

Revista 30 - outubro/dezembro 1997

AÇÃO RESCISÓRIA N. 1.241- RN

Relator: O SR. JUIZ LÁZARO GUIMARÃES

Autora: UNIÃO FEDERAL

Réu: JESSÉ PEREIRA DA SILVA

Advogada: DRA. NATÉRCIA NUNES PROTÁSIO (RÉU)

EMENTA

Constitucional. Administrativo. Ação rescisória. Anistia. Militar. Motivação política. Emenda Constitucional nº 26/85. Art. 8º do ADCT/88. Improcedência do pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e examinados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar improcedente o pedido, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que integram o presente.

Custas, como de lei.

Recife, 8 de outubro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: A União Federal interpõe ação rescisória contra Jessé Pereira da Silva, visando a rescindir acórdão da egrégia Terceira Turma deste colendo Tribunal, que acolheu o pedido do réu no sentido de ser integrado como suboficial na reserva remunerada da Marinha de Guerra do Brasil, fazendo jus ao recebimento de gratificação adicional por tempo de serviço e quinquênios.

Alega, em resumo, que a exclusão do réu das Forças Armadas do Brasil ocorreu em razão de falta disciplinar e com fulcro na legislação ordinária em vigor. Aduz que foram feridos o art. 8º do ADCT, o art. 6º, parágrafo único, e o art. 43, VIII, da Emenda Constitucional nº 1/69, como também a Emenda Constitucional nº 26/85.

O réu contestou, argüindo o descabimento da ação rescisória, sob o argumento de que sua exclusão decorreu de motivos de ordem política, pois, à época, fazia parte da diretoria da Associação dos Marinheiros e Fuzileiros Navais do Brasil, além de haver participado de reunião comemorativa do aniversário da referida associação no Sindicato dos Metalúrgicos.

O douto Ministério Público Federal opinou pela improcedência da ação.

Determinei a inclusão do feito em pauta, para julgamento, por se tratar de matéria exclusivamente de direito.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): A anistia de que trata a Emenda

Constitucional nº 26/85, ratificada pelo art. 8º do ADCT, aplica-se à punição imputada aos militares que participaram dos atos comemorativos do aniversário da Associação dos Marinheiros e Fuzileiros Navais do Brasil, em março de 1964, face à conotação inquestionavelmente política. Trata-se, exatamente, da situação vivenciada pelo réu nos momentos que precederam à eclosão do golpe militar.

Tal fato, dentre tantos outros, foi amplamente divulgado nacional e internacionalmente pela imprensa e entidades de defesa de direitos humanos, em especial, a Anistia Internacional, levando à correta compreensão do caráter eminentemente punitivo da expulsão daqueles militares.

De conformidade com o posicionamento deste colendo Tribunal Regional da 5ª Região e em consonância com outros Tribunais do País, vislumbro, *in casu*, a expulsão do réu das Forças Armadas como um ato arbitrário por razões político-ideológicas, restando descaracterizada a punição por falta disciplinar.

Por essas razões, julgo improcedente o pedido.

Fixo os honorários em 10% sobre o valor da causa.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 8.464-CE

Relator: O SR. JUIZ **RIDALVO COSTA**

Agravante: FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE-FNS

Agravados: FRANCISCO NILTON MOREIRA E OUTROS

Advogados: DRS. FERNANDO TELES DE PAULA LIMA E OUTROS (AGRTE.) E ANA CLÁUDIA SALDANHA (AGRDOS.)

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Anuênios. Contagem de tempo de serviço prestado como celetista. Antecipação da tutela. Decisão proferida antes da Medida Provisória nº 1.570/97.

Presença dos pressupostos à concessão da tutela antecipada. Precedentes do Tribunal. Legalidade da imposição de multa coercitiva para forçar o cumprimento da obrigação de fazer - CPC, art. 461, § 4º.

ACÓRDÃO

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

Recife, 26 de junho de 1997 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: Trata-se de agravo de instrumento interposto pela FNS, objetivando revogar tutela antecipada em favor dos agravados, concedida para determinar o pagamento do adicional por tempo de serviço, computado o tempo em que estiveram os autores da ação sob a égide da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Como fundamento do recurso, sustenta a agravante que faltaram os pressupostos à antecipação da tutela pleiteada, que são a existência de prova inequívoca ao convencimento do Magistrado e a possibilidade de dano irreparável, caso não fosse

concedida a antecipação.

Quanto ao primeiro pressuposto, afirma que a suposta verossimilhança reconhecida no *decisum* cai por terra, pois os servidores da extinta SUCAM ficaram excluídos do pagamento dos anuênios, diferentemente dos servidores advindos da FSESP, FPS e DATAPREV - todos incorporados aos quadros da FNS -, porque estes, mesmo antes do advento da Lei nº 8.112/90, já percebiam aquela vantagem, enquanto os agravados não recebiam qualquer tipo de adicional por tempo de serviço.

Com relação à "possibilidade de dano de difícil reparação reconhecido pelo Juízo de 1ª Instância", segundo a agravante, "este inexistente, posto que o Poder Público é sempre solvente" e "juridicamente impedido de frustrar decisões jurisdicionais".

Acrescenta, com maior irrisignação, que "o douto Juiz monocrático, após quase um ano do ajuizamento da presente ação ordinária, resolve fixar multa diária de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) pelo descumprimento da decisão antecipatória dos efeitos da tutela, no que tange ao pagamento dos anuênios. Tal *decisum* foi ordenado para ser cumprido imediatamente, sob pena da incidência da aludida multa" (fls. 05).

"Por outro lado, é relevante que se frise que é impossível para um órgão da Administração Pública cumprir imediatamente, conforme determinou o Juiz *a quo*, uma decisão judicial que implique efeitos financeiros, posto que ficaram centralizadas, a nível da Secretaria Nacional de Planejamento do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, as providências de natureza orçamentária para a abertura do crédito adicional, para o pagamento de vantagens oriundas de decisões judiciais, que após aberto ensejará um processamento no pagamento mediante ordem bancária, folha de pagamento específica e rubricas individuais especiais, estas a cargo da SAFE, atualmente MARE - Ministério da Administração e Reforma do Estado, conforme determinações consubstanciadas no Decreto Presidencial nº 526, de 20.05.92, arts. 6º e 7º" (fls. 05/06).

Por fim, considera que a decisão feriu os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, impondo-se a sua revogação.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): A antecipação da tutela é efetivamente uma antecipação do julgamento final.

Sérgio Bermudes, ao dissertar sobre o novel instituto, ensina:

"Cuida-se de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificados os pressupostos da lei, é anteposta ao momento procedimental próprio. Configurados os respectivos requisitos, que se descobrem no *caput* do artigo, nos seus dois incisos e no seu § 2º, o juiz, por razões de economia, celeridade, efetividade, concede, desde logo e provisoriamente, a proteção jurídica, que só a sentença transitada em julgado assegura em termos definitivos.

Não há dúvida de que a antecipação da tutela guarda semelhanças formais com a proteção de natureza cautelar. Dela, entretanto, se dissocia e se distancia porque a providência cautelar é necessariamente efêmera, já que eficaz apenas enquanto durar o processo principal (art. 807), ao passo que o instituto agora examinado consubstancia a prestação da jurisdição reclamada com a possibilidade de eficácia permanente. A diferença é perceptível. A medida cautelar é concedida para assegurar o efeito prático de outra, enquanto a tutela antecipada constitui a própria providência que se demandou, limitada embora na sua eficácia".

(...)

"Podem concorrer, a um só tempo, as situações dos incisos I e II, mas para a antecipação da tutela não é mister que elas se configurem conjuntamente. Basta a ocorrência da

hipótese prevista no inciso I, ou no inciso II, como deixou claro o legislador, servindo-se da conjunção coordenativa alternativa ou, que une pensamentos que se excluem".

In A Reforma do Código de Processo Civil, pp. 35/37).

Cândido Rangel Dinamarco, discorrendo sobre a provisoriedade da tutela antecipada e seus limites, leciona:

"A técnica engendrada pelo novo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor. Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equivale, *mutatis mutandis*, à procedência da demanda inicial - com a diferença fundamental representada pela provisoriedade".

(*A Reforma do CPC*, Malheiros Editores, 2ª ed., SP, 1995, pp. 139/140).

Em seguida (p. 142), o mesmo festejado processualista, citando Donaldo Armelin e Marioni, analisa as formas de manifestação e exteriorização da tutela antecipada, assim também as possibilidades de adoção de medidas coercitivas para a realização de seu "comando", ou garantia de cumprimento das decisões judiciais, nestes termos:

"Como manifestação da regra de adaptabilidade da prestação jurisdicional e dos instrumentos que a propiciam à finalidade dessa mesma tutela, a antecipação autorizada no art. 273 pode exteriorizar-se em declaração, constituição, condenação, comandos judiciais e atos de satisfação ou de asseguramento.

(...).

Pode ter caráter mandamental (vá lá o emprego do adjetivo!), comandando ao sujeito a abstenção de alguma conduta e autorizando medidas coercitivas para a realização do comando (...)

A antecipação reger-se-á, no tocante à tutela específica relacionada com obrigações de fazer ou de não fazer, pelas normas destinadas à efetivação destas, especialmente aquelas contidas no novo art. 461 do Código de Processo Civil".

Não demanda maiores esforços verificar que o instituto da tutela antecipada foi aplicado de forma adequada à situação trazida a exame.

A pretensão dos agravados, que consiste no pagamento do adicional por tempo de serviço relativo ao período em que estiveram submetidos ao regime "celetista", tem respaldo em inúmeras decisões desta Corte, que entende ser computado para todos os fins, nos termos do art. 100 da Lei nº 8.112/90, o tempo de serviço público federal (estatutário ou "celetista"), sem a ressalva imposta pelo art. 7º da Lei nº 8.162/91 que, por ter sido posterior ao RJU, não poderia ferir direito adquirido.

A questão foi, inclusive, objeto de uma argüição de inconstitucionalidade da qual fui relator:

"Argüição de inconstitucionalidade. Servidor público. Anuênios - Lei 8.112/90. Vedação da contagem do tempo de serviço público prestado como "celetista".

Proibição da contagem do tempo de serviço público "celetista" - Lei 8.162/91, art. 7º, inciso I.

Ofensa ao direito adquirido. O art. 100 da Lei nº 8.112/90 havia assegurado o cômputo de todo tempo de serviço público (estatutário ou "celetista") prestado pelo servidor.

A lei nova não poderia retroagir para prejudicar situação já consolidada sob o pálio da legislação anterior.

Argüição de inconstitucionalidade acolhida. Suspensão do julgamento.

Remessa dos autos à Procuradoria Regional da República, para os fins do art. 158, § 1º, do RI - TRF 5ª Região.

Questão a ser submetida ao e. Plenário".

(AC nº 25.061-RN, 1ª Turma, Rel. Juiz Ridalvo Costa).

A prova do que foi alegado na inicial é inequívoca, inclusive a documental fornecida pela própria agravante dando conta de que procedeu ao pagamento dos anuênios aos servidores "celetistas" advindos de outras entidades (FSESP, FPS e DATAPREV), com a exclusão, injustificável, dos agravados, que se encontram em igual situação à daqueles servidores beneficiados administrativamente.

Quanto ao outro pressuposto indispensável à antecipação da tutela, o de receio de dano irreparável, pela demora do processo, reside no fato de ter o bem reclamado natureza alimentar, cuja concessão não pode ser retardada, mesmo tendo o Poder Público amplas condições de solvência, como mencionou a agravante.

A multa para cumprimento da obrigação de fazer encontra amparo no art. 461, com os acréscimos introduzidos pela Lei nº 8.952/94, reproduzindo o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.09.90), que dispõe em seus parágrafos 3º e 4º:

"§ 3º - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º - O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito".

No § 4º supracitado, como se vê, está o suporte legal da imposição *ex officio* da multa, como anota Theotonio Negrão:

"A cominação de multa não precisa constar, obrigatoriamente, da inicial, pois o juiz pode determiná-la de ofício, fixando prazo razoável para cumprimento do preceito (art. 461, § 4º).

Intimado o réu e decorrido o prazo marcado pelo juiz, contado dessa intimação, incide de pleno direito a multa".

(*CPC e legislação processual em vigor*, Saraiva, 26ª ed., SP, 1995, nota 4 ao art. 287, pp. 271/272).

Esses dispositivos devem ser prestigiados pelo Judiciário para que se tenha um instrumento eficaz de cumprimento das suas determinações, sob pena das decisões judiciais passarem a valer tanto quanto um simples parecer opinativo.

A documentação constante dos autos, entretanto, não assegura se a multa decorreu de requerimento dos agravados ou se o juiz a impôs de ofício.

Importante é que, de qualquer modo, a decisão, também nesse aspecto, encontra pleno respaldo legal.

Também não há qualquer incompatibilidade da multa com a execução provisória, à qual a tutela antecipada em lide termina por equivaler.

Finalmente, cabe ressaltar que não procede a alegação da agravante, segundo a qual a decisão agravada teria ferido os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Quanto a isso, basta lembrar que, além do devido processo legal que dá legitimidade à decisão, o próprio agravo em exame e a apelação que da sentença caberá atestam irrefutavelmente a preservação dos referidos princípios constitucionais.

Com essas considerações, nego provimento ao agravo.

É como voto.

Agravantes: FRANCISCO CHAGAS DE SOUSA E OUTROS
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS
Advogados: DRS. HENRIQUE DAVI DE LIMA NETO E OUTROS (AGRTES.)

EMENTA

Processual Civil. Agravo de Instrumento. Advogado. Mandato com poderes especiais. Decisão agravada que proíbe a expedição de alvará de levantamento em nome do advogado.

Pedido de admissão no pólo ativo do procedimento recursal, na qualidade de litisconsortes, formulado pelos advogados dos agravantes. Incabimento. Possibilidade dos causídicos recorrerem como terceiros prejudicados; jamais como parte.

Se as partes conferiram aos seus advogados poderes expressos para receber e dar quitação, constantes dos instrumentos procuratórios regularmente outorgados, na forma do art. 38 do CPC, não podem ser compelidas a comparecer em juízo para receber os valores que lhes são devidos.

Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, indeferir o pedido de admissão dos advogados como litisconsortes dos agravantes e, por maioria, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 14 de agosto de 1997 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: Francisco Chagas de Sousa e outros interpuseram agravo de instrumento, com pedido liminar de efeito suspensivo, contra decisão do MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Ceará que, em execução de sentença concessiva de reajuste de benefício previdenciário, proibiu a Secretaria daquela Vara de expedir alvarás em nome dos advogados dos agravantes, mesmo dispondo os causídicos de poderes expressos para dar e receber quitação.

Sustentam a ilegalidade do ato com amparo em ensinamentos de doutrina e em farta jurisprudência desta Corte e do eg. STJ.

Os advogados dos agravantes requereram a admissão no feito na condição de litisconsortes ativos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): Examino, em preliminar, o requerimento formulado pelos advogados dos agravantes de serem admitidos no pólo ativo do procedimento recursal, na qualidade de litisconsortes.

Oportuno ressaltar que o litisconsórcio pressupõe a identidade de interesse e de legitimação entre os litisconsortes.

O interesse, vale lembrar, diz respeito à necessidade e à utilidade da providência pleiteada, que, em se tratando de recurso, em princípio, está inexoravelmente associado

à sucumbência.

Ainda que rudimentares, estas noções por si bastam para evidenciar que o interesse demonstrado pelos advogados na reforma da decisão decorre da sucumbência, não sua, que propriamente não existe, mas dos agravantes, cuja vitória lhes há de aproveitar.

Também, no que concerne à legitimação, pelo simples fato de não terem integrado a relação processual em que foi proferida a decisão agravada, cumpre emprestar-lhes a qualidade de terceiro, nunca a de parte.

É aceitável que os advogados tivessem recorrido na qualidade de "terceiro prejudicado". Eles são terceiros porque não integram a relação processual como parte.

Isto posto, indefiro o pedido de fls. 55/56.

No mais, convém reconhecer a legitimidade recursal dos agravantes, com fundamento no art. 499 do CPC, como parte que são, bem como o seu interesse jurídico, ainda que mínimo, na reforma da decisão, por esta suscitar obstáculo à execução do julgado, ao lhes exigir providência pessoal, quando supostamente viável seu cumprimento através de procurador.

No mérito, afigura-se pacífico o entendimento que nega eficácia a qualquer medida tendente a restringir poderes especiais expressamente outorgados em mandato judicial. Reiterados são os precedentes, merecendo reprodução, a título meramente exemplificativo, os seguintes, já mencionados nos autos:

"O advogado legalmente constituído com poderes na procuração para receber e dar quitação tem direito inviolável à expedição de alvará em seu nome, a fim de levantar depósitos judiciais e extrajudiciais" (*RSTJ* 53/413 e *STJ-RJ* 195/55). (Cit. por Theotônio Negrão, em anotação ao art. 38 do CPC).

"Processual Civil. Mandado de Segurança. Precatório. Advogado. Mandato com poderes especiais.

Se os impetrantes possuem poderes expressos para receber e dar quitação, constantes dos instrumentos procuratórios regularmente outorgados, na forma do art. 38 do CPC, não podem sofrer restrições ao tentar exercitá-los, salvo motivo relevante, podendo, nos débitos judiciais liquidados mediante precatório, receber diretamente os valores devidos aos seus clientes.

O § 4º do art. 22 da Lei nº 8.906/94 permite a dedução dos honorários contratuais, para pagamento direto ao advogado, desde que o contrato seja anexado aos autos antes de integralmente cumprido o precatório.

A Instrução Normativa do Tribunal reguladora do procedimento do pagamento de precatório, mediante depósito direto na conta do credor, não se aplica aos casos em que o advogado pretende executar os poderes de receber e dar quitação.

Hipótese de incidência do Imposto de Renda configurada.

Concessão parcial da segurança nos termos do primeiro pedido alternativo formulado, para determinar o pagamento dos precatórios diretamente aos impetrantes". (MS 55.764CE. TRF 5ª Região. Relator: Juiz Ridalvo Costa).

Restando, pois, comprovado que os agravantes outorgaram, de forma expressa, aos seus advogados poderes para dar e receber quitação, não se mostra razoável a proibição de expedição de alvarás em nome dos procuradores, por implicar em infundada intervenção na vontade dos mandantes e injustificável limitação ao livre exercício daqueles poderes por parte dos mandatários.

Por todo o exposto, indefiro o pedido dos advogados de serem admitidos no feito como litisconsortes e dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**
Agravante: RÁDIO FM E TV COMUNITÁRIA BENEDITO BENTES
Agravada: UNIÃO FEDERAL
Advogados: DRS. PAULO CORREIA RIBEIRO E OUTRO (AGRTE.) E CARLOS COSTA LIMA (AGRDA.)

EMENTA

Administrativo. Funcionamento de emissora de radiodifusão sonora. Rádio comunitária. Fiscalização do Ministério das Comunicações.

- É de manter-se decisão denegatória de liminar em mandado de segurança preventivo contra ato de fechamento e lacramento de emissora que funciona em violação ao Código Brasileiro de Telecomunicações, à míngua de aparência de bom direito.
- Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 23 de outubro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: A agravante volta-se contra decisão proferida pelo MM. Juiz a quo que, em mandado de segurança preventivo, indeferiu pedido liminar por ela requerido, no sentido de evitar o lacramento de emissora radiofônica de caráter comunitário por ela mantida. É que, segundo informam, o Ministério das Comunicações não concede licença para funcionamento das chamadas Rádios Comunitárias, com fundamento nos dispositivos da Lei 4.117/62 e do Decreto-lei 233/67. Esclarece que a denominada "Rádio Comunitária" transmite em ondas curtas de pouco alcance e baixa potência informações culturais, educativas, informativas, religiosas, artísticas etc., num exercício do direito de liberdade de expressão sem prévia licença ou censura, nos termos assegurados pela Constituição.

Argumenta que a decisão não se ateve ao centro fundamental do pedido, pois se houvesse concessão pelo Ministério das Comunicações inexistiria a razão para o pedido liminar.

As informações foram prestadas às fls. 82.

Manifestou-se a agravada, fls. 84/97, pedindo a manutenção da decisão e invocando precedentes.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): A decisão hostilizada examinou o pedido nos seguintes termos:

"Trata-se de mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, ajuizado por FM e TV Comunitária Benedito Bentes Sociedade Civil de Direito Privado, através do qual manifesta o receio do cometimento de ato ilegal a ser praticado pelo Delegado do

Ministério das Comunicações e pelo Superintendente da Polícia Federal em Alagoas, consistente na interdição, apreensão de equipamentos e responsabilização criminal dos operadores e diretores da referida rádio, haja vista estar a mesma funcionando sem a permissão do Ministério das Comunicações.

Sustenta a impetrante que a autorização estatal é desnecessária porque opera com transmissão em rádio de ondas curtas, de pouco alcance, veiculando programas de conotação cultural, educativa e informativa à comunidade do conjunto Benedito Bentes, e, em face do art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal, é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

O pressuposto da plausibilidade do direito não se me mostra configurado, pois a liberdade de expressão de pensamento, prevista no art. 5º, IX, da CF/88, não implica a clandestinidade das empresas de comunicação, eis que o próprio texto constitucional (art. 223) incumbe o Poder Público de fiscalizar-lhes o funcionamento, logicamente que não com o objetivo de restringir a liberdade de comunicação, mas sim com o propósito de zelar pela moralidade, pelos costumes e pela licitude dos programas veiculados. Por verdade, a liberdade absoluta preconizada pela impetrante inexistente no sistema jurídico, pois o Poder Público, na preservação de valores essenciais à sociedade, necessita, ao menos, ter conhecimento da existência de empresa de comunicação, saber quem são os seus responsáveis, suas qualificações e a natureza da programação da emissora, tudo isso, refriço, não com o escopo de dirigismo e censura, mas sim para coibição de eventuais abusos e responsabilização, em casos de eventuais transmissões ilegais (guerra, racismo, fanatismos, propaganda eleitoral indevida etc.), sendo certo que o exercício do poder de polícia administrativa domina todos os setores e atividades sociais, inexistindo razões para ser obstaculizado no caso vertente".

O cerne da questão está na necessidade ou não da outorga do Poder Público, através de órgão regulador próprio, para o funcionamento das denominadas Rádios Comunitárias, assim entendidas como emissoras de pequeno porte, de baixa potência e pouco alcance, operando em frequência modulada.

É a própria Constituição Federal, no capítulo da "Comunicação Social", que estabelece: "Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal".

E tratando da competência da União, em seu art. 21, nos incisos XI e XII, embora tenha feito distinção entre os serviços de telecomunicações e os de radiodifusão sonora e de sons e imagens, para ambos estabeleceu que a exploração de tais serviços seria feita diretamente pela União ou mediante autorização, concessão ou permissão.

Naquele dispositivo, é enfática a distinção em relação aos serviços de telecomunicações e aos de radiodifusão sonora e de sons e imagens, até porque em relação aos primeiros, os de telecomunicações, a Constituição Federal expressamente condicionou a autorização, concessão ou permissão dos serviços à edição de lei que disponha sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

A distinção feita no art. 21 é confirmada no art. 48, que trata das atribuições legislativas do Congresso Nacional, verbis:

"Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

.....

XII - telecomunicações e radiodifusão".

Acontece, no entanto, que o delineamento da distinção aqui tratada, na verdade, só se

tornou indubitável a partir da edição da Emenda Constitucional nº 08, de 15 de agosto de 1995. Até aí, a Constituição Federal enquadrava os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens como espécie do gênero telecomunicações.

É o que se depreende de uma leitura do artigo citado, antes da reforma sofrida pela Emenda Constitucional nº 08, de teor seguinte:

"Art. 21. Compete à União:

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

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações".

Desta forma, o disciplinamento da matéria, que já estava contido na Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962, instituidora do Código Brasileiro de Telecomunicações, foi recepcionado pela Carta de 1988.

Naquele diploma legal, ficou estabelecido caracterizarem-se serviços de telecomunicações os seguintes: "a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético".

E foram classificados esses serviços, quanto aos fins a que se destinam, em: "a) serviço público, destinado ao uso do público em geral; b) serviço público restrito, facultado ao uso dos passageiros dos navios, aeronaves, veículos em movimento ou ao uso do público em localidades ainda não atendidas por serviço público de telecomunicação; c) serviço limitado, executado por estações não abertas à correspondência pública e destinado ao uso de pessoas físicas ou jurídicas nacionais; d) serviço de radiodifusão, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão; e) serviço de radio-amador, destinado a treinamento próprio, intercomunicação e investigações técnicas, levadas a efeito por amadores, devidamente autorizados, interessados na radiotécnica unicamente a título pessoal e que não visem a qualquer objeto pecuniário ou comercial; f) serviço especial relativo a determinados serviços de interesse geral, não abertos à correspondência pública e não incluídos nas definições das alíneas anteriores".

A lei 4.117/62, no entanto, foi parcialmente revogada pela recente Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, que passou a dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, ressaltando apenas a matéria penal não tratada na lei revogadora, assim como os preceitos relativos à radiodifusão.

A lei ora em vigor, de nº 9.472/97, dispendo sobre os serviços de telecomunicações, o faz sob a égide da Constituição Federal reformada pela Emenda Constitucional nº 08, ou seja, respeitando a distinção entre telecomunicação e radiodifusão sonora e de sons e imagens. Tanto assim o é que, em relação à matéria de telecomunicações, o atual diploma legislativo revoga completamente o vetusto Código de Telecomunicações - Lei 4.117/62.

Conclui-se que, por ora, a Lei 9.472/97 dispõe sobre os serviços de telecomunicações; a Lei 4.117/62, sobre os de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

É que a ressalva quanto aos preceitos relativos à radiodifusão decorre logicamente da inexistência de diploma legislativo específico regulamentando a alínea "a" do inciso XII do art. 21, no sentido da competência da União para explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Assim é que, tendo a Lei 4.117/62 sido editada ao tempo em que os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens eram abrangidos pelos serviços de telecomunicações, perfeita aquela lei no disciplinamento da matéria. E embora hoje seja considerado expressamente pelo Direito Constitucional Positivo como serviço distinto

daqueles de telecomunicações, considerando a ausência de lei específica regulamentando a matéria e nos termos da ressalva contida no art. 215, I, da Lei 9.472/97, é de ter-se em pleno vigor os dispositivos da lei de 1962 no que pertine aos serviços de radiodifusão.

Compete, pois, à União, nos termos da legislação acima referida, fiscalizar os serviços de radiodifusão por ela concedidos, autorizados ou permitidos, através de seus órgãos próprios, ficando o funcionamento das estações de radiodifusão subordinado a prévia licença, que será expedida depois de verificado o cumprimento de todas as exigências legais.

Além do mais, é descabido o argumento de que a falta de licença para funcionamento das denominadas Rádios Comunitárias fere o direito à liberdade de manifestação de pensamento ou liberdade de expressão, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX), ou implica em desatendimento à norma constitucional que diz que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional, além de que incentivará a difusão das manifestações culturais.

O que se discute nestes autos, conforme acima ficou esclarecido, é a licitude ou não do funcionamento de emissoras de radiodifusão sonora ou de sons e imagens sem prévia outorga do Poder Público competente.

E, a despeito de tudo o que acima foi explicado, no capítulo da Comunicação Social, em seu art. 220, a Constituição claramente afirma que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição" e dispõe, dentro ainda do entendimento dessa liberdade de expressão, logo a seguir, art. 223, que "compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal.

Portanto, a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão, embora tenham de atender a princípios, como, por exemplo, o de "preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas", gozam, logicamente, da liberdade de expressão. Mas, o exercício desse direito, quando for exercido através de emissoras de rádio, assujeita-se à prévia licença do funcionamento de emissora pelo órgão regulamentador competente do Ministério das Comunicações. É que, em relação às emissoras de rádio, há que distinguir-se o estágio prévio de licença para funcionamento, do estágio posterior, após outorga dessa licença, de liberdade de programação, desde que atendidos princípios institucionais.

Nesta Corte, apreciando Pedido de Suspensão de Liminar no Mandado de Segurança nº 1869, o então Presidente, eminente Juiz Petrucio Ferreira, assinalou:

"A competência para outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora é do Poder Público. Assim, as entidades interessadas na prestação deste serviço devem receber permissão do Governo Federal - Ministério das Comunicações. Ademais, existem normas técnicas para regular o funcionamento e a frequência das emissoras que procuram evitar interferências noutros sistemas de comunicações, inclusive nas das aeronaves, pois podem colocar em risco a vida de tripulantes e usuários, quando utilizadas incorretamente. O art. 70 da Lei nº 4.117/62, com redação dada pelo art. 3º do Decreto-lei nº 236/67, tipifica como crime a instalação ou utilização de telecomunicações sem a observância do disposto na lei e nos regulamentos".

Transcrevo, ainda, decisão proferida pelo Juiz Federal Dr. Fiedmann Anderson Wendpap, em habeas corpus, nos seguintes termos:

"O impetrante faz séria confusão entre censura e intervenção estatal para regular uso de um bem finito, como é o espectro eletromagnético. A censura é uma marca das ditaduras

de todos os matizes ideológicos e merece repúdio permanente, a tal ponto que se houver sua presença por força de lei, justiça será feita com decisões contra legem. Outra coisa, completamente diferente, é a legítima intervenção estatal para regular as transmissões de rádio e televisão que usem o espectro eletromagnético (faço bem a ressalva, lembrando das transmissões por cabo), pois tal espectro é finito e deve estar acessível a todos. Ora, sem a mão do Estado seria o caos, haveria uma inversão de gênese, pois antes seria o verbo e depois o caos, vez que as comunicações seriam inviabilizadas e regrediríamos aos estafetas. Visão pessimista das coisas! Não, basta tentar sintonizar um receptor de rádio FM em Campinas para perceber a superposição de emissoras e entender essa visão apocalíptica da situação.

É verdade que o monopólio estatal produz uma grande concentração de poder nas mãos dos dirigentes públicos, produzindo efeitos danosos, como a farra da distribuição de emissoras FM para assegurar mais um ano de mandato do então Presidente da República, José Sarney, em plena Assembléia Nacional Constituinte. Porém, essa nódoa não deve servir como desculpa para outra farra que adviria da ausência de controle estatal sobre as transmissões em questão.

Todas as considerações sobre a liberdade expedidas na petição inicial são muito bonitas, porém a liberdade em sociedade e Estado não é aquela que promana da força, mas do direito, e tudo que é juridicamente regulado é limitado, isto é, não existe liberdade absoluta para alguém, sob pena de haver cerceamento absoluto para outrem. É idéia velha, iluminista, Kantiana, combatida por uma série de correntes do pensamento, mas cabe bem ao caso: a liberdade de um começa onde acaba a do outro.

Ora, o Estado é a forma mais completa e perfeita de organização já desenvolvida para gerenciar o exercício da liberdade individual e a democracia o modo mais aceito para a direção do Leviatã, por isso é jurídica e moralmente aceitável que ele monopolize o poder sobre o uso das frequências para transmissões radiofônicas, sem que isso cause desconforto político nacional".

A liberdade de manifestação e expressão consagrada na Constituição não impede que a União Federal fiscalize a observância das normas relativas à radiodifusão, eis que lhe cabe a exploração direta, ou mediante autorização, concessão ou permissão de tais serviços. Desse modo, em princípio, não pode o particular explorar tais serviços, sem a observância das normas regulamentares, ainda que se trate de um serviço comunitário, como se alega.

Ante o exposto, não vislumbro a presença da aparência de bom direito, ao menos para a concessão de liminar.

Isto posto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 13.527-PE

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**

Agravante: CONSELHO FEDERAL DE FARMÁCIA-CFF

Agravados: UNIÃO FEDERAL E OUTROS, CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, SOCIEDADE BRASILEIRA DE PATOLOGIA, SOCIEDADE BRASILEIRA DE CITOPATOLOGIA, CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE GOIÁS E ESTADO DE SERGIPE

Advogados: DRS. ANTÔNIO CÉSAR CAVALCANTI JÚNIOR E OUTROS (AGRTE.) E CLÁUDIA GUIMARÃES PENA E OUTROS E ARTHUR EDMUNDO SOUZA RIOS E OUTROS (AGRDOS.)

EMENTA

Processual Civil. Competência. Feito em que litigam conselhos regionais sem representação na 5ª Região. Remessa ao Supremo Tribunal Federal.

1. Litigando no feito conselhos regionais sem representação na 5ª Região, reconhece-se a incompetência deste TRF para processá-lo e julgá-lo.
2. Questão de ordem acolhida.
3. Remessa ao eg. Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, "f" da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, acolhendo questão de ordem, determinar a remessa dos autos ao colendo Supremo Tribunal Federal, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 23 de outubro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: Conselho Federal de Farmácia, autarquia federal, interpôs o presente agravo de instrumento contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, que denegou medida liminar requerida em ação civil pública, para que seja assegurado aos farmacêuticos e profissionais de análises clínicas o direito de efetuarem exames citológicos, se tal habilitação estiver prevista na grade curricular respectiva.

Antes de pronunciar-me sobre a liminar pretendida, solicitei a prévia manifestação do Ministério Público Federal, que, em parecer da lavra do em. Procurador Regional da República, Dr. Benedito Izidro da Silva, posicionou-se pelo não conhecimento do recurso, em face da incompetência desta Corte, tendo em vista tratar-se de conflito entre o Conselho Regional de Farmácia, de um lado, e, de outro, a União Federal, o Estado de Pernambuco, o Conselho Federal de Medicina, o Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás e o Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná.

Em face da relevância da matéria, trago-a ao exame da Turma como questão de ordem, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): Destaco do parecer aludido o seguinte tópico:

"O presente agravo de instrumento foi proposto contra ato do juiz que indeferiu a liminar requerida em medida cautelar nominada preparatória de ação civil pública.

Prevê o artigo 800, 2ª parte, do CPC:

'Art. 800 - As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal'.

A questão agora é sabermos se realmente o Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco é competente para conhecer a ação principal.

Às fls. 21/22 vemos que o Conselho Federal de Farmácia, autarquia federal, propôs a medida cautelar contra a União Federal, o Estado de Pernambuco (e Território de

Fernando de Noronha), Conselho Federal de Medicina e Conselho Regional de Medicina

do Estado de Goiás e Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná. Neste caso, a competência para a ação principal é fundamentada na alínea "f" do inciso I do art. 102 da Constituição Federal:

'Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;'

No caso dos autos, uma autarquia (administração indireta) pretende propor ação contra os entes elencados na medida cautelar (União, Estado, outra autarquia).

Em sendo assim, competente para conhecer a ação principal é o Supremo Tribunal Federal, nos termos do dispositivo constitucional referido:

Neste sentido, vejamos a jurisprudência:

'Ementa: Litígio entre autarquia federal e Estado-membro sobre propriedade de terras devolutas. Questão de ordem. - Litígio dessa natureza envolve questão que diz respeito diretamente ao equilíbrio federativo, sendo, portanto, causa que inequivocamente é da competência originária desta Corte, na posição de tribunal da federação que lhe outorga o artigo 102, I, "f", da Constituição Federal.

- Questão de ordem que se resolve pelo reconhecimento da competência desta Corte para o processo e julgamento originários da presente ação'. (STF - Decisão: 19.12.1990 - PET: 455-90/DF - DJ 10.12.93, p. 27117).

'Ementa: Constitucional. Processual Civil. Banco do Estado da Paraíba. Liquidação. Medida cautelar que visa a suspensão desta. Competência originária do STF. Recursos do Estado depositados no banco. Impossibilidade do deferimento da cautelar para que o Estado levante esses recursos.

I - Competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar ação cautelar promovida pelo Estado da Paraíba contra autarquia federal que tem sede no Distrito Federal e não tem órgão, agência ou delegacia no território do Estado-membro. CF, Art. 102, I, "f".

II - Legitimidade ativa do Estado da Paraíba reconhecida.

III - Preliminar de inépcia da inicial recusada.

IV - Medida cautelar requerida para obter a suspensão dos efeitos do decreto de liquidação extrajudicial do Banco do Estado da Paraíba S/A - PARAIBAN: impossibilidade do deferimento. Impossível, também, o deferimento da cautelar para o fim de o Estado-membro levantar o produto de depósitos de que é titular.

V - Cautelar indeferida'.

Concluimos que a medida cautelar não foi proposta no juízo competente, e tratando-se de competência absoluta, em razão de hierarquia, incide na hipótese o art. 111, 1ª parte, do CPC:

'Art. 111 - A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes;...'

Em sendo assim, deve a ação cautelar ser remetida ao juízo competente, nos termos do § 2º do art. 113 do CPC, *in verbis*:

'Art. 113 - A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.

(...)

§ 2º. Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente'.

Diante de todo o exposto, opina este órgão do Ministério Público Federal, em preliminar, pelo não conhecimento do presente recurso por atacar decisão proferida por juiz

absolutamente incompetente". (Fls. 308/310).

Acolho tal manifestação. A inicial da medida cautelar inominada preparatória de ação civil pública foi proposta contra as entidades já relacionadas no relatório, donde emerge a incompetência da Justiça Federal em ambos os graus para a decisão da matéria. Em consequência, declaro nula a decisão agravada.

Sabe-se que o Excelso Pretório não tem admitido sua competência originária nos feitos em que autarquia federal propõe ação contra Estado-membro onde ela tem representação (RTJ 81/329, 81/330, 95/485, 133/1.059). Tais precedentes não se aplicam ao caso em exame, em que a ação se volta contra autarquias federais que não têm representação nesta Região.

Em face do exposto, acolhendo questão de ordem, determino a remessa dos presentes autos ao colendo Supremo Tribunal Federal, em face do disposto no art. 102, I, "f", da Constituição Federal, determinando ao MM. Juiz o encaminhamento dos autos principais a esta Corte para que sejam remetidos juntamente com o presente recurso.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 13.230-RN

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**
Agravante: MARIA JANAÍNA FERREIRA BARROSO
Agravada: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE - UFRN
Advogados: DRS. ZARA MUNNICK COUTINHO DE MELO (AGRTE.)

EMENTA

Administrativo. Ensino superior. Transferência de universidade particular para pública. Dependente de servidor militar. Instituição de ensino congênere. Inocorrência de hipótese concreta.

- Pedido de transferência de estudante, dependente de servidor militar, do Curso de Fonoaudiologia da Universidade de Fortaleza para o Curso de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

- É indiscutível a aplicação extensiva do art. 99 da Lei nº 8.112/90 aos dependentes de servidor civil ou militar, desde que a transferência seja de universidade particular para universidade particular ou de universidade pública para universidade pública, assim entendida a expressão instituição de ensino congênere.

- A garantia constitucional do direito à educação não pode ser interpretada como permissiva de mudança de curso, senão como autorizadora de transferência para idêntico, pena de autorizar abusos.

- Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 23 de outubro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: Maria Janaína Ferreira Barroso interpõe agravo regimental contra a decisão que negou seguimento ao seu agravo de instrumento, visando à transferência compulsória de universidade particular, no Curso de Fonoaudiologia, para universidade pública, no Curso de Medicina.

Alega, em síntese, que seu genitor é militar da Aeronáutica e foi transferido para a cidade de Natal, no Rio Grande do Norte, e como está matriculada no Curso de Fonoaudiologia da Universidade de Fortaleza, no Ceará, pretende a transferência para o Curso de Medicina na Universidade Federal daquele Estado, por guardar este curso afinidade com a instituição de origem, invocando o alcance amplo do art. 99 da Lei nº 8.112/90. É o relatório

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): A decisão recorrida firmou-se nos seguintes termos:

"A agravante impetrou ação mandamental visando obter o seu ingresso no corpo discente da UFRN, por transferência compulsória da Universidade de Fortaleza - UNIFOR, onde estava regularmente matriculada no curso de Fonoaudiologia. Requereu, alternativamente, que se a UFRN não dispusesse de curso símile àquele, fosse ela matriculada no curso de Medicina. Contra decisão revogatória da liminar que havia sido concedida insurge-se, pedindo sejam dados ao presente recurso os efeitos do art. 558 do Código de Processo Civil.

Aduz a agravante que sua pretensão encontra guarida no disposto pelo artigo 99 da Lei nº 8.112/90, combinado com o artigo 49 da Lei 9.394/96. Tais dispositivos asseguram ao servidor público militar e aos seus dependentes a transferência, com a matrícula, em instituição de ensino congênere, independentemente de vaga, sempre que haja mudança de sede no interesse da Administração. Afirma e comprova a transferência de seu pai, servidor militar vinculado ao Ministério da Aeronáutica, que foi transferido do SAC - TE, situado em Terezina-PI, para o Serviço de Aviação Civil localizado em Natal- RN (SAC-NT).

Por "instituição de ensino congênere", entende-se no caso de transferência de matrícula de instituição federal para instituição federal, de instituição estadual para instituição estadual, de instituição particular para instituição particular. No caso, porém, a recorrente encontra-se matriculada em curso da Universidade de Fortaleza, instituição de ensino particular, e almeja ingresso na Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Para exemplificar: (TRF 4ª Região - AMS nº 04004790/PR, 4ª Turma, Rel. Juíza Ellen Gracie Northfleet, decisão 04.05.95, DJU 10.05.95, p. 27996).

Por outro lado, não há o curso de Fonoaudiologia na referida Universidade pública, ao passo em que há em instituição de ensino privado, na mesma cidade.

Desta forma, não deve ser modificada a decisão impugnada.

Logo, nego seguimento ao agravo, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil". É indiscutível a aplicação extensiva do art. 99 da Lei nº 8.112/90 aos dependentes de servidor civil ou militar desde que a transferência seja de universidade congênere, ou seja, de universidade particular para universidade particular ou de universidade pública para universidade pública, assim como deve ser entendida a expressão instituição de ensino congênere.

Por outro lado, além de universidades que não se equivalem, pretende a agravante a mudança de curso de Fonoaudiologia para o curso de Medicina, quando o primeiro curso é oferecido em universidade privada na mesma cidade para a qual pretende se transferir.

O curso de Medicina é um dos mais concorridos em vestibular, de modo que a pretensão se reveste em um privilégio não garantido por lei.
A decisão impugnada se mantém pelos seus próprios fundamentos.
Isto posto, nego provimento ao agravo regimental.
É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 24.010-CE

Relator: O SR. JUIZ **UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE**

Apelantes: BANCO CENTRAL DO BRASIL E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Apelado: JOSÉ MARIANO PEIXOTO

Advogados: DRS. FERNANDO ANTÔNIO RODRIGUES LEITE E OUTROS (APTE.) E BARTOLOMEU SILVA FIGUEIREDO (APDO.)

EMENTA

Caderneta de poupança. Correção monetária. Critério de remuneração. Legitimidade passiva do banco depositário. Ilegitimidade da União Federal e do Banco Central. IPC de janeiro de 1989.

- A instituição financeira depositária, como celebrante do contrato de depósito e responsável pela remuneração das contas-poupança, tem legitimidade passiva para integrar a lide.
- Ilegitimidade passiva da União e do Banco Central, por não serem partes no contrato firmado entre o poupador e a entidade financeira depositária.
- Iniciado o período mensal no qual se produzem os rendimentos, inalterável se torna o critério de cálculo destes, posto que o depositante não tem a liberdade de retirar o dinheiro depositado para aplicá-lo em outro investimento.
- Consoante jurisprudência do STJ, para efeito de plena atualização monetária, aplica-se o percentual de 42,72% referente à variação do IPC de janeiro de 1989.
- Remessa oficial parcialmente provida, para excluir a União Federal da lide.
- Precedentes.
- Apelação do Banco Central do Brasil provida, em parte, para excluir o mesmo da lide.
- Apelação da CEF parcialmente provida, para reduzir o índice de correção de 47,31% para 42,72%.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à remessa oficial e à apelação do Banco Central do Brasil, para excluir a União Federal e a referida autarquia da lide, e dar parcial provimento à apelação da CEF, para reduzir o índice de correção de 47,31% para 42,72%, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 27 de novembro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE: Cuidam-se de apelações e remessa

oficial de sentença que julgou procedente o pedido, condenando os réus a ressarcirem a diferença do percentual de rendimento aplicado sobre a caderneta de poupança do autor em 47,31%, correspondendo ao que foi aplicado pela CEF e o que deixou de incidir sobre a conta.

O Banco Central do Brasil apelou, alegando primeiramente a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo do feito, afirmando, para tanto, que não exerceria nenhuma ingerência na sistemática da atualização das cadernetas de poupança. No mérito, defendeu a modificação da sentença, por entender inexistente o direito à aplicação do índice de 70,28% para atualização das contas de poupança do apelado.

Apelou, também, a CEF, argüindo preliminarmente a própria ilegitimidade *ad causam*, alegando serem o Banco Central e a União Federal (Conselho Monetário Nacional) as partes legítimas para responderem sobre perdas em poupança, pelo que requer a sua própria exclusão da lide. No mérito, sustentou que o apelado teria apenas, quando da edição da Medida Provisória 32/89, expectativa de direito, e não direito adquirido à aplicação do índice de 70,28% requerida.

Devidamente processados esses recursos e por força do duplo grau, subiram os autos a este Tribunal, vindo-me por distribuição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator): Inicialmente, não merece acolhida a ilegitimidade passiva *ad causam* argüida pela CEF, pois, como celebrante do contrato de depósito e responsável pela remuneração das contas-poupança, ela tem legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda. Perfeitamente legítima, portanto, sua participação na causa, visto ser responsável pelo crédito, na conta do titular de caderneta de poupança, do rendimento em questão.

A União, por sua vez, não é parte no contrato firmado entre o poupador e a entidade financeira depositária, e o fato de estar o contrato submetido às normas emanadas do Conselho Monetário Nacional e às Resoluções do Banco Central do Brasil, não implica na exigência da União na relação jurídico-processual. Por tais razões, determino a exclusão da União Federal da lide.

Quanto ao mérito, a matéria já foi amplamente discutida neste Tribunal, restando entendimento já pacificado, conforme decisões a seguir ementadas:

"Direito Civil. Contrato. Processual Civil. Legitimidade passiva. Medida Provisória nº 32/89. Lei nº 7.730, art. 17, I.

1 - A entidade financeira é a única legitimada passivamente, no caso, em face do contrato existente entre ela e o cliente.

2 - O contrato de caderneta de poupança vence a cada 30 dias. A mudança da regra estabelecida pela MP 32/89, Lei 7.730/89, art. 17, I, aplica-se a partir de 16 de janeiro de 1989, não podendo alcançar os contratos em curso - *Pacta sunt servanda*.

3 - Para atualização das cadernetas de poupança aplica-se, até 15 de fevereiro de 1989, os índices do IPC.

4 - Recurso voluntário improvido".

(Cf. Apelação Cível nº 8.493-CE, Rel. Juiz Petrucio Ferreira, j. em 21.05.91, un., *in Boletim de Jurisprudência* nº 23 do TRF da 5ª Região, p. 31).

"EMENTA: Administrativo. Caderneta de poupança. Correção monetária. Lei nº 7.730/89. Retroação que não se opera em respeito ao direito adquirido. Legitimidade passiva do banco depositário.

1 - As modificações no cálculo da correção monetária das cadernetas de poupança, introduzidas pela Lei nº 7.730/89, só podem valer a partir da vigência desta, prevalecendo

os critérios de atualização com base no IPC até 15 de janeiro de 1989.

2 - Perfeitamente legítima a participação na causa da instituição bancária responsável pelo crédito, nas contas dos titulares de cadernetas de poupança, dos rendimentos que se questionam.

3 - Apelação improvida".

(AC 98.152-PB, Rel. Juiz Nereu Santos).

Na verdade, não se há de cogitar, a rigor, de direito adquirido. No caso, o que se configura é o ato jurídico perfeito. O contrato de depósito na caderneta de poupança. Segundo esse contrato, iniciado o período mensal, a retirada do valor depositado implica renúncia à remuneração correspondente. Isto vale dizer que durante esse período não pode haver modificação no contrato. A restrição há de valer para ambas as partes. Iniciado o período mensal no qual se produzem os rendimentos, inalterável se torna o critério de cálculo destes, posto que o depositante não tem a liberdade de retirar o dinheiro depositado para aplicá-lo em outro investimento.

Ressalto que, anteriormente, a Medida Provisória nº 32, de 15.01.89, transformada na Lei nº 7.730/89, que fixou um novo índice de reajuste da poupança, a LFT, a poupança tinha seu rendimento calculado pelo IPC, por determinação do Decreto-lei 2.284/86, com a redação dada ao art. 17 pelo Decreto-lei 2.290/86, bem como a Resolução nº 1.338/87, alterada pela Resolução nº 1.396/87, ambas do Conselho Monetário Nacional, que previa a remuneração da poupança pelo BTN.

De acordo, portanto, com a MP 32/89, não houve alteração quanto à sistemática de cálculo da correção monetária para as cadernetas de poupança com data de aniversário anterior à data de sua edição, em respeito ao direito adquirido e ao princípio da irretroatividade da lei.

No concernente ao índice sobre a correção monetária do mês de janeiro de 1989, acompanho o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que considera o índice de 42,72% como o que melhor se presta para retratar a real oscilação inflacionária no período, conforme decisão ementada a seguir:

"Processual Civil. Embargos de Divergência. Fator de correção monetária.

I. Comprovada a divergência no tocante à aplicação de índices diferentes para correção monetária alusiva ao mês de janeiro de 1989, recebem-se os embargos.

II. O divulgado IPC de janeiro/89 (70,28%), considerados a forma atípica e anômala com que obtido e o flagrante descompasso com os demais índices, não refletiu a real oscilação inflacionária verificada no período, melhor se prestando a retratar tal variação o percentual de 42,72%, a incidir nas atualizações monetárias em sede de procedimento liquidatário".

(Embargos de Divergência em REsp nº 29.078-8-PR, Rel. Min. Jesus Costa Lima, julg. 1º.02.95, DJU 06.03.95, Seção 1, p. 4275).

Isto posto, dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação do Banco Central do Brasil, para excluir a União Federal e a referida autarquia da lide, e dou parcial provimento à apelação da CEF.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 51.099-CE

Relator: O SR. JUIZ **UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE**
Apelante: SINDICATO DAS INDÚSTRIAS DO AÇÚCAR E DE DOCES E CONSERVAS ALIMENTÍCIAS DO ESTADO DO CEARÁ
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Advogados: DRS. ANITA SPÍNDOLA FURTADO E OUTROS (APTE.)

EMENTA

Processual Civil. Ilegitimidade passiva da União Federal. Norma que disciplina relação de trabalho. Competência da Justiça Especializada. Parecer de órgão federal não vincula particulares. Apelação improvida. Sentença mantida.

1. A União Federal é parte ilegítima para figurar em feito onde apenas se insurge contra os efeitos de norma que trata de relação de trabalho de forma genérica, cujo ônus da aplicação recai sobre as partes envolvidas na relação.
2. A competência para dirimir conflitos acerca da interpretação de normas que disciplinam relação de emprego é da Justiça Especializada do Trabalho.
3. Simples parecer da Delegacia do Trabalho, órgão da União Federal, ou opinião de membro do governo em periódico, não vinculam atividades de particulares.
4. Apelação improvida. Sentença mantida em todos os seus termos.

ACÓRDÃO

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

Recife, 27 de novembro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE: Trata-se de apelação de sentença que, entendendo ser a União Federal parte ilegítima para figurar no pólo passivo do feito, julgou extinto o processo sem o exame do mérito.

Defende o apelante que a lide inicial versava sobre a obrigatoriedade ou não de as empresas filiadas ao sindicato autor concederem antecipação salarial para seus empregados que ganhavam até três salários mínimos, antecipação essa prevista na Lei nº 8.419/92. Afirma também que, objetivando esclarecimentos acerca da obrigatoriedade da concessão da antecipação aos referidos empregados, recorreu à Delegacia Regional do Trabalho no Ceará, de quem recebeu resposta afirmativa nesse sentido. O posicionamento adotado pelo órgão seria, segundo o apelante, diretamente contrário à posição do então Ministro do Trabalho, expressa em matéria jornalística publicada no Diário de Pernambuco, daí decorrendo a não aplicabilidade da mencionada lei.

A União Federal, por sua vez, ao defender a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, afirma que a apelante insurge-se contra os efeitos de norma que trata de reajuste salarial de empregados regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas, o que deveria ser resolvido entre as partes envolvidas na relação de trabalho, junto à Justiça do Trabalho. O simples fato de a Delegacia do Trabalho ter emitido parecer defendendo a obrigatoriedade da concessão da antecipação salarial não atribui à apelada a legitimidade para figurar no pólo passivo do feito, já que tal ato administrativo não vinculou os particulares.

Regularmente processado o recurso, subiram os autos a este Tribunal.

Dispensada a revisão (art. 30, IX, RI).

É o relatório

VOTO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator): Entendo não merecer

reparos a sentença proferida em Primeira Instância pelo ilustre Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, Dr. Francisco das Chagas Fernandes, que, excluindo a União Federal do feito, julgou extinto o processo sem o exame do mérito.

O que se coloca como pedido inicial é a declaração da inexistência de obrigatoriedade da concessão, por parte do apelante, da antecipação salarial prevista na Lei nº 8.419, de 07.05.92, segundo ele, "pretendida pela Delegacia Regional do Trabalho".

Ora, a Delegacia Regional do Trabalho no Ceará nada mais fez do que, em atenção a pedido do próprio apelante, emitir parecer favoravelmente à concessão da já mencionada antecipação salarial. Tal parecer é ato administrativo que em nada vincula os particulares. Se o apelante não vislumbra, através da interpretação da norma legal já mencionada, a obrigatoriedade da concessão da antecipação salarial nela prevista para os seus empregados que ganham até três salários mínimos, deve procurar a via adequada para fazer valer o seu direito, *in casu*, a Justiça Especializada do Trabalho, já que versa a questão sobre a correta interpretação de norma que acarretará aumento de salário. A própria Constituição Federal, ao tratar da competência da Justiça do Trabalho, determinou:

"Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas". (Destaquei).

No presente caso, salta aos olhos a natureza trabalhista do feito. De um lado o sindicato apelante que não quer pagar a antecipação salarial e de outro os seus empregados que ganham até três salários mínimos que, obviamente, querem tal antecipação.

O fato de existirem, como alegado, controvérsias entre o multicitado parecer e a opinião expressa pelo Senhor Ministro do Trabalho, em matéria jornalística, tampouco serve como argumento para rechaçar a fundamentação que levou à extinção do processo sem o exame do mérito, já que nem o parecer nem a opinião expressa por membro do Governo têm o condão de vincular os atos de particulares.

Ademais, não pode ser a União Federal parte em todos os feitos em que se discuta a legalidade dos efeitos de uma certa norma por ela editada. Há necessidade de demonstração do seu interesse processual no caso concreto.

Neste sentido, permito-me transcrever a seguinte decisão desta Corte:

"Processual Civil. Apelação recebida como agravo de instrumento. Reajuste da tarifa de energia elétrica. Sociedade de economia mista. Ilegitimidade passiva da União Federal para integrar a lide. Incompetência absoluta da Justiça Federal.

1. Reajuste de tarifa impulsionada por decretos-leis expedidos pela União Federal.
2. A edição de decretos pela União caracteriza-se como ato normativo genérico.
3. A União Federal não pode ser considerada responsável juridicamente pelos atos normativos de caráter genérico que expede. O ônus decorrente dos feitos da aplicação das normas jurídicas é das partes envolvidas no ato ou no negócio jurídico.
4. O Juízo Singular, ao declarar incompetência da Justiça Federal sem antes citar a União Federal, não infringiu o princípio do devido processo legal, visto que não se trata de litisconsorte passivo necessário.
5. Incompetência da Justiça Federal de Primeiro e Segundo Grau para processar e julgar ação desenvolvida entre as partes em que uma é pessoa jurídica e a outra sociedade de economia mista.
6. Apelação cível recebida como agravo de instrumento.
7. Agravo improvido".

(AC 80.866-CE, Rel. Juiz José Delgado, jul. 13.06.95, DJU 11.08.95, p. 50493).

Por todas as razões expendidas acima, nego provimento à apelação cível, mantendo a sentença em todos os seus termos.
É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 58.052-SE

Relator: O SR. JUIZ **UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE**

Apelante: EROSÍDIA ALVES OLIVEIRA

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogados: DRS. ROSA HELENA BRITTO ARAGÃO E OUTROS (APTE.)

EMENTA

Processual Civil e Civil. Citação válida em processo julgado extinto sem o exame do mérito. Ocorrência de interrupção de prazo prescricional. Ausência de inércia. Inaplicabilidade do art. 9º do Decreto 20.910/34. Autarquia previdenciária goza de autonomia administrativo-financeira. Precedentes. Apelação provida.

1. A citação válida em processo que foi julgado extinto sem o exame do mérito interrompe o prazo prescricional, nos termos da lei processual civil.
2. Se ajuizada ação anterior, julgada extinta sem o exame do mérito, ausente a inércia na busca do direito.
3. Inaplicabilidade do artigo 175 do Código Civil.
4. Ao INSS não se aplicam regras dirigidas à Fazenda Pública, como o Decreto 20.910/94, por ser autarquia que goza de autonomia administrativo-financeira.
5. Precedentes.
6. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 27 de novembro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE: Trata-se de apelação de sentença que, julgando procedente o pedido da autora, condenou a autarquia previdenciária a proceder ao reajuste dos seus proventos, nos termos da Súmula nº 260 do extinto Tribunal Federal de Recursos. No entanto, o MM. Juiz Federal monocrático deixou de considerar a interrupção do prazo prescricional das parcelas atrasadas que teria ocorrido, segundo a apelante, por conta da citação válida do apelado, nos autos de ação anteriormente ajuizada pela autora, que foi julgada extinta sem o exame do mérito. A sentença recorrida, no tocante à negativa de ocorrência de interrupção da prescrição, tem como arrimo legal as disposições contidas no artigo 103 da Lei nº 8.213/91 e no artigo 175 do Código Civil, que trata da perempção da instância ou da ação. Dessa forma, requereu a apelante a reforma parcial da sentença, para que seja reconhecida a ocorrência da interrupção do prazo prescricional, por conta da citação

válida do apelado, nos autos da ação anteriormente ajuizada e julgada extinta sem o exame do mérito.

Contra-razões apresentadas, pugnando o INSS pela manutenção total da sentença.

Regularmente processado o recurso, subiram os autos a este Tribunal.

Dispensada a revisão (art. 30, IX, RI).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator): O MM. Juiz Federal negou a ocorrência de interrupção do prazo prescricional para cobrança das parcelas atrasadas devidas pelo INSS à autora, a partir da citação válida na ação por ela ajuizada anteriormente. Para tanto, fundamentou sua decisão nos termos do artigo 175 do Código Civil, que diz:

"Art. 175. A prescrição não se interrompe com a citação nula por vício de forma, por circunducta, ou por se achar perempta a instância, ou a ação".

Nesse ensejo, vejamos os comentários tecidos sobre o artigo transcrito, por Maria Helena Diniz, *in Código Civil Anotado*, 2ª edição, Editora Saraiva, p. 181:

"...II Citação nula por vício de forma. Haverá defeito de forma quando a citação não seguir os requisitos exigidos por lei. Sua nulidade não causará a interrupção da prescrição.

III Circundução da citação. Se a citação for efetuada por qualquer dos modos legais, não sendo acuada pelo autor que não comparece na primeira audiência, será considerada circunducta, ou seja, sem efeito, por revelar desinteresse por parte do autor. Como, hodiernamente, não mais existe a circundução da citação, o art. 175 ficou nessa parte superado.

IV Perempção da instância. Ter-se-á perempção da instância quando o autor desistir da ação (CPC, arts. 267 a 269).

V Perempção da ação. Há inocuidade da parte final do art. 175, por não haver caso possível de invocação da perempção da ação para justificar a interrupção do lapso prescricional. Por exemplo, se uma ação for julgada improcedente, não poderá ser ela renovada, e, se o for, o réu invocará a coisa julgada como preliminar da contestação (CPC, art. 301, VI). Com isso, ter-se-ia a inutilização da interrupção da prescrição, uma vez que esta não se iniciará.

Não há nos autos qualquer alegação de que a citação válida não tenha ocorrido no primeiro processo ajuizado pela apelante, muito menos de que tenha se dado a perempção da instância ou da ação. O que aconteceu é que a ação foi julgada sem o exame do mérito, por falta da apresentação de documentos, por parte da apelante, considerados como fundamentais pelo Juízo. Descartada está, no meu entender, a existência de inércia da apelante na busca do seu direito.

Exemplos de decisões no mesmo sentido:

"Civil. Prescrição. Citação em processo extinto. Interrupção.

- A citação válida, realizada em processo que veio a ser declarado extinto, é eficaz para interromper o curso do prazo prescricional.

- Precedentes.

- Apelação provida".

(TRF5, AC 76.991-SE, Rel. Juiz Castro Meira, julg. 26.09.96, pub. DJU 18.10.96).

"... O que releva notar, em tema de prescrição, é se o procedimento adotado pelo titular do direito subjetivo denota, de modo inequívoco e efetivo, a cessação da inércia em relação ao seu exercício. Em outras palavras, se a ação proposta, de modo direto e virtual, visa à defesa do direito material sujeito à prescrição".

(REsp 23751-1-GO, STJ, 4ª T., DJU 08.03.93).

Por derradeiro, cumpre-me rebater a alegação da apelada, no sentido de que, em sendo modificada a sentença, deveria ser observada, para os fins de contagem do prazo prescricional, a limitação imposta no artigo 9º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que trata dos prazos de prescrição dos créditos da Fazenda Pública. Reza tal dispositivo:

"Art. 9º. A prescrição interrompida recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo".

O artigo 1º do mesmo Decreto preconiza:

"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 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem".

A parte apelada, o INSS, não faz parte do rol das pessoas a quem o decreto em questão se endereça, sendo autarquia que conta com autonomia administrativo-financeira.

Dessa forma, o prazo prescricional dos créditos contra a previdência devem obedecer às disposições da Lei nº 8.213/91, que não previu a limitação do prazo à metade.

Impõe-se, assim, a todo argumento, o provimento da apelação, para declarar como interrompido o prazo prescricional do crédito da apelante, no período que vai do ajuizamento da primeira ação, mencionada nos autos, ao trânsito em julgado da sentença que a extinguiu sem o exame do mérito.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 77.664 - PE

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA**

Apelante: FAZENDA NACIONAL

Apelada: COMPANHIA AÇUCAREIRA DE GOIANA - USINA NOSSA SENHORA DAS MARAVILHAS

Advogados: DRS. NADJA MARIA DUMARESQ DE CARVALHO E OUTROS (APDA.)

EMENTA

Processual Civil. Inocorrência de cerceamento de defesa. Prescrição de débito previdenciário. Prosseguimento da execução fiscal.

- Não é necessária a resposta do réu à tréplica do autor. Descaracteriza-se, portanto, o cerceamento de defesa alegado pela embargada.

O prazo prescricional de débitos previdenciários é de trinta anos.

- Não havendo nenhuma razão a desconstituir a certidão de dívida ativa, a execução fiscal deve prosseguir.

- Precedentes do c. STJ.

- Preliminar rejeitada.

- Apelação e remessa providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento à apelação e à remessa, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 26 de junho de 1997 (data do julgamento).
JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA: Trata-se de apelação e remessa oficial de sentença que julgou procedentes os embargos à execução propostos pela Cia. Açucareira de Goiana - Usina Nossa Senhora das Maravilhas contra a Fazenda Nacional. Entendeu o juiz *a quo* estar configurada a prescrição, extinguindo, conseqüentemente, a execução fiscal originadora dos presentes embargos.

Irresignada com o *decisum*, a exeqüente, ora apelante, alega, preliminarmente, ter ocorrido cerceamento de defesa, já que não foi intimada a responder às alegações da embargante.

No mérito, diz ser de trinta anos o prazo prescricional, porquanto se trata de contribuição social.

Relatei.

VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): Analiso, por primeiro, a alegação de cerceamento de defesa trazida pela Fazenda Nacional, ora apelante.

Entendo não merecer acolhida tal preliminar.

A execução fiscal foi proposta em 05 de julho de 1993, tendo sido embargada em 27 de agosto do mesmo ano. A União Federal (Fazenda Nacional) apresentou impugnação aos embargos à execução em 25 de novembro de 1993. Em virtude disso, o eminente Julgador monocrático concedeu prazo de 10 dias à embargante para se pronunciar (fls. 31). Cumprindo o despacho, a Usina Maravilha apresentou sua tréplica (fls. 43/55), sendo proferida a sentença logo após (fls. 58/61).

Alega a apelante que o cerceamento de defesa teria ocorrido por não ter tido prazo para responder à tréplica. Entendo, entretanto, não ser necessário esse procedimento. Tendo sido apresentada contestação, não é preciso nova intimação da embargada para se pronunciar novamente. Não se trata, como quer fazer parecer a apelante, de novos embargos, mas sim de mera resposta às alegações da impugnação.

É bem verdade que a certidão de dívida ativa foi trocada no decorrer da ação, mas o prazo para a interposição dos novos embargos foi aberto em 24 de fevereiro de 1994 (fls. 62 da execução fiscal em apenso), isto é, bem após a tréplica (03 de fevereiro de 1994), não havendo que se falar na ocorrência de novos embargos nos mesmos autos, ainda porque a embargante não ventilou nenhuma nova questão, ignorando, inclusive, a troca da CDA.

Não vislumbro, portanto, a ocorrência de cerceamento de defesa.

Isto posto, rejeito a preliminar.

VOTO-MÉRITO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): Passo, agora, à análise do mérito da questão.

O Julgador de 1ª Instância admitiu ter ocorrido a prescrição.

Entendo, entretanto, de modo diverso. O débito causador da presente execução fiscal é decorrente da multa prevista no artigo 36, § 3º, da Lei 4.870/65, *in verbis*:

"Art. 36. Ficam os produtores de cana, açúcar e álcool obrigados a aplicar, em benefício

dos trabalhadores industriais e agrícolas das usinas, destilarias e fornecedores, em serviços de assistência médica, hospitalar, farmacêutica e social, importância correspondente, no mínimo, às seguintes percentagens:

a), b) e c) - *omissis*

§§ 1º e 2º - *omissis*

§ 3º - A falta de aplicação total ou parcial dos recursos previstos neste artigo sujeita o infrator à multa equivalente ao dobro da importância que tiver deixado de aplicar".

Ora, é visível que se trata de uma contribuição previdenciária, cujo prazo prescricional é trintenário, conforme assentado na jurisprudência. Cito alguns dos inúmeros julgados do STJ a esposarem esse posicionamento:

"Contribuições previdenciárias. Natureza jurídica. Decadência. Emenda Constitucional nº 8/77.

I - As contribuições previdenciárias eram tratadas como tributos até o advento da Emenda Constitucional nº 8/77, quando perderam esta característica e passaram a ser consideradas contribuições sociais, com prazos de decadência e prescrição não mais regulados pelo Código Tributário Nacional. Portanto, na hipótese, tratando-se de crédito relativo a período posterior à edição da aludida Emenda Constitucional, sua cobrança prescreve em trinta anos. Precedentes.

II - Recurso especial conhecido e provido".

(REsp. 80638-MG, Rel. Min. José de Jesus Filho, 1ª Turma, decidido em 08.02.96).

"Previdenciário. Contribuições. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Débito anterior à Emenda Constitucional nº 08/77. Precedentes do STF e do STJ.

- Consoante jurisprudência mansa e pacífica deste egrégio Tribunal, moldada em precedentes do pretório excelso, 'a partir da Emenda Constitucional nº 08, de 14 de abril de 1977, as contribuições previdenciárias perderam a natureza de tributo, não sendo aplicáveis desde então a sua cobrança as regras do CTN, e sim as estabelecidas na Lei 3.807/60, que, em seu art. 144, previu, para a prescrição, o prazo de trinta anos'.

- Recurso a que se nega provimento, sem discrepância".

(REsp. 16892-DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, decidido em 19.09.94).

Verifico, portanto, inexistir a ocorrência da prescrição, *in casu*, pois o débito é referente ao exercício de 1978.

Quanto aos demais argumentos trazidos pela embargante, ora apelada, estão prejudicados, uma vez que se referiam a falhas existentes na certidão de dívida ativa já substituída pela Fazenda Nacional durante a tramitação do processo no 1º Grau de jurisdição.

Tendo em vista, ainda, que o eminente Juiz *a quo* devolveu o prazo para a interposição de novos embargos, após a troca da CDA (fls. 62 da execução em apenso), e que não consta nenhuma atuação do embargante no sentido de impugná-la, deve prosseguir a execução fiscal.

Com essas considerações, dou provimento à apelação e à remessa, determinando o prosseguimento da execução fiscal.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 81.672 - AL

Relator: O SR. JUIZ MANOEL ERHARDT

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS

Apelado: JOAQUIM FRANCISCO LUZ

Advogados: DRS. EMILDO RIBEIRO DA SILVA E OUTROS (APTE.) E JOSÉ MARINHO DE LIMA E OUTRO (APDO.)

EMENTA

Processual Civil. Embargos à execução. Autarquia. Extemporaneidade da ação incidental. Ocorrência. Inaplicação do art. 188 do Código de Processo Civil.

1. Nas execuções movidas com base no art. 730 do CPC, o prazo para embargar é de 10 (dez) dias.
2. Não deve se aplicar a regra do art. 188 do mesmo diploma legal, isto é, prazo para a Fazenda Pública de 40 dias, uma vez que se trata de embargos à execução e não tecnicamente de uma defesa.
3. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 28 de agosto de 1997 (data do julgamento).

JUIZ MANOEL ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ MANOEL ERHARDT: O caso é de embargos opostos pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social contra execução que lhe é movida por Joaquim Francisco Luz, envolvendo o pagamento de prestações previdenciárias.

Alega a autarquia, em suma, excesso de execução da sentença exequenda.

O MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas entendeu como extemporâneos os embargos. Irresignada, recorre a embargante, sustentando que deve ser aplicada a regra do art. 188 em prol da autarquia.

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

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ MANOEL ERHARDT (Relator): A autarquia previdenciária pretende seja declarada a tempestividade dos embargos, visando à reforma da sentença de fls.

Aduz o Juízo *a quo* que o mandado de citação foi juntado aos autos em 03.11.94, sendo que os embargos só foram interpostos em 1º.01.95, ou seja, após dez dias da juntada.

Na realidade, a sentença está coberta de razão. É que, tratando-se os embargos de uma ação incidental, de natureza autônoma, não pode ser aplicado o art. 188 do CPC, especificamente adstrito à defesa, materializada na contestação.

É bem verdade que, em julgamentos passados, inclinei-me a enveredar na tese que admitia a aplicação do art. 188 do CPC, mormente quando já havia jurisprudência da Turma neste sentido. Contudo, após refletir melhor sobre o tema, concluí que o melhor sentido da regra processual é exatamente contemplar o prazo para manifestação de defesa no processo de conhecimento.

Com estas considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA**

Apelantes: MARIA SOLEDADE SANTOS DA SILVA E OUTRO

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogados: DRS. REGINALDO MEDEIROS GOMES E OUTRO (APTES.) E ANNA KATHYA HELINSKA E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Processual Civil. Embargos de terceiros. Fraude à execução. Registro da promessa de compra e venda dos bens em comarca do interior estando os mesmos situados na capital. A real transferência da propriedade para o embargante só ocorreu após o início da ação executiva.

- Está caracterizada a fraude à execução quando a promessa de compra e venda das linhas telefônicas penhoradas foi registrada em comarca interiorana, enquanto os interessados e os telefones estavam na capital do Estado. Incorre, assim, a publicidade necessária para a validade do negócio jurídico realizado, já que era praticamente impossível um terceiro ter ciência dessa transação.
- Apenas quando já tinha sido iniciada a execução fiscal, com anterior inscrição do débito na dívida ativa, é que foi realizada a transferência de titularidade dos bens.
- Uma vez verificada a fraude à execução, deve subsistir a penhora realizada.
- Sentença mantida.
- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 5 de junho de 1997 (data do julgamento).

JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA: Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente o pedido existente nos embargos de terceiro propostos por Maria Soledade Santos da Silva e outro.

Os autores intentaram a ação buscando anular o auto de penhora que recaiu sobre as suas linhas telefônicas. Eles compraram os telefones em 1988 e 1989, de devedores da Fazenda Pública, que estão sendo agora executados. Dizem que a execução fiscal teria se iniciado apenas em 91, ou seja, anos depois da realização do negócio, não se podendo dizer, pois, que existe fraude à execução, sendo, conseqüentemente, legal a compra, o que torna indevida a penhora realizada.

O eminente Julgador monocrático entendeu configurada a fraude contra os credores, negando provimento aos embargos. Disse que a venda foi formalizada apenas em 1992, ou seja, após a inscrição do débito na dívida ativa, quando não mais se poderia realizar. Irresignados com o *decisum*, apelam os autores. Eles reiteram os argumentos existentes na inicial, além de argumentarem que os executados possuem diversos outros bens que poderiam ser penhorados em lugar das atuais linhas telefônicas.

Regularmente processados, subiram os autos para desembargo e a mim couberam por

distribuição.
Relatei.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): O cerne da presente lide é a possibilidade, ou não, da penhora das linhas telefônicas pertencentes aos autores dos embargos de terceiro.

Em 1988 e 1989, os embargantes compraram os direitos sobre os anteditos telefones, através de contrato por instrumento público (fls. 13 e 14). O pedido de transferência, entretanto, só foi apresentado à empresa telefônica em 1992. Durante esse período, os compradores deixaram o uso e gozo das linhas com os antigos possuidores, ora executados, conforme contrato às fls. 15/20.

O INSS propôs a ação de execução fiscal em 1991, o que causou a penhora dos bens em discussão agora.

A uma primeira vista, mereceria provimento o pedido apresentado nos autos, com a conseqüente reforma da sentença. Entretanto, com uma análise mais apurada da documentação trazida, verifico a correção da sentença indeferidora do petítório.

A fraude à execução, indubitavelmente, ocorreu. Apesar das linhas telefônicas, os compradores e os vendedores estarem situados na cidade de Natal, capital do Rio Grande do Norte, o contrato de compromisso de compra e venda do uso da linha foi registrado apenas no cartório da cidade de Touros, a vários quilômetros de distância da capital. Ora, apresenta-se clara a intenção de ocultar a transação aos terceiros de boa-fé. Seria muito difícil a qualquer pessoa descobrir a transferência de propriedade nessas condições.

Com grande pertinência falou o eminente Juiz *a quo*, Dr. Francisco Barros Dias:

"Como prova dos negócios jurídicos realizados, tanto a embargante Maria Soledade Santos da Silva quanto o embargante Luiz Antonio Fonseca da Silva, trouxeram aos autos certidão do 1º Ofício de Notas da Cidade de Touros/RN, distante 100 KM desta capital, onde houve os registros de compromisso de compra e venda do direito de uso e gozo das linhas telefônicas em apreço, informando a concretização das avenças nas datas mencionadas na exordial, figurando os embargantes como compradores (fls. 13 e 14).

Em que pese os assentamentos constantes naquela serventia, difícil emprestar validade aos mesmos para o fim perseguido pelos embargantes.

Os registros públicos, a teor do art. 1º da Lei 6.015, de 31.12.73, visam a conferir autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos praticados pelas pessoas em geral. Sob esses fundamentos, é de se indagar se os negócios aqui tratados, registrados numa comarca do interior do Estado, conferem aos mesmos a publicidade necessária à segurança das relações jurídicas.

Penso que não. Fica difícil imaginar a razão que levaria um comprador de uma linha telefônica, apta a operar no Município de Natal, que registre a transação em um tabelionato do interior, em circunscrição alheia ao Município destinado à exploração da linha. Mais ainda, caso tivesse interesse em proteger o bem adquirido de possíveis ônus, como o que se debate, trataria de registrar a transação em Natal, conferindo publicidade a este ato.

A publicidade dos negócios jurídicos tem como desiderato dar pleno conhecimento do ato a terceiros no intuito da segurança das relações jurídicas. Neste caso em particular, apenas a transferência de titularidade no órgão de controle, ou seja, perante a TELERN, tornará oponente *erga omnes* essa circunstância.

Desse modo, os embargantes não podem se valer de um registro feito na Comarca de Touros, quando a publicidade do negócio tem que se dar no âmbito da circunscrição onde

convergem os interesses dos contratantes e observando-se a situação do bem. Seria como admitir o registro imobiliário em nosso Estado, de uma propriedade encravada no vizinho Estado da Paraíba". (Fls. 94/96).

Concordando *in totum* com os argumentos depreendidos pelo Julgador monocrático, verifico a ocorrência da fraude à execução. Os embargantes registraram de modo obscuro a compra realizada e deixaram o uso das linhas telefônicas com os antigos proprietários, isto é, os agora executados. Seria impossível, portanto, a um terceiro verificar a venda desses bens.

Apenas em 1992 é que a transferência de propriedade foi efetivada com o requerimento para esse fim dirigido à TELERN. Só que a execução fiscal foi proposta em 1991, ou seja, anteriormente à concretização do negócio e em total desrespeito aos ditames legais.

Eis o que dispõe o artigo 593, II, do CPC:

"Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

I - *omissis*;

II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III - *omissis*".

Ora, quando o uso das linhas telefônicas foi negociado, já existia a ação executiva com possibilidade de causar a insolvência do devedor. Ademais, mesmo que assim não fosse, também prevê o Código Tributário Nacional, em seu artigo 185, a impossibilidade de alienação dos bens quando já existir execução fiscal com base em Certidão da Dívida Ativa, como é o caso. Há uma presunção *juris et de jure* de que a alienação foi fraudulenta.

Vejamos:

"Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução".

É bem verdade que o devedor possui outros bens, além das linhas telefônicas tomadas em garantia, mas isso não basta para liberar a atual penhora. Não é possível afirmar com segurança que os bens restantes seriam suficientes para garantir a execução. Além disso, uma vez caracterizada a fraude à execução, não há porque desonerar os bens, já que o negócio jurídico de transferência de propriedade, perpetrado pelo ora embargante, é nulo de pleno direito.

Com essas considerações, nego provimento à apelação.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 84.961 - AL

Relator: O SR. JUIZ **GERALDO APOLIANO**

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL-CEF

Apelado: EUSTÁQUIO GOMES DE MELO NETO

Advogados: DRS. JÚLIO CÉZAR HOFMAN E OUTROS (APTE.) E JOSÉ MOURA ROCHA (APDO.)

EMENTA

Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Bancos. Assalto a agência. Assunção do risco do empreendimento. Reparação do dano. Inaplicabilidade do princípio da identidade

física do juiz e da litisdenúncia do Estado de Alagoas.

1. Não ocorre ofensa ao princípio da identidade física do juiz quando o conjunto probatório é homogêneo e confirma exatamente o que as partes aduziram nas demais peças processuais.
2. A instituição financeira, que tem agência assaltada, é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda por ser titular do interesse em conflito.
3. Restando incontroversos o local e circunstâncias do assalto, é responsável civilmente pela reparação o banco em cuja agência ocorreu o evento danoso, face à assunção do risco do empreendimento, que faz parte da própria natureza da atividade bancária. Aplicação dos princípios inerentes à matéria.
4. Cabe à parte ré desincumbir-se do ônus da prova através de fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor.
5. Precedentes jurisprudenciais.
6. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados os presentes autos em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto do Juiz Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 6 de fevereiro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO: Eustáquio Gomes de Melo Neto interpôs ação ordinária de reparação de dano contra a Caixa Econômica Federal - Agência Conceição do Paraíba (Capela - Alagoas), pelo fato da agência ter sido assaltada, quando adentrava na mesma, devendo ser responsabilizada pelos prejuízos causados.

A Caixa Econômica Federal argüiu a ilegitimidade passiva, a litisdenúncia do Estado de Alagoas e, no mérito, postulou a improcedência do pedido.

Contestação do Estado de Alagoas às fls. 34/42.

Audiência de instrução às fls. 57/63.

O eminente Juiz monocrático julgou procedentes os pedidos, seguindo-se o presente recurso de apelação, onde se requer, preliminarmente, a nulidade da sentença face à inobservância do princípio da identidade física do juiz e à ilegitimidade passiva da CEF para figurar no pólo passivo da relação processual.

Contra-razões às fls. 104/108.

Informações prestadas pela Secretaria da Vara acerca da primeira preliminar às fls. 119/121.

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR I

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): A Caixa Econômica Federal, nas razões do recurso, sustenta que é nula a sentença proferida pelo eminente Juiz de 1º Grau, Dr. Paulo Machado Cordeiro, face à inobservância do artigo 132 do Código

Processual Civil, que versa sobre o princípio da identidade física do juiz.

Compulsando os autos, constata-se que a instrução processual foi presidida pelo ilustre Juiz Sérgio José Wanderley de Mendonça, cabendo, então, a este Colegiado perquirir sobre as razões pelas quais o feito fora decidido por outro juiz que não o que presidiu a instrução.

Conclusos os autos, determinei sua baixa a fim de que a Secretaria da Vara informasse o motivo da substituição do Magistrado, constando às fls. 119 informação do seguinte teor: "Informação

Em cumprimento ao despacho de fls. 118, informo que, no dia 09 de maio de 1995, dia da realização da audiência de fls. 57/63, S. Exa., nas funções de Diretor do Foro, participava de evento promovido pelo Eg. TRF 5º Região - (Of. Circ. nº 15/95/GP) -, qual seja, Fórum de Debate "Acesso à Justiça - Informatização - Celeridade Processual", realizado no período de 09 a 12.05.95, com a seguinte programação:

Dia 10/05 - Reunião com Dr. Lázaro Guimarães, com o Diretor de Informática do CJF e representante do INSS.

Dias 11 e 12/05 - Fórum de Debate - Maceió/AL, 16 de maio de 1996".

Verifica-se, contudo, que o impedimento ocorreu na audiência de instrução, impossibilitando, assim, que o Juiz Paulo Machado Cordeiro presidisse referida audiência. Pois bem, o dispositivo legal determina que o juiz que "concluir a audiência julgará a lide". No caso vertente, a sentença deveria ser proferida pelo eminente Magistrado Sérgio José Wanderley de Mendonça, o que não ocorreu.

Entretanto, o parágrafo único do artigo 132 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 8.637, de 31 de março de 1993, esclarece:

"art. 132.....

Parágrafo unico - Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas".

Note-se bem, que o dispositivo é expresso: "em qualquer hipótese", ou seja, em caso de convocação, licença, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria. O processo, desde o despacho inicial, foi presidido pelo Juiz Titular da Vara, com exceção, apenas, da instrução, pois o mesmo havia sido convocado pelo Presidente deste egrégio Tribunal.

Todavia, entendo que o Juiz prolator da sentença encontrava-se perfeitamente apto para proferir o julgado, face a todo o conjunto probatório dos autos, e, ainda, dispunha da prerrogativa de determinar a repetição das provas, caso entendesse necessário.

Com efeito, analisando as provas trazidas aos autos, as fundamentações das partes e os depoimentos prestados em audiência, levam-me a concluir que o conjunto probatório é homogêneo, pois os depoimentos prestados às fls. não destoam das demais provas. O princípio da identidade física do juiz, mesmo ferido, não conduz à nulidade da sentença, já que ao Magistrado caberia, caso entendesse necessário, a repetição das provas.

Diante do exposto, rejeito a preliminar.

É como voto.

VOTO-PRELIMINAR II

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): Assevera, ainda, a CEF ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da relação processual por tratar-se de questão pertinente à segurança pública. Cuidando-se de atividade cujo controle e fiscalização está afeto ao Poder Público, a responsabilidade é do Estado de indenizar o dano sofrido e não da instituição financeira. Cita, ainda, dispositivos da Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Entendo não assistir razão à apelante, pois, mesmo em análise preliminar, sem adentrar, ainda, o mérito da demanda, verifica-se ser imprescindível a figuração da Caixa

Econômica Federal no pólo passivo da contenda, uma vez que o assalto foi praticado dentro de uma de suas agências, sendo, ao menos em tese, titular do interesse em conflito, independentemente de ser acatada ou não a pretensão do autor.

Os dispositivos colacionados pela apelante não se adequam ao caso concreto, pois o fato da segurança pública estar afeta ao Poder Público não exime, por si só, a responsabilidade da instituição bancária de guardar bens e valores dos particulares, bem como oferecer a segurança necessária aos seus usuários.

No tocante à inclusão do Estado de Alagoas na lide, tal questão será discutida por ora da apreciação do *meritum causae*, já que o tema se confunde com o próprio mérito.

Pelo exposto, rejeito, também, esta preliminar.

É como voto.

VOTO-MÉRITO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): Transpostas as preliminares, passo a analisar os fundamentos de fato e de direito trazidos pelo recurso.

A meu ver, são incontroversos os fatos alegados pelas partes, não restando dúvidas acerca da matéria fática, comprovada não somente pela parte ré, ao confirmar o fato ensejador da demanda, qual seja, a ocorrência do assalto a uma de suas agências, na mesma ocasião em que o autor, dentro do estabelecimento bancário, se dirigia para um dos funcionários para efetuar um depósito bancário, como pelos depoimentos prestados. Destaco, por oportuno, trechos dos depoimentos e das peças processuais constantes dos autos:

"Exatamente às 13:00 horas desse dia 1º de novembro, o ora autor, acompanhado do Sr. Epaminondas, ingressou na agência indicada...foram surpreendidos por alguns assaltantes que se encontravam no interior daquela agência..."(petição inicial, fls. 03).

"...o autor, em momento algum, demonstrou haver culpa da CEF por seus agentes no pertinente ao assalto ocorrido em 01 nov 94, muito embora o delito tenha ocorrido nas suas dependências". (Contestação, fls. 22).

"...que rendido pelos assaltantes deixaram o prédio da CEF o depoente e seu amigo Epaminondas saíram em perseguição aos assaltantes acompanhados de vigilantes da CEF no carro do depoente..." (depoimento de Eustáquio Gomes de Melo Neto, fls. 58).

"... que o depoente se encontrava com o autor, Eustáquio Gomes; que o depoente se encontrava com caixa na qual continha o dinheiro e os cheques para serem depositados, que foi abordado por assaltante...tudo isto dentro da agência da CEF..."(depoimento de Carlos Epaminondas Cordeiro Vidal, fls. 62).

"Quando o autor ingressou naquela agência, o assalto já se encontrava em andamento, estando tanto os empregados da CEF quanto os vigilantes da agência, assim como os outros clientes que lá se encontravam, todos dominados pelos assaltantes, mediante ameaça a mão armada". (Alegações finais da CEF, fls. 72).

Portanto, sendo inconteste o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a ação que o produziu, resta perquirir se a apelante tem responsabilidade sobre o evento e se essa responsabilidade enseja a reparação do dano.

A Caixa Econômica sustenta que, no caso concreto, não há como lhe imputar a culpa *in vigilando*, já que ela própria foi vítima, tal como o autor, e possui em sua agência sistema de vigilância, fiscalizada pelo Poder Público, afastando sua responsabilidade.

Data vênia, discordo de tal posicionamento, pois é da natureza da própria atividade bancária a assunção pelo risco do empreendimento. Ora, o cliente de um banco objetiva não somente a eventual aplicação financeira dos valores depositados, mas, antes de tudo, a guarda do referido valor.

Portanto, faz parte da atividade bancária a responsabilidade pela guarda dos valores,

somente se imiscuindo do encargo, no meu entender, em casos de força maior ou caso fortuito, o que não é o caso em lide.

Com efeito, o assalto a banco é perfeitamente previsível, dada a enorme soma de valores que circula diariamente, não podendo seus usuários sofrerem danos ao seu patrimônio, já que é da própria essência do contrato firmado entre as partes a cautela com a mobilização do crédito.

Maria Helena Diniz traça, com precisa distinção, os princípios norteadores que a jurisprudência e a doutrina vêm firmando acerca da responsabilidade civil dos bancos, dentre os quais destaco:

"Existência de dois fundamentos da responsabilidade civil da casa bancária: a culpa e o risco. Deveras, um não exclui o outro. As relações entre banqueiro e cliente, ou terceiro, são regidas pelo risco profissional, por razões de equidade e justiça, pois entre a posição inferior do cliente ou de terceiro, relativamente ao banco, será imprescindível restabelecer o equilíbrio entre os contratantes".

.....
"Introdução, nos contratos bancários, da obrigação de vigilância, de garantir a segurança dos bens e de proteger o cliente, pelas quantias que se responsabiliza o banqueiro, salvo nos casos de culpa, exclusiva, ou concorrente, do correntista, ou força maior". (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, 7º volume, p. 242 - os grifos são nossos).

Dessa forma, a meu ver, desfalece, por completo, razão à apelante, como, também, não há que se responsabilizar o Estado de Alagoas, pois o evento danoso ocorreu dentro das dependências da agência bancária, cabendo ao banco, através de seu sistema de vigilância, concorrer para a guarda perfeita dos bens depositados em sua confiança.

O eminente Magistrado de 1º Grau retrata, com precisão e objetividade, essa questão:

"Em verdade o que se discute nestes autos é a relação jurídica em que se pretende atribuir o dever de indenizar, advinda por ato ilícito entre o autor e a Caixa Econômica Federal. E a esse respeito, importa ressaltar que a segurança pública, embora seja dever do Estado, é também responsabilidade de todos (artigo 144 da CF/88), e, no caso específico das instituições financeiras, há clara, expressa e taxativa legislação, compatível com a Lei Fundamental, e, em virtude disso, por ela recepcionada, que atribuiu expressa responsabilidade aos bancos na manutenção da ordem e incolumidade de clientes, usuários e funcionários dentro de seus estabelecimentos. Em vista disso, excluo da lide o Estado de Alagoas, em face da sua flagrante ilegitimidade".

Os dispositivos elencados pela recorrente, através da Lei nº 7.102/83, são inaplicáveis ao caso vertente, não condizendo com a situação versada nos autos. Da mesma forma, não colidem com os Decretos-leis nºs 1.034, de 21.10.69, e 1.103, de 06.04.70, como quer fazer crer em suas razões de recurso.

A jurisprudência vem se posicionando nesse mesmo sentido, consoante destaco:

"Responsabilidade civil. Banco. Assalto. Caso fortuito. Inocorrência.

- Responsabilidade civil dos bancos. Assalto a agência bancária no momento do recebimento do cheque, cuja quantia foi tomada pelos assaltantes, e, inobstante, dada como satisfeita a ordem de pagamento.

- Obrigação de segurança em favor dos usuários e clientes, enquanto permanecerem nas dependências bancárias, em razão de operações ali realizadas.

- Ausência de caso fortuito, se o fato está relacionado com o desempenho do negócio bancário.

- Procedência do pedido indenizatório. Sentença confirmada".

(Ac un. 3ª Cível RJ - 2378/90, DJ RJ 06.06.91).

"Responsabilidade civil. Banco. Assalto verificado no recinto, defronte ao caixa, no ato da conferência do dinheiro - Falha no sistema de segurança do estabelecimento bancário.

Ação de indenização movida pela vítima do crime - Procedência.

A segurança ao público, dentro dos estabelecimentos bancários, deve ser mantida pela sua direção e em favor, principalmente, dos usuários que correm risco e não auferem lucros. O banco é que, ao revés, auferindo o lucro, deve assumir a responsabilidade pela culpa de seus prepostos, encarregados da segurança, quando não cumprem com o dever e permitem a lesão".

(RT 502/84).

Por fim, cumpria ao banco recorrente se desincumbir do ônus da prova, no que tange ao montante do valor roubado da parte autora, o que, no meu sentir, não conseguiu a contento. Afirmando o autor que a quantia roubada foi R\$31.000,00, cabia à CEF comprovar que o valor era a menor.

As evasivas trazidas aos autos, por si só, não possuem o condão de descaracterizar a pretensão do apelado, principalmente pelo que consta na certidão de fls. 10 dos autos, a declaração de fls. 11 e os depoimentos de fls. 58, 60, 62 e 63.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 85.757 - PE

Relator: O SR. JUIZ **GERALDO APOLIANO**
Apelantes: VALDEMARY BACELAR CHAVES E OUTRA
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Advogado: DR. LUIZ GONZAGA DE VASCONCELOS (APTES.)

EMENTA

Administrativo. Servidoras públicas. Férias. Artigo 84 e seu § 2º da Lei nº 1.711, de 1952 antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União. Período aquisitivo.

1. O § 2º do artigo 84 da Lei nº 1.711, de 1952 (antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União), estabelecia, da mesma forma que o atual Estatuto, que, somente depois do primeiro ano de exercício, adquiriria o funcionário direito a férias.

2. O servidor público, assim como o empregado celetista, somente adquire direito ao gozo de férias, portanto, após o decurso do chamado "período aquisitivo".

3. Não poderiam as apelantes usufruir de férias pelo "exercício" (ano civil) de 1986 e, novamente, gozá-las pelo "exercício" de 1987, haja vista somente haverem completado o primeiro período aquisitivo no decurso deste último ano (de 1987).

4. A aquisição de direito às férias, ao fim do período aquisitivo, não significa que devam as mesmas ser gozadas imediatamente.

5. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto do Juiz Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado. Custas, como de lei.

Recife, 12 de setembro de 1996 (data do julgamento).

JUIZ GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO: Cuida-se de apelação cível nos autos da ação ordinária em que são partes as acima indicadas.

Valdemary Bacelar Chaves e Maria da Penha Nascimento de Aguiar, autoras da presente ação e servidoras estatutárias da Polícia Federal, pleiteiam a concessão, *in pecunia*, das férias relativas aos períodos aquisitivos de 16.01.86 a 15.01.87 e 30.01.86 a 29.01.87, respectivamente.

A União Federal, em contestação, argüiu, em desfavor das autoras, o artigo 84, § 2º, da Lei nº 1.711, de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União -, o qual determina que "somente após o primeiro ano de exercício, adquirirá o funcionário direito a férias", pelo que não teriam aquelas, em 1986, direito à concessão do benefício.

Suscitado conflito de competência, o colendo Superior Tribunal de Justiça declarou como competente o Juízo Federal da 7ª Vara/PE, e não o da 3ª Junta de Conciliação e Julgamento do Recife/PE.

O MM. Juiz singular, reconhecida, finalmente, a sua competência, julgou improcedente o pedido, tendo como base o artigo 84, § 2º, da Lei nº 1.711, de 1952, retromencionado.

Irresignadas, pugnam as autoras, ora apelantes, pela reforma do r. *decisum*, o qual, segundo entendem, confundiu "período" com "exercício".

Concordam com o douto Magistrado em que as férias são gozadas "pelo período, e não pelo exercício" (não dissentem que, em virtude de tal regra, ainda não havia direito às férias no ano de 1986). Saliendam, contudo, que o pleito refere-se às férias que deveriam ter sido concedidas, segundo alegam, até o final de janeiro de 1987, mês em que foi adquirido o direito.

Nas contra-razões, a apelada demonstra, através da análise das fls. 12 e 22, que as apelantes já gozaram das férias referentes ao seu primeiro ano de exercício no cargo, pelo que requer seja a sentença mantida em seus precisos termos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): Não assiste razão às apelantes.

Procuraram as mesmas confundir o Juízo através de termos como "período" e "exercício", os quais se distinguem perfeitamente, conforme será adiante minudenciado.

As apelantes, servidoras da Polícia Federal, entraram em exercício, cada uma, em 16 (dezesseis) de janeiro de 1986 e 30 (trinta) de janeiro do mesmo ano.

Só adquiriram direito ao gozo de férias, portanto, após o decurso de um ano, ou seja, em 15 (quinze) de janeiro de 1987 e 29 (vinte e nove) de janeiro de 1987, respectivamente.

A esse respeito, dispunha o artigo 84 e seu § 2º da Lei nº 1.711, de 1952 (antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União), então vigorante:

"Artigo 84. O funcionário gozará obrigatoriamente trinta dias consecutivos de férias por ano, de acordo com a escala organizada pelo chefe da repartição.

§ 1º - *Omissis*;

§ 2º - Somente depois do primeiro ano de exercício, adquirirá o funcionário direito a férias".

Tal formulação se continha, nos mesmos termos, no Regimento Interno do Departamento de Polícia Federal.

O § 2º do artigo 84 da Lei nº 1.711, de 1952, ao falar em "exercício", não está se referindo ao ano civil (de 1986, por exemplo), mas ao exercício do cargo pelo funcionário. Ou seja, somente após um ano de trabalho - o chamado período aquisitivo - é que se adquire o direito às férias.

Todo trabalhador, seja ele servidor público ou empregado, somente terá direito ao gozo de férias após decorrido um ano de serviço, que é o que se convencionou chamar de "período aquisitivo".

Confira-se, nesse tocante, a lavra de Amauri Mascaro Nascimento (*in Compêndio de Direito do Trabalho*, 2ª ed., São Paulo, LTr, 1976, p. 455):

"Para adquirir o direito às férias, os trabalhadores precisam estar em atividade durante um tempo determinado e que é denominado 'período aquisitivo', de um ano em nossa lei".

Completado um ano de exercício efetivo no cargo, permite-se ao servidor público (ou empregado) gozar das férias a que faz jus. Vigê apenas a seguinte distinção: na iniciativa privada, o gozo de novas férias, após findo o primeiro período aquisitivo e concedido o primeiro descanso, somente pode se verificar após o perfazimento de novo período aquisitivo; no serviço público, diversamente, o gozo das férias se dá por exercício¹, vale dizer, por ano civil, desde que já tenha o servidor completado seu primeiro período aquisitivo.

Conforme demonstram os documentos acostados pelas apelantes, às fls. 12 e 22 dos autos, lograram as mesmas o gozo das férias correspondentes nos seguintes períodos: Valdery Bacelar Chaves - de 01 (um) de dezembro de 1987 a 30 (trinta) de dezembro de 1987, relativamente ao primeiro período aquisitivo;

Maria da Penha Nascimento de Aguiar - de 19 (dezenove) de agosto de 1987 a 17 (dezesete) de setembro de 1987, relativamente, da mesma forma, ao primeiro período aquisitivo.

Não poderiam as apelantes usufruir de férias pelo "exercício" (ano civil) de 1986 e, novamente, gozá-las pelo "exercício" de 1987, haja vista somente haverem completado o primeiro período aquisitivo no decurso deste último ano (de 1987).

Saliente-se, ademais, que o *caput* do artigo 84 da Lei nº 1.711, de 1952, supratranscrito, estabelecia que o gozo das férias de cada servidor seria estabelecido "de acordo com escala organizada pelo chefe da repartição".

Vê-se, pois, que era o chefe do respectivo local de trabalho quem determinava quando seriam fruídas as férias por cada servidor.

Improcedem, portanto, as alegações das apelantes (de que suas férias haviam de ter sido concedidas até o final do mês de janeiro de 1987).

Forte nessas razões, nego provimento ao apelo.

É como voto.

¹Note-se que o termo "exercício", aqui, apresenta conotação diversa daquela que se contém no § 2º do artigo 84 da Lei nº 1.711, de 1952.

APELAÇÃO CÍVEL N. 85.891-CE

Relator: O SR. JUIZ **GERALDO APOLIANO**
Apelantes: LUCINEIDE FAUSTINO DE SOUSA E OUTROS
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Advogado: DR. FRANCISCO VALENTIM DE AMORIM NETO (APTES.)

EMENTA

Constitucional e Administrativo. Servidor público. Isonomia. Gratificação extraordinária devida aos Auxiliares Judiciários. Extensão aos Agentes Administrativos do Poder Executivo. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Apelo improvido.

1. Para que se promova a isonomia, nos termos do artigo 39, § 1º, da Constituição Federal, faz-se mister o atendimento a dois pressupostos: lei específica e atribuições

iguais ou assemelhadas.

2. O comando constitucional retrocitado se dirige ao legislador ordinário, não cabendo ao Judiciário decidir quais seriam os cargos "iguais ou assemelhados" para fins de isonomia.
3. Precedentes jurisprudenciais. Inteligência da Súmula nº 339 do Supremo Tribunal Federal.
4. Manutenção da sentença recorrida. Apelo improvido.

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, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto do Juiz Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado. Custas, como de lei.

Recife, 17 de outubro de 1996 (data do julgamento).

JUIZ GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO: Os recorrentes interpuseram a presente apelação, em feitiço a obter a reforma da r. sentença de fls. 41/44, que julgou improcedente o pedido de isonomia de vencimentos.

Asseveram os apelantes que exercem cargos de Agentes Administrativos, no Poder Executivo, cargos estes com funções assemelhadas e, em alguns itens, até iguais às funções dos Auxiliares Judiciários do Poder Judiciário.

Por estas razões afirmam, torna-se inaceitável a diferença de vencimentos entre os cargos retromencionados, tendo em vista os preceitos do artigo 39, § 1º, da Constituição da República, e do artigo 41, § 4º, da Lei 8.112, de 1990.

Aduzem, ainda, que, além do vencimento básico, o Auxiliar Judiciário percebe uma gratificação correspondente a 170% (cento e setenta por cento), sendo devida também aos apelantes, a partir de dezembro de 1990, com todos os seus consectários.

Juntaram documentos (fls. 11/24).

Em resposta de fls. 28/31, a União Federal requereu a improcedência do pleito, alegando que os vencimentos e vantagens do Poder Executivo constituem o modelo a ser obrigatoriamente seguido pelos demais Poderes, a teor do artigo 37, inciso XII, da Carta Magna, estando a pretensão dos reclamantes em rota de colisão com o texto supremo.

Ajuizada originariamente como reclamação trabalhista, a presente ação ganhou curso ordinário, quando acolhida na Justiça Federal, *ex vi* da declinatória de competência passada na Justiça Trabalhista (ver, a propósito, a fl. 37).

O MM. Juiz singular, em r. sentença de fls. 41/44, julgou improcedente o pedido, condenando os autores/apelantes nas despesas processuais, além de honorários advocatícios, na base de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Exponenciou o nobre Julgador que a remuneração do servidor público somente pode ser fixada por lei específica, não podendo ser marcada por pronunciamento jurisdicional.

Irresignados, desafiaram os autores a apelação de fls. 46/51, argumentando que não pleitearam aumento de vencimentos, mas sim extensão do reajuste já deferido aos servidores do Judiciário. Ressaltam que o artigo 39, § 1º, é auto-aplicável, pois tal matéria se encontra regulamentada pela Lei 8.112, de 1990.

Em contra-razões, às fls. 54/56, porfiou a União pela total manutenção da sentença, em todos os seus termos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): Não merece qualquer glosa ou censura a r. sentença vergastada.

O cerne da questão consubstancia-se em saber se as similitudes existentes entre as atribuições dos cargos de Agente Administrativo e Auxiliar Judiciário, cargos estes do Poder Executivo e Judiciário, respectivamente, são suficientes para justificar a pretendida isonomia de vencimentos.

A prefalada isonomia de vencimentos foi consagrada no atual texto constitucional, no artigo 39, § 1º, *in verbis*:

"Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

§ 1º A Lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho".

Penso, *data maxima venia* de opiniões dissonantes, que, para que haja isonomia, nos termos do artigo 39, § 1º, da Carta Magna, são necessários dois pressupostos:

1º) lei específica;

2º) atribuições iguais ou assemelhadas.

In casu, inexistente lei específica dispendo sobre o pedido dos autores.

O comando constitucional retrocitado se dirige ao legislador ordinário, não cabendo ao Poder Judiciário determinar, sem previsão legal, a extensão de gratificação ou vantagens a categorias por elas não compreendidas, sob o fundamento de isonomia.

A norma inserta no artigo 39, § 1º, da Constituição Federal de 1988, não autoriza o Judiciário a decidir quais seriam os cargos "iguais ou assemelhados" para fins de isonomia.

Decidindo acerca do princípio da isonomia, previsto no artigo 153, § 1º, da Constituição anterior, assentou o extinto Tribunal Federal de Recursos que "3) a igualdade já deve estar 'na lei', compromisso constitucional do legislador; o exame dessa igualdade 'perante a lei' incumbe ao juiz, seu aplicador e intérprete; ambos esses aspectos forram a garantia individual". (RO nº 4.637 - MG, Rel. Min. Washington Bolívar, *in DJU* 23.04.90, p. 2.730).

Este egrégio Tribunal já decidiu que "A CONCESSÃO DA ISONOMIA PREVISTA NO ART. 39, PARÁGRAFO 1º, DA CF, DEPENDE DE LEI" (AC nº 10.896 - CE, Rel. Juiz Castro Meira, *in DJ* 17.01.92, p. 452).

No entender dos apelantes, a isonomia prevista no texto constitucional já teria sido regulamentada pelo artigo 41, § 4º, da Lei nº 8.112, de 1990, *in verbis*:

"§ 4º É assegurada a isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder, ou entre servidores dos três Poderes, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local do trabalho".

Ora, o dispositivo transcrito não oferece os mecanismos indispensáveis para tornar aplicável o comando constitucional. Não disciplina os critérios para aferição da identidade ou semelhança de cargos nem autoriza a extensão de vantagens de um Poder a servidores de outro. Limita-se a repetir, empregando redação quase idêntica, o texto da Constituição.

Por outro lado, é defeso ao Judiciário aumentar vencimentos de funcionários públicos, sob o fundamento de isonomia, pois somente a lei é o instrumento adequado para fazê-lo.

Tal posicionamento já foi objeto de uniformização de jurisprudência, dando causa à edição da Súmula nº 339, do colendo Supremo Tribunal Federal que, a meu ver, está em perfeita harmonia com o disposto no texto constitucional a respeito dessa matéria.

O texto sumulado enuncia:

"Súmula 339. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia".

Posto isto, nego provimento à apelação, condenando os recorrentes nas despesas processuais e honorários advocatícios na base de 10% do valor atualizado da causa. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 87.017-PE

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE
Apelada: MARIA DO CARMO DE JESUS MACEDO
Advogados: DRS. TORQUATO DA SILVA CASTRO JÚNIOR E OUTROS (APTE.) E JOSELIA SANTANA DE SOUZA E OUTRO (APDA.)

EMENTA

Administrativo. Ação de despejo. Cessão remunerada de espaço público. Contrato administrativo. Normas de direito público que repelem a indeterminação do prazo da avença.

- Pedido de despejo proposto pela UFPE julgado improcedente, ao fundamento de ter sido descumprido o disposto no art. 1.209 do Código Civil, em se tratando de contrato de locação regido por aquele diploma.

- Incabível falar-se em "locação" no caso de bens públicos, mas em cessão remunerada de uso, devendo a avença ser regida por normas do direito público.

- Ainda que não se entenda aplicável o Decreto-lei nº 9.760/46 à espécie, a autarquia não poderia figurar como locadora quando celebra contrato para exploração de serviços em uma de suas unidades.

- A inobservância das formalidades específicas no tocante ao contrato em tela não pode ser invocada contra a Administração, em face da irrenunciabilidade das normas de Direito Administrativo.

- Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 9 de outubro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: Trata-se de ação de despejo proposta pela UFPE - Universidade Federal de Pernambuco contra Maria do Carmo de Jesus Macedo, almejando a cessação do contrato de locação por tempo indeterminado sobre a área

destinada ao funcionamento de uma cantina dentro do prédio da autarquia.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, por entender ter sido descumprido o disposto no art. 1.209 do Código Civil.

Inconformada, apela a autora, alegando que o contrato *sub judice* não poderia ser objeto de aplicação do art. 1.195 do CC, por este artigo se referir a locação por tempo indeterminado, hipótese impossível, pois o contrato tem como parte a Administração Pública.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): A r. sentença julgou improcedente o pedido de despejo proposto pela autarquia federal, considerando que, em se tratando de contrato de locação regido pelo Código Civil, seria imprescindível a notificação da locatária, nos termos do art. 1.209 do Código Civil, nos seguintes termos:

"Art. 1.209. O locatário do prédio, notificado para entregá-lo, por não convir ao locador continuar a locação de tempo indeterminado, tem o prazo de um mês, para o desocupar, se for urbano, e, se rústico, o de seis meses (art. 1.197, parágrafo único)".

As razões de apelo invocam a lição do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, segundo a qual não caberia falar em "locação" no caso de bens públicos, mas de "concessão remunerada de uso" desses mesmos bens, nos seguintes termos:

"A locação é contrato típico do Direito Privado, onde as partes devem manter equivalência de situações nos direitos e obrigações que reciprocamente assumirem.

Por isso se conceitua a locação como um contrato bilateral perfeito, oneroso, cumulativo e consensual. Ora, no Direito Administrativo jamais se poderá transpassar o uso e gozo de bem público com as características da locação civil, porque implicaria renúncia de poderes irrenunciáveis da Administração, para que ela viesse a se colocar em igualdade com o particular, como é da essência desse contrato no campo do Direito Privado. Aliás, o mesmo diploma federal desvirtua o que ele denomina de 'locação dos próprios nacionais' quando declara que ela 'se fará mediante contrato, não ficando sujeita a disposições de outras leis concernentes à locação' (art. 87).

Como se poderá entender uma locação que não se subordina às normas da locação?

Além dessa *contraditio in terminis*, o mesmo decreto-lei ainda ressalva que essa 'locação poderá ser rescindida quando o imóvel for necessário a serviço público' (art. 88, III).

Locação por tempo certo, rescindível a juízo de uma das partes, aberração dos mais elementares princípios deste instituto.

O que a lei federal denominou impropriamente de 'locação', nada mais é que *concessão remunerada de uso* dos bens do domínio público patrimonial, instituto esse perfeitamente conhecido e praticado pela Administração Pública dos povos cultos e regido por normas de Direito Administrativo.

Concessão de uso, onerosa ou gratuita, será sempre um contrato administrativo, que traz em si mesmo a possibilidade ínsita de a Administração desfazê-lo a qualquer tempo, desde que ocorram motivos de interesse público.

Sustentar-se que o Poder Público realiza *locação* de seus bens aos particulares seria tão aberrante dos modernos princípios do Direito Administrativo como afirmar-se que o funcionário público faz com a Administração um contrato de locação de serviços, quando hoje ninguém desconhece a natureza estatutária das relações que se estabelecem entre as entidades estatais e seus servidores.

A nova lei de locações insiste no erro, dizendo que as locações de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios continuam reguladas pelo Código Civil (Lei 8.245, de 18.10.91, art. 1º, parágrafo único, I)". (Fls. 77).

A discussão do tema tem ensejado discrepância no seio do e. Superior Tribunal de Justiça.

Examinando contrato pelo qual um município deu em locação imóvel público para funcionamento de um hospital, no REsp nº 31.715-4-GO, Rel. Min. Gomes de Barros, assim decidiu:

"Administrativo. Prédio municipal. Locação. Código Civil. Esbulho. Ação possessória.

1. É lícito ao Município dar em locação imóvel de sua propriedade.
2. A locação de prédio integrante do domínio municipal rege-se pelo Código Civil (Lei nº 8.245, art. 1º, parágrafo único, "a").
3. A teor do Código Civil (art. 1.194), a locação cessa, de pleno direito, com o simples implemento de seu termo final.
4. Extinta a locação, o inquilino é obrigado a devolver o imóvel, para não se tornar esbulhador (art. 1.196).
5. Verificado o esbulho, pode o Município valer-se das ações possessórias".

(REsp. 31.715-4/GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *RSTJ* 57/315).

Esse julgamento foi proferido em 17.11.93, pela 1ª Turma.

Mais recentemente, em 17.05.95, a mesma Turma, examinando contrato similar firmado com a INFRAERO, empresa pública federal, modificou radicalmente seu entendimento, para reconhecer que a avença deveria ser regida por normas do

Direito Público, como se vê nos fundamentos do acórdão, resumidos na seguinte ementa:

"Administração. Bem imóvel da União administrado pela INFRAERO. Cessão de uso. Instituto de Direito Administrativo.

- Consoante dispõe a lei (Decreto-lei nº 9.760/46), a cessão de uso de bem imóvel da União, mediante contrato oneroso, seja qual for a denominação dessa avença, deve ser regida pelas normas de Direito Público, já que tem a natureza jurídica de contrato administrativo.

- As normas de Direito Privado não podem disciplinar a cessão de uso de bem público, ainda que este esteja sob a administração de empresa pública, porquanto, tendo em vista o interesse e as conveniências da Administração, a União pode, a qualquer tempo e unilateralmente, reaver o seu imóvel, tornando sem efeito qualquer contrato entre o cessionário e o cedente.

- Recurso a que se nega provimento. Decisão por maioria de votos".

(REsp. nº 55.275-3/ES, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 17.05.95, *RSTJ* 79/78).

Prefiro acompanhar esse último precedente. Embora se rotule de contrato de locação, não há dúvida de que se cuida de bem público. Aliás, o último Termo Aditivo (fls. 16/17) refere-se a contrato "para arrendamento de área física localizada no CCS para serviço de cantina". Tratando-se de contrato administrativo, repele a idéia de indeterminação.

É certo que a Lei nº 8.245, de 18.10.91, estabelece que continuam sendo regidas pelo Código Civil e leis especiais as locações ali referidas (art. 1º, parágrafo único, letra "a").

Entretanto, descabe a invocação do Código Civil no caso em tela, em que é evidente que não incidem as regras do Direito Civil à cessão remunerada de espaço público no interior do CCS da Universidade.

As normas contratuais, na espécie, eram reguladas, à época, pelo Decreto-lei nº 2.300 e pelo Decreto-lei nº 9.760/46.

A aplicação deste último não é tranqüila.

Há quem se posicione pelo integral cabimento de suas normas às autarquias.

Em comentários ao art. 1º da vigente Lei nº 8.245/91, escreve Joaquim de Almeida Batista:

"A locação é contrato típico de Direito Privado. No Direito Administrativo não se pode transpassar o uso e gozo do bem público com as características da locação civil, sob pena de renúncia de poderes irrenunciáveis da Administração Pública, para que ela

viesses a se colocar em igualdade com o particular, como é da essência desse contrato no campo do Direito Privado, como esclarece Hely Lopes Meirelles (*Direito Municipal Brasileiro*, pp. 100/101, 2ª ed., 1964, RT).

O Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, adiante reproduzido, refere-se ao contrato de locação entre entes públicos e entes privados. Fáz-lo erroneamente. Desvirtua ao chamá-lo de locação de próprios nacionais mediante contrato, não ficando sujeita a disposição de outras leis concernentes à locação. Essa *contraditio in terminis* é realçada por Hely Lopes Meirelles (ob. e págs. citadas). O que se denomina como locação nada mais é que a permissão remunerada de uso do domínio público patrimonial.

O decreto acima mencionado é de vigência extensiva aos Estados, aos Municípios, às autarquias e às fundações, em tudo que lhes for aplicável, por conter normas de Direito Financeiro complementares, previstas no Decreto Federal nº 2.416, de 17 de junho de 1940, de observância obrigatória em todas as esferas estatais, dada a prevalência federal nessa matéria, como está no inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal". (*Código das Locações Urbanas*, Joaquim de Almeida Baptista, Jurídica Brasileira, SP - 1993, p. 24).

Contra esse entendimento, a obra citada transcreve precedente do extinto TFR, nos seguintes termos:

"Locação. Imóveis de autarquias. Tranqüila a jurisprudência das autarquias regerem-se pelas leis do inquilinato e não pelas normas do Decreto-lei nº 9.760, de 1946, salvo contrato em que o inquilino se tenha obrigado, na forma do último, que inexistente, no caso". (Acórdão do Tribunal Federal de Recursos na Apelação Cível nº 27.320, em que foi Relator o Ministro Moacir Catunda, *Jurisprudência Mineira* 64/278).

O precedente não se aplica ao caso em exame. Ainda que se admita que possa a autarquia, eventualmente, figurar como locadora, não se dá o mesmo quando celebra contrato para exploração de serviços em uma de suas unidades. É evidente a necessidade de reger-se a hipótese pelas normas do Direito Público.

Mesmo que não se entenda aplicável o Decreto-lei 9.760/46, seria indispensável a observância das normas referentes às licitações e contratos administrativos, cuja observância decorre da própria Constituição Federal. Aliás, o ilustre sentenciante reconheceu que deveria ter sido o contrato celebrado pelo regime de Direito Administrativo. Ora, a inobservância das formalidades específicas não pode ser invocada contra a Administração, em face da irrenunciabilidade de tais normas.

Expirado o prazo contratual, não pode a ré ali permanecer indefinidamente. Ainda que fosse de aplicar o Direito Civil, evidencia-se que a permanência da ré, ora apelada, no imóvel público é evidentemente abusiva, já que esgotados todos os prazos contratuais e legais.

Em face do exposto, dou provimento à apelação para julgar procedente o pedido, invertendo-se a sucumbência.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 88.148 - CE

Relator: O SR. JUIZ **GERALDO APOLIANO**
Apelante: SINDICATO DOS SERVIDORES DA SÉTIMA REGIÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO - SINDISSÉTIMA
Apelado: FAZENDA NACIONAL
Advogados: DRS. FRANCISCO VALENTIM DE AMORIM NETO E OUTRO (APTE.)

EMENTA

Constitucional e Administrativo. Cargos comissionados - DAS. Aumento diferenciado em

relação ao concedido aos servidores efetivos. Constituição Federal, artigo 37, X.

1. O aumento diferenciado concedido aos ocupantes de cargos de Direção e Assessoramento Superior, não afronta o disposto no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

2. Aos cargos em comissão pode ser conferida forma diferenciada de aumento, observando-se, sempre, em qualquer época, os critérios e conveniências da Administração.

3. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto do Juiz Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado. Custas, como de lei.

Recife, 12 de setembro de 1996 (data do julgamento).

JUIZ GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO: O Sindicato dos Servidores da Sétima Região da Justiça do Trabalho - SINDISSÉTIMA propôs em nome de seus filiados, servidores ocupantes de cargos efetivos, reclamação trabalhista individual plúrima contra a União Federal - Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região - perante a Justiça do Trabalho. Pretendeu-se na presente ação que a União Federal fosse compelida a reajustar os vencimentos dos seus filiados com base nos mesmos índices aplicados - nos meses de maio e dezembro de 1991 - aos servidores ocupantes de Cargos Comissionados-DAS, por força do que dispõem os artigos 5º, *caput*, e 37, X, da Constituição Federal. Na contestação que demora às fls. 42/46, a União Federal argüiu, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido, asseverando que é absolutamente vedado por lei o pleito dos autores, a fim de conseguirem reajuste salarial através de decisão judicial. No mérito, assevera não caber ao Judiciário o exame da "justa ou injusta" situação do servidor, em face do enunciado da Sumula 339 do egrégio Supremo Tribunal Federal, pois a situação salarial dos reclamantes só poderia ser definitivamente corrigida através de lei, cuja iniciativa é, exclusiva, do Presidente da República, nos termos do artigo 61, II, "a", da CF de 1988.

Realizada a audiência de conciliação, a qual repousa às fls. 48.

Memorial do reclamante acostado aos autos, às fls. 50 *usque* 54, rechaçando a preliminar levantada pela reclamada, afirmando que, *in casu*, o Judiciário não estará exercendo atividade legiferante, mas sim, exercendo o "*munus* constitucional de declarar da inconstitucionalidade da lei que efetivamente discriminou os servidores públicos, ora reclamantes".

Repousa às fls. 55/57 dos autos, o memorial apresentado pelo *Parquet* Federal, repisando os termos da exordial.

A 6ª Junta de Conciliação e Julgamento, por seu turno, em nova Audiência de Instrução e Julgamento, julgou-se incompetente, remetendo os autos para a Justiça Federal, por força do que dispõe o artigo 133 do Código de Processo Civil.

Em despacho, o douto Juiz monocrático convalidou os atos praticados pela Justiça do Trabalho e determinou que se abrisse vista às partes para os devidos fins.

A sentença de 1º Grau julgou improcedente o pedido, por entender que a Medida Provisória nº 296/91 e a Lei nº 8.270/91 tiveram como únicos destinatários, para efeito de reajustes maiores, os ocupantes de cargos em comissão. Dessa forma, não caberia ao Judiciário, que não tem função legislativa, incluí-los como destinatários deste aumento, por imposição da Súmula 339 do STF, que se encontra plenamente em vigor.

O presente recurso de apelação objetiva a reforma da decisão, sob o fundamento de que "não se está pleiteando aumento de vencimentos, mas sim a extensão de reajuste deferido aos detentores de Cargos em Comissão (DAS), através da Portaria nº 469/91, em cumprimento à MP 296/91, e da Lei nº 8.270/91".

Contra-razões às fls. 84/87, pela manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): A argumentação do Sindicato apelante é que não se está pleiteando aumento de vencimentos, mas sim a extensão do reajuste concedido aos ocupantes de Cargos em Comissão (DAS), através da Portaria nº 469/91, em cumprimento à Medida Provisória nº 296/91, e da Lei nº 8.270/91.

Com efeito, creio que o aumento diferenciado concedido aos ocupantes de cargos de confiança, os chamados DAS, não transgride a novel Carta Política em seu artigo 37, inciso X, o qual determina que: "A revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data".

Penso que a gratificação pelo exercício do cargo de confiança, a meu ver, não se encontra enquadrada na revisão inculpada no artigo adrede citado, uma vez que a dita gratificação não estará, obrigatoriamente, incluída na remuneração de todos os servidores.

A Constituição Federal de 1988, ao determinar a revisão geral da remuneração dos servidores (artigo 37, X), estabelece que sempre será feita no mesmo índice de reajuste concedido a todos os servidores públicos que tenham datas prefixadas.

Ocorre que para os cargos em comissão pode ser conferida forma variada de aumento, seguindo-se os critérios e conveniências da Administração e em qualquer época, sem que, com isso, ocorra violação ao inciso X, artigo 37, da CF de 1988.

Isto porque a Lei nº 8.112, de 1991, artigo 41, determina que a remuneração do servidor investido em função ou cargo em comissão será paga na forma prevista em lei específica. Se cabe à lei específica fixar a remuneração das funções e dos cargos em comissão, esta irá também regulamentá-los.

Nada impede, pois, que a Administração Pública recomponha, entre os cargos em comissão e funções de confiança, correções diferenciadas, em face de diversos fatores. Nesse sentido é o entendimento desta colenda Corte de Justiça, quando do julgamento da Apelação Civil nº 46.558/CE, tendo como voto condutor o proferido pelo Juiz Vladimir Carvalho, cuja ementa assim está posta:

"Constitucional e Administrativo. A aplicação de índices diferentes para os cargos de comissão, os denominados DAS, não viola a regra do inciso X do art. 37 da Carta Magna da República, por não ser tal reajuste específico da revisão geral da remuneração dos servidores públicos, variando de acordo com a conveniência da Administração, a par da maior ou menor graduação do cargo. A súmula 339-STF proíbe o Judiciário de conceder aumentos sob o argumento da isonomia. Apelação improvida".

(TRF 5ª Região - AC 46.558/CE 1ª Turma. Rel. Juiz Vladimir Carvalho. Julg. 17.11.94 - DJ 09.12.94 - unânime).

Diante das razões acima expostas, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 90.903-PE

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA**

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelados: AMARO ABDIAS DE ABREU E CÔNJUGE

Advogado: DR. CARLOS XAVIER BRASILEIRO (APDOS.)

EMENTA

Civil. Ação de reintegração de posse. Portaria 375/86 (IAA). Mudança do pólo passivo da relação processual. Funcionário ativo. Desnaturação da causa de pedir. Pagamento de taxa de ocupação. Posse justa.

- A presente ação de reintegração de posse teve como fundamento jurídico (causa petendi) a Portaria nº 376/85, expedida pelo Presidente do ex-IAA, a qual concedia aos seus servidores ativos o benefício de residirem em imóveis da propriedade do órgão empregador, mediante o pagamento de taxa de ocupação. E fora intentada, inicialmente, contra filha de ex-servidor do IAA, com base nesse ato administrativo, visando à devolução do imóvel em que residia irregularmente, já que não preenchia esse requisito.

- Ocorre que, com a mudança ocorrida no pólo passivo da demanda, o réu passou a ser um servidor ativo do quadro de pessoal daquele instituto, desnaturando, assim, a causa de pedir.

- Ademais, a posse injusta baseia-se na violência, clandestinidade ou precariedade, donde não há que se falar nela quando o alegado esbulhador se imitiu na posse do bem de forma pacífica e vem pagando uma taxa de ocupação ao autor, a presumir o seu consentimento com esse fato.

- Apelação e remessa oficial tida como interposta improvidas.

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 e à remessa oficial tida como interposta, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 18 de setembro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA: O ex-IAA (Instituto do Açúcar e do Alcool), com base na Portaria nº 375/86, expedida por seu Presidente, a qual cedeu os imóveis de propriedade daquele órgão à moradia dos seus servidores em atividade, promoveu a presente ação de reintegração de posse contra Maria José da Costa, filha de ex-funcionário do seu quadro, sob a alegação de que a ré vem ocupando irregularmente imóvel pertencente ao autor. Requereu, assim, a condenação da promovida na restituição da casa nº 09, situada à Rua do Dique - Destilaria Central Presidente Vargas - Município do Cabo-PE, bem como em indenização pelas perdas e danos que esse ato vem lhe acarretando, acrescida de custas e honorários advocatícios.

Face à extinção do IAA, a União Federal sucedeu-o na relação processual. E, após, requereu, como aditamento da petição inicial, a transmutação do pólo passivo da lide, haja vista haver a ré transferido a posse do bem em discussão para o Sr. Amaro Abdias de Abreu, o qual permeneceu residindo no imóvel. Requereu, também, a citação da esposa deste, Sra. Severina Maria de Abreu.

Na contestação, o promovido sustentou, inicialmente, que era funcionário do IAA até o momento de sua extinção definitiva e, por isso, tinha autorização para residir em um dos imóveis do parque residencial DCPV. Afirmou que mora nesse imóvel com a promovida há mais de 20 anos, mas que é obrigado a pagar, mensalmente, uma taxa de ocupação, situação esta capaz de desnaturar a alegação de esbulho. Também disseram que a permuta de casas foi realizada com a anuência da administração do ex-IAA, conforme declaração de fls. 83, assim como também da Superintendência Regional daquele órgão. Atualmente, segundo afirmaram, o promovido Amaro Abdias de Abreu encontra-se lotado no quadro de pessoal do IBAMA, órgão para o qual foi transferido após a extinção do primitivo promovente, no qual exerce a função de vigilante, para a qual necessita residir na própria Destilaria. Inclusive, informaram que o atual órgão empregador vem ocupando parte dos armazéns e depósitos do ex-IAA.

O ínclito Magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido por entender que a causa de pedir da ação ficou desnaturada após a mudança que se efetuara no pólo passivo da relação processual. Isso porque a lide cingia-se à alegação de inexistência de vínculo funcional entre o primitivo autor (IAA) e a primitiva ré; e o atual réu varão era servidor ativo do IAA, quando do ajuizamento da ação, e, mesmo depois de remanejado para outro órgão, continua prestando serviço no mesmo local. Assim, não ficaram configuradas as características do esbulho, tais como violência, clandestinidade e abuso de confiança, ainda mais quando restou comprovado nos autos que o réu paga ao autor uma taxa de ocupação do imóvel, o que fez presumir o consentimento do primitivo autor com tal ocupação.

Irresignada com o *decisum*, a União Federal apela, alegando que, com a extinção do IAA, o patrimônio dessa autarquia foi incorporado ao seu, sendo cabível a administração de tais bens à Delegacia do Patrimônio de cada Estado. Assim, essa ocupação seria, realmente, clandestina, já que desprovida de autorização da autoridade competente. Contra-razões apresentadas às fls. 130.

Parecer do Ministério Público, favorável à manutenção da sentença, às fls. 133/138. Relatei.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): A douta sentença monocrática merece ser mantida na sua íntegra, face à justeza de seu conteúdo.

A presente ação de reintegração de posse foi, inicialmente, proposta contra a Sra. Maria José da Costa, sob o argumento de que ela era filha de ex-funcionário do primitivo instituto autor e, por este motivo, não poderia mais residir na casa de propriedade daquela autarquia, face à determinação instituída pela Portaria nº 375/86. Este ato administrativo, de natureza interna, concedeu aos servidores do ex-IAA, mas unicamente àqueles em atividade, o benefício de residirem em imóveis da propriedade do órgão empregador, mediante o pagamento de taxa de ocupação.

Contudo, quando da mudança do pólo passivo da relação processual, o réu passou a ser o Sr. Amaro Abdias de Abreu, o qual, através dos comprovantes de rendimento anexados aos autos, às fls. 84/88, provou que, à época da propositura da ação (março de 1990), fazia parte do quadro de pessoal do então IAA, bem como que era descontado em folha um valor referente à taxa de ocupação desse imóvel funcional.

Segundo o ilustre processualista brasileiro Moacyr Amaral Santos, *in Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vol. 1, a causa de pedir corresponde à fundamentação jurídica do pedido, posto que "a quem invoca uma providência jurisdicional quanto a um bem pretendido, cumpre dizer no que se funda o seu pedido".

Acontece que, na presente demanda, o primitivo autor utilizou como fundamento jurídico do seu requerimento a Portaria nº 375/86, elemento este que, com a transmutação do réu, tornou-se inócuo, face à qualidade de servidor ativo do atual promovido, originando, assim, a desnaturação da causa de pedir.

Se tal não bastasse, o fato de pagar ao postulante, com regularidade, uma taxa de ocupação do imóvel em questão basta para configurar a posse justa do bem, donde restam descaracterizadas a violência, a clandestinidade ou a precariedade, situações ensejadoras do esbulho possessório, o qual, na forma do art. 927, inciso II, da Lei Processual Civil, é considerado um dos requisitos necessários ao deferimento do pedido de reintegração.

Isto posto, nego provimento à apelação e à remessa tida como interposta.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 91.598 - CE

Relator: O SR. JUIZ **MANOEL ERHARDT**

Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E MARIA FERREIRA DA SILVA

Apelados: OS MESMOS

Advogados: DRS. CLEITON LIMA ASSUNÇÃO E OUTROS E RUI LEITE BARBOSA E OUTRO

EMENTA

Previdenciário e Administrativo. Pensão temporária a filha de ferroviário funcionário público. Honorários advocatícios nas ações previdenciárias.

- A pensão temporária instituída pelo art. 5º, § único, da Lei 3.373, de 12.03.78, foi estendida aos ferroviários contribuintes obrigatórios do extinto IAPFESP - Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Ferroviários e Empregados em Serviços Públicos, por força da Lei 4.259, de 12.09.63.

- Com a revogação da Lei 4.259/63 pelo art. 11 do Decreto-lei nº 956, de 13.10.69, o direito à pensão temporária continuou, apenas, para as filhas de funcionários públicos federais, já que em vigor a Lei nº 3.373/58. Entendimento da Súmula nº 232 do ex-TFR.

- Nas ações previdenciárias não incidem honorários advocatícios sobre prestações vincendas. Súmula nº 111 do STJ.

- Apelação da autora improvida.

- Apelação do INSS parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 7 de agosto de 1997 (data do julgamento).

JUIZ MANOEL ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ MANOEL ERHARDT: Da sentença que julgou procedente a ação ordinária proposta por Maria Ferreira da Silva contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a concessão de pensão especial a filha maior de ex-ferroviário, apelam as partes, sob os seguintes fundamentos:

O INSS insurge-se contra a decisão monocrática na sua totalidade, alegando, em síntese, que a recorrida não faz jus ao benefício pleiteado, em razão do seu genitor, na condição de servidor da União, ser excluído do Regime Geral da Previdência por expressa determinação legal, nos moldes do art. 12 da Lei 8.213/91.

Argúi, ainda, o apelante, que o pleito da autora carece de amparo legal, pelo fato do óbito ter ocorrido em 07.02.92, sob a égide das Leis 8.213, de 24.07.91, e 8.112, de 11.12.90, e não da Lei 3.373, de 12.03.78.

A proponente, por sua vez, pretende a reforma *do decisum* na parte referente à verba honorária, a fim de que incidam, estes, sobre o valor das parcelas vencidas e mais (12) das vincendas, e não sobre o valor da causa.

Contra-razões da autora às fls.49/51 pela manutenção parcial da sentença.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ MANOEL ERHARDT (Relator): O cerne da presente lide consiste em se saber se o pedido da autora encontra ou não amparo na legislação vigente à época do óbito.

A respeito dessa questão, entende o douto Juiz sentenciante do seguinte modo:

"Tenho para mim que a Lei 3.373/58 continua a disciplinar a pensão da qual se cuida, tanto é assim que o art. 149 da Lei nº 8.213/91 e o art. 294 do Decreto nº 357/91 dispõem: 'Art. 149. As prestações e o seu financiamento, referentes aos benefícios de ex-combatente e de ferroviário servidor público ou autárquico federal ou em regime especial que não optou pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, na forma da Lei nº 6.184, de 11 de dezembro de 1974, bem como seus dependentes, serão objeto de legislação específica'.

'Art. 294. Serão mantidos, de acordo com a respectiva legislação específica, as prestações e seu financiamento, referentes aos benefícios de ex-combatente e de ferroviário servidor público ou autárquico federal ou em regime especial que não optou pelo regime da CLT, na forma da Lei nº 6.184, de 11 de dezembro de 1974, bem como seus dependentes'."

Em parte, assiste razão ao Magistrado *a quo* quando conclui pela vigência da Lei 3.373, de 1958. Todavia, este fato não autoriza o entendimento de que o benefício pleiteado pela autora continua a reger-se pelas disposições da citada Lei.

É que a discutida pensão temporária está prevista no artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 3.373, de 12 de março de 1958, que criou o Plano de Assistência ao funcionário público federal.

Ocorre, todavia, que, em 12 de setembro de 1963, a Lei nº 4.259 estendeu o referido Plano de Previdência aos contribuintes obrigatórios do antigo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários e Empregados em Serviços Públicos.

Pois bem, por causa dessa lei, que foi, mais tarde, expressamente revogada pelo artigo 11 do Decreto-lei nº 956, de 1969, o art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 3.373, de 1958, passou-se a beneficiar as filhas solteiras, maiores de 21 (vinte e um) anos, não ocupantes de cargo público, de ferroviário, servidor público federal.

Com a revogação da Lei nº 4.259/63, o direito à pensão temporária continuou, apenas,

para as filhas de funcionário público federal, posto que em vigor a Lei nº 3.373/58. Esse é o entendimento do extinto Tribunal Federal de Recursos, consubstanciado na Súmula nº 232, *in verbis*:

"A pensão do artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 3.373, de 1958, ampara com exclusividade as filhas de funcionário público federal".

Ora, *in casu*, o pai da apelante, Francisco Luiz da Silva, faleceu em 17.01.86, muitos anos após a vigência do Decreto 956/67, motivo pelo qual inexistiu direito aos benefícios da Lei nº 3.373/58. Esse, aliás, tem sido o entendimento dos nossos Tribunais, consoante se verifica das ementas adiante transcritas:

"Previdência Social. Pensão temporária de filha de ferroviário. Lei nº 3.373/58. Revogação da Lei nº 4.259/63 pelo Decreto-lei nº 956/69. Inexistência de direito.

I - A Súmula nº 232 do extinto TFR dispõe que "A pensão do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 3.373, de 1958, ampara com exclusividade as filhas de funcionário público federal", não tendo a autora logrado comprovar que seu genitor ostentava tal qualidade, demonstrando os autos, ao contrário, que o falecido ferroviário encontrava-se amparado pelo sistema comum de previdência, regulado pela LOPS.

II - A Lei nº 4.259/63, que estendia o Plano de Previdência da Lei nº 3.373/58 aos ferroviários contribuintes obrigatórios do IAPFESP - caso do genitor da autora -, foi expressamente revogada pelo art. 11 do Decreto-lei nº 956/69, anteriormente ao óbito do pai da suplicante, ocorrido em 1988.

III. Apelação improvida".

(AC 117124/92, 2ª T. do TR1, DJ 08.05.95, p. 27064, Rel. Juíza Assusete Magalhães).

"Previdenciário. Pensão por morte. Filha de ferroviário. Pensão da lei 3.373/58 indevida. Lei 4.259/63 revogada pelo Decreto-lei 956/69.

1 - 'A pensão do art. 5º, par. único, da Lei 3.373, de 1958, amparava com exclusividade as filhas de funcionário público federal' (Súmula 232, TFR).

2 - A Lei 4.259/63, diploma legal que estendia aos funcionários públicos federais contribuintes do IAPFESP o Plano de Previdência constante da Lei 3.373/58, foi revogada pelo art. 11 do Decreto-lei 956/69.

3 - Recurso improvido".

(AC nº 3026155/91, 2ª T. do TR3, DJ de 11.05.94, p. 21873, Rel. Juiz Fauzi Achoa).

O pedido de honorários advocatícios sobre prestações vincendas, também, não merece acolhida, consoante o entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula nº 111 do STJ, *in verbis*:

"Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre prestações vincendas".

No que tange ao recurso de apelação interposto pela autarquia previdenciária, acolho a preliminar de ilegitimidade de parte suscitada pelo INSS, por reconhecer que, a partir da vigência da Lei 8.112/90, a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios do Plano de Seguridade Social dos Servidores da União fica a cargo dos órgãos ou entidades aos quais se encontram vinculados os servidores. Inteligência do artigo 185, § 1º, combinado com o art. 248 da Lei 8.112/90, e do art. 12 da Lei 8.213/91.

Quanto ao mérito, tenho que assiste razão, em parte, à autarquia apelante, posto que, de fato, o pedido da autora carece de amparo legal, tendo em vista a revogação da Lei 4.259/63 pelo Decreto-lei nº 956/69.

Face às considerações expostas, nego provimento à apelação interposta pela parte autora e dou parcial provimento ao recurso de apelação do INSS.

É como voto.

Relator: O SR. JUIZ **PETRUCIO FERREIRA**
Apelante: SEVERINA ALVES DA SILVA
Apeladas: UNIÃO FEDERAL E MARIA DA PAZ MENDES DA SILVA
Advogados: DRS. ARMANDO JOSÉ DA COSTA CARVALHO E OUTRO (APTE.) E JADIER RODRIGUES DE CARVALHO (APDA.)

EMENTA

Administrativo. Processual Civil. Julgamento antecipado da lide. Questão de direito e de fato. Não comprovada a necessidade de produção de provas em audiência. Cerceamento de defesa. Inexistente. Legitimidade ad causam da filha do instituidor. Pensão militar. Lei 3.765/60. Inexistência de má conduta da beneficiária. Direito ao restabelecimento do benefício.

1. Não estando comprovada a necessidade de provas em audiência, nos termos do art. 330, inciso I, do CPC, cabe ao julgador antecipar a lide, não se constituindo tal procedimento em cerceamento de defesa.
2. Possui legitimidade ad causam a filha do instituidor de pensão militar que objetiva pleitear, concorrendo ou isoladamente, a continuidade de percepção do benefício.
3. Preliminares rejeitadas.
4. Deve ser restabelecido o benefício suspenso, atendendo não haver nos autos, nem mesmo nos autos da justificação judicial, prova de que, enquanto vivo, o beneficiário falecido tenha ingressado com ação judicial, no caso, desquite judicial litigioso, objetivando legalizar a sua separação judicial, sob fundamento de infidelidade ou de conduta moralmente reprovável da ora apelante.
5. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 14 de outubro de 1997 (data do julgamento).
JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA: Severina Alves da Silva, viúva de José Francisco da Silva Filho, ex-servidor do Quadro de Pessoal do Ministério do Exército, apela da decisão do MM. Juiz Monocrático, Dr. Roberto Wanderley Nogueira, que julgou improcedente a ação, a qual visa ao restabelecimento da pensão militar, suspensa por possível má conduta da beneficiária, nos termos da legislação militar, acolhendo, como razões de decidir, o parecer do MPF.

A parte autora defende, em suas razões de recurso, o cerceamento de defesa, ante a antecipação do julgamento da lide, posto que, apesar do Julgador entender a matéria como exclusivamente de direito, fundamenta o *decisum* em fatos (não convivência marital e possível má conduta da autora), decorrentes de depoimentos de testemunhas em processo de justificação judicial, para concluir pela improcedência do pedido, além de não ter analisado a falta de legitimidade da litisconsorte Maria da Paz, filha do servidor falecido, que, tendo contraído casamento no ano de 1974, não teria interesse nem direito

à percepção da pensão, razões pelas quais requer o provimento do recurso.
Contra-razões.
É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA (Relator): Trata-se de apelação da parte autora contra decisão monocrática que julgou improcedente o pedido de reversão de pensão em favor do cônjuge do instituidor, servidor militar, suspenso que foi por orientação do e. Tribunal de Contas da União, por considerar que a beneficiária não atendia à conduta exigida para que fizesse jus à continuidade da pensão militar, nos termos da legislação que rege a matéria.

Observe-se que a presente ação já se encontra em tramitação por mais de 17 (dezesete) anos, tendo em vista a nulidade do *decisum* ante a irregularidade processual: não citação da litisconsorte necessária.

Quanto à alegada preliminar de ilegitimidade *ad causam* da litisconsorte Maria da Paz, filha do *de cujos*, liminar suscitada pela viúva do beneficiário há de se afastar, em face do interesse que lhe reconhece a própria lei, no pleitear, concorrendo ou isoladamente, tal pensão.

No que se refere à preliminar de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, convém, inicialmente, ressaltar que não é a solicitação do autor ou do réu de instrução probatória que irá determinar, ou não, o julgamento antecipado da lide, posto que esta decisão compete ao juiz, que, ao examinar as provas constantes nos autos, decidirá pela necessidade da produção de provas em audiência. Portanto, não é pelo simples fato do julgamento ter dispensado a instrução e a questão discutida não ser unicamente de direito, mas também factual, que nos conduziremos ao cerceamento de defesa, assim como bem já se pronunciou o e. Supremo Tribunal Federal em Recurso Extraordinário 101.171-SP (RTJ 115/789), ao reconhecer que "a necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do Magistrado".

O art. 330 do Código de Processo Civil prevê a hipótese em que o juiz poderá antecipar o julgamento da lide, vale dizer, quando tratar-se a questão de mérito unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência, fazendo-se, assim, mister relacionarmos as provas constantes nos autos, bem como averiguar se existe necessidade de esclarecimentos a elas relativos, conforme defende a apelante.

Entre as provas apresentadas pela parte autora, podemos relacionar:

- estado de viuvez, em relação ao instituidor da pensão militar, tendo em vista certidão de óbito de fls. 03, onde não consta averbado nenhum processo de dissolução da sociedade conjugal;

- afirmação em via de recurso que permaneceu a autora em convivência marital por quatro anos, apresentando como prova cópia do atestado de batismo do filho Aguinaldo Francisco da Silva, que registra o seu nascimento em 24.03.44, bem como cópia de certidão de óbito do mesmo, que comprova o seu falecimento em 28.02.45.

Das provas apresentadas pela litisconsorte passiva, destaca-se:

- certidão de nascimento de filhos da autora resultantes de relacionamento extraconjugal e depoimento de testemunhas sobre o seu relacionamento matrimonial, de sorte a afirmarem as testemunhas que a autora manteve relacionamentos extraconjugais, em situações que abalavam a conduta do instituidor da pensão, bem como permaneceu por mais de 20 anos separada de fato do cônjuge, conforme se depreende das provas

apresentadas na justificação judicial.

Ora, se as provas apresentadas são suficientes, e esta Relatoria entende que são, para que o Juízo monocrático firmasse o seu convencimento quanto à conduta matrimonial da ré, não há que se falar em cerceamento de defesa, razão pela qual rejeito, também, tal preliminar.

Passo ao exame do mérito. Não se pode descurar que a matéria pertinente a pensão militar, art. 23, I, da Lei nº 3.765, de 04.05.60, estabelece por parte da viúva a perda do direito à pensão em face de má conduta, apurada em processo judicial.

Sua Exa. o MM Juiz monocrático, na sentença recorrida, diz que tal restou provado judicialmente, observando que o fato de tais provas terem sido colhidas em justificação judicial autoriza a terem-se tais provas apanhadas em processo judicial, vez não poder negar-se tal qualidade à justificação judicial, inobstante registre a pura natureza formal daquele procedimento.

Exatamente por o "elemento probatório" ter sido colhido em uma justificação judicial, em cujo procedimento o juiz ater-se-á tão-só a verificar se restaram ou não observadas as formas processuais prescritas, é que se apresentava necessário no juízo de cognição uma apreciação de mérito no tocante àquele elemento probatório. E neste particular, pelo testemunho de Maria dos Anjos Alves da Silva (fls. 390) e João Coutinho da Silva (fls. 392), este, à época do testemunho, 1983, com 78 anos de idade, e aquela com 71, verifica-se narrarem tais testemunhos que o casamento entre o beneficiário falecido e sua atual viúva Severina Alves da Silva, fato ocorrido em 1943, só durou um mês, tendo posteriormente o beneficiário falecido passado a viver maritalmente com a mãe da litisconsorte Maria da Paz Mendes da Silva, enquanto Severina Alves da Silva constituiu família com um terceiro, de cuja união houve 3 (três) filhos.

Não há nos autos, nem mesmo nos autos da justificação judicial, prova de que, enquanto vivo o beneficiário falecido, que veio a morrer no ano de 1970, ou seja, 27 anos após contrair casamento com D. Severina Alves da Silva, tenha o mesmo ingressado com ação judicial objetivando legalizar a sua separação judicial, e, o mais importante, sob fundamento de infidelidade ou de conduta moralmente reprovável daquela, o que teria como residência própria, do ponto de vista processual, à época dos fatos e até quando do falecimento do Sr. José Francisco da Silva Filho, o beneficiário, o desquite judicial litigioso.

Falar-se em conduta imoral ou reprovável de uma senhora que, em face de ter restada falida a sua união conjugal partiu para constituir uma outra família, isto com base em testemunhas que na pobreza de seus relatos e na mesquinhez de sua linguagem enlamearam, eles, testemunhas, tanto a memória do falecido como a honra das novas famílias constituídas tanto pelo falecido como por Severina Alves da Silva, no mínimo é uma falácia.

Não vejo, pois, como privar Severina Alves da Silva, autora e apelante nestes autos, do justo direito de perceber, como viúva legal de José Francisco da Silva Filho, a pensão militar por ele deixada, pelo que julgo procedente o seu pedido para restabelecer a favor da mesma tal benefício, fazendo a mesma jus à percepção de tal benefício com o pagamento dos atrasados, a partir de maio de 1975, data da suspensão do pagamento a ela autora, e, atendendo que a ação foi ajuizada em março de 1979, corrigindo-se, a partir daquela data e devidamente, os valores encontrados como atrasados.

No tocante à litisconsorte, desacolho o seu pedido.

Por tais razões, dou provimento à apelação de Severina Alves da Silva.

É o meu voto.

Relator: O SR. JUIZ **GERALDO APOLIANO**

Apelante: BANCO DO BRASIL S/A

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogados: DRS. JOSÉ DÁCIO DE MENEZES MOREIRA E OUTROS (APTE.) E EUNICE LEAL DE OLIVEIRA E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Embargos à execução. Ajuda-alimentação. Natureza jurídica. Depósito em conta corrente dos funcionários do Banco do Brasil. Acordo coletivo de trabalho. Homologação TST. Tíquetes. Programa de alimentação do trabalhador. Caráter salarial. Incidência da contribuição previdenciária.

1. A ajuda-alimentação, paga pelo Banco do Brasil, mediante crédito em conta-corrente, aos seus empregados, não configura salário in natura, e sim, salário, sobre o qual incidirá desconto de contribuição previdenciária, nos termos do Regulamento do Custeio da Previdência Social.
2. Não se há de excluir a referida ajuda-alimentação da base de cálculo da contribuição previdenciária; a uma, porque não se encontra o banco apelante inscrito, junto ao Ministério do Trabalho, no Programa de Alimentação do Trabalhador (P.A.T.); a duas, porque a ajuda vem sendo paga em moeda corrente, e não através de utilidades, como os tíquetes.
3. Não cumpridas as normas estabelecidas pelo P.A.T., o pagamento feito em dinheiro ao empregado, embora sob o título de ajuda-alimentação, é complementação salarial, passível de contribuição previdenciária.
4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto do Juiz Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado. Custas, como de lei.

Recife, 12 de setembro de 1996 (data do julgamento).

JUIZ GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO: Cuida-se de embargos à execução fiscal movida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra o Banco do Brasil S/A, objetivando cobrar o valor correspondente a R\$ 2.680,85 (dois mil, seiscentos e oitenta reais e oitenta e cinco centavos), a título de não recolhimento de contribuições previdenciárias no período de novembro/87 a dezembro/89, devidas ao INSS, incidentes sobre o pagamento de ajuda-alimentação concedida aos empregados do banco. Aduz o banco embargante que não tem fundamento a dívida imposta pelo INSS, uma vez que sobre a ajuda-alimentação, paga aos seus empregados, não incide contribuição previdenciária, pois aquela (a ajuda-alimentação) foi instituída em caráter indenizatório e de natureza não salarial, nos termos do acordo coletivo de trabalho firmado entre o Banco do Brasil S/A e a Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito - CONTEC, sob a coordenação do Tribunal Superior do Trabalho. O insigne Juiz monocrático da Comarca de Mulungu, no Estado do Ceará, julgou

improcedente o pedido dos embargos, reconhecendo a pretensão executória do INSS (decisão de fls. 30/37).

O recurso apelatório (de fls. 43/48), desafiado pelo Banco do Brasil, objetiva a reforma da sentença, aduzindo, em suma, que a verba-alimentação, quando prevista em acordo ou convenção de trabalho, com caráter indenizatório e de natureza não salarial, "não integra a remuneração do trabalhador, não servindo, portanto, como fato gerador para a incidência de contribuições previdenciárias".

Contra-razões às fls. 57/59, com louvores à sentença. Reinsiste o instituto apelado que o Banco do Brasil não se inscreveu legalmente no Programa de Alimentação do Trabalhador (P.A.T.), e que, por tal motivo, restaria caracterizada como salário-de-contribuição a designada "ajuda-alimentação", sobre ela incidindo, destarte, a contribuição previdenciária.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): A r. sentença vergastada não merece qualquer glosa ou censura.

Versa o presente recurso de apelação sobre a legalidade da cobrança das contribuições previdenciárias sobre valores pagos em moeda aos empregados do banco embargante, a título de ajuda-alimentação. Por não se encontrar o embargante/apelante inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador P.A.T. , sustenta o INSS que teria a mencionada "ajuda-alimentação" a natureza de salário.

O ponto crucial a ser abordado é, basicamente, o relativo ao depósito em dinheiro na conta corrente dos empregados do banco apelante, que, no entender do instituto apelado, integra a base de cálculo da contribuição previdenciária.

Assevera o banco apelante que o pagamento da verba-alimentícia foi oriundo de acordo coletivo de trabalho firmado entre o mesmo e a Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito - CONTEC, sob a coordenação do Tribunal Superior do Trabalho, sendo instituída em caráter indenizatório e de natureza não salarial. A cláusula terceira do retrocitado acordo coletivo expressa claramente que: "A partir de 01.01.87 e até o termo final deste acordo, o Banco fornecerá a seus empregados, a título de ajuda-alimentação, 01 (um) tíquete no valor de Cz\$ 100, 00 (cem cruzados), reajustado trimestralmente pelo Índice de Preços ao Consumidor - IPC, acumulado a partir de setembro/87, para cada dia efetivamente trabalhado" (grifei).

Observo, de imediato, que, no acordo coletivo homologado pelo TST, consta que a ajuda-alimentação deveria ser fornecida através de tíquetes, e não em dinheiro depositado em conta corrente, pelo que, mesmo em exame meramente perfunctório, já restaria evidente a ocorrência de transgressão à determinação contida no acordo.

Feita a observação, passo ao *punctum dolens* da presente demanda.

A Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, que dispõe sobre a dedução, no lucro tributável para fins de Imposto sobre a Renda das pessoas jurídicas, do dobro das despesas realizadas em programas de alimentação, estabelece em seu art. 3º, *verbis*:

"Art 3º. Não se inclui como salário-de-contribuição a parcela paga *in natura* pela empresa, nos programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho".

Do dispositivo acima transcrito, deflui que a parcela paga *in natura*, vale dizer, a parcela do salário paga ao empregado em utilidades essenciais (desde que não seja em moeda corrente) não se inclui como salário-de-contribuição.

Conclui-se, dessarte, que o pagamento efetuado pelo Banco do Brasil, mediante crédito em conta-corrente dos seus empregados, não configura salário *in natura*. Há de incidir sobre o mesmo, portanto, o desconto relativo à contribuição previdenciária, determinada

no artigo 41 do Regulamento do Custeio da Previdência Social, *verbis*:

"Art. 41- Entende-se por salário-de-contribuição:

I - A remuneração recebida a qualquer título, durante o mês, em uma ou mais empresas, para o segurado empregado, exceto o doméstico, respeitados os limites dos §§ 2º e 4º;..."

No tocante à execução do Programa de Alimentação do Trabalhador P.A.T. (Lei. 6.321/76), a Portaria nº 652 do Ministério do Trabalho, datada 22 de dezembro de 1976, estabeleceu normas para sua execução, para fins de dedução sobre Imposto de Renda, determinando que:

"I - Os Programas de Alimentação do Trabalhador, para fins de dedução do Imposto de Renda, nos termos da Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, regulamentada pelo Decreto nº 78.676, de 8 de novembro de 1976, deverão ser previamente aprovados pela Comissão constituída pela Portaria nº 651, de 22 de dezembro de 1976.

II - Os Programas de Alimentação do Trabalhador deverão ser instruídos, entre outros, com os seguintes elementos:

a) identificação da empresa;

b) identificação de recursos humanos, sua qualificação e salário;

c) a f) *omissis*;

g) previsão financeira do serviço de alimentação própria ou contratado a terceiros, com anexação de cópia do contrato e número de credenciamento como fornecedor do Ministério do Trabalho;

h) resumo das despesas totais e dedução pretendida no exercício-base, para efeito do artigo 1º da Lei 6.321, de 14 de abril de 1976;

i) identificação dos responsáveis pela execução do Programa na empresa.

III *omissis*.

IV - Os Programas de Alimentação do Trabalhador serão encaminhados à Comissão Especial das Delegacias Regionais do Trabalho.

V - Os Programas de Alimentação do Trabalhador deverão ser elaborados de acordo com as instruções e formulários anexos a esta Portaria".

Conforme se verifica, a legislação pertinente ao Programa de Alimentação ao Trabalhador - P.A.T. estabeleceu normas e exigências para inclusão da empresa no programa, determinando o registro da mesma (como participante do programa) no Ministério do Trabalho, o qual expedirá certidões comprobatórias da aprovação.

Confira-se, a propósito, o artigo 1º do Decreto nº 5, de 1991:

"As pessoas jurídicas poderão deduzir, do imposto de renda devido, valor equivalente à aplicação da alíquota cabível do imposto de renda sobre a soma das despesas de custeio realizadas, no período-base, em Programas de Alimentação do Trabalhador, previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social MTPS, nos termos deste Regulamento". (Grifei).

Não se encontrando o apelante devidamente inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador, junto ao Ministério do Trabalho, inaplicável se me afiguram as disposições pertinentes ao multicitado programa, máxime aquela que exclui as parcelas pagas *in natura* aos empregados (os tíquetes) da base de cálculo da contribuição previdenciária. Impende observar, inclusive, que a ajuda-alimentação não vem nem mesmo sendo paga através de tíquetes (mais um motivo, destarte, a afastar o pleito do apelante).

Esforado nessas razões, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 95.655 - CE

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelados: VALÉRIA SOUSA DOS SANTOS E OUTROS
Advogados: DRS. ANTONIO GUILHERME R. DE OLIVEIRA E OUTRO (APDOS.)

EMENTA

Constitucional. Administrativo. Artigo 3º, inciso IV, da CF/88. Artigo 21, § 2º, da Lei Complementar 73/93. Período de prática forense como estágio. Comprovação. Presença dos requisitos essenciais.

1. A plausibilidade do direito se configura, tendo em vista que o conceito de prática forense é amplo, não incluindo apenas as atividades desempenhadas na condição de bacharel.
2. Quanto ao perigo da demora, este também se encontra presente, visto que, se não concedida a aludida medida, pode acarretar para os autores sérios prejuízos econômicos.
3. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 9 de setembro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Trata-se de sentença que concedeu medida cautelar reconhecendo aos autores o direito de participar do concurso público para o cargo de Advogado da União de 2ª categoria, por entender se encontrarem presentes os seus requisitos autorizadores, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Em sua apelação, a União Federal requereu a reforma da sentença, sustentando, em resumo, que os apelados não preencheram os requisitos exigidos pelo edital, qual seja, a exigência de no mínimo 2 anos de prática forense. Por fim, pleiteou que não seja considerado como prática forense o estágio exercido pelos apelados.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): Trata-se de sentença que concedeu medida cautelar reconhecendo aos autores o direito de participar do concurso público para o cargo de Advogado da União de 2ª categoria, por entender se encontrarem presentes os seus requisitos autorizadores, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Em sua apelação, a União Federal requereu a reforma da sentença, sustentando, em resumo, que os apelados não preencheram os requisitos exigidos pelo edital, qual seja, a exigência de no mínimo 2 anos de prática forense. Por fim, pleiteou que não seja considerado como prática forense o estágio exercido pelos apelados.

Análise, primeiramente, a questão referente à plausibilidade do direito.

O cerne da questão a ser decidida é saber se a prática forense exercida pelos autores como estagiários supre a exigência contida no edital do concurso para o preenchimento do cargo de Advogado da União de 2ª categoria. Ressalto que a aludida exigência tem por base a Lei Complementar 73/93, que fixa como requisito básico para a investidura em cargo público o período mínimo de 2 anos de prática forense.

O artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, diz o seguinte:

"Artigo 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

.....IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

O § 2º do artigo 21 da Lei Complementar apresenta a seguinte dicção:

"Artigo 21 -

.....§ 2º - O candidato, no momento da inscrição, há de comprovar um mínimo de 2 anos de prática forense".

No tocante a esta matéria, já houve posicionamento do ilustre Juiz Geraldo Apoliano, na seguinte ementa, *in verbis*:

"Constitucional. Administrativo. Concurso público. Advogado da União. Prática forense. Estágio.

A prática forense não decorre, apenas, do exercício das atividades listadas no Ato Regimental nº 1/94 da Advocacia Geral da União; a jurisprudência deste e a de outros Tribunais pátrios tem reconhecido que o tempo despendido no exercício de *munus* outros, privativos do Bacharel em Direito, deve ser computado como de prática forense, para fins de inscrição em concurso público para preenchimento de cargos vagos de Advogado da União.

Já não é assim em relação à militância restrita desenvolvida no estágio; atividade profissional ampla, nos termos da lei, só a exercita o advogado. A prática a que alude a Lei Complementar nº 73/93 é, portanto, a que advém do desempenho profissional amplo, pelo bacharel em direito legalmente habilitado.

Apelação e remessa oficial, tida por interposta, providas".

(AMS-48.842-CE, julg. 17.10.96, Juiz Geraldo Apoliano).

Ora, é pacífico o entendimento de que seja conceituada de forma ampla a expressão prática forense, e o edital do concurso de que trata a presente demanda restringe, de forma radical, a abrangência daquela expressão, apenas admitindo como tal o exercício profissional "nos Pretórios como atividade postulacional ou judicante", excluindo assim, como bem frisou o ilustre Juiz monocrático, a possibilidade de inscrição, inclusive daqueles que exercem a consultoria jurídica ou se dedicam ao magistério jurídico.

Tenho que tal restrição violenta garantia constitucional e fere o entendimento pretoriano que é pautado no sentido de ampliar o conceito da expressão prática forense, não exigindo que a prática no foro tenha sido realizada pelo candidato já na condição de bacharel em direito. Ademais, os autores comprovaram, às fls. 19 até 24, que possuem os 02 (dois) anos de prática forense como estagiários.

Diante do exposto, entendo se encontrar demonstrado o requisito do *fumus boni juris*.

Quanto ao perigo da demora, este também se encontra presente, visto que, se não concedida a aludida medida, pode acarretar para os autores sérios prejuízos econômicos.

Isto posto, reputo presentes os requisitos essenciais autorizadores da concessão da pretendida medida.

Por tais considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

Relator: O SR. JUIZ **PETRUCIO FERREIRA**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: ANA TAVARES DA SILVA

Advogados: DRS. MARLY DE ARAÚJO COSTA E OUTROS (APTE.) E MARIA ESTELA CUNHA DE CASTRO (APDA.)

EMENTA

Processual Civil. Liquidação de sentença. Julgamento extra petita. Nulidade. Violação aos arts. 128, 460 e 468, todos do CPC.

1. O pedido fixa o limite da sentença, de modo a formar-se a coisa julgada - eficácia - e, constatando-se que as decisões proferidas no juízo singular, tanto no processo de conhecimento quanto na liquidação da sentença, foram proferidas fora do libelo, portanto extra petita, nulas devem ser tais decisões.

2. Sendo a nulidade matéria de ordem pública, deve ser conhecida de ofício.

3. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 7 de outubro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA: Objetiva a presente apelação interposta pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social reformar sentença de liquidação da lavra do MM. Juiz Francisco Barros Dias, proferida nos autos da execução, que concluiu por julgar improcedente a impugnação e, em consequência, homologou os cálculos do contador, sob o fundamento de que os mesmos foram elaborados em estrita obediência aos critérios determinados pelo Conselho da Justiça Federal, bem como em consonância com a tabela apresentada pelo INSS.

Nas suas razões, o ora apelante argúi, em síntese, nulidade da sentença de liquidação, por ofensa à coisa julgada, tendo em vista que os cálculos homologados foram elaborados em desconformidade com os índices determinados pela sentença liquidanda. Contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA (Relator): Cuida a hipótese de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra sentença de liquidação da lavra do MM. Juiz Francisco Barros Dias, da 3ª Vara da Seção judiciária do Rio Grande do Norte, proferida nos autos da execução, que julgou improcedente a impugnação e, em consequência, homologou os cálculos do contador do juízo, sob o fundamento de que os mesmos foram elaborados em estrita obediência aos critérios

determinados pelo Conselho da Justiça Federal, bem como em consonância com a tabela apresentada pelo INSS.

A autarquia, ora apelante, aduz em suas razões nulidade da sentença de liquidação, por ofensa à coisa julgada, tendo em vista que os cálculos homologados foram elaborados em desconformidade com os índices determinados pela sentença liquidanda.

Observa-se da sentença liquidanda que o MM. Juiz *a quo*, ao julgar improcedente a impugnação do INSS, homologando conseqüentemente os cálculos do contador, partiu do pressuposto de que o pedido julgado procedente no processo de conhecimento diz respeito a reajuste de benefício previdenciário, na forma do art. 201, §§ 5º e 6º, da Constituição Federal. Ocorre que a sentença recorrida afastou-se do que foi deferido na sentença de mérito. Senão vejamos.

Diz a sentença na sua parte conclusiva:

"*Ex positis*, julgo procedente a ação para que possam ser reajustados os valores dos benefícios atrasados e atuais desde a primeira renda mensal, com aplicação no primeiro reajuste do índice integral da política salarial, considerando como mês básico o da vigência do salário mínimo, os quais devem ser apurados em liquidação de sentença. Ressalve-se o período prescricional de 05 (cinco) anos, anteriores à propositura da ação, quanto ao recebimento das parcelas atrasadas. Condeno, ainda, o INSS ao pagamento de honorários advocatícios na base de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Incidirão sobre a condenação juros de mora à razão de meio por cento ao mês e correção monetária, na forma da Lei nº 6.899/81, até fevereiro de 1986. A partir de 1º de março de 1987, o reajuste será feito pela OTN, até 15 de janeiro de 1989. Daí por diante, pelos índices de reajuste estabelecidos pelo Governo Federal".

Entretanto, a sentença proferida no processo de conhecimento também acabou por decidir *extra petita*, posto que houve inadequação entre a decisão e o pedido formulado na exordial. O autor não pediu a aplicação da Súmula 260 do Extinto TFR e sim a condenação do INSS, nos seguintes termos:

"A proceder à complementação dos seus proventos, de sua renda mensal vitalícia (Lei 6.719/74), em cumprimento ao que determina o art. 201, § 5º, da Constituição Federal, c/c o art. 203, V, da mesma Carta, com pagamento dos atrasados desde a promulgação da Lei Maior, em cinco (05) de outubro de 1988, em harmonia com o que decidiu o egrégio Tribunal Regional Federal do Rio Grande do Sul, tudo com juros e correção monetária. Requer que seja a autarquia condenada a proceder de igual forma com relação a todos os reajustes a serem concedidos subseqüentemente".

Arruda Alvim, em seu *Manual de Direito Processual Civil*, 6ª edição, assim se houve:

"A sentença será *extra petita* quando se pronunciar sobre o que não tenha sido objeto do pedido. Além da infringência literal aos arts. 126, 128, 458 e, especialmente, ao 460, *caput*, do CPC, haverá infração clara ao próprio princípio do dispositivo, consagrado como princípio medular do sistema, o qual deve inspirar todo o pronunciamento judicial, inclusive a sentença. A jurisprudência tem reiteradamente entendido ser nula a sentença *extra petita*, nulidade esta que pode ser declarada de ofício".

A jurisprudência pátria vem reiterando tal posicionamento, conforme decisões abaixo transcritas:

"A decisão *extra petita* - apreciando causa diferente da que foi posta em juízo - é nula, posto ferir o princípio da adstrição, segundo o qual deve o provimento judicial ater-se aos limites do que foi postulado". (Ac. unân. da 1ª T. do STJ de 15.03.95, no REsp. nº 59.151-1-RS, Rel. Min. Cesar Asfora Rocha; DJU 17.04.95, p. 9.565).

"A sentença *extra petita* é nula, porque decide causa diferente da que foi posta em juízo (ex.: a sentença 'de natureza diversa da pedida' ou que condena em 'objeto diverso' do que fora demandado). O Tribunal deve anulá-la". (RT 502/169, JTA 37/44, 48/67, Bol. AASP 1.027/156, RP 6/326, em. 193).

Pelo que se depreende dos autos, tanto a sentença de mérito proferida no processo de conhecimento como a sentença de liquidação são passíveis de declaração de nulidade, posto que, ao decidirem fora do pedido, feriram frontalmente os arts. 460 do CPC, que fixa os limites da sentença, e 128 do CPC (princípio da adstrição), segundo o qual a sentença deve conter-se aos limites do libelo, ficando assim contaminada de vício, afetando inclusive sua eficácia.

Giuseppe Chiovenda, em sua obra intitulada *Instituições de Direito Processual Civil*, edição Saraiva, volume III, em analisando os vícios da sentença, assim doutrina:

"Em nosso sistema, pois, as nulidades são em geral sanáveis, no sentido de que o transcurso dos prazos para o recurso preclui o direito de recorrer da sentença por nulidade; por isso averiguamos que, após a sentença, mesmo a nulidade, e por vezes a própria inexistência da relação processual, se converte em simples anulabilidade. Enquanto à contrariedade à lei, considera-se agora como simples injustiça, que não obsta ao julgado. Sem embargo, ainda na sentença pode haver inexistência e nulidade absoluta a par de simples anulabilidade, e pode haver motivos de inexistência e nulidade oriundos da inexistência e nulidade da relação processual, ou, então, próprios da sentença. Tais motivos de nulidade ou inexistência não se acham, de modo algum, em relação necessária com a recorribilidade daquela. Se recorrível é a sentença, o recurso pode também servir para alegação do motivo de nulidade ou inexistência; se, entretanto, não se propôs em tempo hábil o recurso, poder-se-á alegar a nulidade ou a inexistência em qualquer tempo. Poderão as partes garantir-se de vários modos contra uma sentença nula em sentido absoluto, ou inexistente. O autor, cuja demanda se rejeitou, poderá propô-la de novo sem temer a exceção de coisa julgada; o réu poderá, com uma ação declaratória negativa, fazer declarar, por exemplo, a impossibilidade da prestação; ou reservar-se para oposição aos futuros atos executivos (neste sentido, Corte de Cassação, 25 de fevereiro de 1930, no Foro italiano, 1930, p. 1.171)".

O art. 468 do CPC assim preceitua:

"A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas".

É, ainda, o próprio Chiovenda que conceitua a *res iudicata* e fixa os seus limites, como sendo:

"O bem da vida que o autor deduziu em juízo (*res in iudicium deducta*) com a afirmação de que uma vontade concreta de lei o garante a seu favor ou nega ao réu, depois que o juiz o reconheceu ou desconheceu com a sentença de recebimento ou rejeição da demanda, converte-se em coisa julgada (*res iudicata*). A coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda, e consiste em que, pela suprema exigência da ordem e da segurança da vida social, a situação das partes fixadas pelo juiz com respeito ao bem da vida (*res*), que foi objeto da contestação, não mais se pode, daí por diante, contestar; o autor que venceu, não pode mais ver-se perturbado no gozo daquele bem; o autor que perdeu, não lhe pode mais reclamar, ulteriormente, o gozo. A eficácia ou autoridade da coisa julgada é, portanto, por definição, destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos. O que, portanto, determina os limites objetivos da coisa julgada é a demanda de mérito da parte autora".

No tocante à matéria, Theotonio Negrão, in *Código de Processo Civil*, traz à colação a jurisprudência abaixo transcrita:

"A coisa julgada material refere-se ao julgamento proferido relativamente à lide, como posta na inicial, delimitada pelo pedido e causa de pedir. Não atinge decisões de natureza interlocutória, que se sujeitam à preclusão, vedado seu reexame no mesmo processo mas não outro (*RSTJ 25/430*). No mesmo sentido: *JTJ 164/21*".

Partindo, pois, do pressuposto de que os limites da sentença são fixados pela procedência ou não da ação, nos termos do pedido, e, considerando que, no presente

caso, o Juiz, ao proferir a sentença de liquidação em sede de execução e de mérito, no processo de conhecimento, julgou fora do pedido, não há se falar em *res iudicata*, conseqüentemente, restando nulas tais decisões, e sendo a nulidade matéria de ordem pública, pode ser conhecida de ofício.

Por tais razões, dou provimento à apelação para, anulando tais sentenças, cassá-las, de modo que sejam devolvidos os autos ao juízo de origem, a fim de que decida a causa de acordo com o pedido deduzido na inicial.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 104.203 - PE

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**

Apelantes: FREDERICO DE LIMA PIMENTEL E UNIÃO FEDERAL

Apelados: OS MESMOS

Advogados: DRS. MARCELO DE CASTRO COSTA E OUTRO

EMENTA

Administrativo. Funcionário público federal. Desvio de função não autoriza aproveitamento em cargo diverso daquele para o qual ingressou no serviço público. Direito à diferença salarial.

1. O desvio de função não gera a possibilidade de enquadramento em cargo diverso daquele para o qual ingressou o funcionário no serviço público, em obediência ao art. 37, II, da Constituição Federal, promulgada em 1988, que só permite provimento em cargo público mediante o devido concurso.
2. É devida a diferença salarial, comprovado o desvio funcional, conforme inteligência da Súmula 223 do extinto TFR.
3. Apelações e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 26 de agosto de 1997 (data do julgamento).

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Trata-se de apelações interpostas pela União Federal e por Frederico de Lima Pimentel contra decisão proferida nos autos da ação de rito ordinário ajuizada pelo autor, que visava ao enquadramento do postulante na função de advogado da Delegacia Federal em Pernambuco do Ministério da Agricultura e Reforma Agrária, a partir de 25.08.88, e o pagamento das diferenças vencidas e vincendas, acrescidas de juros e atualizações monetárias, entre os vencimentos de seu cargo (Agente de Inspeção Industrial de Produtos de Origem Animal) e os correspondentes ao cargo de advogado, cujas funções exercera em desvio.

O *decisum* monocrático julgou improcedente o pedido de enquadramento do autor no cargo efetivo de advogado supramencionado e procedente o pedido de percepção das diferenças salariais entre os dois cargos.

Contra-razões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): No meu entendimento, não merece reforma a decisão monocrática, haja vista restar sobejamente provado nos autos o desvio de função.

Entretanto, como bem observou a ilustre Julgadora *a quo*, "o desvio de função é prática irregular, que a ninguém enseja direito a permanecer na função desviada".

A Magna Carta, em seu art. 37, II, assim estabelece:

"Inciso II - A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

Nos termos do dispositivo supratranscrito, o ingresso do servidor em cargo público só pode se efetuar mediante concurso público, sendo vedado, então, a qualquer lei infraconstitucional dispor em sentido contrário, bem como a qualquer julgador atribuir interpretação extensiva à referida norma, sob pena de inconstitucionalidade.

Assim sendo, não pode o funcionário público beneficiar-se pelo ingresso em cargo diverso para o qual ingressou no serviço público sob a alegação de desvio de função.

No que se refere, entretanto, às diferenças salariais no período em que se verificou o desvio, faz jus o recorrente às mesmas, posto que, embora tal hipótese não esteja prevista em lei, justamente por ser vedado ao administrador exigir atribuições divergentes das estabelecidas para o cargo, não se pode negar tais diferenças, em obediência ao princípio da onerosidade do serviço público e do enriquecimento ilícito da Administração, que não seriam observados caso fosse remunerado o servidor aquém do devido, assumindo, então, o Estado uma posição cômoda de, ao estar protegido por lei, não responder pecuniariamente pela prestação oferecida a mais pelo funcionário.

Tal entendimento encontra respaldo na Súmula 223 do extinto Tribunal Federal de Recursos, a qual transcrevo *in verbis*:

"Súmula nº 223 - O empregado, durante o desvio funcional, tem direito à diferença salarial, ainda que o empregador possua quadro de pessoal organizado em carreira".

Ante tais considerações, nego provimento às apelações e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 105.298 - PB

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**

Apelante: MARIA DE LOURDES PEREIRA SILVA DE ABREU

Apelada: UNIÃO FEDERAL

Advogados: DRS. JOÃO BATISTA COSTA DE ARAÚJO E OUTRO (APTE.)

EMENTA

Administrativo. Constitucional. Servidor público federal. Reajuste salarial. 47,94%. MP nº 434/94. Caracterizada ofensa ao direito adquirido.

1. É devido o reajuste de 47,94%, tendo em vista não ter sido a MP Nº 434/94 convertida

em lei dentro do prazo legal.

2. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 9 de setembro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Trata-se de sentença que julgou improcedente o pedido de reajuste no percentual de 47,94% sobre os vencimentos da apelante, incidente a partir de março/94, a título de incorporação de 50% da variação apurada no IRSM nos meses de janeiro e fevereiro do ano de 1994.

Em sua apelação, a parte autora requereu a reforma da sentença, sustentando em resumo que a Medida Provisória nº 434/94, que instituiu a URV e a nova política salarial dos servidores públicos, violentou o direito adquirido na vigência da Lei nº 8.676/93, pois tal política já encontrou uma situação jurídica totalmente consolidada em razão do tempo, uma vez que a condição jurídica se havia operado.

Contra-razões não apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): Discute-se nos autos se a Medida Provisória 434/94, que instituiu a URV e alterou a política salarial dos servidores, feriu ou não o direito adquirido dos apelantes ao reajuste de 47,94%.

Sabe-se que a Lei nº 8.676/93 previa para o mês de março de 1994, a título de antecipação, o reajuste nos vencimentos dos servidores federais correspondente a 50% da variação do IRSM - Índice de Reajuste do Salário Mínimo, obtido no bimestre imediatamente anterior (janeiro e fevereiro) a sua implantação, cujo resultado foi o percentual de 47,94%.

No tocante a tal questão, o entendimento deste egrégio Tribunal é no sentido de considerar que há direito adquirido do servidor público à antecipação salarial. Neste sentido, transcrevo o posicionamento do ilustre doutrinador Saulo Ramos, que passa a fazer parte integrante do meu voto:

"A medida provisória, enquanto equivalente constitucional da lei, possui vigência e eficácia imediatas, sem que disso decorra, no entanto, a revogação dos atos legislativos com ela incompatíveis. Por dispor de eficácia temporal limitada (trinta dias), enquanto não se der a conversão em lei da medida provisória, esta somente paralisará os efeitos das leis a ela anteriores e com ela conflitantes, iniludindo-as completamente em seu conteúdo eficaz. Não se operando, porém, a conversão legislativa, restaurar-se-á a eficácia jurídica, até então meramente suspensa, dos diplomas afetados pela edição do normativo provisório. Essa restauração de eficácia - inconfundível com o instituto da repristinação -, enfatiza-se, será *ex tunc*. Portanto, desde a data da medida provisória não convertida...

Assim, em razão da não conversão de medida provisória em lei, no prazo constitucional, a legislação anterior se restabelece e com sua eficácia, passa novamente a produzir efeitos jurídicos, incidindo, inclusive, no período da vigência da medida provisória não convertida. O desaparecimento da suspensão momentânea da anterior legislação atingida por medida provisória reabre o rotineiro processo de aplicação das normas legais, com observância dos princípios basilares, insertos na Constituição Federal e na Lei de Introdução ao Código Civil, pertinentes à vigência, eficácia e aos limites da retroatividade das leis, os quais também são válidos e aplicáveis no trintídio da vigência das medidas provisórias. Ora, se as medidas provisórias não convertidas em lei perdem a eficácia *ex tunc* e, por consequência, no período do respectivo trintídio, volta a ser operante a anterior legislação. Dessa particular condição podem resultar atos jurídicos que se substanciariam com o respaldo na ordem pretérita que recobra sua eficácia. Por outro lado, uma possível reedição da medida provisória que caducou não poderá retroagir para prejudicar os direitos adquiridos e os atos jurídicos perfeitos que se concretizaram antes de sua publicação. Ainda sobre o tema dos direitos adquiridos e sua relação com as medidas provisórias, parece-nos oportuna a apresentação de mais algumas considerações, embora sob a forma de exemplos a seguir expostos: no primeiro dia de um determinado mês, uma medida provisória, adotada pelo Presidente da República, extingue vantagem pecuniária de servidores públicos, cuja aquisição se faz pelo transcurso do tempo a termo legal. Até o trigésimo dia desse mesmo mês, a medida provisória em questão não é convertida em lei. Como passo seguinte, no primeiro dia do mês subsequente, o Chefe do Poder Executivo faz editar nova medida provisória, como reedição da anterior, com a pretensão de considerar extinta a mesma vantagem *ex facto temporis*, a contar do primeiro dia do mês anterior, como o fizera a antecedente medida provisória. Neste caso, sem dúvida, descortina-se a contrariedade dessa disposição temporal da vigente medida provisória com a garantia constitucional de proteção dos direitos adquiridos e da vedação da incidência retroativa da lei sobre esses, conforme o disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e o previsto no art. 6º, *caput*, do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil)". Saulo Ramos, ainda, preconiza:

"Em outra situação, um pouco distinta da anterior, nova medida provisória editada como reedição propõe a extinção da vantagem pecuniária citada, a contar de sua vigência, mas em outro artigo preconiza a convalidação dos atos praticados sob a égide da anterior medida provisória, que importaria, no entendimento de seus idealizadores, na impossibilidade da conquista como direito adquirido da mesma vantagem pecuniária também extinta no trintídio antecedente pela norma provisória já ineficaz. Nesse segundo exemplo, a medida provisória vigente peca por inconstitucionalidade por tentar ultra-atividade legal a anterior medida provisória, elasticendo, de forma inadequada, o período de eficácia fixado na Carta Política para os provimentos e subtraindo do Congresso Nacional o disciplinamento das relações jurídicas deles decorrentes. No nosso entendimento, em função das disposições inscritas no texto constitucional pertinentes à eficácia das medidas provisórias e à proteção dos direitos adquiridos, a republicação sucessiva de normas provisórias não tem o condão de interromper a formação dos direitos adquiridos, após decurso dos trintídios respectivos *in albis*".

Diante do exposto, entendo ser devido o reajuste de 47,94%, tendo em vista não ter sido a aludida medida provisória convertida em lei dentro do prazo legal.

Por tais considerações, dou provimento à apelação.
É como voto.

Relator: O SR. JUIZ **RIDALVO COSTA**

Apelantes: MANOEL JOSÉ DOS SANTOS E OUTROS

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogados: DRS. ALEXANDRE CARVALHO DE MENEZES E OUTRO (APTES.) E JOEL FIRMINO DO NASCIMENTO E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Processual Civil. Sentença modificada por embargos declaratórios.

O suprimento da omissão pode, eventualmente, alterar a conclusão da sentença. Quando isso ocorre, não se trata de efeito infringente, mas de modificação pelo resultado lógico do julgamento dos embargos.

ACÓRDÃO

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

Recife, 4 de setembro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: Manoel José dos Santos e outros promoveram, perante a 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, ação ordinária contra o INSS, objetivando a revisão de seus benefícios de aposentadoria para aplicação da orientação sumular contida no enunciado nº 260 do ex-TFR; o reajuste no percentual de 84,2416%, a partir de março/90, e o pagamento das gratificações natalinas dos anos de 1988 e 1989.

O MM. Juiz Federal julgou procedentes, em parte, os pedidos para, declarando prescritas as parcelas decorrentes da revisão da Súmula 260/TFR, condenar o INSS ao pagamento das diferenças de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

O INSS opôs embargos de declaração, aduzindo que em sua defesa argüiu a prescrição quinquenal de todos os títulos do pedido inicial, tendo a sentença se pronunciado apenas em relação aos títulos da revisão da Súmula 260.

O MM. Juiz Federal acolheu os embargos de declaração, declarando atingidas pela prescrição todas as parcelas pleiteadas e anteriores aos cinco anos que antecederam a propositura da presente demanda. Julgou, por fim, extinto o processo com amparo no art. 269, IV, do CPC.

Os autores interpuseram apelação, requerendo a reforma da sentença proferida nos embargos declaratórios, posto que estes não poderiam dar efeitos modificativos à decisão.

Houve resposta ao recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): A sentença, inicialmente, acolhera a preliminar de prescrição da ação quanto ao pedido de revisão do benefício pelos critérios da Súmula 260, do ex-TFR, julgara improcedente o de reajuste de 84,32% e procedente a

diferença da gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

O INSS interpôs embargos de declaração para que fosse examinada a argüição de prescrição com relação a todos os títulos pleiteados e não apenas a um dos pedidos. Suprida a omissão, resultou a declaração de prescrição de todo o direito de ação posto em juízo.

Em tese, o julgamento dos embargos de declaração passa a integrar a sentença, inclusive no caso em que suprida a omissão há modificação do resultado inicialmente pronunciado. Em sentido processual não subsistem duas sentenças, mas uma sentença alterada, integrada ou modificada pelo julgamento dos embargos de declaração.

Os embargos declaratórios para suprimento de omissão da sentença forçam o juiz a pronunciar-se sobre todas as questões suscitadas pelas partes, que tinham ficado sem decisão.

O suprimento, "o dizer", importa, em princípio, no preenchimento da lacuna.

Pode, no entanto, ocorrer que o exame da questão anteriormente omitida leve a resultado oposto ao adotado antes, sem que isso importe em desnaturar os embargos declaratórios em infringentes, conversão admitida em situações excepcionais.

No caso em exame, pronunciara-se o juiz sobre a prescrição de forma incompleta. Só com o julgamento dos embargos suprirá a lacuna.

A rigor não dera caráter infringente ao recurso.

A modificação da sentença decorre do resultado lógico do suprimento da omissão.

A esse respeito, ensina a Professora Sônia Márcia Hase de Almeida Batista:

"Mas, ao suprir a omissão, o juiz ou o tribunal poderá dar nova visão à decisão. Diz ele: 'O acórdão há de ser corrigido para que nele se integre a manifestação sobre o ponto omitido, e, nesse caso, o exame da matéria anteriormente omitida poderá levar o julgador a entendimento diverso daquele antes adotado, justamente porque se apreciasse o que devia ter sido apreciado, outro poderia ser o resultado da decisão embargada'.

A rigor, com isso, não se estará dando caráter infringente ao recurso, não obstante possa ter efeito modificativo. A respeito, José Carlos Barbosa Moreira, após observar que 'costuma asseverar-se que a decisão sobre os embargos se limita necessariamente a revelar o verdadeiro conteúdo da decisão embargada e não pode trazer inovação alguma', refuta a objeção, de forma irresponsável: 'formulada em termos absolutos, a afirmação comporta reparos', pois 'quando se trata de suprir omissão, não pode sofrer dúvida que a decisão que acolheu os embargos 'inova' abertamente: é claro, claríssimo, que ela 'diz aí mais' que a outra. O que parece mais exato é afirmar, como fazia o Código baiano (art. 1.341), que o provimento dos embargos se dá 'sem outra mudança no julgado, além daquela consistente no esclarecimento, na solução da contradição ou no suprimento da omissão'".

(*Dos Embargos de Declaração, RT*, 1.991, p. 140).

Vale registrar a jurisprudência coligida por Theotonio Negrão:

"Suprida a omissão, pode, eventualmente, ser alterada a conclusão do acórdão, se incompatível com esse suprimento (argumento do art. 463 - *caput* e II; cf. RISTF 338). Neste sentido: STJ- 3ª Turma, REsp 3.192-ES, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 13.08.90, não conheceram, v.u., DJU 03.09.90, p. 8.844, 1ª col., em.; RSTJ 36/435, 40/459; RTJ 86/359, 88325, 112/314, 119/439; STF-RT 569/222; RTFR 12/141, 147/75, 153/41, RT 569/172, 578/185, 606/210, JTA 88/405. V., porém, nota 3.

'Conquanto não se trate de matéria de todo pacificada, existe firme corrente jurisprudencial que admite a extrapolação do âmbito normal de eficácia dos embargos declaratórios, quando utilizados para sanar as omissões, contradições ou equívocos manifestos, ainda que tal implique modificação do que restou decidido no julgamento embargado' (STJ-RT 663/172).

Observe-se, porém, que os embargos de declaração 'não cabem se interpostos, salvo

casos excepcionais, com o objetivo de modificar o julgado em seu mérito'. (STJ-4ª Turma, RMS 303-RJ-Edel, Rel. Min. Athos Carneiro, j. 14.5.91, rejeitaram os embs., v.u., *DJU* 10.06.91, p. 7.851, 1ª col., em.)". (CPC, art 535:17, 27ª edição, p. 414).
Com essas considerações, nego provimento à apelação.
É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 107.648 - CE

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: JOÃO CLEITON ALBUQUERQUE PEREIRA

Advogados: DRS. RENATO FRANCO FILHO E OUTROS (APTE.) E MARIA DE FÁTIMA L. FERNANDES ARRUDA E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Processual Civil e Previdenciário. Ação declaratória. Comprovação de tempo de serviço. Prova testemunhal.

1. A ação declaratória, em que o interesse de agir envolve a necessidade, concretamente demonstrada, de eliminar ou resolver a incerteza do direito ou relação jurídica, é cabível para o reconhecimento de tempo de serviço.
2. O nosso ordenamento jurídico consagrou o princípio da persuasão racional (CPC, art. 131), pelo qual o Juiz formará o seu convencimento com liberdade no exame das provas, desde que baseado nos elementos probatórios demonstrados nos autos.
3. Sendo a prova testemunhal idônea e suficiente para convencer o magistrado acerca da veracidade dos fatos alegados, e ainda considerando-se a impossibilidade de se produzir prova material, não possui aquela menos relevância do que esta.
4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório, do voto do Juiz Relator e das notas taquigráficas anexas, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 17 de junho de 1997 (data do julgamento).

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: João Cleiton Albuquerque Pereira ajuizou ação declaratória contra o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, objetivando ver declarada a existência de relação jurídica laboral com o estabelecimento de ensino Curso Humberto de Campos.

Alega, em síntese, que trabalhou, de fevereiro de 1967 a junho de 1971, num total de quatro anos e quatro meses, como professor de Matemática para o já citado curso, época em que o promovente era ainda acadêmico do curso de Agronomia da UFC; que aquele estabelecimento de ensino fechou suas portas há mais ou menos vinte e cinco anos; que,

ante a inexistência de prova documental desse período de prestação laboral, o postulante promoveu justificção judicial do tempo de serviço prestado, a qual não foi admitida pela autarquia previdenciária, sob o argumento de que a prova exclusivamente testemunhal não se presta para comprovação de tempo de serviço.

Citado, o INSS contestou a ação (fls. 46), sustentando que a ação declaratória não é a via adequada para comprovação de tempo de serviço perante a Previdência Social; que não se admite prova exclusivamente testemunhal para provar o tempo de serviço. Cita jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais das 1ª, 3ª e 4ª Regiões e do col. STJ.

Ao sentenciar, o douto Juiz singular julgou procedente o pedido (fls. 78).

Dessa decisão, apelou o INSS, reiterando os argumentos expendidos na contestação (fls. 83).

Foram apresentadas contra-razões (fls. 89).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): Na ação declaratória, o interesse de agir envolve a necessidade, concretamente demonstrada, de eliminar ou resolver a incerteza do direito ou relação jurídica, "tem por conteúdo o acerto, pelo juiz, de uma relação jurídica" (*RTJ* 83/934). Neste sentido, consagra o col. STF que "a sentença resultante de ação declaratória, negando ou afirmando um direito, não gera, como a petição, a condenação, pela qual se possa exigir da parte vencida que cumpra a obrigação resultante da mesma sentença" (*RTJ* 94/882).

Na hipótese vertente, discute-se a existência de relação jurídica entre o autor e o Curso Humberto de Campos, onde aquele lecionou durante o período de 04 anos e 04 meses.

Cabível, portanto, é o ajuizamento da ação declaratória para esse fim.

No tocante ao segundo argumento utilizado pela autarquia apelante, também não merece prosperar.

O nosso ordenamento jurídico consagrou o princípio da persuasão racional (CPC, art. 131), pelo qual o Juiz formará o seu convencimento com liberdade no exame das provas, desde que baseado nos elementos probatórios demonstrados nos autos. Sendo a prova testemunhal idônea e suficiente para convencer o magistrado acerca da veracidade dos fatos alegados, e ainda considerando-se a impossibilidade de se produzir prova material, não possui aquela menos relevância do que esta.

A norma constante do art. 57 do Decreto nº 83.080, de 24.01.91, ratificada pela Lei nº 8.213/91, somente tem aplicação no âmbito administrativo, não sendo o magistrado a ela vinculado. Acerca dessa questão, destaco a ementa do voto proferido pelo eminente Juiz José Delgado, ao julgar a AC nº 1.113-CE, a saber:

"Previdência Social. Declaratória. Tempo de serviço. Prova testemunhal.

1. As normas dos arts. 57 e 58 do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, por cuidarem de procedimento administrativo a respeito da demonstração de tempo de serviço, aplicam-se, unicamente, aos agentes administrativos. O Juiz, no exercício de sua jurisdição, a elas não se encontra vinculado, pelo que lhe é permitido firmar o seu convencimento sobre os fatos submetidos a seu julgamento sem impor qualquer hierarquização sobre as provas.

2. A prova testemunhal, devidamente depositada em juízo, não se apresenta com categoria inferior à documental, em nosso sistema processual. Ambas produzem os mesmos efeitos, em patamar idêntico de credibilidade, contribuindo para a formação da convicção do Juiz.

3. Tempo de serviço para fim previdenciário provado por meio de testemunhas. Idoneidade do meio probante.

4. Apelação improvida".

A possibilidade de comprovação do tempo de serviço, para fins previdenciários, com base apenas em prova testemunhal idônea e hábil, já foi reconhecida nesta eg. Turma, sendo entendimento pacífico, consoante se observa da decisão cuja ementa passo a transcrever:

"Previdenciário. Tempo de serviço. Contagem.

- Prova testemunhal. Validade. Testemunhos colhidos em juízo não rejeitados pelo INSS que se limitou apenas a defender a inadmissibilidade de prova exclusivamente testemunhal para contagem de tempo de serviço.

- Não suscitada qualquer dúvida com relação à integridade das pessoas chamadas a depor, deve-se conceder o devido valor a seus depoimentos.

- Apelação provida".

(AC nº 9868-AL, Rel. Juiz Araken Mariz, julgado em 15.10.91, à unanimidade).

Assim sendo, a exigência de início de prova material somente se dirige à Administração, podendo o magistrado julgar amparado apenas em prova testemunhal, desde que hábil e idônea, em face do princípio do livre convencimento, adotado pelo sistema jurídico pátrio.

Na situação vertente, a prova testemunhal é hábil, porque as testemunhas vivenciaram o fato; é idônea, porque a sua integridade não foi refutada pela autarquia apelante.

Com tais considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 108.158 - PE

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA**

Apelante: JOSÉ FELICIANO DE SANTANA

Apelada: UNIÃO FEDERAL

Advogado: DR. CARLOS DE SANTANA ARAÚJO (APTE.)

EMENTA

Administrativo. Militar. Acidente em serviço. Ausência de relação de causa e efeito entre a lesão existente e o infortúnio. Patologia congênita. Comprovação por laudo pericial.

Afastamento efetivado em virtude de conclusão do tempo de serviço e não por incapacidade. Impossibilidade de concessão da reforma. Apelação improvida. Sentença confirmada.

1. Segundo o ordenamento jurídico pátrio, a enfermidade incapacitante, a ensejar o direito do militar à reforma por invalidez, deve estar diretamente relacionada com o acidente sofrido em serviço.

2. Na hipótese, o laudo pericial é contundente ao afirmar a total ausência de relação de causa e efeito entre o infortúnio e a lesão apresentada pelo autor, ora apelante, haja vista o caráter congênito da patologia em questão. Afirmou ainda o perito designado que o aqui recorrente estaria apto para o exercício de inúmeras atividades laborativas.

3. Ademais, há que se considerar que o afastamento do autor do serviço militar ocorreu em virtude da conclusão do tempo de serviço, segundo se depreende do documento de fls. 22/23, e não por incapacidade.

4. Apelação improvida. Sentença confirmada.

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

Custas, como de lei.

Recife, 9 de outubro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA: José Feliciano de Santana, soldado licenciado do exército brasileiro, ajuizou ação ordinária contra a União Federal, objetivando a concessão de reforma por invalidez, na patente a que fizesse jus, em virtude de acidente sofrido quando integrante da 7ª CDMI em Recife.

Segundo o autor, tal infortúnio teria ocorrido em 18.01.80, quando, ao executar serviços de limpeza e retirada de cocos no Depósito Regional de Material de Intendência, caíra de uma escada "em pé no chão", fato este que lhe ocasionara fortes dores da região da coluna lombar e dificuldades de flexão das coxas sobre o abdômen, ensejando ainda a sua internação por diversas vezes no HGR (Hospital Geral do Recife), e culminando com seu afastamento do exército em 29.02.80.

O MM Juiz *a quo*, em sentença de fls. 125/126, julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que, ante a constatação, por laudo pericial, da ausência de relação de causa e efeito entre a lesão do autor e o acidente sofrido, haja vista o caráter congênito da patologia em questão, bem como a aptidão do acidentado, também verificada pela citada perícia médica, para desenvolvimento de outras atividades, não haveria como se conceder o pleito formulado à exordial.

Irresignado, apela o autor, aduzindo, em síntese, que os documentos acostados aos autos demonstrariam, à exaustão, que as lesões encontradas em sua coluna docorreriam, exclusivamente, do pré-falado acidente. Afirmou ainda o recorrente que o laudo pericial não apresentara quaisquer fundamentos para as alegações de que o autor já era portador de doença da coluna, anterior à data em que ingressara nas Forças Armadas.

Contra-arrazoando o apelo, reporta-se a União Federal aos termos de sua contestação, destacando, primordialmente, que o desligamento do recorrente das fileiras do Exército, ao contrário do informado na peça preambular da presente ação, dera-se por conclusão do tempo de serviço. Relatei.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): No deslinde da controvérsia ora trazida à baila, mister se faz, primeiramente, uma análise acurada do acidente sofrido pelo autor, aqui apelante, com a verificação de todas as suas conseqüências, e não só da existência ou não de relação de causalidade entre o seu acontecimento e as lesões apresentadas pelo militar, como também das causas que ensejaram o desligamento do recorrente das fileiras do Exército.

Segundo se depreende dos autos, tal infortúnio, ocorrido em 18 de janeiro de 1980, foi resultado da execução, pelo autor, de serviços de limpeza e retirada de cocos, quando, em momento de desequilíbrio, caiu em pé no chão, sofrendo, de imediato, fortes dores de coluna, o que ocasionou a sua internação no Hospital Geral do Recife por 41 dias.

Posteriormente, mesmo após a alta médica e como continuava a sentir intensas dores, retornou o autor, inúmeras vezes, àquela unidade hospitalar para atendimento e medicação.

Tal fato, além de ter sido confirmado por algumas testemunhas que o presenciaram (fls. 08), em nenhum momento chegou a ser contestado pela União Federal, ora recorrida, donde podemos concluir pela sua veracidade.

Entretanto, há que se considerar que, segundo a doutrina e jurisprudência pátrias, para concessão de reforma militar por invalidez deve ser provada não só a existência do acidente, como também o nexo de causalidade entre a sua efetivação e a prestação do serviço, assim como o fator incapacitante que ele represente para o desenvolvimento de quaisquer atividades laborativas por parte do acidentado.

Ora, dentro desta concepção, como muito bem salientou o insigne Magistrado singular quando da prolação de sua respeitável sentença, o laudo pericial de fls. 100 e 119 é extremamente contundente ao afirmar que o autor: 1) não apresenta nenhuma lesão no corpo resultante do acidente; 2) já possuía patologias antes do citado acontecimento, sendo uma de origem congênita e outra adquirida em sua fase de crescimento e 3) estaria apto para exercer inúmeras atividades.

Tais informações, inclusive, estão em perfeita consonância com as contidas nos relatos dos exames diários e nas fichas de observação clínica resultantes das diversas internações a que se submeteu o ora recorrente (fls. 60, 61 e 64/73), nos quais se pode constatar a normalidade do quadro físico do paciente no tocante à ausência de complicações da contusão lombar sofrida com a pré-falada queda.

Saliente-se, ainda, que, de acordo com o documento de fls. 22/23, o desligamento do autor em questão do serviço militar não teve por argumento a existência de qualquer incapacidade que o tornasse inapto a integrar os quadros do Exército Brasileiro, estando tal ato embasado, unicamente, na conclusão do tempo de serviço, fato este que também vem a obstacularizar o deferimento da reforma aqui pleiteada.

A corroborar o posicionamento aqui esposado, destaco alguns acórdãos deste Tribunal: "Administrativo. Reforma de militar. Ausência dos requisitos necessários à sua concessão.

1. Não sendo demonstrada a relação de causalidade entre a doença e a prestação do serviço militar, nem constando registro ou depoimento testemunhal do acidente alegado como causador da doença, nem definida pela perícia a origem da patologia, e, ainda, inexistindo prova da incapacidade do autor para o serviço militar do qual foi licenciado pelo término do respectivo período, não lhe assiste o direito à pretendida reforma.

2. Apelação improvida".

(AC 96019-PE, Relator Juiz Hugo Machado, julgada em 20.02.97, 1ª Turma).

"Administrativo. Militar. Reforma. Invalidez. Lei 6.880/80.

- Não há caracterização de nexo de causalidade entre o acidente sofrido pelo autor e a prestação do serviço militar.

- A moléstia não se enquadra entre as elencadas no inciso V do artigo 108 da Lei 6.880/80. Inaplicabilidade do inciso II do artigo 111 desta norma.

- Apelação improvida".

(AC 96024-PE, Relator Castro Meira, 1ª Turma, julgada em 12.09.96.)

Isto posto, nego provimento à apelação, confirmando a sentença meritória.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 109.160 - CE

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**

Apelante: FAZENDA NACIONAL

Apelada: C. & A. ENGENHARIA LTDA.

Advogados: DRS. DEBORAH SALES BELCHIOR E OUTRO (APDA.)

EMENTA

Tributário. Compensação. FINSOCIAL. COFINS. Possibilidade.

1. Nos termos da Lei nº 8.383, de 30.12.91, art. 66, é permitida a compensação de tributos com outros da mesma espécie.
2. Após a Constituição Federal de 1988, mais precisamente com a dicção do art. 56 do ADCT, o FINSOCIAL passou a ser contribuição social, visto ser destinado ao orçamento da seguridade social, assim como também o são a COFINS, o PIS, a contribuição da Lei 7.689/88 e as contribuições do INSS.
3. Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 9 de setembro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: C. & A. Engenharia Ltda., qualificado nos autos, ajuizou ação ordinária contra a Fazenda Nacional, com o objetivo de que lhe fosse assegurado o direito à compensação dos valores pagos a título de FINSOCIAL, acima da alíquota de 0,5%, com o montante a ser pago a título de COFINS, por força da Lei Complementar nº 70/91.

A Fazenda Nacional apresentou contestação às fls. 38/42.

Ao decidir, o douto Juiz singular julgou procedente o pedido, determinando a compensação dos valores pagos indevidamente a título de contribuição para o FINSOCIAL com parcelas vincendas da COFINS.

Em sua apelação, a parte sucumbente requereu a reforma da sentença.

Contra-razões apresentadas.

Duplo grau obrigatório.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): Trata-se de sentença que julgou procedente o pedido, determinando a compensação dos valores pagos indevidamente a título de contribuição para o FINSOCIAL com parcelas vincendas da COFINS.

Em sua apelação, a Fazenda Nacional requereu a reforma da sentença.

Antes de se analisar a possibilidade, ou não, da compensação requerida, cumpre esclarecer que, com relação à inconstitucionalidade das alterações sofridas pela contribuição para o FINSOCIAL após a promulgação da Carta Magna de 1988, não há mais o que se discutir, haja vista o entendimento firmado e consagrado por esta Corte através da Súmula nº 06, cujo teor é o seguinte: "Subsiste, até a vigência e eficácia da Lei Complementar nº 70/91, a cobrança do FINSOCIAL com base no Decreto-lei nº 1.940/82, sendo inconstitucionais as alterações introduzidas pela Lei nº 7.787/89, ressalvada a

situação das prestadoras de serviço".

Esclarecida esta questão, passo a apreciar a permissibilidade de ser compensado o excesso recolhido do FINSOCIAL com a COFINS.

O artigo 66 da Lei nº 8.383, de 30.12.91, autoriza a compensação tributária, ao dispor o seguinte:

"Art. 66 - Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou revisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento da importância correspondente a períodos subseqüentes".

Logo em seguida, o parágrafo primeiro do mencionado dispositivo estabelece que a compensação seja efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie.

Sendo assim, o pedido de compensação do FINSOCIAL com a COFINS, até quando houver saldo para créditos e débitos se compensarem, procede, visto que são tributos da mesma espécie e ambos se classificam como contribuições sociais com destinação previdenciária.

Ante estas considerações, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 114.726 - PE

Relator: O SR. JUIZ **LÁZARO GUIMARÃES**

Apelantes: MUNICÍPIO DE LAJEDO E FAZENDA NACIONAL

Apelados: OS MESMOS

Advogados: DRS. FERNANDO DE CASTRO E OUTROS

EMENTA

Constitucional e Processual Civil. Ação de repetição movida por Município para reaver parcelas retidas a título de pagamento de IOF. Imunidade recíproca que alcança o resultado das operações da Prefeitura Municipal com recursos próprios (art. 150, VI, "a", da Constituição Federal).

Honorários cujo percentual incide sobre o valor da condenação, e não sobre o valor da causa.

Provimento do recurso do autor e improvimento da apelação da União Federal e da remessa oficial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e examinados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação do Município e negar provimento à apelação da União e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que integram o presente.

Custas, como de lei.

Recife, 23 de outubro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: A sentença condenou a Fazenda Nacional a restituir valores cobrados relativos à incidência de IOF sobre contas da Prefeitura Municipal de Lajedo.

Apelam ambas as partes. A entidade autora pleiteia a incidência dos honorários advocatícios sobre o valor da condenação, e não sobre o valor da causa. A ré alega, em resumo, que as aplicações financeiras não estão sob o alcance da imunidade prevista no art. 150, VI, "a", da Constituição Federal.

Contra-razões pela confirmação do decisório.

Dispensei revisão, por se tratar de matéria predominantemente de direito.

É o relatório.

Peço dia para julgamento

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): O Código de Processo Civil é claro quanto à incidência do percentual de honorários sobre o valor da condenação, e não sobre o valor da causa. Razão assiste, pois, ao autor em apelar dessa parte do decisório. A ação visa à restituição de importâncias retidas referentes ao Imposto sobre Operações Financeiras realizadas com recursos municipais.

A regra do art. 150, VI, "a", da Constituição Federal, não comporta a interpretação restritiva que lhe deram o Parecer PGFN 350-90 e a Instrução Normativa 98 do Banco Central.

A imunidade recíproca é decorrência da própria forma federativa do Estado, permitindo o equilíbrio entre as entidades que o compõem - União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Se uma delas pudesse tributar bens, rendas ou serviços de outros estaria em risco a idéia de Federação, na medida em que esse poder seria capaz de se estender ao ponto de impedir a atividade administrativa de outro.

Os Estados e Municípios não emitem moeda, por isso necessitam aplicar os recursos obtidos com a arrecadação de tributos, a fim de se protegerem dos efeitos da inflação. Nada há de ilícito em tais operações, nas quais há a considerar o patrimônio do ente público e a renda advinda da aplicação, ambos incluídos na cláusula geradora da imunidade recíproca.

Esse entendimento foi acolhido nesta Turma, de há muito, a partir do julgamento da AMS 20364-CE, por mim relatada.

Note-se ainda que a hipótese não se insere em nenhuma das exceções taxativas previstas no parágrafo 3º do art. 150, a saber: 1 - exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou, 2 - atividades em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário.

Por essas razões, dou provimento ao apelo do Município e nego provimento ao apelo da União Federal e à remessa oficial.

APELAÇÃO CÍVEL N. 115.151 - CE

Relator: O SR. JUIZ **PETRUCIO FERREIRA**

Apelante: MARIA NEUZA DE ARAÚJO

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogados: DRS. TARCILIO PIMENTEL E OUTROS (APTE.) E ZENAIDE FRANKLIN E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Previdenciário. Aposentadoria rural por idade. Requisitos. Prova documental e testemunhal. Validade. Súmula nº 71 - extinto TFR. Indexação pelo salário mínimo. Inaplicabilidade. Aplicação da Lei nº 6.899/81. Indexação de índices contemporâneos. Juros de mora. Termo inicial. Natureza alimentar. Devidos desde o débito.

1. Provam-se os fatos controvertidos, relevantes e os fatos determinados e a existência de tais fatos jamais pode ser relegada, devendo ser apurada por qualquer meio de prova permitido, desde que lícito, uma vez que a lei não fixa hierarquia entre os meios de prova.
2. Inexistindo nos autos, quanto aos documentos apresentados, qualquer incidente de sua falsidade, nem mera alegação, indícios de que a prova documental tenha sido obtida por erro, dolo ou coação, nem tampouco notícia de pedido de desentranhamento de documento, e verificando-se que a mesma foi produzida nos exatos termos permitidos pela legislação vigente à época de seu requerimento, deve-se ter a prova documental apresentada como válida.
3. Não se pode, pois, desprezar a prova testemunhal quando, na grande maioria das vezes, é o único meio hábil de se provar determinado fato, de modo a se chegar à verdade real.
4. A Súmula nº 71 - TFR, no que se refere à indexação pelo salário mínimo, não se aplica na correção de dívidas posteriores à CF de 88, tendo em vista vedação do art. 7º, IV, do mesmo Texto Constitucional, aplicando-se a Lei nº 6.899/81 desde o vencimento da dívida até o advento da Lei nº 8.213/91 e, posteriormente, os índices de correção contemporâneos a cada época.
5. Os juros de mora, quando incidentes em benefícios previdenciários, por serem tais benefícios de natureza alimentar, são devidos desde o débito. Precedentes.
6. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 7 de outubro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA: Maria Neuza de Araújo apela da decisão da lavra do MM. Juiz Danilo Fontenele Sampaio, da 2ª Vara-CE, que julgou improcedente o pedido deduzido na exordial de concessão de aposentadoria previdenciária rural, por idade, e pagamento de prestações atrasadas, por acostar-se ao posicionamento do MM. Juiz Francisco Roberto Machado de que a MP nº 598/94, convertida na Lei 9.036/95, alterou a redação do art. 106 da Lei 8.213/91, que dispunha sobre o modo de comprovação da atividade rural, a partir de 16 de abril de 1994, não podendo a referida lei aplicar-se aos casos em que o requerimento foi protocolado junto ao INSS antes de 31 de agosto de 1994, persistindo a possibilidade de, nos casos de pleito anterior, ser a atividade rural comprovada apenas com a declaração do Sindicato homologada pelo Ministério Público Federal, não sendo, pois, o caso dos autos, tendo em vista não restar provado que a autora apresentou o documento de fls. - declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais - ainda na vigência da redação anterior ao art. 106 da Lei 8.213/91.

Nas razões de apelação, argúi a apelante ter preenchido os requisitos do art. 202, I, da CF/88, necessários à concessão da aposentadoria rural, e que a prova apresentada é indubitável, nos precisos termos do art. 106, III, da Lei 8.213/91, não lhe sendo aplicada a MP 598/94, visto que, à época em que implementou a idade para fins de aposentadoria, a lei que regulava a matéria não fazia outras exigências probantes além da apresentada.

Contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA (Relator): Insurge-se a presente apelação contra a decisão singular que julgou improcedente o pedido deduzido na exordial de concessão de aposentadoria previdenciária rural, por idade, e pagamento de prestações atrasadas, por entender não restarem provadas as exigências necessárias à concessão da aposentadoria requerida.

Verifica-se dos documentos acostados à exordial uma declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de que a pessoa ali identificada, no caso a ora apelante, é trabalhadora rural. A presente declaração tem a assinatura de duas testemunhas e homologação do Promotor de Justiça, conforme exigido pelo art. 60, § 2º, "I", do Decreto Federal 357/91.

Verifica-se, ainda, constar dos autos a oitiva de testemunhas que reiteraram a qualidade de trabalhadora rural afirmada na peça inicial.

A questão dos presentes autos gira em torno das provas deduzidas nos autos e sua validade, devendo ambas ser analisadas separadamente.

No que se refere à prova documental - declaração do Sindicato -, foi a mesma produzida tendo em vista o permissivo legal à época, *verbis*:

"Art. 106. A comprovação do exercício de atividade rural far-se-á, alternativamente, através de:

I -

II -

III - Declaração do Sindicato de Trabalhadores Rurais, desde que homologada pelo Ministério Público ou por outras autoridades constituídas definidas pelo CNPS;

....."

Do exame dos autos, verifica-se que inexistem, quanto aos documentos, qualquer incidente de sua falsidade, nem mera alegação, o que já seria suficiente para parte da moderna doutrina para que o documento, após declarado falso, deixasse de produzir seus regulares efeitos no mesmo ou em qualquer processo, nem tampouco há ao menos indícios de que a prova documental tenha sido obtida por erro, dolo ou coação, de modo a acarretar a nulidade do mesmo. Também não se tem notícia nos autos de pedido de desentranhamento do documento, o que, pelo parágrafo único do art. 392 do CPC, em concordando a parte contrária em retirá-lo dos autos, não se opondo ao desentranhamento, entender-se-ia tal concordância à alegação da falsidade da prova.

Assim, verificando-se que não houve qualquer manifestação quanto à prova documental, havendo, tão-somente, o argumento de que a apelante "não logrou provar qualquer das condições exigidas pela lei para que pudesse ser considerada segurada especial, ou seja, a condição de produtora, parceira, meeira ou arrendatária", e verificando-se que a mesma foi produzida nos termos permitidos pela legislação vigente à época de seu requerimento, deve-se ter a prova documental apresentada como válida.

Por outro lado, quanto à prova testemunhal, há de ser examinada a questão à luz dos argumentos que se seguem:

O § 3º, art. 55, da Lei 8.213/91, prescreve:

"§ 3º - A comprovação de tempo de serviço para os efeitos desta lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento".

Por sua vez, os arts. 131 e 332 do CPC estabelecem que:

"Art. 131 - O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

"Art. 332 - Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa".

Em comentando o art. 131, Néelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, em seu *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, assim dispõem:

"Quando a lei estabelece que somente por determinado meio se prova um fato, é vedado ao juiz considerá-lo provado por outro meio, por mais especial que seja. O estado da pessoa, por exemplo, somente se prova mediante certidão do cartório do registro civil. Não pode o juiz considerar provado casamento, quando a demonstração desse fato tiver sido feita por testemunhas ou documentos que não a certidão do registro civil".

Pontes de Miranda, comentando o art. 131 do CPC, em seu *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo II, atualizado por Sérgio Bermudes, esclarece:

"f) O princípio da apreciação livre da prova, segundo o qual os meios e motivos de prova (salvo regra legal especial, de direito material ou formal) são todos, e não só alguns; pois não é exaustiva a lista das leis processuais, que apenas se referem às provas principais ou mais usadas, e não existe teoria legal da prova".

"... A livre apreciação não vai até às presunções legais, porque essas se referem ao tema da prova, e não a sua estimativa".

"Os chamados meios de prova de direito material escapam à regra jurídica do art. 131".

Verifica-se, pois, que a regra, no tocante à prova, obedece ao princípio da liberdade ou da livre admissibilidade da prova. Entretanto, em caráter excepcional, a lei exige determinada prova para certo fato e as pessoas que de tais fatos pretendam extrair conseqüências jurídicas terão de fornecer a prova especial dele. Esta é a regra.

O STJ, julgando o Recurso Especial 55438/94, tendo por Relator o Min. Luiz Vicente, proferiu decisão cuja ementa do acórdão assim se houve:

"Resp. Constitucional. Previdenciário. Prova. Lei nº 8.213/91 (art. 55, parágrafo 3º).

Decreto nº 611/92 (arts. 60 e 61). Inconstitucionalidade.

O Poder Judiciário só se justifica se visar a verdade real. Corolário do princípio moderno de acesso ao Judiciário. Qualquer meio de prova é útil, salvo se receber o repúdio do direito. A prova testemunhal é admitida. Não pode, por isso, ainda que a lei o faça, ser excluída, notadamente quando for a única e hábil a evidenciar o fato. Os negócios de vulto, de regra, são reduzidos a escrito. Outra, porém, a regra geral quando os contratantes são pessoas simples, não afeitas às formalidades do direito. Tal acontece com os chamados 'bóias frias', muitas vezes impossibilitados, dada a situação econômica, de impor o registro em carteira. Impor outro meio de prova, quando a única for a testemunhal, restringe-se à busca da verdade real, o que não é inerente ao direito justo. Evidente a inconstitucionalidade da Lei nº 8.213/91 (art. 55, § 3º) e do Decreto nº 611/92 (arts. 60 e 61)".

Néelson Nery Júnior, comentando o art. 332 do CPC, na obra supracitada, assim dispõe quanto à verdade real e à verdade formal:

"O ideal do direito é a busca e o encontro da verdade real, material, principalmente se o

direito sobre o que versam os autos for indisponível. No Direito Processual Civil brasileiro vige o princípio do livre convencimento motivado do juiz (CPC, 131), mas sempre com o objetivo de buscar a verdade real. Contudo, o sistema processual civil admite, para o julgamento, a verdade formal, salvo os casos de direito indisponível, como já se disse, ou daqueles em que se exige prova legal, cuja valoração o legislador prefixa".

Verifica-se de tal comentário que o sistema processual civil admite a verdade formal. Tal entendimento é indiscutível. Entretanto, verifica-se que em matéria de prova seu objeto são os fatos. Provam-se os fatos controvertidos, relevantes e os fatos determinados e a existência de tais fatos jamais pode ser relegada, devendo ser apurada por qualquer meio de prova permitido, desde que lícito, uma vez que a lei não fixa hierarquia entre os meios de prova. Não se pode, pois, desprezar a prova testemunhal quando, na maioria das vezes, é o único meio hábil de se provar determinado fato, de modo a se chegar à verdade real.

Da Constituição Federal pode-se destacar o princípio do contraditório e da ampla defesa, art. 5º, LV; o princípio da liceidade dos meios de prova, art. 5º, LVI, e o princípio da inafastabilidade da jurisdição, inciso XXXV do mesmo art. 5º, que determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Tais princípios não restringem os meios de prova, ao contrário, garantem a existência de qualquer prova, mesmo a testemunhal, que isoladamente seja idônea a evidenciar fato juridicamente relevante.

Finalmente, é de se apontar o entendimento jurisprudencial adotado pelo STJ no julgamento do REsp 117.643-SP, Relator o Exmo. Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, conforme se lê:

"REsp. Previdenciário. Aposentadoria. Tempo de serviço. Prova testemunhal.

A Constituição da República admite qualquer espécie de prova. Há uma restrição lógica: obtida por meio ilícito (art. 5º, LVI). Note-se: integra o rol dos direitos e garantias fundamentais. Evidente a inconstitucionalidade da Lei nº 8.213/91 (art. 55, § 1º), que veda, para a comprovação de tempo de serviço, a prova exclusivamente testemunhal. A restrição afeta a busca do direito justo. O STF entende em sentido contrário. Por política judiciária, ressaltando o entendimento pessoal, venho subscrevendo a tese majoritária". Assim, estando as provas em consonância com o exigido pela legislação previdenciária à época do requerimento dos autores, não se pode conceder efeito retroativo à norma ou interpretação posterior, sob pena de causar instabilidade nas relações jurídicas, ou seja, se o art. 106, III, da LBPS considera válida a comprovação de Sindicato de Trabalhadores Rurais, devidamente homologada pelo Promotor de Justiça, não poderia MP posterior alterar tais exigências, de modo a negar direito já requerido administrativamente. Estando, pois, caracterizada a situação de segurado especial, não há a necessidade de observância de período de carência, nos termos do art. 143, II, da Lei nº 8.213/91, bem como, nos termos dos arts. 55 e 96 da referida LBPS, o tempo de serviço do segurado trabalhador rural seria computado sem que fosse necessário o pagamento das contribuições a ele correspondentes.

Quanto à incidência da correção monetária, a jurisprudência vem se firmando no sentido de, na espécie, atualizar a dívida utilizando-se como indexadores inflacionários os mesmos trazidos pela Lei nº 6.899/81, porque específica para atualização dos débitos oriundos de decisão judicial. Nos termos do art. 1º, a correção incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios.

Cumprido observar que, na ausência da publicação dos índices da Lei nº 6.899/91, é utilizado como indexador o IPC, Índice de Preços ao Consumidor. Neste sentido, Embargos de Divergência do REsp 44.317-8-SP, Rel. Min. José de Jesus Filho:

"Embargos de Divergência. IPC.

É devida a incidência do IPC nos débitos judiciais.

Embargos de Divergência recebidos.

STJ, 25.05.95)".

É uníssona a jurisprudência no e. STJ, no sentido de que é correta a inclusão, nos cálculos de liquidação, dos índices correspondentes às inflações ocorridas nos meses de janeiro de 1989 (70,28%), março (84,32%), abril (44,18%), maio de 1990 (7,87%) e fevereiro de 1991 (21,87%), devendo-se acrescentar que somente se utilizando o IPC (que reflete a real inflação dos respectivos períodos), poder-se-á atualizar o valor devido. (REsp 33.450-4-SP, Rel. Min. José de Jesus Filho; REsp 25.952-0-SP - Theotônio Negrão, 26ª edição, nota ao art. 1º da Lei 6.899/81, fls. 1.366).

É de se observar que o e. STJ uniformizou jurisprudência, em Corte Especial, para fixar o índice referente a janeiro/89 em 42,72% (RSTJ 22/164, 28/227, 29/528, 31/57); ressaltando, contudo, tal entendimento, quando se tratar de dívida de caráter alimentar, quando a correção deve ser plena, integral e, neste caso, o percentual é de 70,28% (REsp 21.040-2-SP, RSTJ 34/470; REsp 14.757-SP, DJU 03.02.92).

A Súmula nº 71 do extinto TFR não pode mais servir de base para atualização de dívidas constituídas após a promulgação da Constituição, pois esta, em seu art. 7º, IV, nega a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, razão pela qual devem-se observar os critérios estabelecidos pela Lei 6.899/81, excetuando-se o termo inicial, que não deve ser a partir do ajuizamento da ação, mas da data do vencimento da dívida, em consonância com o entendimento de que a correção monetária não corresponde a um *plus* ao valor solicitado, mas apenas a uma atualização da dívida, aplicando-se, então, a referida lei até o advento da Lei nº 8.213/91 e, posteriormente, os índices de correção contemporâneos a cada época.

Por ser o débito de benefício previdenciário de natureza alimentar, os juros de mora devem incidir à taxa de 1% ao mês, desde a data em que as parcelas seriam devidas, conforme precedentes deste Tribunal:

"AC nº 19973-PE.

EMENTA: Previdenciário. Juros de mora. Pagamento de diferenças. Termo inicial.

Liquidação de sentença. Cálculo do contador.

- Os juros de mora incidentes sobre os benefícios não obedecem à regra geral do Código Civil.

- Cuidando-se de prestação de natureza alimentar, devem os juros de mora ser contados a partir do momento em que as parcelas se tornaram devidas, a exemplo do que dispunha a Súmula nº 71 do extinto TFR, em relação à correção monetária.

- Apelo improvido. Decisão unânime.

Relator: Juiz Manoel Erhardt".

"AC nº 32812-PE.

EMENTA: Processual Civil. Previdenciário. Juros de mora. Termo inicial.

- Os juros de mora, em se tratando de benefício previdenciário, constituem exceção à regra contida no § 2º do art. 1.536 da Lei Civil. São devidos desde o débito.

- O benefício previdenciário é de natureza alimentar.

- Apelação a que se nega provimento.

Decisão: unânime.

Relator: Juiz José Delgado".

Ante o exposto, dou provimento à apelação. Incidam a correção monetária e juros de mora nos termos acima dispostos.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 115.370 - PE

Relator: O SR. JUIZ **RIDALVO COSTA**

Apelante: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

Apelada: IVANILDA MACEDO DA SILVA
Advogados: DRS. JOSÉ EDILSON DE FARIAS E OUTROS (APTE.) E RICARDO ESTÊVÃO DE OLIVEIRA E OUTROS (APDA.)

EMENTA

Administrativo. Servidor público estatutário. Desvio de função. Pagamento de diferença de remuneração. Impossibilidade.

Mesmo quando a lei autoriza, em caráter extraordinário, o desvio funcional, não cogita em alteração da remuneração do servidor desviado.

A jurisprudência do STF se consolidou no sentido de que o servidor público só tem direito aos vencimentos do cargo de que se tornou titular por força de investidura legal.

A Súmula 233 do extinto TFR não se aplica aos servidores públicos estatutários.

ACÓRDÃO

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

Recife, 4 de setembro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: A FUNAI - Fundação Nacional do Índio interpôs apelação contra a sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco que reconheceu a Ivanilda Macedo da Silva o direito de perceber a diferença de vencimentos decorrente do seu desvio do cargo de auxiliar de serviços gerais, em que se acha investida, para o de telefonista, que desde 02.01.88 vem exercendo.

Afirma que a autora jamais exerceu a função de telefonista, havendo o douto Julgador a *quo* decidido contra as provas produzidas nos autos.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos, vindo-me conclusos por distribuição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): De acordo com o ordenamento jurídico pátrio, constitui-se dever do Estado e direito do seu servidor que somente a este sejam cometidas as atribuições definidas para o cargo que ocupa.

Neste sentido, preceitua o art. 117 da Lei nº 8.112/90, em seu inciso XVII:

"Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situação de emergência e transitórias".

Tampouco se admite o reposicionamento do servidor, por manifesta incompatibilidade desta providência com a exigência de prévia aprovação em concurso para investidura em cargo público, estabelecida no inciso II do art. 37 da Constituição Federal.

Afastada pela sentença recorrida a possibilidade de reenquadramento funcional, discute-se na presente apelação, tão-somente, a possibilidade de o servidor desviado de função

vir a ser remunerado pelo cargo que efetivamente exerce, e não por aquele no qual foi investido.

Nas relações de cunho contratual, o extinto TFR, com inteira propriedade, chegou a firmar o seguinte entendimento, consolidado na Súmula 223:

"O empregado, durante o desvio funcional, tem direito à diferença salarial, ainda que o empregador possua quadro de pessoal organizado em carreira".

Em que pese o acerto deste posicionamento, não se afigura correto pretender estendê-lo à relação que se verifica entre a Administração e o servidor público. Nesta, enquanto de natureza estatutária, não se percebe, como na relação de emprego, a existência de pólos contrapostos, um dos quais mereça especial proteção, mas um todo orgânico, cuja dinâmica inspira-se nos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade.

À luz destes princípios, situações assemelhadas nos seus resultados práticos assumem cores e matizes que lhes conferem identidade e efeitos jurídicos distintos e que, portanto, não podem ser desconsideradas.

Neste sentido, a lei estrutura a Administração em cargos, fixando-lhes as respectivas atribuições e vencimentos e impondo, para provimento daqueles de caráter efetivo, prévia aprovação em concurso. Em complemento, não admite que o titular de um cargo venha a exercer atribuições que não lhe sejam afetas, ressalvadas apenas as situações emergenciais e temporárias, assim regularmente reconhecidas segundo o critério de conveniência, oportunidade e justiça do dirigente administrativo competente.

Não cogita, entretanto, nestas situações excepcionais, remuneração diversa da que o servidor extraordinariamente convocado já vem recebendo por conta do cargo do qual é titular, seja o vencimento deste superior ou inferior ao do efetivamente exercido.

Com efeito, ainda que o nosso sistema jurídico não tivesse acolhido a irredutibilidade de vencimentos, não seria lícito, porquanto não expressamente permitido por lei, reduzir a remuneração do servidor chamado a desempenhar, em caráter excepcional, atividade menos complexa que a do seu cargo, assim como não o é aumentá-la, na hipótese inversa.

Em tais circunstâncias, em verdade, não há como a Administração, ainda em respeito aos princípios que a regem, pretender favorecer ou prejudicar o servidor, mas apenas atender ao interesse da coletividade o mais rápido possível, de modo a permitir, o quanto antes, o retorno do servidor às atividades compatíveis com a sua categoria funcional.

Em situações como estas, que mais se aproximam de autêntico estado de necessidade, não é apropriado falar em gratuidade ou em enriquecimento ilícito, mas de sacrifício de uma eventual pretensão pessoal em favor do interesse maior da coletividade na continuidade do serviço público.

O desvio funcional, portanto, longe de desejável, apresenta-se como remédio extremo no socorro de situações anômalas do serviço, já que, em matéria de recursos humanos, o desejo maior da Administração, enquanto tal, reside no regular preenchimento dos seus quadros funcionais, mediante a seleção dos mais aptos, dentro de um universo que compreenda todos os possíveis interessados, sem ter de suprir deficiências mediante desfalque de outras categorias.

Por outro lado, a remuneração definida por lei para um determinado cargo constitui vantagem exclusiva do respectivo titular e só disposição legal expressa pode estendê-la a servidor diverso, até porque, do contrário, configurado estaria autêntico privilégio, incompatível com os princípios da isonomia, da moralidade e da acessibilidade mediante prévio concurso público.

Se mesmo na exceção da lei não se cogita de alteração da remuneração, muito mais razão há para não a permitir quando o desvio ocorre ao arrepio da lei.

Enquanto criação não natural, mas jurídica, a Administração manifesta-se através dos seus agentes, na exata medida em que estes, dentro de suas respectivas atribuições,

atuem em conformidade com a lei e com os princípios específicos consagrados pelo ordenamento jurídico.

As situações ilegais, neste contexto, decorrem de atos que não traduzem a vontade da Administração e, portanto, devem ser rechaçadas da ordem jurídica, reputando-os nulos e, por conseguinte, negando-lhes todos os efeitos, respeitados apenas os produzidos em relação ao terceiro de boa-fé.

Enfim, forçoso é concluir que o desvio funcional, ainda que excepcionalmente amparado na lei, não propicia qualquer reflexo, para mais ou para menos, na remuneração do servidor desviado, justamente em razão da natureza estatutária do vínculo que o une à Administração, o que se confirma pela ausência de permissivo legal expresso.

A matéria, em verdade, não se apresenta pacífica neste TRF, conforme evidenciam as ementas dos seguintes acórdãos:

"Administrativo e Trabalhista. Servidor. Desvio de função. Enquadramento.

Impossibilidade. Complementação salarial devida sob o regime da CLT.

1 - O enquadramento de servidor público em decorrência do desvio de função há muito que foi banido do direito brasileiro.

2 - Os servidores estatutários não têm, sequer, direito à complementação de vencimentos, mesmo exercendo atribuições diversas daquelas inerentes às dos respectivos cargos que ocupam.

3 - Em razão da súmula 223 do ex-TFR, apenas no período em que estiveram regidos pela CLT têm direito os funcionários à diferença salarial em caso de desvio de função, cabendo à Administração suprimir tal distorção.

4 - Preliminares rejeitadas.

5 - Apelação parcialmente provida".

(AC 81.871-PE - 2ª Turma. Relator: Juiz José Delgado).

"Administrativo. Desvio de função. Impossibilidade de remuneração pelo cargo exercido. Proibição de sua ocorrência.

1 - O desvio de função por parte do servidor público que enseja readaptação está proibido em nosso ordenamento jurídico desde a fixação das diretrizes, em 1970, no Novo Plano de Classificação de Cargos.

2 - O Princípio da Legalidade impõe o sistema que só garante ao funcionário público o direito aos vencimentos do cargo de que se tornou titular por força de investidura legal.

3 - O servidor público que, mesmo de fato, exerça outra função diferente do cargo para o qual foi nomeado, com vencimentos maiores, não tem direito ao recebimento da diferença.

4 - Apelação improvida".

(AC 1853-CE - 2ª Turma. Relator: Juiz José Delgado).

"Administrativo. Funcionário público federal. Desvio de função. Não autoriza aproveitamento em cargo diverso daquele para o qual ingressou no serviço público. Devida apenas diferença salarial.

1. O desvio de função não gera a possibilidade de enquadramento em cargo diverso daquele para o qual ingressou o funcionário no serviço público, em respeito ao art. 37, II, da Carta Política de 88, que só permite provimento em cargo mediante o devido concurso.

2. Durante o desvio funcional, o servidor tem direito a diferença salarial, posto que, embora tal hipótese não seja prevista por lei, justamente por ser vedado ao administrador exigir atribuições divergentes das estabelecidas pelo cargo, não se pode negar tais diferenças em obediência ao princípio da onerosidade do serviço.

3. Apelação parcialmente provida".

(AC 95.05.077267-RN - 2ª Turma. Relator: Juiz Petrucio Ferreira).

"Administrativo. Desvio de função. Obriga-se a Administração ao pagamento de diferença de remuneração de caráter compensatório. Apelo improvido".

(AC 59.700-PE - 3ª Turma. Relator: Juiz Lázaro Guimarães).

Esta controvérsia, no entanto, não encontra lugar no STF, cuja jurisprudência já se acha consolidada em sentido contrário à alteração da remuneração do servidor desviado, merecendo registro a seguinte decisão:

"1. O funcionário público só tem direito aos vencimentos do cargo de que se tornou titular por força de investidura legal, ainda que, de fato, exerça função de outro cargo para o qual a lei tenha fixado vencimentos maiores.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não permite que, no caso de funcionário exercer função diversa da que pertence ao seu cargo, seja ele remunerado pelos vencimentos do cargo de remuneração maior e para o qual foi desviado.

3. Precedentes da Corte.

4. Recurso extraordinário a que se dá provimento para julgar improcedente a demanda proposta por funcionário que exerce função outra que não a do cargo de que é titular".

(RE 83.755-MG - 1ª Turma. Relator: Ministro Antônio Nader).

Em seu voto, o eminente Relator destacou:

"Relevante na controvérsia não é o desvio de função, mas isto sim, a lei que preveja esse desvio e permita sejam pagos ao funcionário os vencimentos fixados para o cargo a que sejam inerentes as funções de fato exercidas pelo servidor.

O princípio que domina o assunto é o de que o funcionário público só tem direito aos vencimentos do cargo de que se tornou titular por força de investidura legal, ainda que, de fato, exerça função de outro cargo para o qual a lei tenha fixado vencimentos maiores".

Por todo o exposto, dou provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 117.573 - CE

Relator: O SR. JUIZ **PETRUCIO FERREIRA**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: JOÃO ALVES DE LACERDA

Advogados: DRS. MARIA AUXILIADORA CUNHA PIRES E OUTROS (APTE.) E JOÃO ALVES DE LACERDA (APDO.)

EMENTA

Processual Civil. Ação declaratória. Prestabilidade enquanto processo de conhecimento para colheita e exame de prova dos elementos fáticos necessários à declaração jurídica pretendida. Tempo de serviço. Comprovação de tempo de serviço junto ao INSS. Provas testemunhais com início de prova material.

1. Sendo a ação declaratória espécie do gênero processo de conhecimento e estando a relação jurídica que se pretende ver declarada, quanto aos seus elementos fáticos, a necessitar de provas, não há que se negar a adequação da própria ação declaratória para a colheita de tais provas.

2. Restando devidamente comprovado o elemento fático em que consiste a declaração jurídica pretendida, declara-se a mesma.

3. Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade de votos, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Juiz Relator, na forma

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

Recife, 7 de outubro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA: O Instituto Nacional do Seguro Social apela da decisão do MM. Juiz monocrático, Dr. Danilo Fontenele Sampaio, da 3ª Vara-CE, que julgou procedente a ação para reconhecer e declarar, para fins de cômputo de tempo de serviço junto ao INSS, que o autor, ora apelado, desenvolveu atividades vinculadas à Previdência Social nos períodos entre novembro/1970 a outubro/1979, como agricultor, no Município de Limoeiro do Norte-CE.

O ilustre Julgador fundamenta o *decisum* em provas testemunhais, que comprovaram o efetivo exercício da atividade laborativa, e prova material, não impugnada pelo réu, convalidando a idoneidade da prova material constante nos autos.

A autarquia-ré defende, em suas razões de recurso, que a prova exclusivamente testemunhal não basta para comprovação de tempo de serviço, posto que há de ser complementada por início razoável de prova material, não atendendo, assim, as provas apresentadas ao disposto pela legislação previdenciária, razão pela qual requer o provimento do recurso.

Contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA (Relator): Sobre reconhecimento de tempo de serviço para fins previdenciários, por intermédio de ação declaratória, passo a analisar:

Do art. 4º do CPC se lê:

"Art. 4º. O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I - da existência ou da inexistência de relação jurídica;

II - da autenticidade ou falsidade de documento.

Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito".

O que se pretende na presente ação é a comprovação de relação jurídica entre a parte e o INSS, como ocorreria com a existência, ou não, de uma obrigação tributária, reconhecimento de direito subjetivo a crédito fiscal, prescrição de obrigação, validade de contrato, interpretação de cláusula contratual, reconhecimento de sociedade de fato, dentre outros.

Em tal sentido é a decisão abaixo transcrita:

"O interesse de agir por meio de ação declaratória envolve a necessidade, concretamente demonstrada, de eliminar ou resolver a incerteza do direito ou relação jurídica. A declaratória tem por conteúdo o acerto, pelo juiz, de uma relação jurídica (RTJ 83/934). Logo, se não há dúvida ou incerteza quanto à relação jurídica, descabe a ação declaratória (RJTJESP 107/325)".

Comentários ao CPC de Theotônio Negrão, 24ª edição.

Por outro lado, sendo a ação declaratória espécie do gênero processo de conhecimento e estando a relação jurídica que se pretende ver declarada, quanto aos seus elementos fáticos, a necessitar de provas, não há que se negar a adequação da própria ação declaratória para a colheita de tais provas, onde, por sinal, tal colheita há de ser feita com

mais eficácia, inclusive do que mesmo naquela que tem lugar na cautelar nominada de justificação onde, em relação ao que há de ser provado, permitir-se-á tão-só às partes o direito de formular perguntas ou impugná-las, mas, quanto ao juiz, este restará tão-só na apreciação das formalidades que hão de ser observadas naquele processo, diferentemente do que ocorre *in casu*, em que sobre o elemento probando o juiz emitirá um valor, no qual se fundará para declarar ou não a relação jurídica pretendida.

Da análise das provas apresentadas pelo autor, podemos destacar:

1. declarações do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Lomoeiro do Norte de que o ora apelado exerceu atividade rural (fls. 07);
2. cópia da contribuição sindical (fls. 10);
3. certificado de cadastro do imóvel fornecida pelo INCRA (fls.11);
4. cópia do registro do imóvel (fls. 12/15).

Do acima especificado, percebemos que não se trata a presente comprovação de tempo de serviço apenas de prova exclusivamente testemunhal, como quer fazer acreditar o recorrente, posto que foram apresentados documentos que caracterizam início de prova material, estando a presente hipótese nos termos do que dispõe o art. 55 da Lei 8.213/91, vale dizer, baseada em provas testemunhais com início de prova material.

Neste sentido já se pronunciou o e. TRF 3ª Região, conforme abaixo se lê:

"São suficientes à comprovação do trabalho rural declarações de ex-empregadores robustecidas por prova testemunhal". (Ap. Civ. nº 91.03.31657-2, SP, TRF 3ª Região, 2ª T., Rel. Juiz Aricê Amaral, *DOE-SP-II* de 15.12.93., p. 127).

"Se o tempo de atividade laborativa encontra-se demonstrado em relação expedida pelo próprio ex-empregador do segurado, e se a prova testemunhal corrobora os elementos referenciais juntados pelo mesmo, é de se ter como comprovado tal lapso de tempo para efeito de expedição da respectiva certidão". (Ap. Civ. nº 92.03.01729-1, SP, TRF 3ª Região, 2ª T., Rel. Juiz Souza Pires, *DOE-SP-II* de 15.12.93, p. 133).

E mesmo que não se entenda que os documentos apresentados se constituam em início de prova material, as provas exclusivamente testemunhais são suficientes, principalmente porque, não sendo contestadas quanto à sua veracidade, podem colaborar com o livre convencimento do juiz, não havendo, pois, apenas nas situações que assim se exija, menosprezar determinado tipo de prova, se considerado suficiente para o julgador, nos termos dos arts. 131 e 332 do CPC, que assim estabelecem:

"Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

"Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa".

Além do que, é de se entender que o comando do art. 55 da Lei 8.213/91 não foi dirigido ao julgador, mas ao administrador, de modo a evitar que, alegando discricionariedade, sem a devida justificação administrativa ou judicial, fosse competente para analisar provas cuja veracidade não poderia ficar na esfera de competência de simples funcionário executor do INSS, facilitando, assim, as famosas fraudes no âmbito da Previdência Social. E se assim não for entendido, tal dispositivo estará ferindo o princípio do livre convencimento, além do direito das partes de socorrerem-se da Justiça por ações diversas que permitam a defesa dos seus direitos, que não seja única e exclusivamente a justificação.

Logo, é livre o juiz para reconhecer veracidade nas provas apresentadas, principalmente se não contestadas quanto à sua veracidade.

Ante o exposto, nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, mantendo a decisão recorrida por considerar comprovado o tempo de serviço, para fins

previdenciários, referente ao período compreendido entre novembro de 1970 e outubro de 1979.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 121.229 - CE

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: CARLOS ALBERTO ALVES DE LIMA
Advogados: DRS. JEFFERSON DE VASCONCELOS SILVA E OUTROS (APTE.) E JOÃO RICARDO DA SILVA NETO (APDO.)

EMENTA

Previdenciário. Contribuição. Autônomo. Empregado. Lei nº 8.212/91, art. 29.

1. Hipótese em que o segurado vinha contribuindo como autônomo na classe 9, durante o período de 09/90 a 06/93. No período de 06/93 a 06/95, passou a fazê-lo como empregado. Em julho de 1995, quando pretendeu voltar à primeira situação, entendeu o INSS que somente poderia ser enquadrado na classe 8, invocando o § 3º do art. 29 da Lei nº 8.212/91.

2. O escopo da norma em exame é evitar que os pagamentos de benefícios, como a aposentadoria, se tornem excessivamente onerosos para o sistema, que tem inspiração atuarial. Daí porque o acesso às classes seguintes deve observar o interstício previsto na lei.

3. Precedente do eg. TRF da 2ª Região.

4. Provimento da apelação.

ACÓRDÃO

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

Recife, 23 de outubro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: A r. sentença julgou procedente o pedido, reconhecendo ao autor o direito de recolher contribuição previdenciária como autônomo na classe 9, nos termos do artigo 29 da Lei nº 8.212/91, não obstante haja deixado de fazê-lo enquanto utilizou a categoria de empregado para tal fim.

Considerou o ilustre Julgador singular que o segurado não pode ficar à mercê do afã de arrecadação patrocinado pelo legislador, insensível à já configuração do contexto favorável pela sistemática anteriormente adotada.

Buscou respaldo em precedente do eg. TRF-1ª Região.

Apela o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social.

Aponta contrariedade ao artigo 29 da Lei nº 8.212/91. Explica que o período de alteração da forma de contribuição do autor enseja a necessidade de graduação do seu retorno à primeira fórmula.

O recorrido oferece as contra-razões de fls. 83/84, em que enfatiza jamais se haver desligado da Previdência Social.
É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): O segurado vinha contribuindo como autônomo na classe 9, durante o período de 09/90 a 06/93. No período de 06/93 a 06/95, passou a fazê-lo como empregado.

A controvérsia instaurou-se em julho de 1995, quando pretendeu voltar à primeira situação. Entendeu o INSS que somente poderia ser enquadrado na classe 8, invocando o § 3º do art. 29 da Lei nº 8.212/91.

Transcrevo o dispositivo legal invocado:

"Art. 29. (...)

§ 3º. Os segurados empregados, inclusive o doméstico, e trabalhador avulso, que passarem a exercer, exclusivamente, atividade sujeita a salário-base, poderão enquadrar-se em qualquer classe até a equivalente ou a mais próxima da média aritmética simples dos seus seis últimos salários-de-contribuição, atualizados monetariamente, devendo observar, para acesso às classes seguintes, os interstícios respectivos".

O escopo da norma em exame é evitar que os pagamentos de benefícios, como a aposentadoria, se tornem excessivamente onerosos para o sistema, que tem inspiração atuarial. Daí porque o acesso às classes seguintes deve observar o interstício previsto na lei.

Diz o ilustre sentenciante que "os beneficiários do sistema previdenciário pátrio não podem ser preteridos em seus direitos pela vontade do legislador que, em sua intenção de angariar recursos para a Previdência, acaba por desrespeitar a própria Constituição". Com a devida reverência, não pode o tema ser tratado com esse cunho emocional. Primeiro, a Constituição não cuida de tal minudência. Logo, não há falar em preterição de direitos, só cogitável se houvesse amparo em norma jurídica.

Examinando questão similar, o eg. TRF da 2ª Região já se manifestou pela legitimidade da progressão da escala de contribuição, ora questionada. Transcrevo a ementa da decisão:

"Segurado autônomo, que contribuía na base de dois salários, tendo passado à condição de empregador, passou a contribuir na base de sete salários, nos últimos 36 meses que antecederam a aposentadoria.

- Correto o cálculo da autarquia, que aplicou a progressão da escala de contribuição (art. 47 do Decreto nº 83.081/79), não sendo possível saltar as classes intermediárias". (TRF, 2ª Região, 1ª T., Rel. Des. Tânia Heine, reg. 90.02.25834-8, *DJU - II* de 19.03.91, p. 5.5113).

Em face do exposto, dou provimento à apelação para reformar a sentença, com inversão da sucumbência.

É o meu voto.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 606 - PB

Relator: O SR. **JUIZ MANOEL ERHARDT**

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA

Apelado: JOSÉ JUSTINO GUEDES

Advogado: DR. LAURO BANDEIRA DE MELO (APDO.)

EMENTA

Penal e Processual Penal. Falsificação de papéis públicos. Pena inferior ao mínimo legal estabelecido no tipo penal. Inadmissível.

Ao impor a pena, o Juiz deve fazê-lo dentro dos limites legais, não podendo ir além do máximo, nem fixá-la aquém do mínimo estabelecido no tipo penal.

Na fixação da pena devem ser consideradas as circunstâncias judiciais, dentre elas os antecedentes criminais.

Apelação parcialmente provida para fixar a pena com base no estabelecido no art. 293, I, § 1º, do Código Penal, sem alteração da pena de multa já fixada na sentença recorrida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 28 de agosto de 1997 (data do julgamento).

JUIZ MANOEL ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ MANOEL ERHARDT: O Ministério Público Federal ofereceu denúncia, em 16.05.86, contra José Justino Guedes e João Rodrigues da Silva como incurso nas penas do art. 293, I, § 1º, do Código Penal, conforme narra a denúncia:

"...aos 14 dias do mês de março deste ano, o primeiro denunciado, José Justino Guedes, foi preso por agentes da Secretaria de Segurança Pública da Paraíba, por ter em depósito, na residência do segundo denunciado, vultosa quantidade de selos falsificados de IPI" (fls. 03).

O MM. Juiz sentenciante julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou, apenas o réu José Justino Guedes, à pena de 1 ano de reclusão e 10 dias-multa, à base de um trigésimo do salário mínimo vigente à época, com fundamento no art. 293, I, § 1º, do CPB. Irresignado, recorre o Ministério Público, pleiteando a reforma da sentença por ter sido aplicada pena aquém do mínimo legal estabelecido no tipo, e por não ter sido considerada a reincidência do apelado na determinação da pena definitiva, além da ausência de aplicação da multa no *decisum*.

Contra-razões apresentadas às fls. 187/188.

Às fls. 194/198 parecer do Ministério Público opinando pelo provimento parcial do recurso, a fim de que seja condenado o recorrido nas penas cominadas no art. 293, I, § 1º, do CPB.

É o relatório. À revisão.

VOTO

O SENHOR JUIZ MANOEL ERHARDT (Relator): O caso é de apelação que interpõe o Ministério Público contra sentença da lavra do MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Paraíba, Dr. José Fernandes de Andrade, que condenou José Justino Guedes à pena de 1 ano de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, cumulada com a pena pecuniária de 10 dias-multa no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época.

Ao analisar as razões de apelação, de imediato, observo o equívoco do representante do Ministério Público, que pleiteia a condenação em multa do apelado, já que o *decisum* já estabeleceu a aplicação da pena pecuniária.

No tocante à pena privativa de liberdade, tenho, contudo, que incorreu em equívoco o douto Juiz sentenciante. É que o art. 293, I, § 1º, do Código Penal, estabelece:

"Art. 293. Falsificar, fabricando-os ou alterando-os:

I - selo postal, estampilha, papel selado ou qualquer papel de emissão legal, destinado à arrecadação de imposto ou taxa;

.....
Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

§ 1º. Incorre na mesma pena quem usa qualquer dos papéis falsificados a que se refere este artigo".

Portanto, não poderia o Juiz sentenciante fixar a pena em 1 ano de reclusão, quando o próprio dispositivo legal estabelece 2 anos como pena mínima.

Quanto ao aumento da pena pela aplicação da agravante - reincidência -, necessário se faz observar que a certidão do trânsito em julgado de outra sentença condenatória só foi apresentada quando das razões de apelação, não podendo, desta forma, o douto Juiz *a quo* ter incidido esta agravante quando da fixação da pena.

Inteira razão, portanto, assiste à eminente Procuradora da República, Dra. Eliane Recena, quando no seu parecer adotou a tese dos maus antecedentes, ao invés da reincidência:

"É bem verdade que tal condenação não poderia ser considerada para fins de reincidência, o que seria até mais desfavorável ao apelado.

Entretanto, é indubitável que, ao aplicar a pena-base, essa egrégia Corte não poderá se eximir de, considerando aqueles antecedentes criminais do recorrido, determinar o seu *quantum* em quantidade superior aos dois anos cominados como mínimo legal, em virtude da incidência e aplicação da circunstância judicial prevista no multirreferido artigo 59 do Código Penal". (Fls. 197).

A este respeito, trago à colação ensinamentos do mestre Júlio Fabbrini Mirabete:

"Deve o julgador observar, também, os antecedentes (bons ou maus) do agente. Verifica-se a vida pregressa do réu, com base no que constar do inquérito policial (art. 6º, incisos VIII e IX do CPP) e nos demais dados colhidos durante a instrução do processo, apurando-se se já foi envolvido em outros fatos delituosos, se é criminoso habitual, ou se sua vida anterior é isenta de ocorrências ilícitas, sendo o delito apenas um incidente esporádico". (*In Manual de Direito Penal*, Atlas, vol. I, p. 288).

No caso em análise, consta dos autos a certidão de antecedentes criminais (fls. 151), circunstância judicial ensejadora para o aumento da pena.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação para condenar o réu José Justino Guedes como incurso nas penas do art. 293, I, § 1º, do CPB, fixando a pena-base em 2 anos e 2 meses de reclusão, em razão dos antecedentes criminais, tornando-a definitiva. É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 1.670 - PE

Relator: O SR. JUIZ **RIDALVO COSTA**

Apelantes: GILBERTO RINALDI ASSALVER, CLÉBER GALVÃO DO AMARAL E ONIVALDO PEDROSO

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Advogada: HILMA CHRISTINO DE FARIAS (APTES.)

EMENTA

Processual Penal. Apelação. Direito de apelar em liberdade - CPP, art. 594.

Negado ao réu, em decisão fundamentada, o direito de apelar em liberdade, não se pode conhecer do recurso antes de efetivada a prisão.

O princípio constitucional da presunção da inocência (CF, art. 5º, LVII) não revogou o disposto no art. 594 do CPP.

Expedição de mandado de prisão sem qualquer notícia de seu cumprimento. Não conhecimento da apelação.

ACÓRDÃO

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

Recife, 26 de junho de 1997 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: O Ministério Público Federal denunciou de Gilberto Rinaldi Assalver, Cléber Galvão do Amaral e Onivaldo Pedroso como incursos nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, do CPB, pela prática do crime de roubo qualificado contra a CEF.

Os fatos foram assim descritos na inicial penal (fls. 03):

"No dia primeiro de junho de 1982, por volta das 15:00 hs., os denunciados, portando revólveres em punho, ingressaram no interior da Agência da Caixa Econômica Federal, localizada na cidade de Paulista, Pernambuco, e anunciaram: 'É um assalto. Fiquem todos quietos'.

E era-o realmente.

Então, o réu Cléber Galvão se dirigiu ao encontro do Gerente da Agência, José Leite de Lima Neto, que, dominado pelo receio do efetivo uso da arma pelo assaltante, passou a seguir suas instruções, isto é, abriu o cofre do banco, que, vazio na ocasião, frustrou o objetivo do marginal, que passou em seguida a recolher o numerário contido nos caixas do banco, arrecadando o valor aproximado de Cr\$ 910.000,00 (novecentos e dez mil cruzeiros).

Enquanto isso, os réus Gilberto Rinaldi e Onivaldo Pedroso, para assegurar o sucesso da empreitada criminosa, dominavam sob a ameaça de suas armas os funcionários e clientes presentes à agência nesta indigitada hora.

De posse do dinheiro, fugiram os réus num carro de propriedade de um cliente do banco, trocado logo adiante por outros veículos, em direção à casa do acusado Cléber Galvão, onde dividiram por igual o produto do crime".

Não localizados, mas citados por edital, através de defensor dativo apresentaram defesa prévia e alegações finais.

O MM. Juiz Federal julgou inteiramente procedente a denúncia, condenando os réus à pena de dez anos e seis meses de reclusão.

Irresignados, interpuseram apelação, também através de advogado dativo, alegando a invalidade da condenação baseada em confissão obtida exclusivamente no inquérito policial.

O MP respondeu ao recurso, reportando-se às suas alegações finais.

Com vista opinou a douta PRR, em preliminar, pelo não conhecimento da apelação e, no mérito, pelo seu improvimento, em judicioso parecer da lavra do Dr. Hélio Tavares, assim resumido na ementa:

"EMENTA: Direito Processual Penal e Penal. Negado ao condenado direito de apelar em liberdade. Apelação deserta. Roubo qualificado. Confissão na fase policial.

- Negado aos réus o direito de apelar em liberdade, devem os mesmos se recolherem à prisão, sob pena da apelação ser considerada deserta. Inteligência do art. 594 do CPP.
- A confissão extrajudicial tem valor se ratificada por outras provas aduzidas em juízo.
- Preliminarmente, pelo não conhecimento da apelação, e, no mérito, pela improcedência do apelo e manutenção da sentença em todos os seus termos". - Fls. 326.

Pedi revisão.

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): Destaco para julgamento desta eg. Turma a preliminar de não conhecimento da apelação.

Sustenta o MPF que havendo o MM. Juiz Federal negado aos réus o direito de apelar em liberdade, "como condição de seguimento da presente apelação, seria necessário que os réus-apelantes se recolhessem à prisão, o que não aconteceu, devendo dessa forma ser considerado o presente apelo deserto, e conseqüentemente, não conhecido por esta egrégia Corte Regional. (Fls. 327)".

Dispõe o art. 594 do CPP:

"O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto".

Em anotação ao referido dispositivo legal, asseverará o mestre Damário de Jesus:

"Revel. A revelia, de acordo com o STF, não impede que o réu apele em liberdade (RTJ 86/612). No mesmo sentido: TACrimSP, RT 531/364; Rcrim 291.319, 4ª, Câm. Do TACrim SP, em 03.03.82. - mv. - Rel. Juiz Néelson Fonseca. Entretanto, negado a ele o direito de apelar em liberdade, não pode ser conhecido o recurso do defensor dativo sem que aquele se recolha à prisão (STF, RHC 60.372, DJU 18.03.83, p. 2975). Se o defensor nomeado ao revel pode apresentar a defesa prévia, arrolar testemunhas e ouvi-las, produzir documentos, fazer alegações orais ou escritas, como impedi-lo de apelar? Se o defensor dativo pode atuar em toda a instrução criminal, constitui contra-senso, na oportunidade mais grave da ação penal, em que o revel se vê condenado, impedi-lo de interpor a apelação, sob o pretexto de que a revelia configura causa impeditiva. Entendeu, entretanto, o Pretório Excelso que não tem bons antecedentes o réu que não atende ao chamamento judicial ou se encontra foragido (RHC 58.832, DJU 12.06.81, p. 5716). E o TACrimSP decidiu que, se o réu foge, ainda que lhe concedido o direito de apelar em liberdade, o recurso deve ser considerado deserto, uma vez que a liberdade para recorrer se circunscreve ao local da culpa (RT 546/358). Réu foragido: RT 516/375. Vide nota ao art. 593 deste Código. (CPP Anotado. Damásio E. de Jesus. P. 379).

Observe-se que nem mesmo o princípio do estado de inocência, inculcado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, configura óbice à aplicação do art. 594, como ressalta o referido penalista, *verbis*:

"Princípio do estado de inocência (CF, art. 5º, LVII) - Cremos que não revogou o art. 594 do CPP. O legislador ordinário entendeu que, havendo uma sentença condenatória julgando o réu culpado, é necessário, para que possa apelar, que se recolha à prisão. Atende-se aos dois requisitos do princípio do estado de inocência: natureza cautelar da medida e sua necessidade (esta determinada pelo legislador). Vide nota ao art. 5º, LVII, da CF, Contra, no sentido da revogação: Tourinho Filho, "Pode o réu apelar em liberdade?" *O Estado de S. Paulo*, 31.01.89, p. 50. (CPP Anotado. Damásio E. de Jesus. P. 379/380)".

No mesmo sentido doutrina Vicente Greco Filho, comentando o disposto no art. 35 da Lei de Tóxicos, que prevê idêntica restrição:

"O art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não revogou o artigo comentado. A presunção de inocência ali instituída não é incompatível com a prisão processual, em flagrante, preventiva, pronúncia e sentença condenatória recorrível, de natureza cautelar. Em nenhum país do mundo que adota a mesma presunção pensou-se em considerar revogada a prisão processual, que não induz presunção de culpa, mas necessidade de ordem pública.

(*In Tóxicos. Prevenção. Repressão*, Saraiva, 7ª ed.).

No caso, os réus foram julgados à revelia. A r. sentença condenatória, reconhecendo os maus antecedentes dos acusados, determinou o recolhimento à prisão, negando-lhes, portanto, a possibilidade de apelarem em liberdade.

O crime que praticaram (roubo) não é daqueles em que o condenado se livra solto.

Não é possível, pois, na espécie, conhecer-se da apelação interposta.

Não conheço do recurso.

É o meu voto, em preliminar.

VOTO-MÉRITO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): Vencido na preliminar, passo ao exame do mérito.

O principal argumento da apelação é que a condenação estaria amparada em confissão obtida exclusivamente na fase inquisitorial, e de forma "tendenciosa" e que os depoimentos das testemunhas presenciais estariam sujeitos "a falha de percepção psicológica, própria da natureza humana" -fls. 315.

Os apelantes foram julgados à revelia, não tendo sido sequer ouvidos em juízo. No entanto quando inquiridos no Departamento de Polícia Judiciária da Secretaria de Segurança Pública, narraram com riqueza de detalhes o fato que lhes era imputado, se não vejamos:

Gilberto Rinaldi Assalver afirmou:

"O interrogado e os seus comparsas sacaram suas armas e disseram: 'É um assalto, todos quietos'; que, naquela ocasião, o interrogado subjulgou os guardas retirando dos mesmos as suas armas enquanto que Cleber Galvão dominava o gerente e o levava para abrir o cofre, o Onivaldo Pedroso também de arma em punho dominava os funcionários e os clientes que ali estavam, salientando o interrogado que o Cleber Galvão dominava o gerente com a arma que estava portando; que, realizado o assalto saíram do interior daquela agência bancária levando a chave do veículo GOL que estava estacionado na frente daquela agência e com o mesmo foram até o local em que est, digo, haviam deixado os seus veículos e após abandonaram o primeiro veículo, apanharam os seus e foram novamente para a residência do Cleber Galvão e lá contaram o dinheiro e dividiram entre todos em partes iguais" - fls. 18/19.

No mesmo sentido e com o mesmo detalhamento foi o depoimento de Cléber Galvão do Amaral - fls. 54/55:

"O réu Quivaldo Pedroso não foi localizado nem mesmo na fase policial.

As testemunhas aulares Vanilson Alves de Lima, Francisco de Almeida Coelho e Adevaldo José Pereira da Silva, ouvidas no inquérito e em Juízo, reconheceram os réus e ratificaram as confissões.

É certo que a confissão, outrora considerada a "rainha das provas", *probatio* probatíssima, já não desfruta de tanto prestígio, sobretudo em se tratando de confissões extrajudiciais. No entanto, desde que corroborada por outros elementos probatórios, a confissão é prova para a condenação.

Ensina Mirabete que mesmo a confissão extrajudicial 'deve ser admitida como prova para condenação quando amparada em outros elementos colhidos nos autos' (*in Processo*

Penal, 2ª edição, p. 276), ainda que sejam dos autos do inquérito policial.

Demais disto, também não fez a defesa qualquer prova de suas alegações. Como bem ressaltou o lúcido parecer ministerial, "caberia à defesa trazer provas, não simplesmente afirmar, da utilização de uma técnica tendenciosa pela Polícia Federal para obter a confissão dos réus. Se algumas vezes, a autoridade policial excede os limites éticos de sua atuação para obter algum tipo de prova, tal fato é uma exceção, não regra, devendo ser provado.

O mesmo pode ser dito em relação à alegação genérica de possibilidade de erros no depoimento das testemunhas de acusação. Seria necessário dizer em que estariam equivocados, apresentando provas em contrário, suficientes para infirmar tais depoimentos, o que os réus apelantes não fizeram" - fls. 329.

No caso, os depoimentos colhidos tanto na fase inquisitorial, como em juízo, acrescidas às confissões de dois dos apelantes e à vasta vidados réus, convence-me da veracidade do fato.

Com essas considerações, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 50.079 - PB

Relator: O SR. JUIZ **GERALDO APOLIANO**

Apelantes: IVANDRO DE FRANÇA DA SILVA E OUTROS

Apelada: UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA-UFPB

Advogados: DRS. ABENAGO PESSOA LIMA E OUTRO (APTES.) E ANTÔNIO NAMY FILHO E OUTROS (APDA.)

EMENTA

Constitucional e Administrativo. Lei 7.596, de 1987, artigo 3º, c/c artigo 6º, parágrafo único. Artigo 12, parágrafos 1º e 2º, e artigo 16, incisos I e II, do Decreto nº 94.664, de 1987. Necessidade de submissão a concurso público para ascensão do cargo de Professor Adjunto IV para o de Professor Titular. Compatibilidade com a Constituição de 1988. Apelo improvido.

1. Impossibilidade de progressão do cargo de Professor Adjunto nível IV para o cargo de Professor Titular, o qual somente se conquista mediante concurso público de provas e de títulos (artigo 12, parágrafos 1º e 2º, e artigo 16, incisos I e II, do Decreto 94.664, de 1987).
2. Vedação recepcionada pela atual Carta Política.
3. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto do Juiz Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado. Custas, como de lei.

Recife, 26 de setembro de 1996 (data do julgamento).

JUIZ GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO: Ivandro de França da Silva e outros impetraram mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Magnífico Reitor da Universidade Federal da Paraíba UFPB, pelas razões a seguir elencadas:

- 1) ocupam cargo de Professor Adjunto IV naquela instituição de ensino;
- 2) entendem que, com o advento da Constituição de 1988, restaram ab-rogados a Lei nº 5.539, de 1968, e o Decreto nº 94.664, de 1987, que exigiam, consoante a Constituição de 1967, a realização de concurso público para preenchimento do cargo de Professor Titular;
- 3) com base nesse entendimento, requereram, perante a UFPB, a progressão funcional de Professor Adjunto IV para Professor Titular e, tendo-lhes sido indeferido o pleito, recorreram às vias judiciais.

Indeferida a liminar às fls. 78.

Notificada, a autoridade dita coactora prestou informações de praxe (às fls. 80/83). Parecer do Ministério Público Federal pela denegação da segurança (ver fls. 86/87).

Ao apreciar a demanda, o douto Juiz monocrático denegou a segurança, sob o fundamento de que "a legislação infra-constitucional representada pelo Decreto nº 94.664/87 continua em pleno vigor, visto que não colide com o ordenamento constitucional vigente", mas com ele se harmoniza integralmente.

Irresignados, interpuseram os impetrantes recurso apelatório, no bojo do qual, além de reiterarem os argumentos contidos na vestibular, afirmam que:

- a) a dita sentença não foi devidamente fundamentada;
- b) vedar a progressão funcional de Professor Adjunto IV à classe de Titular configura grave ofensa ao princípio da isonomia, por ser este o mecanismo adotado para todas as outras classes e níveis do Magistério Superior.

Pedem, com esteio no acima exposto, a reforma *in totum* da sentença vergastada.

Contra-razões às fls. 110/120.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): Os apelantes entendem que a Lei 5.539, de 1968, e o anexo ao Decreto 9.466, de 1987, não teriam sido recepcionados pela atual Carta Política. Por tal motivo, entendem lícita a sua pretensão de ascender ao cargo de Professor Titular sem terem de se submeter a concurso público.

Antes de analisar o mérito da causa, observo, de imediato, ser improfícua a afirmativa de que a dita sentença apelada carece de fundamentação, sendo, por isso, nula.

A r. sentença impugnada, mesmo concisa, preenche todos os requisitos insertos no artigo 458 da Lei Adjetiva Civil, sendo válida e apta a produzir seus efeitos.

Passando ao cerne da controvérsia, creio que o mesmo reside na exata confrontação dos textos legais invocados em face da Constituição de 1988.

Assim dispõe o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal vigente:

"Art. 37. *Omissis*

.....
II - A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

De seu turno, estabelece o artigo 3º da Lei 7.596, de abril de 1987:

"Art. 3º. As atuais universidades e demais instituições federais de ensino superior, estruturadas sob a forma de autarquia ou de fundação pública, terão um Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos para o pessoal docente e para os servidores técnicos e administrativos, aprovado, em regulamento, pelo Poder Executivo,

assegurada a observância do princípio da isonomia salarial e a uniformidade de critérios tanto para ingresso mediante concurso público de provas, ou de provas e títulos, quanto para a promoção e ascensão promocional, com valorização do desempenho e da titulação do servidor".

O anexo ao Decreto 94.664, de 1987, que aprovou o Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos de que trata a Lei nº 7.596 retrocitada, diz, em seu artigo 6º, parágrafo único, *ad litteram*:

"Art. 6º. A carreira de Magistério Superior compreende as seguintes classes:

I - Professor Titular

II - Professor Adjunto

III - Professor Assistente

IV - Professor Auxiliar

Parágrafo único: cada classe compreende 4 (quatro) níveis, designados pelos nºs de 1 a 4, exceto a de Professor Titular, que possui um só nível".

O artigo 12, parágrafos 1º e 2º, do mesmo Decreto estatui que:

"Art. 12. O ingresso na carreira do Magistério Superior dar-se-á mediante habilitação em concurso público de provas e títulos, somente podendo ocorrer no nível 1 de qualquer classe.

§ 1º. Para inscrição no concurso a que se refere este artigo, será exigido:

a) diploma de graduação em curso superior para a classe de Professor Auxiliar;

b) grau de mestre, para a classe de Professor Assistente;

c) título de Doutor ou de Livre-Docente, para a classe de Professor-Adjunto.

§ 2º. O ingresso na classe de Professor Titular dar-se-á unicamente mediante habilitação em concurso público de provas e títulos, na qual somente poderão inscrever-se portadores do Título de Doutor ou de Livre-Docente, Professores Adjuntos, bem como pessoas de notório saber, reconhecido pelo Conselho Superior competente da IFE".
(Grifei).

O artigo 16 do citado diploma legal, ao tratar da progressão funcional, assim disciplinou a matéria:

"Art. 16. A progressão nas carreiras do Magistério poderá ocorrer, exclusivamente por titulação e desempenho acadêmico, nos termos das normas regulamentares a serem expedidas pelo Ministro de Estado:

I - de um nível para outro, imediatamente superior, dentro da mesma classe;

II - de uma para outra classe, exceto para a de Professor Titular". (Grifei).

O conteúdo das normas acima transcritas guarda perfeita consonância com o artigo 37, inciso II, da Constituição, a qual estabelece que a investidura em cargo público somente se verifica mediante aprovação em concurso público.

Cumpra assinalar, neste tocante, que um dos principais escopos da atual Carta Política foi justamente o de coibir a ascensão a cargos públicos mediante progressão funcional; colimou-se refrear o protecionismo político o *spoil system*, na expressão ianque.

Assistindo à Administração Pública direta e indireta o poder discricionário de estruturar seus cargos de acordo com as exigências peculiares a cada um deles, inconstitucional se não me afigura o diploma que demandar aprovação em concurso público para ingresso no último nível de determinada carreira.

Carece, portanto, de respaldo jurídico, o argumento ostentado pelos apelantes de que a atual Carta Política não haveria recepcionado as regras estatuídas no anexo ao Decreto 94.664, de 1987.

Havendo sido recepcionadas, dessarte, permanece a vigorar a proibição do artigo 16, inciso II, do anexo do citado Decreto, através do qual se veda a progressão à classe de Professor Titular.

Não há destempero em se reinsistir que, embora adstrita aos princípios constitucionais da

moralidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, a Administração dispõe do poder discricionário e regulamentar para, de acordo com a sua conveniência, proceder à organização de seus quadros, gozando as universidades, inclusive, de autonomia administrativa, conforme disposto no artigo 207 da Carta vigente.

No mesmo sentido do entendimento trazido a lume tem se posicionado a jurisprudência dominante neste Sodalício, conforme o demonstram as ementas abaixo colacionadas:

"Administrativo e Constitucional. Universidade. Professor Adjunto. Necessidade de submissão a concurso público para alcançar a classe de Professor Titular. Decreto 94.664/87. Sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988. Autonomia das universidades. Denegação da ordem.

- O Professor Adjunto, nível IV, que deseja passar para a classe de Professor Titular, necessita se submeter a concurso público de provas e títulos, consoante estabelece o o Decreto 94.664/87.

- Inexistência de incompatibilidade entre a regra que determina a obrigatoriedade de concurso público para Professor Titular e a Constituição de 1988.

- A autonomia didático-administrativa da Universidade está assegurada pela Constituição (art. 207).

- Apelação à qual se nega provimento para manter a sentença denegatória do *writ*". (AMS nº 01930/PB - j: 14.12.93 - p: 25.03.94 - 2ª T. - Rel.: Juiz Nereu Santos).

"Administrativo. Progresso funcional. Universidade. Professor Adjunto. Exigência de concurso público.

01 - A ascensão funcional do cargo de Professor Adjunto para o de Professor Titular da Universidade somente deve ocorrer mediante concurso público, nos termos do Decreto 94.664, de 23.07.87.

02 - Não existe conflito entre o Decreto 94.664/82 e a Constituição Federal de 1988, porquanto esta não opõe obstáculo ao legislador ordinário em determinar outro concurso público para a progressão funcional do Professor Adjunto ao cargo de Professor Titular universitário.

03 - Apelação provida".

(AMS nº 01586/PE - 2ª T. - J: 15.12.92 - P: 30.04.93 - Rel: Juiz Araken Mariz).

"Administrativo. Ensino superior. Progressão para cargo final da carreira. Exigência de concurso público.

O Professor Adjunto não está dispensado de concurso público de provas e títulos para ascender à classe de Professor Titular, cargo final da carreira do magistério superior.

O fato dessa exigência não mais ser matéria de norma constitucional não significa que tenha perdido a validade, uma vez que a legislação ordinária, que não conflita com a nova ordem constitucional, não a dispensa. A obrigatoriedade de concurso público para preenchimento de cargo final da carreira de magistério continua em vigor, porém não mais sob a veste de regra constitucional.

Apelo improvido. Decisão unânime".

(AMS nº 02872/PB - J.: 25.04.91 - P.: 24.05.91 - Rel.: Juiz Francisco Falcão).

"Constitucional e Administrativo. Cargo de Professor Titular. Provimento. Concurso de provas e títulos.

- A omissão do texto constitucional em vigor quanto à exigência de concurso público de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular (art. 206, V) não implicou em revogação dessa exigência prevista no art. 12, parágrafo segundo, e 16, II, Decreto 94.664, de 23.07.87.

- Apelo improvido".

(AMS nº 02277/PB - 1ª T. - J.: 22.11.90 - P.: 25.01.91 - Rel.: Juiz Castro Meira).

"Constitucional. Administrativo. Professor Titular. Plano único de carreira. Lei nº 7.596/87, art. 3º, c/c Decreto nº 94.664/84, art. 12, parágrafo 2º. Aposentadoria. Vantagem do art.

192, I, da Lei nº 8.112/90. Aplicável ao cargo de Professor Adjunto. Não corresponde à forma de ingresso. Premiação. Vantagem econômica.

1. O cargo de Professor Titular compõe a carreira de magistério superior, apesar de sua forma de ingresso, quando em atividade, só poder ser efetivada por concurso público, nos termos do art. 3º da Lei nº 7.596/87, c/c o art. 12, parágrafo 2º, Decreto nº 94.664/84.

2. Vantagem do art. 192, I, da Lei 8.112/90, para fins de inativação, não corresponde a forma de provimento de cargo público, logo não está limitada pelo art. 37, II, da Constituição Federal, não caracterizando, assim, a inconstitucionalidade quanto à concessão de referida vantagem econômica, desde que observados os requisitos exigidos nos termos da legislação vigente à época da aposentação.

3. Apelação provida".

(AC nº 85033/PE - 2ª T. - J: 19.12.95 - P: 29/03/96 - Rel.: Juiz Petrucio Ferreira).

Esforçado nessas razões, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 52.105 - CE

Relator: O SR. JUIZ **UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: FRANCISCO DE CASTRO NETO

Advogados: DRS. ALDA PINTO PEREIRA E OUTROS (APTE.) E GERALDO NERY DANTAS (APDO.)

EMENTA

Reconhecimento de tempo de serviço. Prova testemunhal. Validade.

- A prova testemunhal, produzida em Juízo com todas as cautelas legais, tem a mesma eficácia das demais provas.

- A jurisprudência do STJ afirma que "o Poder Judiciário só se justifica se visar à verdade real. Corolário do princípio moderno de acesso ao Judiciário, qualquer meio de prova útil, salvo se receber o repúdio do Direito. A prova testemunhal é admitida. Não pode, por isso, ainda que a lei o faça, por ser excluída, notadamente quando for a única hábil a evidenciar o fato". (REsp. 72.216-SP., Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 27.11.95, p. 40.935).

- No sistema processual brasileiro, o juiz tem livre convencimento para apreciar a prova. (Art. 131 do CPC).

- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 27 de novembro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE: Cuida-se de remessa e apelação

contra sentença que deferiu a segurança, para fins de reconhecer ao impetrante o prosseguimento do processo administrativo para concessão de benefício previdenciário, computando-se tempo comprovado através de justificação judicial.

O INSS sustenta que a pretensão do impetrante se baseou exclusivamente em prova testemunhal, inobservando a exigência legal de início de prova material.

Regularmente processado o recurso e em razão da remessa obrigatória, subiram os autos a este Tribunal.

Dispensei a revisão (art. 30, IX, do RI).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator): Argumenta o instituto apelante que a comprovação de tempo de serviço do apelado se baseou exclusivamente em prova testemunhal, inobservando a exigência da Lei 8.213/91.

A prova testemunhal, devidamente produzida, com todas as cautelas legais, e não contraditada, tem valor equivalente às demais.

Neste sentido já se pronunciou o colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme aresto assim ementado:

"RESP. Constitucional. Previdenciário. Prova. Lei nº 8.213/91 (art. 55, parág. 3º). Decreto nº 611/92 (arts. 60 e 61). Inconstitucionalidade.

O Poder Judiciário só se justifica se visar à verdade real. Corolário do princípio moderno de acesso ao Judiciário, qualquer meio de prova é útil, salvo se receber o repúdio do Direito. A prova testemunhal é admitida. Não pode, por isso, ainda que a lei o faça, por ser excluída, notadamente quando for a única hábil a evidenciar o fato. Os negócios de vulto, de regra, são reduzidos a escrito. Outra, porém, a regra geral quando os contratantes são pessoas simples, não afeitas às formalidades do Direito. Tal acontece com os chamados "bóias-frias", muitas vezes impossibilitados, dada a situação econômica, de impor o registro em carteira. Impor outro meio de prova, quando a única for a testemunhal, restringir-se-á a busca da verdade real, o que não é inerente do Direito Justo. Evidente a inconstitucionalidade da Lei nº 8.213/91 (art. 55, parág. 3º) e do Decreto nº 611/92 (arts. 60 e 61)".

(REsp. 72.216-SP., Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJU* 27.11.95, p. 40.935).

Entendimento esse também adotado nas turmas desta egrégia Corte, conforme arestos abaixo transcritos:

"Processual Civil e Previdenciário. Ação declaratória. Comprovação de tempo de serviço.

- O cabimento da ação declaratória para reconhecimento de tempo de serviço, em situação em que os procedimentos de justificação de logo se mostram infrutíferos, dado inexistir início de prova documental, tem sido admitido pela jurisprudência.

- A limitação legal ao peso da prova exclusivamente testemunhal para fins de comprovação de tempo de serviço destina-se às autoridades administrativas previdenciárias, não alcançando o Juiz, que pode reconhecê-lo com base em tal elemento probatório.

- Precedentes.

- Apelação improvida".

(AC 98.788-CE, Rel. Juiz Castro Meira, *DJU* 05.07.96, p. 46.557).

"Previdenciário. Ação declaratória. Reconhecimento de tempo de serviço prestado em atividade abrangida pela Previdência Social. Prova testemunhal. Validade.

- Preliminares rejeitadas.

- O INSS apenas rebelou-se contra a admissão da prova testemunhal por considerá-la inadmissível para justificação de tempo de serviço.

- Não questionada a idoneidade das testemunhas, é de ser valorizado tal elemento de prova para o fim aqui pretendido.
- Precedentes desta Corte.
- Apelo improvido".

(AC 80.927-CE, Rel. Juiz José Maria Lucena, DJU 15.03.96, p. 16.051).

No caso em que se cuida, restou suficientemente demonstrado pela Justificação, e não contraditado pela autarquia à época, ter o impetrante prestado serviço na função de balconista, no período de junho/64 a junho/68. Além do mais, vejo relevante a justificação formalmente julgada (fls. 13), onde consta terem sido rigorosamente observadas todas as regularidades formais, ficando comprovada a prestação do tempo de serviço ora reclamado, pelos depoimentos ocorridos em audiência, os quais se mostram estremes de dúvidas.

Além do mais, que não só da prova testemunhal se valeu o postulante, mas, também, de prova documental contemporânea ao tempo de serviço.

Ante o exposto e atento aos precedentes jurisprudenciais, nego provimento à remessa oficial e à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 53.155 - PB

Relator: O SR. JUIZ **UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: SEVERINA MARIA GREGÓRIO

Advogados: DRS. MÁRCIO PIQUET DA CRUZ E OUTROS (APTE.) E ALFREDO GOMES NETO (APDA.)

EMENTA

Previdenciário. Cancelamento de benefício. Devido processo legal.

- Não oferecida contraprova de que o cancelamento do benefício (fato provado e comprovado) tivesse ocorrido após o trâmite do procedimento administrativo pertinente, no qual se tivesse assegurado ao promovente a defesa ampla com todos os recursos a ela inerentes, deve tal benefício ser restabelecido.
- Precedentes jurisprudenciais.
- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 27 de novembro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE: O Juiz Federal, julgando procedente ação mandamental proposta perante aquele Juízo, determinou o restabelecimento de benefício previdenciário, a contar da propositura da ação, suspenso pelo INSS.

Assim o fez por reconhecer presentes o *fumus boni juris*, vez que o benefício foi cancelado, no seu entender, sem instauração de procedimento administrativo adequado, e o *periculum in mora*, por ser o benefício garantia da própria subsistência do promovente. Apelou o INSS, pugnando pela reforma da sentença, salientando que o pagamento do benefício foi bloqueado e/ou suspenso em virtude de irregularidades apontadas na obtenção do mesmo.

Dispensada a revisão (RI, art. 30, IX).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator): Os fundamentos expendidos na sentença recorrida são irrespondíveis.

Ponderou o ilustre Julgador que, em instante algum, foi oferecida contraprova de que o cancelamento do benefício (fato prova e comprovado) tivesse ocorrido após o trâmite do procedimento administrativo pertinente, no qual se tivesse assegurado à promovente a defesa ampla com todos os recursos a ela inerentes. A bem da verdade, é bom que se diga que, em momento algum, houve qualquer rebate a essa afirmativa.

O instituto apelante não trouxe, com seu recurso, nenhum elemento que infirmasse tais afirmativas.

Não há que se negar a presença do *periculum in mora*, ante o caráter alimentar do benefício previdenciário.

A decisão recorrida encontra respaldo no vasto entendimento jurisprudencial que reconhece o direito dos segurados da Previdência em ver restabelecidos seus benefícios cancelados sem a observância do devido processo legal (a exemplo: AMS 14967-MG, TRF 1ª R., 1ª T., Rel. Juiz Hércules Quasímodo, j. 04.05.93, un., DJU 14.06.93; AMS 8968-RJ, TRF 2ª R., 2ª T., Rel. Juiz Arnaldo Lima, j. 14.09.93, un., DJU 09.12.93; AC 16932-SP, TRF 3ª R., 2ª T., Rel. Juiz Aricê Amaral, j. 04.02.92, un., DOE 09.03.92, p. 00134; AMS 46612-RN, TRF 5ª R., 1ª T., Rel. Juiz Castro Meira, j. 13.12.94, un., DJU 03.02.95, p. 03765).

Com essas considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 56.325 - CE

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**

Apelante: VENT LIFE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

Apelada: FAZENDA NACIONAL

Advogados: DRS. MARIA IMACULADA GORDIANO B. VALENTE E OUTROS (APTE.)

EMENTA

Tributário. Importação. Peças integrantes de ventiladores. Hipótese configurada.

1. Conforme informações da Secretaria da Receita Federal, não se trata a mercadoria de peças de reposição, mas de ventiladores desmontados, assim transportados em face da economicidade no acondicionamento de grande quantidade.

2. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 9 de setembro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Trata-se de sentença que denegou a segurança, sob o argumento de que as peças de ventiladores, ora importadas, são partes integrantes de ventiladores desmontados.

Em sua apelação, a parte sucumbente requereu a reforma da sentença, sustentando, em resumo, que sua mercadoria importada, qual seja, peças de ventiladores, não se trata de produtos acabados e sim de peças de reposição, sobre as quais deve incidir a alíquota de 14%.

Contra-razões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): Trata-se de sentença que denegou a segurança, sob o argumento de que as peças de ventiladores, ora importadas, são partes integrantes de ventiladores desmontados.

Em sua apelação, a parte sucumbente requereu a reforma da sentença, sustentando, em resumo, que sua mercadoria importada, qual seja, peças de ventiladores, não se trata de produtos acabados e sim de peças de reposição, sobre as quais deve incidir a alíquota de 14%.

Conforme informações da Secretaria da Receita Federal, não se trata a mercadoria de peças de reposição, mas de ventiladores desmontados, assim transportados em face da economicidade no acondicionamento de grande quantidade.

Assim, reputo correta a decisão monocrática, razão pela qual a mantenho.

Por tais considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 57.305 - PB

Relator: O SR. JUIZ **RIDALVO COSTA**

Apelante: JOSÉ ADOLFO CARNIATO

Apelada: UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB

Advogados: DRS. JOSÉ MÁRIO PORTO JÚNIOR E OUTRO (APTE.) E CARLOS BARROS DE OLIVEIRA GUIMARÃES E OUTROS (APDA.)

EMENTA

Constitucional. Administrativo. Mandado de Segurança. Professor. Aposentadoria. Aproveitamento de tempo de serviço extramagistério. Fator de conversão. Lei nº 8.213/91. Impossibilidade.

Os professores da rede pública ou privada de ensino estão sujeitos a regras próprias de aposentadoria, ou seja, 30 ou 25 anos, conforme seja homem ou mulher, de efetivo exercício de atividade de magistério.

Não se aplica aos professores o fator de conversão de que trata o art. 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91, a fim de terem somado o tempo de serviço comum ao tempo de serviço de magistério, porque tal critério se destina, exclusivamente, às atividades profissionais sujeitas a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, descritas no Regulamento de Benefícios da Previdência Social.

ACÓRDÃO

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

Recife, 28 de agosto de 1997 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: José Adolfo Carniato, professor da UFPB, impetrou mandado de segurança contra ato do Superintendente de Recursos Humanos daquela autarquia, que indeferiu pedido de aposentadoria voluntária com proventos proporcionais. Alegou o impetrante que possui 21,93 anos de serviço de magistério e mais 5,23 anos de serviço extramagistério e 1,48 anos de licença-prêmio não gozada, perfazendo um total de 28,64 anos de serviço.

Afirmou que aplicando-se o fator de conversão de 1,166 ao tempo de serviço de magistério, como é procedido nas aposentadorias especiais regidas pela Lei nº 8.212/91, contará com 25,57 anos trabalhados como professor, que somados ao tempo restante atingirão 32,28 anos de serviço, suficientes a sua aposentadoria proporcional, nos termos do art. 186, inciso III, alínea "a", da Lei nº 8.112/90.

Em suas informações, a autoridade alega que o impetrante não possui tempo de serviço suficiente para a sua inativação e que a IN nº 8/93 da SAF não permite a utilização do fator de conversão na contagem de tempo de serviço público.

Parecer do Ministério Público pela denegação da segurança.

A sentença julgou improcedente o pedido por não satisfazer o impetrante o requisito de tempo necessário à aposentadoria.

Apelação que apresenta os mesmos argumentos da inicial.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): Pretende o apelante, professor na UFPB, obter aposentadoria proporcional prevista no art. 40, inciso III, alínea "c", da CF, valendo-se do fator de conversão utilizado na contagem de "tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física", na forma do § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91.

Pelo referido critério, multiplica-se o tempo de serviço prestado sob aquelas condições por um determinado coeficiente - obtido mediante a divisão do tempo necessário à aposentadoria ordinária pelo tempo prestado sob condições especiais -, cujo produto será somado ao tempo de serviço prestado em atividade comum, e o tempo derivado dessa

operação será considerado para efeito da concessão do benefício.

No presente caso, possui o apelante 21,93 anos de efetivo exercício na função de magistério. Aplicando-se o fator de conversão de 1,166 nos moldes das aposentadorias especiais da Lei nº 8.213/91, passaria a contar com 25,57 anos, que, adicionados aos 5,23 anos de serviço extramagistério e 1,48 anos de licença-prêmio não gozada, resultariam num total de 32,28 anos de serviço, que seriam suficientes a sua aposentadoria proporcional por tempo de serviço, nos termos da Lei nº 8.112/90 e Constituição Federal.

No entanto, o servidor público federal do corpo docente de instituição federal de ensino está sujeito a regra própria de aposentadoria por tempo de serviço, que consiste no efetivo exercício de magistério, não se confundindo com aquela destinada aos que exercem atividades prejudiciais à saúde ou à integridade física.

A aposentadoria voluntária dos professores, sejam eles servidores públicos ou vinculados à atividade privada, ocorrerá aos trinta anos para os homens e 25 para as mulheres, desde que no exercício específico de funções de magistério (art. 40, III, "b", e art. 202, III, da Constituição Federal).

Caso contrário, não sendo suficiente o tempo de atividade própria do magistério, aplicar-se-ão as regras incidentes para os servidores ou trabalhadores em geral, ou seja, aposentadoria com proventos proporcionais ao tempo de serviço a partir dos trinta anos no caso dos homens ou vinte e cinco anos no caso das mulheres. Com proventos integrais, no caso dos servidores públicos, e até o máximo de 100% do salário de benefício para os trabalhadores da área privada, aos 30 ou 35 anos, conforme o sexo do aposentando.

A jurisprudência dos Tribunais superiores é farta no sentido de que o tempo de serviço para as aposentadorias especiais dos professores restringe-se às funções de magistério. Como exemplo, cito apenas uma do STF e outra do STJ:

"Constitucional. Aposentadoria facultativa especial. Professores.

Aposentação com vencimentos integrais de professores aos 30 anos e professoras aos 25, limitado ao efetivo exercício das funções de magistério. Emenda nº 18/1981 e Constituição, art. 40, III, "b". Seu caráter excepcional e conseqüente interpretação restritiva. Descabimento das ampliações analógicas por parte dos Estados. Precedentes do STF. Ação julgada procedente. Inconstitucionalidade do § 4º do inciso III do art. 30 da Constituição de Santa Catarina".

(STF, ADIN nº 122/92, Turma TP, Min. Paulo Brossard, Dec. 18.03.92).

"Constitucional e Administrativo. Mandado de Segurança. Professora. Aposentadoria especial: somente se a atividade for de magistério. Não se conta tempo de função burocrática, ainda que privativa de professor. Inteligência do art. 40, III, 'b', da CF. Jurisprudência firme do STF. Recurso ordinário conhecido e improvido".

(STJ, ROMS nº 4.873/94-PR, Turma 06, Rel. Min. Adhemar Maciel. Dec. 28.03.95).

Dessa forma, impossível o aproveitamento de tempo de serviço em atividade que não seja de magistério para as aposentadorias extraordinárias dos professores, em face da total ausência de preceito legal que assim autorize.

Inadmissível, também, a combinação desconexa entre o dispositivo do RBPS, que prevê o fator de conversão, com a aposentadoria de professor, prevista no art. 40, III, "b", da CF, objetivando a inativação com base no inciso "c" daquele artigo da CF, que trata da aposentadoria proporcional por tempo de serviço dos servidores em geral, que é, efetivamente, a pretensão do apelante.

Tenho notícia de que a eg. Segunda Turma deste Tribunal, em situação idêntica a destes autos, decidiu favoravelmente à tese da possibilidade da utilização do fator de conversão para professor da UFPB, com base na analogia e ausência de previsão legal que vedasse tal procedimento.

A ementa do acórdão acima mencionado tem o seguinte verbete:

"Administrativo. Mandado de Segurança. Servidor público federal. Inativo. Tempo de serviço. Atividades de magistério e extramagistério. Revisão de aposentadoria. Aplicável o fator de conversão previsto pelo Decreto 611/92. Existência de direito líquido e certo".

(TRF-5ª Região, AMS nº 54029-PB, 2ª Turma, Rel. Juiz Petrucio Ferreira).

Não se pode, por analogia, aplicar o fator de conversão próprio das aposentadorias especiais de que trata o art. 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91, porque à analogia só se deve recorrer para suprir eventuais omissões da lei, que não é o caso, haja vista que há previsão legal expressa no cômputo de tempo de serviço para as aposentadorias dos professores.

Quanto à inexistência de regra que vede a utilização do fator de conversão para os professores, nunca é demais lembrar que a atuação do Poder Público não está limitada ao que não é proibido em lei; inversamente, só pode a Administração agir quando for expressamente autorizada. Essa é a própria essência do princípio da legalidade.

Observe, ainda, que, tecnicamente, a aposentadoria do professor, seja ele da atividade pública ou privada, não se enquadra na acepção terminológica de "especial", adotada pela legislação previdenciária e destinada, exclusivamente, às atividades descritas no art. 57 da Lei nº 8.213/91. É, porém, sem dúvida, excepcional, haja vista que possui um período reduzido à sua concessão, em relação às aposentadorias comuns.

Ante o exposto, se as regras do sistema previdenciário comum não se aplicam aos servidores públicos federais, regidos por sistema próprio de previdência, onde não existe o fator de conversão, nego provimento ao recurso.

Na hipótese de vir a ser verificada a divergência com a decisão proferida na AMS 54.029-PB, já mencionada, suscito o incidente de uniformização de jurisprudência previsto no art. 95 e seguintes do Regimento Interno deste Tribunal, submetendo a matéria ao eg.

Plenário.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 57.960 - PB

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

Apelado: MUNICÍPIO DE CABEDELO

Advogados: DRS. LUÍZA MARIA COSTA PESSOA E OUTROS (APTES.) E JOÃO EDUARDO CARDOSO LOURENÇO E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Erosão marinha na costa. Obras de contenção. Estudo prévio de impacto ambiental. Exigência constitucional.

- Hipótese em que o Município de Cabedelo-PB impetrou mandado de segurança contra a suspensão das obras de contenção do avanço do mar através da construção de gabiões na costa.

- Impetração que não demonstra ilegalidade no ato impugnado, respaldado em previsão constitucional de necessária realização de estudo para dimensionar o impacto ambiental decorrente do empreendimento.

- Provimento das apelações e da remessa oficial para reformar a sentença e denegar a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento às apelações e à remessa, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas anexos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 23 de outubro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: O Município de Cabedelo impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Superintendente do IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, objetivando dar continuidade às obras de contenção do avanço do mar na praia do mesmo nome, bastante atingida pela penetração das águas continente adentro. Juntou documentos, entre eles diversas fotografias, a demonstrar a efetividade das alegações relativas à danosa repercussão das ondas indômitas no local.

Liminar concedida pelo MM. Juiz da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Paraíba, fls. 99/104, ao fundamento de já existir estudo realizado pelo INPH (Instituto de Pesquisas Hidroviárias), justamente recomendando o emprego de gabiões naquela região, além da presença dos requisitos legais.

O IBAMA argumenta haver necessidade de realização de prévios exames acerca do impacto ambiental que virtualmente trarão as construções projetadas.

A Presidência desta Corte deferiu pedido de suspensão da liminar formulado pelo IBAMA; todavia, tal decisão foi reformada no julgamento de agravo regimental.

A r. sentença concedeu a segurança, fundamentando-se na necessidade de preservação da estrutura urbana sob ameaça, em confronto com o que classificou de secundários interesses perfilhados por jovens sem maiores compromissos de seriedade com o complexo problema em deslinde. Registrou a já utilização dos expedientes protetores das praias em outros países, sempre se conseguindo alcançar bons resultados. Salientou representarem os gabiões a única tecnologia hábil à persecução de tais retornos.

Ratificou a convicção quanto à suficiência do estudo empreendido tempos atrás, de sorte a garantir a positiva relação de custo e benefício para a empreitada. Entendeu, ademais, que, mesmo persistindo a carência de mais profundos elementos de antevisão dos efeitos ambientais, a urgência na conclusão dos trabalhos se faz diáfana pelo grau visivelmente avançado dos prejuízos que cotidianamente aumentam pela ação marinha. Cogitou de reunir-se grupo contando com pessoas de projeção na comunidade local para zelar pela defesa do meio ambiente.

Apela o Ministério Público Federal.

Discorda de serem os gabiões solitários recursos àqueles fins servíveis. Diz que o estudo referido pelo Magistrado teve outra finalidade, voltada para a manutenção das condições ideais de funcionamento das instalações portuárias, daí porque estranho ao específico escopo de cunho ambiental. Invoca preceito constitucional e da Lei nº 6.938/81 em albergue à tese que esposa. Enfatiza a previsão, no próprio estudo em que baseado o decisório, da implantação das estruturas por etapas, pressuposto inclusive de eficácia. Vê indevidamente ampliada a área de cobertura dos gabiões, mais extensa do que o trecho atingido pelo avanço do mar.

Recorre, também, o IBAMA.

Segue a linha de raciocínio do MPF, no sentido de limitar a abrangência da área afetada. Lembra a similitude do contexto ali vivido quando comparado ao que experimenta este vizinho Estado de Pernambuco, onde repetidas intervenções nos moldes das autorizadas

na sentença provocaram fenômenos seqüenciais de destruição ecológica e malogro paisagístico. Corrobora o suporte constitucional e legal suso aludido.

O Município de Cabedelo contra-arrazoza pela confirmação do decisório. Identifica na degradação progressiva motivo bastante a considerar-se plenamente justificável o prosseguimento das obras. Explica a importância da execução dos trabalhos sem a observância de critério gradativo, face à obediência a rigoroso calendário de liberação de verbas. Julga inaceitável a natural delonga dos estudos com que acena o IBAMA, ante a já decretação de estado de emergência.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): A segurança foi concedida sob os fundamentos que estão assim resumidos na sua ementa:

"Mandado de Segurança. Meio ambiente. Obra pública. Construção de gabiões para a contenção da erosão marinha. Obra de relevância e urgência, sem a qual a orla cabedelense seria destruída. Estudo técnico apresentado pelo impetrante que se leva em consideração. Concessão da segurança.

1. Não há outra tecnologia em todo o mundo para deter a avalanche do oceano, a não ser os espigões de praia adentro. Os ora construídos em Cabedelo vão ficar como dedos de concreto dentro d'água apontando para os de Angola, lá na mãe África, como a dizer: vamos deter a fúria do Atlântico. O resto é questiúncula, própria de campanário ou paroquial, como queiram.

2. A ausência do estudo prévio de impacto ambiental foi suprimida pelo estado caótico da orla cabedelense que entra pelos olhos adentro. Entre a cidade e sua orla serem engolidas pelo oceano e o desejo insopitável da juventude bronzeada passear pela orla e dos bugres roncarem na areia, este Juízo fica com a primeira hipótese.

3. Segurança que se concede".

O IBAMA embargou obras que o impetrante vinha realizando à beira-mar, espigões destinados a conter o avanço do mar, em ato administrativo que porta os seguintes fundamentos:

"Embargada uma área de construção de espigões em gabiões, referente ao projeto de proteção contra erosão do litoral de Cabedelo/PB".

"Construindo espigões em gabiões na zona costeira de Cabedelo, sem o licenciamento ambiental".

A atuação da autarquia federal tem supedâneo em nosso Estatuto Político, que deu especial ênfase à proteção do meio ambiente, por considerá-lo "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida", incumbindo-lhe, para tanto, "exigir, na forma da lei, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade".

A impetração teve como fundamentos o art. 2º, VII e IX, da Lei nº 6.938/91, ao referir-se à recuperação e proteção de áreas degradadas ou ameaçadas de degradação como objetivos da política nacional do meio ambiente, e o art. 5º, XV, da Lei Orgânica do Município de Cabedelo, que lhe atribui competência para "realizar atividades de defesa civil, inclusive a de combate a incêndios e prevenção de acidentes naturais em coordenação com a União e o Estado".

O mandado de segurança pressupõe, de um lado, a existência de ato de autoridade ilegal ou abusivo, e, de outro, a presença de direito líquido e certo, ou seja, demonstrado através de simples prova documental. Tal prova inexistente nos autos, tanto que o Juiz, para deferir a medida liminar, valeu-se de inspeção judicial, acompanhado de seus assessores

(fls. 100). Se o sentenciante entendeu indispensável tal prova à formação do seu convencimento, deveria julgar extinto o processo, sem exame do mérito, tendo em vista a flagrante impertinência do *mandamus* para o deslinde da controvérsia.

Cumprido lembrar, ainda, que o ato administrativo goza da presunção de legitimidade. A inicial sequer se deu ao trabalho de demonstrar em que estaria tal ilegalidade. Limitou-se o impetrante a justificar sua atuação no que considera a defesa dos interesses comunitários, em face do curto prazo de vigência do convênio celebrado com a União para possibilitar a construção de gabiões na orla marítima.

Não cabe, nos estreitos limites da ação eleita, decidir quanto à melhor tecnologia para "deter a avalanche do oceano", ou fazer-se opção entre "a cidade e sua orla serem engolidas pelo oceano e o desejo insopitável da juventude bronzeada passear pela orla e dos bugres roncarem na areia", mas demonstrar a presença do direito subjetivo do Município em construir as obras em questão sem prévio estudo de impacto ambiental, cuja exigência tem esteio na própria Constituição.

Em estudo sobre o tema, escreveu Paul Afonso Leme Machado:

"Analisar previamente a possibilidade de ocorrer um dano significativo para o meio ambiente deixou de ser uma faculdade para o Poder Público, após a Constituição Federal de 1988. Se houver necessidade de uma autorização ou uma licença do Poder Público e houver probabilidade de prejuízo significativo de degradação ambiental, inafastável o estudo prévio de impacto ambiental".

A alegada urgência da obra jamais poderia justificar a vulneração do preceito constitucional. Como é óbvio, um processo erosivo não se verifica *ex abrupto*, mas de modo paulatino, como bem argumentou o IBAMA no seguinte tópico de suas razões de apelação:

"Considerando-se que o processo erosivo não ocorreu abruptamente, como está na Lei Maior, não foi concebida pelo apelante, desta forma, deve ser cumprida.

A exigência do licenciamento ambiental, para a obra em questão, também está prevista no art. 10, parágrafo 2º, da Lei nº 6.938/81, e o seu não cumprimento enseja a aplicação das penalidades inseridas no art. 14 da Lei nº 99.274/90, sendo que o apelante apenas desempenhou o que foi prescrito em lei, executando as suas atribuições".

Ressalte-se, ainda, que mesmo o estudo realizado pelo Instituto de Pesquisas Hidroviárias recomenda cuidados na implantação da obra, como bem lembrou o apelo do Ministério Público, ao assim argumentar:

"O IBAMA embargou do Município de Cabedelo obras realizadas na beira-mar, constantes de implantação de espigões - paredes de pedra -, destinados a conter o movimento do mar, que provocava erosão na costa.

A técnica adotada, a de gabiões, é uma - e apenas uma - das utilizadas, com eficiência, para conter o avanço do mar.

O Instituto de Pesquisas Hidroviárias, que se ocupa unicamente de garantir a boa navegação nos e para os portos brasileiros, entendeu que o avanço do mar, em Cabedelo, erodia as praias e assoreava o canal.

Este motivo - o assoreamento do porto - é que justificou do Instituto a realização dos estudos apresentados pelo Município de Cabedelo, que não são, nem se confundem, com estudos de impacto ambiental. Por essa razão é que o estudo afirma, na página 37 dos autos, que 'os espigões, se construídos, irão colaborar com a manutenção das profundidades do canal de acesso ao Porto'.

A Constituição prescreve, como garantia e defesa do meio ambiente, a exigência de 'estudo prévio de impacto ambiental' para 'instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente' (art. 225, inc. IV).

O IBAMA embargou a obra de implantação dos gabiões, por ausência desse prévio estudo.

Deliberadamente, a r. sentença recorrida fecha os olhos para o mesmo estudo - apresentado pelo Instituto de Pesquisas Hidroviárias - que exige a implantação gradual e paulatina dos gabiões, até mesmo como garantia da sua eficácia.

Duas questões de fato relevantes, que importam para a elucidação do *mandamus*. A primeira é de que a erosão mencionada pelo Município de Cabedelo só ocorre na área da cidade, até cerca de 1,5 Km do molhe do Porto. E os gabiões foram implantados numa extensão de 5,5 quilômetros, (4 Km, portanto, onde não havia - nem há - o mais mínimo sinal de erosão).

A segunda questão de fato - esta já documentada nos autos - é de que o estudo do Instituto de Pesquisas Hidroviárias determinava a implantação gradativa dos gabiões. O Ministério Público Federal chama a atenção para as fls. 39 dos autos, onde se pode ler o item 5.(083) do projeto INPH.

Da leitura dessas páginas se percebe claramente que o próprio INPH, que se preocupa unicamente - repita-se - com a questão da navegabilidade dos canais dos Portos, previne e esclarece o modo e o tempo oportuno de implantação dos espigões.

E diz:

- a) o espigão 2 só deverá ser construído após o enchimento por areia do trecho considerado;
- b) o espigão 4 será construído concomitantemente com o 1;
- c) o espigão 5 só será construído quando o espaço entre ele e o 4 estiver se saturando de areia, e assim sucessivamente, até se atingir o número 13.

Quem diz, portanto, da necessidade de implantação paulatina, gradativa, dos gabiões, não é o Ministério Público Federal, mas a própria autoridade invocada pelo Juiz para justificar sua malsinada sentença.

Novamente, às fls. 41, o estudo diz o que é prioritário e fundamental. Unicamente a 1ª etapa, que abrange exatamente a área apontada como erodida: a próxima à cidade, que corresponde ao 1º trecho, que compreende a chamada Praia de Santa Catarina e Pontal (ver fls.36).

O estudo do INPH é taxativo ao afirmar:

'São considerados prioritários e fundamentais os espigões que deverão ser construídos na 1ª Etapa'.

E, à folha 44 dos autos (atenção: esses números de páginas correspondem aos números consignados no carimbo da Justiça Federal, Seção da Paraíba. Após autuação no TRF 5ª, e repaginação, modificar-se-ão), informa-se que espigão será construído em que trecho. Portanto, contrariando o próprio projeto, o Município de Cabedelo quis implantar todos os gabiões, de todos os trechos, de todas as etapas, num único momento".

Verifica-se, pois, que se fosse deixado de lado o exame técnico-formal da ação eleita, também mereceria reforma a r. sentença por não atentar para o fato de que as obras municipais não observaram ao menos as recomendações do estudo por ela trazido como fundamento de sua atuação.

Em suma, não se vislumbra ato ilegal ou abusivo do agente público, nem direito líquido e certo do Município ora impetrante a realizar obras à beira-mar sem a prévia audiência da autarquia federal competente que, ao proceder ao embargo, procurou apenas cumprir o desiderato constitucional.

Em face do exposto, dou provimento às apelações e à remessa oficial para reformar a sentença e denegar a segurança.

É como voto.

Apelantes: SEBASTIÃO CAMELO DE ARAÚJO E OUTROS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogados: DRS. FRANCISCO PIRES BRAGA FILHO (APTES.) E JOEL FIRMINO DO NASCIMENTO E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Previdenciário. Gratificações transitórias - auxílio-refeição e cesta-alimentação - não se incorporam aos proventos dos ex-combatentes aposentados, mesmo quando previstas em convenção coletiva da categoria profissional. Expressa previsão de não integração de tais vantagens aos salários dos trabalhadores em atividade. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 16 de setembro de 1997 (data do julgamento).

LUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Sebastião Camelo de Araújo e outros apelam ante sentença que julgou improcedente pedido de restabelecimento aos seus proventos de aposentadoria, como ex-combatentes, de parcelas referentes a auxílio-refeição e a cesta-alimentação. Alegam, em resumo, que o art. 2º da Lei 4.297/63 assegura o reajuste de benefícios dos ex-combatentes na conformidade de acordos, convenções ou dissídios coletivos e que as mencionadas vantagens foram estabelecidas por convenção para a categoria dos bancários.

O INSS apresentou contra-razões. Dispensei nova ouvida do Ministério Público Federal em razão do disposto no art. 17 da Lei 1.533/51.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): As cláusulas 13ª e 14ª da Convenção Coletiva de Trabalho apresentada pelos apelantes como razão determinante da incorporação do auxílio-refeição e da cesta-alimentação aos seus proventos são previstas expressamente como não incorporáveis ao salário. Cuida-se, como assinala a douta Procuradora Regional da República, Dra. Maria do Socorro Leite de Paiva (fls. 60), de gratificações transitórias.

Além de não comprovada a inclusão de tais parcelas nos benefícios percebidos pelos impetrantes, não são as mesmas relativas a aumentos salariais da categoria, daí porque não se integram aos proventos dos ex-combatentes aposentados, na forma do art. 2º da Lei 4.297/63.

Por essas razões, nego provimento ao apelo.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 59.214 - PE

Relator: O SR. JUIZ **UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE**

Apelante: E. M. COMÉRCIO INDÚSTRIA CONSTRUÇÕES LTDA. - EMCICOL

Apelada: FAZENDA NACIONAL

Advogados: DRS. MARA REGINA SIQUEIRA DE LIMA E OUTROS (APTE.)

EMENTA

Tributário. COFINS. Venda de imóveis. Não incidência.

A contribuição social instituída pela LC 70/91 tem como base de cálculo a receita bruta das vendas de mercadorias e serviços de qualquer natureza.

A COFINS não incide sobre a venda de imóveis, posto que mercadoria é conceito reservado aos bens móveis de comércio. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 20 de novembro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE: Trata-se de mandado de segurança contra ato do Delegado da Receita Federal, de forma que a impetrante não se submeta ao recolhimento da COFINS incidente sobre a receita de bens imóveis, posto que não constitui hipótese de incidência tributária da contribuição já referida.

A sentença denegou a segurança.

Apela a impetrante, requerendo a reforma da sentença.

Contra-razões.

Devidamente processado o recurso, subiram os autos a este Tribunal.

Dispensada a revisão (art. 30, IX, RI).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator): O ilustre Juiz Hugo Machado, examinando caso semelhante ao dos presentes autos, proferiu brilhante voto na AMS 50.055-PE, assim:

"Penso que a contribuição para a COFINS efetivamente não incide sobre a receita decorrente de venda de imóveis, pois a Lei Complementar nº 70/91, em seu art. 2º, diz que a mencionada contribuição 'incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços, e serviços de qualquer natureza'.

Imóvel, sabemos todos, não é mercadoria. As transações com imóveis sujeitam-se a regime jurídico próprio, do âmbito da lei civil.

E não se pode, por via interpretativa, ampliar o alcance da hipótese de incidência da lei tributária, sem impor maus tratos ao princípio da legalidade. Nem mesmo a analogia se

presta para tanto, como, aliás, está explicitado pelo art. 108, § 1º, do Código Tributário Nacional, ao dizer que o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

Bem podia o legislador ter definido como base de cálculo da contribuição em tela a receita bruta das vendas de bens e prestações de serviços de qualquer natureza. Não o fez, porém.

É razoável, portanto, o entendimento segundo o qual a contribuição denominada COFINS não incide sobre a receita de venda de imóveis.

Ocorre que o pedido da impetrante, ora agravante, não diz respeito à venda de imóveis. Na inicial, aliás, nem se faz referência à venda de imóveis. Identifica-se a impetrante como empresa que pratica incorporações imobiliárias.

De Plácido e Silva registra:

'Incorporação. Na terminologia dos negócios, é aplicada a expressão para designar a iniciativa tomada por alguém com o intuito de realizar a construção de edifício de apartamentos, sob o regime de condomínio, promovendo a colocação dos mesmos apartamentos entre pessoas que se mostrem interessadas em sua aquisição.

A incorporação, neste aspecto, mostra-se, em realidade, a instituição de prédio em condomínio, apresentando-se o encarregado dessa incorporação verdadeiro fundador ou instituidor; em similar situação ao incorporador da sociedade anônima'. (De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. Vol. II, 11ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1991).

A Lei nº 4.591/64, por seu turno, estabelece:

'Art. 31. A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que somente poderá ser:

- a) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea "a" do artigo 32;
- b) o construtor (Decretos nºs 23.569, de 11.12.33, e 3.995, de 31 de dezembro de 1941, e Decreto-lei nº 8.620, de 10 de janeiro de 1946) ou corretor de imóveis (Lei nº 4.116, de 27.08.62).

§ 1º. No caso da alínea "b", o incorporador será investido, pelo proprietário de terreno, o promitente comprador e cessionário, deste ou o promitente cessionário, de mandato outorgado por instrumento público, onde se faça menção expressa desta lei e se transcreva o disposto no § 4º do art. 35, para concluir todos os negócios tendentes à alienação das frações ideais do terreno, mas se obrigará pessoalmente pelos atos que praticar na qualidade de incorporador'.

Vê-se, em face do disposto na alínea "b" do dispositivo legal acima transcrito, que o incorporador não é necessariamente o proprietário. Pode ser simplesmente um corretor de imóveis.

É razoável, pois, entender-se que o incorporador simplesmente presta um serviço.

No caso dos autos, a própria impetrante na inicial (fls. 03) definiu como tendo por 'objetivo social a construção de edificações para fins de incorporação imobiliária, nos termos da lei em referência. Desse modo, verificada a prestação de serviço, a receita resultante se constitui em uma das hipóteses de incidência da COFINS' (Acórdão publicado no DJU de 05.01.96, p. 186).

Milita em favor da impetrante a aparência do bom direito, porquanto, na espécie, não raras são as manifestações deste egrégio Tribunal em reconhecer que a COFINS não incide sobre a receita decorrente da compra e venda de imóveis, que não são 'mercadoria', conceito reservado apenas para os bens móveis em circulação, e se sujeitam a regime jurídico próprio, no âmbito da lei civil (AMS 50.548-PE, Rel. Juiz Castro Meira, DJ 27.10.95; AMS 51.142-AL, Rel. Juiz Araken Mariz, DJ 01.03.96, p. 11.201; MS 52.851-CE, Rel. Juiz Araken Mariz, DJ 20.09.96, p. 70.533; MS 52.560-PE, Rel. Juiz Castro Meira, DJ 28.06.96, p. 44.865; AG 6.799-PE, Rel. Juiz Castro Meira, DJ 13.09.96,

p. 68.304; REO 102.227-CE, Rel. Juiz Ridalvo Costa, *DJ* 04.10.96, p. 74.812; AC 102.958-CE, Rel. Juiz Castro Meira, *DJ* 04.10.96, p. 74.758".

Acolhendo os argumentos acima expendidos, adoto-os como fundamentação de decidir, reconhecendo à impetrante/apelante o direito apenas para que não seja compelida ao pagamento da contribuição instituída pela LC 70/91 em relação às suas atividades de venda de imóveis.

Dou provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 59.383 - PE

Relator: O SR. JUIZ **LÁZARO GUIMARÃES**

Apelante: COREMAL INDUSTRIAL LTDA.

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogados: DRS. JOSÉ IRAN GAMA DE ARAÚJO E OUTROS (APTE.) E ANA DO SOCORRO NICACIO CAMERINO E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Constitucional. Contribuição previdenciária sobre a remuneração dos diretores, trabalhadores autônomos e avulsos. Previsão na Lei Complementar 84/96. Superação da causa de inconstitucionalidade do art. 22, I, da Lei 8.212/91. Validade da cobrança.

Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e examinados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que integram o presente.

Custas, como de lei.

Recife, 23 de setembro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Coremal Industrial Ltda. apela ante sentença que denegou segurança impetrada contra ato do Superintendente do INSS em Recife, em razão da cobrança da contribuição sobre a remuneração dos empresários, trabalhadores autônomos e avulsos, instituída pela Lei Complementar 84/96. Alega, em resumo, que tal contribuição somente poderia incidir sobre folha de salário, faturamento ou lucro, nos termos do art. 195, I, da Constituição Federal, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADIN 1.102-2, em relação ao art. 22, I, da Lei 8.212/91.

Sem contra-razões, vieram os autos. Dispensei nova ouvida do Ministério Público Federal em razão do disposto no art. 17 da Lei 1.533/51.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): A sentença apreciou todas as

questões postas sob exame. Não haveria necessidade de indicar cada dispositivo legal invocado.

Rejeito a preliminar de nulidade.

A falta de lei complementar prevendo a hipótese de incidência da contribuição previdenciária sobre a remuneração dos diretores de sociedades comerciais, dos trabalhadores avulsos e autônomos, no que se baseara o eg. Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade do art. 22, I, da Lei 8.212/91, foi superada com o advento da Lei Complementar 84/96.

Tal contribuição não é cumulativa nem tem fato gerador idêntico a qualquer outra, porquanto incide sobre a folha de salário e remuneração em geral, paga pela empresa, destinando-se à participação do empregador no custeio da seguridade social. É empregador tanto quem mantém com o empregado vínculo trabalhista, quanto quem remunera o diretor, o avulso e o autônomo.

O pedido de declaração de inconstitucionalidade da expressão "e equiparadas", contida no Decreto 1.826/96, não pode ser conhecido, porque não tem pertinência ao caso concreto. Somente mediante ação direta de inconstitucionalidade se poderia cuidar da apreciação em tese da matéria.

Por essas razões, nego provimento à apelação.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 59.597 - PB

Relator: O SR. JUIZ **LÁZARO GUIMARÃES**

Apelante: REINALDO AMORIM MARQUES DE ALMEIDA

Apelada: UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB

Advogados: DRS. EMERSON MOREIRA DE OLIVEIRA E OUTRO (APTE.) E SÉRGIO BENEVIDES FELIZARDO E OUTROS (APDA.)

EMENTA

Administrativo. Cômputo de tempo de serviço em atividades insalubres.

- Ao servidor público só será admitida a contagem prevista no sistema previdenciário comum se tal vier a ser previsto em lei complementar.
- Interpretação da regra do parágrafo 1º do art. 40 da Constituição Federal.
- Precedentes do Supremo Tribunal Federal.
- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 14 de outubro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Reinaldo Amorim Marques de Almeida apela ante sentença que denegou segurança para averbação de tempo de serviço, pela

Universidade Federal da Paraíba, da qual consta a contagem do tempo de serviço na forma do Decreto 83.080/79 e da Lei 8.213/91, referente a atividades insalubres ou perigosas.

Alega, em resumo, que não lhe poderia ser negada a averbação, ainda mais porque o art. 40, § 1º, da Constituição Federal, faz a ressalva de que lei complementar estabelecerá regras para a concessão de aposentadoria voluntária naquelas hipóteses.

Contra-razões pela confirmação.

Dispensei nova ouvida do Ministério Público Federal em razão do disposto no art. 17 da Lei 1.533/51.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): A orientação do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido da inaplicação aos servidores públicos das regras da Previdência Social comum relativas à contagem de tempo de serviço em atividades insalubres ou perigosas.

Nesse sentido, acórdão da lavra do eminente Ministro Néri da Silveira, no MI 484-RJ, assim ementado:

"Mandado de Injunção.

2. Aposentadoria especial, nos casos de exercício de atividades penosas, insalubres ou perigosas.

3. O parágrafo 1º do art. 40 da Constituição prevê, apenas, que lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c"; não concede, desde logo, a Constituição direito a uma aposentadoria especial, nas circunstâncias referidas de trabalho.

4. Precedentes do STF, nos Mandados de Injunção nºs 425 e 444.

5. Mandado de Injunção não conhecido".

No mesmo sentido, acórdão na ADI-755/SP, Relator designado o Ministro Maurício Correia:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Contagem proporcional do tempo de serviço prestado sob o regime de aposentadoria especial e sob regime diverso. Impugnação do § 6º do art. 126 da Constituição do Estado de São Paulo: 'O tempo de serviço prestado sob o regime de aposentadora especial será computado da mesma forma, quando o servidor ocupar outro cargo de regime idêntico, ou pelo critério da proporcionalidade, quando se trate de regimes diversos'.

1. O art. 40, III, "b", da Constituição Federal, assegura o direito à aposentadoria especial 'aos trinta anos de efetivo exercício nas funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais'; outras exceções podem ser previstas em lei complementar (CF, art. 40, § 1º), 'no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas'.

2. A expressão 'efetivo exercício em funções de magistério' contém a exigência de que o direito à aposentadoria especial dos professores só se aperfeiçoa quando cumprido totalmente este especial requisito temporal no exercício das específicas funções de magistério, excluída qualquer outra.

3. Não é permitido ao constituinte estadual nem à lei complementar federal fundir normas que regem a contagem do tempo de serviço para aposentarias sob regimes diferentes, contando proporcionalmente o tempo de serviço exercido em funções diversas.

4. Ação direta conhecida e julgada procedente, por maioria, para declarar a inconstitucionalidade do § 6º do art. 126 da Constituição do Estado de São Paulo, porque

o art. 40 da Constituição Federal é de observância obrigatória por todos os níveis de Poder. Precedente: ADI nº 178-7/RS".

Somente a lei complementar poderá admitir a contagem acrescida de tempo de serviço em atividade insalubre para aposentadoria do servidor. Imprestável para esse fim, portanto, a certidão fornecida pelo INSS, sem que se viole qualquer direito adquirido, nem a regra de contagem recíproca de tempo de serviço, porque a reciprocidade se limita à admissão do tempo normal admitido no regime a que submetido o servidor público. Por essas razões, nego provimento ao apelo.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 60.620 - SE

Relator: O SR. JUIZ **LÁZARO GUIMARÃES**

Apelante: MARIANA ALMEIDA GOMES

Apelada: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

Advogados: DRS. DANIEL FABRÍCIO COSTA JÚNIOR E OUTROS (APTE.) E SILAS COUTINHO DE FARIA ALVES E OUTROS (APDA.)

EMENTA

Administrativo. Incorporação dos quintos de servidores ocupantes de cargos de confiança. Abrangência da irredutibilidade. Precedentes. Apelo provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e examinados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que integram o presente.

Custas, como de lei.

Recife, 23 de setembro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Mariana Almeida Gomes apela ante sentença que denegou segurança impetrada com o objetivo de reimplantação da incorporação dos "quintos", calculados com base nas Leis 6.732/79 e 7.596/87 e cujos valores foram reduzidos em função da transformação das antigas funções comissionadas em cargo de direção, na Universidade Federal de Sergipe, como efeito da Lei 8.168/91 e do Ofício Circular 30, baseado na decisão 322/95 do Tribunal de Contas da União.

Dispensei nova ouvida do Ministério Público Federal em razão do disposto no art. 17 da Lei 1.533/51.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): Tenho me posicionado reiteradamente, neste Tribunal, pela extensão aos servidores ocupantes de cargos em comissão da garantia da irredutibilidade de vencimentos, desde a época em que integrei, como vice-presidente da Corte, a egrégia Terceira Turma, ali se formando orientação

pacífica mais tarde confirmada pelo Plenário.

É que a regra do art. 7º, VI, em combinação com a do art. 37, XV, da Constituição Federal, não comporta interpretação restritiva. O comissionado é servidor regido pelo Estatuto do Regime Jurídico Único (Lei 8.112/90). O que em relação à função submete-se à extinção por decisão unilateral é o próprio vínculo, a permanência no cargo, do qual pode ser exonerado livremente. Isso não significa que o seu padrão remuneratório possa ser reduzido, ou seja, que esteja fora da proteção geral dos salários e vencimentos dos trabalhadores em geral.

Por isso que a incorporação dos quintos deve ser calculada, em relação aos servidores que já os implementaram, sejam efetivos, sejam comissionados, levando-se em conta a legislação vigente à época, por força da garantia do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF). Quanto à eficácia da sentença, por se tratar de ação mandamental, as diferenças de remuneração devidas pela entidade pública serão executadas no mandado de segurança a partir da data da impetração.

Assim, dou provimento ao apelo, para conceder a segurança.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 60963 - AL

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS

Apelada: MERC. INCORPORAÇÕES LTDA.

Advogados: DRS. BRUNO MENDES (APTE.) E DAVID FERREIRA DA GUIA E OUTRO (APDA.)

EMENTA

Tributário. Certidão negativa de débito. Parcelamento. Garantia.

- A autarquia previdenciária, ao conceder o parcelamento dos débitos previdenciários sem a exigência de garantia, não pode posteriormente recusar-se ao fornecimento de Certidão Negativa de Débito, se o contribuinte encontra-se em dia com o pagamento das prestações.

- Preliminar rejeitada.

- Apelação e remessa desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento à apelação e à remessa, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 25 de setembro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA: Trata-se de apelação e remessa de sentença concessiva, em parte, da segurança impetrada por Merc. Incorporações Ltda. contra o INSS, visando à expedição da Certidão Negativa de Débito que lhe fora negada e condicionada à prestação de garantia.

O INSS apela, em preliminar, aduzindo a nulidade da sentença por julgamento *extra petita*. No mérito, afirma estar agindo em consonância com as normas legais pertinentes ao caso, exigindo garantia para o fornecimento da referida certidão.

Regularmente processados, subiram os autos para desembargo e a mim couberam por distribuição.

Relatei.

VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

DA NULIDADE DA SENTENÇA:

Não há o que se falar em nulidade da sentença por julgamento *extra petita*, uma vez que o MM. Juiz *a quo*, ao determinar a expedição da certidão positiva com o mesmo efeito de uma certidão negativa, acatou o pedido da parte, que visava à comprovação da não existência de crédito vencido.

Rejeito, pois, a preliminar.

VOTO-MÉRITO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): A impetrante obteve junto ao INSS o parcelamento de seus débitos previdenciários, quando fora firmado um termo de Confissão de Dívida Fiscal, não lhe sendo exigida, neste momento, nenhuma garantia. A autarquia previdenciária, ao ser compelida a expedir uma Certidão Negativa de Débito, condicionou tal fornecimento à prestação de garantia.

Como se vê, com a concessão do parcelamento do referido débito, deu-se a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, na forma do art. 151, I, do CTN.

O art. 85, V, do Decreto 612, de 21.07.92, estabelece requisitos à concessão do parcelamento. Todavia, se o Instituto não o fez, naquela ocasião, inadmissível sua recusa em fornecer a referida certidão posteriormente.

Eis o entendimento já firmado nesta colenda Corte:

"EMENTA: Administrativo. Previdenciário.

- Firmado acordo de parcelamento, a autarquia não pode negar ao devedor, que se encontra em dia com as parcelas, a respectiva Certidão Negativa de Débitos.

- Remessa oficial improvida".

(Dec. unân. da 1ª T. do TRF-5ª R. - REO 39954-AL, Rel. Juiz Hugo Machado, j. 16.03.94).

"EMENTA: Administrativo e Tributário. Certidão Negativa de Débito. Parcelamento da dívida concedido. Inexigibilidade de garantia.

- O parcelamento do débito, regularmente cumprido, suspende a exigibilidade do crédito, pelo que não poderá ser negada a expedição da CND.

- Remessa oficial improvida".

(Dec. unân. da 1ª T. do TRF-5ª R. - REO 40107-PB, Rel. Juiz Francisco Falcão, j. 10.06.94).

"EMENTA: Previdência Social. Certidão Negativa de Débito. Parcelamento.

- Empresa que obteve parcelamento do débito fiscal, sem que haja impontualidade no pagamento das prestações.

- Vinculação do fornecimento da certidão à prestação de garantia. Inexigibilidade.

- Estando em curso o parcelamento, regularmente concedido, não há que se falar em mora.

- Se a autarquia previdenciária, ao conceder o parcelamento, não exige garantia que assegure o pagamento da dívida, nos termos do art. 85, V, do Decreto nº 612/92, não

pode, posteriormente, recusar-se a fornecer Certidão Negativa de Débito.
- Direito constitucionalmente assegurado - CF/88, art. 5º, XXXIV, 'b'".
(Dec. unân. da 3ª T. do TRF-5ª R. - AMS 46773-PE, Rel. Juiz Rivalvo Costa, j. 15.12.94).
No tocante à ausência de direito líquido e certo dos impetrantes, alegada pelo apelante, entendo não assistir-lhe razão.
A matéria já foi objeto de reiterados julgamentos por esta e. Corte, reconhecendo o direito aqui pretendido.
Isto posto, nego provimento à apelação e à remessa.
Assim voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 353 - PB

Relator: O SR. JUIZ **MANOEL ERHARDT**
Partes A: MARIA AFONSO DE CASTRO E OUTROS
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA-PB
Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA-PB
Advogados: DRS. MARIA DE LOURDES SOUSA VIEIRA GOMES E OUTRO (PARTES A)

EMENTA

Constitucional e Processual Civil. Conflito negativo de competência. Ação ajuizada contra a Previdência Social fora do domicílio do segurado. Art. 109, parágrafo 3º, da CF. Faculdade conferida ao autor da ação para escolher onde quer demandar. Competência relativa. Prorrogação.
- O preconizado no parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal constitui-se numa faculdade conferida aos segurados e beneficiários da Previdência Social, no sentido de permitir-lhes optar pelo foro que melhor lhes convier.
- Tratando-se de competência territorial e não havendo o réu oposto exceção de incompetência do Juízo onde foi intentada a ação, tem-se por prorrogada a competência. Inteligência do art. 114 do CPC.
- Conflito de competência que se conhece, para declarar competente o Juízo suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, conhecer do conflito de competência e declarar competente o Juízo suscitado, 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, 1º de outubro de 1997 (data do julgamento).
JUIZ MANOEL ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ MANOEL ERHARDT: Maria Afonso de Castro e outros propuseram, perante a Justiça Federal do Estado da Paraíba, ação ordinária contra o INSS, objetivando o reajuste de seus benefícios previdenciários. A referida ação foi distribuída ao Juízo Federal da 2ª Vara, que declarou-se absolutamente incompetente para processar e julgar o feito, por entender que a ação deveria correr perante o Juízo Federal da 4ª Vara daquela mesma seccional, situada na cidade de Campina Grande, uma vez que os autores têm domicílio na cidade de Cajazeiras-PB.
O MM. Juiz Federal da 4ª Vara-PB, discordando de tal posicionamento, suscita o presente

conflito negativo de competência, aduzindo que se trata, *in casu*, de competência em razão do território, competência relativa, que não pode ser decretada *ex officio*. Neste Tribunal, foi ouvido o Ministério Público Federal, que, através do parecer lançado às fls.19/22, pugna pelo conhecimento deste incidente, declarando-se a competência do Juízo suscitado para apreciar e julgar o feito. É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ MANOEL ERHARDT (Relator): A questão aqui apreciada é de fácil deslinde, não necessitando de maiores aprofundamentos sobre a matéria. A ação ordinária, na qual foi suscitado o presente conflito de competência, foi ajuizada contra o INSS perante o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, embora o autor seja domiciliado no Município de São João do Rio do Peixe, no interior da Paraíba. Observo, antes de mais nada, que o caso é de competência territorial e, em sendo assim, é relativa.

Vale dizer, então, que, não tendo sido oposta pelo Instituto réu exceção de incompetência do foro eleito pelos autores, encontra-se prorrogada a competência (art. 114 do CPC).

A matéria aqui tratada já é bastante conhecida por este Eg. Tribunal, que, em vários outros incidentes, em tudo idênticos ao presente, entendeu ser competente o Juízo suscitado, ou seja, o MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba.

Por oportuno e para ilustrar este meu voto, reporto-me ao acórdão deste Tribunal, proferido nos autos do Conflito de Competência nº 311-PB, cuja ementa, da lavra do eminente Juiz Rivalvo Costa, é de seguinte teor:

"EMENTA: Processual Civil. Conflito negativo de competência. Incompetência em razão do território.

- Conflito de competência entre Juízes Federais de Varas localizadas em sedes distintas da mesma Seção Judiciária.

- A competência determinada em virtude da criação de Vara Federal no interior do Estado é apenas relativa.

- O juiz não pode declarar incompetência relativa de ofício porque somente à parte caberá excepcioná-la".

(Ac. publ. no DJU de 25.10.96, p. 81.725).

Por outro lado, o artigo 109, § 3º, da Constituição Federal, deve ser interpretado de modo a alcançar o que pretendeu o legislador ao inseri-lo na nossa Lei Maior.

Na realidade, buscou o legislador facilitar aos segurados e beneficiários da Previdência Social, geralmente pessoas humildes e de parcas economias, o acesso à Justiça, evitando que as mesmas tivessem que se deslocar de seus domicílios, todas as vezes que tivessem que litigar contra aquele órgão previdenciário.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 768 - PE

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA**
Impetrante: DR. ARSÊNIO JORGE FLEXA VIEIRA
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA - CE
Pacientes: MASSIMO DE BERARDINIS E CLAUDENIRA MOTA DE OLIVEIRA

EMENTA

Processual Penal. Indeferimento de pedido para retornar o paciente, estrangeiro, junto com seu cônjuge, para o país de origem. Coação ilegal inexistente. Preservação da *persecutio criminis* e da soberania estatal.

- Ordem de *habeas corpus* negada para não poderem os pacientes retornar, enquanto não julgados pelo crime imputado, ao país de origem.

- Não se tem certeza de que a legislação italiana assegure a extradição de seus nacionais, como a brasileira não a permite dos brasileiros natos. Também não se tem certeza de que a legislação italiana admita o cumprimento de sentença penal estrangeira, como a brasileira não o admite para cumprimento de pena.

- Ordem denegada.

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, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 11 de setembro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSE MARIA LUCENA: O advogado Arsênio Jorge Flexa Vieira impetra em favor de Massimo de Berardinis e Claudenira Mota de Oliveira ordem de *habeas corpus* com pedido de liminar contra ato do MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, com fulcro no art. 5º da CF e no art. 647, I, do CPP, objetivando expungir constrangimento ilegal que diz padecerem os pacientes em seu direito ambulatorial, consistente no fato de a suposta autoridade coatora haver denegado pleito por eles formulado, no fito de lhes ser expedido alvará para regressarem para o país em que têm domicílio, a dizer, Itália/Roma.

Alega o impetrante que foram os coatos presos em flagrante delito, acusados que estão sendo do crime de uso de documento falso, *in casu*, certidão de nascimento da menor de Berardinis, Laís Mota, que a teriam registrado como se sua filha fosse. Alega, ademais, que o tipo penal violado não seria o do art. 304, mas sim o do art. 242 do Estatuto Repressivo, consoante parecer, às fls. 19, cuja pena, a final, poderia o Juiz deixar de aplicar, nos termos do parágrafo único do referido dispositivo, caso provado tenham os imputados "agido por motivo de reconhecida nobreza". Arremata, frisando que não são traficantes de menores e que não poderia a indigitada autoridade coatora haver desconhecido a existência do instrumento da carta rogatória, bem como do instituto da extradição, se porventura condenados por sentença condenatória irrecorrível.

As informações de estilo demoram às fls. 44, através das quais dá conta a nobre autoridade coatora de que não ficara provado, pelo menos perfunctoriamente, a finalidade do ingresso no Brasil dos pacientes, ou seja, se aqui aportaram para adotar uma criança ou se para cometer tráfico internacional de párvolos brasileiros, razão por que indeferiu a expedição de alvará a fim de egressarem eles do país.

A liminar conjurada restou denegada, fls. 39/40, pelo douto Juiz Castro Meira, ante a ausência eventual do relator e o não comparecimento dos pressupostos autorizadores de sua concessão.

Colhido o parecer da Procuradoria Regional da República, na pessoa da diligente e

zelosa Dra. Regina Coeli Campos de Menezes, que opinou pela denegação do *writ*, sob o fundamento de que a instrução criminal encontra-se em fase inicial, não sendo possível, por enquanto, averiguar-se a ocorrência do grave crime de tráfico de infantes autóctones, inclusive o motivo ensejador de tal mercancia, além do que o procedimento criminal sofreria retardamento com o regresso dos acusados, ora pacientes, a Roma. Relatei.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): Os pacientes, o primeiro italiano, e a segunda de nacionalidade brasileira, casados entre si, impetraram *habeas corpus* com pedido de liminar, tendo sido esta indeferida, no fito de poderem regressar ao país de origem do cônjuge varão.

Encontram-se os pacientes sob o benefício da liberdade provisória, com fiança, após terem sido presos em flagrante delito nas dependências da Polícia Federal do Ceará, acusados do cometimento do delito de uso de documento falso, art. 304 do Código Penal, quando tentavam obter passaporte para uma menor brasileira, filha de Cristiane Nunes Cavalcante, registrada, todavia, como filha biológica dos coatos. Saliente-se, de logo, que, de acordo com as informações prestadas pelo suposto coator, fls. 44, recebidas em 3 de setembro de 1997, o inquérito policial não havia sido ainda distribuído judicialmente.

Ademais, apenas para argumentar (mesmo porque ao titular da ação penal é que compete dar ao fato típico, em tese, a definição jurídica cabível, podendo o juiz, por outro lado, em discordando dela, defini-la de forma diversa, nos termos do art. 383 do CPP), tenho para mim que se estaria diante ou do crime previsto no art. 242 do Estatuto Punitivo pátrio (na modalidade de registrar como seu o filho de outrem) ou no art. 245, § 2º (entrega de filho menor a pessoa inidônea), ou, finalmente, no do art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja pena mínima é de quatro anos e a máxima de seis anos de reclusão, de dicção:

"Art. 239. Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro".

É com a denúncia, entretanto, que se saberá qual a definição jurídico-penal adotada pelo MPF, dentre as acima apontadas, a incidir sobre o fato cometido pelos pacientes.

A pretensão dos coatos, em verdade, não merece acolhimento. De feito, a situação deles é diferente daquela dos nossos autóctones que, domiciliados ou residentes no Brasil e com profissão definida, estando respondendo a processos criminais neste território, requerem autorização para viajar ao exterior para estadas temporárias, o que, quase sempre, é denegado, máxime quando há por trás de tal requerimento a intenção velada de se subtraírem ao império da lei penal. Ora, então, se a situação se mostra assim para os cidadãos brasileiros, que dizer em relação a estrangeiros que aqui delinqüem?

É bom lembrar que em quase, senão em todos os sistemas jurídicos dos países civilizados, a regra é que, cometido o delito em seu território, aprisionar-se-á seu autor, preso em flagrante delito, constituindo-se a liberdade provisória exceção, a qual vale tanto para os nacionais como para os alóctones, sobretudo para estes. Além do mais, não se pode deslembrar que o flagrante, com a concessão da fiança, não é revogado, mas suspensos tão-somente seus efeitos, tanto que, revogada a liberdade provisória, restituir-se-á o *status quo ante*, a dizer, a prisão em flagrante.

Cometido o delito em território brasileiro (e deveriam saber os coatos que, assim agindo, estariam sujeitos às conseqüências advindas de tal conduta, tais como a interrupção das atividades por eles desenvolvidas em seu país, a privação da convivência da família e, principalmente, a privação da liberdade, não sendo esta última a hipótese destes autos,

pois se encontram eles em liberdade provisória, com fiança), em nome da soberania estatal, personificada, no particular, no Poder Judiciário), especificamente, no exercício das atribuições conferidas pela Carta Política Fundamental, mister se faz que, até por conta de se lhe preservar sua imagem e poder, o estrangeiro que o cometeu permaneça no lugar da infração em que será processado e julgado, pois, ao revés, tal soberania restará seriamente ameaçada, mercê da inexecutabilidade de aplicação da lei penal, caso egresses, antes da sentença penal irrecorrível, do país em que ocorreu a infração, Brasil, para reingressarem no de origem, Itália.

Assim, enquanto não julgados pelo crime que se lhes imputa, inclusive em caso de condenação definitiva, não cumprida a pena imposta, não podem sair do país, porquanto, sejamos realistas, para aqui jamais volveriam, pois é natural que em tais casos impere o instinto de auto-defesa e auto-preservação, que os levará agasalhados sob as asas da pátria-mãe. Disto resulta, destarte, a presunção de inocuidade da aplicação da censura penal, em caso de condenação, sem se falar que a *persecutio criminis* sequer se chegaria a findar, quiçá, ou pelo menos, demoraria, e muito, a findar-se, ante a dificuldade de obtenção dos atos processuais daqueles residentes no estrangeiro.

Não tenho certeza de que a legislação italiana assegure, a exemplo da brasileira, a extradição de seus nacionais, como também, a exemplo da nossa, admita o cumprimento de sentença penal estrangeira, de sorte que estaríamos diante de um ignominioso caso de impunidade, porque, concedida a ordem, o poder punitivo estatal não sairia do papel, ante a impossibilidade de execução da pena, se condenação houver.

Desta forma, não antevejo coação ilegal a atingir o direito de liberdade dos pacientes, razão pela qual denego a ordem.

Assim voto.

HABEAS CORPUS N. 769 - PE

Relator: O SR. JUIZ **MANOEL ERHARDT**
Impetrantes: DRS. BORIS TRINDADE E OUTRO
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA-PE
Paciente: ROSA GOMES DE SÁ

EMENTA

Processual Penal. Prisão preventiva. Falta de motivação expressa. Anulação do decreto.

- A prisão preventiva é medida excepcional e, em sendo assim, a sua fundamentação deve estar explícita. O "Decreto de Prisão Preventiva" deve mencionar, expressamente, as razões que levam o magistrado a decretá-la.

- Ordem que se concede.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, 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, 9 de outubro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ MANOEL ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ MANOEL ERHARDT: Cuida-se de *habeas corpus* liberatório impetrado em favor de Rosa Gomes de Sá, tendo como autoridade apontada como coatora o MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco.

Alegam os impetrantes que a prisão preventiva da ora paciente foi decretada sem nenhuma fundamentação, o que vai de encontro ao estabelecido na Constituição Federal e no Código de Processo Penal.

A douta autoridade apontada como coatora prestou suas informações às fls. 12.

Em seu opinativo, às fls. 25/31, a ilustre representante do Ministério Público Federal manifesta-se pela denegação da ordem requerida.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ MANOEL ERHARDT (Relator): A prisão da paciente foi decretada pelo MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco com fundamento na Lei nº 9.271/96, c/c o art. 312 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Passo a ler trecho do "Termo de Audiência" onde foi decretada a referida prisão, conforme já mencionei no relatório:

"Iniciados os trabalhos..." (leitura da fl. 07).

Observa-se, portanto, que no referido Termo de Audiência o MM. Juiz tomou várias providências e, ao final, decretou a prisão preventiva.

Na verdade, seria possível dizer que a fundamentação dessa prisão preventiva estaria implícita em razão da fuga da ré, tendo em vista o seu não comparecimento, na data designada, para o interrogatório. Entendo, todavia, que a prisão preventiva é medida excepcional e, em sendo assim, a sua fundamentação deve estar explícita. O "Decreto de Prisão Preventiva" deve mencionar, expressamente, as razões que levam o magistrado a decretá-la, o que não se verifica na decisão ora apreciada.

É que o MM. Juiz *a quo* limitou-se, tão-somente, em dizer que estavam presentes as hipóteses da lei penal, sem, contudo, demonstrar expressamente a necessidade da decretação dessa prisão.

Penso que a intenção do Julgador *a quo* foi assegurar a aplicação da lei penal, considerando que a ré, ora paciente, não foi localizada para a citação, uma vez que passou a residir em outro Estado da Federação.

Entendo, no entanto, que tal fato não é suficiente para que seja adotada essa medida extrema.

A decretação de prisão de um indivíduo por parte do juiz exige, sobretudo após a Constituição de 1988, expressa motivação, o que não vislumbro no presente caso. Desta maneira, concedo a presente ordem de *habeas corpus*, para anular o decreto de prisão preventiva por falta de motivação, sem prejuízo, no entanto, de que S. Exa., o digno Juiz da 4ª Vara Federal de Pernambuco, venha a expedir outro decreto de prisão, se assim entender, desde que observados os seus pressupostos e a fundamentação adequada.

Encontrando-se, contudo, a paciente presa por força de mandado de prisão expedido pela Justiça Federal de Alagoas, não haverá condições de cumprimento imediato do alvará de soltura.

É como voto.

Relator: O SR. JUIZ **PETRUCIO FERREIRA**

Impetrantes: BOA ESPERANÇA PETRÓLEO LTDA. E OUTROS

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA-PE

Advogados: DRS. BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO (IMPTES.)

EMENTA

Constitucional. Tributário. Processual Civil. Mandado de Segurança. Art. 155, § 3º, da CF. Operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do país. Contribuições sociais. Incidência.

1 - Nos precisos termos do § 3º, art. 155, da CF, à exceção do ICMS (art. 155, II, CF) e dos Impostos de Importação e Exportação (art. 153, I e II, CF), nenhum tributo incidirá sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do país.

2 - Verifica-se da redação do § 3º do art. 155 da CF que o legislador constituinte, ao beneficiar com imunidade tributária os bens e os serviços ali especificados, limitou, entretanto, tal benefício constitucional ao fato gerador - circulação de mercadorias, em cujo conceito não se compreende o faturamento, fato gerador do PIS e da COFINS.

3 - Segurança denegada.

ACÓRDÃO

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

Recife, 14 de maio de 1997 (data do julgamento).

JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA: Cuida a hipótese de mandado de segurança interposto por Boa Esperança Petróleo Ltda. e outros contra decisão do MM. Juiz Federal da 8ª Vara-PE, Dr. Rogério de Meneses Fialho Moreira, proferida em ação cautelar que denegou liminar que objetivava a suspensão da exigibilidade do PIS e da COFINS sobre operações com combustíveis e lubrificantes, com fundamento no disposto no art. 155, § 3º, da CF.

Dispõem os impetrantes na exordial que a imunidade de que cuida o § 3º do art. 155 da CF/88 alcança todos os tributos, salvo os expressamente enumerados e admitidos, e não apenas os impostos, desde que atinjam operações relativas a combustíveis e, ainda, que na novel Carta Magna foram incluídos no gênero tributo as contribuições parafiscais e as contribuições de intervenção no domínio econômico, não restando dúvidas de que tanto o PIS como o FINSOCIAL passaram a ser considerados tributos, conforme entendimento já adotado pelo próprio STF.

Concedi a liminar por encontrar presentes os requisitos necessários do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

A autoridade apontada como coatora presta informações às fls. 91/92.

Foram devidamente citadas para integrar a lide na qualidade de litisconsortes necessárias a Petrobrás Distribuidora S/A; a Texaco do Brasil S/A; a Shell do Brasil S/A; a Castrol do Brasil Ltda.; a Cia. Brasileira de Petróleo Ipiranga; a Esso Brasileira de Petróleo Ltda. e a Fazenda Nacional.

Das acima citadas apenas se manifestaram nos autos a Shell do Brasil S/A (fls. 117/120); a Texaco do Brasil S/A (fls. 124/125) e a Fazenda Nacional (fls. 131/140).

A Shell pede, em preliminar, sua exclusão da lide por ser parte ilegítima e, no mérito, pugna pela improcedência da presente ação.

A Texaco do Brasil S/A aduz vir cumprindo as determinações legais, endossando as razões a serem apresentadas pela União Federal - Fazenda Nacional.

A Fazenda Nacional, por sua vez, sustenta a inexistência de direito líquido e certo; ausência dos requisitos necessários à concessão da liminar, tendo em vista que a imunidade requerida possui fatos geradores distintos; a não interposição do recurso cabível, no caso, agravo de instrumento; a inviabilidade da suspensão da exigibilidade de crédito tributário em sede de ação cautelar, pedindo, ao final, pela denegação da segurança.

O Procurador Regional da República, em seu parecer, pugna pela concessão da segurança, sob o fundamento de que a imunidade prevista no art. 155, § 3º, da CF, aplica-se ao PIS e à COFINS.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA (Relator): Cuida a hipótese de mandado de segurança contra despacho da lavra do MM. Juiz Rogério de Meneses Filho Moreira, Juiz Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que, em ação cautelar, indeferiu liminar para suspender a exigibilidade de débitos relativos ao PIS e à COFINS, entendendo não aplicável à espécie a imunidade tributária sobre derivados de petróleo (art. 155, § 3º, CF).

Tratando a hipótese de ação mandamental, cumpre analisar, *prima facie*, a existência de liquidez e certeza do alegado direito.

Inicialmente, é de se firmar que não há como dissociar-se o § 3º do art. 155 da Constituição Federal do seu *caput* (155, II), para interpretar-se o alcance da imunidade pretendida.

Nos ensinamentos de Pontes de Miranda, em comentários ao art. 19 da CF de 1967, "a regra jurídica de imunidade é regra no plano das regras jurídicas de competência dos poderes públicos - obsta a atividade legislativa impositiva, retira ao corpo que cria impostos qualquer competência para os pôr na espécie". É do mesmo autor a classificação de imunidade objetiva aquela prevista no art. 19, III, "d", da CF de 1967, pois incidente sobre bens, e de imunidade subjetiva, pois incidente sobre pessoas, a prevista no mesmo art. 19, III, letra "c".

Nessa linha de entendimento, temos que o § 3º do art. 155, excepcionado o inciso II do mesmo art. 155 da CF, institui uma imunidade sobre a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do país, exceto quanto ao ICMS, ao Imposto de Importação e ao de Exportação nas operações relativas à circulação de mercadorias.

Como a venda (movimentação econômica) é um fato que realiza hipótese de incidência de circulação ou movimentação de mercadoria, poder-se-ia, à primeira vista, ter-se como fato para realização da hipótese de incidência da Contribuição Social. Contudo, o que as normas jurídicas elegem como núcleo para realização da hipótese de incidência não é o fato venda ou vendas, mas o faturamento mensal, ou melhor, realização de todas as vendas - é o que o mestre Alfredo Augusto Becker chama de estado de fato. Quando o fato (sentido lato) que realiza a hipótese de incidência consiste num estado de fato, poderia parecer à primeira vista que a mesma regra jurídica estaria incidindo duas ou mais vezes sobre a mesma hipótese de incidência realizada, pois o estado de fato é o fato

que aconteceu e permanece e que, por visto, pode ser contemplado, ou no momento em que aconteceu (portanto como fato estrito senso), ou sob o ângulo de sua duração continuada (portanto como estado de fato).

Força é concluir que o faturamento - receita bruta de todas as vendas - tomado aqui como duração continuada do fato vendas, e que assim foi contemplado como núcleo da hipótese de incidência das contribuições de que se cuida, e que se encontra fora do que se pode caracterizar como circulação ou movimentação de mercadoria.

Verifica-se da redação do § 3º do art. 155 da CF de 1988, que o legislador constituinte, ao beneficiar com imunidade tributária os bens e os serviços ali especificados, limitou, entretanto, tal benefício constitucional ao fato gerador - circulação de mercadorias, em cujo conceito não se compreende o faturamento.

Por outro lado, verifica-se que a COFINS - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, apesar de não se questionar quanto a sua natureza tributária, tem finalidade específica, ou seja, a de financiar a Seguridade Social, que é dever de toda a sociedade. Excetuam-se dessa obrigação, tão-só, as entidades beneficentes, nos termos do art. 195, § 7º, da CF, c/c o art. 6º da LC 70/91. Não cabe, pois, ao intérprete ampliar o benefício da imunidade além do que está previsto na própria carta constitucional.

Neste sentido, acórdão de minha lavra:

"Constitucional. Tributário. Imunidade. Art. 155, II, § 3º, da CF. COFINS. PIS. Operações relativas à circulação de mercadorias e serviços. Energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do país. Conceito. Movimentação ficta, física e econômica. Incidência. ICMS, Importação e Exportação. Contribuição Social. PIS. COFINS. Imunidade somente às entidades beneficentes. Art. 195, § 7º, CF.

1 - Somente nas operações que se caracterizem como de circulação de mercadorias, ou seja, na movimentação ficta, física ou econômica ocorrida da fonte de produção até o consumo, é que se dirige a regra imunizante do § 3º, art. 155, da CF, fazendo excluir nas operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do país qualquer outro tributo senão o ICMS, o Imposto de Importação e o de Exportação.

2 - A Contribuição Social e o PIS têm como núcleo da realização de suas hipóteses de incidência o faturamento, que, apesar de se constituir em receita de todas as vendas, caracteriza-se sob o ângulo da duração continuada do fato - vendas.

3 - Verifica-se da redação do § 3º do art. 155 da CF de 1988 que o legislador constituinte, ao beneficiar com imunidade tributária os bens e os serviços ali especificados, limitou tal benefício constitucional ao fato gerador relativo à circulação de mercadorias.

4 - A COFINS - Contribuição para a Seguridade Social, apesar de não mais se questionar quanto a sua natureza tributária, tem finalidade específica, ou seja, a de financiar a Seguridade Social, que é dever de toda a sociedade. Excetuam-se dessa obrigação, tão-só, as entidades beneficentes, nos termos do art. 195, § 7º, da CF, c/c o art. 6º da LC 70/91, não cabendo ao intérprete ampliar o benefício da imunidade além do que está previsto na própria Carta Constitucional.

5 - No campo tributário é de se ter presente, na hipótese ora examinada, não a redução dos custos de produção, mas a finalidade assecuratória de Segurança Social prevista pela Carta Constitucional como Direitos e Garantias Constitucionais, e especialmente os relativos à Seguridade Social - saúde, previdência e assistência social. Assim também a finalidade da regra contida no art. 195 e seus parágrafos da CF, que determinam a participação de toda a sociedade para contribuir para a Seguridade Social.

6 - Apelação improvida".

(AMS 48432).

Não vislumbro presente, portanto, o direito deduzido, face à divergência dos fatos

geradores do PIS e da COFINS com o fato gerador a incidir sobre as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais, pelo que denego a segurança.
É o meu voto.

RECURSO CRIMINAL N. 62 - RN

Relator: O SR. JUIZ **MANOEL ERHARDT**
Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA
Recorridos: ADALBERTO SOARES DE ARAÚJO AMORIM NETO, PEDRO VICENTE RODRIGUES, ONEIDE MAURÍCIO DE QUEIROZ E JOÃO FRANCO DA SILVA
Advogado: DR. VALÉRIO DJALMA CAVALCANTI MARINHO (RECDOS.)

EMENTA

Processual Penal. Crime praticado por prefeito de município contra empresa pública federal. Competência do Tribunal Regional Federal. Interpretação do art. 29, VIII, da CF. As causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes são da competência da Justiça Federal.

A Constituição Federal assegura aos Prefeitos Municipais serem processados e julgados perante o 2º Grau de Jurisdição (art. 29, VIII, da CF); em casos de crimes federais, por analogia, deverão ser processados pelo Tribunal Regional Federal.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento ao recurso, 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, 28 de agosto de 1997 (data do julgamento).

JUIZ MANOEL ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ MANOEL ERHARDT: O Ministério Público Federal denunciou Adalberto Soares de Araújo Amorim Neto, Pedro Vicente Rodrigues, João Franco da Silva e Oneide Maurício de Queiroz, ex-Prefeita do Município de Várzea-RN, como incurso nas penas do art. 171, § 3º, do Código Penal Brasileiro.

Narra a peça vestibular que:

"No tocante à denunciada Oneide Maurício de Queiroz, ex-Prefeita de Várzea no período compreendido entre 31.01.83 e 20.04.88, sobeja comprovado que, na qualidade de cliente privilegiada e valendo-se do cargo e da amizade que a unia aos demais indiciados, perpetrou as mais diversas falcatruas. Nesse passo, destaca-se o golpe no qual envolveu várias pessoas humildes do município que governava, ao conseguir que assinassem contratos de empréstimos, viabilizados e agilizados pelos dois primeiros denunciados, e desviando, com a ajuda e em proveito do grupo, os valores originários desses mesmos empréstimos, deixando aos incautos iludidos apenas a responsabilidade pelas dívidas por eles contraídas, às vezes, até sem saber". (Fls. 14).

Às fls. 314/323, promoção do Ministério Público pela remessa dos autos a este Tribunal, tendo em vista que o crime ocorreu em detrimento do patrimônio de empresa pública federal.

O MM. Juiz singular, reconhecendo a incompetência do Juízo *a quo*, decidiu no sentido de remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, fundado no art. 29, VIII, da Constituição Federal de 88.

Irresignado com esta decisão, recorre o Ministério Público em sentido estrito, alegando impossibilidade do Tribunal de Justiça Estadual decidir matéria da competência da Justiça Federal.

Apesar de devidamente intimado, transcorreu o prazo sem que fossem apresentadas contra-razões.

Às fls. 354/360, despacho do MM. Juiz singular mantendo a decisão recorrida.

Parecer do Ministério Público Federal, perante este Tribunal, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ MANOEL ERHARDT (Relator): Trata-se de recurso criminal interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão do MM. Juiz da 2ª Vara do Rio Grande do Norte, que deslocou a competência para julgamento da ação penal interposta contra Oneide Maurício de Queiroz, ex-Prefeita de Várzea, e outros pelo crime de estelionato praticado em detrimento da Caixa Econômica Federal - Agência da cidade de Nova Cruz-RN.

Estabelece a Constituição Federal, no seu art. 29, inc. X, *verbis*:

"Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça".

Desta forma, com a nova ordem constitucional, os Prefeitos que praticam crimes passam a ser processados e julgados pelos Tribunais de Justiça dos Estados.

Por outro lado, estabelece o art. 109, IV, da CF/88:

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

(...)

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral".

No caso presente, verifico que o fato tido como criminoso foi praticado em detrimento de empresa pública federal - Caixa Econômica. Assim a competência se desloca para a Justiça Federal, pelo que não poderia o Juízo singular deslocar a competência para o Tribunal de Justiça Estadual.

A propósito do tema, trago à colação jurisprudências neste sentido:

"Processual Penal. Peculato que teria sido cometido por ex-Prefeito municipal durante o exercício do mandato. Verba federal sujeita a controle do Tribunal de Contas da União.

1. Estando presentes a eventual prática de crime perpetrado por Prefeito Municipal e o interesse da União Federal, competente é a Justiça Federal para processar e julgar o feito.

2. Conflito conhecido, declarado competente o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o suscitante".

(CC 15252-RS/STJ, Rel. Min. Anselmo Santiago, julg. unan. em 21.11.95, publ. no DJ em

12.02.96).

"Processo Penal. Competência. Crime cometido por Prefeito Municipal. Ofensa a interesse da União. Desvio ou má aplicação de recursos repassados pela União.

1. Os Prefeitos Municipais são julgados criminalmente pelos Tribunais de Justiça (art. 29, X, CF), salvo quando acusados de crime de competência da Justiça Federal, caso em que a competência para o processo e julgamento é do Tribunal Regional Federal.

Entendimento jurisprudencial pacificado.

(...)"

(Inq. 0102467-MT/TRF 1ª Reg., Rel. Juiz Olindo Menezes, julg. em 05.12.96 e publ. no *DJ* de 20.03.97).

"Ação Penal originária. Denúncia contra ex-Prefeito, Prefeito e funcionários de autarquia federal. Crime cometido em detrimento de autarquia federal. Competência dos Tribunais Regionais Federais. Foro privilegiado. Crimes conexos. Rejeição da denúncia.

1. Fornecimento de certidão de tempo de serviço ideologicamente falsa por ex-Prefeito e por Prefeito Municipal. Finalidade de utilização por servidores do DNOCS para obtenção de estabilidade funcional.

2. Denúncia por crime de falsidade ideológica - CP, art. 299, fatos descritos que se enquadram na hipótese prevista no art. 301, *caput*, do Código Penal - certidão ou atestado ideologicamente falso. Aplicação do princípio da especialidade.

3. Delito apenado com detenção de dois meses a um ano.

4. Tendo decorrido mais de 04 anos entre a consumação do fato e a data da deliberação pelo Plenário sobre o recebimento da denúncia (primeiro evento interruptivo do prazo prescricional), extinguiu-se a punibilidade.

5. Prescrição da pretensão punitiva. Rejeição da denúncia. CPP, art. 43, II".

(Inq. 97-CE/TRF 5ª Reg., Rel. Juiz Rivaldo Costa, julg. em 18.10.95, publ. no *DJ* de 15.12.95).

Com estas considerações, dou provimento ao presente recurso.

É como voto.

REMESSA EX OFFICIO N. 61.289 - PE

Relator: O SR. JUIZ **PETRUCIO FERREIRA**
Parte Autora: ROBERTO DOS SANTOS SHERER
Parte Ré: FAZENDA NACIONAL
Advogados: DRS. SERGIO LUIZ BEZERRA PRESTA E OUTROS (PARTE A)

EMENTA

Tributário. Administrativo. Importação de veículo para uso próprio. Bagagem. Portarias 05/91 e 8/91 - DECEX. Inaplicabilidade.

1 - A regra em matéria de importação de produtos estrangeiros é de que estão sujeitos ao controle governamental, não afrontando os princípios da isonomia - por dirigir-se a bens usados de maneira genérica e impessoal - nem o da legalidade, o ato administrativo que autorize ou proíba a expedição da guia em relação aos bens de consumo usados, dado o seu caráter extrafiscal, em defesa dos interesses fazendários nacionais.

2 - Tratando a hipótese de importação de veículo caracterizado como bagagem e para uso próprio, sem qualquer intuito de comércio ou revenda, não há como aplicarem-se as Portarias supramencionadas, posto que a situação é a disciplinada no art. 5º, inciso XV, da CF/88, de isenção de qualquer tributação.

3 - Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 21 de outubro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA: Trata-se de remessa oficial interposta à sentença de fls. 154 a 159, da lavra da MM. Juíza Nilcéia Maria Barbosa Maggi, da 10ª Vara-PE, que, entendendo parte legítima para figurar na lide o Inspetor da Alfândega no Porto do Recife e ao fundamento de que inexistente fato gerador para tributação a importação de veículo para uso próprio, como sendo parte integrante da bagagem de brasileiro que residiu há mais de cinco anos no estrangeiro, concluiu pela concessão da segurança.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA (Relator): Cuida a hipótese de remessa oficial interposta à sentença que, entendendo parte legítima para figurar na lide o Inspetor da Alfândega no Porto do Recife e ao fundamento de que inexistente fato gerador para tributação a importação de veículo para uso próprio, como sendo parte integrante da bagagem de brasileiro que residiu há mais de cinco anos no estrangeiro, concluiu pela concessão da segurança.

A questão nodal que deu ensejo à presente controvérsia diz respeito à possibilidade de internação no país, sem quaisquer ônus fiscais, em detrimento da existência das Portarias DECEX nº 05, de 27.03.91, e nº 08/91, art. 27, de veículo usado de uso pessoal, de quando da permanência do interessado no exterior e por ele trazido ao país juntamente com o restante da bagagem.

Acerca da discussão controvertem-se as decisões pretorianas, contudo, filio-me ao entendimento de que a vedação à importação de bens estrangeiros usados está materializada na questionada Portaria 8/91, com nova redação dada pelo art. 1º da Portaria Interministerial 3, de 12.09.95, que importa nos seguintes aspectos: o interesse individual não se sobrepõe à necessidade pública de manter a indústria nacional e preservar seus empregos; a inexistência de lei que autorize, ou que proíba a importação de bens de consumo usados; o caráter extrafiscal da Portaria DECEX nº 8/91, a qual não contraria qualquer dispositivo constitucional.

Registra o art. 27 da Portaria 8/91 - DECEX:

"Não será autorizada a importação de bens de consumo usados".

A manutenção da proibição está contida na Portaria Interministerial 3, de 12.09.95, dos Ministros de Estado da Indústria, do Comércio, do Turismo e da Fazenda, *verbis*:

"Art. 1º - Não será autorizada a importação de bens de consumo usados, exceto as importações de bens de consumo doados a hospitais, casas de saúde e outras entidades assistenciais e de caridade, sem fins lucrativos, para uso próprio ou para atender as suas finalidades institucionais, previstas em seus respectivos estatutos ou atos constitutivos, vedada sua comercialização ou transferência para terceiros com o objetivo de

comercialização".

In casu, contudo, tratando a hipótese de importação de veículo para uso pessoal caracterizado como bagagem, vez que já em uso pelo interessado ao tempo em que o mesmo residia no exterior, somando-se a tal fato a inexistência de qualquer intuito de comércio ou revenda, não há como aplicarem-se as Portarias supramencionadas, posto que a situação é completamente diferenciada.

A Constituição Federal, em seu inciso XV do art. 5º, assim preceitua:

"É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens".

Em regulando a matéria, o Decreto-lei nº 2.120/84 assim determina:

"Art. 1º. O viajante que se destine ao exterior ou dele proceda está isento de tributos, relativamente aos bens integrantes de sua bagagem, observados os termos, limites e condições estabelecidos em ato normativo expedido pelo Ministério da Fazenda.

§ 1º Consideram-se bagagem, para efeitos fiscais, o conjunto de bens de viajante que, pela quantidade ou qualidade, não revele destinação comercial.

Art. 2º

Art. 3º . Aplicar-se-á o regime comum de importação aos bens qualificáveis como bagagem que não satisfizerem os requisitos para a isenção ou a tributação especial, previstos nos artigos anteriores".

Pertinentes são as decisões:

"Tributário. Importação. Veículo. Uso próprio. Residência no estrangeiro. Ingresso no território nacional. Liberação. Bagagem.

Não configura hipótese de importação a entrada em território nacional de veículo adquirido no estrangeiro por brasileiro que, comprovadamente lá residia, caracterizando, nesse caso, ingresso de bagagem para uso pessoal". (TRF 4ª, REO 04066358, Turma: 2ª, Relator: Juiz Doria Furquim, decisão 20.10.95).

"Tributário e Processual Civil. Bagagem. Bem de uso pessoal. Veículos estrangeiros. Liberação. Não recolhimento do Imposto de Importação.

Apelo da União improvido. Tutela jurisdicional principal satisfeita. Apelos de sentenças cautelares prejudicados". (AMS 017361-CE, Relator: Juiz Francisco Falcão, Turma, 01, decisão unânime, data do julgamento 02.12.92).

"Administrativo Fiscal e Processual Civil.

Importação de veículo: motocicleta; retenção pelo Fisco, por considerar caracterizado dano ao erário, ao fito de promover a aplicação da pena de perdimento, por ultrapassado o valor-limite de cem dólares norte-americanos. Mandado de Segurança.

1 A importação de motocicleta de uso pessoal, como parte da bagagem de brasileiro que adquiriu no exterior, com recursos lá auferidos após longos anos de permanência e retorna ao Brasil, mesmo que o respectivo valor ultrapasse o limite de cem dólares, não configura dano ao erário.

2 Aplicação dos arts. 3º, 4º e 5º do Decreto-lei n. 1455, de 07.04.76.

3 Precedentes". (TFR, MS 0107765, Relator: Ministro Bueno de Souza, decisão unânime, Turma: TP).

Por tais razões, nego provimento à remessa oficial.

É o meu voto.