 DE DEZEMBRO A 6 DE JANEIRO. RECESSO FORENSE. SUSPENSÃO DO PRAZO. REINÍCIO NO PRIMEIRO DIA ÚTIL APÓS ESSE INTERREGNO. EMBARGOS INTEM-

PESTIVOS. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO.

(...)

2. Não corre prazo, na Justiça Federal, no período de 20 de dezembro a 6 de janeiro, nos termos do art. 62, I, da Lei 5.010/66, o qual determina que, “além dos fixados em lei, serão feriados na Justiça Federal, inclusive nos Tribunais Superiores, os dias compreendidos entre 20 de dezembro e 6 de janeiro, inclusive”. Nesse período, segundo a jurisprudência desta Corte de Justiça, os prazos ficam suspensos, reiniciando-se a contagem somente no primeiro dia útil seguinte ao dia 6 de janeiro.

(...)

(AGA 735.346, STJ, 1ª Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, *DJ* de 01/02/2007).

Esse precedente do STJ foi expressamente acolhido, por unanimidade, pela Primeira Turma desta Corte, que reconheceu a tempestividade de apelação objeto da AC 407.621, Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt, *DJ* de 30/05/2007.

O STJ tem julgados recentes reconhecendo que os prazos recursais somente se suspendem durante o recesso forense de fim de ano se houver determinação expressa do Tribunal neste sentido. Eis alguns exemplos: AGA 1.157.201, 6ª Turma, unânime, Relator Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), *DJE* de 26/10/2009; AGA 813.515, 3ª Turma, Relator Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), *DJE* de 21/10/2009; AGA 1.041.786, 4ª Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, *DJE* de 18/05/2009. Tais precedentes versam sobre a suspensão de prazos no recesso forense da Justiça Estadual, que pode ser decretada, ou não, pelos Tribunais de Justiça dos Estados no período compreendido entre 20 de dezembro e 06 de janeiro, conforme previsto na Resolução nº 08/05, do Conselho Nacional de Justiça, que assim dispõe:

Art. 1º Os Tribunais de Justiça dos Estados poderão, por meio de deliberação do Órgão Competente, suspender o expediente forense no período de 20 de dezembro a 6 de janeiro, garantindo o atendimento aos

casos urgentes, novos ou em curso, através de sistema de plantões.

Parágrafo único. O sistema de plantões deve ser amplamente divulgado e fiscalizado pelos órgãos competentes.

Art. 2º. **A deliberação que aprovar a suspensão do expediente forense suspenderá, igualmente, os prazos processuais** e a publicação de acórdãos, sentenças e decisões, bem como a intimação de partes ou advogados, na primeira e segunda instâncias, exceto com relação às medidas consideradas urgentes.

Diferentemente do recesso forense no âmbito judiciário estadual, que tem fundamento em deliberação discricionária de cada Tribunal de Justiça, na Justiça Federal decorre de lei federal (art. 62, I, da Lei nº 5.010/66). Por isso, os precedentes do STJ que exigem comprovação de que o Tribunal de Justiça decretou o recesso forense e a suspensão dos prazos processuais não se aplicam à Justiça Federal.

Diante da existência de dúvida objetiva quanto à suspensão ou não dos prazos recursais durante o recesso de fim de ano da Justiça Federal, a apelação do MPF deve ser conhecida. Tratando-se de análise da admissibilidade de recurso, merece ser adotada a solução mais favorável ao recorrente.

No entanto, algumas questões de mérito ventiladas na apelação não podem ser conhecidas.

Foi alegado expressa e minuciosamente nas contra-razões da TIM NORDESTE, sucessora processual da MAXITEL, e, superficialmente, nas apresentadas pela VIVO que algumas questões trazidas à apreciação deste Tribunal em sede recursal não foram submetidas ao juízo de origem. A Procuradoria Regional da República na 5ª Região, no preciso parecer de fls. 2888/2899, ratificou a alegação das apelantes, *verbis*:

Na petição inicial, formulou o **Parquet** tão somente a pretensão no sentido de ser impedido o repasse dos tributos que nomina, ao preço dos serviços de telefonia, sem atentar para que, em não sendo considerada ilícita a prática, haveria um controle mais efetivo, inclusive sobre a publicação da forma e dos valores desses repasses. Ou seja, não incluiu em seus pedidos a averiguação dos moldes

em que esse repasse estava sendo feito pelas concessionárias, ou seja, se se estava observando a publicidade dos atos com a discriminação correta dos valores nas faturas de cobrança, além da forma como os reajustes estavam sendo feitos, se por ato unilateral das empresas, ou com a devida e necessária negociação com a agência especializada, *in casu*, a ANATEL.

Em verdade, apenas em sede de embargos de declaração, ao suscitar o procedimento correto para o reajuste ou revisão das tarifas, suscitou o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** aspectos formais que, por não estarem obedecidos, viciariam o repasse, modificando, em sede recursal, portanto, o pedido da ação, o que, como é sabido, é vedado pelo direito processual pátrio. Afinal, como dito, o pedido da ação civil pública cingiu-se à declaração de ilegalidade dos repasses aos consumidores de exações tributárias, nas tarifas telefônicas, ou seja, a demanda objetivava fulminar o direito do repasse em si e não a forma como tal cobrança estava sendo feita.

Apesar de reconhecermos que a forma de cobrança deve atender a critérios legais, tendo em vista a garantia da publicidade e o direito à informação do consumidor, como suscita o *Parquet* em suas razões recursais, não podemos admitir mudança de pedido nesse momento processual, ou seja, em sede de recurso.

(Destaques do original).

Assiste razão aos dois apelantes que suscitaram a preliminar e à ilustre Procuradora Regional da República subscritora do parecer parcialmente transcrito. Uma mera leitura da peça póstica revela que o único fundamento dos pedidos é a ilegalidade do repasse do custo financeiro das contribuições pelas empresas de telefonia para seus clientes. Não há uma linha sequer ventilando outras questões, tais como o procedimento de revisão dos preços para inclusão das despesas fiscais custeadas pelas concessionárias e a divergência entre o valor das contribuições efetivamente pagas pelas empresas e aquele repassado aos usuários dos serviços telefônicos. Tais questões somente foram introduzidas na causa pelos embargos de declaração de fls. 1884/1887v, opostos da sentença de improcedência, e renovadas na apelação ora julgada. Ao assim proceder, o MPF inovou na lide em sede recursal, o que não é admitido pelo sistema processual pátrio.

Este colendo Tribunal, inclusive por esta Segunda Turma, já decidiu incontáveis vezes pela impossibilidade das partes inovarem na lide em sede recursal. Cito, exemplificativamente, os seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL. SFH. LIBERAÇÃO DA HIPOTECA. LIQUIDAÇÃO DO CONTRATO. OCORRÊNCIA. FCVS. INCIDÊNCIA. LEGITIMIDADE DA UNIÃO PARA FIGURAR NA LIDE. INOCORRÊNCIA. NOVAÇÃO. DECADÊNCIA. INOVAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR EM SEDE DE APELO. MATÉRIA NÃO CONHECIDA. ARTIGO 515, PARÁGRAFO 1º, DO CPC.

- Nas ações em que se discute a revisão de contrato de mútuo ou anulação de cláusulas contratuais, não há legitimidade da União para figurar no polo passivo da demanda. Precedentes. Preliminar rejeitada.

- “O legislador estatuiu apenas duas condições para que se concretizasse a liquidação antecipada com desconto integral do saldo devedor, conforme o art. 2º, parágrafo 3º, da lei nº 10.150/00: o contrato deveria conter previsão de cobertura pelo FCVS e sua celebração não poderia ser posterior a 31.12.87”. (STJ - REsp 927.139 - (2007/0037605-6) - 2ª T. - Rel. Min. Castro Meira - DJe 25.09.2008 - p. 994)

- Nos moldes do art. 515, parágrafo 1º, do CPC, é defeso ao apelante inovar a causa de pedir, pois em sede de apelação apenas se admite a discussão de questões de fato ou de direito apresentadas no primeiro grau. A discussão de matéria nova ou formulação de pedido novo, apenas será admitida em uma nova ação. (TRF-5ª R. - AC 2003.83.00.012317-2 - 1ª T. - PE - Rel. Des. Fed. Francisco Wildo Lacerda Dantas - DJU 22.03.2006 - p. 953)

- Apelo improvido.

(AC 426.573, 2ª Turma, unânime, Relator Desembargador Federal Francisco Wildo, DJE de 10/09/2009).

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INOVAÇÃO NA LIDE EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. À luz do entendimento dos artigos 264 e 517 do diploma processual civil, não se admite, em sede de apelação, suscitar fato novo ou inovar no pedido formulado na peça inicial.

2. Apelação não conhecida.

(AC 344.952, 4ª Turma, unânime, Relator Desembargador Federal Marcelo Navarro, DJ de 16/01/2009).

Como a apelação não merece ser conhecida nos pontos que não foram objeto de demanda inicial e que, por isso, são estranhos à sentença, quanto ao mérito só se deverá apreciar a legalidade do repasse aos usuários do custo das contribuições pagas pelas operadoras de telefonia.

Nas contra-razões de praticamente todos os apelados, são renovadas as alegações de ilegitimidade ativa do MPF, já que estaria a defender direitos individuais disponíveis, e de inadequação da via processual escolhida, pois a ação civil pública não poderia ser utilizada como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade nem para a defesa de pretensões de natureza tributária, a teor do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.437/85, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/01.

O Ministério Público tem legitimidade para atuar na defesa de direitos individuais, ainda que disponíveis, quando a lide tem fundamento em relação jurídica de consumo. Já é pacífica na jurisprudência, inclusive do STF e do STJ, a possibilidade do *Parquet* propor ação civil pública para tutela de direitos individuais homogêneos dos consumidores.

A ação civil pública presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25.

(RE 195.056/PR, STF, Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 09/12/1999).

Ministério Público: legitimidade para propor ação civil pública quando se trata de direitos individuais homogêneos em que seus titulares se encontram na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. É indiferente a espécie de contrato firmado, bastando que seja uma relação de consumo: precedentes.

(RE 424.048 AgR/SC, STF, 1ª Turma, unânime, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 25/10/2005).

O Ministério Público possui legitimidade ativa para promover a defesa dos direitos difusos ou coletivos dos consumidores, bem como de seus interesses ou direitos individuais homogêneos, inclusive no que se refere à prestação de serviços públicos, haja vista a presunção de relevância da questão para a coletividade. Precedentes do STJ.

(RESP 605.755, 2ª Turma, unânime, Relator Ministro Herman Benjamin, DJE de 09/10/2009).

Havendo legitimidade ativa do Ministério Público, resta verificar se a ação foi proposta pelo órgão ministerial com atribuições para tanto.

Discute-se a legalidade do repasse aos usuários do encargo financeiro decorrente do pagamento das contribuições por concessionárias de serviços telefônicos. Essas empresas exercem atividades delegadas pela União e são submetidas a controle e fiscalização da ANATEL, autarquia federal especial, nos termos do art. 21, XI, da Constituição Federal e da Lei nº 9.472/97. Diante do inquestionável interesse federal no litígio, o Ministério Público deve ser representado por membro do MPF.

Por outro lado, nada impede a utilização da ação civil pública com o objeto acima indicado. Não incide a restrição prevista no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.437/85, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/01, assim redigido:

Art. 1º. *Omissis.*

(...)

Parágrafo único. **Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.**

Não é discutida na causa a ausência de responsabilidade tributária para pagamento da contribuição ao PIS e da COFINS pelos usuários de serviços de telefonia, o que implicaria na análise de questões tributárias, mas a impossibilidade de ser-lhes trans-

ferido o encargo financeiro desses tributos pagos pelas concessionárias, tendo em vista os direitos que são assegurados aos consumidores. Tanto é assim que para julgar a causa não é necessária a aplicação de normas tributárias, sendo suficiente o manejo da legislação administrativa e consumerista.

Dentre os pedidos formulados pelo MPF está o de que “*seja declarada a inconstitucionalidade e ilegalidade da Norma nº 03/98 da Anatel e da Resolução nº 85/98, também, da Anatel, pelos fundamentos de fato e de direito já demonstrados*”. A leitura isolada desse pedido pode, à primeira vista, levar à conclusão que se postulou a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos normativos da ANATEL como pretensão principal. Porém, analisando a petição inicial em seu conjunto, conclui-se que o referido pedido foi formulado incidentalmente, como forma de embasar o acolhimento da verdadeira pretensão deduzida em juízo: afastar o repasse do encargo financeiro da contribuição ao PIS e da CO-FINS para os usuários dos serviços de telefonia.

Por isso, entendo que o pedido de declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade é, na verdade, um pedido de reconhecimento incidental dessas situações, a fim de que se julgue procedente a ação; é causa de pedir, fundamento da pretensão, não pedido propriamente dito. E, assim, nada obsta que se admita a ação civil pública nesse ponto, conforme já reconhecido pelo STF.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. OCUPAÇÃO DE LOGRADOUROS PÚBLICOS NO DISTRITO FEDERAL. PEDIDO DE INCONSTITUCIONALIDADE *INCIDENTER TANTUM* DA LEI 754/1994 DO DISTRITO FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO DO DISTRITO FEDERAL DESPROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL PREJUDICADO.

Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal com pedidos múltiplos, dentre eles, o pedido de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* da lei distrital 754/1994, que disciplina a ocupação de logradouros públicos no Distrito Federal. Resolvida questão de ordem suscitada pelo relator no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade da lei 754/1994 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal não

torna prejudicado, por perda de objeto, o recurso extraordinário.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que se pode pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que *incidenter tantum*.

Veda-se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes*.

No caso, o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei 754/1994 é meramente incidental, constituindo-se verdadeira causa de pedir.

Negado provimento ao recurso extraordinário do Distrito Federal e julgado prejudicado o recurso extraordinário ajuizado pelo Ministério Público do Distrito Federal.

(RE 424.993, STF, Pleno, unânime, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 12/09/2007).

A TIM NORDESTE alega a sua ilegitimidade passiva e a inépcia da inicial. Fundamenta a primeira alegação na circunstância de não ser concessionária, mas autorizatória de serviços de telefonia, e de não destacar os valores das contribuições nas faturas que emite; a segunda, na falta de correlação lógica entre *causa petendi* e pedido, porquanto os atos da ANATEL que foram impugnados pelo MPF não tratam do repasse econômico da carga tributária para os usuários de seus serviços.

É irrelevante se a TIM NORDESTE é concessionária ou autorizatória de serviços de telecomunicações e se destaca ou não os valores dos tributos nas faturas emitidas para seus usuários. A legitimidade passiva, como condição da ação, deve ser analisada exclusivamente à luz da lide trazida a juízo pelo autor na petição inicial. Saber se os fatos são verdadeiros é questão de mérito, que escapa dos limites das condições da ação. Tendo o MPF atribuído à empresa o dever corresponde à pretensão deduzida em juízo, está configurada sua legitimidade para figurar no pólo passivo deste processo.

Também não se pode falar em inépcia da petição inicial. A demanda tem vários fundamentos, dentre os quais está o de nulidade dos dois atos da ANATEL que foram objeto de impugnação (Norma nº 03/98 e da Resolução nº 85/98). Destarte, ainda que se re-

conhecesse a inexistência de correlação lógica entre esses atos e o pedido principal, os outros fundamentos jurídicos permaneceriam íntegros, obstaculizando o acolhimento da alegação de inépcia da inicial.

Preliminar que deve ser reconhecida *ex officio*, porque não suscitada nas razões nem nas contra-razões de apelação, mas que fica devolvida a este Tribunal tanto pelo reexame necessário quanto pelo efeito translativo da apelação, diz respeito à ilegitimidade passiva *ad causam* da União. Embora tenha sido incluída no polo passivo pelo MPF, a análise da exordial evidencia que nenhuma pretensão lhe fora direcionada, nem qualquer pedido fora contra ela formulado. Destarte, partindo-se da lide deduzida em juízo conclui-se que a União carece de legitimidade para ser ré neste processo.

Apreciadas as questões preliminares, passo ao mérito, lembrando que este se restringe à legalidade do repasse aos consumidores do custo da contribuição ao PIS e da COFINS pagas pelas operadoras de telefonia, porquanto a apelação não foi conhecida quanto às alegações trazidas originariamente em sede recursal.

As pessoas jurídicas com fins lucrativos, consoante indicado em sua própria finalidade, buscam o lucro, ou seja, resultado positivo da diferença entre receita bruta e despesas de qualquer natureza. Os tributos, infelizmente, estão entre as despesas que mais oneram os brasileiros. Por isso, é lógico que na fixação dos preços de produtos e serviços os fornecedores sempre levam em consideração a carga tributária. Isso ocorre com qualquer espécie de fornecedor.

É por isso que, especialmente no Direito Administrativo, estuda-se o princípio da manutenção da equação econômico-financeira dos contratos. Como foi bem registrado por Caio Tácito, “há, entre os direitos e obrigações das partes, um sistema de vasos comunicantes, em uma relação necessária de causalidade, de que decorre o ajustamento do preço quando a prestação do serviço se modifica, quantitativa ou qualitativamente, ou quando se torna exorbitantemente onerosa” (“O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público nos Direitos brasileiro e estrangeiro”, *in Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1975, capítulo II).

Especificamente no que se refere ao setor de telecomunicações, o art. 108, § 4º, da Lei nº 9.472/97 assegura ao concessionário o direito à revisão das tarifas sempre que houver aumento de tributos, salvo do imposto de renda. Assim estabelece o referido dispositivo legal:

Art. 108. *Omissis*.

(...)

§ 4º. **A oneração causada** por novas regras sobre os serviços, pela álea econômica extraordinária, bem como **pelo aumento dos encargos legais ou tributos, salvo o imposto sobre a renda, implicará a revisão do contrato.**

Se os preços dos serviços de telecomunicações podem variar quando há aumento de tributo, é porque estes compõem aqueles. Noutras palavras, as exações pagas pelas empresas prestadoras de serviços de telefonia estão embutidas nos preços por elas cobrados. E isso independe da natureza jurídica do tributo, se direto ou indireto, pois em qualquer caso seu custo financeiro é repassado aos consumidores, que, no caso, são os usuários dos serviços de telefonia.

A constatação de que todo e qualquer tributo pago por fornecedores acaba repercutindo economicamente sobre os consumidores não invalida a classificação clássica dos tributos em diretos e indiretos. Repercussão econômica sempre haverá, pois tendo finalidade lucrativa os fornecedores de produtos e serviços embutirão nos preços seus custos fiscais. Porém, repercussão jurídica – que é a levada em consideração como critério para classificação dos tributos em diretos e indiretos – nem sempre existirá. A repercussão somente é relevante para o direito (jurídica) quando a própria lei tributária prevê que aquele quem realizou o fato gerador da obrigação (contribuinte de direito) pode transferir o respectivo encargo financeiro para terceiro (contribuinte de fato).

A repercussão puramente econômica do encargo financeiro do tributo é questão indiferente ao Direito. O tributo direto não se transmuda em indireto por ter havido a referida repercussão. O que realmente importa é a existência de previsão legal para essa transferência. Se existir, o tributo será indireto; se não existir, será direto.

Não é porque operadoras telefônicas transferem o encargo financeiro da contribuição ao PIS e da COFINS para os seus usuários que essas exações passam a ser consideradas indiretas. Por lei, essas contribuições não admitem repercussão, razão por que, independentemente de haver transferência ou não do encargo financeiro para terceiros, as mesmas são consideradas tributos diretos.

Os tribunais pátrios têm reconhecido que empresas concessionárias de serviços de telecomunicações podem incluir seu custo fiscal, inclusive com pagamento da contribuição ao PIS e da COFINS, nos preços de seus serviços. Assim decidiu esta Corte recentemente:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TELEFONIA. REPASSE DO PIS/PASEP E DA COFINS AOS USUÁRIOS ATRAVÉS DE AUMENTO DE TARIFA. AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE REITERAÇÃO DO PEDIDO NAS CONTRA-RAZÕES. NÃO CONHECIMENTO. LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS EM FUNÇÃO DA RELEVÂNCIA SOCIAL DO INTERESSE DEFENDIDO. INTERESSE PÚBLICO DEMONSTRADO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E PRESENÇA DE INTERESSE DE AGIR. LIDE NÃO ATINENTE A TRIBUTOS, MAS AO REPASSE DE SEU CUSTO AO CONSUMIDOR. NÃO INCIDÊNCIA DE IMUNIDADE DE PAGAMENTO DE PIS/PASEP E COFINS SOBRE O FATURAMENTO DAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. FENÔMENO DA REPERCUSSÃO, COM A TRANSFERÊNCIA DOS CUSTOS DOS IMPOSTOS AO CONSUMIDOR FINAL ATRAVÉS DA TARIFA. INCLUSÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA NA PLANILHA DE CUSTOS. A ATIVIDADE MERCANTIL PRESSUPÕE A BUSCA DO LUCRO, SENDO NORMAL A TRANSFERÊNCIA AO CONSUMIDOR FINAL DE TODOS OS CUSTOS DO PRESTADOR DE SERVIÇOS. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO NA RELAÇÃO DE CUSTO DO SERVIÇO DE TELEFONIA.

I. Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal buscando obstar o repasse dos valores pagos pelas operadoras a título de contribuição social do PIS/PASEP e da COFINS aos usuários de telefonia do Estado de Pernambuco através da majoração das tarifas.

II. Não conhecimento de agravo retido interposto pela TELPE Celular S/A, tendo em vista não ter sido atendida a disposição contida no art. 523, PARÁGRAFO 1º, do CPC, que preconiza ser necessário pedir expressamente, em sede de apelação ou de contra-razões, a sua apreciação pelo tribunal.

III. Legitimidade do Ministério Público Federal na defesa de interesses individuais homogêneos, quando verificada a relevância social e o interesse coletivo, na conformidade do que estabelece o art. 81, Inc. III do Código de Defesa do Consumidor. Verificação da origem comum, ensejando o vínculo fático.

IV. Rejeição das preliminares de inadequação da via eleita e falta de interesse de agir do MP com base na dicção do art. 1º, parágrafo único da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que excetua a utilização da Ação Civil Pública nos casos de pretensões que envolvam tributos, posto que, no caso dos autos, não se trata de matéria tributária, apenas que se questiona o equilíbrio da relação econômica consumerista entre operadores e consumidores, modificada com o repasse dos custos das referidas exações, via tarifa, aos usuários, não sendo questionada constitucionalidade, incidência ou alíquota de tributos.

V. O STF rejeitou a imunidade das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações em relação ao pagamento do PIS/PASEP e da COFINS, incidindo tais exações sobre o seu faturamento, bem como a Emenda Constitucional 33/01 limitou, na dicção do art. 155, PARÁGRAFO 3º, da Constituição Federal, a imunidade a outros impostos, nada falando da incidência de outros tributos.

VI. Verificação do fenômeno da repercussão econômica, com a transferência dos custos com tributos ao consumidor final, no caso, o usuário dos serviços de telefonia, ante a consideração dos valores pagos a este título na planilha de custos para elaboração das tarifas.

VII. O lucro é pressuposto da atividade mercantil, sendo comezinho a transferência ao consumidor final de todos os custos envolvidos na prestação de serviços, sem que, com isso, seja desvirtuada a característica de tributo direto do PIS/PASEP e da COFINS.

VIII. Manutenção do equilíbrio entre os custos da prestação do serviço de telefonia e a sua remuneração, via recomposição das tarifas.

IX. Apelo improvido.

(AC 343.599, TRF-5, 4ª Turma, unânime, Relator Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, DJ de 12/01/2006).

De mais a mais, anoto que o destaque, nas contas/faturas, dos valores referentes à contribuição ao PIS e à COFINS que estão sendo repassados aos usuários é medida que, além de legítima, dá uma maior transparência sobre os preços efetivamente praticados pelas operadoras telefônicas.

Mercê do exposto: (a) reconhecimento de ofício a ilegitimidade passiva *ad causam* da União; (b) não conhecimento da apelação em relação às alegações de ilegalidade da revisão dos preços dos serviços telefônicos e de divergência entre o valor das contribuições pagas pelas empresas e aquele repassado aos usuários, por se tratarem de matérias trazidas ao processo já em sede recursal; (c) conhecimento do recurso, mas lhe nego provimento, quanto à alegação de ilegalidade do repasse aos consumidores do custo da contribuição ao PIS e da COFINS pagas pelas operadoras de telefonia; (d) nego provimento ao reexame necessário.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 449.044-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelados: LARA FARIAS CAVALCANTI E MILTON DE OLIVEIRA CAVALCANTI NETO
Adv./Proc.: DR. LUIZ ANTÔNIO DE MORAES PONTES (APDOS.)

EMENTA: CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 28 DA LEI Nº 8.078/90. EMPRESA QUE AGIA COMO INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, SEM

AUTORIZAÇÃO DO BANCO CENTRAL. RES-SARCIMENTO AOS CLIENTES LESADOS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DE SÓCIO COTISTA, SEM PODERES DE ADMINISTRAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE EX-SÓCIA PELOS DÉBITOS REFERENTES AO PERÍODO EM QUE ATUOU COMO ADMINISTRADORA DA SOCIEDADE.

- Ação Civil Pública manejada pelo Ministério Público Federal contra a empresa Lamar Mult Empreendimentos Ltda e os seus antigos e atuais sócios, com o fito de obter o encerramento coercitivo das atividades da primeira demandada, bem como assegurar o ressarcimento e a indenização dos consumidores lesados, haja vista o seu funcionamento como instituição financeira, com atividades de captação de poupança popular e oferecimento de empréstimos, sem a necessária autorização do Banco Central, além de não honrar com as obrigações contratuais assumidas com os consumidores, geralmente pessoas hipossuficientes.

- No curso da lide, foi celebrado acordo judicial entre o autor, a empresa e os demandados Abraão da Cunha Lustosa Sobrinho e Maria José Gonçalves (atuais sócios), devidamente homologado em Juízo, com o fim de efetivar o ressarcimento dos clientes da empresa, de forma parcelada, prosseguindo o feito somente em relação aos antigos sócios Milton de Oliveira Cavalcanti Neto e Lara Farias Cavalcanti.

- Manutenção da sentença quanto ao reconhecimento da ilegitimidade passiva do réu Milton de Oliveira Cavalcanti Neto, por ser mero sócio cotista, sem qualquer poder de administração, titularizando apenas 5% (cinco por cento) do total do capital social da empresa; outrossim, não há nos autos comprovação de que o referido ex-sócio tenha celebrado contrato como represen-

tante da Lamar, bem como não há nenhuma procuração outorgada pelo mesmo, ou demonstração da prática de qualquer atividade da empresa.
- A descon sideração da personalidade jurídica da sociedade pressupõe a efetiva participação do sócio nos negócios firmados pela empresa, sem o que o mesmo não pode ser responsabilizado, tão-somente por figurar o seu nome no contrato social. Precedente do STJ no REsp nº 786.345, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ 26-11-2008.
- Quanto à responsabilização da ré/apelada Lara Farias Cavalcanti pelas dívidas da sociedade, não deve ser meramente subsidiária (a incidir somente na hipótese de descumprimento do acordo), como decidido na sentença, mas solidária com os atuais sócios, já que compunha os quadros sociais como sócia-administradora no momento da prática dos atos ilícitos, responsabilidade que, contudo, deve ser limitada ao período em que atuou na empresa naquela condição (9-11-2004 a 23-2-2006) ante o disposto no art. 927, c/c o art. 942, caput, ambos do Código Civil/2002.
- Apelação e remessa necessária, tida por interposta, providas 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, à apelação e à remessa necessária, tida por interposta, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 17 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO:

Apelação desafiada pelo Ministério Público Federal em face da sentença de fls. 1394/1405 que, em sede de ação civil pública, acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva do réu Milton de Oliveira Cavalcanti Neto, e quanto à ré Lara Farias de Oliveira Cavalcanti, julgou procedente, em parte, o pedido, para condená-la ao cumprimento da obrigação de não-fazer, consistente em não atuar no exercício de atividade típica de instituição financeira e, na hipótese de descumprimento do acordo firmado às fls. 1156/1159, responder, solidariamente, pelo pagamento de indenização aos consumidores lesados em razão dos contratos firmados com a empresa Lamar Mult Empreendimentos Ltda., no que tange aos acordos avençados exclusivamente no período em que figurou com sócia-administradora na empresa (de 9 de novembro de 2004 a 23 de fevereiro de 2006).

Nas razões recursais, pugnou o apelante pela reforma da sentença, sob o pálio dos seguintes argumentos:

a) o réu Milton de Oliveira Cavalcanti Neto detém legitimidade para figurar no polo passivo da lide, na qualidade de sócio originário da empresa Lamar, que desde a sua criação já tinha por objetivo a prática de atos ilícitos, vale dizer, a intermediação financeira para compra de bens, sem que detivesse a necessária autorização do Banco Central do Brasil; aduziu que, embora o citado réu não possuísse poder de administração na Lamar, sua responsabilidade solidária pelos débitos oriundos dos contratos firmados pela empresa, decorre do fato de ter conhecimento da finalidade ilícita da sociedade e, mesmo assim, ter participado de sua constituição, com direito ao recebimento dos dividendos, com fulcro no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor;

b) a ré Lara Farias de Cavalcanti, como sócia originária da empresa, deve ser responsabilizada solidariamente, e não apenas subsidiariamente, a ressarcir os clientes lesados da Lamar, pois a celebração do acordo entre o autor e alguns dos demandados em nada impede a sua responsabilização em conjunto com os demais réus, a teor do art. 942 do atual Código Civil, além do

que, reconhecer a sua responsabilidade somente subsidiária, seria premiá-la em detrimento não só dos credores da Lamar, mas também dos atuais sócios da empresa, que têm se esforçado para ressarcir os consumidores lesados, com seus próprios recursos.

Contrarrazões às fls. 1423/1425; são pela manutenção da decisão recursada. Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

A ação civil pública foi ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a empresa Lamar Mult Empreendimentos Ltda. e seus antigos e atuais sócios, com o fito de obter o encerramento coercitivo das atividades da primeira demandada, haja vista o seu funcionamento como instituição financeira, sem a necessária autorização do Banco Central do Brasil, bem como assegurar o ressarcimento e a indenização dos consumidores lesados.

A referida empresa tinha como sócios originários os réus Lara Farias Cavalcanti e Milton de Oliveira Cavalcanti Neto, que depois foram substituídos na sociedade pelos réus Abraão da Cunha Lustosa Sobrinho e Maria José Gonçalves.

No curso da demanda, foi celebrado acordo entre o autor, a empresa, e os demandados Abraão da Cunha Lustosa Sobrinho e Maria José Gonçalves, com o fim de efetivar o ressarcimento dos clientes da empresa, de forma parcelada, prosseguindo o feito somente em relação aos antigos sócios, o que foi devidamente em Juízo (fls. 1156/1159).

Na sentença, entendeu a douta magistrada monocrática haver a ilegitimidade passiva do réu Milton de Oliveira Cavalcanti Neto, ao fundamento de que o mesmo figurava como mero sócio cotista, sem poder de gestão da sociedade; e em relação à ré Lara Farias Cavalcanti, não obstante ter sido condenada, a sua responsabilidade foi fixada de forma subsidiária, ou seja, apenas na hipótese de descumprimento do acordo. É nisto que reside a irresignação do apelante.

Em relação ao reconhecimento da ilegitimidade passiva do réu Milton de Oliveira Cavalcanti Neto, penso não haver glosa ou censura em face da r. sentença.

O referido réu/apelado participou da sociedade desde a sua criação (9-11-2004) até 18-8-2005 (consoante o Instrumento de Primeira Alteração do Contrato às fls. 472/479), não tendo qualquer poder de administração, atuando meramente como sócio cotista, titularizando apenas 5% (cinco por cento) do total do capital social, detendo a outra sócia, Lara Farias Cavalcanti, os 95% (noventa e cinco por cento) restantes e ainda o poder de administração da sociedade, conforme previsão do item VI, Cláusula 6ª (sexta), do Contrato de Constituição de fls. 464/471; confira-se:

VI - ADMINISTRAÇÃO E ATRIBUIÇÕES:

CLÁUSULA 6ª (SEXTA): A administração da Sociedade será exercida pela sócia cotista LARA FARIAS CAVALCANTI, que fica investida e autorizada a praticar, isolada ou conjuntamente, todos os atos necessários à administração da Sociedade, representando-a, ativa ou passivamente, judicial ou extrajudicial, podendo desse modo, em nome da própria Sociedade, praticar quaisquer atos de ordinária administração ou de disposição, tais como, exemplificadamente: receber citação, dar quitação, transferir, confessar, transigir, promover a contratação de empréstimos ou financiamentos a Estabelecimentos ou Instituições Financeiras, oficiais ou privadas, com garantias reais ou pessoais, abrir, movimentar e encerrar contas bancárias, emitir, assinar e endossar cheques, duplicatas, letras de cambio e notas promissórias, bem como constituir procuradores em nome da Sociedade, especificando no Instrumento de procuração, os atos que poderão ser praticados e o prazo de vigência do mandato.
(Destaquei).

Por outro lado, não há nos autos comprovação de que o Sr. Milton tenha celebrado contrato como representante da Lamar, bem como não há nenhuma procuração outorgada pelo mesmo, ou demonstração da prática de qualquer atividade da empresa.

O art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), dispõe que:

O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (Destaquei).

Consoante se depreende do inteiro teor do dispositivo citado, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade presume a efetiva participação do sócio nos negócios firmados pela empresa, sem o que o mesmo não pode ser responsabilizado, tão somente por figurar o seu nome no contrato social.

Sobre a matéria, o colendo Superior Tribunal de Justiça - STJ já se pronunciou, no sentido de que:

A despersonalização de sociedade por ações e de sociedade por quotas de responsabilidade limitada só atinge, respectivamente, os administradores e os sócios-gerentes; não quem tem apenas o *status* de acionista ou sócio. (REsp nº 786.345, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ 26-11-2008.)

Em matéria tributária, o Tribunal da Cidadania tem decidido que os sócios só respondem por dívidas fiscais quando exercem gerência da sociedade ou qualquer outro ato de gestão vinculado ao fato gerador, raciocínio que, por analogia, se aplica ao caso concreto, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITOS PARA COM A SEGURIDADE SOCIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-DEMONSTRADA. SITUAÇÃO FÁTICA DIVERSA. (SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LTDA). REDIRECIONAMENTO. SOLIDARIEDADE. PREVISÃO PELA LEI 8.620/93, ART. 13. INTERPRETAÇÕES SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA. CTN, ARTS. 124, II, E 135, III. CÓDIGO CIVIL, ARTS. 1.016 E 1.052. ENTENDIMENTO DA 1ª SEÇÃO DO STJ.

1. Recurso especial contra acórdão, segundo o qual “O parágrafo único do art. 13 da Lei nº 8.620/93 prevê o redirecionamento, quando do inadimplemento das obrigações

para com a Seguridade Social, tão-somente quando os co-responsáveis agirem com dolo ou culpa.” Em seu inconformismo especial, o INSS aponta negativa de vigência dos artigos 124, II, do CTN e 13 da Lei nº 8.620/93, além de divergência jurisprudencial.

2. Não se conhece de recurso especial fincado no art. 105, III, c, da CF/88, quando a alegada divergência jurisprudencial não é devida e convenientemente demonstrada, nos moldes exigidos pelo art. 541, parágrafo único, do CPC, c/c o art. 255 e seus §§ do RISTJ.

3. A solidariedade prevista no art. 124, II, do CTN é denominada de direito. Ela só tem validade e eficácia quando a lei que a estabelece for interpretada de acordo com os propósitos da Constituição Federal e do próprio Código Tributário Nacional.

4. O CTN, art. 135, III estabelece que os sócios só respondem por dívidas tributárias quando exercerem gerência da sociedade ou qualquer outro ato de gestão vinculado ao fato gerador. O art. 13 da Lei nº 8.620/93, portanto, só pode ser aplicado quando presentes as condições do art. 135, III, do CTN, não podendo ser interpretado, exclusivamente, em combinação com o art. 124, II, do CTN.

5. O teor do art. 1.016 do Código Civil de 2002 é extensivo às Sociedades Limitadas por força do prescrito no art. 1.053, expressando hipótese em que os administradores respondem solidariamente somente por culpa quando no desempenho de suas funções, o que reforça o consignado no art. 135, III, do CTN.

6. Não há como se aplicar à questão de tamanha complexidade e repercussão patrimonial, empresarial, fiscal e econômica, interpretação literal e dissociada do contexto legal no qual se insere o direito em debate. Deve-se, ao revés, buscar amparo em interpretações sistemática e teleológica, adicionando-se os comandos da Constituição Federal, do Código Tributário Nacional e do Código Civil para, por fim, alcançar-se uma resultante legal que, de forma coerente e juridicamente adequada, não desnature as Sociedades Limitadas e, mais ainda, que a bem do consumidor e da própria livre iniciativa privada (princípio constitucional) preserve os fundamentos e a natureza desse tipo societário.

7. O princípio normativo e geral é de que a responsabilidade dos sócios de sociedade limitada ou dos acionistas de sociedade anônima é restrita à participação que possuem na empresa. No primeiro caso, pelo montante representado pelas quotas, no segundo, pela expressão financeira do valor acionário no capital social, exceção que se faz, tão-somente, a casos de constatada ocorrência de culpa ou dolo.

8. Entendimento firmado pela 1ª Seção desta Corte, por ocasião do julgamento, em 28/09/2005, do Recurso Especial nº 717.717/SP.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não-provido.

(REsp nº 820873/PE, Rel. Ministro José Delgado, DJ2-5-2006, p. 275).

Desse modo, não tendo o réu exercido qualquer ato de administração na sociedade, não pode ser responsabilizado com seus próprios bens pelas dívidas sociais, razão pela qual não detém legitimidade para figurar no pólo passivo da presente lide.

Quanto à responsabilização da ré/apelada Lara Farias Cavalcanti pelas dívidas da sociedade, penso que não deve ser meramente subsidiária, como decidido na sentença, mas solidária com os atuais sócios, mercê dos atos de administração/contratos praticados no período em que figurou como sócia-administradora da empresa, vale dizer, de 9-11-2004 a 23-2-2006. Explico.

Destaco, em primeiro lugar, que não há mais controvérsia quanto ao preenchimento dos requisitos para a descon sideração da personalidade jurídica da Lamar Mult Empreendimentos Ltda., previstos no art. 50 do CC/2002 e no art. 28 da Lei nº 8.078/90 (CDC), em razão do exercício de atividades próprias de instituição financeira, como captação de poupança popular e oferecimento de empréstimos, sem a autorização do Banco Central, além de não honrar com as obrigações contratuais assumidas com os consumidores, geralmente pessoas hipossuficientes, tal como decidido na sentença, sem recurso da parte prejudicada.

Pois bem. Desconsiderada a personalidade jurídica da empresa, é permitida a constrição do patrimônio de seus sócios e/ou administradores, bem como de ex-sócio, acaso integrante do qua-

dro societário, ao momento da constituição do crédito cujo recebimento se esteja a perseguir.

Demonstrado, no caso concreto, que foram firmados vários contratos com prejuízos em desfavor de terceiros, no período em que a ex-sócia Lara Farias Cavalcanti estava na administração da Lamar (fls. 43, 62, 73, 115 etc) deve ela ser responsabilizada solidariamente pelos débitos oriundos de tais contratos, nos termos do art. 927¹, c/c o art. 942², *caput*, do Código Civil/2002.

Quadra salientar que o acordo judicial celebrado pelo Ministério Público Federal, a Lamar e os seus atuais sócios não tem o condão de transmudar a responsabilidade da ex-sócia – de solidária, para subsidiária – devendo a mesma responder pelo ressarcimento aos clientes lesados, em relação aos débitos constituídos no período em que esteve à frente da empresa.

Por tais razões, dou provimento, em parte, à apelação e à remessa necessária, tida por interposta.

É como voto.

¹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

² Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. (Grifei)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 451.364-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, BANCO BRASILEIRO DE DESCONTO S/A - BRADESCO S/A, EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS - ECT

Apelados: OS MESMOS E BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN

Repte.: PROCURADORIA REGIONAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

Advs./Procs.: DRS. WILIAM RODRIGUES DE OLIVEIRA E OUTROS, CASSIANO RICARDO DIAS DE MORAES CAVALCANTI E OUTROS

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CIVIL. CORRESPONDENTES BANCÁRIOS. RESOLUÇÃO Nº 3.103/2003 DO BACEN. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. BANCO BRADESCO S/A. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. BANCO POSTAL. ADEQUAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS À LEI Nº 7.102/83. RESPONSABILIDADE CONJUNTA.

- Rejeição da preliminar arguida pelo BANCO BRADESCO S/A de que há impossibilidade jurídica do pedido em virtude da não aplicação da Lei nº 7.102/83 ao caso dos autos. É que tal argumento, na verdade, se refere ao mérito da demanda e como tal deve ser tratada.

- Discute-se, no presente caso, se a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, ao prestar serviços do Banco Postal, nos termos do convênio de fls. 188/210, firmado junto ao Bradesco S/A, desempenha atividade bancária, submetendo-se, por consequência, às exigências de segurança de tais instituições contidas na Lei nº 7.102/83.

- A faculdade conferida às instituições financeiras para contratar empresas para atuar como seus correspondentes e prestarem alguns serviços bancários foi prevista na Resolução nº 2.707/2000, sucedida pela Resolução nº 3.110/2003, do Banco Central do Brasil, com vistas à prestação dos seguintes serviços: I - recepção e encaminhamento de propostas de abertura de contas de depósitos à vista, a prazo ou de poupança; II - recebimentos, pagamentos e outras atividades decorrentes de convênios relativos a contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança, bem como a aplicações e resgates em fundos de investimento; III - recebimentos, pagamentos e outras atividades decorrentes de convênios de prestação de serviços mantidos pelo contratante na forma da regulamentação em vigor; IV - execução ativa ou passiva de ordens de pagamento em nome do contratante; V - recepção e encaminhamento de pedidos de empréstimos e de financiamentos; VI - análise de crédito e cadastro; VII - execução de serviços de cobrança; VIII - recepção e encaminhamento de propostas de emissão de cartões de crédito; IX - outros serviços de controle, inclusive processamento de dados, das operações pactuadas; X - outras atividades, a critério do Banco Central do Brasil.

- As resoluções do BACEN que autorizaram os bancos a contratar correspondentes bancários - empresas para a prestação de alguns dos serviços inerentes às instituições bancárias - tiveram por finalidade precípua facilitar o acesso da população, especialmente a de baixa renda, aos produtos e serviços do Sistema Financeira Nacional, nas localidades que não disponham de agências bancárias instaladas.

- Aplica-se aos Bancos Postais todo o sistema de segurança bancário, previsto na Lei nº 7.102/

83, pois tal fato não implica desvirtuamento do sistema de correspondentes bancários concebido pela Resolução 2.707/2000 do BACEN, mas, sim, o seu aperfeiçoamento.

- Apesar de a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT não ter a natureza jurídica de instituição financeira, desempenha atividade bancária na prestação do serviço de Banco Postal, razão pela qual é medida de rigor a aplicação da Lei nº 7.102/83 ao caso dos autos.

- A Resolução nº 3.110/03 do BACEN, que autorizou a criação da figura do correspondente bancário, deixou claro que a responsabilidade pelos serviços prestados no Banco Postal é da instituição financeira, nos seguintes termos: art. 4º. Os contratos referentes à prestação de serviços de correspondente, nos termos desta Resolução, devem incluir cláusulas prevendo: I - a total responsabilidade da instituição financeira contratante sobre os serviços prestados pela empresa contratada, inclusive na hipótese de substabelecimento do contrato de terceiros, total ou parcialmente.

- Na cláusula 6ª do contrato firmado (fl. 192), ficou estabelecido que a EBCT proveria toda a infraestrutura operacional necessária à execução dos serviços. No contrato ajustado, previu-se, ainda, na cláusula décima quarta, itens II, XIV, XV, e XVII, a obrigação da ECT pelo fornecimento de toda a infraestrutura de segurança (fls. 194/196).

- Em se fazendo uma interpretação conjunta e sistemática da Resolução nº 3.110/2003 do BACEN c/c o Contrato de Prestação de Serviços firmado entre a EBCT e o Banco Bradesco S/A, verifica-se que a responsabilidade pela adequação dos Bancos Postais às normas de segurança é de ambos os contratantes.

- Apelação da EBCT improvida. Apelação do Ministério Público Federal e do Banco Bradesco

S/A parcialmente providas para determinar ao Banco Bradesco S/A e à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT que, no prazo de 6 (seis) meses, promovam e concluem a adequação da estrutura das agências dos Correios que atuam como correspondentes bancários, nos municípios que integram a competência territorial daquela subseção judiciária federal (Caruaru/PE), às exigências de segurança impostas pela Lei nº 7.102/83, nos termos do Relatório de Vistoria da Polícia Federal de fls. 252/277, devendo implantar todos os itens ali descritos como necessá-rios.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT e dar parcial provimento à apelação do Banco Bradesco S/A e do Ministério Público Federal, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 15 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal, Banco Bradesco S/A e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em desfavor da sentença que julgou procedente, em parte, o pedido formulado em ação civil pública.

A presente ação civil pública foi ajuizada pelo Ministério Público Federal em desfavor do Banco Central do Brasil, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT e Banco Bradesco S/A, obje-

tivando, em síntese, que: a) o Banco Bradesco e a ECT fiquem sujeitos, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a uma obrigação de fazer consistente na adequação da estrutura das agências dos Correios que atuem como correspondentes bancários, nos municípios que integram a competência territorial desta subseção judiciária federal, providenciando os equipamentos de segurança previstos na Lei nº 7.102/83, ou seja, os mesmos que são exigidos para a liberação de funcionamento das instituições financeiras; b) seja determinada ao Banco Central do Brasil a obrigação de fazer consistente na fiscalização sobre a qualidade dos serviços bancários colocados à disposição dos consumidores.

O Juiz de primeiro grau julgou procedente, em parte, o pedido, para determinar ao Banco Bradesco S/A que, no prazo de 6 (seis) meses, promova e conclua a adequação da estrutura das agências dos Correios que atuam como correspondentes bancários, nos municípios que integram a competência territorial daquela subseção judiciária federal (Caruaru/PE), às exigências de segurança impostas pela Lei nº 7.102/83, nos termos do Relatório de Vistoria da Polícia Federal de fls. 252/277, devendo implantar todos os itens ali descritos como necessários.

Em suas razões às fls. 432/456, o Ministério Público Federal argumentou, em síntese, que: a) a responsabilidade pela adequação à Lei nº 7.102/83 deve ser, exclusivamente, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT e não do Banco Bradesco S/A; b) a EBCT, prestadora de serviços ao Banco Bradesco S/A, é responsável pela segurança em suas próprias agências; c) a EBCT também movimentava somas de dinheiro ao realizar outras operações, tais como aquelas envolvendo o INSS; d) pelo contrato (fls. 188/210) firmado entre a EBCT (correspondente bancário) e o Bradesco S/A a empresa pública federal assumiria o papel de capilarizar, pelos diversos municípios deste país, os serviços bancários e financeiros básicos prestados ordinariamente pelo Bradesco, fato este que despertou a cobiça dos meliantes, aumentando, de forma considerável, o número de furtos; e) como banco postal, a EBCT deve ser responsabilizada pela segurança, levando-se, em consideração, inclusive, as cláusulas contratuais e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor; f) a Lei nº 7.102/83 deve ser aplicada em relação à EBCT, já que está representando uma instituição

financeira, ao realizar operações bancárias típicas, razão pela qual faz-se necessária a contratação de vigilantes ostensivos para todas as agências; g) o Bradesco S/A não é responsável pela segurança das agências dos Correios. Ao final, pugnou pelo provimento do apelo para que o pedido seja julgado procedente em relação aos Correios e improcedente no tocante ao Bradesco S/A.

O Banco Bradesco S/A, em suas razões às fls. 467/497, aduziu, em síntese, que: a) as normas relativas ao correspondente bancário são bastante claras ao consignar que a responsabilidade da instituição financeira está limitada, apenas, ao serviço em si e não abrange a estrutura necessária para a sua prestação; b) o pedido é juridicamente impossível, tendo em vista que a Lei nº 7.102/83 não se aplica aos serviços prestados por meio de convênio; c) segundo o contrato, elaborado unilateralmente pela EBCT, a responsabilidade por toda a estrutura de segurança para a prestação dos serviços de banco postal tocam à empresa pública e não ao Banco Bradesco S/A; d) o banco postal não se equipara a uma instituição financeira, motivo pelo qual o Recorrente não está obrigado a implementar as alterações contidas na Lei nº 7.102/83; e) acaso seja mantida a sentença, os custos da prestação do serviço serão muito elevados; f) cabe ao Estado zelar pela segurança pública; g) a reforma da sentença é medida que se impõe, tendo em vista que até o autor da ação (MPF) recorreu alegando a ausência de responsabilidade do Banco Bradesco S/A. Ao final, pugnou pela extinção do processo, sem resolução do mérito, ou pelo provimento do apelo para declarar a improcedência do pedido autoral.

Contrarrazões do Banco Bradesco S/A às fls. 508/517 e fls. 617/630.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, em suas razões às fls. 521/530, argumentou, em síntese, que: a) a Lei nº 7.102/83 não se aplica às atividades pela EBCT, tendo em vista que a figura do correspondente bancário não está inserida no campo de incidência da norma; b) não é uma instituição financeira. Ao final, pugnou pelo provimento do apelo.

Contrarrazões da EBCT às fls. 548/566.

Contrarrazões do MPF às fls. 634/639.

Parecer da Procuradoria Regional da República às fls. 643/653, opinando pelo improvimento de todas as apelações e pela reforma da sentença para que não só o Banco Bradesco S/A, como também a EBCT, sejam condenadas a adequar a estrutura das agências dos correios que atuam como correspondentes bancários às exigências de segurança impostas pela Lei nº 7.102/83.

Não há pronunciamento do Banco Central do Brasil, tendo em vista que a referida autarquia foi excluída da lide à fl. 346.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal, Banco Bradesco S/A e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em desfavor da sentença que julgou procedente, em parte, o pedido formulado em ação civil pública para determinar ao Banco Bradesco S/A que, no prazo de 6 (seis) meses, promova e conclua a adequação da estrutura das agências dos Correios que atuam como correspondentes bancários, nos municípios que integram a competência territorial daquela subseção judiciária federal (Caruaru/PE), às exigências de segurança impostas pela Lei nº 7.102/83, nos termos do Relatório de Vistoria da Polícia Federal de fls. 252/277, devendo implantar todos os itens ali descritos como necessários.

Inicialmente, rejeito a preliminar arguida pelo BANCO BRADESCO S/A de que há impossibilidade jurídica do pedido em virtude da não aplicação da Lei nº 7.102/83 ao caso dos Autos. É que tal argumento, na verdade, se refere ao mérito da demanda. Por esta razão, não conheço da matéria como preliminar.

Discute-se, no presente caso, se a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, ao prestar serviços do Banco Postal, nos termos do Convênio de fls. 188/210, firmado junto ao Bradesco S/A, desempenha atividade bancária, submetendo-se, por consequência, às exigências de segurança de tais instituições contidas na Lei nº 7.102/83.

De início, vale ressaltar que a faculdade conferida às instituições financeiras para contratar empresas para atuar como seus correspondentes e prestarem alguns serviços bancários foi prevista na Resolução nº 2.707/2000, sucedida pela Resolução nº 3.110/2003, do Banco Central do Brasil, nos seguintes termos:

O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, em sessão realizada em 31 de julho de 2003, com base nos arts. 3º, inciso V, 4º, incisos VI e VIII, 17 e 18, § 1º, da referida Lei e 14 da Lei 4.728, de 14 de julho de 1965, RESOLVEU:

Art. 1º. Alterar e consolidar, nos termos desta resolução, as normas que dispõem sobre a contratação, por parte de bancos múltiplos, de bancos comerciais, da Caixa Econômica Federal, de bancos de investimento, de sociedades de crédito imobiliário e de associações de poupança e empréstimo, de empresas integrantes ou não do Sistema Financeiro Nacional, para o desempenho das funções de correspondente no País, com vistas à prestação dos seguintes serviços:

I - recepção e encaminhamento de propostas de abertura de contas de depósitos à vista, a prazo ou de poupança;

II - recebimentos, pagamentos e outras atividades decorrentes de convênios relativos a contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança, bem como a aplicações e resgates em fundos de investimento;

III - recebimentos, pagamentos e outras atividades decorrentes de convênios de prestação de serviços mantidos pelo contratante na forma da regulamentação em vigor;

IV - execução ativa ou passiva de ordens de pagamento em nome do contratante;

V - recepção e encaminhamento de pedidos de empréstimos e de financiamentos;

VI - análise de crédito e cadastro;

VII - execução de serviços de cobrança;

VIII - recepção e encaminhamento de propostas de emissão de cartões de crédito;

IX - outros serviços de controle, inclusive processamento de dados, das operações pactuadas;

X - outras atividades, a critério do Banco Central do Brasil.

As resoluções do BACEN que autorizaram os bancos a con-

tratar correspondentes bancários – empresas para a prestação de alguns dos serviços inerentes às instituições bancárias – tiveram por finalidade precípua facilitar o acesso da população, especialmente a de baixa renda, aos produtos e serviços do Sistema Financeira Nacional, nas localidades que não disponham de agências bancárias instaladas.

Da análise do art. 1º da Resolução nº 3.110/2003 do BACEN, depreende-se facilmente que as atividades do Banco Postal são tipicamente bancárias, posto que idênticas às praticadas pelos bancos.

Entendo pela aplicação aos Bancos Postais de todo o sistema de segurança bancário, previsto na Lei nº 7.102/83, pois tal fato não implicaria desvirtuamento do sistema de correspondentes bancários concebido pela Resolução 2.707/2000 do BACEN, mas, sim, o seu aperfeiçoamento.

Não adianta oferecer serviços bancários às pessoas de baixa renda e deixá-las desamparadas da segurança necessária. O direito à vida é primordial e deve ser respeitado, independentemente dos custos operacionais para sua efetivação. “O que se pretende com a incrementação da segurança das agências dos Correios que prestam serviços do Banco Postal é inibir a investidura de meliantes ou, ao menos, diminuir os riscos”. (Juiz de 1º grau)

Assim, apesar da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT não ter a natureza jurídica de instituição financeira, desempenha atividade bancária na prestação do serviço de Banco Postal, por força de convênio, razão pela qual é medida de rigor a aplicação da Lei nº 7.102/83 ao caso dos autos, nos termos do seu art. 2º, *in verbis*:

Art. 2º. O sistema de segurança referido no artigo anterior inclui pessoas adequadamente preparadas, assim chamadas vigilantes, alarme capaz de permitir, com segurança, comunicação entre o estabelecimento financeiro e outro da mesma instituição, empresa de vigilância ou órgão policial mais próximo, e pelo menos mais um dos seguintes dispositivos:

I - equipamentos elétricos, eletrônicos e de filmagens que possibilitem a identificação dos assaltantes;

II - artefatos que retardem a ação dos criminosos, perseguindo a sua identificação ou captura;

III - cabina blindada com permanência ininterrupta de vigilante durante o expediente para o público e enquanto houver a movimentação de numerário no interior do estabelecimento.

Fixada a premissa de que a Lei nº 7.102/83 aplica-se aos Bancos postais, faz-se necessária a delimitação dos responsáveis pela adequação das normas de segurança.

Para tanto, devemos fazer uma análise conjunta da Resolução nº 3.110/2003 do BACEN c/c o Contrato de Prestação de Serviços firmado entre a EBCT e o Banco Bradesco S/A (fls. 188/210).

A Resolução nº 3.110/03 do BACEN, que autorizou a criação da figura do correspondente bancário, deixou claro que a responsabilidade pelos serviços prestados no Banco Postal é da instituição financeira, nos seguintes termos:

Art. 4º. Os contratos referentes à prestação de serviços de correspondente, nos termos desta Resolução, devem incluir cláusulas prevendo:

I - a **total responsabilidade da instituição financeira contratante sobre os serviços prestados pela empresa contratada**, inclusive na hipótese de subestabelecimento do contrato de terceiros, total ou parcialmente;
(...) IV - a obrigatoriedade de divulgação, pela empresa contratada, em painel fixado em local visível ao público, de informação que explicita, de forma inequívoca, a sua condição de simples prestadora de serviços à instituição financeira contratante.

Portanto, pela mencionada Resolução, a responsabilidade seria do Banco Bradesco S/A.

Ocorre que, na cláusula 6ª do contrato firmado (fl. 192), ficou estabelecido que a EBCT proveria toda a infra-estrutura operacional necessária à execução dos serviços.

Digo mais, no contrato ajustado, previu-se, na cláusula décima quarta, itens II, XIV, XV, e XVII, a obrigação da ECT pelo fornecimento de toda a infra-estrutura de segurança (fls. 194/196).

Assim, numa interpretação conjunta e sistemática da Resolução nº 3.110/2003 do BACEN c/c o Contrato de Prestação de Serviços firmado entre a EBCT e o Banco Bradesco S/A, verifica-se que a responsabilidade pela adequação dos Bancos Postais às normas de segurança é de ambos os contratantes.

Vale mencionar o seguinte precedente do egrégio TRF da 4ª Região, acerca da responsabilidade conjunta da instituição financeira e da EBCT, em caso de assalto no interior de um Banco Postal:

TRF 4ª Região - QUARTA TURMA - AC 200572080018547 - Rel. MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA - DJ04/10/2006 ADMINISTRATIVO E CIVIL. DANO MATERIALE MORAL. ASSALTO NO INTERIOR DE AGÊNCIA DOS CORREIOS SEDE DO BANCO POSTAL.

1. A segurança é prestação essencial à atividade bancária, não configurando caso fortuito ou força maior, para efeito de isenção de responsabilidade civil, a ação de terceiro que furta, do interior do próprio banco.

2. A união de propósitos comerciais entre a empresa de correios e a instituição financeira, transformando a agência postal em agência de serviços bancários, impõe a ambos o dever de indenizar os lesados no interior do estabelecimento.

3. O valor fixado para indenização dos danos morais deve atender ao princípio da razoabilidade.

Se ambos (EBCT e Banco Bradesco S/A) são responsáveis civilmente por assalto ocorrido no interior de um Banco Postal, é evidente que devem ser obrigados, da mesma forma, à adequação às normas de segurança.

Nesse sentido, colaciono os seguintes argumentos da Procuradoria Regional da República, os quais adoto como razão de decidir:

(...) Tudo tem razão de ser numa Ação Civil Pública manejada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face da EBCT, do Banco Central do Brasil - BACEN (excluído da lide, à fl. 346) e do BANCO BRADESCO S.A., cujo pedido principal, em sede de julgamento de mérito, é que a instituição bancária privada (Bradesco) e a empresa pública federal (EBCT) sejam submetidas a uma obrigação de fazer consistente na

adequação da estrutura das agências dos Correios que atuam como correspondentes bancários, nos municípios que integram a competência territorial daquela subseção judiciária federal, em consonância com os equipamentos de segurança previstos na Lei nº 7.102/83, ou seja, os mesmos que são exigidos para liberação de funcionamento das instituições financeiras.

Bem se vê, na sentença, que os pedidos formulados com relação aos Correios, na aludida ACP, foram julgados improcedentes, tendo o juiz *a quo* condenado apenas o Banco Bradesco S/A, no que se refere à adequação da estrutura das agências dos Correios que atuam como correspondentes bancários.

O cerne da questão, portanto, diz respeito à atribuição de responsabilidades no tocante à segurança que deve ser disponibilizada no interior das agências dos Correios que prestam os serviços bancários elencados na Resolução nº 3110 do Banco Central do Brasil - BACEN, *in verbis*:

Art. 1º Alterar e consolidar, nos termos desta resolução, as normas que dispõem sobre a contratação, por parte de bancos múltiplos, de bancos comerciais, da Caixa Econômica Federal, de bancos de investimento, de sociedades de crédito, financiamento e investimento, de sociedades de crédito imobiliário e de associações de poupança e empréstimo, de empresas, integrantes ou não do Sistema Financeiro Nacional, para o desempenho das funções de correspondente no País, com vistas à prestação dos seguintes serviços:

I - recepção e encaminhamento de propostas de abertura de contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança;

II - recebimentos e pagamentos relativos a contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança, bem como a aplicações e resgates em fundos de investimento;

III - recebimentos, pagamentos e outras atividades decorrentes de convênios de prestação de serviços mantidos pelo contratante na forma da regulamentação em vigor;

IV - execução ativa ou passiva de ordens de pagamento em nome do contratante;

V - recepção e encaminhamento de pedidos de empréstimos e de financiamentos;

- VI - análise de crédito e cadastro;
- VII - execução de serviços de cobrança;
- VIII - recepção e encaminhamento de propostas de emissão de cartões de crédito;
- IX - outros serviços de controle, inclusive processamento de dados, das operações pactuadas;
- X - outras atividades, a critério do Banco Central do Brasil.

Consoante consignado na exordial da presente Ação Civil Pública, com a implementação dos serviços bancários acima delineados, nas agências da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, que atuam como correspondente postal do Banco Bradesco, aquelas agências passaram a “atrair a cobiça de meliantes para o cometimento de crimes contra o patrimônio sem o correspondente incremento do sistema de segurança exigível para os serviços de natureza bancária e financeira”. Complementa, ainda, o *Parquet*, que “sem o aparato de segurança necessário, tais agências passaram a ser alvo da ação de bandidos, pondo em risco a integridade física dos seus empregados e clientes”.

De fato, bem a propósito a realidade nua e crua descrita pelo autor da ação.

De suma importância são também os fundamentos constantes da decisão de 1º grau, proferida pelo juiz do processo acima referenciado. Observe-se:

Indaga-se, portanto, se os estabelecimentos como as agências de correios, casas lotéricas e franquias destes serviços, que realizam atividades de movimentação financeira de pequeno valor, podem, ou não, ser equiparadas aos estabelecimentos regulados pela Lei nº 7.102/83, para efeito de evitar a exclusão do nexa causal.

Penso que sim.

Não obstante reconheça que a informalidade e capilaridade destes tipos de estabelecimentos sejam elementos que favoreçam os seus usuários, não é possível deixar de reconhecer que a sua existência representa, por si só, um atrativo para a atuação da prática criminosa, pois cientes que os usuários daqueles locais portarão dinheiro em espécie.

Além disso, e principalmente, a reflexão sobre o tema leva à conclusão de que a proliferação destes estabelecimentos representa, na verdade, uma burla aos requi-

sitos de segurança contidos na Lei nº 7.102/83.

Com efeito, a dispensa de equipamentos de filmagem, cabinas blindadas, seguranças armados e demais elementos de proteção não só reduzem o custo de manutenção daqueles postos de pagamento, mas também impedem uma real proteção aos usuários destes serviços.

No mesmo sentido, a sentença dos presentes autos atestou a plausibilidade do direito à vida e à segurança em favor da sociedade em geral, mais precisamente daqueles que prestam serviços à EBCT e daqueles que se utilizam destes, segundo se colhe da fundamentação do *decisum*, o que demonstra um constante juízo de ponderação, ou, por outras palavras, uma relação de inegável proporcionalidade, daí por que se tem como digna, por si só, de merecer sua manutenção em relação ao Banco Bradesco, porém com extensão da responsabilidade à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, já que ambas são “fornecedoras do serviço prestado”, como bem salientou o Relator do julgado supramencionado, em seu voto.

In casu, está-se protegendo a vida, a integridade física e o patrimônio das pessoas que realizam e que utilizam os serviços do Banco Postal, através de convênio firmado entre um banco privado, o Banco Bradesco S/A e uma empresa pública federal, a EBCT.

Dessa forma, assim como deixou consignado o juiz *a quo*: “tratando-se de interesse público indisponível, não há como se adiar a implementação da segurança exigida em lei”.

É aí onde merece reforma a sentença no que tange à responsabilização da EBCT. Tanto esta, quanto o Banco Bradesco S/A, têm suas responsabilidades delineadas no ordenamento jurídico. A primeira, no contrato de prestação de serviços, inserto às fls. 188/210, cuja cláusula relativa à infraestrutura dispõe:

CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA - a CONTRATADA obriga-se a:

(...)

II) fornecer a infra-estrutura mínima necessária à prestação de cada serviço, inclusive a plataforma tecnológica que garanta a integridade, **segurança** e continuidade das operações, conforme discriminação nos Anexos Operacionais;

(...)

XII) prestar os serviços objeto deste contrato com rigorosa observância das **normas técnicas e de segurança** relacionada com o trabalho a ser executado; (destaquei)

Por oportuno, impende destacar que a própria EBCT, reconhecendo a sua parcela de responsabilidade, com a necessidade de adequar suas instalações ao novo serviço prestado – de correspondente bancário –, após a apresentação do relatório de vistoria (fls. 252/277) da Polícia Federal, apresentou, às fls. 294/312, todas as medidas implementadas “nas agências dos Correios adstritas à Subseção da Justiça Federal de Caruaru (16ª e 24ª Varas), incluindo o cronograma de execução”.

Restou, patente, então, que a EBCT não pode ser eximida de responsabilidade, no tocante ao objeto desta demanda, como fez a sentença.

Quanto ao Banco Bradesco, sua responsabilidade já se encontra bem delineada na sentença, à fl. 421, levando-se em consideração o que determina a Resolução nº 3.110/03 do Banco Central do Brasil - BACEN, em seu art. 4º, in verbis:

Art. 4º Os contratos referentes à prestação de serviços de correspondente nos termos desta resolução devem incluir cláusulas prevendo:

I - a total responsabilidade da instituição financeira contratante sobre os serviços prestados pela empresa contratada, inclusive na hipótese de substabelecimento do contrato a terceiros, total ou parcialmente.

Cabe verificar outras passagens da bem fundamentada sentença, inclusive no que tange à aplicabilidade da Lei nº 7.102/83, o que afasta a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, invocada nas razões de apelo do BANCO BRADESCO, bastante ter presente o que ali se consignou:

Veja-se que o risco de um assalto para uma agência dos Correios que presta apenas serviços postais é bem menor, se comparado ao de uma agência que presta serviços do Banco Postal, a começar pela quantidade de dinheiro em espécie que circula nestas agências, sabidamente maior do que naquelas. E, se há um maior movimento de numerário, ocasionado pela prestação de

serviços bancários, deve ser a agência dos Correios aparelhada com um sistema de segurança que obedeça aos ditames da Lei nº 7.102/83, nos termos do seu art. 2º.

(...)

(...) Se o serviço é do banco, se o recrudescimento do risco de assaltos é decorrente deste serviço que produz mais lucros à instituição financeira, sem que sejam necessários maiores investimentos de sua parte, o que seria inevitável caso fossem implantadas novas agências bancárias, deve ele, ao menos, proporcionar a seus clientes um mínimo de segurança necessária.

(...)

Havemos de partir, por conseguinte, da seguinte premissa: **O objetivo finalístico da regra encartada no art. 2º da Lei nº 7.102/83 é fornecer à população que se utiliza do serviço bancário uma segurança adequada ao risco de assalto inerente à atividade. O incremento da segurança do Banco Postal é apto a inibir ação de meliantes, ainda que se não evite totalmente a ocorrência de assaltos.**

O objetivo, portanto, diga-se sobejamente, não é erradicar os assaltos, mas sim inibi-los, diminuindo os riscos de sua ocorrência. (Fls. 415/428).

Portanto, o Banco Bradesco S/A e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos devem ser responsáveis pela adequação dos Bancos postais às normas de segurança, previstas na Lei nº 7.102/83.

Passo, neste instante, à análise objetiva de cada uma das apelações apresentadas pelas partes.

Pretendo o MPF que o pedido seja julgado procedente em relação à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e improcedente no tocante ao Bradesco S/A.

Ocorre que, em face da fixação, por este Órgão Julgador, da responsabilidade conjunta da EBCT e do Banco Bradesco S/A, a irresignação do *Parquet* deve ser acolhida de forma parcial, pois ele é vencedor no tocante ao pedido de condenação da EBCT, restando sucumbente no pedido de exclusão do Bradesco S/A.

Já o Banco Bradesco S/A pugnou pela extinção do processo, sem resolução do mérito, ou pelo provimento do apelo para decla-

rar a improcedência do pedido autoral.

No que se refere à preliminar, verificamos que não foi acolhida. A improcedência do pleito inicial também não tem razão de ser, em face da fixação, por este Órgão Julgador, da responsabilidade conjunta da EBCT e do Banco Bradesco S/A.

Não merece prosperar o pedido subsidiário do Banco Bradesco S/A para que, em caso de não provimento do recurso, a condenação fique limitada à contratação de um vigilante por agência do Banco Postal, tendo em vista que, como vimos, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT e o Banco Bradesco S/A devem arcar, de forma conjunta, com todas as despesas para adequação às normas de segurança, previstas na Lei nº 7.102/83.

Assim, a apelação do Banco Bradesco S/A merece ser acolhida, em parte, tendo em vista que, com a fixação da responsabilidade conjunta, por este Órgão Julgador, a instituição financeira não arcará, isoladamente, com as despesas para adequação às normas de segurança, previstas na Lei nº 7.102/83.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, em seu apelo, pretendia não se submeter às exigências da Lei nº 7.102/83.

No caso, a irrisignação da EBCT não merece ser acolhida, tendo em vista que, como já vimos, ela se submete, sim, aos ditames da Lei nº 7.102/83.

Em face do exposto, nego provimento à apelação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT e dou parcial provimento às apelações do Ministério Público Federal e do Banco Bradesco S/A para determinar ao Banco Bradesco S/A e à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT que, no prazo de 6 (seis) meses, promovam e concluam a adequação da estrutura das agências dos Correios que atuam como correspondentes bancários, nos municípios que integram a competência territorial daquela subseção judiciária federal (Caruaru/PE), às exigências de segurança impostas pela Lei nº 7.102/83, nos termos do Relatório de Vistoria da Polícia Federal de fls. 252/277, devendo implantar todos os itens ali descritos como necessários.

É como voto.

APelação CÍVEL Nº 451.621-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelantes: ALMIR VICENTE PINHEIRO DOS SANTOS E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS
Adv./Proc.: DR. ANDRÉ BARBALHO TORRES

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MILITAR DA MARINHA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Inquietações de ordem psíquicas. Dano moral arbitrado no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, na forma do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, e correção monetária, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, ambos contados a partir do evento danoso, nos moldes das Súmulas nºs 43 e 54 do STJ. Honorários advocatícios na ordem de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, em obediência ao disposto no art. 20, § 3º, do CPC. Pedidos referentes à promoção ao posto de suboficial, cancelamento de punições, ingresso em comissão ao exterior no Navio Escola Brasil e elevação do conceito para muito bom dizem respeito à atuação discricionária da Administração Militar. Pedido para que a condenação da União seja publicada em todos os informativos da Marinha. Não acolhimento. Falta de amparo legal. Apelo da União e remessa oficial parcialmente providos e apelo do autor improvido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao apelo

e à remessa oficial e negar provimento à apelação do autor, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 22 de setembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de sentença que julgou procedente, em parte, o pedido formulado na exordial, para condenar a União ao pagamento de indenização por dano moral, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), valor este acrescidos do juro de mora à razão de 1% (um por cento) ao mês, e correção monetária, na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal, a contar, ambos, do dia 13/04/2004, sendo esta a data que registra o início dos transtornos psiquiátricos (doc. fl. 209), nos termos das Súmulas nºs 43 e 54 do STJ. Declarou ainda a nulidade da Ordem de Serviço nº 46, de 25 de março de 2004, da lavra do Capitão-de-Corveta Renato Pericin Rodrigues da Silva, Comandante da Estação de Radiogoniométrica da Marinha em Natal (doc. fl. 246). Houve também condenação da União ao pagamento da verba honorária advocatícia na ordem de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Ambas as partes apelaram.

Alega, em resumo, o autor que a anulação pura e simplesmente da Ordem de Serviço nº 46, que cessou o seu credenciamento para acesso a documentos confidenciais, não surtirá maiores efeitos, tendo em vista que a concessão da credencial é secundária, e só é permitida com parecer favorável na investigação principal, razão pela qual deve-se anular também a Portaria nº 47/2004. Sustenta que está há mais de seis anos na mesma graduação (1º sargento), sendo uma questão de pura justiça sua promoção ao posto de suboficial, ressaltando que isto ainda não se deu em virtude de ter sido perseguido. Requer também integrar uma

comissão ao exterior no Navio Escola Brasil. Pretende que as punições que lhe foram aplicadas no período em que esteve lotado na Estação Rádio da Marinha sejam canceladas, uma vez que não foram obedecidos os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, afrontando ainda a Lei nº 9.784/99, que determina que os atos administrativos deverão ser motivados. Almeja também a elevação do conceito para 4 (muito bom), mesmo conceito que detinha antes de ser perseguido por oficiais da Marinha. Requer ainda que a condenação da União seja publicada em todos os informativos da Marinha, a fim de reprimir atos ilícitos do oficialato no trato abusivo da hierarquia militar. Suscita que para fixação do valor indenizatório deve-se observar a extensão do dano e o porte econômico do condenado, razão pela qual o valor arbitrado deve ser fixado entre 100 (cem) e 150 (cento e cinquenta) vezes o seu salário bruto. Por fim, requer a condenação da União em honorários advocatícios na ordem de 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

A União, por sua vez, sustenta que todos os documentos juntados aos autos demonstram de forma cabal que em nenhum momento o autor foi punido de forma arbitrária e injusta pela Marinha, razão pela qual o pleito autoral deve ser julgado improcedente. Suscita também que a aplicação dos juros de mora em 12% (doze por cento) ao ano agride o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Para o deslinde da questão, faz-se necessário fazer uma análise do que dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal:

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.

Portanto, para que se configure a responsabilidade objetiva da Administração Pública, faz-se necessário a presença de três ele-

mentos, a saber, conduta antijurídica, a existência do dano e o nexo de causalidade entre esses dois primeiros elementos.

Passemos à análise de cada elemento, adaptando-os ao presente caso concreto.

A conduta antijurídica define-se como sendo um comportamento humano voluntário, exteriorizado por ação ou omissão, contrário à ordem jurídica.

Da análise dos autos, constata-se que os fatos alegados pelo autor foram comprovados, como destacou o MM. Juízo do 1º grau em sua bem fundamentada sentença:

(...) iniludível se mostra que a conduta perpetrada pela ré, ao fazer o autor cumprir pena em estabelecimento militar estranho à sua OM, em conduzir o demandante à prisão mediante escolta armada e por militares detentores de inferior graduação, em ordenar o cumprimento de pena em local degradante e, por fim, ao obstaculizar o regular exercício da atividade para a qual o militar detém qualificação, afigura-se manchada com laivos de ilegalidade, uma vez que vocacionada a atingir, escancaradamente, a moral do autor, praticando atos com o nítido intento de humilhá-lo diante de toda a corporação militar.

No que se refere ao segundo elemento (a existência do dano), não paira dúvida a respeito também da existência deste, uma vez que o dano de moral sofrido pelo autor é evidente, conforme será demonstrado.

De acordo com o documento de fl. 207 dos autos, proveniente do Hospital Naval de Natal, datado de 04 de junho de 2004, subscrito pela médica psiquiátrica Raine Marinho O. S. Alcântara, o autor estava sendo submetido a tratamento psiquiátrico desde 13/04/2004, quando apresentou quadro depressivo moderado a grave, irritabilidade fácil, insônia importante. Vale acrescentar que, na data de emissão do documento referido, constatou-se que o autor ainda permanecia com humor deprimido e irritável, encontrando-se muito fragilizado do ponto de vista emocional, com sentimento de raiva e agressividade.

Oportuno colacionar trecho do atestado médico expedido pelo médico psiquiatra Iedson Marques do Nascimento, do citado Hospital (fl. 240):

Atesto para os devidos fins que o militar 1º SG-Enf. Almir encontra-se em tratamento especializado, devido transtorno classificado pela CID/10: F41 + F43.2 e, cujo ambiente de trabalho não tem sido adequado para o bom andamento da recuperação do paciente, por estar submetido a trabalho estressante. Recomendo, portanto, a transferência do paciente para outra OM, como condição para melhor condução do tratamento.

Sendo assim, os documentos referidos acima, além da prova testemunhal colhida nos autos (fls. 763/764), comprovam a existência do dano à saúde do autor, em decorrência das inquietações de ordem psíquicas que passou a padecer.

Em relação ao nexo de causalidade, pode-se afirmar que não resta dúvida que os danos sofridos pelo autor moral foram em decorrência da conduta antijurídica praticada pela União.

Colaciono parte da r. sentença atacada que reforça tal entendimento:

Inegável que os transtornos psiquiátricos sofridos pelo demandante tiveram causa, ou ao menos foram potencializados, na conturbada convivência com o meio militar, no difícil relacionamento mantido com o Oficialato, que, por algumas vezes, em cristalino abuso de poder, em flagrante excesso às balizas demarcadas pelo poder disciplinar, impingiram ao autor punições indignas, degradantes, humilhantes e insalubres (fl. 511).

Vale acrescentar ainda que, ao ingressar na Marinha, em julho de 1982, o autor não apresentava problema algum de saúde, não havendo registro de que tivesse antes do ingresso qualquer distúrbio de ordem psiquiátrica.

A questão agora está em quantificar o valor do dano moral.

É atribuído ao juiz fixar o valor dos danos morais, não devendo causar o enriquecimento indevido da parte.

A fixação do dano moral tem natureza compensatória, por ser uma satisfação que se procura amenizar o sofrimento, proporcionando uma vantagem ao ofendido.

Ninguém pode dizer com precisão o valor de uma vida saudável, mas se deve procurar traduzir um montante pelo evento lesivo moralmente advindo, individualizando o valor do dano de acordo com grau e a intensidade da dor sofrida.

Sendo assim, seguindo a sistemática da jurisprudência dessa egrégia Turma a respeito do valor arbitrado a título de dano moral, mantenho o valor arbitrado na sentença atacada, a saber, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Sobre esse valor incidirão juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, e correção monetária, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, ambos contados a partir da data que se registra o início dos transtornos psiquiátricos (13/04/2004), nos moldes das Súmulas nºs 43 e 54 do STJ.

Em relação aos honorários advocatícios, estes foram fixados dentro do limite legal; a jurisprudência deste Tribunal os tem fixado, neste caso, em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, seguindo a sistemática prevista no § 3º do art. 20 do CPC.

Pretende também o autor sua promoção ao posto de suboficial, o cancelamento das punições que lhe foram aplicadas no período em que esteve lotado na Estação Rádio da Marinha, integrar uma comissão ao exterior no Navio Escola Brasil, a elevação do conceito para 4 (muito bom), que ostentava anteriormente.

No que pertine a esses pedidos, cabe salientar que os mesmos enquadram-se na esfera da atuação discricionária da Administração Militar, ou seja, a prática desses atos se dá de acordo com a liberdade na escolha de sua conveniência e oportunidade, estando, portanto, fora do alcance do Poder Judiciário.

Quanto ao pedido de anulação da Portaria nº 47/2004, entendendo que o mesmo não merece guarida, sendo irretocável a r. sentença guerreada neste ponto, que adoto como razões de decidir:

(...) impossibilidade de se aferir raio de ação dos efeitos eficaciais do ato hostilizado, haja vista a carência de prova quanto ao conteúdo do parecer a que faz alusão a ordem de serviço referenciada.

Por fim, no que se refere ao pleito para que a condenação da União seja publicada em todos os informativos da Marinha, deixo de acolher o mesmo por falta de amparo legal.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo da União e à remessa oficial apenas para reduzir os juros de mora para 6% (seis por cento) ao ano, e nego provimento ao apelo do autor.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 467.941-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelantes: DAG CONSTRUTORA LTDA. E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. CARLOS ANDRÉ RODRIGUES PEREIRA LIMA E OUTROS

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONTRATO PARA EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA. TERMOS ADITIVOS. PRORROGAÇÃO DOS PRAZOS DE EXECUÇÃO E DE VIGÊNCIA. RESTAURAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. TERMO FINAL DO PRAZO CONTRATUAL. OBRA NÃO CONCLUÍDA. CULPA DA CONTRATADA. EXTINÇÃO DO CONTRATO. HONORÁRIOS. ELEVAÇÃO. CAUSA COMPLEXA.

- A empresa autora, DAG CONSTRUTORA LTDA., insurge-se contra a decisão que extinguiu unilateralmente o Contrato Administrativo nº 001/IICOMAR/2005 celebrado com o Segundo Comando Aéreo Regional - II COMAR (Ministério da Defesa) pela expiração do seu prazo de vigência sem a conclusão da obra contratada, qual seja, a construção do Centro Militar de Convenções e Hospedagem da Aeronáutica - CEMCOHA.

- A execução da obra contratada, inicialmente prevista para ser concluída em 360 (trezentos e

sessenta) dias, teve valor global fixado em R\$ 7.978.621,13 (sete milhões, novecentos e setenta e oito mil, seiscentos e vinte e um reais e treze centavos). Durante o curso do contrato, esse prazo foi prorrogado várias vezes e o equilíbrio econômico-financeiro foi restabelecido por meio de seis Termos Aditivos. O primeiro e o segundo prorrogaram os prazos de vigência e de execução do contrato por 192 (cento e noventa e dois) e 185 (cento e oitenta e cinco) dias, respectivamente; o terceiro acresceu ao contrato o valor de R\$ 616.920,50 (seiscentos e dezesseis mil, novecentos e vinte reais e cinquenta centavos); o quarto deles prorrogou o prazo de execução da obra por mais 126 (cento e vinte e seis) dias e concedeu um acréscimo de serviços no importe de R\$ 112.301,54 (cento e doze mil, trezentos e um reais e cinquenta e quatro centavos); já o quinto e o sexto alargaram os prazos de vigência e de execução contratual por 36 (trinta e seis) e 70 (setenta) dias, respectivamente, tendo sido fixado, finalmente, como dies ad quem de conclusão da obra o dia 24 de fevereiro de 2008. Esse alargamento de prazo resultou num acréscimo total de 609 (seiscentos e nove) dias.

- O primeiro Termo Aditivo resultou de ato unilateral da Administração Militar no fito de suprir o atraso no cumprimento do objeto contratual provocado por terceiros e por ela própria. Entretanto, os demais tiveram origem em decisão de ambas as partes que entenderam necessária a dilação do prazo de execução da obra e o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente firmado.

- Mesmo tendo em mente que a Administração castrense teve culpa no retardamento da obra contratada, está claro que sua responsabilidade foi apenas parcial e que ela própria reconheceu sua falta, na medida em que determinou sponte

sua a prorrogação do prazo de consecução do objeto contratado por mais 192 (cento e noventa e dois) dias para suprir os aproximados 190 (cento e noventa) de atraso no início das obras – de 15 de junho de 2005 a 04 de janeiro de 2006 –, suprimindo, assim, os eventuais prejuízos sofridos pela contratada.

- As demais paralisações alegadas pela contratada – de 12 de junho de 2006 a 16 de novembro de 2006, período entre o recebimento do projeto de construção do prédio de oficiais e o início das obras; e de 31 de março de 2006 a 02 de maio de 2006, período durante o qual faltaram recursos por parte do contratante – correspondem a aproximadamente 180 (cento e oitenta) dias apenas, tempo bastante inferior aos 609 (seiscentos e nove dias) de prorrogação concedidos pela Administração. E mesmo que se some esse tempo com os 192 (cento e noventa e dois) dias conferidos pelo primeiro Termo Aditivo, chega-se à cifra de 372 (trezentos e setenta e dois) dias, que representa tão somente 61,08% do total do tempo de prorrogação deferido no contrato em apreço.

- A paralisação para readaptação dos projetos, suscitada pela requerente na peça vestibular, que, segundo ela, teria ocorrido a partir do dia 28 de abril de 2006, não foi provada nos autos nem tampouco foi informado por quanto tempo permaneceu suspensa a obra por tal motivo.

- Inobstante todos os atrasos no curso do contrato, a Administração castrense conferiu à contratada a compensação necessária para supri-los, deferindo-lhe tempo mais do que suficiente para terminar a obra contratada. O pacto foi inicialmente estabelecido para ser cumprido em 360 (trezentos e sessenta) dias e, ao final de todas as prorrogações concedidas, que somaram 609 (seiscentos e nove) dias, muito mais do que

o prazo inicialmente previsto, a empresa contratada não conseguiu entregar a obra concluída.

- O sexto e último Termo Aditivo ao Contrato previu um aumento no tempo de sua execução do dia 16 de dezembro de 2007 para 24 de fevereiro de 2008, para uma etapa de R\$ 2.348.447,79 (dois milhões, trezentos e quarenta e oito mil, quatrocentos e quarenta e sete reais e setenta e nove centavos), dos quais somente R\$ 8.681,51 (oito mil, seiscentos e oitenta e um reais e cinquenta e um centavos) dos serviços previstos foram realizados, conforme medição realizada pela equipe de fiscalização. Essa mesma equipe constatou a inviabilidade da conclusão da obra até a data prevista contratualmente.

- A Lei nº 8.666/93, ao tratar da duração dos contratos, previu, em seu art. 57, § 2º, que toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente, como o foi nos presentes autos; e no § 3º desse mesmo artigo estabeleceu ser vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado, não obstante seja essa a pretensão da autora.

- É certo que a doutrina pátria considera o contrato de empreitada (de obras públicas) como um contrato eminentemente de resultado, interessando ao administrador a entrega do produto final contratado e servindo a cláusula que estabelece o prazo de execução apenas como um limite de tempo para a entrega do objeto pactuado sem que o contratado sofra as penalidades contratuais. Entretanto, tal regramento, amplamente aceito no campo doutrinário, não deve ser visto como um dogma a ponto de não aceitar exceções. Antes merece uma compreensão relativizada diante das situações individualmente postas em juízo, evitando-se arbitrariedades e injustiças, no fito de impedir que o contratado

seja premiado com inúmeras dilatações do prazo para consecução do objeto contratado, mesmo restando claro que agiu de forma ineficiente e negligente. Prima-se, desta forma, pela aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, protegendo a Administração Pública de prejuízo de monta considerável que seria obrigada a sofrer se tivesse que continuar vinculada a particular que não cumpriu e nem demonstra que cumprirá o pacto por eles assinado, tendo que despende quantias vultosas, muito superiores ao valor do contrato previsto inicialmente, no fito de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro da relação.

- Além dos acréscimos de R\$ 616.920,50 (seiscentos e dezesseis mil, novecentos e vinte reais e cinquenta centavos) e de R\$ 112.301,54 (cento e doze mil, trezentos e um reais e cinquenta e quatro centavos) ao preço original previsto contratualmente, realizados através de termos aditivos, a contratada ainda apresentou requerimento ao II COMAR visando ao pagamento da quantia correspondente a R\$ 1.476.334,71 (um milhão, quatrocentos e setenta e seis mil, trezentos e trinta e quatro reais e setenta e um centavos), no intuito de restabelecer a equação econômico-financeira originalmente firmada, pedido este que não chegou a ser deferido em razão da não apresentação pela contratada dos documentos requeridos pela contratante referentes às despesas realizadas durante o período da obra.

- Considerando que o sexto Termo Aditivo previu como prazo final de execução e de vigência do Contrato nº 001/IICOMAR/2005 o dia 24 de fevereiro de 2008 e que, ao chegar nesta data, a empresa autora não conseguiu entregar devidamente concluído o Centro Militar de Convenções e Hospedagem da Aeronáutica, agiu corretamen-

te a Administração Militar em considerar extinto o mencionado acordo, eis que expirado o prazo de vigência e de execução da obra contratada.

- Não se trata de rescisão contratual, mas sim de extinção do contrato por término do seu prazo de vigência e não entrega do objeto ajustado, situação que prescinde da instauração de prévio processo administrativo, sendo necessária apenas a notificação preliminar da empresa contratada (STJ, ROMS 16761), como ocorreu nos autos através dos ofícios e memorando enviados à autora dando-lhe ciência da expiração do prazo contratual e da necessária desmobilização do canteiro de obras.

- Tratando-se de demanda complexa, que exigiu dos causídicos bastante tempo e dedicação para laborar em prol das teses defendidas e considerando os requisitos do § 3º do art. 20 do CPC, mostra-se cabível o acréscimo da verba honorária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), correspondente a aproximadamente 2% (dois por cento) do valor da causa, o qual foi inicialmente fixado em R\$ 100,00 (cem reais) e posteriormente majorado para R\$ 2.438.970,35 (dois milhões, quatrocentos e trinta e oito mil, novecentos e setenta reais e trinta e cinco centavos), após determinação judicial para retificá-lo (fls. 99 e 101/103).

- Apelação da parte autora improvida.

- Apelação da União 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 unanimidade, negar provimento à apelação da parte autora e dar provimento à apelação da União, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 3 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de ação ordinária proposta pela DAG CONTRUTORALTA., com pedido de antecipação de tutela *inaudita altera parte*, visando à declaração de nulidade da decisão que extinguiu o Contrato Administrativo nº 001/IICOMAR/2005 celebrado entre a autora e o Segundo Comando Aéreo Regional - II COMAR (Ministério da Defesa) para execução das obras e serviços de construção do Centro Militar de Convenções e Hospedagem da Aeronáutica - CEMCOHA.

Argumenta a empresa postulante que o preço global para a construção das instalações do CEMCOHA foi fixado contratualmente no valor de R\$ 7.978.621,13 (sete milhões, novecentos e setenta e oito mil, seiscentos e vinte e um reais e treze centavos), tomando por base o mês de dezembro de 2004, mês da elaboração da proposta. Afirma que, no curso da obra, foram celebrados seis termos aditivos: o primeiro e o segundo prorrogaram o prazo de vigência por 192 (cento e noventa e dois) e 185 (cento e oitenta e cinco) dias, respectivamente; o terceiro reconheceu a necessidade de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial, acrescentando ao contrato o valor de R\$ 616.920,50 (seiscentos e dezesseis mil, novecentos e vinte reais e cinquenta centavos); e o quarto, o quinto e o sexto prorrogaram o prazo de execução da obra por mais 126 (cento e vinte e seis), 36 (trinta e seis) e 70 (setenta) dias, respectivamente, quando, então, o prazo final de conclusão da obra passou a ser 24 de fevereiro de 2008.

Assevera a autora ter sido obrigada, por diversas vezes no curso do prazo de vigência do contrato, a reduzir o ritmo de execução dos serviços e até mesmo a paralisar as obras em decorrência de atos cuja responsabilidade deve ser atribuída exclusivamente à Administração Militar, o que lhe rendeu prejuízos de ordem financeira e, conseqüentemente, a elaboração de mais um projeto de

reequilíbrio econômico-financeiro, em razão da extrapolação das despesas indiretas previstas inicialmente no contrato. Não tendo obtido êxito em seu pleito, teve que suspender a execução do contrato, com base no art. 78 da Lei nº 8666/93, o que levou o II COMAR a considerá-lo extinto, por decurso de prazo, e a solicitar a desmobilização da empresa autora do local das obras.

Segundo a promovente, não obstante o prazo para execução da obra ter expirado em 24 de fevereiro de 2008, o contrato ainda estaria vigente, por não ter sido executado de forma plena o seu objeto.

Ao contestar, a União aduz que todas as prorrogações de prazo foram formalizadas mediante a assinatura de termos aditivos de contrato, não tendo sido autorizada qualquer dilatação de prazo após a celebração do Sexto Termo Aditivo, o qual havia estabelecido, como *dies ad quem* do liame contratual, o dia 24 de fevereiro de 2008.

Traz a lume a informação de que, nesta data, a empresa contratada teria registrado em ata de reunião não ter mais capacidade de concluir os serviços, quando requereu um aditivo correspondente a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) necessário à conclusão da obra, pedido este que restou indeferido pelo II COMAR. Assevera, assim, ter havido inexecução parcial do contrato celebrado, o que legitima a aplicação das sanções legalmente previstas.

O pleito de antecipação de tutela foi denegado por não restarem presentes os requisitos legais para sua concessão (fls. 118/122).

Ao decidir a lide, a douta sentenciante julgou improcedente o pedido por entender não ter sido comprovada a responsabilidade da Administração pela inexecução do contrato, *sendo razoável e consentâneo com o interesse público o reconhecimento do descumprimento contratual, por parte da empresa, e a rescisão do contrato* (fl. 385). Ainda fixou os honorários advocatícios em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Segundo a magistrada sentenciante, em razão do regime próprio que rege os contratos administrativos, não há como se ampa-

rar a tese sustentada pela autora, na inicial, de que os contratos de empreitada somente se exaurem com o cumprimento do seu objeto. Portanto, tendo em vista que o direito de prorrogação do vínculo contratual já foi exercido inúmeras vezes e não foi cumprido o objeto pactuado, não se poderia admitir a dilatação desse prazo por tempo indeterminado, por infringir norma legal.

Ademais, entendeu que a rescisão não ocorreu por causa da expiração do prazo de vigência, mas sim pela inexecução do objeto contratado.

Insatisfeita com o resultado do julgamento da demanda, a empresa autora interpõe recurso de apelação reiterando os argumentos aduzidos na exordial, quais sejam: que as prorrogações de prazo e os acréscimos de serviço decorreram única e exclusivamente por responsabilidade da Administração Militar; que, em se tratando de contrato de empreitada, o simples decurso do prazo contratualmente previsto não gera a sua extinção; e que, mesmo que se considere ter havido mora no cumprimento do objeto contratado, não houve processo administrativo para legitimar a rescisão do contrato unilateralmente por culpa da contratada. Pugna, assim, pelo reconhecimento da vigência do vínculo contratual em foco.

A União também apela no fito de aumentar o montante fixado a título de honorários advocatícios, com base no art. 20, § 4º, do CPC, eis que o valor estabelecido na sentença corresponde a apenas a 0,2% do valor atribuído à causa.

Contrarrazões da União às fls. 432/453 e da parte autora às fls. 456/460.

Vieram-me, então, os autos conclusos para deliberação.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Por meio da presente ação ordinária, a empresa autora, DAG CONSTRUTORA LTDA., insurge-se contra a decisão que extinguiu unilateralmente o Contrato Administrativo nº 001/IICOMAR/2005

celebrado com o Segundo Comando Aéreo Regional - II COMAR (Ministério da Defesa) pela expiração do seu prazo de vigência sem a conclusão da obra contratada, qual seja, a construção do Centro Militar de Convenções e Hospedagem da Aeronáutica - CEMCOHA.

Do cotejo dos autos, observa-se que a postulante celebrou o referido contrato administrativo com o II COMAR, após sagrar-se vencedora na Concorrência Pública nº 006/IICOMAR/2004, para realização de obra, no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias, cujo valor global restou fixado em R\$ 7.978.621,13 (sete milhões, novecentos e setenta e oito mil, seiscentos e vinte e um reais e treze centavos), considerando o valor da proposta datada de 13 de dezembro de 2004.

No curso desse contrato, no entanto, foram celebrados seis termos aditivos relativos à prorrogação de prazo de conclusão da obra e ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. O primeiro e o segundo Termos Aditivos prorrogaram os prazos de vigência e de execução do contrato por 192 (cento e noventa e dois) e 185 (cento e oitenta e cinco) dias, respectivamente; o terceiro, no fito de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro inicial, acresceu ao contrato o valor de R\$ 616.920,50 (seiscentos e dezesseis mil, novecentos e vinte reais e cinquenta centavos); o quarto deles prorrogou o prazo de execução da obra por mais 126 (cento e vinte e seis) dias e concedeu um acréscimo de serviços no importe de R\$ 112.301,54 (cento e doze mil, trezentos e um reais e cinquenta e quatro centavos); já o quinto e o sexto Termos Aditivos alargaram os prazos de vigência e de execução contratual por 36 (trinta e seis) e 70 (setenta) dias, respectivamente, tendo sido fixado, finalmente, como *dies ad quem* de conclusão da obra o dia 24 de fevereiro de 2008.

Portanto, ao final do prazo estabelecido no último Termo Aditivo (6º), o período de tempo para execução da obra inicialmente previsto no contrato tinha sido dilatado em 609 (seiscentos e nove) dias. Ou melhor, a obra que estava prevista para ser concluída em aproximadamente um ano, teve o seu prazo elástico de forma que levou quase três anos em execução e, ao término do tempo previsto no último Termo Aditivo, ainda não havia sido concluída.

De fato, o primeiro Termo Aditivo resultou de ato unilateral da própria Administração Militar no fito de suprir o atraso no cumprimento do objeto contratual provocado por terceiros e por ela própria. O próprio contratante, na cláusula 5º desse instrumento, previu como fundamento legal o art. 57, § 1º, incisos V e VI, da Lei nº 8.666/93. Entretanto, os demais tiveram origem em decisão de ambas as partes que entenderam necessária a dilação do prazo de execução da obra e o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente firmado. Nesses, a empresa contratada precisou requerer ao contratante o alargamento do prazo originário além da restauração da proporcionalidade de gastos fixada no nascedouro da relação contratual.

Portanto, mesmo tendo em mente que a Administração castrense teve culpa no retardamento da obra contratada, está claro que sua responsabilidade foi apenas parcial e que ela própria reconheceu sua falta, na medida em que determinou *sponte sua* a prorrogação do prazo de consecução do objeto contratado por mais 192 (cento e noventa e dois) dias, suprindo, assim, os eventuais prejuízos sofridos pela contratada.

Tal informação se harmoniza com a declaração da própria empresa autora, veiculada na petição inicial, de que, *apesar da DAG ter recebido a ordem de serviço para iniciar as obras em 15 de junho de 2005, o início da obra só se concretizou em 04 de janeiro de 2006, em função da falta de documentação que não foi fornecida em tempo hábil pela Contratante* (fl. 05).

Fazendo a soma de todo esse período, observa-se que o atraso no início das obras correspondeu a aproximadamente 190 (cento e noventa) dias, o qual restou devidamente restituído pelo II COMAR com a primeira prorrogação por 192 (cento e noventa e dois) dias.

Ainda assevera a empresa requerente que, de 12 de junho de 2006 a 16 de novembro de 2006, período entre o recebimento do projeto de construção do prédio de oficiais e o início das obras, e de 31 de março de 2006 a 02 de maio de 2006, período durante o qual faltaram recursos por parte do contratante, foi impelida a paralisar a obra ou a reduzir o ritmo de sua execução. Entretanto, a soma desses intervalos de tempo corresponde a aproximadamente

180 (cento e oitenta) dias apenas, tempo bastante inferior aos 609 (seiscentos e nove dias) de prorrogação concedidos pela Administração.

Somando-se os 192 (cento e noventa e dois) dias conferidos pelo primeiro Termo Aditivo Contratual com os 180 dias que a DAG alega ter sido obrigada a atrasar os serviços de construção do CEMCOHA, chega-se a 372 (trezentos e setenta e dois) dias, que representa tão somente 61,08% do total do tempo de prorrogação deferido no contrato em apreço (609 dias).

Vale salientar que a paralisação para readaptação dos projetos, suscitada pela requerente na peça vestibular, que, segundo ela, teria ocorrido a partir do dia 28 de abril de 2006, não foi provada nos autos. A DAG alega tal fato, mas não trouxe qualquer documento capaz de prová-lo tampouco informou por quanto tempo permaneceu suspensa a obra por tal motivo.

Portanto, conclui-se que, inobstante todos os atrasos no curso da obra, a Administração castrense conferiu à contratada a compensação necessária para supri-los, deferindo-lhe tempo mais do que suficiente para terminar a obra contratada. Ademais, não se pode deixar de mencionar que o contrato foi inicialmente estabelecido para ser cumprido em 360 (trezentos e sessenta) dias e, ao final de todas as prorrogações concedidas, que somaram 609 (seiscentos e nove) dias, muito mais do que o prazo inicialmente previsto, a empresa contratada não conseguiu entregar a obra concluída.

Consoante informação obtida da análise do documento acostado às fls. 86/87 – Informação Técnica nº 002/SCO/2008 do II COMAR –, o sexto e último Termo Aditivo ao Contrato previu um aumento no prazo de sua execução do dia 16 de dezembro de 2007 para 24 de fevereiro de 2008, para uma etapa de R\$ 2.348.447,79 (dois milhões, trezentos e quarenta e oito mil, quatrocentos e quarenta e sete reais e setenta e nove centavos), dos quais somente R\$ 8.681,51 (oito mil, seiscentos e oitenta e um reais e cinquenta e um centavos) dos serviços previstos foram realizados, conforme medição realizada pela equipe de fiscalização. Nesse mesmo documento, consta a informação quanto à inviabilidade da conclusão da obra, no estágio atual, até a data prevista contratualmente.

Doutro turno, não se pode esquecer da característica principal que informam os contratos administrativos, qual seja, a prevalência do interesse público consubstanciado no instrumento contratual, não se esquecendo, todavia, da garantia dos interesses privados que ditaram sua participação no vínculo, nos moldes ali estatuídos. Portanto, a Administração goza de inúmeras prerrogativas, dentre elas, alterar e extinguir unilateralmente o vínculo, mas ao administrado é conferido o direito à integral proteção das suas aspirações econômicas e ao equilíbrio econômico-financeiro que foram objeto de pactuação.

Nesse diapasão, a Lei nº 8.666/93, ao tratar da duração dos contratos, previu, em seu art. 57, § 2º, que toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente; e no § 3º desse mesmo artigo estabeleceu ser vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado. Portanto, à Administração é conferido o poder de concordar ou não com os pedidos de prorrogação, além de ser vedado o contrato sem prazo final previamente fixado.

É certo que a doutrina pátria considera o contrato de empreitada (de obras públicas) como um contrato eminentemente de resultado, interessando ao administrador a entrega do produto final contratado e servindo a cláusula que estabelece o prazo de execução apenas como um limite de tempo para a entrega do objeto pactuado sem que o contratado sofra as penalidades contratuais. Entretanto, tal regramento, amplamente aceito no campo doutrinário, não deve ser visto como um dogma a ponto de não aceitar exceções. Antes merece uma compreensão relativizada diante das situações individualmente postas em juízo, evitando-se arbitrariedades e injustiças, no fito de impedir que o contratado seja premiado com inúmeras dilatações do prazo para consecução do objeto contratado, mesmo restando claro que agiu de forma ineficiente e negligente.

Prima-se, desta forma, pela aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, protegendo a Administração Pública de prejuízo de monta considerável que seria obrigada a sofrer se tivesse que continuar vinculada a particular que não cumpriu e nem demonstra que cumprirá o pacto por eles assinado,

tendo que despende quantias vultosas, muito superiores ao valor do contrato previsto inicialmente, no fito de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro da relação.

Sendo assim, a alegação da promovente quanto à vigência do contrato enquanto não cumprido plenamente o seu objeto mais parece uma tentativa de burlar a lei tentando legitimar uma situação por ela não amparada e considerada injusta.

No caso em apreço, a empresa autora pretende o alargamento do prazo de consecução do objeto contratado por tempo indeterminado, eis que, mesmo após as inúmeras prorrogações deferidas pelo II COMAR, que corresponderam a quase três vezes o prazo inicialmente posto, não conseguiu se desincumbir de sua obrigação de entregar a obra concluída.

Diante de uma situação como a presente, em que a contratada demonstrou não ter condições de cumprir o prazo estipulado em contrato para a entrega do seu objeto, não é razoável que a Administração seja obrigada a permanecer ligada a ela, despendendo altas quantias para restaurar o equilíbrio econômico-financeiro em razão das inúmeras prorrogações de prazo e sendo obrigada a aguardar indefinidamente a conclusão do serviço pactuado.

Inclusive, no curso da vigência do contrato, foi determinado o acréscimo de R\$ 616.920,50 (seiscentos e dezesseis mil, novecentos e vinte reais e cinquenta centavos) ao valor original do pacto por meio do terceiro Termo Aditivo. Posteriormente, foi deferido um aumento no valor dos serviços da ordem de R\$ 112.301,54 (cento e doze mil, trezentos e um reais e cinquenta e quatro reais) através do quarto Termo Aditivo. A contratada ainda apresentou requerimento ao II COMAR visando ao pagamento da quantia correspondente a R\$ 1.476.334,71 (um milhão, quatrocentos e setenta e seis mil, trezentos e trinta e quatro reais e setenta e um centavos), no intuito de restabelecer a equação econômico-financeira originalmente firmada, pedido esse que não chegou a ser deferido em razão da não apresentação pela contratada dos documentos requeridos pela contratante referentes às despesas realizadas durante o período da obra. Somando-se tais montantes, chega-se à cifra de R\$ 2.205.556,75 (dois milhões, duzentos e cinco mil, quinhentos e cinquenta e seis reais e setenta e cinco centavos),

quantia bastante alta em relação ao preço inicialmente firmado no contrato (R\$ 7.978.621,13 – sete milhões, novecentos e setenta e oito mil, seiscentos e vinte e um reais e treze centavos), o que significa um acréscimo bastante vultoso aos dispêndios previstos na origem do pacto para a construção do CEMCOHA, que sairão dos cofres públicos, e sem a garantia de que o objeto contratado será entregue completamente concluído.

Desta feita, considerando que o sexto Termo Aditivo previu como prazo final de execução e de vigência do Contrato nº 001/IICOMAR/2005 o dia 24 de fevereiro de 2008 e que, ao chegar nessa data, a empresa autora não conseguiu entregar devidamente concluído o Centro Militar de Convenções e Hospedagem da Aeronáutica, agiu corretamente a Administração Militar em considerar extinto o mencionado acordo, eis que expirado o prazo de vigência e de execução da obra contratada.

Não se trata, pois, de rescisão contratual, mas sim de extinção do contrato por término do seu prazo de vigência e não entrega do objeto ajustado, situação que prescinde da instauração de prévio processo administrativo, sendo necessária apenas a notificação preliminar da empresa contratada, conforme entendimento sufragado pelo colendo STJ, no ROMS 16.761, abaixo transcrito:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO. EXTINÇÃO. DECURSO DO PRAZO DE VIGÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DO OBJETO CONTRATUAL. ASSUNÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO. DESNECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.

1. Não se configura julgamento *extra petita*, de modo a ensejar ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC, se o ato decisório recorrido guarda congruência com o pedido consignado na ação mandamental.

2. Por força da dicção da regra contida no parágrafo único do art. 78 da Lei nº 8.666/93, a realização de prévio processo administrativo, que assegure à parte contratada o exercício do contraditório e ampla defesa, somente é exigível quando se tratar de rescisão unilateral de contrato,

não no caso de a Administração, mediante prévia notificação da empresa contratada, assumir a prestação contratual decorrente do término do prazo de vigência do contrato e não-entrega do objeto avençado.

3. Inexistindo nos autos elementos probatórios hábeis para demonstrar a suposta lesão a alegado direito líquido e certo, mostra-se inviável o cabimento da ação mandamental, que, em face da especificidade de seu rito, inadmite dilação probatória.

4. Recurso em mandado de segurança não-provido.

(ROMS 16761, Segunda Turma, Relator: Ministro Otávio de Noronha, *DJ* de 06.03.2006, pág.: 265).

Ora, na situação sob julgamento houve a devida comunicação pelo II COMAR à empresa contratada quanto à expiração do prazo contratual e a necessária desmobilização do canteiro de obras, cumprindo, portanto, à exigência de prévia notificação da interessada. Constam, nos autos, os ofícios e memorando às fls. 89/92 cientificando a DAG CONSTRUTORA desses fatos.

Faz mister ressaltar as informações veiculadas pelo contratante, à fl. 134, dando notícia de que do dia 13 de novembro de 2007 até o último dia do contrato – 24 de fevereiro de 2008 – não fora apresentada nenhuma etapa de obra mediante Nota Fiscal da Contratada e que restou comprovada a execução mínima de serviços por parte dela a partir de tal data, conforme observado pela equipe de fiscalização e registrado no documento Parte s/nº/Fiscal, de 20 de fevereiro de 2008.

Diante de tão vasta documentação que serviu de fundamento para o presente voto, outro caminho não poderia trilhar este decisório que não confirmar a sentença que julgou improcedente o pedido autoral.

No que tange aos honorários advocatícios, objeto da apelação da União, considero plausível a alegação da parte recorrente.

De fato, trata-se de demanda complexa, que exigiu dos causídicos bastante tempo e dedicação para laborar em prol da tese defendida. Sendo assim, considerando os requisitos do § 3º do art. 20 do CPC, entendo cabível o acréscimo da verba honorária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), correspondente a aproximadamente 2% (dois por cento) do

valor da causa, o qual foi inicialmente fixado em R\$ 100,00 (cem reais) e posteriormente majorado para R\$ 2.438.970,35 (dois milhões, quatrocentos e trinta e oito mil, novecentos e setenta reais e trinta e cinco centavos), após determinação judicial para retificá-lo (fls. 99 e 101/103).

Por todo o exposto, nego provimento à apelação da parte autora e dou provimento à apelação da União para fixar os honorários advocatícios, a cargo da parte sucumbente, em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 476.764-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: MARIA DAS GRAÇAS DA SILVA
Apelada: UNIÃO
Adv./Proc.: DR. FÁBIO CUNHA ALVES DE SENA (APTE.)

EMENTA: CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO C/C REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. PENSÃO DESCONTADA EM PERCENTUAL INFERIOR AO FIXADO EM ACORDO DE ALIMENTOS. NEGLIGÊNCIA DA UNIÃO. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. DIREITO AO RESSARCIMENTO PARCIALMENTE ACOLHIDO. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA PRESCRITA.

- Apelação interposta contra sentença da lavra do MM. Juiz da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte que julgou improcedente o pleito da parte autora, declarando prescritos os direitos à restituição dos valores devidos e à indenização por danos morais, com fundamento no art. 206, § 3º, V, do Código Civil c/c o art. 10 do Decreto nº 20.910/32.

- Consta que a parte autora teve o seu direito à

percepção da pensão alimentícia prestada pelo seu ex-marido reconhecido pelo Juiz de Direito da Comarca de Macaíba/RN, que fixou essa prestação no patamar de 40% (quarenta por cento) dos “vencimentos” do servidor público. Entretanto, por equívoco da Administração, este percentual incidira sobre o “vencimento básico” do alimentante, o que, por óbvio, resultou em prejuízo à alimentada que teve de suportar uma substancial redução dos valores pagos. Considerando que somente em 2005, quando foi realizado um novo acordo de alimentos, o aludido desconto foi regularizado, busca a demandante, então, o ressarcimento das prestações que lhe foram indevidamente subtraídas, assim como a reparação pelos danos morais do dano por ela suportados.

- O egrégio Superior Tribunal de Justiça e esta colenda Corte Regional já decidiram que, nas hipóteses de reparação civil contra a Fazenda Pública, o prazo prescricional é de cinco anos (art. 1º do Decreto nº 20.910/32) e começa a ser calculado no instante em que se constata a efetiva ocorrência de lesão a direito. Precedentes: STJ, Segunda Turma, AGREsp 1073796, Relator Ministro Humberto Martins, DJE - Data: 01/07/2009; TRF5, Primeira Turma, REO 471272, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, DJ - Data: 28/08/2009.

- Tendo ocorrido a lesão ao direito da autora em 1988, no primeiro mês em que a Administração deixou de pagar a pensão alimentícia da autora nos moldes previstos na decisão judicial, a pretensão indenizatória da demandante somente encontraria abrigo na prestação jurisdicional até o ano de 1993. Destarte, considerando que a presente demanda foi ajuizada em 2008, o pleito alusivo à indenização por danos morais resta prescrito.

- Diferente questão se aproxima quando da apreciação da restituição dos valores devidos pela União à parte autora, uma vez que, em se tratando de prestações sucessivas, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. Sendo assim, considerando que a ação foi ajuizada em 2008, somente cabe falar em ressarcimento dos valores compreendidos entre junho/2003 e fevereiro/2005, eis que em março/2005 ocorreu a regularização da prestação, a partir da fixação de novo acordo de alimentos.

- O ofício que comunicou à Administração a decisão prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Macaíba/RN dispunha expressamente que o percentual a ser descontado era de 40% (quarenta por cento) dos “vencimentos” do servidor público. Desta feita, forçoso é reconhecer que o comportamento lesivo à esfera de direitos da autora decorreu unicamente de negligência da Administração que deixou de observar corretamente o mandamento judicial e passou a empreender o desconto da prestação sobre o “vencimento” do servidor.

- 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 unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 10 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelação interposta pela particular Maria das Graças da Silva que, inconformada com a sentença da lavra do MM. Juiz da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, busca a reforma da mesma para que seja afastada a prescrição afirmada pelo douto julgador e, por consequência, seja julgado procedente os pedidos formulados na inicial de ressarcimento dos valores que foram suprimidos ilegalmente de sua pensão alimentícia e de indenização por danos morais.

Alega a parte autora que a pensão alimentícia prestada pelo seu ex-marido deveria corresponder ao percentual de 40% (quarenta por cento) dos vencimentos deste. Entretanto, por equívoco da Administração, este percentual incidira sobre o vencimento básico do alimentante, o que, por óbvio, resultou em prejuízo à alimentada que teve de suportar uma substancial redução dos valores pagos.

Somente em 2005, quando foi realizado um novo acordo de alimentos, passando a ser fixado em 15% (quinze por cento) dos vencimentos do alimentante, o aludido desconto foi regularizado e a autora percebeu o prejuízo que vinha suportando ao longo dos anos.

Em contestação, às fls. 153/162, a parte ré sustenta a prescrição total do direito pleiteado pela autora, nos seguintes termos: “remontando os fatos que se pretende indenizar a MARÇO/2005, deveria a autora ter protocolado a presente ação até MARÇO/2008, vindo a fazê-lo, contudo, apenas em 23/06/2008, quando sua pretensão indenizatória não poderia mais ser oposta contra a União”.

Ao final, o MM. Juiz *a quo*, admitindo a tese sustentada pela ré, julgou extinto o processo, com fundamento no fato de que “levando-se em conta que a causa de pedir mediata da presente demanda remonta ao período compreendido entre abril de 1988 e março de 2005, não poderia a autora ter aforado sua pretensão em junho de 2008, eis que já transcorrido o prazo fixado no art. 206, § 3º, V, do Código Civil c/c o art. 10 do Decreto nº 20.910/32”.

Em suas razões de apelação, às fls. 170/175, a parte autora combate a prescrição aduzida pela aludida sentença e busca, outrossim, o reconhecimento do pedido indenizatório constante na exordial e do ressarcimento do montante que deixou de lhe ser pago.

Contrarrazões às fls. 177/183.

Subiram os autos a este eg. Tribunal.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Insta tecer algumas considerações acerca da prescrição declarada pelo douto magistrado quando da prolação da sentença de fls. 165/168.

Entendeu o MM. Julgador que o vertente caso submete-se à prescrição trienal prevista no art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002, em razão do permissivo constante no art. 10 do Decreto nº 20.910/32.

A parte autora, por seu turno, aduz que o prazo prescricional a que está sujeito o caso tratado nos presentes autos é regido pelo Diploma Civil de 1916, em razão da redação constante no art. 2.028 do Código Civil de 2002 e, portanto, afigura-se correto aplicar ao caso a prescrição vintenária.

Devo discordar das duas posições sustentadas.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça e esta colenda Corte Regional já decidiram que, nas hipóteses de reparação civil contra a Fazenda Pública, o prazo prescricional é aquele previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, não se aplicando, portanto, a disciplina do Código Civil.

Este dispositivo normativo dispõe que:

Art. 1º - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Neste sentido colhem-se os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. REPARAÇÃO CIVIL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRESCRIÇÃO. QUINQUENAL. CÓDIGO CIVIL. INAPLICÁVEL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO.

1. O entendimento pacífico desta Corte é no sentido de que é de cinco anos o prazo prescricional da ação de indenização, e de qualquer outra natureza, proposta contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32. Afastada a aplicação do Código Civil.

2. Conforme consignado na decisão agravada, inexistente a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional ajustou-se à pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do julgado agravado. É cediço que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder um a um seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu. Agravo regimental improvido.

(STJ, Segunda Turma, AGREsp 1073796, Relator Ministro Humberto Martins, DJE - Data: 01/07/2009) - grifei.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REMESSA EX OFFICIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DNIT. BURACOS EM RODOVIA FEDERAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DECRETO Nº 20.910/32. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. ART. 37, PARÁGRAFO 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANO MATERIAL. FIXAÇÃO DO TERMO AD QUEM DO PENSIONAMENTO. 70 ANOS. ESTIMATIVAS RECENTES DO IBGE. DANO MORAL. RAZOABILIDADE DO MONTANTE FIXADO NA SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO DO QUANTUM. APLICABILIDADE DO ART. 20, PARÁGRAFO 4º, DO CPC. PELO PARCIAL PROVIMENTO DA REMESSA OFICIAL.

1. Não se aplica ao caso o disposto no art. 206, parágrafo 3º, V, do Código Civil, mas sim a regra advinda do artigo 1º, caput, do Decreto nº 20.910/32, que impõe o lapso de cinco anos para propositura de demanda que busque haver pagamento de qualquer

quantia pela Fazenda Pública. Precedente STJ: AgRg no Ag 915808 / SC.

2. Não se operou a prescrição do direito de ação, tendo em vista que o acidente ocorreu em 07/04/2004 e a presente demanda foi proposta em 24/08/2007, dentro do prazo de 5 (cinco) anos previsto no Decreto nº 20.910/32.
3. O DNIT foi omissivo na conservação da BR 020, na altura do Km 326, havendo um buraco na rodovia que foi o responsável pela ocorrência do acidente que vitimou o marido da autora.
4. O Boletim de Acidente de Trânsito emitido pelo Departamento da Polícia Rodoviária Federal atesta a má condição da pista de rolamento, a inexistência de acostamento, bem como as más condições das sinalizações horizontal e vertical, assim como a interdição de uma faixa.
5. É fator relevante para comprovação da responsabilidade do DNIT no processo epigrafado o testemunho do Policial Rodoviário Federal Célio José Auler.
6. Além de não ter imprimido velocidade excessiva no momento do acidente, o *de cujus* não estava sob efeito de qualquer droga, conforme declaração prestada pelo Dr. José Carlos Martins, perito da Secretaria Municipal de Saúde de Canindé - CE. Excluída, portanto, a responsabilidade da vítima no acidente em tela, bem como de caso fortuito, força maior ou fato de terceiro que possam elidir a responsabilidade do DNIT.
7. Precedente: Agravo de Instrumento nº 86988, ao qual esta Primeira Turma negou provimento.
8. No que tange aos danos materiais, não merece reforma a sentença de 1º grau quanto à fixação do termo *ad quem* do pensionamento em 70 anos, tendo em conta que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo, em diversos julgados, que a estimativa do tempo de vida da vítima deve ser fixada com base na expectativa média de vida do brasileiro. Precedentes STJ: REsp nº 885.126/RS, ADREsp nº 973867, REsp nº 895225).
9. Com relação aos danos morais, houve razoabilidade do magistrado de 1ª instância ao fixar a indenização em 300 salários mínimos vigentes ao tempo em que foi ajuizada a ação.
10. Reputa-se razoável a redução dos honorários de sucumbência para 5% sobre o valor atualizado da condenação, levando em consideração a moderação recomendada

pela legislação (art. 20, parágrafo 4º, do CPC), bem como pela jurisprudência e pela doutrina para as hipóteses de sucumbência da Fazenda Pública, quer por bem traduzir o esforço desempenhado pelo causídico, quer por representar contraprestação condigna da natureza da causa.

11. Remessa oficial parcialmente provida.

(TRF5, Primeira Turma, REO 471272, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, *DJ* - Data: 28/08/2009) - grifei.

Outrossim, considerando o princípio da *actio nata*, conta-se o prazo prescricional para as ações em que se pleiteia indenização por danos morais a partir do ato lesivo que, no caso em comento, ocorreu no primeiro mês em que a Administração deixou de pagar a pensão alimentícia da autora nos moldes previstos na decisão judicial.

Assim, havendo a lesão ao direito ocorrido ainda em 1988, a pretensão indenizatória da autora somente encontraria abrigo na prestação jurisdicional até o ano de 1993. Dessa forma, afigura-se irrelevante para a análise do caso concreto precisar o mês exato – junho ou agosto de 1988 – em que passou a autora a sofrer a lesão por ato da União, porquanto em nada afetará a decisão pela decretação da prescrição já que a presente ação somente foi proposta em junho 2008.

Diferente questão se aproxima quando da apreciação da restituição dos valores indevidamente suprimidos pela União, uma vez que, em se tratando de prestações sucessivas, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

Esse é também o posicionamento do egrégio Superior Tribunal de Justiça a seguir transcrito:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PENSÃO. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. FUNDO DE DIREITO. PRESCRIÇÃO. QUINQUÊNIO COMPUTADO A PARTIR DA PROPOSITURA DAAÇÃO.

1. A prescrição, em tratando de prestações sucessivas, atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, e não as

que integram a questão de fundo quanto ao direito subjetivo da parte, que, *in casu*, diz respeito ao aumento da pensão mensal, recebida pelas autoras, para ordem de 04 (quatro) salários mínimos, até atingirem 70 (setenta) anos de idade. Precedentes do STJ: REsp 714211/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 16/06/2008; AgRg nos EREsp 766228/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, DJ de 18/12/2008 e AgRg no REsp 915.014/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ de 04/12/2008.

2. Consectariamente, concluiu com acerto o Tribunal a quo ao assentar que: "(...) Contudo, mesmo assim, a prescrição quinquenal fulminou o direito das autoras/apelantes quanto aos pedidos constantes nos itens *a* e *b* da petição inicial (fl. 08), que se refere à condenação do promovido/apelado a indenização quanto aos danos materiais e morais. No entanto, quanto ao pedido formulado no item *c* (aumento da pensão mensal paga pelo promovido às autoras), entendo tratar-se de relação de trato sucessivo, devendo ser aplicada a Súmula nº 85 do colendo Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. As autoras/apelantes comprovaram o recebimento da referida pensão até SETEMBRO/1999, através dos extratos de fls. 56/63 e 85/90, tendo o Estado do Ceará/apelado, em sua contestação, afirmado que: "... as autoras nunca deixaram de receber ajuda da SETAS e do Município de Baturité. Atualmente recebem uma pensão da SETAS no valor de 1/2 salário mínimo, cada uma" (fls. 109).

3. Agravo Regimental desprovido.

(STJ, Primeira Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1060097/CE, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 06/08/2009) - grifei

Dessarte, considerando que a ação foi ajuizada em 2008, somente cabe falar em ressarcimento dos valores devidos a partir do ano de 2003. Todavia, como já em 2005 ocorreu a regularização da prestação, a partir da fixação de novo acordo de alimentos, forçoso é reconhecer que somente cabe à autora reclamar os valores devidos no período de junho/2003 a fevereiro/2005.

Partindo do pacífico pressuposto, consubstanciado no art. 31, § 6º, da Constituição Federal, de que cabe ao Poder Público reparar os danos que causar ao patrimônio jurídico de outrem, através de comportamentos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, puramente fáticos ou jurídicos, faz-se mister notar que, no caso concreto, não pode este se escusar da obrigação de restituir os valores incorretamente subtraídos da autora.

O equívoco administrativo não repousou sobre questão de natureza técnica específica, mas sobre conceito básico do Direito Administrativo. Neste sentido, caminha o pensamento de ilustres administrativistas que conceituam o termo “vencimentos” da seguinte forma:

[Hely Lopes Meirelles] Vencimentos – Vencimentos (no plural) é espécie de remuneração e corresponde à soma dos vencimentos e das vantagens pecuniárias, constituindo a retribuição pecuniária devida ao servidor pelo exercício do cargo público. Assim, o vencimento (no singular) correspondente ao padrão do cargo público fixado em lei, e os vencimentos são representados pelo padrão do cargo (vencimento) acrescido dos demais componentes do sistema remuneratório do servidor público da Administração direta, autárquica e fundacional. Esses conceitos resultam, hoje, da própria Carta Magna, como se depreende do art. 39, § 1º, I, c/c o art. 37, X, XI, XII e XV. [*Direito Administrativo Brasileiro*, 28ª ed., pág. 453]

[Maria Sylvia Zanella di Pietro] A legislação ordinária emprega, com sentidos precisos, os vocábulos vencimento e remuneração, usados indiferentemente na Constituição. Na lei federal, vencimento é a retribuição pecuniária pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao padrão fixado em lei (art. 40 da Lei nº 8.112/90) e remuneração é o vencimento e mais as vantagens pecuniárias atribuídas em lei (art. 41). [*Direito Administrativo*, 14ª ed., pág. 492]

[Odete Medauar] Pelo trabalho prestado à Administração o servidor recebe pagamento em dinheiro. É comum nos estatutos haver regra proibitiva de trabalho gratuito, salvo casos previstos em lei.

Há terminologia própria nessa matéria, diferente da que vigora no setor privado. Assim denomina-se vencimento,

no singular, a retribuição, em dinheiro, pelo exercício de cargo ou função pública, com valor fixado em lei. Em geral, vencimento é simbolizado por letra, número ou pela combinação de ambos, denominada referência; a cada referência corresponde importância em dinheiro.

Os vocábulos “vencimentos” ou “remuneração” designam o conjunto formado pelo vencimento (referência) do cargo ou função mais outras importâncias recebidas, denominadas vantagens pecuniárias. [*Direito Administrativo Moderno*, 9ª ed., pág. 317]

O ofício de fl. 33, comunicando à Administração a decisão prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Macaíba/RN, dispunha expressamente que o percentual a ser descontado era de 40% (quarenta por cento) dos “vencimentos” do servidor público.

Considerando, assim, que o comportamento lesivo à esfera de direitos da autora decorreu de negligência da Administração que deixou de observar que o mandamento judicial fundava-se nos “vencimentos” do servidor, a obrigação de restituir as diferenças não pagas resta cristalina.

Há que se respeitar, por óbvio, a prescrição quinquenal aludida alhures de modo a não autorizar condição que o próprio ordenamento busca evitar, mas a total improcedência do pedido autoral conduziria ao enriquecimento sem causa do ente público.

Diante do exposto, dou provimento parcial à apelação para afastar a prescrição nos termos acima mencionados, determinando, por conseguinte, que a União empreenda a restituição à autora dos valores indevidamente suprimidos e não atingidos pela prescrição, ou seja, os compreendidos entre junho/2003 e fevereiro/2005.

Sucumbência recíproca.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 486.835-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelante: UNIÃO (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: MUNDIALTUR TURISMO E VIAGENS LTDA.
Adv./Proc.: DR. FLÁVIO JOSÉ WANDERLEY (APDA.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. ENTREGA DA DECLARAÇÃO, QUANDO REALIZADA APÓS O VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO. AJUIZAMENTO DENTRO DO LUSTRO PRESCRICIONAL. CITAÇÃO VÁLIDA NÃO OCORRIDA NO PRAZO PRESCRICIONAL. AUSÊNCIA DE CULPA DA CREDORA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 106 DO STJ. APELAÇÃO PROVIDA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA O REGULAR PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO.

- O termo a quo do prazo prescricional, na hipótese de declaração do contribuinte, conta-se da data fixada como vencimento para o adimplemento da obrigação tributária ou da data da entrega da respectiva declaração, quando esta for posterior ao vencimento da obrigação.

- Apesar de não constar a indicação da data de entrega da declaração na certidão de dívida ativa (CDA), a UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), por meio de seu apelo, juntou documentos (fls. 58/75) os quais demonstram que a declaração relativa ao período 1994/1995 foi inicialmente entregue ao Fisco em 27/09/1995, sendo posteriormente retificada pela ora executada em 18/10/1999.

- In casu, pode ser verificado que a declaração retificada foi efetivamente entregue em 18/10/1999, ou seja, em data posterior ao vencimento. Logo, sendo a execução proposta em 16/11/2000, não há de falar-se em prescrição da pretensão

executiva, até porque aquela foi manejada dentro do prazo prescricional previsto no art. 174 do Código Tributário Nacional (CTN).

- Por outro lado, a ausência de citação válida no lustro prescricional aplicável não pode ser imputada à parte credora, pois, uma vez frustrada a primeira tentativa de citação, referente ao despacho exarado em 14/02/2001, o respectivo AR somente foi juntado aos autos em 22/01/2003, sendo a exequente instada a se pronunciar acerca da carta de citação devolvida apenas em 12/01/2007, o que sem dúvida atrai a inteligência da Súmula nº 106 do STJ, in verbis: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”. Tal situação afasta por completo as alegações de ocorrência de prescrição material e/ou intercorrente.

- Ademais, deve ser registrado que não houve nos autos qualquer despacho determinando a suspensão do feito ou arquivamento sem baixa, o que mais uma vez faz cair por terra o reconhecimento da prescrição com base no art. 40 da Lei nº 6.830/80, ou mesmo na Súmula nº 314 do STJ, como inicialmente assentado na sentença recorrida.

- Precedentes desta Corte.

- Apelação provida para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à origem para o regular prosseguimento da execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas cons-

tantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 10 de novembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de apelação da UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) contra sentença, às fls. 31/32, que extinguiu a execução fiscal, com resolução do mérito, em razão do reconhecimento da prescrição intercorrente, com base no art. 269, IV, do Código de Processo Civil (CPC), *c/c* o § 4º do art. 40 da Lei nº 6.830/80.

Em suas razões recursais, a apelante aduziu, em apertada síntese, que a prescrição material e intercorrente não poderiam ser caracterizadas. Primeiro, porque a declaração relativa aos créditos tributários perseguidos fora entregue em 27/11/1995 e posteriormente retificada pela executada em 18/10/1999, o que demonstraria a propositura do executivo fiscal dentro do lustro prescricional; segundo, porque não teria havido inércia da exequente, o que atrairia a inteligência da Súmula nº 106 do STJ. Destacando a inaplicabilidade da Súmula nº 314 do STJ, requereu, ao final, o provimento do apelo.

Contrarrazões apresentadas às fls. 79/82.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

A apelação da UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) merece provimento. Explico. É cediço que o termo *a quo* do prazo prescricional, na hipótese de declaração do contribuinte, conta-se da data fixada como vencimento para o adimplemento da obrigação tributária, ou da data da entrega da respectiva declaração, quando esta for posterior ao vencimento da obrigação.

Ora, apesar de não constar a indicação da data de entrega da declaração na certidão de dívida ativa (CDA), a UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), por meio de seu apelo, juntou documentos (fls. 58/75) os quais demonstram que a declaração relativa ao período 1994/1995 foi inicialmente entregue ao Fisco em 27/09/1995, sendo posteriormente retificada pela ora executada em 18/10/1999.

In casu, pode ser verificado que a declaração retificada foi efetivamente entregue em 18/10/1999, ou seja, em data posterior ao vencimento. Logo, sendo a execução proposta em 16/11/2000, não há de falar-se em prescrição da pretensão executiva, até porque aquela foi manejada dentro do prazo prescricional previsto no art. 174 do Código Tributário Nacional (CTN).

Com efeito, a ausência de citação válida no lustro prescricional aplicável não pode ser imputada à parte credora, pois, uma vez frustrada a primeira tentativa de citação, referente ao despacho exarado em 14/02/2001, o respectivo AR somente foi juntado aos autos em 22/01/2003, sendo a exequente instada a se pronunciar acerca da carta de citação devolvida apenas em 12/01/2007, o que sem dúvida atrai a inteligência da Súmula nº 106 do STJ, *in verbis*:

Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.

A meu sentir, tal situação afasta por completo as alegações de ocorrência de prescrição material e/ou intercorrente. Ademais, deve ser registrado que não houve nos autos qualquer despacho determinando a suspensão do feito ou arquivamento sem baixa, o que mais uma vez faz cair por terra o reconhecimento da prescrição com base no art. 40 da Lei nº 6.830/80, ou mesmo na Súmula nº 314 do STJ, como inicialmente assentado na sentença recorrida.

Colaciono os seguintes precedentes desta Corte, a fim de robustecer, por semelhança, o meu entendimento sobre a matéria:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ENTREGA DA DCTF. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO INICIADO NA DATA DE ENTREGA DA DECLARAÇÃO.

1. Nos casos de tributo sujeito a lançamento por homologação, a declaração elide a necessidade de constituição formal do débito pelo Fisco, o qual já pode ser imediatamente inscrito em dívida ativa, tornando-se exigível independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte (Precedente: STJ - REsp nº 436432, DJ 18/08/2006).

2. Dispõe o art. 174 do CTN que o prazo para a Fazenda Nacional efetuar a cobrança de seus créditos prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

3. O termo inicial do prazo prescricional, em caso de declaração, inicia-se da data estabelecida como vencimento para o pagamento da obrigação tributária constante da DCTF, ou da data de sua entrega, quando posterior ao vencimento da obrigação.

4. Hipótese em que a DCTF foi entregue em data posterior ao vencimento, tendo sido ajuizada a ação dentro do prazo de cinco anos estabelecido pelo art. 174 do CTN.

5. Agravo de instrumento não provido.

(Negritei) (TRF 5ª REGIÃO - AG 78659 - UF: PE - Órgão Julgador: Segunda Turma - DJ: 06/04/2009, página: 164 - Relator(a): Des. Federal Manuel Maia (Convocado) - Decisão: Unânime).

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SENTENÇA QUE DECRETA PRESCRIÇÃO. CRÉDITO CONSTITUÍDO POR DCTF. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A sentença recorrida extinguiu a Execução Fiscal, decretando a prescrição; evidencie-se que: (a) os créditos em cobrança possuem vencimentos entre fevereiro/01 e janeiro/02; (b) a constituição do crédito se deu com base em declarações de rendimentos apresentadas em 04.04.06 (fl. 58); (c) a Execução Fiscal foi protocolada em 20.08.07; (d) por despacho, em 13.09.07, determinou-se a citação da parte executada (fl. 30).

2. Na hipótese de constituição do crédito por Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF ou por outra declaração de mesma natureza, o termo a quo para contagem da prescrição é a data da entrega da declaração (STJ, AgRg. no Ag 938.979-SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 05.03.08, p. 1).

3. Considerando-se que (a) a constituição do crédito se deu com base em declarações de rendimentos, cuja apresentação, em 04.04.06 (fl. 58), é o termo a quo do lapso prescricional (b) a Execução Fiscal foi protocolada em 20.08.07; e (c) por despacho, em 13.09.07, determinou-se a citação da parte executada (fl. 30), não há que se falar em consumação da prescrição.

4. Apelação provida para que a Execução Fiscal tenha continuidade, retornando os autos à Primeira Instância.

(Negritei) (TRF 5ª REGIÃO - APELREEX 1882 - UF: PE - Órgão Julgador: Segunda Turma - DJ: 26/11/2008, página: 132 - Relator(a): Des. Federal Manoel Erhardt - Decisão: Unânime).

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. MORA DO JUDICIÁRIO. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL A CONTAR DA ENTREGA DA DCTF. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

I. O prazo prescricional começa a fluir a partir da entrega da Declaração nos casos, como o caso em exame, de tributo declarado e não pago.

II. Embora não conste a indicação da data de entrega da DCTF na CDA, a Fazenda Nacional, através do recurso de apelação, anexou documento (fl. 78), o qual confirma que a Declaração nº 0030238, referente ao período de 1995/1996, foi entregue à Receita Federal em 24/05/1996.

III. Ao ser computado o prazo de cinco anos a partir de tal data conclui-se que o prazo prescricional quinquenal não restou configurado, uma vez que, a ação foi ajuizada em 15/03/2000.

IV. Dispõe a Súmula 106 do STJ: "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência".

V. Embargos de declaração providos.

(Negritei) (TRF 5ª REGIÃO - EDAC 457369/01 - UF: PE - Órgão Julgador: Quarta Turma - DJ: 04/03/2009, página: 241 - Relator(a): Des. Federal Margarida Cantarelli - Decisão: Unânime).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL CONTRA SÓCIO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, interposto em face da decisão proferida pelo juízo *a quo*, que indeferiu o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio da empresa devedora, sob o fundamento de ter ocorrido prescrição.

2. No caso presente, é imperioso se observar que o entendimento consolidado no âmbito do col. STJ é no sentido de que ocorre a prescrição da pretensão do Fisco em ver redirecionados os executivos fiscais contra os sócios das empresas executadas, quando a citação destes é requerida após o transcurso de cinco anos, contados da citação da empresa devedora.

3. No entanto, entende-se não ter se consumado o prazo quinquenal prescricional em relação aos sócios, uma vez que o lapso de tempo a que se refere o juiz da primeira instância não decorreu da inação do credor.

4. A empresa executada, citada em 21/05/1996, interpôs embargos à execução fiscal, os quais não foram conhecidos pelo juízo. Em 09/12/1999 foi determinada a expedição de mandado de penhora e avaliação, o qual só foi expedido em outubro de 2005 e devidamente cumprido em maio de 2007, restando, ademais, infrutífero, uma vez que o oficial de Justiça não encontrou a executada. E, apenas em 21 de junho de 2007 é que a Fazenda Nacional foi intimada a se pronunciar no caso, requerendo, então, a citação do sócio gerente.

5. Desse modo, não há como se imputar à exequente culpa na expiração do prazo prescricional, eis que a exequente não ficou inerte, mas, sim, no aguardo do cumprimento do despacho judicial que determinou a expedição do mandado de penhora e avaliação.

6. Assim, entre setembro de 1999 e maio de 2007 a mora não pode ser atribuída à Fazenda Nacional, e sim ao Poder Judiciário que demorou na efetivação da diligência, pelo que se impõe a aplicação da Súmula 106 do STJ, *in verbis*: “Proposta a ação no prazo fixado para seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou

decadência”.

7. Agravo de instrumento provido.

(Negritei) (TRIBUNAL 5ª REGIÃO - AG 83984 - UF: PE - Órgão Julgador: Primeira Turma - DJ: 29/05/2008, página: 485 - Relator(a): Des. Federal Frederico Pinto de Azevedo - Decisão: Unânime).

Por fim, no que tange à incidência do disposto no art. 14 da Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, para fins de extinção do processo por força da remissão, como suscitou a recorrida nas contrarrazões, não basta o magistrado verificar se o valor da execução fiscal é igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), devendo aferir ainda a respectiva data de seu vencimento, bem como se o devedor possui outros débitos que, consolidados, ultrapassem o limite legal. Ora, inexistindo nos autos prova suficiente para aferição dos requisitos legais, não pode o juiz extinguir a execução sem antes dar à exequente a oportunidade de trazer ao processo os dados necessários à perfeita compreensão da situação fiscal do devedor. Tal diligência poderá ser realizada no juízo de primeiro grau, quando do retorno dos autos à origem, sem prejuízo, portanto, para a parte executada.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para anular a sentença, determinando o retorno dos autos à origem para o regular prosseguimento da execução.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 487.101-CE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: UNIÃO
Apelado: FRANCISCO EDVALDO DA SILVA ROCHA
Adv./Proc.: DRA. MARIA SUZETE OLIVEIRA DE LIMA (APDO.)

EMENTA: CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. SEGUNDA COMPRA E VENDA DO IMÓVEL ANTERIOR À CITAÇÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ESCRI-

TURA DE COMPRA E VENDA SEM REGISTRO IMOBILIÁRIO. NEGÓCIO ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. REGISTRO DA TRANSAÇÃO APÓS A PRENOTAÇÃO DO GRAVAME. BOA-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE.

- *Consta nas Declarações de Ajuste Anual do IRPF, respectivamente, do EX2006 AB2005 e EX2007 AB 2006, ambas da compradora de fato que alienou o imóvel ao terceiro, ora embargante/apelado, o imóvel descrito na inicial, como de sua propriedade, com indicação, inclusive, da existência do chamado “contrato de gaveta”, além de, na Declaração de Ajuste Anual do IRPF EX2008 AB 2007, constar expressa alusão à venda do referido imóvel ora guerreada.*

- *Restou comprovado nos autos que a compra e venda ora sob exame, além de não ter ocorrido diretamente do demandado, posto que o mesmo já havia alienado o bem desde 30.9.05, aconteceu em 13.4.07, antes da prenotação da inalienabilidade (31/5/07), e do registro dessa mesma inalienabilidade (8/6/07).*

- *A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta egrégia Corte vem adotando o entendimento de que para caracterizar-se fraude à execução não basta apenas o ajuizamento da ação, é necessário que se tenha ocorrido a citação válida e a venda de imóvel já penhorado.*

- *A decretação da indisponibilidade de bens sobre o imóvel alienado não deve prosperar, uma vez que o adquirente (terceiro embargante) demonstrou boa-fé e posse sobre o imóvel adquirido, antes do ajuizamento da ação, em respeito aos termos da Súmula 84 do STJ (“É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”).*

- *Apelação improvida.*

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, negar provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 1º de dezembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de embargos de terceiro opostos por FRANCISCO EDVALDO DA SILVA ROCHA, em face de ação civil pública movida contra Iran Holanda Nogueira, alegando que o imóvel, objeto de penhora, foi por ele adquirido de boa-fé, em momento em que não constava qualquer registro em cartório a respeito da fixação de algum gravame sobre ele, razão pela qual pugna pela desconstituição da penhora.

O MM. Juiz monocrático julgou procedente o pedido, condenando a embargada a pagar honorários advocatícios em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Inconformada, recorre a União, com as razões de fls. 184/190.

Após contrarrazões, subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Observa-se, no presente caso, às fls. 14/16, cópia do contrato particular de compra e venda celebrado entre o embargante/ape-

lado e o ex-proprietário do imóvel em questão, representado pela Sra. Maria Suzete Oliveira de Lima (compradora de fato, através de contrato de gaveta com procuração – fls. 147/151) datada de 13/4/07.

Consta igualmente nos autos, às fls. 129 e 137, nas declarações de bens insertas nas Declarações de Ajuste Anual do IRPF, respectivamente, do EX2006 AB2005 e EX2007 AB 2006, ambas da Sra. Maria Suzete Oliveira de Lima, o imóvel descrito na inicial, como de sua propriedade, com indicação, inclusive, da existência do chamado “contrato de gaveta”. E, ainda, à fl. 145, na declaração de bens inserta na Declaração de Ajuste Anual do IRPF EX2008 AB 2007, expressa alusão à venda do referido imóvel ao terceiro embargante/ apelado.

Oportuno se faz salientar que a ação civil pública movida contra Iran Holanda Nogueira foi ajuizada em 16/2/07, e refere-se à ação de ressarcimento dos danos causados por ato de improbidade administrativa, onde, por força de liminar deferida em 7/3/07, foi lançada a inalienabilidade do imóvel descrito na inicial, em 8/6/07, até ulterior deliberação daquele Juízo. Da análise do registro de imóveis (fl. 64), observa-se que a referida determinação havia sido prenotada em 31/5/07.

A jurisprudência dos tribunais já se posicionou no sentido de que, para que haja a caracterização da fraude à execução, não basta a citação válida do devedor, sendo necessário o registro do gravame no Cartório de Registro de Imóveis-CRI ou no Departamento de Trânsito-Detran, a depender do caso concreto, conforme abaixo transcrito:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. IMÓVEL ALIENADO E NÃO TRANSCRITO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO - ART. 530, I, DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. SÚMULA 84/STJ.

1. Jurisprudência da Corte segundo a qual se reconhece a validade de contrato de compra e venda, embora não efetuada a transcrição no registro imobiliário (Súmula 84/STJ), para efeito de preservação do direito da posse do terceiro adquirente de boa-fé.

2. No caso de alienação de bens imóveis, na forma da legislação processual civil (art. 659, § 4º, do CPC, desde a redação da Lei 8.953/94), apenas a inscrição de penhora

ou arresto no competente cartório torna absoluta a assertiva de que a constrição é conhecida por terceiros e invalida a alegação de boa-fé do adquirente da propriedade.

3. Ausente o registro de penhora ou arresto efetuado sobre o imóvel, não se pode supor que as partes contratantes agiram em *consilium fraudis*. Para tanto, é necessária a demonstração, por parte do credor, de que o comprador tinha conhecimento da existência de execução fiscal contra o alienante ou agiu em conluio com o devedor-vendedor, sendo insuficiente o argumento de que a venda foi realizada após a citação do executado.

4. Assim, em relação ao terceiro, somente se presume fraudulenta a alienação de bem imóvel realizada posteriormente ao registro de penhora ou arresto.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 866520 / AL; Rel. Ministra ELIANA CALMON; DJe 21/10/2008)

PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO NA PENDÊNCIA DE EXECUÇÃO. CPC, ART. 593, II, E 659, § 4º. INEXISTÊNCIA DE INSCRIÇÃO DA PENHORA. BOA-FÉ PRESUMIDA DOS TERCEIROS ADQUIRENTES.

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que não basta à configuração da fraude à execução a existência, anteriormente à venda de imóvel, de ação movida contra o alienante capaz de reduzi-lo à insolvência, somente admitindo tal situação quando já tivesse, então, havido a inscrição da penhora no cartório competente (art. 659, § 4º, do CPC).

II. Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp 939188 / RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ 13.08.2007)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* DE BOA-FÉ DO ADQUIRENTE.

1. Para caracterizar a fraude à execução não bastam o ajuizamento da ação e o despacho inicial do juiz determinando a citação, é necessário que tenha ocorrido a citação válida do devedor.

2. Somente ocorre a presunção absoluta do *consilium fraudis* nos casos de venda de bem penhorado ou arrestado,

se o ato constitutivo estiver registrado no Cadastro de Registro de Imóveis - CRI.

3. Recurso especial provido.

(STJ, REsp 911660 / MS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ23.04.2007)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIROS. PENHORA DE BEM IMÓVEL. ANTERIOR TRANSFERÊNCIA ATRAVÉS DE NEGÓCIO JURÍDICO NÃO AVERBADO NO REGISTRADO IMOBILIÁRIO. INEXISTÊNCIA DE FRAUDE. DEFESA DA POSSE. CABIMENTO. SÚMULA 84 DO C. STJ. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

- Provada a posse direta do imóvel, anterior ao ato de penhora, em decorrência de negócio jurídico ainda não averbado no registro imobiliário, pode o possuidor se valer da ação de embargos de terceiros para afastar o bem da constrição judicial, quando inexistentes indícios de fraude. Exegese da Súmula 84 do c. STJ. Precedentes.

- Apelação improvida.

(TRF 5ª Região, AC 377344/RN, Desembargador Federal MARCELO NAVARRO, DJ27/08/2007)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. POSSE. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO. DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA. SÚMULA 84/STJ EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO POSTERIOR À CITAÇÃO DO EXECUTADO, MAS ANTERIOR AO REGISTRO DE PENHORA OU ARRESTO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO *CONSILIUM FRAUDIS*. PRECEDENTES DO STJ. APELO PROVIDO.

(TRF 5ª Região, AC 435714/RN, Rel. Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES, DJ11/11/2008)

Nesse diapasão, destaca-se que a aquisição do referido imóvel pela Sra. Maria Suzete Oliveira de Lima (em 30.9.05) que, posteriormente, alienou-o ao embargante, ora apelado, ocorreu quando ainda não iniciada ação que ensejou a constrição no imóvel, portanto, em época em que ainda não existia o registro do gravame que impedia a alienação do imóvel.

Por sua vez, a compra e venda ora sob exame embora não tenha ocorrido diretamente do demandado, posto que o mesmo já havia alienado o bem desde 30.9.05, aconteceu em 13.4.07, antes

da prenotação da inalienabilidade (31/5/07), e do registro dessa mesma inalienabilidade (8/6/07), diga-se, por oportuno, constrição essa ocorrida mediante decisão em caráter liminar.

É cediço que o terceiro celebrante de compromisso de compra e venda não registrado tem proteção de sua posse contra a penhora incidente sobre o patrimônio do alienante, no caso de alienação acontecer antes da citação do executado, como ocorreu no caso dos autos. Assim, embora a Compra e Venda de imóvel só se perfectibilize com o respectivo registro da transação, restou plenamente caracterizada nos autos a boa-fé do embargante.

Diante da farta documentação acostada aos autos, verifica-se que quando da aquisição do imóvel não havia a referida constrição judicial, o que configura o ora apelado como terceiro de boa-fé e afasta a hipótese de fraude à execução, ainda mais quando a apelante não demonstrou haver o conhecimento da ação por improbidade por parte do adquirente.

Por oportuno, cito, ainda, os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE BEM ALIENADO A TERCEIRO DE BOA-FÉ. AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO DO TÍTULO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. PRESUNÇÃO DE AUSÊNCIA DE FRAUDE.

1. A exigência do registro da penhora, muito embora não produza efeitos infirmadores da regra *prior in tempore prior in jure*, exsurgiu com o escopo de conferir à mesma efeitos *erga omnes* para o fim de caracterizar a fraude à execução na alienação de bem imóvel pendente execução fiscal.

2. À luz do art. 530 do Código Civil, sobressai claro que a lei reclama o registro dos títulos translativos da propriedade imóvel por ato *inter vivos*, onerosos ou gratuitos, posto que os negócios jurídicos em nosso ordenamento jurídico não são hábeis a transferir o domínio do bem. Assim, titular do direito é aquele em cujo nome está transcrita a propriedade imobiliária.

3. A jurisprudência do STJ, sobrepunhando a questão de fundo sobre a questão da forma, como técnica de realização da justiça, vem conferindo interpretação finalística à Lei de Registros Públicos. Assim é que foi editada a Súmula 84,

com a seguinte redação: “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”.

4. Consoante cedição no e. STJ: “O CTN nem o CPC, em face da execução, não estabelecem a indisponibilidade de bem alforriado de constrição judicial. A pré-existência de dívida inscrita ou de execução, por si, não constitui ônus *erga omnes*, efeito decorrente da publicidade do registro público. Para a demonstração do *consilium fraudis* não basta o ajuizamento da ação. A demonstração de má-fé pressupõe ato de efetiva citação ou de constrição judicial ou de atos repersecutórios vinculados a imóvel, para que as modificações na ordem patrimonial configurem a fraude. Validade da alienação a terceiro que adquiriu o bem sem conhecimento de constrição já que nenhum ônus foi dado à publicidade. Os precedentes desta Corte não consideram fraude de execução a alienação ocorrida antes da citação do executado alienante”.

(EREsp 31.321/SP, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJU 16.11.99)

5. À fraude *in re ipsa* fica sujeito aquele que adquire do penhorado, salvo se houver o conhecimento *erga omnes* produzido pelo registro da penhora. A doutrina do tema assenta que: “Hodiernamente, a lei exige o registro da penhora, quando imóvel o bem transcrito. A novel exigência visa à proteção do terceiro de boa-fé, e não é ato essencial à formalização da constrição judicial; por isso o registro não cria prioridade na fase de pagamento. Entretanto, a moderna exigência do registro altera a tradicional concepção da fraude de execução; razão pela qual, somente a alienação posterior ao registro é que caracteriza a figura em exame. Trata-se de uma exceção criada pela própria lei, sem que se possa argumentar que a execução em si seja uma demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência e, por isso, a hipótese estaria enquadrada no inciso II do art. 593 do CPC. A referida exegese esbarraria na inequívoca *ratio legis* que exsurgiu com o nítido objetivo de proteger terceiros adquirentes. Assim, não se pode mais afirmar que quem compra do penhorado o faz em fraude de execução. ‘É preciso verificar se a aquisição precedeu ou sucedeu o registro da penhora’. Neste passo, a reforma consagrou, no nosso sistema, aquilo que de há muito se

preconiza nos nossos matizes europeus". (*Curso de Direito Processual Civil*, Luiz Fux, 2ª ed., pp. 1298/1299). Precedentes: REsp 866.520/AL, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU 21.10.08; REsp 944250/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJU 07.08.07; AgRg no REsp 924.327/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU 26.06.07; REsp 638.664/PR, desta relatoria, DJU 02.05.05; REsp 791.104/PR, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU 06.02.2006; REsp 665.451/CE, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJU 07.11.05, REsp 468.718/SC, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU 15.04.03; AgRg no Ag 448.332/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU 21.10.02; REsp 171.259/SP, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJU 11.03.02.

6. Deveras, *in casu*, a penhora efetivou-se em 19.12.00, e a alienação do imóvel pelos executados, após o redirecionamento da execução à adquirente, realizou-se em 04.01.01, devidamente registrada no Cartório de Imóveis da 3ª Circunscrição de Campo Grande em 13.02.01 (fls. 123/125), data em que não havia qualquer ônus sobre a matrícula do imóvel, cujo mandado de registro de penhora só foi expedido em 07.05.03 (fl. 113).

7. Recurso especial desprovido. (Grifos nossos)
(REsp 858999, Relator Ministro Luiz Fux, DJE 27/04/2009)

LOCAÇÃO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. IMÓVEL ALIENADO E NÃO TRANSCRITO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

1. A orientação deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, em relação a terceiros, é necessário o registro da penhora para a comprovação do *consilium fraudis*, não bastando, para tanto, a constatação de que o negócio de compra e venda tenha sido realizado após a citação do executado. Precedentes.

2. Recurso especial conhecido e provido.
(REsp 417075, relatora Ministra Laurita Vaz, DJE 09/02/2009)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CAUTELAR INCIDENTAL DE SEQUESTRO E INDISPONIBILIDADE DE BENS. ILEGITIMIDADE DO RÉU PARA POSTULAR PELA LIBERAÇÃO DE BEM QUE AFIRMA SER DE TERCEIRO. CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E

VENDA SEM REGISTRO IMOBILIÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. SÚMULA 84 DO STJ.

I - O agravado não possui legitimidade para postular pela liberação de bem imóvel que afirma ser de terceiro, cabendo ao adquirente fazer a defesa do seu patrimônio por meio processual próprio (embargos de terceiro), ocasião em que deverá demonstrar a posse do bem, tendo em vista a inexistência de registro imobiliário do contrato de compromisso de compra e venda, e comprovar sua boa-fé ao adquiri-lo em momento anterior à restrição judicial. Precedente.

II - Agravo de instrumento provido para reformar a decisão que determinou o desbloqueio do bem imóvel em questão. (TRF1, AG 200801000423134, e-DJF1 26/06/2009, Juiz Federal Cesar Cintra Fonseca (Conv.))

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 487.984-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Apelante: UNIÃO
Apelados: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS - FENAPEF E OUTROS
Advs./Procs.: DRS. JOÃO FRANCISCO DE CAMARGO E OUTROS (APTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. EXTINÇÃO DO PROCESSO REJEITANDO LIMINARMENTE OS EMBARGOS. ALEGAÇÃO DA APLICABILIDADE DA LEI Nº 9.266/1996 E DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.225-45/2001. AUSÊNCIA DE APONTAMENTO DO COMANDO DA LEI Nº 9.266/1996 NA CONTESTAÇÃO E NA APELAÇÃO NA AÇÃO ORIGINÁRIA Nº 2000.80.00.006181-0. JULGAMENTO DA

APELAÇÃO EM 18.01.2005, NÃO CONTEMPLANDO AS DIRETIVAS DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.225-45/2001, INEXISTINDO A FIXAÇÃO DE LIMITES E DE COMPENSAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA ANTE A INÉRCIA DA UNIÃO. AS QUESTÕES QUE AS PARTES PODERIAM SUSCITAR NO PROCESSO DE CONHECIMENTO TÊM-SE COMO DEDUZIDAS E DECIDIDAS, COM A SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA, SENDO VEDADA A DISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. OCORRÊNCIA DO EFEITO PRECLUSIVO DA COISA JULGADA. HONORÁRIOS FIXADOS COM RAZOABILIDADE. MULTA PELA PRÁTICA DE ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA (CPC, ART. 600, III) COM A OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA DA PRÁTICA DE ATO DOLOSO, CONSUBSTANCIADO NA VONTADE DO AGENTE EM NÃO CUMPRIR A OBRIGAÇÃO OU A ORDEM JUDICIAL. EMBARGOS DECORRENTES DE CITAÇÃO PARA OS FINS DO ART. 730, CPC, ASSENTADOS NAS DIRETIVAS DA LEI Nº 9.266/1996, E DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.225-45/2001, COMO TAMBÉM EM JURISPRUDÊNCIAS DE TRIBUNAIS BRASILEIROS. EXCLUSÃO DA MULTA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA EXCLUIR A MULTA POR VIOLAÇÃO AO ART. 600, III, CPC.

- Apelação cível em embargos à execução, contra sentença proferida pelo Exmo. Sr. Juiz Federal 1ª Vara/AL, interposta pela União argumentando que: a) a Medida Provisória nº 2.225-45/2001, não contemplou a carreira de Policial Federal, que foi reestruturada com a edição da Lei nº 9.266/96, e, por isto, não é válido qualquer pagamento complementar de 3,17% posteriormente a 15 de março de 1996; b) a exclusão da multa,

já que agiu dentro dos limites legais; c) a fixação dos honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da execução foi exagerada, pois não houve a participação da parte adversa.

- Trata-se de apelação em embargos à execução por título judicial arrimado em sentença e em acórdão prolatados na Ação nº 2000.80.00.006181-0, que determinou a implantação e o pagamento do percentual de 3,17% (três vírgula dezessete por cento) nos vencimentos dos representados policiais federais.

- A sentença rejeitou liminarmente os embargos à execução, aduzindo que: a) não poderia mais haver discussão quanto ao direito do reajuste de 3,17% (três vírgula dezessete por cento), desde março de 1996, data edição da Lei nº 9.266/96, por ter-se operado a preclusão decorrente da coisa julgada; b) a pretensão da União tem caráter nitidamente procrastinatório, caracterizando-se como ato atentatório à dignidade da justiça, e, por este motivo, aplicou multa no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da execução; c) condenou a União ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da execução. A União, na Ação de Conhecimento nº 2000.80.00.006181-0, não alegou, na contestação, que os policiais federais tiveram aumento com a edição da Lei nº 9.266/1996, que já se encontrava em vigor à época, como também a fixação de compensação de valores ante a previsão contida na Medida Provisória nº 2.225-45/2001, que se encontrava em vigor na prolatação do acórdão pelo eg. TRF-5ª Região, em 18.01.2005. O acórdão não determinou nenhuma compensação ou estabeleceu limites.

- As questões que a União poderia suscitar no processo de conhecimento têm-se como deduzidas e decididas (CPC, art. 474). A superve-

niência do trânsito em julgado da sentença veda a rediscussão do mérito da demanda de conhecimento em sede de embargos à execução. Aplicação do efeito preclusivo da coisa julgada, já que possíveis defeitos ocorridos no processo de conhecimento não têm o condão de transpor a autoridade da coisa julgada e irradiar efeitos na fase de execução. Descabe a oposição de embargos à execução para reanálise da sentença proferida no processo cognitivo. Pronunciamento uniformizador da 3ª Seção do eg. STJ (EmbExeMS nº 6.982/DF (2006/0051188-3), Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Órgão Julgador: TERCEIRA SEÇÃO, DEC. UN., Data do Julgamento: 28/03/2007, Data da Publicação/Fonte: DJ 16/04/2007, p. 164). Outros precedentes do egrégio STJ (AgRg no REsp 693376/SC (2004/0132481-8), Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, DEC. UN., Data do Julgamento: 18/06/2009, Data da Publicação/Fonte: DJe 01/07/2009; REsp nº 695445 (200401433089), Relator: ARNALDO ESTEVES LIMA, Órgão Julgador: QUINTA TURMA, DEC. UN., Fonte: DJE, DATA: 12/05/2008; REsp nº 397265/RS (2001/0189198-9), Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, DEC. UN., Data do Julgamento: 15/12/2005, Data da Publicação/Fonte: DJ 20/02/2006, p. 264). Prevalência da coisa julgada.

- Honorários arbitrados de forma razoável levando em consideração o trabalho desenvolvido pelo Ilmo. Sr. Patrono da parte apelada, de forma zelosa e cumpridor das diligências. Observância das diretivas dos §§ 3º e 4º, art. 20, CPC.
- Exclusão da multa fixada em 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da execução, imputada pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, art. 600, III) com a oposição dos embargos à execução. Inexistência da prática de

ato doloso, consubstanciado na vontade do agente em não cumprir a ordem judicial, já que não se aproveitou de artifícios jurídicos para postergar a prestação jurisdicional, já que a União foi citada para os fins do art. 730, CPC, sendo o modo de defesa, nesta situação, os embargos do devedor. Também a apelante assentou a sua pretensão nas diretivas contidas na Lei nº 9.266/1996, e na Medida Provisória nº 2.225-45/2001, como também em jurisprudência. Precedentes do egrégio STJ (REsp nº 1116132/SP (2009/0006088-0), Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, DEC. UN., Data do Julgamento: 06/08/2009, Data da Publicação/Fonte: DJe 27/08/2009; REsp nº 1006562/SP (2007/0244057-0), Relator: MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, DEC. UN., Data do Julgamento: 15/04/2008, Data da Publicação/Fonte: DJe 29/04/2008; EDcl no REsp nº 999040/SP (2007/0248260-4), Relatora: Ministra DENISE ARRUDA, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, DEC. UN., Data do Julgamento: 25/03/2008, Data da Publicação/Fonte: DJe 30/04/2008).

- Apelação parcialmente provida apenas para excluir a multa de 5% (cinco) sobre o valor da execução pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça.

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 Quarta 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, dar parcial provimento à apelação para excluir a multa de 5% (cinco) sobre o valor da

execução pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos do voto do Relator.

Recife, 15 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

I. Trata-se de apelação cível em embargos à execução interposta pela União contra sentença proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara/AL.

II. A União, em suas razões recursais, alega, em suma, que: a) houve a extensão do percentual de 3,17% aos servidores públicos federais, através da Medida Provisória nº 2.225-45/2001, que não contemplou a carreira de Policial Federal, que foi reestruturada com a edição da Lei nº 9.266/96; b) a indicada medida provisória promoveu modificação no estado de direito, implicando o adimplemento parcial da obrigação de dar da executada aos exequentes; c) a sentença do processo de conhecimento foi proferida em 30.03.2001, anteriormente à edição da Medida Provisória nº 2.225-45/2001, o que não implica em malferimento à coisa julgada; d) entende que exigir-se o adimplemento da obrigação de 3,17%, após a edição da Lei nº 9.266/96, importará o enriquecimento indevido dos embargados; e) o adimplemento integral ou parcial não se sujeita à preclusão, e a presente situação diz respeito ao adimplemento decorrente da reestruturação funcional; f) a decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 67.092-AL diz respeito à obrigação de fazer, relativa à obrigação do percentual de 3,17%, enquanto a objeção ofertada refere-se à obrigação de dar; g) os fundamentos da decisão prolatada no indicado agravo de instrumento não fazem coisa julgada, e não podem fulminar o presente processo; h) não é válido qualquer pagamento complementar de 3,17% posteriormente a 15 de março de 1996, ante a reestruturação da carreira de Policial Federal; i) pretende o afastamento da multa, já que agiu dentro dos limites legais; j) a fixação dos honorários advocatí-

cios foi exagerada, pois não houve a participação da parte adversa. Ao final, requereu-se a reforma da sentença para reconhecer o adimplemento dos termos ou determinar que o Juízo de primeiro grau afira a existência da reestruturação, afastando a imposição de multa, e reduzir o valor dos honorários advocatícios.

III. A FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS-FENAPEF respondeu que: a) houve o reconhecimento no Agravo de Instrumento nº 67.092-AL, que a Lei nº 9.266/96 e a Medida Provisória nº 2.225-45/2001 não poderiam prejudicar o recebimento do percentual de 3,17%, que ainda eram devidos em outubro/2005; b) o eg. TRF-5ª Região reconheceu que o percentual de 3,17% ainda seriam devidos em outubro/2005; c) os aumentos decorrentes da Lei nº 9.266/96 não tiveram correlação com a revisão geral de que tratou a Lei nº 8.880/95, já que apenas houve a equiparação dos policiais federais com os policiais civis do Distrito Federal; d) o eg. TRF-5ª Região julgou a questão de mérito discutida na execução, declarando a forma como a mesma deveria ser processada; e) houve a formação da coisa julgada no agravo de instrumento que declarou que a Lei nº 9.266/96 não absorveu o aumento, e não houve a adimplência do percentual de 3,17%; f) a sentença foi prolatada em 30.03.2001, e o acórdão que a ratificou foi prolatado em 18.01.2005, levando-se ao entendimento de que as questões ora suscitadas são anteriores à formação do título executivo; g) o comando do art. 471, I, CPC deve ser posterior ao acórdão que julgou a apelação na fase de conhecimento, o que não ocorreu na presente situação, já que a edição da Medida Provisória nº 2.225-45/2001 não ocorreu após a formação do título judicial; h) a Turma Julgadora do eg. TRF-5ª Região fez expressa referência à Medida Provisória nº 2.225/2001, e entendeu que a mesma não prejudica o direito dos credores; i) entende que a objeção não se sujeita à preclusão no processo de conhecimento, aplicando-se à presente situação a eficácia preclusiva da coisa julgada que tem jaez consumativa; j) entende que a multa aplicada foi adequada ante a conduta adotada pela apelante, como também deve ser mantida a condenação dos honorários sucumbenciais. Ao final, requereu-se o improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

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

1. A apelante se insurge contra a sentença que extinguiu os embargos à execução, rejeitando-os liminarmente, apresentando os seguintes fundamentos: a) a implantação do reajuste de 3,17% já se encontra superada pela preclusão, em razão do acórdão prolatado no Agravo de Instrumento nº 67.092/AL, embora a União insistisse que na presente ação a discussão refere-se unicamente à obrigação de pagar; b) a discussão tem o mesmo argumento existente no Agravo de Instrumento nº 67.092/AL; c) o eg. TRF-5ª Região declarou que não poderia mais haver discussão se os beneficiários da decisão teriam direito ao reajuste desde Março de 1996, data edição da Lei nº 9.266/96, por ter-se operado a preclusão, ante o trânsito em julgado; d) a União não encontrou erros no cálculo de liquidação; e) a União está rediscutindo os limites da coisa julgada depois de ultrapassado o prazo para a ação rescisória, não sendo possível a relativização da coisa julgada já que a matéria não é de índole constitucional; f) seria incoerente o Judiciário reconhecer a persistência da obrigação de fazer, para, posteriormente, negar o pagamento das parcelas relativas ao mesmo período que deixaram de ser reajustadas pelo índice objeto da discussão; g) o pronunciamento da União tem caráter nitidamente procrastinatório, e se caracteriza como ato atentatório à dignidade da justiça, aplicando-se a multa de 5% sobre o valor atualizado da execução.

2. Compulsando os autos da Execução de Sentença contra a Fazenda Pública nº 2008.80.00.005551-0 constatei que a parte apelada propôs ação ordinária pretendendo a condenação da União a implantar o percentual de 3,17% nos vencimentos dos autores a partir de janeiro/1995, como também o pagamento do atrasado a contar do último reajuste concedido em janeiro/1995, cumulativamente com juros e correção monetária. Nos indicados autos, a União apresentou contestação arguindo a prescrição no período compreendido entre janeiro/1995 e outubro/2000 (data da propositura da ação), e negando o direito pleiteado pela parte autora.

Verifiquei que foi prolatada sentença às fls. 79/84, em 30.03.2001, julgando procedente a ação para determinar a implantação do direito em folha de pagamento das diferenças vencimentais correspondente ao reajuste de 3,17%, com o pagamento dos atrasados desde janeiro/1995.

Reanalizando a matéria, a Quarta Turma do eg. TRF-5ª Região prolatou acórdão (fls. 85/91), em 18.01.2005, negando provimento à remessa oficial e à apelação da União, mas dando provimento à apelação da parte ora embargada, reformando a sentença apenas no que se refere aos honorários advocatícios para 10% do valor da condenação. Consta, também, certidão às fls. 94, de trânsito em julgado.

3. Consoante consta no título executivo, não foi ventilada qualquer alusão às diretivas constantes na Medida Provisória nº 2.225-45/2001, com pronunciamento do Judiciário.

Consultando a *home page* da Seção Judiciária do Estado de Alagoas (www.jfal.gov.br), especificamente na busca processual, verifiquei que a União foi intimada da sentença e apresentou recurso antes da edição da indicada medida provisória.

A Medida Provisória nº 2.225-45/2001 dispôs em seus arts. 8º, 9º e 10:

Art. 8º Aplica-se aos servidores civis do Poder Executivo Federal, extensivo aos proventos da inatividade e às pensões, nos termos do art. 28 da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994, a partir de janeiro de 1995, o reajuste de vinte e cinco vírgula noventa e quatro por cento concedido aos servidores dos demais Poderes da União e aos Militares, deduzido o percentual já recebido de vinte e dois vírgula zero sete por cento.

Art. 9º A incorporação mensal do reajuste de que trata o art. 8º ocorrerá nos vencimentos dos servidores a partir de 1º de janeiro de 2002.

Art. 10. Na hipótese de reorganização ou reestruturação de cargos e carreiras, concessão de adicionais, gratificações ou qualquer outra vantagem de qualquer natureza, o reajuste de que trata o art. 8º somente será devido até a data da vigência da reorganização ou reestruturação efetivada, exceto em relação às parcelas da remuneração in-

corporadas a título de vantagem pessoal e de quintos e décimos até o mês de dezembro de 1994.

Como se pode observar, houve o reconhecimento legal da dívida referente ao percentual de 3,17%, e isto não foi mencionado no título executivo.

De acordo com o que fiz constar, o título executivo não tratou, nem fez qualquer alusão às diretivas da Medida Provisória nº 2.225/2001, já que a mesma inexistia no momento da prolação da sentença e da interposição do recurso de apelação pela União, mas que já estava em vigor na prolação do acórdão em 18.01.2005. A Quarta Turma do eg. TRF-5ª Região, declarou reconhecer o direito da parte ora embargada à revisão em seus vencimentos no percentual de 25,24%, o que corresponde a um crédito de 3,17% (vide o acórdão da Execução de Sentença contra a Fazenda Pública nº 2008.80.00.005551-0).

Saliento que o acórdão prolatado nos autos do Agravo de Instrumento nº 67.092-AL deferiu “o pedido de efeito suspensivo ativo para determinar o imediato cumprimento da sentença transitada em julgado, consistente na incorporação de reajuste de 3,17% em favor dos servidores beneficiários no Processo Originário nº 2000.80.00.006181-0”. Isto se deve ao fato de que o pedido formulado e a sentença seguiram no sentido da incorporação.

Dessa forma, houve a determinação para que houvesse a implementação do reajuste, consistindo em obrigação de fazer, e tal situação encontra-se acobertada pelo manto constitucional da coisa julgada.

Entendo que cabe fazer constar que a União, já no momento da contestação na Ação nº 2000.80.00.006181-0, tinha conhecimento e ciência do inteiro teor da Lei nº 9.266/1996, que alterou o regime jurídico da categoria funcional dos Policiais Federais, e, no entanto, não fez constar qualquer alegação de limitação do pleito veiculado na petição inicial pela parte ora apelada. A União, à época, não pretendeu a compensação das diferenças de remuneração, que no seu entender seriam cabíveis.

Esta situação tornou a se repetir na interposição do recurso de apelação, pois, mais uma vez, a União, tendo conhecimento

das diretivas da Lei nº 9.266/1996, deixou de realizar alegações quanto à mudança do regime jurídico da categoria funcional dos Policiais Federais, e as suas repercussões com pedido de compensação das diferenças de remunerações que possivelmente poderiam existir em seu favor.

Ademais, quando da prolatação do acórdão pela Quarta Turma do eg. TRF-5ª Região em 18.01.2005, além da Lei nº 9.266/1996, já se encontrava em vigor a Medida Provisória nº 2.225-45/2001, que determinava a equalização dos ajustes remuneratórios dos servidores públicos civis da União, com a compensação dos aumentos concedidos a cada categoria. A União foi intimada do indicado acórdão, e preferiu silenciar, deixando decorrer *in albis* o prazo para recurso, conforme se infere da certidão de fl. 94 de trânsito em julgado (vide a execução de sentença contra a Fazenda Pública nº 2008.80.00.005551-0, em apenso), a fim de apresentar pedido de equalização da decisão à ordem legal, no que se refere à sua aplicação no tempo.

Portanto, a União preferiu manter-se inerte, deixando aperfeiçoar-se todo o processo de conhecimento, que se encontra imantado pela coisa julgada, e a formação do título executivo judicial. Saliente-se que a União não agitou, também, a correspondente Ação Rescisória visando à revisão do julgado objetivando a aplicação das diretivas da Medida Provisória nº 2.225-45/2001 e da Lei nº 9.266/1966, ao vertente caso.

Logo, entendo que a União dispunha de todos meios e elementos processuais no processo de conhecimento para fazer valer as diretivas da Medida Provisória nº 2.225-45/2001 e da Lei nº 9.266/1966, sendo, por isso, indevida tal alegação em sede de embargos à execução por se encontrar atingida pela preclusão.

Por esta razão, entendo que possíveis vícios, mesmo de ordem pública, havidos no processo de conhecimento, não devem ser transportados para a execução do julgado, ante a preclusão, merecendo privilegiar-se a coisa julgada.

Também, saliento que o parecer técnico apresentado pela União às fls. 15/18, como fundamento da sua defesa para arguir o excesso de execução, concluiu que os cálculos apresentados pela

parte apelada estão corretos, e que nada mais tinha a acrescentar. Em razão disso, há falta de interesse da União em seus embargos, o que vem cancelar a rejeição liminar dos embargos realizada pelo Juízo Federal da 1ª Vara/AL.

Dessa forma, entendo que, no presente caso, a coisa julgada deve prevalecer.

4. Acrescento, ainda, que esta Quarta Turma pronunciou-se sobre a matéria ora discutida, no Agravo de Instrumento nº 67.092-AL, sob o voto condutor do Exmo. Sr. Desembargador Federal do eg. TRF-5ª Região, em sessão realizada em 08.08.2006. O indicado recurso foi oriundo de decisão de proferida em relação à Ação nº 2000.80.00.006181-0, de que os embargos são originários.

Em razão disso, transcrevo os seguintes trechos do indicado acórdão:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. INCORPORAÇÃO DE REAJUSTE DE 3,17%. ART. 10 DA MP Nº 2.225-45/2001. PRECLUSÃO.

- Não tendo sido ventilada na sentença, tampouco no acórdão deste Tribunal, a matéria concernente à aplicação da Lei nº 9.266/96 não poderia ser alegada na fase de execução para obstar o direito dos servidores substituídos à incorporação do percentual de 3,17%.

- Outrossim, a Lei nº 9.266/96 não trouxe aumento de vencimentos à categoria dos associados da agravante, tendo se limitado a fixar a remuneração desses cargos com fundamento no art. 4º da Lei nº 7.702/88, que estabelecia a isonomia de vencimentos entre as Carreiras de Policial Federal e de Policial Civil do Distrito Federal, donde, uma vez que não tratando de aumento geral de vencimentos da categoria dos servidores substituídos, não se poderia entender que o percentual de 3,17% tenha, desde aquela época, sido incorporado aos vencimentos desses servidores.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO: Vistos, etc. Decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas cons-

tantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator. Participaram do julgamento os Exmos. Srs.: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Desembargador Federal Lázaro Guimarães e Desembargador Federal Marcelo Navarro.

VOTO CONDUTOR:

O reajuste de 3,17% (três vírgula dezessete por cento) é considerado pela remansosa jurisprudência como revisão geral de vencimentos dos servidores públicos civis e militares da União.

(...)

Entendo necessário, em primeiro lugar, levantar algumas questões preliminares.

A primeira é a preclusão do direito da União requerer a aplicação da Lei nº 9.266/96, para obstar o direito dos filiados da agravante à incorporação do percentual de 3,17%. É que não tendo sido discutida tal matéria na fase de conhecimento, a sentença, transitada em julgado, não fez qualquer alusão quanto à incorporação do aludido percentual aos vencimentos dos filiados da agravante.

Na peça contestatória apresentada pela União, em data de 24 de janeiro de 2001, não foi tratada, numa linha sequer, a questão do direito dos filiados à incorporação do percentual de 3,17% em face da Lei nº 9.266/96, pelo que, na fase de execução, não poderia tal matéria ser ventilada como óbice ao cumprimento da obrigação de fazer imposta na sentença.

Do mesmo modo, no acórdão emanado da Quarta Turma, referente à apelação da União, não se fez qualquer referência à Lei nº 9.266/98.

Quanto à Medida Provisória nº 2.225/01, mais especificamente, o seu artigo 10, o qual estabeleceu que o reajuste de 3,17% só seria devido, até a data da vigência da reorganização ou reestruturação de cargos e carreiras, concessão de adicionais, gratificações ou qualquer outra vantagem de qualquer natureza aos servidores do Poder Executivo Federal, penso que não poderia ser aplicado ao caso em tela, sob pena de admitir-se que a lei nova possa retroagir para atingir os atos praticados na vigência da legislação anterior.

Ora, a sentença foi prolatada em 30 de março de 2001, pelo que não poderiam incidir os ditames da Medida Provisória nº 2.225, de 04 de setembro de 2001, sob o pálio de que a modificação do estado de fato ou de direito justificaria o pedido de revisão do estatuído na sentença.

Tal pleito, ao meu sentir, poderia até ter sido feito pela União, mas ainda na fase de conhecimento.

No que tange ao mérito propriamente dito, entendo necessária a transcrição do artigo 6º, parágrafo único e inciso I, da Lei nº 9.266/96, que dispôs sobre a reorganização das classes da Carreira Policial Federal, e fixou a remuneração dos cargos que as integram, *in verbis*:

O enquadramento nas tabelas de que tratam os Anexos I e II far-se-á mediante requerimento do servidor, em caráter irrevogável e irretratável, a ser apresentado no prazo de sessenta dias contados da data da publicação desta lei.

O requerimento a que alude este artigo conterá, obrigatoriamente, expressa renúncia do interessado ou declaração quanto à sua não integração a processos judiciais cujos pedidos versem sobre:

“Isonomia de vencimentos e vantagens com as Carreiras de que trata a Lei nº 4.878, de 3 de dezembro de 1965, com fundamento no disposto no art. 4º da Lei nº 7.702, de 21 de dezembro de 1988;” (realce atual) A Lei nº 9.266/96 não trouxe aumento de vencimentos à categoria dos associados da agravante, apenas fixou a remuneração desses cargos com fundamento no art. 4º da Lei 7.702/88, que estabelecia a isonomia de vencimentos entre as Carreiras de Policial Federal e de Policial Civil do Distrito Federal. Foi, assim, aplicada tão-somente a isonomia de vencimentos entre essas Carreiras, inclusive objeto de reivindicação, em movimento paredista, dos Policiais Federais. Por não ter tratado a referida lei de aumento geral de vencimentos da categoria dos servidores substituídos, não se poderia entender que o percentual de 3,17% tenha, desde aquela época, sido incorporado aos vencimentos desses servidores.

5. Sobre a matéria ora em debate, e corroborando o entendimento que adoto nesta oportunidade, saliento que houve pronunciamento do eg. STJ, através da Terceira Seção.

Eis o seu teor:

EmbExeMS nº 6.982/DF (2006/0051188-3)

Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA

Órgão Julgador: TERCEIRA SEÇÃO

Data do Julgamento: 28/03/2007

Data da Publicação/Fonte: DJ 16/04/2007, p. 164

Ementa: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. RESÍDUO DE 3,17%. LIMITAÇÃO. MP 2.225-45/01. REDISCUSSÃO DA LIDE. IMPOSIBILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. PRECEDENTE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Em observância à estabilidade das relações jurídicas, todas as questões que as partes poderiam suscitar no processo de conhecimento têm-se como deduzidas e decididas, com a superveniência do trânsito em julgado da sentença, o que se denomina efeito preclusivo da coisa julgada. Inteligência dos arts. 467, 468 e 474 do CPC.

2. O Superior Tribunal de Justiça, nos autos do MS 6.982/DF (Rel. Min. Fontes de Alencar), reconheceu aos filiados da impetrante o direito ao resíduo de 3,17% (três vírgula dezessete por cento) sobre seus vencimentos, sem determinar nenhuma compensação ou estabelecer limites, em acórdão transitado em julgado em 23/8/02.

3. Desse modo, o argumento da União de que nada seria devido – em razão do pagamento da Gratificação de Desempenho e Produtividade, a partir de 1995, e do disposto na MP 2.225-45/01, que estendeu o resíduo em tela aos servidores públicos do Poder Executivo – poderia ter sido deduzido e decidido no processo de conhecimento. Não cabe, em sede de embargos à execução, rediscutir a lide, mediante argumentos de caráter estritamente meritório, sob pena de ofensa à coisa julgada.

4. Embargos à execução rejeitados.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de execução, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Nilson Naves, Felix Fischer, Paulo Gallotti e Laurita Vaz.

A situação descrita guarda manifesta similitude com o que está sendo tratado nestes autos.

Creio ser pertinente ressaltar que o Regimento Interno do eg. STJ estabelece que cabe à Terceira Seção processar e julgar os feitos relativos a servidores públicos civis e militares¹, competindo-lhe, ainda, uniformizar jurisprudência mediante o afastamento preventivo de divergência entre as turmas da mesma Seção².

Assim, em razão do pronunciamento da Seção, há uma uniformização da jurisprudência da Quinta e da Sexta Turmas, que servirá de orientação para futuros julgamentos da competência da Terceira Seção.

Dessa forma, quadra transcrever os recentes arestos:

AgRg no REsp 693.376/SC (2004/0132481-8)

Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS

Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento: 18/06/2009

Data da Publicação/Fonte: *DJe* 01/07/2009

Ementa: EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL FUNDADO EM ACORDO HOMOLOGADO EM JUÍZO. NULIDADE DO ACORDO. HIPÓTESE NÃO PREVISTA NO ART. 741 DO CPC. PRECEDENTES.

1. Não tem suporte legal pedido de desconstituição da homologação de transação celebrada entre as partes, já

¹ Art. 9º. A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa.(...)

§ 3º À Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos

a:

(...)

II - servidores públicos civis e militares;

² Art. 12. Compete às Seções processar e julgar:

(...)

Parágrafo único - Compete, ainda, às Seções:

(...)

II - julgar feitos de competência de Turma, e por esta remetidos;

(...)

Art. 14. As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes:

(...)

II - quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção;

com o respectivo trânsito em julgado, em sede de embargos à execução.

2. É vedada a rediscussão do mérito da demanda de conhecimento em sede de embargos à execução, devendo-se limitar a discussão às matérias elencadas no art. 741 do Código de Processo Civil, hipóteses inexistentes na espécie. Precedentes.

3. Eventual nulidade do acordo firmado entre as partes poderá ser discutida em ação própria, com ampla cognição, como, por exemplo, pela ação anulatória prevista no art. 486 do Código de Processo Civil.

4. Agravo regimental improvido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)". Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

REsp nº 695.445 (200401433089)

Relator: ARNALDO ESTEVES LIMA

Órgão julgador: QUINTA TURMA

Fonte: *DJE* Data:12/05/2008

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. VÍCIO DE ORDEM PÚBLICA OCORRIDO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. TRANSMISSÃO À FASE EXECUTÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA. PRECEDENTES. NULIDADE AFASTADA. MATÉRIA SUSCITADA PELA PRIMEIRA VEZ EM MEMORIAIS. PRECLUSÃO. CAPACIDADE POSTULATÓRIA. PORTARIA MINISTERIAL. EFEITOS. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. Vícios, ainda que de ordem pública, ocorridos no pro-

cesso de conhecimento, não têm o condão de transpor a autoridade da coisa julgada e irradiar efeitos na fase de execução. Precedentes.

(...)

3. Preclusa a matéria arguida inauguralmente em sede de memoriais, sem contar, ainda, com a manifestação da parte adversa.

(...)

6. Recurso especial provido.

REsp nº 397.265/RS (2001/0189198-9)

Relator: Ministro CASTRO MEIRA

Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento: 15/12/2005

Data da Publicação/Fonte: *DJ* 20/02/2006 p. 264

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VÍCIOS NA SENTENÇA PROFERIDA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO NO ÂMBITO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA.

1. Se existiu algum equívoco na condenação no processo de conhecimento, deveria o recorrente ter se insurgido naquela oportunidade. Não o fez, mantendo-se inerte até a execução da sentença.

2. A solução da lide demandaria a análise da sentença proferida no processo cognitivo em confronto com o acórdão que julgou procedente, em parte, os embargos à execução movidos pelo BACEN. Tal providência, como se sabe, violaria a coisa julgada, nos moldes do que dispõem os arts. 474 e 467 do Estatuto de Ritos.

3. Recurso especial improvido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator”. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. (Grifei)

Portanto, em razão do princípio da segurança jurídica, é de se manter o que se encontra protegido pela coisa julgada, afastando-se qualquer alegação de excesso da execução ou causa modifi-

cativa ou extintiva da obrigação como a compensação (CPC, art. 741, V e VI).

6. No que se refere à fixação dos honorários advocatícios, entendendo que se deve levar em consideração o lapso temporal, do não conhecimento do direito da parte apelada pela União, o que fez com que houvesse a necessidade da contratação de profissional da área jurídica para veicular o direito postulado, com o cumprimento de prazos processuais, como também das diligências para defender os interesses da parte apelada neste feito.

Dessa forma, entendendo que foi razoável a fixação dos honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da execução.

7. Quanto à multa fixada em 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da execução, imputada pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, art. 600, III) com a oposição dos embargos à execução, creio que a mesma não tem como se sustentar.

Para a imputação da multa deve estar evidente a prática de ato doloso, consubstanciado na vontade do agente em não cumprir a obrigação ou a ordem judicial, aproveitando-se de artifícios jurídicos para postergar a efetiva prestação jurisdicional.

No caso vertente, no entanto, verifico que a ora apelante assementou a sua pretensão nos embargos nas diretrizes contidas na Lei nº 9.266/1996, e na Medida Provisória nº 2.225-45/2001, como também em jurisprudências dos tribunais brasileiros.

Em razão disso, não há má-fé da União, nem resistência às ordens judiciais, já que foi regularmente citada para os fins do art. 730, CPC, e o modo de defesa que possui são os embargos do devedor. Corroborando com o que ora afirmo, reproduzo os seguintes acórdãos do eg. STJ:

REsp nº 1116132/SP (2009/0006088-0)

Relator: Ministro CASTRO MEIRA

Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento: 06/08/2009

Data da Publicação/Fonte: *DJe* 27/08/2009

Ementa: TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. MULTA. ART.

600, II, DO CPC. INAPLICABILIDADE.

1. A recorrente ajuizou embargos à execução para discutir a regularidade do título executivo e a incidência da taxa Selic, embora já fosse aplicada aos tributos estaduais paulistas com o advento da Lei Estadual nº 10.175/98.

2. O Tribunal decidiu que tal manifestação implicou em ato atentatório “contra a dignidade da Justiça, fazendo por merecer a multa de 20% sobre o valor atualizado da dívida (art. 601 do CPC), por ter indevidamente se oposto à execução, valendo-se de expediente dilatatório, levantando argumentos sem substância”(fl. 137), considerou os argumentos sem substância e, ainda, os termos da Lei 12.399, que perdoou “parte substancial do valor das multas e reduzindo os juros, gradativamente, de maneira tão mais acentuada quanto o contribuinte faltoso se dispusesse a saldar a dívida, ainda que ajuizada”.

3. A atuação da embargante não constitui emprego de ardil ou meio artificioso de oposição capaz de configurar ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos do inciso II do art. 600 do Código de Processo Civil, principalmente porque os embargos fundavam-se em suposto excesso à execução, entre outras alegações, da aplicação da taxa Selic – questão que, à época, era controvertida (tanto que, nesse ponto, a sentença foi favorável à então embargante).

4. Recurso especial provido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. (Grifei)

REsp nº 1006562/SP (2007/0244057-0)

Relator: MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)

Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento: 15/04/2008

Data da Publicação/Fonte: *DJe* 29/04/2008

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FGTS. EXCLUSÃO DE ÍNDICES CONSTANTES DO TÍTULO JUDICIAL. IMPOSSI-

BILIDADE. ART. 741, II E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. MP 2.180-35/2001. INAPLICABILIDADE. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. NÃO-CONFIGURADAS QUAISQUER DAS HIPÓTESES DO ART. 600 DO CPC. MULTA. EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTIGOS 612, 632 E 736, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. SÚMULAS 282 E 356/STF. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESTA PARTE, PROVIDO.

1. Cuida-se de recurso especial interposto em autos de embargos à execução apresentados pela CEF, sustentando, com base no parágrafo único do art. 741 do CPC, a inexigibilidade de parte do direito concedido no título judicial exequendo, uma vez que este incluiu, nas contas vinculadas do FGTS, índices de correção monetária considerados indevidos pelo STF quando do julgamento do RE 226.855/RS. Os percentuais que a Recorrente alega indevidos são os referentes a junho/ 87, maio/ 90 e fevereiro/ 91.

2. O art. 741, II, parágrafo único, do CPC só incide quando o *decisum* se funda em lei ou ato normativo tidos como inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Bem assim quando os interpreta ou os aplica de modo incompatível com a Carta Magna.

3. Não configura hipótese de oposição maliciosa à execução (art. 600, inc. II, do CPC), o ajuizamento de embargos do devedor com amparo no art. 741, parágrafo único, do CPC, suscitando matéria não-pacificada nos Tribunais Superiores. Exclusão da multa por ato atentatório à dignidade da justiça. Precedentes desta Corte de Justiça.

(...)

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, PROVIDO para afastar a multa por ato atentatório à dignidade da justiça.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator. (Grifei)

EDcl no REsp nº 999.040/SP (2007/0248260-4)

Relatora: Ministra DENISE ARRUDA

Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento: 25/03/2008

Data da Publicação/Fonte: *DJe* 30/04/2008

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. MULTA PREVISTA NO ART. 600, II E III, DO CPC. EXCLUSÃO.

1. Nos termos da atual redação do art. 600, II e III, do CPC (com redação dada pela Lei 11.382/2006), “considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que: (...) II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III - resiste injustificadamente às ordens judiciais”.

2. No entanto, o ajuizamento de embargos do devedor, com fundamento no art. 741, II, e parágrafo único, do CPC, invocando precedentes do Supremo Tribunal Federal, nos quais foi supostamente acolhida a tese do embargante, não se subsume às hipóteses previstas no artigo referido. Por tal razão, no caso concreto, é descabida a imposição da multa com fulcro no art. 600, II e III, do CPC.

3. Embargos de declaração acolhidos, com a atribuição de efeitos infringentes. Recurso especial parcialmente provido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora. (Grifei)

Portanto, não tem como prosperar a imputação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça, devendo ser excluída.

8. Dessa forma, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela União, apenas para determinar a exclusão da multa de 5% (cinco por cento) por ato atentatório à dignidade da justiça.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.603-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelante: JOSÉ EDNALDO ALENCAR DE LIMA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Adv./Proc.: DR. WILLIAM ARIEL ARCANJO LINS (APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES (ART. 313-A DO CÓDIGO PENAL). PRELIMINARES REJEITADAS. AUTORIA E MATERIALIDADE EVIDENCIADAS ATRAVÉS DE ROBUSTO ACERVO PROBATÓRIO. DOSIMETRIA DA PENA IRRETOCÁVEL. CONFIRMAÇÃO DO VEREDICTO CONDENATÓRIO, EM TODOS OS SEUS TERMOS.

- Prejudiciais de mérito rechaçadas. Persecução criminal instaurada por denúncia que narra, minuciosamente, os fatos criminosos, preenchendo, destarte, todos os requisitos legais. Por outro lado, a decisão de indeferir pedido de perícia, na fase do hoje revogado art. 499 do Código de Processo Penal, tomou por base a intempestividade do pleito da defesa, encontrando-se, outrossim, inserida no livre convencimento do magistrado, que lhe permite indeferir a produção das provas que entender protelatórias ou inúteis para o deslinde da causa.

- Inatacável conjunto probatório a comprovar que o réu, valendo-se do cargo de diretor de divisão de pagamento de universidade federal, efetuou a elevada quantidade de duzentos e sessenta e três lançamentos de rubricas irregulares nos contracheques dos corrêus, para posterior divisão do produto dos crimes, dando causa, destarte, a prejuízo ao erário público da ordem de cento e cinquenta mil reais.

- Dosimetria da pena cominada em estrita con-

sonância com o sistema trifásico, albergado no diploma repressor pátrio (art. 68 do Código Penal), e em patamar perfeitamente compatível com o considerável grau de censura reclamado pelos atos perpetrados pelo recorrente (oito anos de reclusão), o mesmo podendo ser dito em relação à pena de multa, arbitrada no módico valor de oito salários mínimos.
- Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 10 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Apelação criminal interposta por José Ednaldo Alencar de Lima, desafiando sentença da lavra do MM. Juiz Federal [substituto] da 13ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, proferida nos autos da ação penal 2006.83.00.001681-2, instaurada no fito de perquirir a prática continuada do crime de inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A c/c art. 71 e art. 327, § 2º, todos do Código Penal).

Narra a denúncia que o ora apelante, valendo-se do cargo de diretor de divisão de pagamento de pessoal da Universidade Federal de Pernambuco, creditou indevidamente o montante de seis mil reais no contracheque da procuradora federal Carmem Lúcia Magalhães de Souza Sena, e, ato contínuo, efetuou descontos, a título de pensões alimentícias, nos valores de dois mil reais, dois mil e quinhentos reais e, finalmente, mil e quinhentos reais, cujos

beneficiários foram os vigilantes Carlos Antônio Barbosa e Antônio Siqueira do Nascimento, além da fictícia pessoa de nome Carmem Souza Sena.

Consta, outrossim, que diversos outros lançamentos irregulares foram efetuados, entre os anos de 2000 e 2004, concernentes a pagamentos, em duplicidade, de vencimentos básicos, adicionais de férias, adicionais de tempo de serviço, entre outras gratificações, sem os correspondentes descontos, cujos beneficiários foram Carlos Antônio Barbosa (valores superiores a sessenta e cinco mil reais) e Antônio Siqueira do Nascimento (montante excedente a quarenta e um mil reais).

Descreve a peça vestibular, ainda, que foram identificados outros lançamentos indevidos, em nome de Flávio da Silva Castro (quase trinta e sete mil reais) e do próprio recorrente (mais três mil reais) e que, ao todo, os ilícitos consistentes nos pagamentos irregulares causaram à autarquia de ensino um prejuízo de, aproximadamente, cento e cinquenta e cinco mil reais.

A sentença esgrimida acolheu a exordial acusatória (fls. 255-267), condenando-o à pena de oito anos de reclusão, a iniciar no regime semiaberto, cumulada com a obrigação de pagar quantia correspondente a duzentos e quarenta dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Nas razões recursais (fls. 310-323), o apelante aduz preliminar de inépcia da denúncia, queixa-se do indeferimento da diligência requerida por ocasião da fase do art. 499 do Código Penal, nega a consumação do ilícito, clamando pela absolvição, e, por derradeiro, ataca a dosimetria da pena.

Contrarrazões apresentadas pelo *Parquet* (fls. 325-342), instando pela confirmação do veredicto condenatório, em todos os seus termos.

Foram os autos ao *custos legis*, que opinou pelo improvimento da pretensão recursal (fls. 344-353).

É o relatório.

Encaminhar o feito ao douto revisor, para os fins do art. 197 do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

De início, rejeito as preliminares de inépcia da denúncia e de nulidade da sentença vergastada, esta decorrente do indeferimento de diligência requerida na fase do hoje revogado art. 499 do Código de Processo Penal.

Quanto à alegada inaptidão da exordial acusatória, é suficiente a mera leitura dos seus termos para se chegar à conclusão de que a peça vestibular preenche todos os requisitos legais para seu acolhimento, à medida que permite aos réus exercitarem com plenitude seu direito de defesa. Decerto, trata-se de atrial calcada em narrativa minuciosa, que expõe, de maneira clara, todos os fatos que embasam a tese da acusação.

Não há, pois, de se falar em inépcia da denúncia.

Outrossim, no que concerne à alegação de nulidade, decorrente do indeferimento de perícia requerida pela defesa, cuida-se, em verdade, de decisão cujos pilares assentam na intempestividade do pleito em questão (fl. 195), consoante comprova a certidão acostada à fl. 194.

Ainda que assim não fosse, é cediço que o poder de indeferir produção de prova requerida pelas partes se insere perfeitamente no livre convencimento do Magistrado, que lhe permite, dentro dos limites constitucionais da motivação dos atos judiciais (art. 93, inciso IX, da Carta Magna), eger os elementos probatórios que repute relevantes para o julgamento da causa, bem como indeferir as dilações instrutórias que lhe parecerem inconvenientes ou inúteis.

A propósito, a jurisprudência sempre foi remansosa em orientar que *o deferimento de provas submete-se ao prudente arbítrio do magistrado, cuja decisão, sempre fundamentada, há de levar em conta o conjunto probatório já existente. (...) É lícito ao juiz indeferir diligências que reputar impertinentes, desnecessárias ou protelatórias* (STF, HC 91777/SP, min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25 de setembro de 2007).

Superadas as preliminares, passo, doravante, ao exame do mérito da irresignação.

Chegando ao cerne da persecução criminal, observo que o édito condenatório não merece reforma, porquanto o robusto acervo probatório coligido aos autos comprovou, de maneira cabal, a prática do ilícito perquirido.

Não remanescem dúvidas de que o ora apelante, valendo-se do cargo de Diretor da Divisão de Pagamento de Pessoal da Universidade Federal de Pernambuco, entre os anos de 2000 a 2004, procedeu a diversas inserções de dados falsos no sistema de informações daquela autarquia de ensino, através do lançamento de quantias ilícitas nos contracheques dos corréus Flávio da Silva Castro, Antônio Siqueira do Nascimento e Carlos Antônio Barbosa, inclusive no ordenado da procurada federal Carmem Lúcia Magalhães de Souza Sena, esta inocente na trama criminosa, consumando, assim, de maneira continuada (art. 71 do Código Penal), a conduta típica prevista no art. 313-A do Diploma Repressor.

Foi elucidado, outrossim, que o recorrente, após os lançamentos ilícitos, efetuados sob as mais diversas rubricas (v.g., pensões alimentícias, pagamentos em duplicidade dos vencimentos básicos, adicionais de férias e de tempo de serviço, gratificações natalinas), locupletava-se do dinheiro público, através de acordos espúrios com seus comparsas. Restou incontestado, ademais, que a ação reiterada dos réus alcançou o total de duzentos e sessenta e três lançamentos irregulares, causando ao erário prejuízo da ordem de cento e cinquenta mil reais.

A materialidade delitativa começou a ser descortinada a partir de sindicância administrativa, provocada após pedido de providências por parte da citada procuradora federal, que resultou na instauração de auditoria na folha de pagamento da autarquia e de consequente processo administrativo disciplinar, todos constatando as inserções de informações irregulares.

Por seu turno, a autoria foi apurada através dos rastros deixados pelos atos do ora recorrente, já que o sistema de informações da Universidade Federal de Pernambuco registra o número do CPF do funcionário responsável por sua alimentação.

Vale dizer, ademais, que todas as provas colhidas em sede administrativa foram confirmadas em juízo, de modo a corroborar, integralmente, as acusações ministeriais.

Decerto, conquanto o ora recorrente tenha procurado negar a veracidade das incriminações a ele impingidas, incorreu em diversas contradições, ao atorar que *na época dos fatos ocupava o cargo de auxiliar administrativo, ocupando a função de coordenador administrativo do departamento pessoal e de diretor de pagamento da divisão de pessoal; que, através de consulta no seu extrato bancário, no mês de julho de 2004, tomou conhecimento de valores indevidos no contracheque da procuradora federal Carmem Lúcia Magalhães de Souza Sena e que esses valores teriam caído em sua conta corrente; que ele mesmo enviou o contracheque para a procuradora federal, a qual lhe ligou perguntando sobre o ocorrido; que ele então explicou que os valores indevidos tinham ido parar em sua conta e que iria tomar as providências para resolver o problema; que não tomou providência no momento, uma vez que não sabia quem tinha feito o crédito irregular ou se seria um problema operacional, e por isso decidiu aguardar para verificar se surgiria uma pista; que todos do departamento pessoal da UFPE tinham senha para fazer alterações nos contracheques dos funcionários; que eram cerca de 40 funcionários nesse setor; que não devolveu o dinheiro para UFPE; que estava com dificuldades financeiras e usou o dinheiro para pagar dívidas e que acha que esse foi seu erro* (fl. 56).

Não obstante, o corréu Carlos Antônio Barbosa expôs às claras toda a empreitada criminoso, confessando que *a denúncia é verdadeira; que só veio a tomar conhecimento que vinha recebendo dinheiro a mais no seu contracheque a partir do 3º lançamento; que foi procurado pelo acusado José Ednaldo que afirmou que estava inserindo os valores no seu contracheque e queria fazer uma divisão meio a meio dos valores; que aceitou o acordo devido a sua difícil situação financeira na época; que não era um valor exato por mês e que não era todo mês; que, no início, ia no banco sacar o dinheiro e depois entregava a parte do acusado José Ednaldo no corredor do setor de pagamento; que depois passou a fazer depósitos na conta de José Ednaldo; que por uma ou duas vezes deu o valor em cheque* (fl. 60).

No mesmo sentido, a testemunha Antônio Sabino de Araújo Filho, servidor da UFPE que participou da comissão de inquérito administrativo disciplinar que apurara os fatos, afirmou que *a investigação teve início com denúncia de uma procuradora quanto a lançamentos indevidos a título de pensão alimentícia (crédito e débito) no valor de R\$ 6.000,00; que também foram detectados lançamentos indevidos a título de férias, 13º salário, pagamentos diversos em duplicidade, estando tudo demonstrado no processo administrativo disciplinar; que foram detectados também pagamentos para uma mulher, mas que possuía o CPF do José Ednaldo; que não houve restituição dos valores, pelo que tem conhecimento; que os valores pagos indevidamente não eram compatíveis com a renda dos acusados* (fl. 162).

Consequentemente, revelando-se incontroversa a responsabilidade do apelante pelos atos perquiridos, não há outra solução possível que não seja a manutenção do veredicto condenatório vergastado, em todos os seus termos.

Por fim, no concernente à dosimetria da pena, nada também há de ser alterado, à medida que a sanção restou cominada em estrita consonância com o sistema trifásico, albergado no diploma repressor pátrio (art. 68 do Código Penal), e em patamar perfeitamente compatível com o grau de censura reclamado pelos atos perpetrados pelo recorrente (oito anos de reclusão), tendo em vista que as inserções de informações falsas em apreço se repetiram pelo elevado número de duzentas e sessenta e três vezes, dando causa a prejuízo aos cofres públicos superiores a cento e cinquenta mil reais.

O mesmo pode ser dito em relação à pena de multa, arbitrada no módico valor de oito salários mínimos, vigentes à época dos fatos, quantia a ser monetariamente corrigida até a data do efetivo pagamento.

Forte nessas considerações, nego provimento à apelação, para manter incólume a sentença objurgada, em todos os seus termos.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.688-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelante: VALERIY MIKHAILOV
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Adv./Proc.: DR. LUÍS CARLOS ALENCAR DE BESSA (APTE.)

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE FALSO E USO DE DOCUMENTO FALSO (PASSAPORTE). ARTIGOS 304 C/C 297 DO CÓDIGO PENAL. ACUSADO DE ORIGEM ESTRANGEIRA, SEM VÍNCULOS NO PAÍS E EM CARÁTER DE PERMANÊNCIA PROVISÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO NO CURSO DA INSTRUÇÃO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONFIRMAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR, POR ESTA CORTE, EM SEDE DE HC (Nº 3.381-CE). AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RECURSO MANEJADO EM RELAÇÃO À DOSIMETRIA DA PENA. SENTENÇA FUNDAMENTADA SEM MÁCULA DE VÍCIOS. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE. NECESSÁRIA FUNDAMENTAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. OBSERVÂNCIA. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE E DO REGIME INICIAL FECHADO. NECESSIDADE DE GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL E RISCO DE SUBTRAÇÃO À LEI. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. ARTIGO 44, III, DO CÓDIGO PENAL. NÃO-APLICAÇÃO. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA RECORRIDA.

- Confirmada, após o término da instrução criminal, que o acusado, estrangeiro, sem vínculos no país, trabalho lícito e residência fixa, tipificou

a conduta prevista no artigo 304 do Código Penal – uso de passaporte falso, com as penas previstas no artigo 297 do mesmo diploma.

- Recurso que não se insurgiu em relação à autoria e materialidade delituosas, que ora se confirmam.

- Correta a dosimetria da pena, considerando-se desfavoráveis algumas das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal com base em fundamento idôneo. (Precedentes).

- Mantém-se a pena-base fixada no termo médio – 04 anos de reclusão.

- Confirma-se a fixação do regime fechado ao cumprimento inicial da pena, por se tratar de acusado estrangeiro em situação irregular no país e com permanência de caráter provisória, que permaneceu preso durante toda a instrução criminal, com custódia preventiva, decretada no curso do processo, a teor do artigo 312 do Código de Processo Penal, para a garantia da aplicação da lei penal, custódia, inclusive, mantida na sentença recorrida, e por esta eg. Turma, na oportunidade do julgamento do writ (HC nº 3381-CE), onde foi denegada a ordem (j. 29.01.2009).

- Valoradas negativamente algumas das circunstâncias judiciais, e sopesadas as condições pessoais do acusado, não se mostra cabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito.

- Apelação do réu improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 10 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de apelação criminal interposta pela defesa do acusado VALERIY MIKHAILOV, estrangeiro, natural da República do Kazan - Rússia (fls. 260/272), contra sentença (fls. 202/215) da lavra do Exmo. Sr. Juiz Federal Substituto RICARDO RIBEIRO CAMPOS, da 11ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará, que, julgando procedente a denúncia, condenou o réu VALERIY MIKHAILOV pela prática do crime de uso de documento falso (artigos 304 c/c 297 do Código Penal), à pena definitiva de 04 (quatro) anos de reclusão (= pena-base), em regime fechado (CP, art. 33, § 2º, b, e § 3º) e 100 (cem) dias-multa.

Trata-se de ação penal pública movida pelo MPF em desfavor do estrangeiro inicialmente identificado como GERCIUS VYTAUTAS, nominando-se posteriormente como VICTOR MIKALOU e finalmente identificado como sendo VALERIY MIKHAILOV.

Segundo a denúncia, em 20/08/08 o veleiro Elizabeth, com bandeira de Camarões, atracou na Marina do Hotel MARINA PARK, em Fortaleza/CE, estando a bordo GERCIUS VYTAUTAS, VIATHESLAV TEKSCHEV e STEPAN SHASHKOV. Os agentes da Polícia Federal verificaram irregularidades na documentação apresentada pelo acusado, que era o comandante da embarcação, visto que, no despacho das autoridades do Porto de Santos (SP), constava autorização de saída da embarcação com destino a Buenos Aires – Argentina, tendo a mesma, no entanto, seguido em direção ao Nordeste do Brasil.

Consta, ainda, da peça acusatória, que, após consulta à INTERPOL, constatou-se que o passaporte utilizado pelo acusado era furtado e que pertenceria a uma pessoa com o mesmo nome, com vasta folha de antecedentes criminais. O acusado teria substituído a fotografia verdadeira pela sua, além de haver montado o referido passaporte com partes de outro.

No dia 29 de agosto de 2008, o acusado foi preso em flagrante, em Fortaleza/CE, por uso de documento falso, após informação da INTERPOL no sentido de que o Passaporte LC460716, registrado em nome de Gercius Vytautas, e utilizado pelo recorrente, fora extraviado em 25/01/2000, não sendo mais válido desde 13/07/2001, quando foi registrado como extraviado e furtado. Na mesma informação, a INTERPOL encaminhou foto do verdadeiro Gercius Vytautas (fls. 34/35), cuja aparência é totalmente diversa da do apelante, conforme fotografia de fl. 17.

O Ministério Público Federal imputou ao acusado GERCIUS VYTAUTAS, finalmente identificado como sendo VALERIY MIKHAILOV, a prática de crime previsto no artigo 304 c/c 297 do Código Penal.

A defesa interpôs recurso de apelação, identificando o acusado como GERCIUS VYTAUTAS, insurgindo-se contra o decreto condenatório tão-somente no que se refere à dosimetria da pena. Para tanto, requereu: 1) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito; 2) alternativamente, aplicação da pena no seu mínimo legal estabelecido (02 anos de reclusão) e a consequente imposição do regime inicial aberto.

Contrarrazões apresentadas pela acusação (fls.273/278), que pugnou pela manutenção da sentença condenatória.

No Parecer Ministerial (fls.281/288), o Exmo. Sr. Procurador Regional da República, Dr. Uairandy Tenório de Oliveira, opinou pelo não provimento da apelação do réu, de modo a se manter a decisão recorrida.

Por medida de cautela do juízo penal, revestindo-se, portanto de caráter preventivo, no despacho de fls. 289/291, deferi o pleito da acusação, formulado nas contrarrazões (fls. 275), no sentido de se retificar a autuação para fazer constar o nome do apelante como sendo a verdadeira pessoa que foi condenada, ou seja, VALERIY MIKHAILOV, bem como que se baixassem os autos ao juízo de origem no sentido de o acusado ser intimado para assinar nova procuração como VALERIY MIKHAILOV e não GERCIUS VYTAUTAS, exigindo-se a aposição de impressão digital no instrumento de procuração, para que não pairassem dúvidas de que o

recurso de apelação foi interposto por quem, de fato, efetivamente foi condenado, no caso, VALERIY MIKHAILOV.

Referidas diligências foram atendidas, respectivamente, às fls. 294 (termo de retificação de autuação) e fls. 298/300 (intimação do acusado e procuração outorgada por VALERIY MIKHAILOV).

É o que havia de relevante para relatar.

Encaminhem-se os autos ao eminente Sr. Desembargador Federal revisor, nos termos regimentais.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

VALERIY MIKHAILOV, estrangeiro, natural da República do Kazan - Rússia (fls. 260/272), foi condenado pelo Exmo. Sr. Juiz Federal Substituto RICARDO RIBEIRO CAMPOS, da 11ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará, pela prática do crime de uso de documento falso (artigos 304 c/c 297 do Código Penal), à pena definitiva de 04 (quatro) anos de reclusão (= pena-base), em regime fechado (CP, art. 33, § 2º, *b*, e § 3º) e 100 (cem) dias-multa.

A defesa insurgiu-se contra o decreto condenatório tão-somente no que se refere à dosimetria da pena. Para tanto, requereu:

- 1) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito;
- 2) alternativamente, aplicação da pena no seu mínimo legal estabelecido (02 anos de reclusão) e a consequente imposição do regime inicial aberto.

Passo à análise.

DOSIMETRIA (PENNA-BASE)

O acusado VALERIY MIKHAILOV foi condenado pela prática do crime de uso de documento falso (CP, art. 304) com as penas cominadas no artigo 297 do Código Penal, que dispõem:

Artigo 304. Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302.
Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.

(Falsificação de documento público)

Artigo 297. Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro.

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Não houve irresignação das partes no que se refere à autoria e materialidade delituosas, pelo que passo à análise do recurso da defesa no que tange à própria dosimetria da pena.

Nesse sentido, faz-se necessária à transcrição da sentença recorrida (fls. 212/215):

(...) 30. Como se vê, além da comprovada utilização de passaporte falso, são muitos os pontos que despertam suspeitas quanto à viagem do réu à América do Sul. Ele admitiu que viajou milhares de quilômetros para manter contato com um suposto parceiro comercial do ramo de pesca, sendo que, na verdade, essa pessoa, que seria um argentino, lhe propôs parceria no transporte de entorpecente. Ora, ainda que o réu afirme que recusou essa proposta, é de se estranhar por qual motivo não teria vindo de avião, o que seria mais rápido e econômico. É duvidoso ainda o porquê da parada no Estado de São Paulo, já que o réu teria dito aos agentes da Polícia Federal que o reparo da embarcação seria feito aqui em Fortaleza, contradizendo-se em juízo, quando afirmou que teriam ficado por volta de um mês efetuando reparos na embarcação no Porto de Santos/SP e que a passagem por Fortaleza se daria apenas para o fim de reabastecimento. Ademais, o próprio réu asseverou que não informou a estranha alteração da mudança de itinerário porque “não queriam que as autoridades estranhassem esse fato”.

31. Por fim, mas não menos importante, tem-se o fato de que, empreendidas diligências junto à Polícia Federal, neste Estado, no sentido de confirmar a identidade fornecida pelo réu por ocasião de seu interrogatório, foram acostados aos autos os e-mails oriundos da INTERPOL, sediada em Brasília/DF, dando conta de que, pelo exame datiloscópico, a congênere daquela polícia internacional na Rússia identificou o acusado como sendo VALERIY MIKHAILOV, filho de Gennadiy, nascido em 18.12.1964, na República do Kazan, Rússia, condenado em 02.09.1982 e 09.04.1986 pelo crime de “holliganismo”, previsto no artigo 206 do antigo Código Penal Russo, e, em 04.02.1991, pelo

crime de falsidade documental previsto no artigo 196-3 do antigo Código Penal Russo (v. fls. 175/176).

32. Vê-se, portanto, que o réu é contumaz em ocultar sua verdadeira identidade, para qualquer autoridade pública, inclusive do Judiciário do Brasil, procurando sempre, ademais, tornar incógnita a sua verdadeira atividade profissional e os seus meandros. As situações concretas da viagem, acima referidas, lançam sérias suspeitas sobre o envolvimento ou não do réu com outros delitos, o que não seria novidade, pois já condenado na Rússia. Aliás, considerando que admitiu o réu que utiliza o Passaporte nº LC460716 desde o ano de 2000, é possível seja ele o autor de alguns dos delitos atribuídos ao verdadeiro GERCIUS, dentre os quais o crime de posse de arma e organização criminosa, referido à fl. 34, pois teria ocorrido em 2007.

III - DECISÃO

33. Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva e, por via de consequência, CONDENO às penas do art. 304 c/c art. 297 do Código Penal o réu VALERIY MIKHAILOV, filho de Gennadiy, nascido em 18.12.1964, na República do Kazan, Rússia, atualmente recolhido no Presídio Professor Olavo Oliveira II (IPPOO II), o qual fora inicialmente identificado como GERCIUS VYTAUTAS, lituano, solteiro, marinheiro, filho de Ricardo Vytautas e Valentina Vytautas, nascido aos 19.09.61, natural de Moscou, Rússia, residente na Rua Rafael de Andrade nº 18, Lisboa, Portugal.

34. Passo à fixação da pena, adotando, para tanto, o procedimento trifásico do art. 68 do Código Penal.

35. Inicialmente, quanto às circunstâncias judiciais, destacam-se os motivos e as circunstâncias do crime. Restou comprovado que o condenado há muito se utiliza do passaporte falso objeto deste processo, tendo obtido com ele, segundo foi admitido no seu interrogatório, vários outros documentos perante países estrangeiros (permissão de dirigir, licença para navegar, código fiscal em Portugal, registro de embarcação). O passaporte falso foi, enfim, utilizado para a criação de uma nova identidade, distinta daquela pessoa que fora condenada por dois crimes na Rússia. Há uma grande possibilidade, por outro lado, como exposto no item 32 desta sentença, que já sob essa nova identidade tenha o réu continuado a cometer delitos. Também se destaca, dentre as circunstâncias judiciais, a per-

sonalidade desajustada do condenado, pois contumaz em ocultar sua verdadeira identidade, inclusive perante este juízo, quando inventou de modo ardiloso o nome de uma outra pessoa. Por fim, não se podem desprezar os antecedentes do condenado, referidos às fls. 175/176. Diante de tais circunstâncias, fixo a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão.

36. Inexistem circunstâncias atenuantes ou agravantes, ou causas de diminuição ou de aumento de pena.

37. Diante do exposto, tenho como definitiva a pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos de reclusão para o delito previsto no art. 304 c/c art. 297 do Código Penal, devendo ser cumprida em regime inicial fechado (art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do Código Penal), regime este que se justifica tendo em vista os motivos já expostos nos itens 32, 33 e 35 desta sentença, para onde remeto.

38. Pelos mesmo motivos acima indicados (itens 32, 33 e 35 desta sentença), é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, tendo em vista o disposto no artigo 44, inciso III, do Código Penal.

39. A fixação da pena de multa deve observar o critério bifásico. Na primeira fase, haverá a fixação da quantidade de dias-multa, levando em consideração as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, e, na segunda fase, a fixação do valor do dia-multa, tendo como parâmetro a situação econômica do acusado. Assim sendo, frente aos elementos já aferidos quando da fixação da pena privativa de liberdade, além da condição sócio-econômica do condenado – que é boa, por ser proprietário de três embarcações –, condeno-o à pena de multa de 100 dias-multa, correspondendo cada dia-multa a 1/10 (um décimo) salário mínimo vigente à época dos fatos. Os valores serão corrigidos monetariamente (art. 49, Código Penal).

40. Segundo disposto no parágrafo único do artigo 387 do Código de Processo Penal, na redação da Lei nº 11.719/2008, “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”. *In casu*, a segregação cautelar do condenado deve ser mantida, uma vez que permanecem presentes os pressupostos para a decretação da prisão preventiva, conforme exposto nas deci-

sões acostadas às fls. 61/62 e 179/185, cuja motivação ora reafirmo e para onde remeto por economia. Ademais disso, há que se registrar que ficou patente no decorrer do processo a necessidade da custódia para a garantia da aplicação da lei penal.

41. Com efeito, quando interrogado por este juízo, o acusado, preso porque portava passaporte falso em nome de “GERCIUS VYTAUTAS”, afirmou em um primeiro momento que essa seria a sua verdadeira identidade, mas, em um momento seguinte, disse que seria na verdade “VICTOR MIKALOU, nascido em 18.12.1961, em Moscou, Rússia, filho de Victor Mikalou e de Valentina Mikalou”. Acontece que, posteriormente, veio a descobrir-se que o ora condenado mais uma vez tentou iludir autoridades estrangeiras, pois, segundo informado por autoridades da Rússia, ele seria na verdade “VALERIY MIKHAILOV, filho de Gennadiy, nascido em 18.12.1964, na República do Kazan” (fl. 175). Há, desse modo, uma perceptível intenção do condenado de subtrair-se à aplicação das leis, impondo-se, pois, a manutenção da sua custódia.

42. Por fim, o condenado se manteve preso desde o dia em que foi detido em flagrante. Seria, portanto, contradição inadmissível liberá-lo neste momento, quando já se tem um juízo exauriente acerca da sua culpabilidade. Expeça-se, portanto, mandado de prisão (decorrente de sentença condenatória). (...)

Comprovadas a autoria e a materialidade delitivas, a sentença monocrática foi proferida com motivação e fundamentação suficientes, em perfeita sintonia com todos os requisitos extrínsecos e intrínsecos elencados no artigo 381 do Código de Processo Penal, tendo obedecido, quando da aplicação da pena, aos comandos dos artigos 59 e 68 do Código Penal – sistema trifásico de Hungria.

Nos termos do artigo 68 e seu parágrafo único do Código Penal, deve-se fixar primeiramente a pena-base, mediante análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo estatuto penal. Posteriormente, devem ser aplicadas sobre a pena-base as circunstâncias atenuantes e agravantes, referidas na parte geral do Código Penal (arts. 61 e 65) e, em seguida, as causas de aumento e diminuição da pena, que podem vir tanto na parte geral, como na parte especial do diploma punitivo.

Não há qualquer nulidade na sentença no que tange à fixação da pena-base, conforme registro acima, o Exmo. Sr. Juiz Sentenciante, sopesando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, destacou:

1) **os motivos e as circunstâncias do crime.** “Restou comprovado que o condenado há muito se utiliza do passaporte falso objeto deste processo, tendo obtido com ele, segundo foi admitido no seu interrogatório, vários outros documentos perante países estrangeiros (permissão de dirigir, licença para navegar, código fiscal em Portugal, registro de embarcação). O passaporte falso foi, enfim, utilizado para a criação de uma nova identidade, distinta daquela pessoa que fora condenada por dois crimes na Rússia. Há uma grande possibilidade, por outro lado, como exposto no item 32 desta sentença, que já sob essa nova identidade tenha o réu continuado a cometer delitos”;

2) **a personalidade desajustada do condenado**, pois “contumaz em ocultar sua verdadeira identidade, inclusive perante este juízo, quando inventou de modo arditoso o nome de uma outra pessoa”;

3) **os antecedentes do condenado**, referidos às fls. 175/176.

Com fundamentação, o MM. Juiz *a quo*, ao se referir à fixação da pena, mencionou as circunstâncias judiciais que o levaram a fixar a pena base acima do mínimo legal, **4 (quatro) anos de reclusão**, ou seja, no **termo médio**, vez que a pena varia de 02 a 06 anos (CP, art. 297).

Na fase da dosimetria da pena, em relação às circunstâncias judiciais, cabe ao juiz avaliar o grau de censura que incide sobre o agente e sobre o fato cometido, daí que se classifica a culpabilidade entre intensa, média ou reduzida.

É verdade que, quando algumas circunstâncias judiciais forem valoradas negativamente ou desfavoravelmente ao réu, a pena-base, refletindo grau máximo de censura, deverá ser quantificada um pouco acima do limite mínimo cominado, o que, hodiernamente, se denomina, termo médio.

No caso ora em exame, a fixação da pena-base observou as circunstâncias indicadas no artigo 59 do Código Penal, ressaltan-

do os pontos desfavoráveis ao réu: motivos, circunstâncias, personalidade, antecedentes.

É assente, tanto na doutrina como na jurisprudência, que a elevação da pena-base acima do mínimo legal deve ser fundamentada, devendo o juiz levar em conta tanto os aspectos favoráveis quanto os desfavoráveis ao réu.

Entendo que a pena-base foi fixada com razoabilidade em face da conduta perpetrada, considerando-se desfavoráveis algumas das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal com base em fundamentos idôneos, trazidos do conjunto probatório que ao final da *persecutio criminis* corroborou a pretensão ministerial deduzida na denúncia.

A pena-base foi pautada pela proporcionalidade, que, sem sombra de dúvida, se mostrou razoável, em face da maneira ardilosa, sagaz, dissimulada com que agiu o acusado perante as autoridades brasileiras (Polícia Federal, Judiciário etc.).

Sendo assim, mantenho a pena-base como fixada na sentença recorrida, pois ponderada dentre as circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal.

REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA

Dispõe o artigo 33, § 3º, do Código Penal:

Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

(...)

§ 3º. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

A sentença recorrida, mais precisamente no item 37 (fl. 213), registrou:

(...)37. Diante do exposto, tenho como definitiva a pena privativa de liberdade de **4 (quatro) anos de reclusão** para o delito previsto no art. 304 c/c art. 297 do Código Penal, devendo ser cumprida em regime inicial fechado (art.33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal), regime este que se justifi-

ca tendo em vista os motivos já expostos nos itens 32, 33 e 35 desta sentença, para onde remeto. (...)

Sopesadas, pelo eminente Magistrado, as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, dentre elas o fato de ser o réu contumaz em ocultar sua verdadeira identidade, para qualquer autoridade pública, inclusive do Judiciário do Brasil, procurando sempre, ademais, tornar incógnita a sua verdadeira atividade profissional e os seus meandros (item 32 da sentença – fl. 212); que há muito se utiliza do passaporte falso objeto deste processo, tendo obtido com ele, segundo foi admitido no seu interrogatório, vários outros documentos perante países estrangeiros (permissão de dirigir, licença para navegar, código fiscal em Portugal, registro de embarcação); passaporte falso que foi, enfim, utilizado para a criação de uma nova identidade, distinta daquela pessoa que fora condenada por dois crimes na Rússia; personalidade desajustada do condenado, pois contumaz em ocultar sua verdadeira identidade; antecedentes do condenado, referidos às fls. 175/176 (item 35 da sentença – fl. 213), fixou o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena.

Ademais, frise-se que, na própria sentença (item 40 e 41 – fls. 214), registrou-se a necessidade da manutenção da prisão preventiva para a garantia da aplicação da lei penal, em virtude da constatação da intenção do acusado de subtrair-se à aplicação da lei.

Trata-se de acusado estrangeiro em situação irregular no país e com permanência de caráter provisória, que permaneceu preso durante toda a instrução criminal, com custódia preventiva, decretada no curso do processo, a teor do artigo 312 do Código de Processo Penal, para a garantia da aplicação da lei penal (fls. 61/62 e 179/185).

Fixação do regime fechado ao cumprimento inicial da penal, que ora se confirma em face da plausibilidade da sua fixação (garantia da aplicação da lei penal), além, e sobretudo, dos motivos trazidos na sentença recorrida, mais precisamente, os itens 32, 33 e 35 (fls. 212/214).

Impõe-se ainda o registro de que a eg. 1ª Turma desta Corte, em 29 de janeiro do corrente ano de 2009, denegando a ordem de *habeas corpus* (HC nº 3381-CE), à unanimidade, assim decidiu:

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* LIBERATÓRIO. USO DE DOCUMENTO FALSO. ACUSADO DE ORIGEM ESTRANGEIRA. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MANUTENÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEFERIMENTO DA COMUNICAÇÃO DA DECISÃO AO CONSULADO DO PAÍS EM QUE O PACIENTE É NACIONAL.

1 - O crime, em tese, praticado – o de uso de documento falso, aliado à condição de estrangeiro do Paciente, sem vínculos no País, trabalho lícito e residência fixa, autoriza a manutenção da custódia cautelar, a teor do artigo 312 do Código de Processo Penal.

2 - Ademais, tal situação implicaria, em tese, nas sanções previstas na Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro).

3 - Além disso, manter-se a custódia cautelar do Paciente atende ao requisito legal de se “assegurar a aplicação penal”, em face da real possibilidade de o Paciente se furtar ao processo penal e eximir-se de uma provável condenação.

4 - Defere-se o pleito Ministerial, deduzido na parte final do Parecer de fls. 69/74, no sentido de ser comunicado o teor desta decisão ao consulado da Lituânia, devendo para tal fim ser expedido ofício àquele órgão consular.

5 - Ordem de *habeas corpus* denegada.

Confira-se, por oportuno, o Parecer Ministerial (fls. 287/288), valendo a transcrição de alguns excertos:

(...) Por fim, no que diz respeito ao regime inicial fixado ao cumprimento da pena, tem-se que, ao defender a correção da sentença recorrida, assim, não se procede com a pretensão de se estabelecer uma discriminação indevida (inconstitucional inclusive) entre brasileiro e estrangeiro em relação ao regime inicial de cumprimento de pena.

No caso dos autos, apresenta uma particularidade que impõe que o regime inicial seja o fechado, como garantia de aplicação da lei penal, diante não somente do estado de irregularidade do apelante no País, mas sobretudo em face do caráter transitório de sua permanência.

Os julgados, cujas ementas se fazem adiante colaciona-

das, bem demonstram a influência dessas particularidades (situação irregular e caráter transitório da permanência do estrangeiro no País) na fixação do regime fechado no cumprimento de pena de estrangeiros em situações peculiares de ingresso e permanência no território nacional.

Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO - ACR - APELAÇÃO CRIMINAL PROCESSO 200071010018170 - RS; ÓRGÃO JULGADOR: SÉTIMA TURMA. Data decisão. 21/08/2001 (...) RELATOR: JOSÉ LUIZ BORGES GERMANO DA SILVA (...)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. FALSIFICAÇÃO MATERIAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. CONTINUIDADE DELITIVA. DESNECESSIDADE DE EXAME DE CORPO DE DELITO. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR. RISCO DE EVASÃO. REGIME FECHADO.
(...)

É pertinente o cumprimento da pena em regime fechado em se tratando de estrangeiro em situação irregular, ante o risco de que o réu possa se evadir.

Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO - ACR - APELAÇÃO CRIMINAL PROCESSO 200438000095450 - MG; ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA TURMA. Data decisão. 11/07/2005 (...) RELATOR: JOSÉ LUIZ BORGES GERMANO DA SILVA (...)

Ementa. PENAL. USO DE PASSAPORTE FALSO. ESTRANGEIRO. ART. 309 DO CÓDIGO PENAL. *SURDIS*. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA.

1. Restou comprovado pela confissão, a qual foi corroborada pelo conjunto probatório, que o acusado, estrangeiro, utilizou passaporte falso com a finalidade de entrar em território nacional, usando nome que não é o seu.

(...)

4. Cumprimento da pena em regime fechado, à conta de tratar-se de réu estrangeiro, que se encontra em território nacional em caráter transitório.(...)

Saliente-se, por fim, que a condição de estrangeiro, somada à prática de um ilícito em território brasileiro constitui fato ensejador do decreto expulsório do estrangeiro, por violação do referido Estatuto (Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980).

Diante de tais considerações, desacolho o recurso de apelação para manter o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE RECLUSÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS

Na busca de penas alternativas à prisão, o Código Penal, com a nova redação que lhe deu a Lei nº 9.714, de 25.11.1998, admitiu a substituição da pena privativa de liberdade por uma ou mais penas restritivas de direito.

Dispõem o artigo 44, *caput*, e seus incisos, do Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos se o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (...)

Acaso superados os óbices do artigo 44 do Código Penal e se tendo como direito do réu à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, estas devem ser de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e de limitação de finais de semana.

O Exmo. Sr. Juiz de primeiro grau, no tocante à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, decidiu (item 38 da sentença recorrida – fl. 213):

(...) 38. Pelos mesmos motivos acima indicados (itens 32, 33 e 35 deste sentença), é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, tendo em vista o disposto no artigo 44, inciso, III, do Código Penal (...).

Ou seja, de maneira necessariamente fundamentada, ao deixar de substituir a pena de reclusão, levou em conta os critérios

que estão definidos no artigo 59 do Código Penal, conforme se verifica dos itens 32 e 35 da sentença recorrida (fls. 212/213), para considerar ausentes os elementos subjetivos (CP, art. 44, III).

A despeito de a pena privativa de liberdade aplicada para o réu não superar o limite objetivo previsto no art. 44, I, do CP (de quatro anos), não estão preenchidos os requisitos subjetivos previstos no art. 44, III, do Código Penal, como já foi acima demonstrado, que não são favoráveis ao aludido réu, não se recomendando a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por penas restritivas de direitos.

Com efeito, a substituição em comento, no caso em tela, não atenderia aos princípios da suficiência e da adequação, a não autorizar resposta efetiva do Estado para reprimir a conduta criminosa perpetrada.

Incabíveis quaisquer substituições ante a falta de previsão legal bem como ante a culpabilidade, a conduta social e a personalidade do réu que evidenciou ser desvirtuada e propensa ao crime.

Houve uma rigorosa apreciação dos requisitos subjetivos, aliados às circunstâncias pessoais do réu, que foram sopesadas na fixação da pena de reclusão e que não deram suporte à conveniência da substituição da pena.

Frise-se, por fim, que se trata de réu estrangeiro não-residente no país, com caráter transitório de sua permanência e com circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Nesse sentido, foi o Parecer Ministerial (fls. 281/288), que opinou pelo não provimento da apelação do réu, inclusive, valendo as transcrições dos seus excertos e resgate da jurisprudência ali colacionada, que se mostra bem atualizada e aplicável ao caso ora em exame. Confirmam-se:

(...) Como visto, ao contrário do defendido pelo apelante, a sentença não somente se mostra não eivada de vício de fundamentação, como também expõe e sopesa, com bastante razoabilidade, circunstâncias negativas que justificam a fixada pena-base, e que se refletem, também, como obstáculo subjetivo à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, na conformidade do

disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal. (...) Similar entendimento ao professado pelo ilustre penalista permite ser colhido nos seguintes julgados do STF e do TRF 5ª Região:

STJ (...) HC Nº 69499 - SEXTA TURMA, J. 16.14.2009. RELATORA: MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.

1. ARGUMENTOS DE INOCÊNCIA DO PACIENTE. FALTA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. ANÁLISE INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. MATÉRIA RESERVADA AO MÉRITO DA AÇÃO PENAL. 2. PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO RAZOÁVEL. 3. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REQUISITOS SUBJETIVOS. INCONSTITUCIONALIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO. 5. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

(...)

2. Correta a dosimetria da pena aplicada, considerando-se desfavoráveis algumas das circunstâncias judiciais do art. 59 com base em fundamentos idôneos. Aumento determinado que atende ao princípio da proporcionalidade.

3. Valoradas negativamente algumas das circunstâncias judiciais, não se mostra cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

(...)

TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO (...) ACR 4.989, 3ª TURMA, 12.06.2008, RELATOR: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, unânime.

(...)

2. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando os requisitos subjetivos (art. 44, III, do CP) não são favoráveis à condenada. (...)

Obstáculo maior ainda se verifica na substituição da pena privativa de liberdade quando se trata de estrangeiro sem residência regular no País (...):

STJ (...) REsp 908384, SEXTA TURMA, 04.10.2007 (...)

RELATOR: NILSON NAVES (...)

Ementa. Política Criminal. Pena de prisão (limitação aos casos de reconhecida necessidade). Entorpecente (trá-

fico internacional). Estrangeiro não residente no país (caso). Art. 44 do Código Penal (não-aplicação). Substituição da pena (impossibilidade).

1. A norma penal prevê a possibilidade de se aplicarem sanções outras que não a pena privativa de liberdade para crimes de pequena e média gravidade, como meio eficaz de combater a crescente ação criminógena do cárcere.

2. (...)

3. Tratando-se de condenado de nacionalidade outra, certamente tal não impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto brasileiros e estrangeiros são iguais perante a lei – di-lo a Constituição –, pressupondo-se, porém, quanto aos estrangeiros, a regular residência no país.

4. Caso, todavia, a envolver sentenciado que não tem residência no Brasil, não lhe sendo também de todo favoráveis as circunstâncias judiciais, o que impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade (...).

Ex positis, nego provimento à apelação do réu.

É como voto.

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE NA APELAÇÃO CRIMINAL Nº 8-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT
Embargante: ANTENOR ROCHA PINTO
Embargado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. IRAPONIL SIQUEIRA SOUSA E OUTRO (EMBTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. OFENSA A INTERESSE DA UNIÃO. PRELIMINAR REJEITADA. INEXISTÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. IN DUBIO PRO REU. EMBARGOS INFRINGENTES A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

- A conduta delituosa de quem usa documento falso, perante órgão federal, faz instaurar situação de potencialidade danosa, apta a comprometer a segurança, eficácia, regularidade e a legitimidade dos serviços prestados pela União Federal, devendo ser reconhecida a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do feito.

- Os diversos laudos foram divergentes, não havendo qualquer certeza nos autos quanto à falsificação. E não poderia só a última perícia, realizada pelo Instituto de Criminalística de São Paulo, ser levada em consideração para a condenação, em desprestígio ao laudo formulado pela Polícia Federal, realizado no decorrer do inquérito policial.

- Uma condenação criminal, com todas as consequências que traz ao indivíduo, deve amparar-se em provas perfeitas e plenas, que excluam qualquer possibilidade de hesitação, o que não ocorreu na situação em exame.

- Provas produzidas nos autos insuficientes para o reconhecimento da autoria delitiva. In dubio pro reu.

- Embargos de nulidade e infringentes conhecidos, para, rejeitar a preliminar aventada, de incompetência da Justiça Federal, e, no mérito, absolver ANTENOR ROCHA PINTO da prática do delito capitulado no art. 299 do CPB.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de ENUL 8-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Pleno do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em conhecer dos embargos de nulidade e infringentes interpostos, para, no mérito, dar-lhes provimento, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 11 de novembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT:

1. Cuida-se de Embargos de Nulidade e Infringentes opostos por ANTENOR ROCHA PINTO (fls. 2.003/2.018 e 2.019/2.031), diante da divergência ocorrida no âmbito da egrégia Terceira Turma deste Tribunal, que, por maioria, deu provimento parcial à apelação do réu (ACR 3512-PE), para, reformando a decisão recorrida, reduzir a pena aplicada pelo Juiz de Primeiro Grau para 1 ano de reclusão e 50 dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, através de acórdão assim ementado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E CERCEAMENTO DE DEFESA. RECIBO COM ASSINATURA FALSIFICADA. REGISTRO DO DOCUMENTO FALSO NO DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL DE BRASÍLIA/DF.

Sem a oposição da exceção de incompetência no momento oportuno, o juízo relativamente incompetente torna-se competente para o processamento e julgamento da ação, em face da prorrogação da competência relativa.

Uso de documento falso perante o Departamento Nacional de Produção Mineral para a cessão de direitos de mineração de granito.

Redução da pena excessivamente fixada.

Apelação parcialmente provida. (Fls. 1.166/1.167).

2. O voto vencido, da lavra do Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, entendeu pela competência da Justiça Estadual para julgar o feito, e não da Justiça Federal, sob o fundamento de que *o documento não foi falsificado para iludir o DNPM, ele foi utilizado para obtenção de vantagem financeira em detrimento de uma empresa, tanto que a empresa vítima está participando do processo corretamente em busca de uma punição. O interesse primordial seria então entre particulares* (fls. 1.785).

3. Sustenta, em síntese, o embargante, que a divergência cinge-se à competência em razão da matéria da Justiça Federal para processar e julgar o feito em tela, entendendo que o processo deveria ser julgado pela Justiça Estadual, já que não houve ofensa a bens, serviços ou interesse da União Federal.

4. Ao final, requer seja admitido o recurso em exame, para que prevaleça o voto vencido prolatado no julgamento da ACR 3512-PE, declarando-se a incompetência da Justiça Federal, com posterior remessa do processo à Justiça Estadual.

5. Na petição colacionada às fls. 2.019/2.030, o embargante se manifesta em complementação ao recurso, dizendo que também deve prevalecer o voto vencido no que se refere ao mérito, no ponto em que se posicionou pelo provimento da apelação face à duplicidade de laudos existente nos autos, um concluindo pela falsificação e outro em sentido contrário.

6. Em resposta ao recurso, a PRR/5ª Região afirmou que os embargos infringentes devem se restringir à matéria da divergência, de acordo com o que dispõe o art. 237 do Regimento Interno deste Tribunal, devendo-se afastar a apreciação da falsidade ou não do documento, ponto que não foi divergente. No que pertine à competência da Justiça Federal, registra que *houve a apresentação de documento falso perante o DNPM, documento esse de evidente relevância jurídica para a concessão de autorização de pesquisa mineral de granito para embargante e com potencial possibilidade de causar prejuízo ao órgão federal, caso não obstada sua aceitação, com a cessão indevida de direitos de mineração.*

7. Nesta instância ainda, a PRR/5ª Região, no parecer 1.284/2009, opina, preliminarmente, pelo conhecimento dos embargos de nulidade e não conhecimento dos infringentes; no mérito, opina pelo não provimento de ambos (fls. 864/889).

8. É o relatório.

9. Encaminhem-se os autos ao revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (Relator):

1. O voto vencedor, da lavra do Desembargador Federal RIDALVO COSTA, é do seguinte teor:

O crime foi cometido em detrimento da autarquia federal responsável pela fiscalização da atividade mineradora, no caso, o DNPM - Departamento Nacional de Produção Mineral, com o objetivo de revogar a cessão de direito outorgada pelo apelante em favor da mineradora Bom Jardim S/A.

Forçoso concluir pela competência da justiça Federal, pois a absolvição do apelante do crime de estelionato não afasta a competência residual da Justiça Federal para o julgamento do processo.

(...).

O apelante fora condenado por haver falsificado um recibo, no qual os Senhores Ricardo Jorge Lobo Maranhão e José Cezar Magalhães concederam-lhe “plena, geral e irrevogável quitação” em face do pagamento de R\$ 12.300,00 “referente ao pagamento total do empréstimo feito pela Minérios de Bom Jardim S/A em 01/09/1994” decorrente da cessão de direitos de exploração de minérios para a acima mencionada empresa - fls. 82”.

(...).

Não há nos autos prova de que o apelante tenha falsificado os documentos. O Sr. José Cezar Magalhães, contador da empresa Minérios de Bom Jardim S/A afirma, em seu interrogatório judicial, que os recibos eram, usualmente, “firmados pelos diretores da empresa RICARDO JORGE LOBO MARANHÃO e RUI MANOEL CORREDOURA”, porém ressalta que “o valor referido no recibo de fls. 86 não ingressou na contabilidade da empresa” e “que nunca assinou recibo referente a valor pago por outra pessoa” - fls. 364.

O processo concentrou-se na prova da falsificação das assinaturas dos Srs. RICARDO JORGE LOBO MARANHÃO e JOSÉ CEZAR MAGALHÃES.

Foram realizadas quatro perícias na tentativa de atestar a veracidade, ou não, das assinaturas do recibo registrado pelo apelante no DNPM - fls. 20/23, 125/128, 156/160 e perícia em apenso do Instituto de Criminalística de São Paulo.

No entanto, não consta dos autos o recolhimento das assinaturas do apelante ou de qualquer perícia realizada com

a finalidade de atestar a autoria ou participação do apelante na confecção do recibo falsificado.

Não sendo apresentados elementos que provem ser o apelante o autor do falso, evidencia-se apenas o respectivo uso. O uso do documento falsificado não acarreta a presunção de ser o apelante o autor da falsificação.

Portanto, não consta dos autos elementos probatórios suficientes para ensejar a certeza plena quanto à concorrência do acusado para a prática do crime de falsidade ideológica, restando, todavia, plenamente caracterizado o crime de uso de documento falso previsto no art. 304, do CP.

O citado documento acerca do pagamento relativo à cessão de direitos de mineração de uma empresa que produziu, somente no ano de 1996, o valor de U\$ 5.000.000,00 em exploração de granito, elaborado à máquina, em papel de fax, no valor irrisório de R\$ 12.3000,00, quando uma testemunha de defesa, em seu depoimento, contrariando as declarações do apelante, dissera que na empresa Minérios de Bom Jardim, onde lhe fora entregue o recibo, havia computadores, tendo sido os direitos de mineração posteriormente cedidos pela empresa à Mineração COTO S/A pelo valor de R\$ 700.000,00, em 1996 - fls. 442/423 e 362.

Existe dúvida de que o apelante seja o autor da falsificação, mas não de que ela fizera uso do recibo falsificado, ao protocolizar aquele documento no Processo 840.336/93 no DNPM, em Brasília/DF, objetivando a concessão de autorização de pesquisa mineral de granito, na localidade de Santa Helena, no município de Santa Luzia/PB, conduta tipificada no art. 304 do CPB, crime pelo qual fora denunciado. (Fls. 1.158/1.162).

2. De outro lado, o voto divergente do Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, no que pertine à preliminar de competência da Justiça Federal, sustenta que:

A questão da incompetência não me preocupa a que foi analisada: se a competência é da seção judiciária de Brasília ou se da Seção Judiciária de Pernambuco. A preocupação que tenho, e, por enquanto, ainda não estou abrindo divergência – até porque a maior autoridade em matéria de competência deste Tribunal é o Desembargador RIDAL-

VO COSTA, e certamente ele deve ter analisado isso – **o que continuo em dúvida, é da competência da Justiça Federal; não é da Justiça Federal de Pernambuco ou Brasília, é da Justiça Federal mesmo.**

(...)

Entendo. Só estou colocando em debate. V. Exa. se lembra - e sei a posição de V. Exa. - que nós temos entendido que não é da competência da Justiça Federal, por exemplo, aqueles casos em que há falso recolhimento de Tributo com falsificação de DARF. O servidor da empresa recebe o dinheiro para recolher o imposto, fica com o dinheiro que seria destinado à União, forja a guia, o contribuinte apresenta essa guia à Delegacia da Receita e não é da competência da Justiça Federal.

(...)

Então, excelência, tenho convicção de que a competência não é da Justiça Federal. Fico vencido nessa preliminar (fls.).

3. Primeiramente, anote-se que não merece acolhida a preliminar levantada. Senão, vejamos.

4. O que se observa é que a denúncia imputou ao embargante a utilização de documento falso perante o Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, com o objetivo de provar a rescisão do ajuste de cessão de direitos, e revogar, por conseguinte, a cessão de direito outorgada pelo ora embargante em favor da Mineradora Bom Jardim S/A. Tal conduta, caso ocorrida, teria por finalidade maior a concessão de autorização de pesquisa mineral de granito em favor do embargante, o que indicaria a possibilidade de prejuízos à autarquia federal fiscalizadora mineradora.

5. A conduta delituosa de quem usa documento falso, perante órgão federal, faz instaurar situação de potencialidade danosa, apta a comprometer a segurança, eficácia, regularidade e a legitimidade dos serviços prestados pela União Federal. Assim, demonstrado o interesse federal, a conclusão é pela competência da Justiça Federal.

6. Confiram-se os julgados abaixo transcritos, prolatados no egrégio Superior Tribunal de Justiça, que bem se aplicam à situação em apreço:

CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. TENTATIVA DE OBTENÇÃO DE VISTO NA EMBAIXADA NORTE-AMERICANA COM A APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS, EM TESE, IDEOLOGICAMENTE FALSOS. ESTELIONATO CONTRA PARTICULARES, COMETIDO EM CONEXÃO COM FALSIDADE IDEOLÓGICA CONTRA A SUPERINTENDÊNCIA DA POLÍCIA FEDERAL. SÚMULA Nº 122/STJ. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL SUSCITANTE.

I. Hipótese que cuida da conexão entre possíveis crimes de estelionato - consistentes na conduta de pessoa que, munida de declaração falsa da ABAV, se dizendo representante de empresa de turismo, ilude particulares interessados em obter visto junto à Embaixada dos Estados Unidos da América - e de falsidade ideológica - traduzidos na prestação de informações falsas à Superintendência da Polícia Federal, com o fim de obter a emissão de passaporte e a supressão, em tese, de carimbos de anterior indeferimento de vistos.

II. Evidenciada, em princípio, a falsidade ideológica cometida contra o Órgão da Polícia Federal responsável pela emissão de passaportes, sobressai a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do feito.

III. Conexa, a conduta do art. 171 do Código Penal, esta terá julgamento unificado na Justiça Especializada, por força do entendimento da Súmula nº 122 desta Corte.

IV. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, o Suscitante.

(CC 38186/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/10/2003, DJ 03/11/2003, p. 246).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. OFENSA A INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTES DESTA CORTE.

I. Na hipótese dos autos, muito embora o documento falso tenha sido utilizado pelo Paciente no intuito de afetar a relação trabalhista, a falsidade foi empregada como meio de prova perante a Justiça do Trabalho, extrapolando, portanto, a simples esfera individual dos litigantes na ação trabalhista.

II. Resta evidenciado, assim, a intenção de induzir em erro a Justiça do Trabalho, devendo, portanto, ser reconhecida

a ofensa a interesse da União e, por conseguinte, a competência da Justiça Federal. Precedentes desta Corte.

III. Ordem denegada.

(STJ, HC 117722/PR, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJ 13/04/2009).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. USO DE DOCUMENTO FALSO. CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO - CNH. UTILIZAÇÃO PERANTE A POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. PREJUÍZO A SERVIÇO DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

I. A qualificação do órgão expedidor do documento público é irrelevante para determinar a competência do Juízo no crime de uso de documento falso, pois o critério a ser utilizado para tanto define-se em razão da entidade ou do órgão ao qual foi apresentada, porquanto são estes quem efetivamente sofrem os prejuízos em seus bens ou serviços.

II. *In casu*, como a CNH teria sido utilizada, em tese, para tentar burlar a fiscalização realizada por agentes da Polícia Rodoviária Federal, que possuem atribuição de patrulhamento ostensivo das rodovias federais, resta caracterizado o prejuízo a serviço da União, justificando-se a fixação da competência da Justiça Federal, consoante o disposto no art. 109, inciso IV, da Carta da República.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, o suscitante. (CC 99105/RS, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJ 27/02/2009).

7. O segundo ponto trazido pelo embargante, em petição complementar aos embargos, colacionada às fls. 2.019/2.030 dos autos, que se amparou nos argumentos do voto vencido, refere-se à duplicidade de laudos existente nos autos, um concluindo pela falsificação e outro em sentido contrário. Quanto a este aspecto, o Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA afirmou que:

Quanto ao mérito, fico com uma pequena dúvida sobre outro ponto que foi destacado pelo advogado da tribuna. O eminente Relator destacou que há três ou quatro laudos. Pelo que foi dito da tribuna, dois laudos disseram que o documento era autêntico e um diz que é falso. É isso

mesmo? **Existem dois laudos dizendo que o documento é autêntico e um laudo dizendo que é falso?**

(...)

Aí vem outro ponto: esse único laudo que diz que há falsidade, pelo que o advogado disse e pelo que o douto representante do Ministério Público complementou dando as razões e mostrando a dignidade do laudo, foi um laudo obtido pelo Ministério Público, fora do inquérito e fora do processo. Ele foi produzido depois que o inquérito foi concluído, aberta vista ao Ministério Público (...).

(...)

Ora, estamos diante de uma hipótese, segundo percebo, que há pelo menos dúvida objetiva a respeito de qual laudo seria o melhor. Estou deixando de prestigiar um laudo produzido de forma regular, durante o inquérito, para prestigiar o outro trazido pelo Ministério Público, que também deve ter o seu valor, mas que deveria, ao meu sentir, pelo menos ser objeto de confirmação da instrução processual. Não vejo como, nessa dúvida, resolvê-la em desfavor do acusado. Eu estaria abandonando minha visão liberal em matéria de prova em um juízo penal, que é, de todos o que me parece exigir um convencimento exauriente para edição de pena condenatória.

Em suma, voto dando provimento à apelação (fls. 1.788).

8. O relator, desembargador Federal RIDALVO COSTA, destacou em seu voto condutor que existiriam dúvidas, sim, de que o embargante seria, ou não, o autor da falsificação, mas defendeu não haver qualquer dúvida de que o embargante fizera uso de recibo falsificado.

9. Dos autos o que se verifica é que foram realizadas quatro perícias na tentativa de atestar a veracidade, ou não, das assinaturas do recibo registrado pelo embargante no DNPM (perícias colacionadas às fls. 19/23, 124/128, 156/160 dos autos e perícia em apenso do Instituto de Criminalística de São Paulo). A primeira perícia, realizada pelo perito Ascendino Cavalcanti, concluiu pela falsidade das assinaturas; a segunda, realizada por PERITOS ASSOCIADOS, carreada às fls. 124/128 dos autos, assinada pelos peritos criminais JACQUELINE DE FARIA e EVSON DA COSTA LIRA, traz como autênticas as assinaturas constantes do recibo

(fl. 127); a terceira, efetuada pela Polícia Federal, de fls. 146/148, e complemento de fls. 156/160, concluiu pela autenticidade; por último, a perícia efetuada pelo Instituto de Criminalística de São Paulo indicou a falsidade da assinatura de Ricardo Jorge Lobo Maranhão e a autenticidade da assinatura de José Cezar Magalhães.

10. De fato, como bem defendeu o ilustre Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE OLIVERA LIMA, existe dúvida objetiva acerca da materialidade delitiva. Veja-se que os diversos laudos foram divergentes, com o último, inclusive, se posicionando pela adulteração parcial do documento, não havendo qualquer certeza nos autos quanto à falsificação. E não poderia só a última perícia, realizada pelo Instituto de Criminalística de São Paulo, ser levada em consideração para o decreto condenatório, em desprestígio ao laudo formulado durante o inquérito pela Polícia Federal.

11. Nesse ponto, não se pode deixar de observar que o laudo realizado pelo Instituto de Criminalística de São Paulo, no qual se amparou a sentença, foi obtido pelo Ministério Público Federal depois de já concluído o inquérito e fora do processo. Penso que não há como escolher um dos laudos divergentes, menos ainda o que não foi confirmado pela instrução processual, para fundamentar a condenação.

12. Consabido que no processo penal, para a declaração de existência da responsabilidade criminal e imposição de uma sanção penal, é imprescindível que o julgador adquira a certeza irrefutável da materialidade delitiva e da autoria. Nesse intento, deve convencer-se, diante de um conjunto probatório suficiente e confiável, de que os fatos trazidos pela acusação são verdadeiros; do contrário, havendo dúvidas quanto ao fato jurídico denunciado, deverá o julgador absolver o acusado da prática do ilícito penal.

13. Portanto, não pode o magistrado esquecer-se do princípio do *favor rei*, que impõe, diante do conflito entre o *jus puniendi* estatal e o *jus libertatis* do denunciado, a prevalência do segundo, ou seja, em casos como o dos autos, de insuficiência de provas, deve sempre prevalecer e imperar o interesse do denunciado (*in dubio pro reo*); desse modo, tem-se que somente a prova robusta e certa, sem qualquer resquício de dúvida, é suficiente para fundamentar uma condenação.

14. Diante da realidade posta nos autos, não há como afirmar, com a segurança necessária e fundamental para uma condenação criminal, que o acusado praticou o delito de falsificação que lhe foi imputado pelo órgão do *Parquet*; a condenação criminal, com todas as consequências que traz ao indivíduo, deve amparar-se em provas perfeitas e plenas, que excluam qualquer possibilidade de hesitação, o que não ocorreu na hipótese analisada.

15. Forte nesses argumentos, conheço dos embargos de nulidade e infringentes interpostos, para rejeitar a preliminar aventada de incompetência da Justiça Federal, e, no mérito, dar-lhes provimento, absolvendo ANTENOR ROCHA PINTO da prática do delito capitulado no art. 299 do CPB.

16. É este o meu voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.756-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAXIMILIANO CAVALCANTI (CONVOCADO)
Impetrantes: DRS. WANK REMY DE SENA MEDRADO E OUTROS
Impetrado: JUÍZO DA 8ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Paciente: ADELANGE DA SILVA GOMES

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. PRISÃO PREVENTIVA. CRIME PREVISTO NO ART. 15 DA LEI Nº 7.802/89 E NO ART. 56 DA LEI Nº 9.605/98. DEFENSIVOS AGRÍCOLAS DE VENDA PROIBIDA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. PRESSUPOSTOS VERIFICADOS: AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS A JUSTIFICAR A CUSTÓDIA EXCEPCIONAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

- Paciente que responde a processo acusado da

prática dos crimes previstos nos arts. 15 da Lei nº 7.802/89 e 56 da Lei nº 9.605/98.

- Prisão em flagrante convertida em preventiva com fundamento na necessidade de garantir a ordem pública, uma vez ter considerado o magistrado a quo que “o preso é sócio de uma empresa voltada para o comércio de produtos agrícolas (COMERCIAL DE PRODUTOS AGRO-SHOW LTDA.) dentre os quais o agrotóxico importado e comercializado ilegalmente PACLOBUTRAZOL, conforme apreensão feita em seu escritório”, e que “caso seja posto em liberdade é notório que voltará a delinquir e prejudicar toda a sociedade (cautelaridade social)”.

- Malgrado presentes os pressupostos processuais (indícios de autoria e de materialidade delitiva) – o que não é negado no writ –, não se verifica comprovada a ameaça à ordem pública a justificar o decreto prisional.

- Nos termos da melhor doutrina e da jurisprudência mais abalizada, há de ser manifesta a ameaça à ordem pública para justificar a prisão, não podendo o juiz basear-se em meras ilações destituídas de substrato fático-probatório para a decretação da custódia cautelar.

- A prisão preventiva é medida excepcional, pelo que tolher a liberdade de um homem antes de qualquer decreto condenatório com fundamento na garantia da ordem pública somente é recomendado quando, ponderadas as circunstâncias, se verificar que os danos que o mesmo, livre, poderia causar à sociedade seriam maiores que os experimentados individualmente durante o período de encarceramento.

- Paciente acusado de cometer crimes que, por sua própria natureza, não são praticados mediante o uso da força ou através de constrangimento físico ou psíquico. Ademais, encontra-se comprovado que o segregado possui profissão lícita.

ta, tem endereço fixo e conhecido e bons antecedentes.

- A comercialização de defensivos agrícolas, só por si, não é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio. Ademais, foi encontrada uma quantidade mínima de produtos proibidos (quatro litros ao todo) em uma empresa estabelecida com a finalidade de comercializar produtos agrícolas, formada a partir do capital social de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

- Não há no processo qualquer indício ou evidência a indicar que o paciente voltará a delinquir ou que fez da prática de crimes o seu meio de vida, já que a prova dos autos não demonstra que o paciente é propenso ou contumaz na prática delituosa, o que ocorreria caso ele já tivesse sido preso em flagrante anteriormente, se respondesse a alguma outra ação penal, se não dispusesse de meios lícitos para a sua manutenção, se não tivesse endereço certo ou vínculos na cidade de origem, se desfrutasse de status social sabidamente incompatível com os seus ganhos, se o crime tivesse causado clamor público etc. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça (HC 58240 - Sexta Turma - Ministro Paulo Gallotti - DJ 12.11.2007, pg. 300).

- Circunstâncias que corroboram a percepção de que a pessoa jurídica e o sócio, ora paciente, não se mantinham exclusiva ou preponderantemente com a venda clandestina e ilegal de mercadorias.

- Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 19 de novembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MAXIMILIANO CAVALCANTI-
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MAXIMILIANO CAVALCANTI (Convocado):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Wank Remy de Sena Medrado e outros, em favor de Adelange da Silva Gomes, imputando autoridade coatora o MM. Juiz Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, com sede em Petrolina.

Narra a exordial do remédio heróico que o paciente fora preso, no dia 06 de novembro do corrente, quando do cumprimento de determinação exarada nos autos do pedido de busca e apreensão tombado sob o nº 2009.83.08.001421-8, porquanto foram encontrados, em seu estabelecimento comercial (Comercial de Produtos Agrícolas Agroshow Ltda.), quatro litros de substância agrotóxica (pacoblutrazol) de importação restrita no Brasil, provavelmente oriunda da China, tipificando, em tese, os ilícitos previstos no art. 15 da Lei 7.802/89 e art. 56 da Lei 8.605/98.

Afirma, outrossim, que o decreto de liberdade provisória foi denegado sob o injustificado receio de garantir a incolumidade da ordem pública (art. 312 do CPP), vislumbrando o Magistrado a possibilidade de que o paciente voltará a delinquir, apenas por ser sócio de empresa constituída para a comercialização de agrotóxicos.

Ataca, por conseguinte, os pilares da ordem de prisão preventiva, asseverando inexistir motivo para a manutenção do encarceramento cautelar.

O *writ* foi recebido no plantão judiciário, tendo o eminente Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima denegado o pleito liminar (fls. 38-39).

A autoridade impetrada prestou informações, reafirmando a necessidade da segregação preventiva (fls. 44-48).

Foram os autos ao *custos legis*, que opinou pela denegação da ordem, consignando ser possível divisar a existência de um

cartel de empresas interligado, organizado e voltado para a prática dos delitos previstos nos artigos supra referidos (fls. 50-63).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MAXIMILIANO CAVALCANTI (Relator Convocado):

É cediço que a prisão preventiva encontra seus delineamentos no art. 312 do Código de Processo Penal e demanda, como pressupostos essenciais à sua decretação, a prova da existência do crime (materialidade delitiva) e a presença de indícios suficientes de autoria, os quais devem ser conjugados com pelo menos uma das hipóteses autorizadoras da medida (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal).

In casu, observo que o magistrado *a quo* vislumbrou que a prova da materialidade do delito resulta dos elementos contidos nos autos, no que foi corroborado pela cópia do auto circunstanciado de busca e apreensão que dormita às fls. 19/20 deste caderno processual,

Considerou S. Exa., ainda, haver “*prova mais do que suficiente de que o preso ADELANGE, sócio da empresa COMERCIAL DE PRODUTOS AGROSHOW LTDA, importa e comercializa ilegalmente agrotóxico à base do produto denominado PACOBLU-TRAZOL*”.

De fato, os indícios de autoria e materialidade não foram infirmados pelos impetrantes deste *habeas corpus*, segundo se vê da seguinte passagem da petição inicial:

Vale registrar que os venenos foram importados pela empresa denominada DEFENSIVE, conforme esclarecimento prestado em interrogatório. E QUE O PACIENTE NUNCA COMERCIALIZOU TAIS DEFENSIVOS, RECEBENDO-OS, CONSOANTE RELATADO, APENAS A TÍTULO DE EXPERIMENTO. NÃO HÁ UMA SÓ PROVA OU MESMO INDÍCIO DE QUE O PACIENTE TENHA VENDIDO OU IMPORTADO O PRODUTO PROIBIDO. MUITO PELO CONTRÁRIO, SE ALGUÉM DEVE SER PRESO, ESTE DEVE

SER O IMPORTADOR, QUAL SEJA: O PROPRIETÁRIO DA EMPRESA DEFENSIVE, QUE POSSUI SEDE NA CIDADE DE SÃO PAULO. Registre-se por fim, que o paciente ao receber o brinde oferecido pela empresa retro agiu em inconteste ERRO DETERMINADO POR TERCEIRO (art. 20, § 2º, CPB).

O mesmo se diga do teor de seu interrogatório perante a autoridade policial (fls. 36/37):

(...) QUE há cerca de quatro ou cinco anos recebi os produtos PACLOBUTRAZOL 25 LS (da Intracrop Corporation) de uma pessoa de que não me recordo, quando estava em meu escritório, na condição de sócio da empresa PETRO-AGRÍCOLA; QUE recebi tal produto para testá-lo; QUE guardei o produto em meu escritório há muito tempo e nem me recordava mais da presença de tal material em meu domicílio comercial; QUE, também há cerca de quatro ou cinco anos, recebi uma caixa do produto denominado 'DRIN', produzido pela GREEN ITALIA e importado por uma empresa conhecida, a DEFENSIVE; QUE apenas restaram três garrafas plásticas fechadas de tal produto em meu escritório uma vez que os outros exemplares foram cedidos a produtores de forma que o adubo foliar fosse testado; QUE nunca tive a menor idéia de que tais produtos fossem proibidos; QUE o produto PACLOBUTRAZOL 25 LS é um inibidor de crescimento; QUE todo o Vale do São Francisco utiliza o produto CUTAR 25%, que é a mesma coisa do PACLOBUTRAZOL 25 LS; QUE a diferença de preço do CUTAR não é significativa, relativamente ao material mencionado; QUE tais produtos estavam em meu escritório, situado no interior da empresa AGROSHOW (Av. da Integração, 83, Petrolina/PE); QUE o espaço físico de meu escritório atualmente serve unicamente para minhas cobranças; QUE acho que a AGROSHOW nunca trabalhou com "DRIN" e "PACLOBUTRAZOL 25 LS"; QUE eu não trabalho na área comercial da AGROSHOW, empresa da qual sou sócio; QUE estou tentando vender a minha parte na empresa; QUE o computador situado no escritório era de meu uso exclusivo e só contém dados relativos a cobranças; QUE eu nem me recordava mais da presença de tais produtos em meu escritório; QUE acredito que meu sócio da AGROSHOW, Mi-

guel Filho, não tinha conhecimento da presença do “DRIN” e “PACLOBUTRAZOL 25 LS” em meu escritório; QUE nunca vendi tais produtos; QUE nunca importei esses produtos; QUE fiz apenas uma importação, na condição de produtor, quando trouxe para o país uma máquina e o plástico utilizado pelo equipamento; QUE observo que os produtos “DRIN” e “PACLOBUTRAZOL 25 LS” encontram-se vencidos.

Encontrando-se, portanto, reunidos os requisitos legais, resta-nos analisar doravante se presente(s) algum(ns) dos fundamentos para a decretação da custódia excepcional, sendo certo que esse é o ponto da controvérsia, porquanto qualquer que seja a capitulação adequada aos fatos – art. 15 da Lei nº 7.802/89, ou art. 56 da Lei nº 9.605/98 – ambas viabilizam a decretação da medida, já que prevêem pena de reclusão (art. 313, I, CPP).

O eminente magistrado de primeiro grau vislumbrou a necessidade de garantia da ordem pública, por entender que *“o preso é sócio de uma empresa voltada para o comércio de produtos agrícolas (COMERCIAL DE PRODUTOS AGROSHOW LTDA.) dentre os quais o agrotóxico importado e comercializado ilegalmente PACLOBUTRAZOL, conforme apreensão feita em seu escritório”*. E prossegue:

Destarte, caso seja posto em liberdade é notório que voltará a delinquir e prejudicar toda a sociedade (cautelaridade social). Neste sentido, consoante afirmações da autoridade policial, o produto proibido é danoso à saúde da população e dos trabalhadores que com eles labutam e ruinoso à livre concorrência, uma vez que importado da China a preços mais baixos dos que os produtos autorizados pelo Ministério da Agricultura e produzidos regularmente no Brasil.

Data maxima venia, não comungo desse raciocínio. É que nos termos da melhor doutrina e da jurisprudência mais abalizada, há de ser manifesta a ameaça à ordem pública para justificar a prisão (e não somente mera suposição). No particular, o denunciado é acusado de cometer crimes que, por sua própria natureza, não são praticados mediante o uso da força ou através de constrangimento físico ou psíquico. Ou seja, o(s) delito(s) supostamente

perpetrado(s) pelo paciente, embora seja(m) grave(s) e com potencial lesivo de prejudicar a saúde pública não é(são), a meu sentir, daqueles que ensejam a segregação do infrator.

O processualista Eugênio Pacelli de Oliveira¹, discorrendo sobre o assunto, ao tempo em que ensina que a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública não é de natureza instrumental, verbera:

No Brasil, a jurisprudência, ao longo desses anos, tem se mostrado ainda um pouco vacilante, embora já dê sinais de ter optado pelo entendimento da noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo.

Outra não é a lição de Mirabete², para quem a medida visa evitar que *“o delinqüente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida”*.

Deveras, a se admitir que uma mera suposição do magistrado divorciada de indícios mínimos é suficiente, só por si, a fundamentar a custódia para a garantia da ordem pública, nenhuma pessoa estaria imune da prisão preventiva.

Vou além. Todos os que respondem a ação penal podem ser presos cautelarmente, se presentes estiverem os pressupostos de autoria e materialidade, pois qualquer um deles poderá voltar a delinquir. Daí por que defendo que à míngua de um indício concreto e plausível afigura-se desproporcional e ilegal o decreto prisional preventivo.

A prisão preventiva é medida excepcional e tolher a liberdade de pessoas antes de qualquer decreto condenatório somente é recomendado quando, ponderadas as circunstâncias, se verificar que os danos que as mesmas, livres, poderiam causar à sociedade seriam maiores que os experimentados individualmente durante o período de encarceramento.

¹ *Curso de Processo Penal*, 3ª ed., Del Rey, p. 520

² *CPP Interpretado*, 6ª ed., Atlas, p. 414.

No particular, não há no processo qualquer indício que nos leve a crer que o paciente voltará a delinquir. A meu sentir, seria necessário ao menos uma informação razoável, plausível e segura a indicar que o indiciado é propenso ou contumaz na prática delituosa, o que ocorreria caso ele tivesse sido preso em flagrante anteriormente, se respondesse a alguma outra ação penal, se não dispusesse de meios lícitos para a sua manutenção, se não tivesse endereço certo ou vínculos na cidade de origem, se tivesse sido flagrado com armas ou drogas, se desfrutasse de *status* social sabidamente incompatível com os seus ganhos, se o crime tivesse causado clamor público etc.

Mas não.

O paciente buscou comprovar que possui profissão lícita, já que é sócio majoritário (95%) de uma empresa que comercializa defensivos agrícolas (v. fls. 34/35); também demonstrou ser tecnicamente primário, à luz das informações contidas nas certidões de fls. 28 (da Seção Judiciária de Pernambuco), 29 (da Comarca de Petrolina), 30 (da Seção Judiciária da Bahia) e 31 (da Secretaria de Segurança Pública da Bahia). Provou, ainda, ter endereço na Avenida Cardoso de Sá, 1.175, apto. 702 – Condomínio Palmeira Imperial – Nossa Senhora dos Anjos – Petrolina (fl. 33), sendo digno de nota que o valor da sua fatura de energia elétrica bem assim o histórico de consumo evidenciam não só a estabilidade de seu domicílio como também indícios de que ali reside efetivamente.

Anoto, em sufrágio desse raciocínio, que a comercialização de defensivos agrícolas, só por si, não é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio. Ademais, foi encontrada uma quantidade mínima de produtos proibidos (quatro litros ao todo) em uma empresa estabelecida com a finalidade de comercializar produtos agrícolas, formada a partir do capital social de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Tais circunstâncias só corroboram a percepção de que a pessoa jurídica e o sócio, ora paciente, não se mantinham exclusiva ou preponderantemente com a venda clandestina e ilegal de mercadorias. Por fim, não se tem notícia da realização de perícia no computador apreendido do paciente a confirmar qual a representatividade da venda desses produtos ilícitos no universo das vendas realizadas pela empresa.

Remanesce ainda sem resposta a ponderação apresentada pela douta Procuradora Regional da República às fls. 50/63. Diz S. Exa.:

Diversamente do que pretende fazer crer o paciente, na sua confissão prestada perante a Autoridade Policial, a prática dos crimes ambientais em foco não se constituíram fatos isolados em sua vida, mormente quando se nota que o mesmo admite que recebeu em seu escritório o PACOBLUTRAZOL, há cerca de cinco anos, na condição de sócio da empresa PETROAGRÍCOLA, no entanto, referido produto químico de comercialização proibida foi encontrado não neste estabelecimento ora citado, mas no empreendimento de mesma finalidade social denominado Comercial de Produtos Agrícolas Agroshow Ltda., também de propriedade do paciente, no último dia 06.11.2009. Referidos elementos de prova dão conta da reiteração das condutas delituosas pelo investigado paciente, através de sucessivas empresas do mesmo ramo de negócio – comercialização de produtos agrícolas, inclusive agrotóxicos –, as quais o tem como sócio. Sendo ainda de mencionar que na manifestação ministerial juntada como documento na impetração em foco que não somente a empresa do paciente, mas outras do mesmo tipo de comércio estão sendo, conjuntamente, investigadas pelo mesmo motivo, como se nota, *in thermis*: (...).

Ora, em primeiro lugar, o fato de diversas outras empresas estarem sendo investigadas não depõe contra o paciente. Ao contrário, só corrobora a verossimilhança de seu interrogatório, já que em nenhum momento ele se furtou a confessar que o uso de produtos de venda proibida é algo comum no Vale do São Francisco. De outro giro, não há nenhuma informação nos autos que nos leve a supor que as empresas investigadas atuam de forma sincronizada e associada para fins criminosos, o que também – é certo – não pode ser de logo descartado. A instrução processual melhor dirá. Talvez a própria perícia a ser realizada no computador responda a essa pergunta. Porém, até que se apure, a incerteza deve militar em benefício do paciente.

Em segundo lugar, a par de não ter sido apresentado qualquer indício da presença de substância ilícita na empresa PETROA-

GRÍCOLA – aliás, não se sabe sequer se a mesma ainda existe – também não extrai do depoimento do investigado nenhuma sugestão que venha a justificar as conclusões da douta representante do *Parquet*, parecendo-me certo que o paciente já foi sócio de outra empresa do ramo e que levou consigo o produto ali recebido para a AGROSHOW, tanto que acredita que o seu sócio nesta nem tem conhecimento da presença do “DRIN” e do “PACLOBUTRAZOL 25 LS” em suas dependências.

Ou seja, definitivamente não logrei encontrar nenhum dado concreto ou mesmo rastro de que o paciente fez da prática de crimes o seu meio de vida. É dizer, não existem indícios a concorrer para a manutenção da segregação excepcional, sobretudo porque não se pode descartar a possibilidade de o episódio em si ter sido um fato isolado em sua vida (se é que houve dolo).

Neste mesmo sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, segundo se vê do precedente abaixo reproduzido:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA NEGADA. DECISÃO NÃO FUNDAMENTADA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prisão cautelar, assim entendida toda prisão que antecede a condenação transitada em julgado, só pode ser imposta se evidenciada, com explícita fundamentação, a necessidade da rigorosa providência.

2. Negando o Juiz de primeiro grau a liberdade provisória ao argumento de ser a segregação necessária à garantia da ordem pública e à conveniência da instrução criminal, tecendo considerações de ordem genérica e fazendo juízo de probabilidades, bem como mencionando a gravidade do delito, sem demonstrar concretamente a necessidade da custódia cautelar, é evidente o constrangimento ilegal.

3. Não é motivo suficiente a justificar a negativa do direito de recorrer em liberdade o fato de o réu, indevidamente, ter respondido ao processo preso, tampouco a simples alusão à sua personalidade.

4. Ordem concedida.

(HC 58240 - Sexta Turma - Ministro Paulo Gallotti - DJ 12.11.2007, pg. 300)

Com efeito, verificado que o princípio constitucional da presunção de inocência milita em seu favor, estando na própria Carta Magna a previsão de que *“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”* (art. 5º, LXVI), concluo que o paciente, porque possui ocupação lícita e domicílio certo e conhecido, e em razão de não se verificarem presentes os motivos legalmente catalogados como ensejadores à decretação da preventiva, detém o direito subjetivo à liberdade com vinculação.

À luz do exposto, rendendo as minhas vênias aos que entendem em sentido diverso, concedo a ordem, cabendo ao MM. Juiz Federal providenciar a expedição de alvará de soltura para a imediata liberação do paciente, a menos que deva permanecer preso por outro motivo, cabendo à eminente autoridade apontada como coatora colher do réu o compromisso legal de comparecer a todos os atos do processo penal, não podendo, outrossim, mudar de domicílio ou se ausentar por mais de oito dias de sua residência sem prévia autorização do juízo (arts. 327 e 328, CPP), sob pena de revogação da medida.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.765-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO
Impetrante: DR. SÍLDILON MAIA THOMAZ DO NASCIMENTO
Impetrado: JUÍZO DA 9ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
Paciente: RUI ÁLVARES DE FARIA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. JULGADO EM CONSONÂNCIA COM O NOVEL ENTENDIMENTO DO STJ. ENTENDIMENTO SEMELHANTE DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDE-

**RAIS. AUSÊNCIA DE NULIDADE DA SENTENÇA.
DENEGAÇÃO DA ORDEM.**

- Writ impetrado sob o argumento de que a sentença, que condenou o Paciente pela prática do crime tipificado no art. 89 da Lei nº 8.666/93, seria nula porque contrária ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ, de que o referido crime apenas se configuraria quando ocasionasse prejuízo econômico aos cofres públicos, por ser crime de resultado e não de mera conduta.

- O habeas corpus contra sentença condenatória é admissível apenas nos casos em que a nulidade da decisão é manifesta.

- Não é teratológica a sentença que condenou o ora paciente pelo crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93, uma vez que não há entendimento sumulado ou unânime na jurisprudência do egrégio STJ ou na dos Tribunais Regionais Federais - TRFs sobre a necessidade ou não de resultado danoso para a consumação do referido ilícito penal. Ordem de habeas corpus denegada.

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, denegar a ordem de *habeas corpus*, 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, 3 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Habeas corpus preventivo, impetrado por Síldilon Maia Thomaz do Nascimento, em face da decisão do MM. Juiz da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, que o condenou à pena de 05 (cinco) anos de detenção, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto e multa no valor de R\$ 1.349,56 (um mil, trezentos e quarenta e nove reais e cinquenta seis), pela prática do crime tipificado no artigo 89 da Lei nº 8.666/93; foi-lhe deferido, afinal, o direito de apelar em liberdade.

Sustenta o impetrante a nulidade da sentença, por ter o Superior Tribunal de Justiça-STJ firmado o entendimento no sentido de que o crime tipificado no art. 89 da Lei nº 8.666/93 (*Dispensar ou inexigência de licitação fora das hipóteses previstas em lei*) exige o resultado danoso, não sendo crime, pois, de mera conduta; assim, somente seria punível, quando causasse prejuízo econômico aos cofres públicos.

No caso sob exame, não tendo sido provada a ocorrência de prejuízo ao erário, em face da suposta aquisição de material de construção pelo ora paciente, com a dispensa indevida de licitação, o decreto condenatório deveria ser cassado, na integralidade.

Requeru a concessão da ordem de *habeas corpus*, para que fosse declarada a nulidade da sentença condenatória, reiterando o argumento de que a ausência de prejuízo econômico ao erário inviabilizaria a condenação, nos termos do art. 89 da Lei nº 8.666/93.

As “informações” estão às fls. 24/25. Nelas se afirmou que a comprovação, ou não, de prejuízo ao erário não obstaría a responsabilização do paciente, porque o bem tutelado no art. 89 da Lei nº 8.666/93 não diria respeito ao patrimônio público, em sentido estrito, mas à moralidade e à legalidade administrativas, que foram afrontadas pelo paciente, com a dispensa ou a inexigência **indevidas** da licitação dos materiais de construção adquiridos, ou seja, fora das hipóteses legais.

Foi ressaltado ainda que, a configuração, ou não, do resultado danoso, foi considerada como elemento de influência, para fins de

cálculo da reprimenda a ser imposta.

A douta apresentação do *Parquet* **opinou pela denegação da ordem**, afirmando que o *habeas corpus* que é impetrado para declarar a nulidade de julgado só é cabível no caso de nulidade manifesta do mesmo, o que não ocorreu com sentença proferida com base em entendimento jurisprudencial recente do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

É admissível o *habeas corpus* contra sentença condenatória apenas em casos em que a nulidade da decisão é manifesta.

No entanto, tal não ocorreu no presente caso.

O paciente afirma ser nula a sentença condenatória, porque seria contrária ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ, de que o delito penal sob foco – tipificado no art. 89 da Lei nº 8.666/93¹ – se consumaria com a ocorrência do resultado danoso, **e seria punível, apenas, quando ocasionasse prejuízo econômico aos cofres públicos.**

Mas no presente caso, segundo aduziu, não teria sido provada a ocorrência de prejuízo ao erário, por conta da suposta aquisição de material de construção pelo ora paciente com a dispensa (indevida) de licitação.

Contrariamente ao alegado pelo paciente, o entendimento do STJ acerca de o crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 ser ou não de mera conduta não está pacificado.

No particular, transcrevo acórdão do egrégio STJ, cujo entendimento é diametralmente oposto ao que está a ser sustentado pelo ora paciente:

¹ Dispensa ou inexistência de licitação fora das hipóteses previstas em lei.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. AÇÃO PENAL. ART. 89, *CAPUT*, DA LEI Nº 8.666/93. TRANCAMENTO. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO PENAL QUE SE ESGOTA NO DOLO. CRIME QUE SE PERFAZ INDEPENDENTEMENTE DA VERIFICAÇÃO DE QUALQUER RESULTADO NATURALÍSTICO.

I - O trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* se situa no campo da excepcionalidade (HC 901.320/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 25/05/2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC 87.324/SP, Primeira Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia, *DJU* de 18/05/2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC 91.634/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 05/10/2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do *habeas corpus*, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC 88.139/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, *DJU* de 17/11/2006). Na hipótese, há, com os dados existentes até aqui, o mínimo de elementos que autorizam o prosseguimento da ação penal.

II - A simples leitura do *caput* do art. 89 da Lei nº 8.666/93 não possibilita qualquer conclusão no sentido de que para a configuração do tipo penal ali previsto exige-se qualquer elemento de caráter subjetivo diverso do **dolo**. Ou seja, dito em outras palavras, não há qualquer motivo para se concluir que o tipo em foco exige um ânimo, uma tendência, uma finalidade dotada de especificidade própria, e isso, é importante destacar, não decorre do simples fato de a redação do art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93, ao contrário do que se passa, apenas à título exemplificativo, com a do art. 90 da Lei nº 8.666/93, não contemplar qualquer expressão como “com o fim de”, “com o intuito de”, “a fim de”, etc. Aqui, o desvalor da ação se esgota no **dolo**, é dizer, a finalidade, a razão que moveu o agente ao dispensar ou inexigir a **licitação** fora das hipóteses previstas em lei é de análise desnecessária (Precedente).

III - Ainda, o crime se perfaz, com a mera **dispensa** ou afirmação de que a **licitação** é inexigível, fora das hipóteses previstas em lei, tendo o agente consciência dessa circunstância. Isto é, não se exige qualquer resultado naturalístico para a sua consumação (efetivo prejuízo para o erário, por exemplo) (Precedente). Ordem denegada. (Quinta Turma, HC nº 94720/PE, Rel. Ministro Félix Fischer, julg. 16.06.2008, publ. 18.08.2008, pág. 560).

Também os Tribunais Regionais Federais se pronunciam no mesmo sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. LICITAÇÃO. DISPENSA. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. AUTORIDADE MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOLO GÊNÉRICO. BEM JURÍDICO TUTELADO. ERRO DE PROIBIÇÃO. INOCORRÊNCIA. REPARAÇÃO CIVIL. DANOS PATRIMONIAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

1. Foi devidamente constatado que os denunciados infringiram as previsões legais acerca do procedimento licitatório, não só pela dispensa de licitação para a realização de obras de valor superior aos R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) permitidos pelo artigo 24 da Lei 8.666/93, mas também pelo fato de não terem realizado qualquer procedimento administrativo para se efetivar tal dispensa.

2. O tipo do artigo 89 da Lei 8.666/93 não exige para a consumação do delito nenhum resultado naturalístico, bem como elemento subjetivo específico, bastando o dolo genérico, consubstanciado na vontade conscientemente dirigida à dispensa ou inexigibilidade de licitação ou à inobservância das formalidades estabelecidas para a sua realização.

3. O bem jurídico tutelado pela norma penal em comento não se resume apenas à lesão ao erário público, uma vez que abrange também a tutela de princípios administrativos como os da competitividade, isonomia e moralidade, dentre outros, que não protegem apenas a administração pública, mas também os particulares interessados em participar dos procedimentos licitatórios.

4. Não cabe falar em erro de proibição se o acusado não demonstra a inevitabilidade da conduta proibida, que não pode ser caracterizada pela ignorância da lei, uma vez que esta não se confunde com a ignorância da ilicitude do fato.

5. Há elementos nos autos que permitem concluir pela consciência potencial dos acusados quanto à ilicitude de suas condutas, não se devendo cogitar a existência de erro de proibição.

6. Não há prova de ter havido dano efetivo. Assim, o arbitramento de um valor indenizatório não estaria reparando um prejuízo porventura sofrido, mas sim impondo verdadeira multa aos acusados sem qualquer previsão legal, infringindo o princípio da legalidade.

7. Apelação parcialmente provida.

(TRF 2ª Região, Segunda Turma, ACR nº 6.715/ES, Rel. Des. Federal Liliane Roriz, julg 05.08.2009, publ. *DJU*, 13.08.2009, pág. 28).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI OU SEM A OBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES PERTINENTES (ART. 89, *CAPUT*, DA LEI Nº 8.666/93). AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DOLO. RECURSO IMPROVIDO.

I - Materialidade e autoria delitivas devidamente comprovadas mediante prova documental e testemunhal no sentido de que o apelante, na qualidade de administrador da FUNAI, permitiu, por mais de um ano, a realização de serviços prestados por oficina mecânica sem a observância das formalidades pertinentes à dispensa ou inexistência de licitação.

II - Para a configuração do tipo previsto no artigo 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93, basta a existência do dolo (genérico), sendo desnecessária a análise a respeito de eventual finalidade do agente.

III - Recurso improvido.

(TRF 3ª Região, Segunda Turma, ACR nº 23.500/MS, Rel. Des. Federal. Cotrim Guimarães, julg. 28.08.2008, publ. *DJU* 18.09.2008).

Desta forma, não é teratológica a sentença que condenou o ora paciente pelo crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93, uma vez que não há entendimento sumulado ou unânime na jurisprudência do egrégio STJ ou dos Tribunais Regionais Federais sobre a necessidade ou não de resultado danoso para a consumação do referido crime.

Ressalte-se que para a modificação do julgado, aí incluído o pedido de nulidade, deve o paciente interpor apelação, recurso cabível contra a sentença condenatória, tal como fez o Ministério Público Federal – fls. 13/18-v.

Forte nesses argumentos, denego a ordem de *habeas corpus* requerida.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA

5190-PE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	13
6095-SE	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho	22
6135-AL	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	31
6246-AL	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	42

AGRAVO DE INSTRUMENTO

82315-PE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	53
101648-CE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima..	72

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

3795-PE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	82
8457-AL	Rel. ^a . Des. ^a . Federal Margarida Cantarelli	87

APELAÇÃO CÍVEL

358555-PE/		
358560-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	100
402607-SE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	123
436430-PB	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	133
436549-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	141
445681-SE	Rel. Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto (Convocado)	149
449044-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	169
451364-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	179
451621-RN	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	196
467941-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	202
476764-RN	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	218
486835-CE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	229
487101-CE	Rel. ^a . Des. ^a . Federal Margarida Cantarelli	236
487984-AL	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho.	245

APELAÇÃO CRIMINAL

6603-PE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	267
6688-CE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	274

**EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE NA
APELAÇÃO CRIMINAL**

8-PE Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt 291

HABEAS CORPUS

3756-PE Rel. Des. Federal Maximiliano Cavalcanti
(Convocado) 302

3765-RN Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano 313

ÍNDICE ANALÍTICO

A

- Cv Ação Civil Pública. Desconsideração da personalidade jurídica. Empresa que agia como instituição financeira sem autorização do Banco Central. Ressarcimento aos clientes lesados. Ilegitimidade passiva de sócio cotista, sem poderes de administração. Responsabilidade solidária de ex-sócia pelos débitos referentes ao período em que atuou como administradora da sociedade. AC 449044-PE 169
- PrCv e Amb Ação Civil Pública proposta pelo Município de Jaboatão dos Guararapes objetivando a renovação de licenças ambientais para construção de espigões para a contenção do avanço do mar em sua orla marítima. Licenças ambientais revogadas com base em recomendação do Ministério Público do Estado de Pernambuco. Ilegitimidade do Ministério Público Estadual para figurar no polo passivo da ação. Descabimento da atuação de mais de um membro do Ministério Público no mesmo feito na condição de *custos legis*. Atuação perante a Justiça Federal atribuída por lei exclusivamente ao Ministério Público Federal. Defesa do meio ambiente. Terrenos de marinha. Atribuição do Ministério Público Federal. Nulidade dos atos praticados no processo pelo Ministério Público Estadual. Matéria de ordem pública atinente à legitimidade *ad causam* e adequada intervenção do *Parquet*. Preclusão. Inocorrência. AgTr 82315-PE 53
- Cv e Adm Ação de ressarcimento combinada com reparação de danos morais. Pensão descontada em percentual inferior ao fixado em

	acordo de alimentos. Negligência da União. Prazo prescricional quinquenal. Direito ao ressarcimento parcialmente acolhido. Pretensão indenizatória prescrita. AC 476764-RN 218
PrCv e Trbt	Ação rescisória. CPC, art. 485, IX. Execução fiscal. Impenhorabilidade do bem arrematado. Não comprovação. Exame e valoração da prova pelo acórdão rescindendo. Erro de fato. Inocorrência. Parcelamento após a arrematação. Preservação da boa-fé do arrematante. Improcedência do pedido. AR 6135-AL 31
PrCv	Ação rescisória. Execução extrajudicial. Decreto-Lei nº 70/66. Violação a literal disposição de lei e erro de fato. Inexistência. Litigância de má-fé não configurada. AR 5190-PE 13
Adm	Ação rescisória. Militar. Promoção. Cabo para Terceiro Sargento. Critério da antiguidade. Requisitos satisfeitos. Alegação de infração a literal dispositivo de lei. Não ocorrência. Improcedência do pedido rescisório. AR 6246-AL 42
Ct e PrCv	Ação rescisória fundada em violação literal a disposição de lei. CPC, art. 485, V. CF, art. 37, § 6º. Responsabilidade objetiva do Estado. Exigência de o agente público ter agido ou se omitido em tal qualidade. Necessidade de reexame de provas. Situação que não se compatibiliza com a rescisória. AR 6095-SE 22

Adm Áreas aeroportuárias. Concessão de uso. Empresas de táxi aéreo e manutenção de aeronaves. Licitação. Possibilidade de reatização. AgTr 101648-CE 72

C

Adm Concurso público. Convocação para posse. Cancelamento por erro da Administração no momento em que o autor fazia os exames admissionais. Direito à posse. Inexistência. Indenização por dano moral. Cabimento. AC 402607-SE 123

Adm Contrato para execução de obra pública. Termos aditivos. Prorrogação dos prazos de execução e de vigência. Restauração do equilíbrio econômico-financeiro. Termo final do prazo contratual. Obra não concluída. Culpa da contratada. Extinção do contrato. Honorários advocatícios. Elevação. Causa complexa. AC 467941-PE 202

Adm e Cv Correspondentes bancários. Resolução nº 3.103/2003 do BACEN. Contrato de prestação de serviços. Banco Bradesco S/A. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Serviços bancários. Banco postal. Adequação dos estabelecimentos à Lei nº 7.102/83. Responsabilidade conjunta. AC 451364-PE 179

Pen e PrPen Crime de falso e uso de documento falso (passaporte). Acusado de origem estrangeira, sem vínculos no País e em caráter de permanência provisória. Prisão preventiva. Decreto no curso da instrução. Garantia da aplicação da lei penal. Confirmação da cus-

tódia cautelar por esta Corte. Autoria e materialidade comprovadas. Recurso manejado em relação à dosimetria da pena. Sentença fundamentada sem mácula de vícios. Pena-base. Fixação acima do mínimo legal. Proporcionalidade. Necessária fundamentação. Circunstâncias desfavoráveis. Manutenção da pena-base e do regime inicial fechado. Necessidade de garantia de aplicação da lei penal e risco de subtração à lei. Substituição da pena privativa de liberdade. Impossibilidade. Requisitos subjetivos. Não preenchimento. ACr 6688-CE 274

Pen e PrPen Crime de inserção de dados falsos em sistema de informações. Preliminares rejeitadas. Autoria e materialidade evidenciadas através de robusto acervo probatório. Dosimetria da pena irretocável. Confirmação do veredicto condenatório em todos os seus termos. ACr 6603-PE 267

E

PrCv Embargos à execução por título judicial contra a Fazenda Pública. Extinção do processo rejeitando liminarmente os embargos. Alegação de aplicabilidade da Lei nº 9.266/1996 e da Medida Provisória nº 2.225-45/2001. Julgamento da apelação em 18.01.2005, não contemplando as diretrizes da Medida Provisória nº 2.225-45/2001, inexistindo a fixação de limites e de compensação. Trânsito em julgado da sentença ante a inércia da União. Questões que as partes poderiam suscitar no processo de conhecimento que se têm como deduzidas e decididas com a superveniência do trânsito em

julgado da sentença, sendo vedada a discussão da matéria de mérito do processo de conhecimento em sede de embargos à execução. Ocorrência do efeito preclusivo da coisa julgada. AC 487984-AL 245

Cv Embargos de terceiro. Segunda compra e venda do imóvel anterior à citação na ação civil pública por improbidade administrativa. Escritura de compra e venda sem registro imobiliário. Negócio anterior ao ajuizamento da ação. Registro da transação após a prenotação do gravame. Boa-fé do terceiro adquirente. AC 487101-CE 236

Trbt Execução fiscal. Declaração de rendimentos. Prescrição. Termo *a quo*. Entrega da declaração, quando realizada após o vencimento da obrigação. Ajuizamento dentro do lustro prescricional. Citação válida não ocorrida no prazo prescricional. Ausência de culpa da credora. Anulação da sentença. Retorno dos autos à origem para o regular prosseguimento da execução. AC 486835-CE 229

F

Adm e PrCv FINOR. Recursos. Pedido de indenização por perdas e danos. Preliminar de nulidade da sentença. Ausência de fundamentação. Inocorrência. Abuso do poder econômico não configurado. Alegação de atraso na liberação de recursos do FINOR. Ausência de comprovação. Ônus da parte autora. Lei nº 8.167/91. Constitucionalidade. Aplicabilidade das alterações introduzidas por esta norma aos empreendimentos em curso.

Direito adquirido à emissão de ações. Inexistência. Ausência de direito adquirido à sistemática anterior. AC 358555-PE 100

H

Pen e PrPen *Habeas corpus* liberatório. Prisão preventivo. Crime previsto na Lei nº 7.802/89, art. 15, e na Lei nº 9.605/98, art. 56. Defensivos agrícolas de venda proibida. Garantia da ordem pública. Risco de reiteração criminosa. Ausência de indícios a justificar a custódia excepcional. Princípio da presunção de inocência. Ordem concedida. HC 3756-PE 302

Pen e PrPen *Habeas corpus* preventivo. Sentença penal condenatória. Julgado em consonância com o novel entendimento do STJ. Entendimento semelhante dos Tribunais Regionais Federais. Ausência de nulidade da sentença. HC 3765-RN 313

M

Trbt Mandado de Procedimento Fiscal – MPF. Inocorrência de vício no processo administrativo. Inexistência de nulidade. Empresa prestadora de serviço de vigilância. Base de cálculo. IRPJ. Incidência sobre os valores recebidos do tomador de serviço contratante para pagar os salários dos vigilantes e respectivos encargos sociais e previdenciários. Laudo do contador do Juízo. Presunção de veracidade. APELREEX 8457-AL 87

Ct e Adm	Militar da Marinha. Pedido de indenização por dano moral. Responsabilidade objetiva da Administração Pública. Inquietações de ordem psíquica. Dano moral arbitrado no valor de R\$ 5.000,00. Juros de mora de 6% ao ano e correção monetária nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, ambos contados a partir do evento danoso. Honorários advocatícios na ordem de 10% sobre o valor da condenação. AC 451621-RN 196
----------	---

R

PrCv, Adm e Consumidor	Recesso forense na Justiça Federal. Prazos processuais. Suspensão. Divergência jurisprudencial. Apelação. Inovação da lide. Inadmissibilidade. Ação Civil Pública. Defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores. Cabimento. Legitimidade do Ministério Público Federal. Ilegitimidade passiva da União. Concessionárias de serviços de telefonia. Contribuição para o PIS e COFINS. Encargos financeiros. Transferência para os consumidores. Possibilidade. AC 445681-SE 149
------------------------	--

Prev e PrCv	Revisão de Renda Mensal Inicial. Inclusão do adicional de risco, reconhecido na Justiça Trabalhista, nos salários de contribuição utilizados para o cálculo da RMI. Direito. Juros de mora. Percentual de 0,5% ao mês, contado da citação. Honorários advocatícios. Majoração. APELREEX 3795-PE 82
-------------	--

S

- Ct, Adm e PrCv Servidor público. Vigilante. Horas extras, adicional noturno e reflexos financeiros. Labor em jornada de 12 h de trabalho por 36 h de descanso. Ausência de comprovação de extrapolação da jornada de trabalho de 40 horas semanais prevista em lei. Não cabimento de horas extras. Adicional noturno. Equívoco na sentença. Necessidade de ajuste. Preliminar de nulidade do *decisum* por ausência de produção de prova pericial. Parte que, chamada, não especificou as provas que desejaria produzir. Manifestação do Magistrado, na sentença, pela desnecessidade de novas provas. Livre convencimento do Juiz. Preliminar afastada. AC 436549-PE 141
- Cv SFH. Contrato de mútuo. Indenização securitária. Cobertura por invalidez permanente. Quitação. Liberação da hipoteca. AC 436430-PB 133

U

- Pen e PrPen Uso de documento falso. Ofensa a interesse da União. Preliminar de incompetência da Justiça Federal rejeitada. Inexistência de prova suficiente para a condenação. Aplicação do princípio *in dubio pro reu*. ENUL 8-PE 291