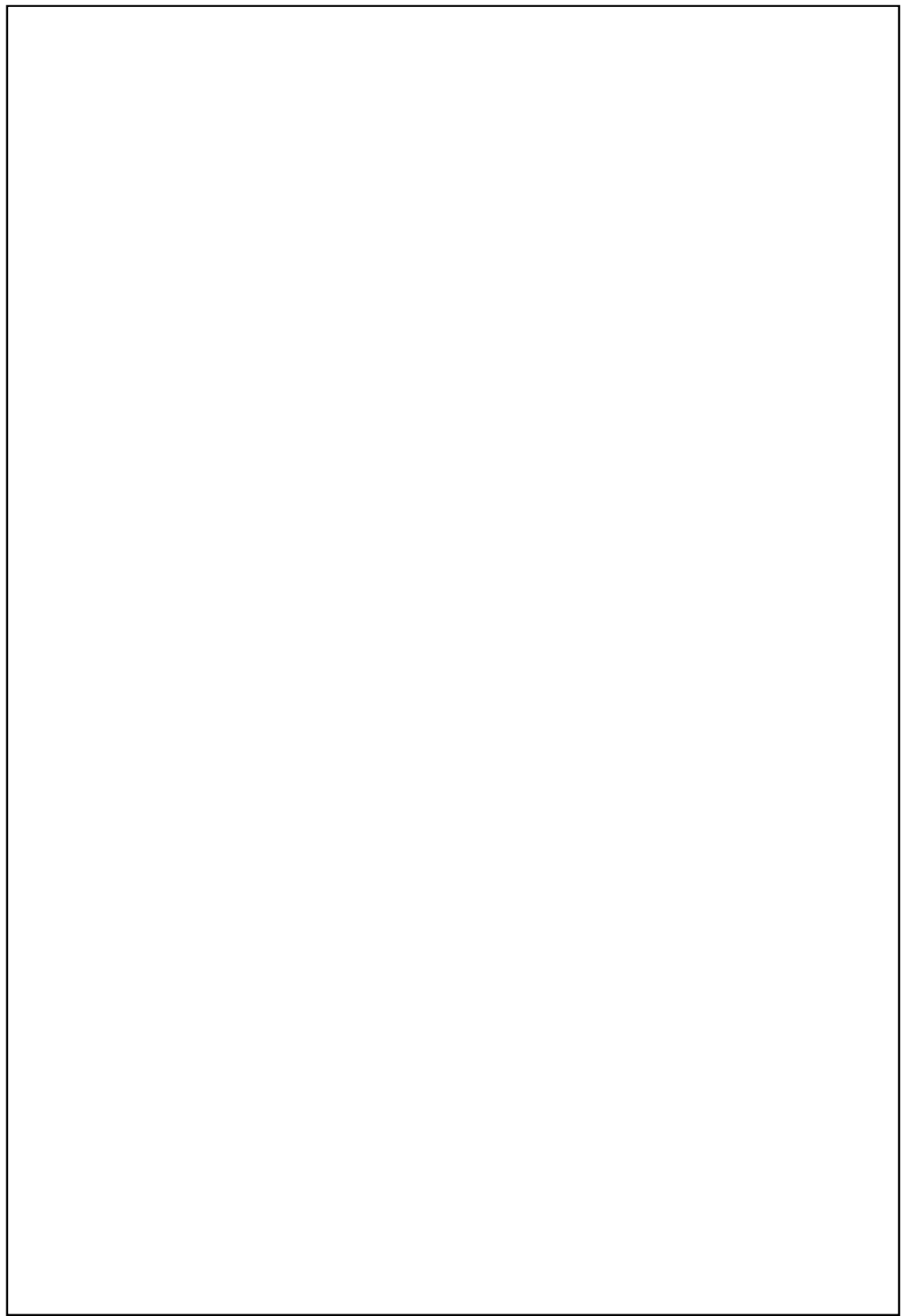


**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
5ª REGIÃO**

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

Número 62 - Outubro/Dezembro - 2005

R. TRF 5ª Região, nº 62, p. 1 - 345, Outubro/Dezembro - 2005



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

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

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

Administração

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

GABINETE DA REVISTA:

Diretor

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO

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

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

Apoio Técnico e Diagramação
ARIVALDO FERREIRA SIEBRA JÚNIOR
NIVALDO DA COSTA VASCO FILHO

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

IOB Thomson

IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.

Síntese Publicações

Gilberto Fischel - Presidente

Elton José Donato - Diretor

Maria Liliana de Cássia V. Polido - Gerente Editorial de Prod. Jurídicos

Alice Maria Borghi Marcondes Sampaio - Gerente de Conteúdo Editorial

IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.

Rua Antonio Nagib Ibrahim, 350 - Água Branca

05036-060 - São Paulo - SP

Vendas e assinaturas: Fone: 0800-7072244

Assinaturas: Fone: (11) 2188-7478

www.iob.com.br

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

Trimestral

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

ISSN 0103-4758

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

CDU 34(05)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00 -
Presidente

Desembargador Federal

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01 - Vice-Presidente

Desembargador Federal

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00 - Corregedor

Desembargador Federal

RIDALVO COSTA - 30.03.89

Desembargador Federal

PETRUCIO FERREIRA DA SILVA - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA - 29.04.92

Desembargador Federal

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS - 13.03.96

Desembargador Federal

UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - 03.12.97

Desembargadora Federal

MARGARIDA CANTARELLI - 09.12.99

Desembargador Federal

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - 03.07.00
Diretor da Revista

Desembargador Federal
NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - 03.07.00

Desembargador Federal
PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA - 19.09.01

Desembargador Federal
FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03

Desembargador Federal
MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

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

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

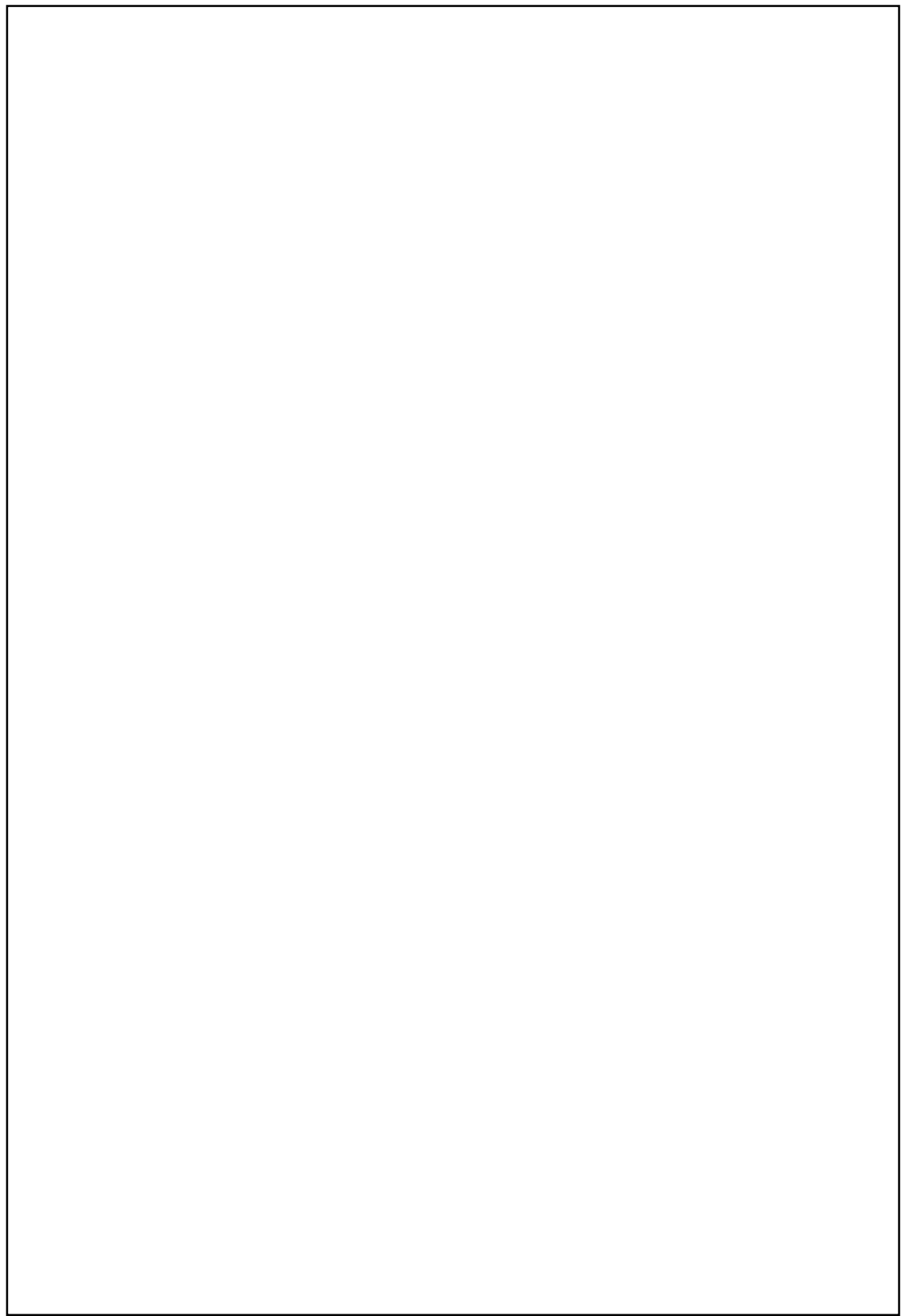
Desembargador Federal NAPOLEÃO MAIA FILHO - Presidente
Desembargador Federal PETRUCIO FERREIRA
Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

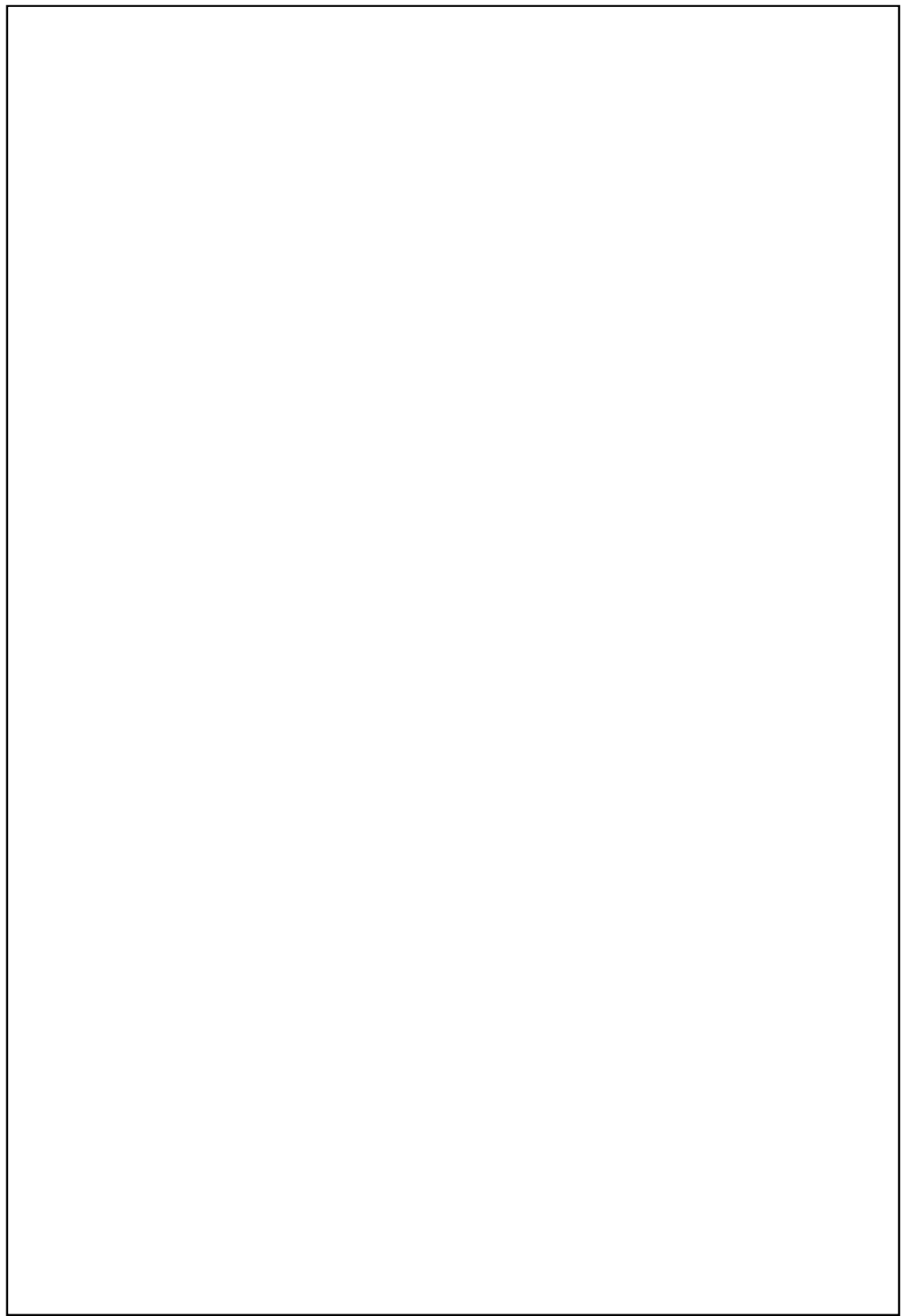
QUARTA TURMA (terças-feiras)

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

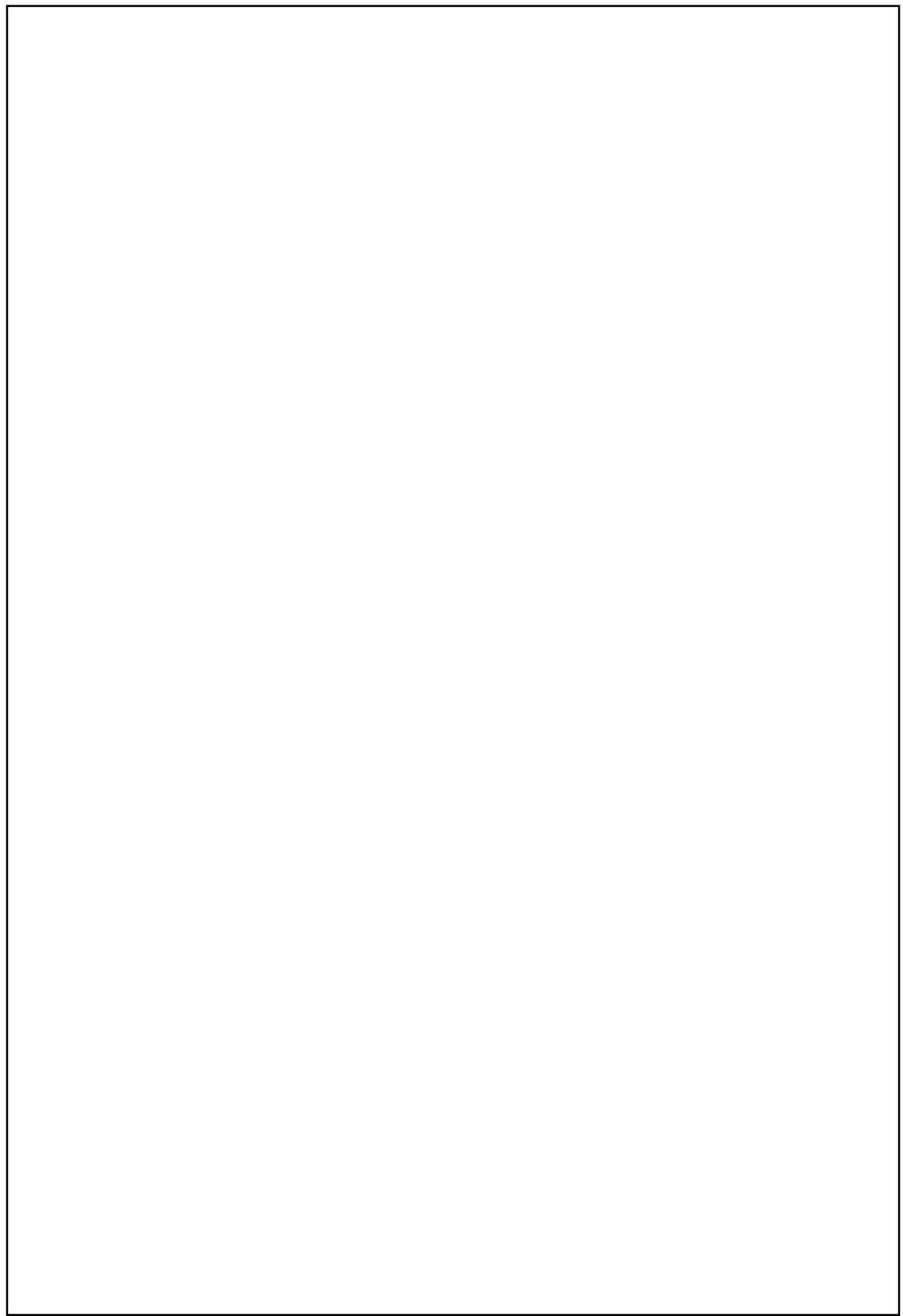


SUMÁRIO

I - Decisões	13
II - Jurisprudência	57
III - Índice Sistemático	329
IV - Índice Analítico	333



DECISÕES



SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 3.613-PE

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - PRESIDÊNCIA
Requerente: MUNICÍPIO DO RECIFE - PE
Requerido: JUÍZO DA 12ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Partes A.: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Partes R.: MUNICÍPIO DO RECIFE-PE, MUNICÍPIO DE OLINDA-PE, MUNICÍPIO DO JABOATÃO DOS GUARARAPES-PE, MUNICÍPIO DE PAULISTA-PE E MUNICÍPIO DE CAMARAGIBE-PE
Repte.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDADE

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de suspensão de liminar interposta pelo Município de Recife em face da decisão do MM. Juiz da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco que, nos autos da ação civil pública nº 2005.83.008987-2, concedeu medida liminar, determinando: (a) que os Municípios de Recife, Olinda, Jaboatão dos Guararapes, Paulista e Camaragibe, em conjunto, apresentem os levantamentos de todas as edificações construídas em alvenaria autoportante existentes dentro de seus limites no prazo de 120 (cento e vinte) dias; (b) após a conclusão da primeira parte, a realização de estudo técnico, nos moldes propostos pelo ITEP e mencionado nestes autos, sendo que para tanto poderão realizá-lo em convênio ou de modo isolado por seus órgãos de engenharia, tudo no prazo de 18 meses; (c) que a Caixa Econômica Federal será responsável de modo solidário com os Municípios naquelas obras que financiou e comercializou; (d) que os Municípios tomem as devidas precauções para a proteção do patrimônio e vida das pessoas, no caso de ser constatado risco; (e) e que sejam suspensas as licenças de construção para edificações em alvenaria autoportante enquanto durarem os estudos e forem tomadas as conclusões devidas.

O Município do Recife sustenta que a mencionada liminar deve ser suspensa, por importar em risco de grave lesão à ordem pública e à ordem econômica. Argumenta que o juiz de primeiro grau invadiu o campo de atuação exclusivo do administrador, ferindo frontalmente o princípio da separação dos poderes. Aduz que não compete ao Ministério Público nem ao Poder Judiciário interferir na eleição das ações prioritárias a serem realizadas pelo Governo Municipal.

Acentua, outrossim, que, em razão do princípio da reserva do financeiramente possível, o Município nunca poderá resolver todos os problemas existentes. Registra, ainda, que se está diante de uma situação na qual inexistente norma legal específica impondo a execução da medida diferida, havendo, *in casu*, apenas normas programáticas, não podendo ser o Município obrigado a executar determinado ato administrativo.

Acrescenta que qualquer despesa realizada pela Administração necessita de suporte orçamentário, sob pena de crime de responsabilidade. Ademais, realça que o magistrado ao suspender a concessão de licenças atuou como legislador positivo. Por fim, requereu a suspensão dos efeitos da liminar concedida.

Com isso, vieram os autos conclusos.

Inicialmente, ressalte-se que o art. 12 da Lei nº 7.347/85 estabelece a competência do Presidente do Tribunal para conhecer e julgar requerimento destinado a suspender a execução de liminar proferida em Ação Civil Pública, *in verbis*:

“Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5

(cinco) dias a partir da publicação do ato.

§ 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento” **(grifos apostos)**.

Ressalte-se, todavia, que o Plenário deste TRF da 5ª Região decidiu em questão de ordem, nos autos da Suspensão de Liminar nº 3.564/PE, que a competência para julgar agravo regimental é do Órgão Pleno, e não das Turmas Julgadora.

Desta feita, é imperioso, portanto, reconhecer a competência do Presidente deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região para decidir sobre pedido de suspensão de liminar, interposto por pessoa jurídica de direito público, com o objetivo de elidir grave lesão à economia e à ordem públicas, razão pela qual se passa a apreciar os requisitos para a sua concessão.

O objeto da presente demanda consiste na possibilidade do Ministério Público requerer judicialmente obrigação de fazer que importe em despesas não previstas na lei orçamentária municipal. A referida obrigação refere-se à identificação de todas as edificações construídas em alvenaria autoportante, à realização de estudo técnico com o fito de prevenir futuros desabamentos dessas edificações e à tomada de precauções para a proteção do patrimônio e da vida das pessoas em casos em que forem constatados riscos.

Busca-se proteger, assim, o direito à vida e à moradia, ambos garantidos constitucionalmente. Como bem acentua Alexandre de Moraes, o direito à vida “é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”¹.

Como se pode inferir da leitura dos autos, tanto o direito à vida quanto à moradia encontram-se ameaçados, haja vista a elevada possibilidade de desabamento de outros edifícios, produzindo a morte de seus habitantes.

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 30.

Os bens objeto da lide têm proteção constitucional, sendo indiscutível a necessidade de identificação dos prédios construídos em alvenaria autoportante e o posterior desenvolvimento de projetos para a recuperação destas edificações localizadas na região metropolitana do Recife, parecendo ser esta a única forma de dar efetividade a esses direitos constitucionais.

Diante da importância dos bens protegidos e da grande possibilidade de novos desabamentos, com vítimas fatais, não pode o Município se furtar da realização de estudo reputado fundamental para a prevenção de novos desastres, sob a alegação de que não há previsão orçamentária autorizando o início do projeto.

Alega o Município Requerente que o levantamento de todas as edificações construídas em alvenaria autoportante e a realização do estudo técnico implicaria no dispêndio de quantia muito elevada, não dispondo de recursos financeiros para tanto. No entanto, o montante de R\$ 2.961.060,00 (dois milhões, novecentos e sessenta e um mil e sessenta reais) previsto pelo Instituto de Tecnologia de Pernambuco – ITEP refere-se às ações a serem realizadas nos cinco municípios que compõem a Região Metropolitana do Recife, quais sejam: Recife, Olinda, Jaboatão dos Guararapes, Paulista e Camaragibe, e não apenas no Município de Recife. Tal informação pode ser comprovada pela leitura do objeto do estudo proposto pelo ITEP às fls. 73, senão vejamos:

“1.0. OBJETO: Levantar, caracterizar, diagnosticar e desenvolver projetos para recuperação das edificações construídas em alvenaria portante, caracterizada pela existência de elementos de alvenaria de blocos estruturadores das edificações, **construídas na Região Metropolitana do Recife** e que apresentem algum risco de ruína” (grifos apostos).

Desta feita, o valor total será rateado pelos municípios localizados na Região Metropolitana do Recife, de modo que caberá ao Município de Recife quantia bem inferior àquela deduzida no projeto do ITEP (fls. 76), que se refere ao custo total do mencionado estudo.

Acrescente-se, outrossim, que o Município não demonstrou a

impossibilidade de se proceder ao remanejamento das verbas orçamentária anuais com o fito de atender tais necessidades urgentes e inadiáveis.

Ressalte-se, ainda, que, na hipótese dos autos, não há de se falar em lesão à ordem pública quando se cuida da preservação de bens protegidos constitucionalmente. Não se vislumbra, destarte, qualquer ingerência do Judiciário nas atribuições próprias do Poder Executivo, uma vez que inexiste discricionariedade do Administrador frente a direitos consagrados constitucionalmente.

Sobre este aspecto, mostra-se esclarecedor o recente voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, em situação análoga:

“DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1 - O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis ano é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei Federal. ‘É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade.’

2 - Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibi-

lidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. **Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país.** O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

3 - Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

4 - **A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do Judiciário na esfera da Administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.**

5 - Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da

defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6 - Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

7 - As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8 - Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9 - Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os Poderes, o Judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10 - O direito do menor à freqüência em creche, instata o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar

legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

11 - O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma *longa manu* do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes.

12 - Recurso especial provido". (**Grifos nossos**). (STJ – 1ª Turma – Rel. Min. José Delgado – Rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux – REsp 575280/SP – Julg. em 02/09/2004 – DJ em 25/10/2004).

Neste mesmo sentido, merece ser transcrita ementa de julgamento proferido pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial nº 429.570/GO, cuja relatoria competiu à Ministra Eliana Calmon.

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.

2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.

3. **O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.**

4. **Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.**

5. Recurso especial provido”. (**Grifos nossos**).

(STJ – 2ª Turma – Min. Rel. Eliana Calmon – REsp 429.570/GO – Julg. em 11.11.2003 – DJ em 22.03.2004).

Verifica-se, pois, que tanto a Primeira quanto a Segunda Turma do STJ firmaram entendimento no sentido de dar uma interpretação mais extensiva ao controle judicial dos atos administrativos.

Assim, sendo a proteção à vida e à moradia fruto de uma vontade política nacional, faz-se mister, portanto, que a Administração Pública, pelo menos, demonstre vontade de cumprir a determinação judicial, fundamentada em norma constitucional, analisando a possibilidade de remanejamento das verbas previstas no orçamento municipal para o ano de 2005, bem como destinando no próximo orçamento recursos próprios que viabilizem a realização do estudo técnico.

Alega o ente municipal ser o direito à vida e à moradia uma norma constitucional programática, não estando o Município obrigado a executar determinado ato de administração.

Para José Afonso da Silva, são normas programáticas aquelas “através das quais o constituinte, ao invés de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos através de seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins so-

ciais do Estado.”²

O direito à vida e à propriedade são direitos fundamentais de primeira geração concernentes às liberdades públicas. Como bem salienta Nagib Slaibi Filho, “são direitos considerados absolutos, que somente se relativizam em face da determinação constitucional de eficácia reduzida. São direitos civis e políticos, têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico.”³

Desta feita, os direitos fundamentais à vida e à propriedade não se enquadram na categoria das normas programáticas, uma vez que não indicam apenas fins sociais a serem atingidos pelo Estado com a melhoria das condições econômicas, sociais e políticas da população, mas configuram, sobretudo, garantias sem as quais restaria impossibilitado o exercício de todos os demais direitos.

Têm essas normas constitucionais, portanto, em regra, aplicabilidade imediata e eficácia plena, não podendo o Estado deixar de garanti-las.

Ainda que se considerasse a inviolabilidade do direito à vida e à moradia como norma programática, a doutrina mais moderna, a exemplo de Jorge Miranda, J.J. Gomes Canotilho e Luís Roberto Barroso, vem firmando entendimento no sentido de que as normas programáticas são “dotadas de eficácia vinculativa imediata dentro de uma análise sistêmica da Constituição, repelindo-se a identificação das normas programáticas como mera intenção futura, simples programas ou mera exortação moral. Sustentam os autores que as normas programáticas têm eficácia vinculante e imediata, pois toda a norma constitucional é sempre obrigatória, pois derivam do Poder Constituinte sendo dotadas de suprallegalidade e todas apontam no ápice do ordenamento jurídico a que as

² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 138.

³ SLAIBIB FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 372

demais normas devem respeito”⁴.

Neste diapasão, os Tribunais pátrios têm se posicionado no sentido de o Poder Público não poder se furtar de atender os anseios mais primários dos cidadãos sob o argumento de que esses direitos estão previstos apenas em normas programáticas. O Estado tem o dever de planejar e executar sua política pública em consonância com as diretrizes estabelecidas na Constituição, de modo que sua omissão na garantia de tais direitos ofende a Carta Magna.

Neste sentido, mostra-se esclarecedora a leitura do acórdão, da lavra do Ministro Celso de Mello, proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, senão vejamos:

“PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

⁴ SANTOS, Marcos André Couto. A efetividade das normas constitucionais: as normas programáticas e a crise constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 204, 26 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4731>>. Acesso em: 06 set. 2005.

- O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.

- **O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposter-gável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.** DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF”. (STF – Segunda Turma – Rel. Min. Celso de Mello – RE 271.286/RS – Julg. em 12.09.2000 – DJ em 24.11.2000)

No que concerne à alegação de efeito multiplicador, que implicaria risco de grave lesão à ordem e à economia públicas, não se vislumbra sua caracterização, uma vez que a concessão da segurança depende da análise do caso concreto e da ponderação de interesses constitucionalmente protegidos.

Desta forma, não restou efetivamente demonstrado o risco de efeito multiplicador de ações com idêntico objeto. Nesta esteira, o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de ser necessária a comprovação de potencial risco à economia pública em decorrência do efeito multiplicador, não sendo suficientes meras especulações.

“AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. IPESP. TETO SALARIAL. LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA - NÃO COMPROVADA. EFEITO MULTIPLICADOR - MERA ESPECULAÇÃO.

1. No exame do pedido de suspensão, a regra é ater-se o Presidente do Tribunal às razões inscritas na Lei nº 4.348/64, art. 4º. Somente quando a magnitude da decisão atacada implica em grave lesão aos valores ali tutelados (ordem, saúde, segurança e economia públicas) caberá a medida pleiteada.

2. Alegação de efeito multiplicador genérica e imprecisa, configurando-se mera especulação.

3. Agravo Regimental não provido.

(STJ – Corte Especial – Rel. Min. Edson Vidigal - AgRg na SS 1.403/SP – Julg. em 25.10.2004 - DJ 06.12.2004).

Está ausente, dessa forma, o requisito do *fumus boni juris*, indispensável para a concessão do efeito suspensivo pleiteado. Afigura-se também acentuada possibilidade de irreversibilidade do dano, uma vez que a realização dos estudos técnicos pode evitar o desabamento de novos prédios.

Diante do exposto, com fundamento no art. 17, XVII, c, do Regimento Interno desta Corte Regional, **indefiro o pedido de suspensão pleiteado.**

Publique-se. Intimem-se.

Recife, 8 de setembro de 2005.

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI

Presidente

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 6.540-PE

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - PRESIDÊNCIA
Requerente: ADENE - AGÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO DO NORDESTE
Requeridos: COMPANHIA SIDERÚRGICA DE TUBARÃO E BRASYMPE ENERGIA S/A
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES E OUTROS (REQDOS.)

DECISÃO

Vistos etc.

A AGÊNCIA NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO NORDESTE – ADENE formulou, com fundamento no art. 4º da Lei nº 4.348/64, e no art. 4º da Lei nº 8.437/92, pedido de suspensão de segurança, em face de BRASYMPE ENERGIA S/A e COMPANHIA SIDERÚRGICA TUBARÃO, objetivando a suspensão das liminares concedidas nos autos dos Processos nºs 2005.83.00.006879-0 (3ª Vara Federal/PE) e 2005.83.00.007247-1 (7ª Vara Federal/PE).

Argumentou, em defesa de sua pretensão, que as empresas, ora requeridas, teriam impetrado mandados de segurança, no âmbito dos quais teriam obtido ordem judicial para que a autoridade impetrada se abstinhasse de praticar qualquer ato tendente a restringir a manutenção do gozo do benefício fiscal previsto na MP nº 2.199-14/2001. Salientou que, em face das decisões judiciais, teriam sido interpostos agravos de instrumento (AGTR 62.183/PE e AGTR 62.433/PE). Asseverou que as empresas teriam se insurgido contra o ato do Diretor-Geral da ADENE, através do qual teria sido comunicada a decisão da Diretoria Colegiada da autarquia, no sentido da confirmação da anulação dos laudos constitutivos emitidos em favor das empresas, documentos esses que teriam servido de base para ulterior pleito de concessão de benefício fiscal junto à Delegacia da Receita Federal. Destacou a ilegalidade dos referidos laudos constitutivos, o que ensejaria, necessariamente, o seu cancelamento. Reportou-se às razões deduzidas

nos agravos de instrumento mencionados, bem como à existência de procedimento administrativo criminal e de sindicância para apuração da conduta dos servidores envolvidos na expedição dos laudos ilegais. Ressaltou que as liminares guerreadas ocasionariam grave lesão à economia pública, sendo evidente o interesse público envolvido. Sublinhou que a MM^a. Juíza *a quo*, que inicialmente havia deferido a liminar vergastada e cujas razões tinham servido de fundamento ao outro MM. Juiz Federal, que também teria deferido liminar, em outro processo análogo, teria modificado o seu entendimento nos autos da Ação Ordinária nº 2005.83.00.009065-5, ajuizada pela empresa ARACRUZ CELULOSE S/A, não se olvidando, outrossim, a sentença exarada pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara, nos autos do Mandado de Segurança nº 2004.83.00.004054-4, o que confirmaria a plausibilidade da tese do ente público. Realçou a potencialidade do ajuizamento de novas ações (efeito multiplicador), não em face simplesmente do número de empresas que teriam tido laudos cancelados (quinze), mas sim em função do montante envolvido em relação a essas quinze empresas, com a possibilidade de configuração de prejuízo aos cofres públicos superior a dez bilhões de reais. Consignou, ademais, que “a manutenção das liminares tem o condão de impedir que a Receita Federal (autoridade competente) inicie o procedimento de constituição do crédito tributário, mediante o lançamento, sem que haja, em contrapartida, a suspensão ou interrupção do prazo decadencial, o que poderá ensejar a decadência a extinção do crédito tributário, causador de dano irreversível ao erário público.”

Requisei cópia dos autos da Ação Ordinária nº 2005.83.00.009065-5, o que foi providenciado.

É a síntese.

De logo, determino a correção da autuação destes autos, de modo que passem a constar os nomes das duas empresas requeridas, bem como dos seus correspondentes advogados, que subscrevem as peças, em cópias, constantes dos autos, para que se cumpram as exigências de ampla publicidade dos atos judiciais.

Inicialmente, deve-se analisar a competência desta Presidência para suspender decisões judiciais, havendo, em relação a uma

delas, contudo, pronunciamento de Desembargador Federal, em sede de agravo de instrumento, no sentido de sua manutenção. De fato, consoante deixou claro o ente público, contra as decisões judiciais guerreadas, exaradas nos autos dos Processos nºs 2005.83.00.006879-0 e 2005.83.00.007247-1, foram interpostos, respectivamente, os Agravos de Instrumento nºs 62.183/PE e 62.433/PE. Naquele agravo, distribuído ao MD. Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, não houve ainda pronunciamento no tocante ao mérito. Entretanto, no AGTR 62.433/PE, a MD. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli (Relatora), decidiu, *ab initio*, monocraticamente, no sentido de confirmar o *decisum* do Primeiro Grau, nos seguintes termos (com negritos acrescidos):

“Trata-se de Agravo de Instrumento contra decisão do MM. Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco (fls. 45/51) que, em mandado de segurança (2005.83.00.0072471), ‘concedeu a liminar, para determinar que a autoridade impetrada se abstenha de praticar qualquer ato tendente a restringir a manutenção do gozo do benefício fiscal de Imposto sobre a Renda e adicionais não restituíveis, referidos na Lei nº 4.239/63, alterada pelo Decreto-Lei nº 1.564/77, pela Lei nº 9.532/97 e pela Medida Provisória nº 2.199-14/2001’. Irresignada, alega a agravante que o mandado de segurança impetrado pela Empresa agravada teve por objetivo atacar ato do Diretor Geral da mesma (ADENE), que informou a decisão de sua Diretoria Colegiada, pela qual foram julgados improcedentes os recursos interpostos contra anulação dos laudos constitutivos de nºs 007/2003, 028/2003, 034/2003 e 066/2003. Em seguida, afirma que a decisão atacada padece de equívocos, pois o incentivo fiscal, objeto do Agravo em análise, não foi a causa nem condição do investimento realizado pela agravada, mas sim a consequência. Decorreu de contrato firmado entre a agravada e a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial-CBEE, para suprimento de energia, com exclusividade, sendo esse fornecimento reali-

zado pelas Usinas Tubarão, Civit, Carapina e Ponta de Ubu, com valor total do referido contrato de mais de um bilhão de reais e reajustado anualmente pelo IGPM, e com vigência para o período de 10/01/02 a 31/12/05. Aduz, outrossim, que o mencionado contrato não prevê especificamente o benefício fiscal de redução do imposto de renda de que trata a MP 2.199-14/01. E o aumento da carga tributária não será absorvido pela agravada, mas sim pela contratante (CBEE). Além do lucro, a agravada usufrui ilegalmente a renúncia fiscal de redução da base de cálculo do imposto de renda, acarretando prejuízo ao erário público. Esclarece, ainda, que a anulação do laudo constitutivo não trará prejuízos à agravada. Apenas deixará de transferir à contratante (CBEE) uma renúncia fiscal ilegalmente concedida, e que o ato de anulação, bem como a respectiva penalidade cabem à Receita Federal, que iniciará um processo administrativo, no qual a agravada será chamada a se pronunciar antes da efetivação de uma decisão anulatória do incentivo fiscal. Tece algumas considerações sobre os pressupostos autorizadores da liminar, a nulidade da decisão agravada, a inexistência de direito líquido e certo, trazendo à colação doutrina e jurisprudência que entende favoráveis ao deferimento liminar do pedido. Da análise prefacial do processo, cumpre-me primeiramente ressaltar que, em sede de agravo de instrumento, para substituir decisão agravada, há de se levar em consideração dois pressupostos básicos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, sendo bastante a ausência de um deles para obstaculizar a concessão da ordem. Inicialmente, verifico que, **como bem asseverou a agravante em suas razões de recurso, a anulação do gozo do incentivo fiscal em questão, seus efeitos e a eventual aplicação de penalidade competem tão-somente à Receita Federal, desde que assegurados os princípios da ampla defesa e do contraditório,**

não cabendo ao Judiciário, em sede de liminar, decidir sobre matéria pendente de dilação probatória. Tal fato já afasta a fumaça do bom direito o que, por si só, desautoriza a suspensão da decisão ora atacada. Por outro lado, quando o benefício fiscal é concedido em detrimento do preenchimento de condições onerosas e por um prazo determinado, o contribuinte normalmente é obrigado a dispender de recursos no sentido de atender às exigências, e projeta a amortização de tais verbas no prazo estipulado. Ademais, a possibilidade de revogação, nesses casos, contraria o princípio da segurança jurídica e do respeito ao direito adquirido, inculpidos implícita e explicitamente na Constituição Federal. Isto posto, INDEFIRO a liminar para manter os efeitos da decisão vergastada até pronunciamento definitivo da Turma. Notifique-se o MM. Juiz da causa para as informações de estilo, e intime-se a parte agravada para oferecimento de resposta ao presente recurso. Publique-se. Recife, 04 de agosto de 2005.”

Em precedente recente, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça assentou (negritos que não estão no original):

“RECLAMAÇÃO – ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANDO DO EXAME, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, DE SUSPENSÃO DE LIMINAR, NOS TERMOS DA LEI Nº 8.437/92 (CONCESSÃO DE MEDIDAS CAUTELARES CONTRA O PODER PÚBLICO) – LIMINAR CONCEDIDA – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL A QUO PARA APRECIAR O PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR – RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE.

- Consoante reza a Lei nº 8.437/92, compete ao presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do recurso suspender a execução das ações movidas contra o Poder Público, nas hipóteses previs-

tas no ordenamento jurídico. No caso particular dos autos, está correto dirigir o pedido para o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

- O Presidente da Corte Estadual, no exercício de sua competência, suspendeu a execução da liminar concedida pelo Desembargador Relator de agravo de instrumento que restabelecera decisão de medida cautelar. *Apresentado agravo regimental pelos contribuintes, foi reconhecida, pelo Presidente do Tribunal Estadual, a sua incompetência para examinar o pedido de suspensão de liminar. A Fazenda Municipal interpôs agravo regimental, que foi acolhido pelo Pleno e mantida a suspensão de liminar.*

- O § 4º do artigo 4º da Lei nº 8.437/92 confere ao Poder Público a possibilidade de apresentar novo pedido de suspensão de liminar 'ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário'. É de elemental inferência que o Poder Público não se valeu desse comando normativo, em virtude de o julgado ter sido proferido em seu favor. Ausência de usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça.

- Reclamação improcedente."

(Reclamação nº 1.339/ES, Rel. Min. Franciulli Netto, j. em 09.06.2004, publ. em DJ de 16.05.2005).

O eminente Ministro Relator assim se pronunciou (com negritos nossos):

"Infere-se da norma [art. 4º, caput e §§ 3º e 4º, da Lei nº 8.437/92, com as alterações da MP nº 2.180-35/2001] que compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do recurso, suspender a execução das ações movidas contra o Poder Público, nas hipóteses previstas no ordenamento jurídico.

Extrai-se que o pedido, num primeiro momento, deve ser dirigido ao presidente do tribunal em que foi in-

terposto o recurso. No caso particular dos autos, esse pedido competia ser dirigido ao presidente da Corte em que foi interposto o agravo de instrumento, ou seja, para o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Essa providência, é de ver, foi tomada pelo município de Guarapari (...).

O Presidente da Corte Estadual, no exercício de sua competência, suspendeu a execução da liminar concedida pelo Desembargador por meio de agravo de instrumento (...).

De acordo com a dicção da Lei nº 8.437/92, notadamente o § 3º do artigo 4º, verifica-se que 'do despacho que conceder ou negar a suspensão caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição'. As reclamantes, contudo, apresentaram pedido de reconsideração (...), que restou apreciado pelo digno Desembargador Presidente da Corte do Estado do Espírito Santo. Observa-se dos autos que o pleito foi recebido como agravo regimental e, ainda, que a decisão foi reconsiderada por entender que '**não é cabível a suspensão da Decisão concedida por Desembargador através de ato do Presidente do próprio Tribunal integrado pelo responsável pelo ato decisório**' (...). Dessa feita acabou o Senhor Presidente por indeferir o pedido anteriormente formulado pela Municipalidade de Guarapari.

Em vista da mencionada decisão que indeferiu o pedido da Fazenda Municipal, foi interposto agravo regimental. Pode-se concluir, pois, que o Município se valeu da regra insculpida no artigo 4º, § 3º, da Lei nº 8.437/92.

O Tribunal Pleno da instância de origem, ao se pronunciar, houve por bem reconhecer que '**o Presidente do Tribunal de Justiça é competente para conhecer do pedido de suspensão de decisão do relator, na medida que couber ao Tribunal o conhecimento do respectivo recurso**' (...). Restou determinada, assim, a suspensão da liminar al-

mejada pela Municipalidade de Guarapari.

O § 4º do artigo 4º da Lei nº 8.437/92 confere ao Poder Público a possibilidade de apresentar novo pedido de suspensão da liminar ‘ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário’.

É de elemental inferência que o referido dispositivo legal, de clareza solar, assenta que ‘cabará novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário’.

Esse ‘novo pedido de suspensão’ significa dizer que foi apresentado um pedido anterior, nos termos do caput do artigo 4º, ao Presidente do Tribunal ao qual competia o conhecimento do recurso que, no particular, é o agravo de instrumento (...).

Se o presidente do tribunal a quem compete o exame do recurso ordinário não acolhesse o pleito de suspensão da liminar, aí sim o ente público poderia apresentar ‘novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário’.

Esse raciocínio se harmoniza ao escólio do Professor Cássio Scarpinella Bueno, o qual descreve um exemplo para ilustrar o ajuizamento de ação cautelar ou pedido de antecipação de tutela contra o Poder Público. Anota o processualista a seguinte situação: ‘ação cautelar com pedido de liminar ajuizada contra RJ ou uma ação de conhecimento (como se diz “ação ordinária”) com “pedido de antecipação de tutela” e qualquer provimento liminar favorável a RS desafiaria pedido de suspensão por RJ perante a presidência do tribunal competente e, desde que indeferido, agravo interno para o órgão colegiado indicado pelo Regimento (é isto que é matéria de Regimento de Tribunal; não a criação ou admissão de recurso...), como prevê expressamente o § 3º do art.

**4º da Lei nº 8.437/92. Só na hipótese de manutenção da “não-suspensão”, é que RJ poderia pretender a suspensão da “não-suspensão da não-suspensão” perante a Presidência do STF ou do STJ, na forma do § 4º do art. 4º da Lei nº 8.437/92 (cj. “O Agravo Interno e o Indeferimento da Suspensão de Segurança – O Cancelamento da Súmula 506 do STF: Notas para uma Primeira Reflexão”, in Revista Dialética de Direito Processual, nº 3, junho de 2003, p. 13)’.
De todo esse contexto, denota-se, pois, que não se verifica qualquer usurpação da competência deste Sodalício, uma vez que o julgamento do Pleno da Corte de origem foi proferido em observância aos ditames normativos.**

A competência do Superior Tribunal de Justiça somente caberia se o Poder Público sofresse os efeitos de uma decisão negativa no agravo de que trata o § 3º do artigo 4º da Lei nº 8.437/92. Por outra banda, agiu corretamente a Corte de origem ao examinar o pedido estampado no agravo previsto na sobredita norma.

A competência do Superior Tribunal de Justiça somente caberia se o Poder Público sofresse os efeitos de uma decisão negativa no agravo de que trata o § 3º do artigo 4º da Lei nº 8.437/92. Por outra banda, agiu corretamente a Corte de origem ao examinar o pedido estampado no agravo previsto na sobredita norma.

(...)

Seja como for e a título de mera ilustração, registre-se que a situação prevista na Lei nº 8.437/92, embora guarde semelhança, não cuida das mesmas hipóteses previstas na Lei nº 4.348/64. É cediço que enquanto o primeiro diploma cuida da concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, a segunda Lei dispõe acerca de normas processuais referentes ao mandado de segurança.

(...).”

Há precedente, outrossim, do Supremo Tribunal Federal:

“COMPETÊNCIA – SUSPENSÃO DE LIMINAR DEFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. O pedido de suspensão de liminar deferida em ação civil pública deve ser apresentado ao Presidente do tribunal ao qual compete julgar possível recurso inter-

posto em face de sentença formalizada. A protocolação do recurso extraordinário contra decisão proferida por força de agravo de instrumento não prejudica o pleito.”

(Reclamação nº 1.965-9/Goiás, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 19.08.2002, publ. em DJ de 20.09.2002).

Naquele caso, reclamava, o Ministério Público Estadual, contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça de Goiás, nos autos de Suspensão de Liminar, em vista do deferimento do pleito suspenso a ele formulado, a despeito do julgamento como deserto do agravo de instrumento também interposto pelo requerente. Argumentava, o *Parquet*, em síntese, que “a competência para suspender o cumprimento da liminar é do Exmo. Senhor Presidente do Tribunal a quem competir o conhecimento do recurso; assim, uma vez já esgotada a jurisdição do eg. Tribunal Local, já não poderia seu Emérito Presidente conceder a suspensão da liminar pleiteada, sob pena de invadir a competência dos Exmos. Srs. Ministros-Presidentes dos Colendos Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, a quem compete o conhecimento dos Recursos Especial e Extraordinário oportunamente interpostos”. Diante do alegado, ficou dito no voto proferido pelo Ministro Relator, acolhido pelo Pleno (com negritos acrescidos):

“A invasão de competência articulada não ocorre. De acordo com o artigo 4º da Lei nº 8.432/92, compete ao Presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do recurso suspender, em decisão fundamentada, ‘a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada’. Foi justamente isso que aconteceu. No caso, é competente o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás para o julgamento de possível recurso que venha a ser interposto contra sentença proferida nos autos da ação civil pública. É de se salientar também que a própria Lei nº 8.437/92 dispõe sobre o sucessivo pedido de suspensão, na hipótese de o agravo interposto contra o indeferimento do pri-

meiro pleito vir a ser desprovido. Tem-se o estabelecimento, na espécie, da organicidade já placitada pelo Plenário. O pedido de suspensão formalizado perante o Tribunal de Justiça de Goiás frutificou, e aí, não se abriu campo para a vinda a esta Corte. É certo haver o Instituto interposto, contra a liminar deferida pelo Juízo, agravo de instrumento, em relação ao qual se declarou a deserção, seguindo-se, por isso mesmo, a interposição dos recursos especial e extraordinário. Todavia, o fato não é suficiente a dizer-se da usurpação da competência. Para assim se concluir, há de se levar em conta a jurisprudência da Corte definidora da competência em se tratando de demanda cautelar que vise a imprimir efeito suspensivo ao extraordinário. Enquanto não admitido o recurso, a cautelar deve ser ajuizada na origem.”

Por conseguinte, o reconhecimento da competência desta Presidência está escudado em manifestações da Seção do Superior Tribunal de Justiça e do Pleno do Supremo Tribunal Federal, das quais se extrai, nos moldes em que postas, a admissibilidade de suspensão da decisão proferida por Desembargador Federal Relator por provimento da Presidência, amainando a tese sempre invocada de que, por sua natureza administrativa, a decisão presidencial não poderia se superpor ao pronunciamento do Relator, de feição propriamente judicial. Em verdade, “é de se salientar não ser simplesmente administrativa, mas jurisdicional, a atuação da Presidência da Corte em processo a versar sobre pedido de suspensão de liminar, de segurança ou de tutela antecipada” (trecho do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, no Ag.Reg. no Ag.Rg. na Petição nº 1.890-7/CE, j. em 01.08.2002, publ. em *DJ* de 05.03.2004). Assim, não se trata de estabelecer uma hierarquização de decisões, mas de observar as disposições legais que estabelecem instrumento processual específico para evitar graves ofensas a certos bens jurídicos. Destarte, convencido da autoridade definida na lei, passo à análise do pedido de suspensão de liminar, não vislumbrando impedimento na existência de decisão nos autos do AGTR 62.433/PE.

Examino, nesse sentido, a existência dos pressupostos processuais do pedido de suspensão de liminar.

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

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

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

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

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

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

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

§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem con-

diciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

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

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

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

De seu turno, diz a Lei nº 4.348, de 26.06.1964, também com as alterações impostas pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001 (negritos nossos):

*“Art. 4º. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar **grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas**, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação do ato.*

§ 1º Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o caput, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 2º Aplicam-se à suspensão de segurança de que trata esta lei, as disposições dos §§ 5º a 8º do art. 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.”

É de se ver, portanto, que a concessão de suspensão de liminar, em sede de mandado de segurança, nos moldes da lei de urgência, apenas é admitida para impedir grave lesão à ordem, à

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

Penso que as decisões judiciais concessivas das liminares requestadas pelas empresas BRASYMPE ENERGIA S/A e COMPANHIA SIDERÚRGICA TUBARÃO, **empresas instaladas no sul do Estado do Espírito Santo**, no sentido de suspender os efeitos do cancelamento dos laudos constitutivos emitidos pela Inventariança Extrajudicial da extinta SUDENE em favor das ora requeridas (007, 028, 034, 066, 0103, 0104 e 0105, todos de 2003) – “para determinar que a autoridade impetrada se abstenha de praticar qualquer ato tendente a restringir a manutenção do gozo do benefício fiscal de Imposto sobre a Renda e adicionais não restituíveis, referidos na Lei nº 4.239/63, alterada pelo Decreto-Lei nº 1.564/77, pela Lei nº 9.532/97 e pela Medida Provisória nº 2.199-14/2001” – têm potência para ocasionar grave lesão à economia pública, com mácula ao interesse público impresso na demanda, estando configurados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* que autorizam a suspensão.

A fumaça do bom direito, percebo a partir das seguintes razões.

Dispõe a **MP nº 2.199-14, de 24.08.2001**, com efeitos estendidos por força da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001 (art. 2º), que **diz do benefício fiscal** gozado pelas requeridas – com destaques nossos:

*“Art. 1º. **Sem prejuízo das demais normas em vigor aplicáveis à matéria**, a partir do ano-calendário de 2000 e até 31 de dezembro de 2013, as pessoas jurídicas que tenham projeto aprovado para instalação, ampliação, modernização ou diversificação enquadrado em **setores da economia considerados, em ato do Poder Executivo, prioritários para o desenvolvimento regional, nas áreas de atuação das extintas Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE e Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM**, terão direito à redução de setenta e cinco por cento do imposto sobre a renda e adicionais não restituíveis, calculados com base no lucro da exploração.*

*§ 1º A fruição do benefício fiscal referido no caput dar-se-á a partir do ano-calendário subsequente àquele em que o projeto de instalação, modernização, ampliação ou diversificação entrar em operação, **segundo laudo expedido pelo Ministério da Integração Nacional**, até o último dia útil do mês de março do ano-calendário subsequente ao do início da fruição.*

§ 2º Na hipótese de expedição de laudo constitutivo após a data referida no § 1º, a fruição do benefício dar-se-á a partir do ano-calendário da expedição do laudo.

§ 3º O prazo de fruição do benefício fiscal é igual ao período compreendido entre o ano de início de fruição e 31 de dezembro de 2013, não podendo exceder a dez anos.

§ 4º Para os fins deste artigo, a diversificação e a modernização total de empreendimento existente serão consideradas implantação de nova unidade

produtora, segundo critérios estabelecidos em regulamento.

§ 5º Nas hipóteses de ampliação e de modernização parcial do empreendimento, o benefício previsto neste artigo fica condicionado ao aumento da capacidade real instalada na linha de produção ampliada ou modernizada em, no mínimo:

I - vinte por cento, nos casos de empreendimentos de infra-estrutura (Lei nº 9.808, de 20 de julho de 1999) ou estruturadores, nos termos e nas condições estabelecidos pelo Poder Executivo; e
II - cinqüenta por cento, nos casos dos demais empreendimentos prioritários.

§ 6º O disposto no caput não se aplica aos pleitos aprovados ou protocolizados no órgão competente e na forma da legislação anterior, até 24 de agosto de 2000, para os quais continuará a prevalecer a disciplina introduzida pelo caput do art. 3º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

§ 7º As pessoas jurídicas titulares de projetos de implantação, modernização, ampliação ou diversificação protocolizados no órgão competente e na forma da legislação anterior a 24 de agosto de 2000, que venham a ser aprovados com base na disciplina introduzida pelo caput do art. 3º da Lei nº 9.532, de 1997, e cuja atividade se enquadre em setor econômico considerado prioritário, em ato do Poder Executivo, poderão pleitear a redução prevista neste artigo pelo prazo que remanescer para completar o período de dez anos.

§ 8º O laudo a que se referem os §§ 1º e 2º será expedido em conformidade com normas estabelecidas pelo Ministério da Integração Nacional.

§ 9º O laudo de que trata o § 1º poderá, exclusivamente no ano de 2001, ser expedido até o último dia útil do mês de outubro.”

O Decreto nº 4.213, de 26.04.2002, de seu turno, regulamen-

tou o que se considera como **empreendimentos prioritários para o desenvolvimento regional, para os fins da MP nº 2.199-14/2001** (negritos acrescidos):

*“Art. 1º. Este Decreto define os empreendimentos prioritários para o desenvolvimento regional, **nas áreas de atuação da extinta Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE**, para fins dos benefícios de redução do imposto de renda, inclusive de reinvestimento, de que tratam os arts. 1º, 2º e 3º da Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001.*

Art. 2º. São considerados prioritários para fins dos benefícios de que trata o art. 1º, os empreendimentos nos seguintes setores:

[...]

*Art. 3º. O direito à redução do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas e adicionais não-reatribuíveis incidentes sobre o lucro da exploração, **na área de atuação da extinta SUDENE** será reconhecido pela unidade da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda a que estiver jurisdicionada a pessoa jurídica, instruído com o laudo expedido pelo Ministério da Integração Nacional.*

[...].”

A **Lei nº 3.692, de 59**, que **instituiu a SUDENE – SUPERINTENDÊNCIA DO DESENVOLVIMENTO DO NORDESTE**, fixou (negritos nossos):

“Art 1º. É criada a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE), diretamente subordinada ao Presidente da República, administrativa-mente autônoma e sediada na cidade do Recife.

*§ 1º Para os fins desta lei, considera-se como Nordeste a região abrangida pelos **Estados do Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe e Bahia**.*

*§ 2º A área de atuação da SUDENE abrange além dos Estados referidos no parágrafo anterior, **a zona***

de Minas Gerais compreendida no Polígono das Sêcas.

[...].”

A Lei nº 4.239, de 63, estendeu a área de abrangência da entidade:

“Art 39. Para os fins desta lei, considera-se como Nordeste a região abrangida pelos Estados do Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Bahia, zona do Estado de Minas Gerais situada no denominado ‘polígono das sêcas’ e pelo Território de Fernando de Noronha.”

E a Lei nº 9.690, de 98, completou o núcleo alcançado pela SUDENE (negritos inovadores):

*“Art. 1º Para os efeitos da Lei nº 3.692, de 15 de dezembro de 1959, é o Poder Executivo autorizado a incluir na área de atuação da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE, os Municípios de Almenara, Araçuaí, Bandeira, Berilo, Cachoeira do Pajeú, Capelinha, Caraí, Carbonita, Chapada do Norte, Comercinho, Coronel Murta, Couto Magalhães de Minas, Datas, Diamantina, Divisópolis, Felício dos Santos, Felisburgo, Francisco Badaró, Itamarandiba, Itaobim, Itinga, Jacinto, Jequitinhonha, Joaíma, Jordânia, Malacacheta, Mata Verde, Medina, Minas Novas, Montezuma, Novo Cruzeiro, Padre Paraíso, Palmópolis, Pedra Azul, Rio do Prado, Rio Vermelho, Rubim, Salto da Divisa, Santa Maria do Salto, Santo Antônio Jacinto, Senador Modestino Gonçalves, São Gonçalo do Rio Preto, Sero, Turmalina, Virgem da Lapa, da região do Vale do Jequitinhonha, no Estado de Minas Gerais; e os Municípios de **Baixo Guandu, Colatina, Linhares, Marilândia, Rio Bananal, São Domingos do Norte, Pancas, Sooretama, Alto Rio Novo, Águia Branca, São Gabriel da Palha, Vila Valério, Jaguaré, Mantenópolis, Barra de São Francisco,***

Vila Pavão, Água Doce do Norte, Nova Venécia, São Mateus, Conceição da Barra, Boa Esperança, Pinheiros, Ecoporanga, Ponto Belo, Montanha, Mucurici e Pedro Canário, da região norte do Estado do Espírito Santo.”

Merece, ainda, registro, para efeito de consideração da questão em debate, a **MP nº 2.156, de 24.08.2001**, que sendo reedição de medidas provisórias anteriores (a originária foi a MP nº 2.145, de 02.05.2001), **instituiu a ADENE – AGÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO DO NORDESTE** (negritos novos):

“Art. 1º O Plano de Desenvolvimento do Nordeste será plurianual e obedecerá às diretrizes gerais da política de desenvolvimento regional.

Art. 2º O Plano de Desenvolvimento do Nordeste abrange os Estados do Maranhão, Ceará, Piauí, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Bahia, Espírito Santo e as regiões e os Municípios do Estado de Minas Gerais de que tratam as Leis nºs 1.348, de 10 de fevereiro de 1951, 6.218, de 7 de julho de 1975, e 9.690, de 15 de julho de 1998, bem como os Municípios de Águas Formosas, Ataléia, Bertópolis, Campanário, Carlos Chagas, Catuji, Crisólita, Franciscópolis, Frei Gaspar, Fronteira dos Vales, Itaipé, Itambacuri, Ladainha, Maxacalis, Nanuque, Novo Oriente de Minas, Ouro Verde de Minas, Pavão, Pescador, Poté, Santa Helena de Minas, Serra dos Aimorés, Setubinha, Teófilo Otôni e Umburatiba, pertencentes ao Vale do Mucuri, além de Santa Fé de Minas e São Romão.

[...]

Art. 11. Fica criada a Agência de Desenvolvimento do Nordeste - ADENE, de natureza autárquica, vinculada ao Ministério da Integração Nacional, com o objetivo de implementar políticas e viabilizar instrumentos de desenvolvimento do Nordeste.

§ 1º A ADENE tem sede e foro na cidade do Recife,

Estado de Pernambuco.

§ 2º A área de atuação da ADENE é a definida no art. 2º desta Medida Provisória.

[...]

Art. 15. São competências da ADENE:

I - propor e coordenar a implantação do Plano de Desenvolvimento do Nordeste, sob supervisão do Ministério da Integração Nacional;

II - gerir o Fundo de Desenvolvimento do Nordeste;

III - aprovar projetos a serem executados no âmbito do Fundo de Desenvolvimento do Nordeste;

IV - autorizar contratação e liberar recursos do Fundo de Desenvolvimento do Nordeste, mediante proposição do agente operador;

V - auditar e avaliar os resultados da aplicação dos recursos do Fundo de Desenvolvimento do Nordeste;

VI - implementar estudos e pesquisas destinados à identificação de potencialidades e vulnerabilidades sócio-econômicas e ambientais e propor estratégias e ações compatíveis com o espaço regional;

VII - fortalecer as estruturas produtivas da região, a partir da mobilização do seu potencial;

VIII - promover ações voltadas ao desenvolvimento social na região;

IX - estruturar e implementar redes de informações em apoio às atividades produtivas;

X - promover a cooperação técnica, tecnológica e financeira com organismos nacionais ou internacionais, voltada à integração e ao desenvolvimento regional;

XI - elaborar estudos de viabilidade de projetos de integração e de desenvolvimento regional;

XII - implementar programas de capacitação gerencial, de formação e qualificação de recursos humanos adequados ao mercado regional;

XIII - realizar estudos de ordenamento e gestão territoriais e avaliar impactos das ações de integração e de desenvolvimento na região, especialmente do

*ponto de vista ambiental; e
XIV - verificar a adequabilidade dos projetos à política de desenvolvimento regional.*

[...]

Art. 21. Fica extinta a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE.

§ 1º Observado o disposto nos arts. 9º e 15, as competências atribuídas pela legislação à SUDENE e ao seu Conselho Deliberativo ficam transferidas para a União.

§ 2º A União sucederá a SUDENE nos seus direitos e obrigações.

[...].”

E, finalmente, o Decreto nº 4.985, de 2004, que regrou a atuação da ADENE no tocante aos incentivos fiscais tratados na MP nº 2.199-14/2001 (destaques nossos):

“Art.3º Caberá à Agência do Desenvolvimento do Nordeste - ADENE, em nome da União:

*I - a **gerência e administração** dos contratos, ajustes e convênios celebrados no âmbito da extinta Autarquia Federal SUDENE, bem como dos **acervos técnicos, bibliográficos, documentais, de móveis e dos incentivos de redução do imposto de renda de que trata a Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001;**”*

Da leitura sistemática desse quadro legislativo, depreende-se, por evidente, a impossibilidade de equiparação das áreas da extinta SUDENE e da atual ADENE, para efeito de gozo do benefício fiscal previsto na MP nº 2.199-14/2001. A referida MP, no seu art. 1º, coloca a salvo as demais normas jurídicas regentes da matéria – diga-se: também aquelas que definem o âmbito de atuação da abolida SUDENE –, bem como identifica explicitamente os beneficiários do incentivo, enquanto aqueles setores da economia considerados, em ato do Poder Executivo, prioritários para o desenvolvimento regional, na área de atuação da extinta SUDENE. Na qualificação do que se considera empreendimento prioritário, para os fins da referida MP, adveio o Decreto nº 4.213/2002, que

remeteu expressamente à área de atuação da extinta SUDENE, quando, naquela ocasião, já havia sido criada a ADENE. Destarte, se o legislador regulamentar pretendesse a igualação de âmbitos teria se referido à sobrevivida ADENE, e não teria feito menção reiterativa à finada SUDENE. Realce-se, em acréscimo, que nem todas as competências antes deferidas à SUDENE foram repassadas à ADENE, de modo que não se verifica mera relação de substitutividade, como pretendido pelas requeridas. É, portanto, lógico, que não se confundem as áreas da SUDENE e da ADENE, não podendo ser acolhida essa alegação de identidade para justificar o deferimento do benefício fiscal da MP nº 2.199-14/2001 a empresas situadas ao sul do Estado do Espírito Santo, fora, pois, da área da extinta SUDENE, segundo explícita dicção legal, sendo nulo o laudo lançado em desconsideração ao sujeito.

De igual modo, não pode ser aceito o argumento de que a validade dos laudos – e o conseqüente direito das empresas requeridas ao incentivo fiscal – estaria garantida por resposta à consulta formulada à Inventariança Extrajudicial da extinta SUDENE.

Realmente, há registro de consulta ao ente “acerca da viabilidade de concessão do benefício de redução do Imposto de Renda a empresas situadas na área de Espírito Santo” (fls. 289/293). A resposta foi dada através do Memo 001/2003, em que se lê que “[...] ao tempo em que foi extinta a SUDENE, passou a estar inserido no plano de desenvolvimento regional o Estado do Espírito Santo, como um todo [...]”, de modo que “é evidente que o intuito do legislador não foi outro senão fazer com que os mecanismos de incentivo ao desenvolvimento regional – dentre os quais se situa a redução do imposto de renda – abrangessem também toda a área do Espírito Santo”.

Entretanto, essa informação não tem o condão de vincular a Administração Pública, *in casu*, para os efeitos pretendidos, por dois motivos substanciais.

A primeira razão se assenta no fato de que o opinativo de fls. 289/293 sobre a consulta formulada, data de **05.10.2003**, ao passo que todos os laudos constitutivos foram expedidos em **março de 2003**. Por conseguinte, é impossível que a resposta à consulta tenha informado os laudos constitutivos, porquanto ela apenas veio

a existir depois da expedição desses documentos. Em outros termos, os laudos, cancelados por ilegais, em razão de definirem direito a benefício fiscal em favor de empresas situadas fora da área de abrangência da antiga SUDENE, não estão sustentados na consulta formulada, antecedendo-a.

O segundo motivo pelo qual não pode ser aceita a resposta de fls. 289/293, para garantir a persistência da fruição do incentivo com base nos laudos constitutivos, reside na clara impropriedade com que foi lançada. Realmente, nela está dito (com destaques que não são os do original):

*“Oportuno registrar que a orientação pela inclusão de todo o Estado do Espírito Santo para efeitos de concessão da redução do Imposto de Renda foi também corroborada pela CONSULTORIA JURÍDICA daquele Ministério, **em contato telefônico** mantido com esta Procuradoria.*

*Por fim, é de se observar que a própria Receita Federal, que detém a última palavra na concessão do benefício, já se posicionou favoravelmente ao pleito de algumas empresas situadas ao sul do Estado do Espírito Santo, **conforme também noticiado na consulta.**”*

É insustentável, por insubsistente, parecer que se funda em orientação afirmada como recebida através de contato telefônico, sem que seja possível verificar os termos em que prestada e a autoridade que por ela responde, bem como que procura sustentáculo em informações fornecidas pelo próprio consulente, acerca da atuação da Receita Federal, decorrente essa, é bem provável, dos laudos constitutivos emitidos anteriormente à consulta. Conseqüentemente, descaracteriza-se a força atribuída pelas requeridas ao opinativo derivado da consulta.

Ademais, é preciso consignar que não se desconhecem os precedentes sobre a inadmissibilidade de revogação de isenção na modalidade onerosa. Nesse sentido, quadra transcrever:

“REsp 553.093 / PE ; RECURSO ESPECIAL 2003/0115215-8. Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO (1105). Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA. Data

do Julgamento 21/10/2003. Data da Publicação/Fonte DJ 19.12.2003, p. 366.

Ementa

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SUDENE. INCENTIVO FISCAL. LEI Nº 4.239/1963. DL Nº 1.598/1977. EXCLUSÃO DOS RESULTADOS NÃO OPERACIONAIS NO CÁLCULO DO LUCRO DA EXPLORAÇÃO. ISENÇÃO ONEROSA E COM PRAZO DETERMINADO. IMPOSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO OU MODIFICAÇÃO. NORMA SUPERVENIENTE DESFAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE. INAPLICABILIDADE. ART. 178, DO CTN. SÚMULA Nº 544/STF. PRECEDENTES.

1. Recurso especial interposto contra v. acórdão que asseverou que a 'isenção concedida, sob condição e por prazo certo, não pode ser restringida por norma superveniente, desfavorável ao contribuinte'.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica e remansosa no sentido de que: - 'A teor do que reza o art. 178 do CTN, as isenções onerosas e com prazo certo e determinado não podem ser revogadas ou modificadas por lei, como decorrência do princípio maior da Constituição Federal, de que a lei não pode prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e coisa julgada'. (REsp nº 433.819/MG, DJ de 23/09/2002, Rel. Min. LUIZ FUX) - 'A isenção, quando concedida por prazo certo e sob condição onerosa, não pode ser revogada'. (REsp nº 198.331/SC, DJ de 17/05/1999, Rel. Min. GARCIA VIEIRA) - "Isenções tributárias concedidas sob condição onerosa não podem ser livremente suprimidas". (Súmula 544/STF). A lei não pode, a qualquer tempo, revogar ou modificar a isenção concedida por prazo certo ou sob determinadas condições - art. 178 do CTN'. (REsp nº 74.092/PE, DJ de 04/03/1996, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS) - 'Assim como o Estado pode tributar, também pode revogar as isenções. A isenção, interpretada restritivamente, adstrita à determinada finalidade de política-fis-

cal, submete-se à regra geral da revogabilidade, salvo quando estabelecida por prazo certo ou impondo específica condição onerosa satisfeita pelo contribuinte, quando se impõe o respeito ao cumprimento dessas cláusulas. A revogação tem aplicação imediata'. (REsp nº 11.847/AM, DJ de 08/11/1993, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA)

3. Recurso não provido.”

Contudo, é de se ver que tais precedentes não se aplicam ao caso em comento, haja vista que não se está tratando, propriamente, de revogação de isenção onerosa, mas sim de invalidação de laudos constitutivos emitidos em descompasso com as determinações legais, sendo esses documentos nulos por beneficiarem empresas não abrangidas pela área de atuação da extinta SUDENE, de sorte que não deverão mais produzir os correspondentes efeitos (a isenção será alcançada, não porque tenha sido revogada, mas porque sustentada em ato administrativo nulo). Celso Antônio Bandeira de Mello destaca, sobre essa relação entre ato e efeito¹:

“Com efeito, já se disse que, em Direito, ato administrativo significa uma fonte, u’a matriz de efeitos jurídicos. Esta fonte que é o ato não se confunde com os efeitos dele nascidos. São coisas distintas o produtor (ato) e o produzido (efeitos). Quando se ataca um ato ineficaz, seja ele ato abstrato ou concreto, os efeitos previstos ainda não eclodiram. Estão contidos, porque só devem irromper no futuro. Logo, ainda não há efeitos a serem atacados. O que se quer é suprimir esta virtualidade de produção suposta no ato. Então, o que se fulmina é o ato. Elimina-se aquela fonte da qual dependia o surgimento de efeitos.

Diversa é a situação relativa aos atos eficazes.

[...]

¹ Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 429/430.

Nestes casos a invalidação surge para cumprir um duplo objetivo: impedir que a fonte produtora de efeitos (o ato) continue a gerar novas relações e suprimir as já nascidas. Portanto, ataca cumulativamente o ato e os efeitos, inclusive os já ocorridos.

[...]

Nestes casos [atos eficazes concretos], a invalidação quer eliminar – e com frequência retroativamente o que ainda existe: a relação jurídica. Do ato não há mais cuidar, pois desapareceu com sua aplicação concreta, isto é, única.”

Não impede o reconhecimento da nulidade do ato, com a cessação dos seus efeitos, o fato de as empresas estarem agindo, segundo alegam, de boa-fé, na medida em que é dever do administrador público suprimir os atos produzidos em desconformidade com a ordem jurídica, com mácula ao interesse público, insuscetíveis de reedição corrigida.

Sublinhe-se, em atenção ao magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, que “as asserções feitas estribam-se nos seguintes fundamentos. Dado o princípio da legalidade, fundamentalíssimo para o Direito Administrativo, a Administração não pode conviver com relações jurídicas formadas illicitamente. Donde, é dever seu recompor a legalidade ferida. Ora, tanto se recompõe a legalidade fulminando um ato viciado, quanto convalidando-o”². Segue o doutrinador, que “não é repugnante ao Direito Administrativo a hipótese de convalidação dos atos inválidos”, mas a convalidação, fundada nos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, enquanto “suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos”, apenas pode se dar quando “o ato possa ser produzido validamente no presente”³. Não é o caso. As empresas requeridas não atendem ao pressuposto de localização geográfica à expedi-

² Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 442.

³ Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 439/440.

ção dos laudos constitutivos do direito ao benefício fiscal da MP nº 2.199-14/2001, de modo que a repetição do ato não extirparia a ilegalidade de sua expedição. Assim, configurado está o ato nulo, “em que é racionalmente impossível a convalidação, pois, se o mesmo conteúdo (é dizer, o mesmo ato) fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior”⁴.

Outrossim, e para concluir, é de se dizer que não houve qualquer violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, porquanto o cancelamento dos laudos constitutivos reputados ilegais foi devidamente comunicado às empresas, que tiveram a oportunidade de recorrer da decisão administrativa.

O perigo de demora, de outro lado, é manifesto, haja vista que as empresas estão gozando benefício fiscal indevido, deixando de recolher aos cofres públicos valores expressivos, indispensáveis à prestação dos serviços inerentes ao Estado, com prejuízos imediatos aos cofres e às finalidades públicas e com negação a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (redução das desigualdades regionais), consoante o inciso III do art. 3º da CF/88.

Com essas considerações, defiro o pedido de suspensão das liminares concedidas nos autos dos Processos nºs 2005.83.00.006879-0 (3ª Vara Federal/PE) e 2005.83.00.007247-1 (7ª Vara Federal/PE).

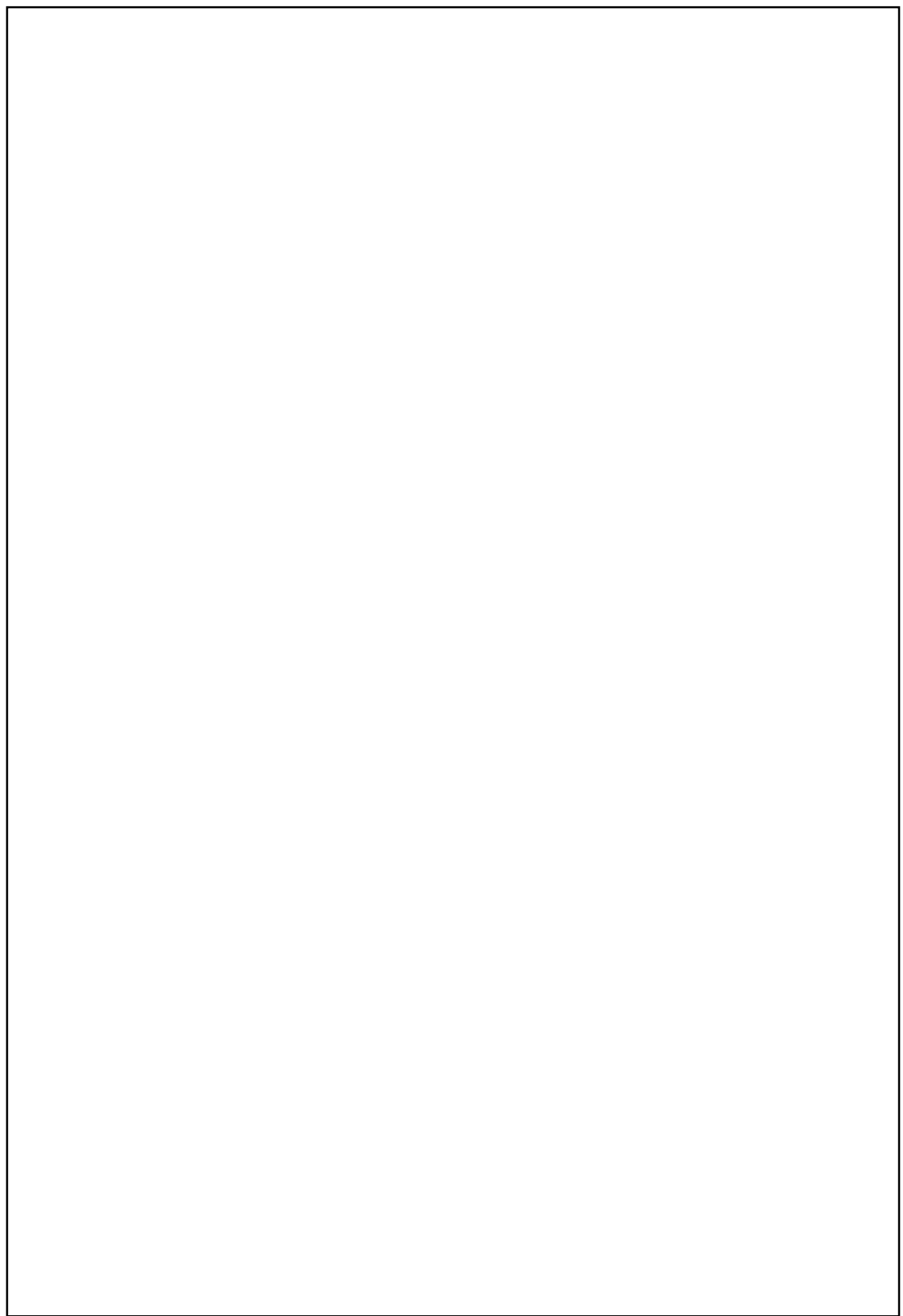
P.I.

Recife, 13 de outubro de 2005.

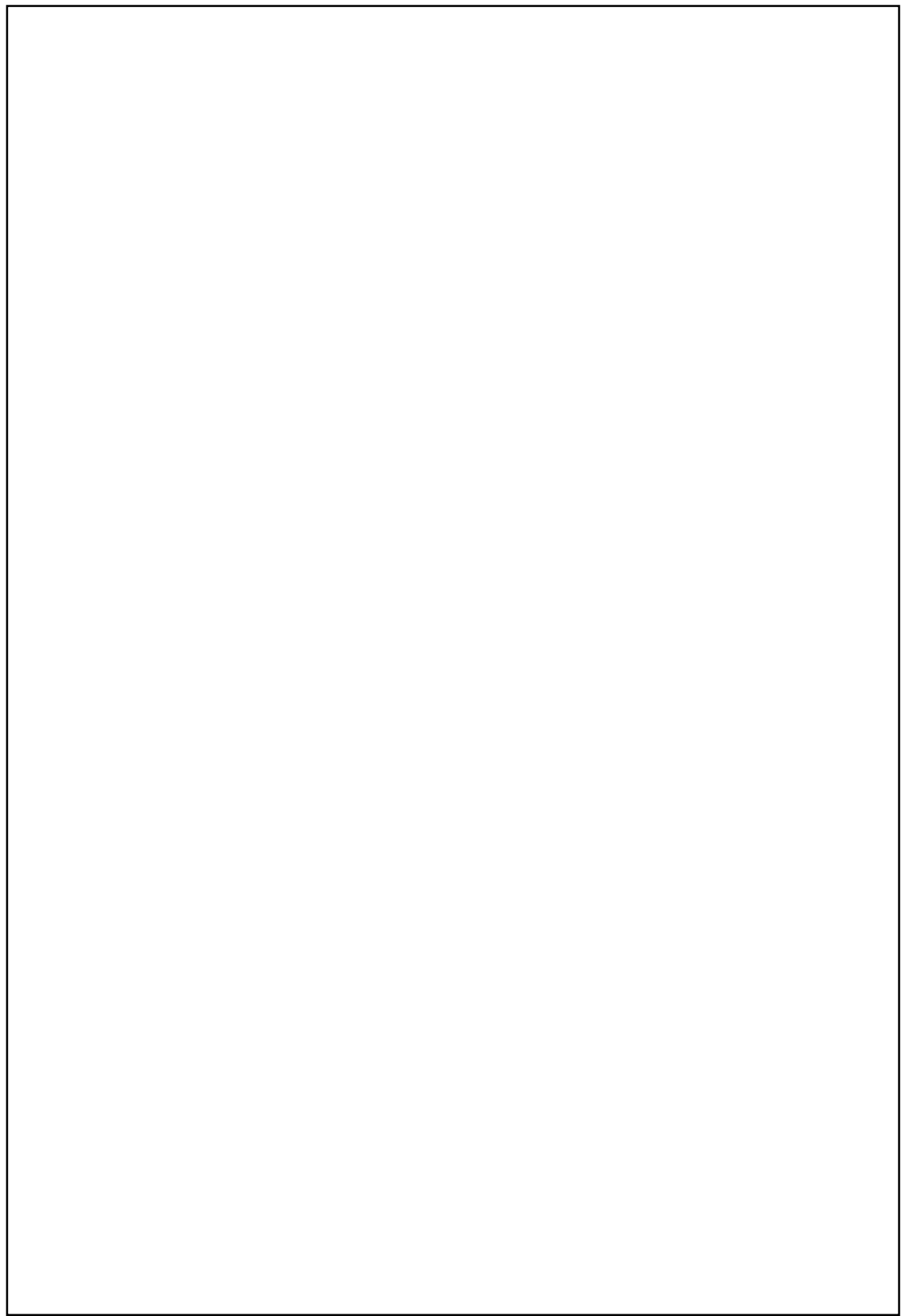
JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI

Presidente

⁴ Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 444.



JURISPRUDÊNCIA



AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 52.498-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA
Agravante: TREBIANO COM/ LTDA.
Agravada: FAZENDA NACIONAL
Parte Ré: SUPERMERCADO SÃO JOSÉ LTDA.
Advs./Procs.: DRS. RUBÉLIO LYRA LINS BAHIA E OUTRO (AGRTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. DECISÃO AGRAVADA ENTENDENDO PELA INEFICÁCIA, EM RELAÇÃO À FAZENDA NACIONAL, DAS ARREMAÇÕES REALIZADAS PERANTE A JUSTIÇA ESTADUAL AO FUNDAMENTO DE QUE TAIS ARREMAÇÕES APRESENTAM INDÍCIOS DE ILEGALIDADES. CONSTATAÇÃO DAS ILEGALIDADES. NULIDADE DAS ARREMAÇÕES PROCEDIDAS PERANTE A JUSTIÇA ESTADUAL. POSSIBILIDADE. - Cuida a hipótese de agravo de instrumento interposto contra a decisão singular que concluiu por considerar ineficazes as arrematações de quatro imóveis levadas a efeito na Justiça Estadual, a despeito de referidos imóveis encontrarem-se penhorados na Justiça Federal antes da efetivação da praça, ao fundamento de que os leilões realizados apresentam indícios de ilegalidade, quais sejam: a) ausência de preferência do crédito tributário, violação ao art. 186 do CTN; b) arrematação por preço vil; c) alienação de quatro bens avaliados no valor R\$ 1.929.000,00 para satisfação de dívida de credor privado no montante de R\$ 173.804,03; d) ausência de intimação da Fazenda Nacional para execer seu privilégio, haja vista ter a mesma efetivado o registro da penhora incidente sobre tais bens em data anterior à da arrematação.

- Na hipótese presente, resta inquestionável a ocorrência de ilegalidades perpetradas contra o crédito tributário, haja vista que os imóveis arrematados em 17 de maio de 1999, na Justiça Estadual, foram também penhorados pela Fazenda Nacional em 26 de fevereiro de 1999, penhoras estas devidamente registradas em 31 de março de 1999, o que por si só impossibilitaria a alienação de referidos imóveis, sob pena de ofensa ao § 1º do art. 53 da Lei nº 8.212/91, o qual impõe a automática indisponibilidade dos bens constrictos para garantia do crédito público, restando, por conseqüência, nula a arrematação efetuada na Justiça Estadual em detrimento do privilégio do crédito fiscal.

- Outro fato a justificar seja declarada a anulação da arrematação, diz respeito ao prejuízo perpetrado contra o crédito tributário, na medida em que referidos bens foram arrematados na Justiça Estadual por valor bem inferior ao da avaliação, como se constata pelo imóvel avaliado no valor de R\$ 1.800.000,00 e arrematado pelo agravo no valor R\$ 650.000,00.

- Some-se, ainda, que inobstante se objetive em tal execução o recebimento por parte de Mysis Comércio de Calçados Ltda. do montante de R\$ 173.804,03, fora efetivada a alienação através da referida praça de todos os imóveis penhorados em tal execução, avaliados na Justiça Estadual, em 31 de março de 1999, no montante de R\$ 1.310.000,00 e na Justiça Federal, em 26 de fevereiro de 1999, no valor R\$ 1.929.000,00. Referidos imóveis foram reavaliados na Justiça Federal, em 28 de outubro de 2003, dos autos da execução fiscal, chegando ao montante de R\$ 4.175.000,00, infringindo assim o disposto estabelecido no art. 692 do CPC, bem como do seu parágrafo único.

- Restando identificado no presente agravo de

instrumento que Trebiano Comércio Ltda., ora agravante, assim como Mysis Comércio de Calçados Ltda., ajuizaram execução forçada contra o Supermercado São José Ltda., executado na Execução Fiscal, onde reside o despacho ora agravado e, tendo os referidos credores arrematado os imóveis na execução forçada que teve curso na Justiça Estadual, é de constatar-se que o fruto de tal arrematação serviu tão-somente para quitação de débito de credores privados em detrimento do privilégio estabelecido para o crédito público, inobstante tenha sido efetivada a penhora de referidos bens a requerimento da Fazenda Nacional em data anterior à da arrematação, procedida na Justiça Estadual.

- Cumpre ainda destacar que tendo sido registrados os arrestos dos imóveis, objeto das posteriores arrematações procedidas na Justiça Estadual, em favor da Fazenda Nacional e convertidos em penhora e, cujo efeito tem por finalidade criar em relação ao credor uma preferência sobre tais bens, preferência esta advinda da legislação tributária, equivale a mesma a um verdadeiro direito real sobre os bens penhorados, autorizando a aplicação do art. 619 do CPC.

- Restando identificado que os bens levados à praça na execução forçada nº 309/99, que teve curso na Justiça Estadual, foram arrestados e penhorados pela Fazenda Nacional, em data anterior à da arrematação, imprescindível se apresentava a necessidade de intimação da Fazenda Nacional, para que acompanhasse o processo e nele pudesse fazer valer seus interesses. Ausente tal intimação como ocorreu in casu, é de declarar-se a ineficácia da arrematação levada a efeito na Justiça Estadual em relação à Fazenda Nacional, obstada que fora de exercer seu direito de preferência, estabelecido no Código Tributário.

- Não se desconhece, por outro lado, a aplicabilidade do art. 694 do CPC que estabelece que assinado o auto de arrematação pelo Juiz, pelo escrivão e pelo arrematante, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irreatável, por dar referido auto de arrematação, caráter de definitividade à praça, também não se desconhece que, encontrando-se a arrematação eivada de ilegalidades, como ocorre na hipótese dos presentes autos, poderá a mesma ser desfeita, por vício de nulidade, inciso I, parágrafo único do mesmo citado artigo.

- É pacífico o entendimento jurisprudencial quanto à possibilidade de, em havendo constatação de ilegalidades na arrematação, declarar de ofício ou requerimento da parte a nulidade da arrematação e, por consequência, determinar o seu desfazimento.

- Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 3 de maio de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida-se de agravo de instrumento contra despacho da lavra do MM. Juiz Federal Janílson Bezerra de Siqueira, da 6ª Vara da Seção Judiciária/RN, que, na Ação de Execução Fiscal nº 98.000

7649-2 e apensos, declarou ineficazes as arrematações em relação à Fazenda Nacional, levadas a efeito em execuções forçadas processadas perante a Justiça Estadual, realizadas sem a observação ao privilégio estabelecido por lei para o crédito tributário, bem como a constatação de que os bens foram arrematados por preço vil. Insurge-se o arrematante, ora agravante, contra referido despacho, pugnando pela eficácia das arrematações. Formado o agravo e intimada a agravada nos termos do art. 527, III, do CPC, apresentou suas contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra despacho proferido nos autos da Ação de Execução Fiscal nº 98.000 7649-2 e apensos, onde o MM. Juiz singular em atendendo requerimento da agravada no sentido de ser assegurada a prevalência do crédito público em detrimento dos credores privados, pleiteou seja declarada a ineficácia das arrematações “levadas a efeito em execuções forçadas processadas perante a Justiça Estadual, realizadas sem a observação ao privilégio estabelecido por lei para o crédito tributário.”

O MM. Juiz singular em analisando o pedido postulado pela Fazenda Nacional relata que a mesma alegou que foram arrestados quatro imóveis pertencentes ao Supermercado São José (executado), tendo o referido arresto sido registrado no Sexto Ofício de Notas, em 30 de março de 1999, ocasião em que se constatou a existência de outros arrestos nos mesmos bens do executado, “registrados em nome dos exequentes Mysis Comércio de Calçados Ltda. (Execução forçada, proc. nº 309/99), Herculano Antônio de Albuquerque Azevedo e Zoea Comércio Ltda.”

Relata ainda tal despacho que o executado – Supermercado São José – deixou transcorrer *in albis* o prazo para pagar a dívida e para a apresentação de embargos do devedor, sendo referidos arrestos convertidos automaticamente em penhora e que, dos quatro imóveis penhorados pela Fazenda Nacional, três foram arre-

matados na execução forçada pela quantia de R\$ 38.500,00 perante a Justiça Estadual, a requerimento de Mysis Comércio Ltda., inobstante terem sido avaliados em R\$ 129.000,00, sendo que o quarto imóvel, localizado na Av. Engenheiro Roberto Freire, nº 1809, no bairro de Capim Macio, na cidade de Natal – RN, foi arrematado por Trebiano Comércio Ltda. em 17/05/1999 e que, tendo havido solicitação ao Juiz prolator do despacho ora agravado, no sentido de o Juiz de Direito da Central de Avaliação e Arrematação da Comarca de Natal informar acerca do produto das arrematações, bem assim que o valor respectivo fosse depositado em conta judicial, em face da existência de crédito privilegiado, tendo o Juiz de Direito referido deixado de atender ao requerimento à vista de decisão proferida no sentido de que “a Fazenda Nacional não pode intervir em execução em que é estranha, para receber o que pretende ser-lhe devido.”

O MM. Juiz Singular ao deferir o pleito da Fazenda Nacional o fez sob o fundamento de que os leilões realizados na execução forçada, que tiveram curso na Justiça Estadual, apresentam indícios de ilegalidade, haja vista que os imóveis penhorados foram arrematados por valor bem inferior à avaliação efetivada pela Justiça Federal, como se pode constatar pelo imóvel avaliado no valor de R\$ 1.800.000,00 (hum milhão e oitocentos mil reais) e arrematado por R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinqüenta mil reais). Para aquele Magistrado, outro fato a justificar a declaração de ineficácia da arrematação diz respeito à existência de informação no processo de que Mysis Comércio Ltda. seria credora da referida execução ajuizada na Justiça Estadual no montante de R\$ 173.804,03 (cento e setenta e três mil, oitocentos e quatro reais e três centavos), pelo que seria suficiente para quitar a dívida somente a alienação de um imóvel, resultando, assim, desnecessária a penhora em hasta pública dos outros três bens levados à praça.

Neste sentido, considerando tratar-se de crédito privilegiado e, em face de terem os arrestos sido registrados em favor da Fazenda Nacional e posteriormente convertidos em penhora, entendeu configurar-se tal penhora em um verdadeiro direito real, ou seja, uma verdadeira garantia pignoratícia a autorizar, pois, a aplicação do art. 619 do CPC, que prevê a necessidade de intimação do credor pignoratício, hipotecário e anticrético, quando houver alie-

nação do bem, sob pena de ineficácia da referida alienação. Constatando que a Fazenda Nacional não fora intimada da realização da hasta pública ocorrida no Juízo Estadual, tal fato “por si só, configura motivo suficiente para ensejar a declaração de ineficácia das arrematações”. Entendeu aquele Magistrado, em aplicando lições de Theodoro Júnior, que a falta de intimação do credor pignoratício não gera a “nulidade da alienação, nem prejudica o direito real existente”, apenas será ineficaz em relação ao referido credor, ou seja, “o arrematante adquirirá o domínio, o bem continuará sujeito a ser executado pelo credor hipotecário ou pignoratício para satisfação do seu crédito, porque contra ele a arrematação apresentar-se-á inoperante, não obstante válida entre o executado e o arrematante.”

Ante tais fundamentos, declarou aquele magistrado ineficazes as arrematações levadas a efeito na Execução Forçada nº 309/99, ajuizada na Justiça Estadual, em relação à Fazenda Nacional, determinando assim que os imóveis arrematados fossem mantidos como garantia na execução fiscal a que diz respeito o despacho ora agravado. Ao final, determinou seja expedido mandado de constatação e reavaliação dos imóveis penhorados, intimação do Curador especial à lide para assumir o encargo, uma vez que o executado é revel, citado por edital. Determinou, ainda, a expedição de ofícios à 5ª Vara Cível e à Central de Avaliação e Arrematação, ambas da Comarca de Natal, no sentido de informar acerca do saldo remanescente das arrematações procedidas na Execução Forçada de nº 309/99.

Insurge-se a agravante contra referido despacho aduzindo em síntese:

a) que tramitou perante a 5ª Vara da Comarca de Natal/RN, Medida Cautelar de Arresto interposta por Mysis Comércio de Calçados Ltda. contra o Supermercado São José Ltda., onde restou deferido o arresto de quatro imóveis, dentre eles “um terreno próprio constituído pelos lotes nºs 106, 107, 109, 111, 113 e 105, com uma superfície de 5.000 m², no bairro de Capim Macio, objeto da Matrícula nº 38.026, Registro Imobiliário da 2ª Zona desta Capital, hoje Circunscrição Imobiliária da 3ª Zona, 7º Ofício de Notas”, liminar esta datada 09.10.1998;

b) que no mês de outubro de 1998 foi ajuizada ação de execução forçada, tendo sido regularmente intimado o representante legal do Supermercado São José Ltda. para pagamento da dívida. Ante a ausência do referido pagamento, foi efetivado pelo Oficial Justiça em 04 de dezembro de 1998 a penhora sobre os bens arrestados;

c) que inobstante tenha o Supermercado São José Ltda. constituído advogado, o mesmo não interpôs embargos à execução, sendo referidos bens avaliados e determinada a alienação judicial, com a publicação do Edital de Praça, em 20 de abril de 1999, com leilões marcados para os dias 05 e 17 de maio de 1999;

d) que não tendo havido licitante no 1º leilão, e lavrado o auto de leilão negativo, o imóvel descrito na letra *d* do Edital foi arrematado pelo ora agravante, pelo valor de R\$ 650.000,00, conforme consta do auto de arrematação;

e) que o INSS, em 24 de abril de 1999, atravessou petição nos autos da ação de execução forçada que tramitou perante a 5ª Vara da Comarca de Natal/RN informando que ajuizou na 5ª Vara Federal execução fiscal contra o Supermercado São José Ltda. (Proc. nº 99.0000309-9), objetivando a cobrança da quantia de R\$ 491.029,18, ao final, requereu em tal petição “Com base nesses permissivos legais, é a presente para comunicar a Vossa Excelência da existência de crédito da fazenda pública, preferencialmente ao do exequente, de forma que o numerário que for arrecadado quando da alienação do patrimônio do devedor, por ele redimido, seja retido em valor suficiente à liquidação do débito inscrito em dívida ativa, conforme certidão”;

f) que o pleito do INSS restou indeferido, por sentença da lavra do MM. Juiz de Direito da Central de Avaliação de Arrematação, tendo referida sentença transitada em julgado e, após a efetivação do depósito do preço da arrematação teve expedida a seu favor a carta de arrematação;

g) que a Fazenda Nacional “nunca comunicou ao MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Natal/RN ser possuidora de qualquer crédito tributário do executado Supermercado São José Ltda.”, tendo referida comunicação sido efetivada tão-somente por parte do INSS em petição datada de 29.04.1999, pleito este indefe-

rido pelo mesmo Juiz, onde se houve: “Não é lícito à Fazenda simplesmente intervir em processo de execução a que é estranha para, sem mais, receber o que pretende ser-lhe devido. Haverá de ajustar a execução e, recaindo a penhora sobre bem já penhorado, oportunamente exercerá seu direito de preferência...”;

h) que a agravante ao requerer o arresto dos imóveis pertencentes ao Supermercado São José “inexistia, no Registro Imobiliário, qualquer arresto ou penhora levada a efeito pela Fazenda Nacional, conforme se constata pela Certidões expedidas pelo Registro Imobiliário do 6º Ofício de Notas da cidade de Natal/RN, tendo a mesma Fazenda Nacional só efetivado o arresto dos imóveis em 22 de fevereiro de 1999, ou seja, mais de quatro meses e quinze dias depois de realizado pela Justiça Estadual;

i) que “nenhuma diligência foi tomada quando da publicação do Edital de Praça, no ‘Diário Oficial do Estado’ e, para melhor conhecimento de todos, no jornal ‘A Tribuna do Norte’, quando é elementar a obrigação de todo profissional do direito ler, diariamente, a matéria dedicada ao Poder Judiciário?”, neste sentido, tinha a Fazenda Nacional a obrigação de levar ao conhecimento do Juízo da 5ª Vara da cidade de Natal o posterior arresto efetivado pela mesma, bem como requerer a preferência de seu crédito tributário, “cabia-lhe, e tão-somente, o mais simples e singelo dos procedimentos: peticionar ao Juízo da primeira penhora, ou requerer ao Juiz da execução fiscal para oficial ao da primeira penhora sobre a existência do segundo e posterior arresto, pedindo reserva, apenas reserva, do valor de seu crédito”;

j) que “constitui efeito natural da arrematação, após a assinatura do respectivo auto, a transferência do domínio e da posse, em prol do licitante vencedor”, prevendo o art. 694 do CPC que assinado o auto pelo Juiz, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irrevogável, não mais pertencendo a propriedade ao devedor, somente podendo ser declarada a nulidade da arrematação, nos próprios autos, até a expedição da carta de arrematação;

k) que a arrematação somente pode ser desfeita, nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 694 do CPC, “sucede que, na hipótese aqui enfocada, a Carta foi assinada, e contra ela não houve qualquer insurgência através de embargos à arrematação a

respeito de vícios que poderiam ter maculado a alienação judicial. Nem mesmo o Juiz detectou qualquer eiva, tanto é que deu aval à referida alienação, assinado o auto, mandando expedir a Carta”;

l) que não prospera a alegação de que o bem foi arrematado por preço vil, haja vista que foi avaliado no valor de R\$ 1.200.000,00, no início de 1999, e só foi arrematado em 2ª praça pelo valor de R\$ 650.000,00, “correspondendo a mais de 50% de sua avaliação”, ademais, não poderia ser ventilada tal matéria depois da assinatura da carta, “por se tratar de matéria preclusa, não havendo como anular a arrematação, sob esse fundamento, depois de ultrapassados todos os trâmites legais;

m) que o INSS e Fazenda Nacional não pleitearam o ingresso na execução que tramitou perante a Justiça Estadual, “com vistas a provar a anterioridade de suas penhoras ou o privilégio de seus créditos, e, assim, poderem participar do produto da arrematação;

n) que inobstante, seja o imóvel arrematado objeto de constrição de penhoras em outras execuções, deverá prevalecer a primeira arrematação efetivada;

o) que o registro da carta de arrematação, diferentemente do que entendeu o MM. Juiz, “serve, tão-somente, para que o ato se torne público, e possa ser oponível contra terceiros, porque como demonstrado acima, arrematação não é mera compra e venda, mas uma expropriação por parte do Estado-Juiz”, ante tal entendimento não poderia o Titular do 6º Ofício de Notas negar registro à carta de arrematação, sob o pretexto de existirem outras penhoras incidentes sobre o imóvel;

p) que a decisão agravada “fere a regra de irretratabilidade e irrevogabilidade, e o direito da agravante, como arrematante, de usar e dispor livremente do bem que lhe pertence, que já lhe fora transferido não por um particular, mas pelo próprio Estado-Juiz;

A fim de constatar ou não a ocorrência das ilegalidades apontadas pela Fazenda Nacional e acolhidas pelo Juiz prolator da decisão agravada, determinei a subida dos autos da Execução Fiscal, bem como trouxesse o agravante certidão *verbum ad verbum* da medida cautelar de arresto e da execução forçada que tiveram curso na Comarca de Natal/RN.

Em analisando os autos da Execução Fiscal 98.0007649-2, onde reside o despacho agravado, é de observar-se que a mesma foi ajuizada pela Fazenda Nacional contra o Supermercado São José Ltda. em 17 de novembro de 1998, objetivando o recebimento do montante de R\$ 11.369.686,64.

Determinada a citação, fls. 39, e tendo a mesma deixado de efetivar o pagamento da dívida, fora efetivado em 26 de fevereiro de 1999 o arresto de quatro imóveis, dentre eles o imóvel registrado no 6º Ofício de Notas, matrícula 38.026, Registro Geral – Livro 02, medindo 5.000,00 m², situado na Av. Engenheiro Roberto Freire 1809, Capim Macio – Natal e avaliado no valor de R\$ 1.800.000,00, os demais imóveis, no caso dois prédios comerciais contíguos, avaliados em R\$ 100.000,00, um prédio situado na Rua Francisco Ferreira, no valor de R\$ 17.000,00, e último prédio situado na Rua Dr. Mário Negócio nº 1883, avaliado no valor de R\$ 12.000,00.

Consta do auto de arresto, fls. 41/42, que os referidos imóveis encontram-se penhorados pela 5ª e 6ª Vara Cível da Comarca de Natal/RN.

Às fls. 46, a Oficiala do 2º Cartório de Registro de Imóveis de Natal/RN, em 31 de março de 1999, comunica através do Ofício nº 63/99, que procedeu aos registros das penhoras incidentes sobre os imóveis de propriedade da empresa Supermercado São José Ltda., em garantia à Execução nº 98.7649-2, ajuizada pela Fazenda Nacional. Informa, ainda, que referidos imóveis encontram-se arrestados a Mysis Comércio de Calçados Ltda., Herculano Antonio de Albuquerque Azevedo e Zoea Comércio Ltda.

Efetivamente, constata-se dos documentos acostados à exordial do presente agravo de instrumento, que fora interposta por Mysis Comércio de Calçados Ltda., em outubro de 1998, Ação Cautelar de Arresto nº 6.722/98 contra o Supermercado São José, perante a 5ª Vara Cível da Comarca de Natal, objetivando garantir a dívida de R\$ 173.804,03, decorrente da emissão de cheque em relativo valor, cheque este devolvido em razão do “Motivo 21”, ou seja, contra-ordem (ou revogação) ou oposição (sustação) ao pagamento, fls. 45/48. Por força da referida liminar foram arrestados os seguintes bens, fls. 49:

I – o domínio útil de um terreno foreiro do Patrimônio Municipal de Natal, designado por lote 01, situado na Av. Bernardo Vieira, lado ímpar, esquina com a Rua Projetada, no Bairro do Alecrim, objeto da Matrícula nº 37.258, Registro de Imóveis da 2ª Zona desta Capital;

II – o domínio útil de um terreno foreiro do patrimônio municipal de Natal, situado na Rua Francisco Pereira, objeto da matrícula nº 47.347 do Registro Imobiliário da Segunda Zona da Comarca de Natal;

III – o imóvel residencial nº 18.883, situado na Rua Presidente Mascarenhas, bairro das Quintas, bem como domínio útil do terreno onde se encontra o mesmo encravado, objeto da matrícula nº 18.105 do Registro Imobiliário da Segunda Zona da Comarca de Natal;

IV – um terreno próprio construído pelos lotes nº 105, 106, 107, 109, 111 e 113, com uma superfície de 5.000 m², no bairro de Capim Macio, objeto da matrícula nº 38.026, do Registro Imobiliário da Segunda Zona da Comarca de Natal;

Informa o ora agravante que a execução forçada objetivando o recebimento do valor de R\$ 173.804,03 foi ajuizada em 29 de outubro de 1998, tendo os bens supra referidos sido penhorados perante a 5ª Vara Cível da Comarca de Natal, em 04 de dezembro de 1998, fls. 54.

Efetivada a citação da devedora, Supermercado São José Ltda., nos autos da ação de execução forçada em trâmite na 5ª Vara Cível da Comarca de Natal, deixou a mesma de interpor embargos do devedor, conforme se constata da certidão de fls. 54 v. Em face da ausência de interposição dos referidos embargos, os autos da Execução Forçada supra referida foram remetidos ao Juiz da Central de Avaliação e Leilão por força de despacho prolatado por Juiz de Direito daquela Comarca, fls. 54 v. O referido processo foi distribuído ao Sexto Cartório Cível da Comarca de Natal, tombado sob o nº 309/99, onde referidos bens restaram avaliados, em 31 de março de 1999, nos seguintes valores a seguir transcritos, conforme se observa às fls. 57:

ç	ç ç
í ô í ó í	
í ô í	
ó í í	
ó í í í	

Publicado o Edital de Praça em 20 de abril de 1999, fls. 54/62 do presente agravo, e designados os leilões para os dias 05 e 17

de maio de 1999, sem que conste do referido edital qualquer referência de que os bens levados a praça foram também penhorados em 26 de fevereiro de 1999, na execução fiscal onde reside o despacho ora agravado, foram os bens, após efetivação de auto de leilão negativo, arrematados em segunda praça os de matrícula nº 37.258, 47.347 e 18.105 por Mysis Comércio de Calçados Ltda., credora da Execução Forçada nº 309/99, fls. 56 dos autos da execução fiscal. O último imóvel de matrícula nº 38.026, avaliado na Justiça Federal em 26 de fevereiro de 1999 por R\$ 1.800.000,00 e na Justiça Estadual por R\$ 1.200.00,00, em 31 de março de 1999, foi arrematado, em 17 de maio de 1999, por Trebiano Comércio Ltda., ora agravante, por R\$ 650.000,00, conforme consta do auto de arrematação de fls. 64 do agravo de instrumento.

Inobstante não seja o INSS parte no presente agravo de instrumento, é de observar-se que o agravante, como forma de comprovar que a Fazenda Nacional não requereu a preferência de seu crédito tributário, mas sim, o INSS, fez juntar aos autos do presente agravo cópia da petição, datada de 20 de abril de 1999, onde o mesmo INSS, ao argumento de que o Supermercado São José é devedor da quantia de R\$ 491.029,18, e que ajuizou a execução fiscal, e em face do privilégio estabelecido pelo art. 186 do CTN, postulou “que o numerário que foi arrecadado quando da alienação do patrimônio do devedor, ou por ele redimido, seja retido em valor suficiente à liquidação do débito inscrito na dívida ativa.”

Às fls. 67/72, Mysis Comércio de Calçados Ltda., Trebiano Comércio Ltda. (agravante/arrematante) e Zoea Comércio Ltda., em 18 de maio de 1999, um dia após a efetivação da arrematação, ao argumento de que são credoras do Supermercado São José Ltda. – executado nos autos da Execução Fiscal – e que ajuizaram execuções perante a 1ª Vara Cível e a 6ª Vara Cível da Comarca de Natal, as duas últimas empresas – Trebiano Comércio Ltda. (agravante/arrematante) e Zoea Comércio Ltda. – fazendo juntar auto de penhora, requereram em 05 de maio de 1999 a preferência pela distribuição do valor apurado na praça que teria data marcada para o mesmo dia de 05 de maio de 1999, embasada em tais fundamentos apresentam impugnação ao pedido postulado pelo INSS, requerendo ao final seu indeferimento.

Consta, às fls. 73 do presente agravo, sentença datada de 05 de outubro de 1999, da lavra do MM. Juiz de Direito da Central de Avaliação e Arrematação da Comarca de Natal, onde o mesmo ao argumento de que não restou comprovado nos autos “a incidência de penhora sobre os imóveis descritos no auto de penhora” deixou de acolher o pedido formulado pelo INSS, homologando assim os autos de arrematação. Determinou em seguida a expedição da Carta de Arrematação.

No tocante ao privilégio do Crédito Tributário, preceitua o Código Tributário, art. 184, *in verbis*:

“Art. 184. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou **cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula**, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis.” (Destaquei).

No mesmo sentido, os arts. 10 e 30, da Lei nº 6.830/80, assim estabelecem:

“Art. 10. Não ocorrendo o pagamento, nem a garantia da execução de que trata o art. 9º, a penhora poderá recair em qualquer bem do executado, exceto os que a lei declara absolutamente impenhoráveis.”

“Art. 30. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento da dívida ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou a massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e

rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis.”

Zelmo Denari, *in* Comentários ao Código Tributário Nacional, Editora Saraiva, volume 2, em comentando o art. 184, do CTN, doutrina:

“Assim sendo, os ônus reais que gravam bens imóveis (hipoteca) ou máquinas (penhor), bem como as cláusulas que disponham sobre a inalienabilidade ou impenhorabilidade de determinados bens são oponíveis à Fazenda Pública, **quando tenham sido pactuadas e instituídas antes da efetiva constituição do crédito tributário**”. Isto significa que **os referidos ônus e cláusulas somente reputam-se ineficazes quando pactuados após os indigitados provimentos administrativos**”. (Destaquei).

Merece ainda destaque os comentários do Doutrinador Ricardo Abdul Nour, na mesma obra acima citada:

“Em retorno ao predisposto no art. 184 do CTN, caso não fosse a vontade da lei, basta uma cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade para que um determinado bem imóvel do sujeito passivo, devedor da Fazenda, não respondesse pelo crédito tributário constituído. **O que, por certo, restaria em sérios prejuízos para o Poder Público, cujo interesse deve prevalecer sobre o interesse privado**”. (Destaquei).

Ainda como forma de garantir o privilégio do Crédito Tributário em detrimento dos credores privados, em face da supremacia do interesse público, estabelece o art. 53, § 1º, da Lei 8.212/91, *verbis*:

“Art. 53. Na execução judicial da dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, será facultado ao exeqüente indicar bens à penhora, a qual será efetivada concomitantemente com a citação inicial do devedor.

§ 1º Os bens penhorados nos termos deste artigo ficam desde logo indisponíveis.”

Humberto Theodoro Júnior, *in* Curso de Direito Processual Civil, 36ª edição, volume II, pág. 196, no tocante à aplicação do art. 53, § 1º, da Lei 8.212/91 assim se houve:

“O fato de um bem já estar penhorado em outro processo não impede sua sucessiva constrição em novas execuções. Resolve-se o problema por meio do concurso de preferências (art. 711). Quando, porém, a penhora tiver acontecido em execução fiscal movida pela União, suas autarquias e fundações, a Lei nº 8.212, de 24.07.1991, art. 53, § 1º **impõe automática indisponibilidade dos bens constritos. Como a penhora pressupõe disponibilização dos bens a serem afetados torna-se impenhorável, por outros credores, o objeto da penhora efetuada em executivo fiscal intentado pela União e suas autarquias e fundações públicas... Em suma: a penhora da Fazenda Pública Federal acarreta indisponibilidade e consequentemente impenhorabilidade sucessiva por outros credores, porquanto bem indisponível é o mesmo que inalienável (CPC, art. 649,I)**”. (Destaquei).

Quanto à preferência do crédito tributário, estabelece ainda o CTN nos arts. 186 e 187 que:

“Art. 186. **O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição** deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho”. (Destaquei).

“Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento.”

Em comentando os artigos supratranscritos, Zelmo Denari, *in* Comentários ao Código Tributário Nacional, Editora Saraiva, volume 2, assim se houve:

“O dispositivo assegura a preferência do crédito tributário sobre os créditos de natureza civil ou co-

mercial consolidados em qualquer tempo, reafirmando, assim, o princípio da prevalência do interesse público sobre o interesse privado.”

Da análise fática dos autos, resta inquestionável a ocorrência de ilegalidades perpetradas na execução forçada nº 309/99, que teve curso na Justiça Estadual, ilegalidades estas que ocasionaram irreparável lesão ao privilégio estabelecido ao crédito público, a autorizar, pois, a declaração da nulidade da arrematação, na medida em que, inobstante tenham sido os bens penhorados na Justiça Estadual, a requerimento de Mysis Comércio de Calçados Ltda., em 04 de dezembro de 1998, foram referidos bens também penhorados pela Fazenda Nacional em 26 de fevereiro de 1999, penhora esta devidamente registrada, para garantir o recebimento do crédito público no valor de R\$ 11.369.686,64, que por si só impossibilitaria a arrematação procedida naquela Justiça Estadual, levada a efeito em 17 de maio de 1999, vez que, por força do artigo 53, § 1º, da Lei 8.212/91, os bens constrictos em execução ajuizada pela Fazenda Pública e como forma de sobrepujar o interesse público ao interesse privado, passam a ser gravados com cláusula de indisponibilidade, evitando assim a alienação de referidos bens a ser efetivada por credores privados, independentemente da data da constrição.

Sobre o tema, registre-se, por oportuno, o entendimento da jurisprudência, a qual se houve nos seguintes termos, *in verbis*;

“Agravo de Instrumento - Execução fiscal - Decisão que tornou sem efeito o mandado de registro de penhora em razão de recusa do oficial de registro de imóvel em cumpri-lo (artigo 53, § 1º, da Lei nº 8.212/91) - Existência de penhora sobre o mesmo bem, em execuções promovidas pelo INSS e União - Indisponibilidade dos bens - Recurso não provido. **A existência de indisponibilidade imposta por lei é suficiente para impedir o registro do mandado em questão. Cuida-se de uma forma especial de inalienabilidade e impenhorabilidade, ela não é só restritiva de direito do titular do domínio do imóvel, mas também, impeditiva do acesso de qualquer pretensão registrária do título de**

disposição ou oneração. Não há falar-se na inconstitucionalidade do aludido artigo 53, § 1º, da Lei Federal nº 8.212/91, assim como não é inconstitucional o artigo 187 do Código Tributário Nacional. O concurso de preferência, entre pessoas jurídicas públicas, não viola o artigo 19, III, da Constituição da República de 1988. (Agravo de Instrumento nº 261.225-5 - Penápolis - 4ª Câmara de Direito Público - Relator: Viana Santos - 26.09.02 - v.u.)". (Desaquei).

Outro fato a justificar seja declarada a anulação da arrematação diz respeito ao prejuízo perpetrado contra o crédito tributário, na medida em que referidos bens foram arrematados na Justiça Estadual por valor bem inferior ao da avaliação, como se constata pelo imóvel avaliado no valor de R\$ 1.800.000,00 (hum milhão e oitocentos mil reais) e arrematado pelo agravante no valor R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Some-se, ainda, que inobstante se objetive em tal execução o recebimento por parte de Mysis Comércio de Calçados Ltda. do montante de R\$ 173.804,03, fora efetivada a alienação através da referida praça de todos os imóveis penhorados em tal execução, avaliados na Justiça Estadual em 31 de março de 1999, no montante de R\$ 1.310.000,00 (hum milhão, trezentos e dez mil reais) e na Justiça Federal em 26 de fevereiro de 1999, no valor R\$ 1.929.000,00 (hum milhão, novecentos e vinte e nove mil reais). Referidos imóveis foram reavaliados na Justiça Federal, em 28 de outubro de 2003, fls. 131/132, dos autos da execução fiscal, chegando ao montante de R\$ 4.175.000,00 (quatro milhões, cento e setenta e cinco mil reais), infringindo assim o disposto estabelecido no art. 692 do CPC, bem como do seu parágrafo único, que cuida do princípio do resultado, onde textualmente se lê:

“Art. 692. Não será aceito lanço que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil.
Parágrafo único. Será suspensa a arrematação logo que o produto da alienação dos bens bastar para o pagamento do credor.”

Sobre a matéria, princípio do resultado, Araken de Assis, *in* Manual do Processo de Execução, 4ª edição, págs. 99/100, assim doutrina:

“Paralelamente, o princípio do resultado, que sintetiza várias tendências convergentes, tutela ao executado. Nenhum ato inútil, a exemplo da penhora de bens de valor insignificante e incapazes de satisfazer o crédito (art. 659, § 2º), poderá ser consumado. Fiel à progressiva adequação do débito à responsabilidade do executado, a execução é hoje parcial, ou seja, limita-se ao necessário e suficiente para solver a dívida. Por isso, o art. 692, parágrafo único, já no ápice da fase expropriativa, prevê a suspensão (*rectius*: interrupção) da alienação no momento em que o produto da venda dos bens satisfazer o crédito. Estatuindo que a execução é econômica, evitando maiores sacrifícios ao devedor que os exigidos pelo resultado, o art. 620 enuncia princípio que governa a intimidade dos meios executórios.”

No tocante à possibilidade de declaração da nulidade da arrematação por preço vil, de ofício ou a requerimento do credor, assim se houve a jurisprudência, *in verbis*:

“Alienação a preço vil. A nulidade da arrematação pode ser declarada de ofício pelo juízo ou a requerimento do interessado, por simples petição, nos próprios autos da execução, dispensada a oposição dos embargos à arrematação. (STJ-RJ 260/64). No mesmo sentido: RT 766/331, Lex-JTA 162/22.”
(Código de Processo Civil, Theotonio Negrão, 36ª edição, nota 4, pág. 790).

“Segundo o critério adotado para as execuções fiscais pelo revogado Dec. Lei 960/38, art. 37, preço vil é o inferior à avaliação, menos 40%, isto é, o inferior a 60% do valor real do bem. Esse critério tem sido aplicado em alguns acórdãos (RJTJESP 96/50, 109/100, neste acórdão, com um erro de cálculo, 120/25).”

(Código de Processo Civil, Theotonio Negrão, 36ª edição, nota 2, pág. 790)

Observe-se ainda que os arrematantes Mysis Comércio de Calçados Ltda. e Trebiano Comércio Ltda., ora agravante, conforme se constata às fls. 67/72, eram credores do Supermercado São José Ltda., este último credor, não nos autos da execução forçada nº 309/99, onde ocorreu a arrematação dos imóveis também penhorados pela Fazenda Nacional, mas sim em outra execução forçada ajuizada perante a 1ª e 6ª Vara de Comarca de Natal. Diante de tal constatação, percebe-se, portanto, que o fruto da arrematação procedida na Justiça Estadual serviu para quitação de débito de credores privados em detrimento do privilégio estabelecido para o crédito público, inobstante tenha sido efetivada a penhora de referidos bens a requerimento da Fazenda Nacional em data anterior à arrematação, procedida na Justiça Estadual.

É importante registrar que apesar do ora agravante, Trebiano Comércio Ltda., assim como Mysis Comércio de Calçados Ltda. exequente na execução forçada nº 309/99, todos arrematantes, pugnam, às fls. 67/72 do presente agravo, pelo indeferimento do pleito do INSS de reserva de numerário suficiente para quitação do seu crédito no montante de R\$ 491.029,18, crédito este inscrito em dívida ativa e com execução fiscal já ajuizada, ao fundamento de que em 05 de maio de 1999, ou seja, na data prevista para realização da 1ª praça **“solicitaram preferência pela distribuição do valor apurado em alienação cujo edital já havia designado os dias 05.05.1999, para a primeira praça, e 17.05.1999, para a segunda praça”**. (Destaquei). Ressalte-se que o pedido do INSS restou indeferido em 05 de outubro de 1999, inobstante tenha sido postulado em 20 de abril de 1999, ou seja, antes de efetivadas as arrematações.

Registre-se que após o indeferimento do pleito do INSS, em 05 de outubro de 1999, fora expedida a Carta de Arrematação em 18 de outubro de 1999, a favor de Mysis Comércio de Calçados Ltda. em relação aos bens objeto das matrículas nºs 19.105, 37.258 e 47.347, tendo referida Carta de Arrematação sido registrada em 28 de fevereiro de 2000, conforme se constata às fls. 56 da Execução Fiscal, onde reside a decisão ora agravada. Quanto ao imóvel

arrematado por Trebiano Comércio Ltda., no valor de R\$ 650.000,00, ou seja, o de matrícula nº 38.026 a referida Carta de Arrematação só foi expedida em 25 de junho de 2002, porém, não foi a mesma devidamente registrada, fls. 64 dos autos da execução fiscal.

Cumpre ainda destacar, como bem observou o MM. Juiz prolator do despacho agravado que tendo sido registrados os arres- tos dos imóveis, objeto de posteriores arrematações procedidas na Justiça Estadual, em favor da Fazenda Nacional e convertidos em penhora, cujo efeito tem por finalidade criar em relação ao credor uma preferência sobre tais bens, preferência esta advinda da legislação tributária, equivale a mesma a um verdadeiro direito real sobre os bens penhorados. Ante tais fundamentos, em aplicando lições de Humberto Theodoro Júnior, no sentido de que “nasce para o exeqüente, assim, uma verdadeira garantia pignoratícia, similar ao penhor convencional ou legal”, entendeu aquele Magistrado por aplicar o disposto no art. 619 do CPC, que estabelece:

“Art. 619. A alienação do bem aforado ou gravado por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto será ineficaz em relação ao senhorio direto, ou ao credor pignoratício, hipotecário, anticrético, ou usufrutuário, que não houver sido intimado.”

Restando identificado que os bens lavados à praça na execução forçada nº 309/99, que teve curso na Justiça Estadual, foram arrestados e penhorados pela Fazenda Nacional, em data anterior à arrematação, imprescindível se apresentava a necessidade de intimação da Fazenda Nacional, para que acompanhasse o processo e nele pudesse fazer valer seus interesses. Ausente tal intimação como ocorreu *in casu*, é de declarar-se a ineficácia da arrematação levada a efeito na Justiça Estadual em relação à Fazenda Nacional, obstada que fora de exercer seu direito de preferência, estabelecido no Código Tributário.

Merecem destaque as lições de Tiori Albino Zavascki, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, volume 8, Do Processo de Execução, em comentando o art. 619 do CPC, onde se lê:

“Significa que o direito de preferência mantém inde- lével e, se exercido, **importará a anulação da arre-**

matação, restando ao arrematante a pretensão de reclamar de volta o que pagou. Nestes casos, portanto, a ineficácia representa, na prática, situação idêntica à anulabilidade.”

Não se desconhece, por outro lado, a aplicabilidade do art. 694 do CPC que estabelece que assinado auto de arrematação pelo Juiz, pelo escrivão e pelo arrematante, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretroatável, por dar referido auto de arrematação, caráter de definitividade à praça e ao leilão, também não se desconhece que se encontrando a arrematação eivada de ilegalidades, como ocorre na hipótese dos presente autos, **poderá a mesma ser desfeita, por vício de nulidade, inciso I, parágrafo único do mesmo citado artigo.**

Araken de Assis, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, volume 9, Do Processo de Execução, em comentando especificamente o art. 694 e seu parágrafo único, do CPC, preleciona que a palavra dissolução utilizada no texto legal, inobstante sirva para catalogar casos heterônomos, por exemplo o estabelecido no inciso II, que prevê a hipótese de desfazimento da arrematação quando não for pago o preço ou não for prestada a caução, bem como para a hipótese prevista no inciso I, que cuida de vício de nulidade, é tanto que na primeira hipótese enseja a dissolução do negócio, enquanto na segunda dá margem à invalidação da arrematação, “aquele é fato superveniente ao negócio; este, ao invés, contemporâneo à sua formação.

Por pertinente à matéria em discussão, merecem registro os comentários efetuados por Araken de Assis, na mesma obra acima citada, especificamente ao inciso I do parágrafo único do art. 694, que textualmente doutrina:

“A invalidade tanto pode ser substantiva, concernente ao negócio em si (p. ex., em virtude de dolo; licitante incapaz), quanto processual, verificada no curso do procedimento *in executivis* (p. ex., a omissão do edital quanto às qualidades da coisa, a falta de intimação do devedor, do seu cônjuge e assim por diante)...

Legitimam-se a postular a decretação da nulidade da arrematação, a qualquer tempo e, se for o caso, mediante simples petição do adquirente – ostenta interesse de que título não seja objeto de futuras controvérsias –, o executado, não dando causa à nulidade, o exequente ou credor concorrente (infra, 116.2)”. (Destaquei).

Destaco, ainda, lições do citado doutrinador onde o mesmo analisa os efeitos do desfazimento da arrematação por força da aplicação do parágrafo único do art. 694 do CPC, onde textualmente se lê:

“Efeitos do desfazimento – O desfazimento da arrematação implica o retorno estado prístino. Materialmente, as causas de dissolução do negócio, esmiuçadas linhas antes (retro, 116.6), apresentam efeito comum de conduzir os figurantes, nos negócios jurídicos em geral, ao estado anterior à formação do vínculo.”

É inquestionável, diante da constatação das ilegalidades acima apontadas, a possibilidade do Juiz poder declarar de ofício a nulidade da arrematação e, por conseqüência, determinar o seu desfazimento. Neste sentido assim se houve a jurisprudência:

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SÚMULA Nº 283/STF. EXECUÇÃO FISCAL. ARREMATAÇÃO. NULIDADE. DUPLO LEILÃO.

1. Encontrando-se o acórdão recorrido apoiado em mais de um fundamento suficiente para mantê-lo, a falta de impugnação de um deles atrai a incidência da Súmula nº 283 da Suprema Corte.

2. ‘Na execução fiscal haverá segundo leilão, se no primeiro não houver lance superior à avaliação’ (Súmula nº 128/STJ)

3. O desfazimento da arrematação por vício de nulidade pode ser declarado de ofício pelo Juiz ou a requerimento da parte interessada, nos próprios autos da execução.

4. Recurso especial não-conhecido.”

(STJ. REsp nº 13.091, Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, data do julgamento 28.02.2005).

Diante da constatação das ilegalidades perpetradas, seja pelos arrematantes, seja pelo executado, no caso o Supermercado São José Ltda., nos autos da execução forçada nº 309/99, bem como da irreparabilidade e acerto da decisão recorrida, nego provimento ao presente agravo de instrumento.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 59.878-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Agravante: VIAÇÃO BONS AMIGOS LTDA.
Agravada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. MARCUS DE PAULA PESSOA E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DOS BENS VINCULADOS AO PAES/REFIS II. LEI 10.684/03. PAGAMENTO DAS PARCELAS EM DIA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO (ART. 151, VI, DO CTN). INOCORRÊNCIA DE LESÃO AO FISCO, JÁ QUE O DEVEDOR RESPONDERÁ COM A TOTALIDADE DOS SEUS BENS ATUAIS E FUTUROS PELA DÍVIDA CONSOLIDADA, EM CASO DE SUA EXECUÇÃO FORÇADA (ART. 591 DO CPC).

- Estando suspensa a execução fiscal, em razão de os créditos tributários terem sido devidamente inscritos no PAES/REFIS II (Lei 10.684/03), com a conseqüente suspensão da sua exigibilidade e em dia o pagamento das respectivas parcelas, não causa lesão ao Fisco a substituição da garantia antes ofertada, tendo em vista que o devedor responde com todos os seus bens, atuais e futuros, pela satisfação do direito do credor (art.

591 do CPC).

- A liberação dos bens anteriormente vinculados à garantia (veículos) se condiciona ao prévio registro do bem agora ofertado (imóvel), mas sem prejuízo da constrictão de outros, tantos quantos bastarem à penhora, quaisquer que sejam e onde quer que se encontrem, em caso de eventual execução forçada da dívida tributária, como por impontualidade no pagamento das parcelas.

- O sistema PAES/REFIS II é mecanismo de recuperação de créditos, de sorte que as suas regras devem ser interpretadas em função dessa finalidade, daí descaber a adoção de práticas garantísticas que importem em obstáculos ou em paralisação das atividades normais da empresa que a ele aderiu, lhe impondo ônus excessivos e sem proveito fiscal algum.

- Agravo a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGTR 59.878-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em acolher o presente agravo de instrumento, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 28 de junho de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Viação Bons Amigos Ltda. contra decisão prolatada pelo eminente Juiz Federal da 9ª Vara da SJ/CE, Dr. José Vidal Silva Neto, que indeferiu o pedido formulado pela parte executada, ora agravante, de subs-

tituição de penhora sobre veículos por bem imóvel, *por entender que quando não tratar a substituição por dinheiro ou por fiança bancária, é imprescindível a concordância expressa do exequente, bem como que a situação de adimplência do executado no parcelamento não permitiria a substituição dos bens penhorados por outro igualmente apto a assegurar plenamente a execução fiscal, o que não seria o caso. Afirmou, ainda, que o bem indicado não garante sequer a integralidade do débito fiscal, conforme documentos acostados aos autos pela Fazenda Nacional, às fls. 113/120 do Processo 2000.81.027950-6.*

2. Aduz a agravante que: (a) a dificuldade da arrematação em futura praça poderia ser anulada se o imóvel fosse desmembrado em pequenos lotes ou servir de solução para o crônico problema do Governo Federal de falta de terras produtivas para o implemento da reforma agrária; (b) os imóveis encontram-se na ordem de preferência do art. 11 da LEF, sobrepostamente aos veículos; (c) não há problemas do bem imóvel oferecido em substituição situar-se em foro diverso da execução, pois a União Federal está presente em todos os Estados da Federação, possuindo legitimidade e capacidade para acompanhar as avaliações, perícias, inspeções judiciais e demais atos necessários para lavratura do termo de penhora, caso sejam necessárias; (d) todas as execuções fiscais contra a ora agravante *estão suspensas*, em virtude da sua adesão ao PAES (REFIS II), não havendo previsão de realização de hasta pública; (e) a substituição dos bens é imprescindível para a renovação da frota de veículo, conforme a legislação municipal de Fortaleza-CE, sob pena de perder a concessão das linhas de transporte urbano de passageiros.

3. Às contra-razões, alega a agravada que: (a) os advogados que representam a parte não demonstraram claramente que os subscritores das procurações que lhes foram outorgadas (fls. 20 e 49) possuíam poderes para tanto, uma vez que a cópia do contrato social (fls. 52/54) não tem qualquer especificação quanto à gerência da agravante; (b) não foi indicado o nome e endereço completo do advogado da agravada; (c) os bens oferecidos em substituição não constituem uma das hipóteses previstas no inciso I do art. 15 da LEF, além de possuir liquidez inferior aos veículos penhorados, por ser de difícil alienação, situado em foro diverso e

cuja avaliação teria sido realizada por peritos contratados pela própria executada; (d) a agravante pode renovar sua frota, cabendo à agravante oferecer em substituição os novos veículos.

4. Negado o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso (fls. 170), a agravante interpôs agravo regimental, que foi denegado pela doutra Segunda Turma (fls. 198/204).

5. É este o brevíssimo relatório.

VOTO

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

1. Preliminarmente, a Fazenda Nacional alega deficiência no instrumento procuratório dos advogados da agravante, bem como a não indicação do nome e endereço dos advogados da agravada, o que acarretaria o não conhecimento do recurso.

2. Compulsando os autos, verifico que, às fls. 2, a agravante informa o nome e o endereço do advogado da agravada (Procurador da Fazenda Nacional Seridião Correia Montenegro, Rua Barão de Aracati, 909, 7º andar, Aldeota, Fortaleza-CE), daí ser aleatória a alegação de tal omissão.

3. Por outro lado, a procuração do advogado da agravante foi juntada aos autos, às fls. 49/54, razão pela qual entendo incabíveis as preliminares suscitadas.

4. Passo, assim, ao exame do mérito.

5. A escolha dos bens para penhora na execução fiscal é uma faculdade do devedor, segundo se extrai da leitura dos dispositivos da LEF:

“Art. 8º - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, **ou garantir a execução**, observadas as seguintes normas:

(...).

Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na

Certidão de Dívida Ativa, **o executado poderá:**

(...);

III – **nomear bens à penhora**, observada a ordem do artigo 11;

IV – **indicar à penhora** bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública.”

6. Portanto, quando a penhora é de iniciativa do devedor, *esse é quem escolhe os bens destinados a garantir o juízo*, independentemente da aceitação pela Fazenda Pública, salvo quando o bem nomeado é de terceiro, conforme se depreende da leitura do art. 9º e de seus incisos, quando passa a ser necessária a anuência daquela quanto ao bem indicado à penhora.

7. Em uma análise superficial, entendi que sempre que o bem indicado fosse de terceiro, a concordância expressa da Fazenda Pública seria condição para a penhora do mesmo.

8. Ocorre que esse entendimento poderia levar ao absurdo da parte exeqüente recusar-se, sem qualquer motivo plausível, a aceitar o bem indicado à penhora pela executada, quando esse bem fosse de propriedade de terceiro, o que não poderia ser admitido dentro do sistema jurídico pátrio, que procura assegurar o pagamento do crédito do exeqüente, sem restringir demasiadamente o patrimônio jurídico do executado.

9. Assim, em uma análise mais aprofundada da matéria, observe que a recusa da Fazenda Pública, *ainda quando se trate de substituição da penhora por bens de terceiros*, deve ser **motivada, razoável e plausível**, sob pena de se onerar o devedor exacerbadamente e sem razão.

10. No presente caso, a Fazenda Nacional recusa a substituição dos veículos penhorados pelo bem imóvel indicado, alegando que o mesmo é de difícil alienação, já que localizado no interior do Piauí e de valor elevado.

11. Ora, tais motivos, *data venia*, não são suficientes para impedir a penhora de tais bens. Primeiro porque *não se está tratando da execução do bem*, mas do seu oferecimento como garantia, que visa tão-somente a estabelecer o direito de preferência do credor em face do bem penhorado (art. 612 do CPC); e assim é por-

que o crédito fiscal ***acha-se parcelado e os pagamentos em dia*** (fls. 210/211).

12. Em segundo lugar, a dimensão do imóvel, por si só, não impossibilita sua arrematação, porquanto *o Juiz, a requerimento do devedor, poderá ordenar a alienação judicial de parte dele, desde que suficiente para pagar ao credor* (art. 702 do CPC).

13. Em terceiro lugar, se o bem for de difícil arrematação, quando do momento da sua alienação mediante hasta pública, **poderá ser substituído por outro**, inclusive pelos veículos atualmente penhorados ou os novos que porventura a empresa venha a adquirir-los, eis que ***o devedor responde com a totalidade dos seus bens atuais e futuros até a o montante da dívida*** (art. 591 do CPC).

14. Em quarto lugar, importa destacar que a Fazenda Nacional possui atuação em todo o território nacional, de tal sorte que o fato do bem imóvel situar-se em outra localidade não inviabiliza a sua alienação, *na medida em que aquela autoridade fazendária poderá requisitar seus recursos humanos e materiais próximos à localidade do imóvel para dar início à hasta pública*, se for o caso, já que, nesse momento, o crédito está com a sua exigibilidade suspensa, em face do parcelamento, como se disse.

15. Não se olvida que a penhora sobre os veículos pode ser mais benéfica à exequente, se comparada à penhora sobre o bem móvel. Contudo, não se pode perder de vista que a execução judicial deve ser feita pela forma menos onerosa ao devedor, quando o credor dispuser de mais de um meio para realizá-la (art. 620 do CPC). E esse é exatamente o caso, pois existem dois bens que podem ser dados em garantia: veículos ou bem imóvel, sendo o segundo, inclusive, *preferencial* ao primeiro (art. 11, IV e VI, da LEF), essa ordem de preferência é relevante, segundo entendimento da Jurisprudência:

“PENHORA. ORDEM. LEI Nº 6.830/80. SUBSTITUIÇÃO. FATURAMENTO DA EMPRESA.

O bem oferecido à penhora pode ser substituído, obedecida a ordem estabelecida no art. 11 da Lei nº 6.830/80, mas não poderá recair a penhora sobre o faturamento da empresa.

Recurso improvido”. (REsp. 189.651-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 08.03.99, p. 140).

16. Deste modo, havendo uma possível incompatibilidade de interesses, deve-se adotar a ponderação de valores, questionando-se qual deles deve ser privilegiado em detrimento do outro. Evidentemente que a resposta somente pode ser uma: *é menos prejudicial à Fazenda Pública que a penhora sobre os veículos seja substituída por bens imóveis do que se manter para o particular a constrição sobre a frota de ônibus que precisa ser renovada, a teor da Lei Municipal 7.163, de 30 de junho de 1992* (fls. 163/164).

17. Ademais, importa destacar que, de início, entendi que, sendo de terceiro o bem imóvel, seria imprescindível a concordância da Fazenda Nacional. Todavia, além da recusa dessa *não poder ser absoluta*, como já exposto anteriormente, percebe-se que os proprietários do bem imóvel autorizaram a sua penhora, mediante instrumento público de procuração outorgada à Viação Bons Amigos Ltda., que passou a ter poderes para *transmitir seu domínio, direito, ação e posse, responder pela evicção de direito, liquidar dívidas hipotecárias e tributos federais junto ao INSS-Instituto Nacional da Seguridade Social e Receita Federal incidente sobre a mandatária/outorgada, ajustar o preço da venda, da cessão, ou o valor da hipoteca, receber, passar recibo e dar quitação total e irrevogável do preço ou valor (...)*. (fls. 165 e verso).

18. Por fim, destaque-se, mais uma vez, que o processo de execução encontra-se suspenso, em virtude da adesão da empresa devedora ao PAES (REFIS II), cuja conta encontra-se **ativa e em dia**. Assim, embora esse fato não acarrete a desconstituição da penhora, é dado que deve ser considerado para se proceder à sua substituição, eis que o contribuinte não pode ser demasiadamente onerado. Neste sentido, já se manifestaram os Tribunais do País:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ADESÃO AO REFIS. SUBSTITUIÇÃO DE PENHORA. POSSIBILIDADE. ART. 15, I, DA LEI Nº 6.830/80.

1. A recorrida ingressou regularmente no REFIS e fez sua opção pelo arrolamento de bens patrimo-

niais. A manutenção da penhora estaria garantindo duplamente a mesma dívida. Nada impede, dessa forma, seja desconstituída ou substituída (se assim for requerida) a penhora sobre bem indicado anteriormente, uma vez cumpridas regularmente as obrigações relativas ao Programa.

2. O contribuinte, ao aderir ao REFIS, pretende corrigir a sua situação fiscal, não podendo ser penalizado por um benefício que foi instituído com o intuito de regularização.

3. *In casu*, não há vedação, em se pretender seja deslocada a penhora para outro bem do patrimônio do executado, seja a pedido deste ou da Fazenda Pública. Em qualquer das hipóteses, a questão deverá ser analisada à luz das regras gerais do processo civil. **Assim, há sempre de ser atendido o pleito do devedor com base no art. 15, I, da Lei nº 6.830, o qual encerra direito subjetivo.**

4. Recurso não provido”. (STJ, REsp. 529.059-SC, Rel. Min. José Delgado, *DJU* 13.10.03, p. 281).

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUBSTITUIÇÃO DE BEM PENHORADO POR CRÉDITO JUNTO À SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. OPÇÃO PELO REFIS.

I – O REFIS é uma solução encontrada pelo Governo Federal para reaver dívidas resultantes da falta de liquidez das empresas, ocasionada pela recessão e desvalorização do Real, constituindo uma possibilidade efetiva do Poder Público receber impostos e contribuições devidas.

II – A opção da agravante pelo REFIS, para poder saldar parceladamente a dívida, foi regularmente formalizada, recepcionada e confirmada no prazo legal e inclui todas as suas dívidas fiscais, inclusive aquela em questão.

III – Não faz sentido o prosseguimento da execução fiscal, uma vez que a dívida vem sendo paga, tal como acordada entre a Fazenda Nacional e a agravante.

IV – Agravo de instrumento provido”. (TRF 2ª R., AG 71.377-RJ, Rel. Des. Federal Carreira Alvim, DJU 24.09.03, p. 221).

19. Em síntese, estando suspensa a execução fiscal, em razão de os créditos tributários terem sido devidamente inscritos no PAES/REFIS II (Lei 10.684/03), com a conseqüente suspensão da sua exigibilidade **e em dia o pagamento das respectivas parcelas**, não causa lesão ao Fisco a substituição da garantia antes ofertada, tendo em vista que o devedor responde com todos os seus bens, atuais e futuros, pela satisfação do direito do credor (art. 591 do CPC); ademais, registro que a liberação dos bens anteriormente vinculados à garantia (veículos) se condiciona ao prévio registro do bem agora ofertado (imóvel), mas sem prejuízo da constrictão de outros, tantos quantos bastarem à penhora, quaisquer que sejam e onde quer que se encontrem, em caso de eventual execução forçada da dívida tributária, como por impontualidade no pagamento das parcelas.

20. Por último, reitero que o sistema PAES/REFIS II é mecanismo de recuperação de créditos, de sorte que as suas regras devem ser interpretadas em função dessa finalidade, daí descaber a adoção de práticas garantísticas que importem em obstáculos ou em paralisação das atividades normais da empresa que a ele aderiu, lhe impondo ônus excessivos e sem proveito fiscal algum.

21. Diante do exposto, tendo em vista que os bens dados em garantia à execução (veículos) devem ser substituídos pelo bem imóvel indicado pela ora agravante, *voto pelo provimento do agravo de instrumento*.

22. É como voto, eminentes Pares.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 61.138-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Agravante: TRIUNFO AGROINDUSTRIAL S/A.
Agravada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. MARIA FERNANDA QUINTELA BRANDÃO VILELA E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IPI. CRÉDITO PRESUMIDO. LITISPEN-DÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRAZO IDÊN-TICO AOS DA AÇÃO DE RESTITUIÇÃO. PEDIDO DE SUSPENSÃO À VISTA DE COMPENSAÇÃO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. CAUSAS PRE-VISTAS EM NUMERUS CLAUSUS. CTN, ART. 151. COMPENSAÇÃO: MODALIDADE DE EXTIN-ÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO QUE PRESSU-PÕE LIQUIDEZ E CERTEZA DOS CRÉDITOS. CTN, ART. 156, II, C/C ART. 170. HIPÓTESE NÃO CONFIGURADA. VEDAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. AGRAVO IINOMINADO PREJUDICADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar prejudicado o agravo inominado e, por maioria, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator e do que consta nas notas taquigráficas que integram o presente julgado.

Recife, 11 de outubro 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEI-DA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Triunfo Agroindustrial S/A, pessoa jurídica devidamente qualificada nos autos, agrava de decisão da lavra do Juiz Federal Substituto da 2ª Vara em Alagoas, que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela que requerera, nos autos do processo nº 2005.80.00.001297-2, em face da União (Fazenda Nacional).

Postula que seja reformada a r. decisão, com pedido de provimento liminar, para o fim de suspender a exigibilidade de débitos, objeto de pedido de compensação, alegando ter direito à obtenção dos Documentos Comprobatórios de Compensação vinculados ao crédito presumido do imposto sobre produtos industrializados - IPI, em face da dicção dos artigos 1º e 2º da Lei nº 9.363/96 e de precedentes jurisprudenciais.

Outrossim, alega perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, considerando a iminência do cancelamento dos Documentos Comprobatórios de Compensação - DCC's, vinculados ao respectivo pedido de ressarcimento.

Aduz também ser inaplicável à hipótese o artigo 170-A do Código Tributário Nacional, pois visa apenas à suspensão da exigibilidade dos créditos tributários.

Decisão indeferitória da tutela liminar (fls. 260-261).

Agravo inominado mediante o qual a agravante reafirma os fundamentos já esposados (fls. 263-276).

Em contra-razões, a agravada alega: a) litispendência com o Mandado de Segurança nº 2000.80.00.006894-3, extinto sem julgamento de mérito, em face da inadequação da via eleita, pendendo de julgamento de recurso especial; b) prescrição de que trata o artigo 1º do Decreto-Lei nº 20.910/32; c) impossibilidade de compensação via liminar, em virtude do artigo 170-A do CTN; d) que é imprescindível o pressuposto de se ser contribuinte do PIS e da COFINS para fruir do crédito presumido do IPI; e) impossibilidade de reconhecimento de crédito incentivado; f) inexistência de comprovação de regularidade da agravante perante a seguridade social, nos termos do artigo 60 da Lei nº 9.069/95; e g) inexistência

de previsão legal para correção monetária de créditos escriturais, como é o caso do IPI, incentivados ou não; correção monetária é só para os casos de compensação ou restituição de indébito tributário.

É o relatório.

VOTO

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

Ab initio, afasto a preliminar de litispendência argüida.

A agravada alega a litispendência, mas não acosta, sequer, cópia da inicial da ação de segurança com a qual vislumbra identidade de causa ainda em curso.

Quanto à prescrição quinquenal dos alegados créditos, é de se afastá-la.

Aplica-se aos incentivos fiscais as mesmas disposições concernentes à restituição de tributo pago indevidamente.

A prescrição da ação de restituição ocorre, *ex vi legis*, após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário, na hipótese de pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido (CTN, artigo 168).

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, no entanto, tal prazo começa a fluir da homologação, sendo o prazo desta de 5 (cinco) anos, quando a lei não fixa expressamente prazo à homologação, ou seja, nesta última hipótese, conta-se o prazo após o decurso do prazo decadencial do lançamento (parágrafo 4º do artigo 150 do CTN), ou seja, de cinco anos acrescidos da prescrição também quinquenal.

Ora, como, em tese, compensando-se o aventado crédito decorrente de IPI equivaleria a um pagamento, a Fazenda Pública pode homologá-lo ou não, no prazo de 10 (dez) anos.

Assim, em se tratando de ação proposta em março de 2005 (v. fl. 50), com relação a supostos créditos que remontam a abril de 1995 e março de 1999 (fl. 78), segue que não há que se cogitar de prescrição.

Todavia, a pretensão recursal não merece guarida.

Em que pese a agravante afirmar e reafirmar que o seu pleito é no sentido da suspensão da exigibilidade de débitos, é de se ressaltar que tal pedido está intrinsecamente irmanado ao de compensação. A propósito, é de se notar os pedidos formulados na inicial da ação cuja cópia se encontra acostada aos autos:

“[...] seja suspensa a exigibilidade, na forma do art. 151, V, do CTN, dos débitos objeto de pedidos de compensação [...];

[...] seja reconhecido o direito da autora ao lançamento em sua escrita fiscal dos valores decorrentes do crédito presumido de IPI, de que trata a Lei nº 9.363/96, alusiva ao período de abril/95 a março/99. [...]” (Fl. 78).

Ora, eventual compensação de débitos/créditos tributários não é causa ensejadora de suspensão da exigibilidade de créditos tributários.

As causas de suspensão da exigibilidade de créditos tributários estão previstas, em *numerus clausus*, no artigo 151 do Código Tributário Nacional.

De outro lado, compensação é modalidade de extinção do crédito tributário (CTN, artigo 156, II).

Qual fundamentado na decisão denegatória da liminar, à obviedade, só se compensam dívidas líquidas e exigíveis, como o prevê o artigo 369 do Código Civil.

Com efeito, é condição para que se compensem créditos tributários a liquidez e certeza, também à luz do Código Tributário Nacional (artigo 170).

Ainda que não caracterizada a litispendência, noticiam os autos que a agravante teve mandado de segurança, anteriormente impetrado, denegado por este Egrégio Sodalício, à vista da iliquidez de seu pretensão crédito ali controvertido, daí a nova roupagem dada ao seu pedido na ação ordinária ulterior na qual pretendeu a tutela por antecipação, negada, que motivou o presente recurso.

Ora, se a pretensão não tinha liquidez e certeza para a con-

cessão do *writ* é que carece também de verossimilhança para a antecipação de tutela nas vias ordinárias.

Forte também no artigo 170-A do Código Tributário Nacional, que incide na hipótese, é de se afastar o pedido de compensação.

Antes do trânsito em julgado da decisão a ser proferida nos autos da ação ordinária, é vedada a compensação de créditos mediante aproveitamento do tributo.

É que, potestativamente, como é sabido, fica ao líbido do contribuinte exercer o direito de autocompensar-se do indébito tributário ou por incentivos fiscais, por sua conta e risco, ou em termos jurídicos, sob condição resolutória, tanto, como é dado ao Fisco fazer a compensação, de ofício, quando tiver de restituir valor de tributo indevidamente antecipado, nos precisos termos dos artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/96, com a redação da Lei nº 10.637/2002.

Renunciando tacitamente ao direito acima aludido, seja por incerteza, seja pela precariedade ou iliquidez de seu pretendo crédito, só resta à agravante aguardar o trânsito em julgado da decisão, não lhe assistindo a tutela pretendida.

Nestes termos, julgo improvido o agravo de instrumento e prejudicado o agravo nominado.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 61.682-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Agravante: INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO - IDT
Agravada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO HELDER ALVES DO NASCIMENTO E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COFINS. ASSOCIAÇÃO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.158-35/2001, ART. 14, X. ISENÇÃO

APENAS SOBRE AS RECEITAS RELATIVAS ÀS ATIVIDADES PRÓPRIAS DA ENTIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. AGRAVO INOMINADO PREJUDICADO.

- A isenção a que alude o artigo 14, inciso X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 se refere apenas às receitas relativas às atividades próprias das entidades que menciona, não abrangendo a totalidade das receitas que lhe são carreadas.

- Isenção pressupõe lei específica (CF, art. 150, parágrafo 6º).

- A ênfase da interpretação da norma isencional é a literal. CTN, art. 111.

- Agravo de instrumento improvido. Agravo inominado prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar improvido o agravo de instrumento e prejudicado o inominado, nos termos do voto do Relator e do que consta nas notas taquigráficas que integram o presente julgado.

Recife, 6 de setembro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

O Instituto de Desenvolvimento do Trabalho – IDT, qualificado nos autos, agrava da decisão proferida pelo Juiz Federal da 10ª Vara no Ceará, que indeferiu a medida liminar que requerera, em sede do Mandado de Segurança nº 2005.81.000760-7, impetrado contra ato do Delegado da Receita Federal em Fortaleza.

Postula o provimento do agravo, conferindo-lhe efeito suspensivo ativo, para reforma da decisão e deferimento do seu pleito

consubstanciado no reconhecimento de isenção, relativamente à contribuição social para financiamento da seguridade social – COFINS, suspensão da exigibilidade do respectivo crédito tributário e impedimento do seu registro no CADIN.

Alega que o seu pedido de reforma da decisão assenta-se no fato de que é uma associação civil; não tem finalidade lucrativa; é detentora de título de utilidade pública; a interpretação do Magistrado de primeiro grau em matéria de isenção está estribada em Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal, quando deveria ser na lei; que faz jus à isenção da COFINS com base no artigo 14, inciso X, da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, incorporada ao ordenamento jurídico por força do artigo 2º da Emenda Constitucional 32, de 11/09/2001; que o mencionado artigo 14, inciso X, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 não diz nada acerca do conceito de atividades próprias e que a isenção se interpreta restritivamente.

Outrossim, para fins de prequestionamento, requer que se faça constar no acórdão alegada ofensa aos artigos 111, inciso II, 176, 178 e 179, do Código Tributário Nacional; ao artigo 15 da Lei nº 9.532/97 e ao artigo 14, inciso X, da Medida Provisória nº 2.158/35, além do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Negado o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso (fls. 97-98).

Agravo inominado fls. 103-115.

Em contra-razões, a União (Fazenda Nacional) aduz que a pretensão da agravante não merece acolhida, à míngua dos pressupostos legais necessários ao deferimento da liminar; que a legislação é clara a respeito do tratamento dispensado à COFINS; que receitas próprias das entidades são aquelas decorrentes de contribuições, doações, anuidades ou mensalidades fixadas por lei, assembléia ou estatuto, recebidas de associados ou mantenedores, sem caráter contraprestacional direto, destinadas ao custeio e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais; que as atividades próprias da agravante que são isentas são apenas aquelas descritas nos itens I ao V do artigo 7º do seu Estatuto; que não cabe interpretação extensiva, além de no trato da isenção tributá-

ria dever-se atentar para o disposto no artigo 150 da Constituição Federal; que a IN – SRF nº 247 não cria restrições não previstas em lei, além da necessidade de se evitar o efeito multiplicador do ajuizamento de ações semelhantes, que acarretaria grave lesão à economia e à ordem pública.

É o relatório.

VOTO

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

Qual fundamentado na decisão denegatória do pedido de efeito suspensivo, a ênfase no que concerne à interpretação das normas que tratam sobre isenção é a literal, nos termos do artigo 111 do Código Tributário Nacional.

A Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, em vigor por força do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11/09/2001, isenta da COFINS as receitas relativas às atividades próprias das associações, entre outras entidades, no que tange aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999 (artigo 14, inciso X).

Com efeito, o dispositivo da Medida Provisória aludida não define o que sejam receitas relativas às atividades próprias de uma associação, o que também não se deve inferir do teor de instrução normativa, por não ser instrumento hábil para tanto, uma vez que a isenção pressupõe a existência de lei específica (Constituição Federal, parágrafo 6º do artigo 150).

Todavia, por se dar ênfase à interpretação restritiva em matéria de isenção, é que deve prevalecer o entendimento de que não são todas as receitas da associação que estão albergadas pela norma isencional.

Caso fossem abrangidas pela norma isencional todas as receitas carreadas à pessoa jurídica constituída como associação, como pretende a agravante, bastaria que a Medida Provisória dispusesse que as associações estão isentas da COFINS; não teria sentido se especificar na Medida Provisória que são isentas as receitas “relativas às atividades próprias” da associação.

O conceito de “atividades próprias” não é daqueles que necessita estar positivado, pois se infere do objeto da entidade e este, obrigatoriamente, consta no seu respectivo instrumento constitutivo, portanto, receitas relativas às atividades próprias são aquelas que advêm das atividades para as quais a entidade é constituída e não todas as receitas carreadas à entidade.

A propósito do tema, colho precedente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sede de pedido de antecipação dos efeitos de tutela, assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FALTA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

A Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, em seu artigo 14, inciso X, somente isentou da COFINS as receitas relativas às atividades próprias das fundações de direito privado, o que, em primeiro plano, afasta a possibilidade da concessão da tutela, vez que não há prova sobre quais bases incide a contribuição que a agravante visa afastar.

Agravo improvido”.¹

Nestes termos, julgo improvido o agravo de instrumento e prejudicado o agravo inominado.

É como voto.

¹ Ementa de ac. da Quarta Turma do TRF/1ª Região, un., aos 07/05/2002, no AG 200201000032344/MG, Rel.: Desembargador Federal Hilton Queiroz, pub. no DJ 19/06/2002. p. 92. Os negritos não estão na publicação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 234.343-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: REBECA DE ARRUDA RIBEIRO
Advs./Procs.: DRS. RENE PRIMO DE ARAÚJO E OUTROS (APTE.) E MARGARETE TRIGUEIRO DE A. DUARTE (APDA.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO COTISTA MONORITÁRIO SEM PODERES DE GESTÃO. ART. 13 DA LEI 8.620/93. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

- Execução fiscal intentada contra sócia cotista minoritária sem poderes de gestão, conforme verificado no contrato social da empresa.

- O art.13 da Lei 8.620/93 não estende a responsabilidade tributária aos sócios cotistas sem poderes de gestão, portanto, correta a decisão que determina afastamento da executada em face da ilegitimidade para figurar no pólo passivo da execução fiscal. Precedentes jurisprudenciais.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 2 de agosto de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se de remessa oficial e apelação cível interposta pelo INSS em face de sentença que julgou procedentes embargos à execução fiscal, afastando a legitimidade da apelada para figurar no pólo passivo da execução, tendo em vista que era sócia cotista minoritária da empresa, sem poder de gestão, ao tempo do surgimento da dívida.

A executada reafirma, em suas contra-razões, a condição de simples sócia cotista sem poderes de administração e requer a manutenção da sentença.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição (art. 475 do CPC).

Recebido o recurso, subiram os autos a esta Corte, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Não há razões para reformar a sentença atacada.

No presente caso é possível observar que a executada, ora apelada, era, ao tempo do surgimento da dívida, sócia cotista sem poderes de administração, conforme retratado no contrato social da empresa juntado aos autos (fls.16/19).

O sócio cotista, sem poder de gestão, não responde em caráter solidário pelas dívidas da sociedade, como alega o INSS, interpretando o art.13 da Lei 8.620/93 e invocando em seu favor o art. 135 do CTN, que regula a matéria de responsabilidade tributária, abaixo transcritos:

“Art. 135 do CTN: São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

“Art. 13 da Lei 8.620/93: O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.

Parágrafo único. Os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a Seguridade Social, por dolo ou culpa.”

Pode-se observar claramente que tais normas não estendem a responsabilidade tributária aos sócios cotistas sem poderes de gestão, mas apenas aos sócios detentores de poderes efetivos de administração da empresa. Neste sentido, veja-se jurisprudência deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO REGIMENTAL. CITAÇÃO. REPRESENTANTE LEGAL. CDA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

I - O sócio e a pessoa jurídica formada por ele são pessoas distintas (Código Civil, art. 20). Um não responde pelas obrigações da outra.

II - Em se tratando de sociedade limitada, a responsabilidade do cotista, por dívidas da pessoa jurídica, restringe-se ao valor do capital ainda não realizado. (Dec. 3.708/1919 - art. 9º). Ela desaparece, tão logo se integralize o capital.

III - O CTN, no inciso III do art. 135, impõe responsabilidade, não ao sócio, mas ao gerente, diretor ou equivalente. Assim, sócio-gerente é responsável, não por ser sócio, mas por haver exercido a gerência.

IV - Redirecionar a execução para o representante legal da executada, a fim de aferir a responsabilidade tributária, exige comprovação do ilícito praticado.

Incidência da Súmula 07.

V - Agravo improvido". (Grifo nosso).

Origem: Superior Tribunal de Justiça - AgRg no AgRg no AG 417.942.

Relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS
Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA

Data da Publicação *DJ* 02.06.2003 p. 187.

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO COTISTA MINORITÁRIO SEM PODER DE GERÊNCIA. INCLUSÃO NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO EXECUTIVA. ART. 13 DA LEI Nº 8.620/93. IMPOSSIBILIDADE.

- Hipótese em que o Instituto Nacional de Seguro Social, fundado no art. 13 da Lei nº 8.620/93, busca a reforma de sentença que entendeu pela exclusão do embargante do polo passivo da execução fiscal, em face de sua qualidade de sócio quotista minoritário sem poder de gerência.

- Caso em que a análise dos termos de alteração social da empresa executada deixa ver que faltam ao embargante poderes para representar e administrar a sociedade, sendo ele sócio cotista minoritário.

- Incabível a responsabilização de sócio quotista sem qualquer poder de gerenciamento, pois a vontade do legislador expressa no artigo 13 da Lei nº 8.620/93 foi exatamente responsabilizar pelas obrigações frente à Seguridade Social, aqueles com poderes de administrar empresa.

- Precedentes do STJ.

- Apelação e remessa necessária improvidas.”

Origem:Tribunal - Quinta Região

Classe: AC - Apelação Cível - 307.569. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo. Data Publicação: 17/02/2004.

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

1 - Não tem legitimidade passiva para responder por dívidas da sociedade o sócio minoritário, de participação técnica, que não participe na gestão da sociedade.

2 - Demonstrada a ilegitimidade *ad causam*, deve a parte ser excluída da lide.

3 - Remessa oficial improvida.”

Origem: Tribunal - Quinta Região

Classe: REO - Remessa *ex officio* - 20983. Órgão

Julgador: Segunda Turma. Relator Juiz Barros Dias (Substituto). Data Publicação 24/06/1994.

Quanto à desconsideração da personalidade jurídica, a embargante, como já foi dito, não exercia poderes de gestão, logo não lhe era possível praticar atos com excesso de poder ou infração à lei ou contrato, requisitos necessários para desconsideração da personalidade jurídica e conseqüente responsabilização patrimonial dos sócios. Espelhando tal entendimento, veja-se jurisprudência desta Corte:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO SÓCIO-GERENTE DA EMPRESA EXECUTADA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. PRECEDENTES.

- **Na esteira da orientação firmada pela Primeira Seção do e. STJ, a pessoa física que exerce a gerência da empresa apenas responde solidariamente com seu patrimônio pessoal por dívida tributária se comprovada a prática de atos eivados de excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos da pessoa jurídica executada, não caracterizando infração legal o mero inadimplemento de tributos** (Embargos de Divergência no REsp nº 174.532/PR, Relator o e. Ministro José Delgado, decisão unânime da Primeira Seção em 18.06.2001, publicada no *DJ* da União em 20.08.2001, pág. 342).

- É cabível o manejo da exceção ou objeção de pré-

executividade pela pessoa física citada na condição de co-responsável pelo pagamento da execução fiscal, desde que não comprovada de plano pelo Fisco a prática de ato perpetrado com abuso de poder ou ofensa aos estatutos da pessoa jurídica executada. Precedente da Primeira Turma desta Corte Regional. (AGTR 50.431/PB, Relator o Desembargador Federal Edílson Nobre, decisão unânime da Primeira Turma em 11/03/2004, publicada no *DJ* de 26/04/2004, pág. 568).

- Agravo de instrumento provido. Agravo regimental prejudicado. (Grifo nosso).

Origem: Tribunal - Quinta Região

Classe: AG - Agravo de Instrumento - 57.601. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator Desembargador Federal Jose Maria Lucena. Data Publicação 25/02/2005.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 245.633-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
Apelada: REGINA DULCE BARBOSA LINS
Adv./Proc.: DRA. MARIA CRISTINA TEIXEIRA JAPIASSÚ (APDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDADE. DOCENTE. AVERBAÇÃO DE CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO REALIZADO NO EXTERIOR. ACORDO CULTURAL ENTRE O BRASIL E A BÉLGICA. DESNECESSIDADE DE REVALIDAÇÃO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2º DA RESOLUÇÃO Nº 03-CFE, DE 10/6/85. ADICIONAL DE 12%. LEI 8.243/91.

- *Docente da Universidade Federal de Alagoas – UFAL, que requereu o pagamento da vantagem denominada “progressão por especialização” instituída pelo art. 1º da Lei nº 8.243/91, por ter concluído curso de especialização no exterior.*
- *Não poderia a UFAL deixar de implantar, de imediato, a gratificação requerida, sob o fundamento de que a autora-apelada não teria providenciado a tradução dos documentos relativos ao referido curso, pois, de acordo com o estatuído no parágrafo único do art. 2º da Resolução nº 03-CFE, de 10/6/85, vigente ao tempo da realização do curso pela autora, não era necessária a revalidação de curso de especialização realizado no exterior que decorresse de acordo cultural entre o Brasil e o país de origem.*
- *O adicional de 12%, referido na Lei nº 8.243/91, é devido à autora a partir da edição daquele diploma legal – 1º/9/91 –, data em que a autora já havia demonstrado à UFAL ser possuidora da titulação de especialista. Sentença confirmada.*
- *Apelação e remessa oficial improvidas.*

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 e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 8 de setembro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO:

Apela-se da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas que, nos autos da Ação Ordinária nº 99.0004540-8, julgou procedente, em parte, o pedido formulado por Regina Dulce Barbosa Lins.

A autora-apelada, docente da Universidade Federal de Alagoas – UFAL, requerera a condenação da ré-apelante ao pagamento da vantagem denominada “progressão por especialização” estatuída no art. 1º da Lei nº 8.243/91.

Aduz que, após ter participado, em 1988, de um curso realizado no exterior (em Bruxelas-Bélgica), equivalente a especialização na sua área de atuação, apresentou ao Departamento de Arquitetura e Urbanismo da UFAL, em novembro daquele ano, o pedido de aprovação e averbação na sua ficha funcional do referido curso.

Mesmo tendo sido aprovada no curso já identificado, a Administração não procedeu ao registro dele nos seus assentamentos funcionais. Em 2 de maio de 1997, foi instaurado um novo processo administrativo, no qual se reconheceu o seu direito à percepção da gratificação pleiteada, com efeitos retroativos a 9/11/88.

Todavia, o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE indeferira o pagamento com efeitos retroativos àquela data, sob o fundamento de que a paga da referida progressão por titulação somente seria devida a partir da data da Portaria que o concedeu, ou seja, a partir de 29/10/97 - data da edição da Portaria 797/97 que lhe reconheceu o direito de perceber a aludida gratificação.

A Procuradoria-Geral da UFAL, seguindo o posicionamento do MARE, sugeriu que a Portaria 797/97 fosse retificada para que o pagamento fosse efetuado com efeitos financeiros a partir da data de instauração do primeiro processo administrativo. Em assim sendo, foi procedida a retificação e expedida uma nova portaria, determinando o pagamento a partir de janeiro de 1997.

Em face dessa nova determinação administrativa da UFAL, ajuizou a presente ação ordinária, por entender que o seu direito não se constituiu a partir da publicação da Portaria que retificou o prazo para a implantação da aludida gratificação, mas, sim, a partir da edição da Lei nº 8.243/91, que a instituiu.

Foi requerida indenização por danos morais, sob o argumento de que a omissão da Administração acarretou danos à dignidade da autora-apelada, por conta dos comentários humilhantes dos demais colegas, fato que interferiu nos ambientes profissional e familiar.

A UFAL contestou as alegações da autora argumentando, inicialmente, que, na reunião da assembléia departamental, não houve qualquer aprovação ou reconhecimento do curso realizado pela mesma, visto que persistia a pendência de que fossem apresentadas ao Departamento de Arquitetura e Urbanismo, pela autora, as traduções oficiais dos documentos por ela exibidos.

Essa exigência era prevista pelo art. 4º da Resolução 3/85 do Conselho Federal de Educação, que estava em vigor à época da realização do curso realizado pela autora. Esse ato normativo regulava o procedimento de revalidação de diplomas e certificados de graduação e pós-graduação que foram expedidos por estabelecimentos estrangeiros de ensino.

Atualmente, segundo a UFAL, tal exigência ainda é observada, por força do disposto no § 2º do art 1º da Portaria 939/93 do MEC e da Resolução nº 53/93/CEPE/UFAL, no seu art. 2º, III.

Portanto, a averbação do referido curso nos assentamentos da autora não ocorreu por falha da Universidade, mas, sim, à conta da desídia da autora, que não juntou as traduções exigidas em tempo hábil, o que só veio a ocorrer após terem decorrido 5 (cinco) anos e 5 (cinco) meses, contados da solicitação feita pelo Departamento, na reunião da assembléia departamental.

Por isso o direito pleiteado só passou a existir a partir do novo requerimento administrativo, oportunidade em que a autora juntou as referidas traduções oficiais.

Quanto à indenização dos alegados danos morais, não seria cabível, uma vez que inexistiu qualquer falha administrativa da

Universidade, e, sim, inércia da autora, o que provocou o atraso na concessão da gratificação pleiteada.

O douto Magistrado sentenciante julgou procedente, em parte, o pedido da autora, reconhecendo o direito à percepção da gratificação requerida a partir da edição da Lei nº 8.243/91. Mas, indeferiu o pedido de ressarcimento dos danos morais, por não encontrar qualquer comprovação do abalo sofrido pela autora.

A UFAL apelou, pugnando pela reforma do *decisum*, sob o argumento de que a implantação do referido benefício não poderia ser a partir da entrada em vigor da Lei nº 8.243/91, mas, tão-somente, a partir do pleito formal da sua concessão, no ano de 1997, quando a autora trouxe a documentação exigida para a revalidação do seu diploma

Contra-razões à apelação da UFAL às fls. 123/126. Os autos foram a mim redistribuídos em razão da aposentadoria do Desembargador Nereu Santos.

É, no que importa, o relatório. Dispensada a revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Não merece reproche a douta sentença recorrida. Senão vejamos.

Embora a UFAL reconheça o direito da autora à percepção do adicional de 12% (doze por cento) referido na Lei nº 8.243/91, pede a reforma da sentença por entender que aquela vantagem não poderia ser implantada nos proventos da autora a partir da vigência da lei mencionada mas, tão-somente, a partir do pleito formal da sua concessão, em 1997, quando a autora trouxe a documentação exigida para a revalidação do seu diploma.

Compulsando os presentes autos, constata-se (fl. 11) que o pleito formal da autora perante à UFAL foi efetuado em 09/11/88; desse pedido, transcrevo o seguinte tópico:

“Seguem, em anexo, o relatório e os documentos comprobatórios do Estágio em Gestão do Crescimento Urbano realizado em Bruxelas de 08 de fe-

vereiro a 15 de abril de 1988.

Solicito que seja encaminhado à plenária Departamental para aprovação e à PROPEP para os devidos registros.”

Todavia, mesmo com a solicitação à UFAL para que fosse aprovado e efetuada a averbação nos assentamentos funcionais da autora, a Instituição de Ensino Superior não efetuou o que fora requerido.

Transcrevo, a propósito, um pequeno excerto da Ata da Reunião do Departamento de Arquitetura e Urbanismo, realizada em 11/4/94; confira-se:

“O Prof. Leonardo Bittencourt usou a palavra, onde ele expressou seu lamento devido à falta de respeito que houve para com o seu processo, que foi guardado por muito tempo. A Profª Regina Dulce Lins também lamentou e reforçou as palavras do Prof. Leonardo, onde o processo dela foi perdido e não informaram nada a esse respeito. O Prof. Rodrigo disse que para isso existem dois caminhos: o 1º - é lamentar em ato o ocorrido; o 2º - é fazer um inquérito administrativo.”

Ressai da transcrição feita, que a própria Administração reconhece o seu erro em não ter deflagrado as providências administrativas cabíveis, chegando até mesmo a admitir que “guardou por muito tempo” o processo administrativo da autora-apelada.

Vem agora a UFAL imputar à autora a responsabilidade pela demora na averbação do curso em comento, porque não teria providenciado, em tempo hábil, a tradução dos documentos relativos ao curso realizado no exterior.

Data vênia, atendo-me ao parecer de fl. 67, oriundo da Câmara de Pesquisa e Pós-Graduação, que, por unanimidade, assim entendeu:

“A Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, analisando o pleito da Profª Regina Dulce Barbosa Lins referente ao reconhecimento de título de especialização obtido em curso realizado em Bruxelas, Bél-

gica, resultante do Acordo Cultural Brasil-Bélgica, de 06 de janeiro de 1960, opinou contrariamente quanto a 'declarar a equivalência, no sentido pleno, entre os estudos realizados e aqueles classificados como cursos de aperfeiçoamento e especialização para o Magistério Superior' no Brasil, uma vez que, apesar de o curso atender às exigências prescritas pela Resolução nº 12/83-CFE, relativas à carga horária, da documentação apresentada 'pela requerente não constam informações sobre a titulação dos professores' que o ministram.

A dúvida parece não ser procedente em face do que dispõe a Resolução nº 03-CFE, de 10/6/85. Com efeito, essa Resolução, em seu art. 1º, declara 'equivalentes aos que são concedidos no País e hábeis para os fins previstos em Lei, mediante a devida revalidação por instituição brasileira', os diplomas e certificados de cursos de graduação e pós-graduação expedidos por estabelecimentos estrangeiros de ensino superior.

*Em seu art. 2º, a Resolução declara que títulos são suscetíveis de revalidação, sendo que em seu parágrafo único é taxativo em dispor que **'a revalidação é dispensável nos casos previstos em acordo cultural entre o Brasil e o país de origem do diploma ou certificado...'***

A consequência dessa norma é a de se ter como equivalentes em sentido amplo, independentemente de outras exigências, os diplomas e certificados obtidos em cursos realizados no estrangeiro em decorrência de acordo cultural. Por isso, um título de doutor, de mestre ou especialista obtido no estrangeiro nas condições previstas no parágrafo único do art. 2º da citada Resolução não necessita de revalidação e, assim, não há por que se perquirir se o curso atendeu aos pressupostos impostos pela legislação brasileira sobre titulação de professores. Essa, segundo nos parece, é matéria que diz respeito às regras próprias de cada país.

Ora, no caso presente o título de especialista da requerente foi obtido em curso realizado em execução de Acordo Cultural entre o Brasil e a Bélgica, motivo pelo qual a sua revalidação se dá ipso facto.” (Grifei).

Não haveria, pois, por razões óbvias, a necessidade de que a autora trouxesse a tradução da documentação relativa à especialização cursada em Bruxelas.

Por outro lado, entendo que seria necessário que a Administração, à vista do requerimento da autora, datado de 09/11/88, procedesse imediatamente ao devido registro nos assentamentos funcionais respectivos, do curso de especialização concluído, sem que lhes fossem exigidos quaisquer documentos para a validação.

Quanto à data de implantação do referido adicional de 12% (doze por cento), estou em que deva ele ser implantado a partir da edição da Lei nº 8.243/91, uma vez que, nessa data, a Autora já possuía a titulação de especialista – o curso fora realizado em 1988 e a Autora requereu, em tempo hábil, o devido registro perante a Universidade.

Corroborando essa tese, transcrevo aqui alguns julgados deste e de outros Tribunais Regionais Federais:

“ADMINISTRATIVO. INCENTIVO DO ART. PRIMEIRO, A, DA LEI 8.243/91. PROFESSOR TITULAR QUE JÁ DETINHA CONDIÇÃO DE ESPECIALISTA, ANTES DA RESOLUÇÃO 12/83. DIREITO À VANTAGEM. APELO PROVIDO.”
(TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO, AMS - 39.834/RN, SEGUNDA TURMA, DECISÃO: 15/03/1994, DJ DATA: 30/05/1994 PÁGINA: 26453, JUIZ LÁZARO GUIMARÃES).

“ADMINISTRATIVO. UFC. PROFESSOR APOSENTADO. INCENTIVO FUNCIONAL (12%). TÍTULO DE ESPECIALIZAÇÃO CONCEDIDO ANTERIORMENTE À RESOLUÇÃO Nº 12/83 DO CFE. OBSERVADOS OS REQUISITOS LEGAIS VIGENTES À ÉPO-

CADA CONCESSÃO. DIREITO À VANTAGEM PREVISTA PELA LEI 8.243/91, ART. 1º.

1. Os títulos de especialização concedidos anteriormente à vigência da Resolução nº 12/83 do Conselho Federal de Educação, conforme as normas vigentes à época de sua expedição, não se prestam apenas para o efetivo exercício da especialidade, que, no caso do apelado, refere-se ao título de especialista em gastroenterologia, concedido pela Associação Médica Brasileira e Federação Brasileira de Gastroenterologia, bem como pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Norte, mas também para o efetivo exercício de docência em tal área, principalmente, se a própria universidade utiliza-se destes conhecimentos, enquanto se encontrava em atividade o autor, acreditando, assim, em tal especialização, não apenas para permitir que o autor ministrasse aulas em tal ramo como também participasse de comissão para seleção de concursos na área de gastroenterologia, auxiliando, assim, na formação de futuros especialistas.

2. Não se encontra lógica jurídica reconhecer-se um dado título para fins de formação de futuros especialistas, na docência, para depois negar-se o direito à vantagem de natureza patrimonial, ou seja, assim entender é concordar que o título é suficiente para o ônus, mas não para o bônus, impondo-se uma discriminação não justificável e ferindo ato jurídico perfeito, principalmente, quando lei própria não exclui taxativamente a validade de títulos concedidos anteriormente à expedição da Resolução nº 12/83 do CFE.

3. *Apelação e remessa oficial improvidas.* (TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO, AC - 110.316/RN, SEGUNDA TURMA, DECISÃO: 27/05/1997, DJ DATA: 29/08/1997 PÁGINA: 69239, JUIZ PETRUCIO FERREIRA).

“ADMINISTRATIVO. ADICIONAL DE 12% LEI 8.243/

91. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 09 DES-
TE TRIBUNAL.

O pagamento de adicional de 12%, concedido pela Lei nº 8.243/91 e pela Portaria do MEC nº 2.129/91, é devido desde 1º de setembro de 1991, porque a partir da entrada em vigência da Lei é que nasceu o direito subjetivo, sendo este o marco para o pagamento do adicional. Todas as parcelas atrasadas devem sofrer, desde o vencimento, a incidência da correção monetária, em face do caráter alimentar. Remessa oficial e apelação improvidas.”

(TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO, AC - 210.708/RS, QUARTA TURMA, DECISÃO: 12/12/2000, DJU DATA: 14/02/2001 PÁGINA: 269 DJU DATA: 14/02/2001, JUIZ HERMES S. DA CONCEIÇÃO JR.).

Pelas razões acima expendidas, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 266.743-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelante: CODEMA - COMÉRCIO DE MADEIRAS LTDA.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. PAULO SÉRGIO CALDAS DA SILVEIRA MA-
PURUNGA E OUTROS (APTE.)

**EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CSL. LUCRO POR ESTIMATIVA. ART. 23 DA LEI 8.541/92. COMPENSAÇÃO. ART. 74, §§ 1º E 2º, DA LEI Nº 9.430/96. IN 210-SRF, DE 1º/10/02. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO CRÉDITO. COMPENSAÇÃO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO JUDICIAL. ART. 170-A DO CTN. CORREÇÃO MONE-
TÁRIA. PRESCRIÇÃO. TAXA SELIC. FALTA DE**

INTERESSE DE AGIR. INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DO § 3º DO ART. 515 DO CPC. HONORÁRIOS.

- É legítima a opção, pelas pessoas jurídicas, pelo recolhimento mensal da Contribuição Social sobre o Lucro com base no lucro por estimativa, nos exatos termos do art. 23 da Lei nº 8.541/92.

- O instituto da compensação, nos termos do art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96, pode ser utilizado com quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal (IN nº 210- SRF, de 1º/10/2002).

- A compensação, no âmbito do lançamento por homologação, não extingue o crédito tributário, a não ser depois que a autoridade administrativa homologa tal lançamento, verificando se os valores respectivos estão corretos. Por isso não é necessário exigir, de plano, a liquidez e a certeza do crédito de que o contribuinte se diz titular.

- Os valores repetidos devem ser atualizados pelos índices que refletem a inflação real, inclusive IPC e INPC, compensando-se os percentuais efetivamente creditados. Precedentes jurisprudenciais.

- Na repetição de indébito ou na compensação, com o advento da Lei 9.250/95, a partir de 1º de janeiro de 1996, os juros de mora passaram ser devidos pela taxa SELIC a partir do recolhimento indevido, não mais tendo aplicação o art. 161, c/c art. 167, parágrafo único, do CTN. Precedentes do STJ.

- O art. 170-A, introduzido no Código Tributário Nacional pela Lei Complementar nº 104, de 10.01.2001, vedou a compensação antes do trânsito em julgado da decisão judicial. (Precedente da 3ª Turma, AG. Nº 38245/SE, Rel. Des. Rivaldo Costa, julg. 28.02.2002).

- Não havendo homologação expressa, a prescrição somente ocorrerá após o decurso de pra-

zo de cinco anos, a partir do pagamento antecipado (homologação tácita), acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação do lançamento. Precedentes jurisprudenciais.

- Preliminar de falta de interesse de agir que se afasta, tendo em vista que o Fisco vem se opondo sistematicamente à compensação, notadamente no que tange à prescrição e a correção monetária. Aplicação, ao caso, do disposto no § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil – CPC. Verba honorária de sucumbência fixada nos termos do voto.

- Apelação provida, em parte.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 21 de julho de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Cuida-se de ação ordinária proposta pela empresa CODEMA - Comércio de Madeiras Ltda., ao objetivo de ver declarado: a) que a Contribuição Social sobre o Lucro, paga mensalmente com base no lucro por estimativa, nos anos de 1992 a 1995, foi recolhida a maior, em virtude de estimativa de lucro superior ao efetivamente obtido, e; b) o direito da promovente de efetuar a compensação do valor recolhido a maior (149.438,17 UFIRs), atualizado nos termos

do demonstrativo que faz acostar aos autos (ou com base em outro indexador que reflita a atualização monetária), com as parcelas vincendas e vencidas da COFINS, PIS e da própria Contribuição Social sobre o Lucro, consolidando-se, assim, a medida liminar concedida na ação cautelar que se acha anexada aos autos, condenando-se a ré nos ônus próprios do sucumbimento.

Na contestação, alega a Fazenda Nacional, em síntese, não existir amparo legal para a compensação pretendida.

O MM. Juiz *a quo* indeferiu a petição inicial e extinguiu a ação, sem julgamento do mérito, forrado nas disposições do art. 295, III, do Código de Processo Civil – CPC em vigor. Segundo o douto Juiz singular, não haveria interesse processual, “... *porque, como é sabido, a compensação de tributo sujeito ao regime de lançamento por homologação, nos termos do art. 66 da Lei 8.383/91, é um instrumento privativo do contribuinte, que assume e realiza a operação respectiva por sua conta, risco e responsabilidade, inclusive a quantificação dos valores (aplicação dos índices expurgados e taxa SELIC), independentemente de qualquer procedimento judicial preparatório*”. Foi a ora apelante condenada a pagar honorários no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Na apelação interposta, o contribuinte ratifica os argumentos expendidos na peça pòrtico. As contra-razões acham-se às fls. 109/114.

Os autos foram a mim redistribuídos, em razão da aposentadoria do Desembargador Federal Nereu Santos.

É o relatório. Dispensada a revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

A pretensão é a de se obter declaração de: a) que houve recolhimento **a maior**, no tocante à exação referida na petição inicial (no *quantum* expresso em UFIRs indicado pela apelante); b) reconhecimento do direito à compensação dos créditos relativos à Contribuição Social sobre o Lucro, recolhidos a maior, com os débitos vencidos e vincendos da COFINS, PIS e da própria Contri-

buição Social sobre o Lucro.

A ação foi extinta sem exame do mérito, ante a ausência de interesse processual da autora/apelante, sob amparo dos fundamentos que fiz reproduzir no **relatório**.

Efetivamente, o artigo 66 da Lei 8.383/91 assegura esse direito ao contribuinte. Entretanto, são conhecidos os obstáculos erigidos pelo Fisco a essa sorte de compensação, notadamente no que tange à prescrição e à correção monetária.

Daí, segundo penso, exsurge o interesse processual da ora apelante, interesse esse que mais se robustece ao se ter em mente a circunstância de que, ao propor a ação, a apelante tenciona, também, pôr-se a salvo de uma possível autuação do Fisco, para o caso de empreender, por conta, risco e responsabilidade, a referida compensação.

Penso, portanto, que deve ser afastada a preliminar de ausência do interesse de agir, em face do disposto no art. 4º, I, do CPC, segundo o qual, **“o interesse do autor pode limitar-se à declaração da existência ou da inexistência de relação jurídica”**; sendo assim, não parece ser cabível exigir, em sede de ação declaratória, qualquer sorte de demonstração da ausência, ou não, de resistência ao que se pretende, por parte da Administração.

Por sinal, o só fato de a apelada haver, em sede de resposta, sustentado a inexistência de amparo legal para a pretensão neste esboçada, já seria bastante para deixar certa a existência do interesse de agir, caso se admita, *ad argumentandum*, que aquele não se faria presente.

Afastada a preliminar, tal como fiz, estou em que é o caso de se aplicar a esta situação concreta o disposto no § 3º do art. 515 do CPC, *in verbis*: *“Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o Tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.”*

Não me parece que deva, aqui, emitir pronunciamento acerca do *quantum* a ser compensado, o que reclamaria, quiçá, a realização de uma perícia.

Mas se pode (se for o caso) declarar se a compensação é possível e, se assim for, com quais tributos ou contribuições poderá ela ser feita (quanto ao montante, o contribuinte efetuará a compensação do que entender como “recolhimento a maior” e o Fisco aferirá a exatidão dos valores compensados, glosando-os se for o caso, e exigindo o que entender devido, se assim houver por bem, nos termos da legislação de regência).

Atento a essas particularidades, passo à apreciação do mérito. E examino, de logo, se ocorreu (ou não) a prescrição. Em relação a esse aspecto anoto que, tratando-se de lançamento por homologação, o pagamento antecipado pelo contribuinte extingue o crédito tributário sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento (§ 1º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN).

Portanto, inexistente crédito tributário antes da homologação do lançamento pela autoridade fiscal. Dessa forma, não havendo homologação expressa, a prescrição somente ocorrerá após o decurso de prazo de cinco anos, a partir do pagamento antecipado (homologação tácita), acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação do lançamento.

Nesse sentido, confira-se o julgado deste Tribunal, que a seguir reproduzo:

“TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. VEÍCULO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PROVA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INOCORRÊNCIA.

1 - Em ação de repetição de indébito tributário é imprescindível a prova do efetivo recolhimento do tributo, a qual, no entanto, pode ser obtida por qualquer meio previsto em lei, inclusive por presunção.

2 - Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional da ação de repetição ou compensação do indébito começa a fluir da data da homologação expressa do pagamento realizado pelo contribuinte ou, na ausência desta, da homologação tácita daquele decorrente do final do prazo decadencial de cinco anos outorgado à Fazenda Pública para a constituição de seu crédito (art. 150,

parágrafo 4º, do CTN), ultimando-se, assim, na última hipótese, 10 (dez) anos após a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

3 - É inconstitucional o empréstimo compulsório instituído pelo Decreto-Lei nº 2.288/86.

4 - Legitimidade passiva da União para a causa (Súmula nº 12 – TRF – 5ª Região).

5 - Julgamento do pedido, em face da ampliação do efeito devolutivo pelo novo parágrafo 3º do art. 515 do CPC - (TRF 5ª Região. AC nº 215998-PB, Rel. Des. Ridalvo Costa, DJ de 20.09.2002, pág. 942).

Afastada a questão da prescrição, examino agora a alegada necessidade de liquidez e certeza do crédito que se pretende compensar.

No tocante à liquidez e certeza do crédito, soa em uníssono o entendimento deste Tribunal de que a compensação, no âmbito do lançamento por homologação, não extingue o crédito tributário, a não ser depois que a autoridade administrativa homologa tal lançamento, verificando se os valores respectivos estão corretos, razão pela qual não se pode exigir a liquidez e certeza do crédito do contribuinte.

Em reforço à afirmativa, faço transcrever excerto de voto proferido pelo eminente Juiz Hugo Machado¹, na Apelação em Mandado de Segurança nº 53.205-PE, julgada em 21.03.96, pub, em 26.04.96:

“No tocante ao direito à compensação, a vedação imposta pela Fazenda priva a impetrante da disponibilidade dos recursos financeiros que ordinariamente emprega no exercício de suas atividades, e daí decorrem danos ou lucros cessantes, de difícil ou mesmo impraticável reparação. Além da possibilidade de ser alvo de ação fiscal que, no caso, revela-se arbitrária.”

¹ Hoje usufruindo o ócio legal e dedicando-se, merecidamente e por inteiro, aos responsabilizantes ofícios da advocacia empresarial.

Ressalte-se, outrossim, que a continuidade das operações a gerar novos débitos de contribuições, capazes de ensejar a compensação pretendida, é fato futuro, de ocorrência provável, mas incerta. E isto basta para que se reconheça à impetrante o direito de compensar, agora, o que pagou indevidamente. Compelir o contribuinte a recolher tributo, que pode deixar de pagar, porque tem crédito em poder da Fazenda, equívale a compelir ao pagamento indevido, para posteriormente pleitear restituição, e isto faz muito tempo tem sido repellido pela jurisprudência de todos os países civilizados. No Brasil, o princípio solve et repete está há muito rejeitado pela Corte Maior. Realmente, quando um tributo é pago indevidamente, a verdadeira natureza jurídica do ingresso do dinheiro nos cofres públicos é de um recebimento indevido, juridicamente desvalioso, sem a natureza tributária que o justificaria. A natureza tributária desse recolhimento é, por assim dizer, apenas aparente. Mas é indubitoso que o pagamento se fez a título de tributo de certa espécie, e isto é o que importa. Importa a que título o pagamento indevido ocorreu.

Não se há de exigir a liquidez e certeza do crédito do contribuinte, pois a compensação se processa no âmbito do lançamento por homologação, é realizada sob total responsabilidade do contribuinte, e não extingue o crédito tributário, a não ser depois que se dá a homologação do lançamento, pela autoridade administrativa. E antes dessa homologação, a autoridade administrativa pode, e deve, verificar os dados materiais com os quais tenha trabalhado o contribuinte. Pode, e deve, conferir os números respectivos, a ver se estão corretos. E se os verificar incorretos, pode, e deve, lavrar contra o contribuinte o auto de infração respectivo, apontando as diferenças porventura verificadas.

Não é, portanto, a segurança ou a cautelar, conforme o caso, plenamente satisfativa. O provimento

judicial, em qualquer caso, apenas garante o contribuinte contra a aplicação das restrições albergadas por normas infra-legais baixadas por autoridades competentes. Restrições inteiramente desprovidas de validade jurídica.”

Noutros julgados, estampa-se essa mesma orientação; confira-se:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. COMPENSAÇÃO EM JUÍZO. COMPENSAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

1. A compensação, como uma forma de extinção das obrigações sem pagamento, pressupõe créditos líquidos e certos (art. 1.017 – Cod. Civil). A compensação tributária dá-se, nas condições estipuladas em lei, entre créditos tributários e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública (art. 170 – CTN).

2. Conquanto a compensação tributária esteja inserida na esfera de atribuições da autoridade fiscal (art. 1.017 – Cod. Civil e art. 170 – CTN), é cabível a sua realização por ordem judicial, quando for concreta e indevidamente negada na órbita administrativa, ou quando, proposta ação ordinária sem aquele antecedente (negação do Fisco, tradutora do interesse de agir), a Fazenda Pública, oferecendo resposta, contestar a possibilidade de realização.

3. Sua realização através de Mandado de Segurança somente é possível quando houver prova preconstituída dos requisitos de liquidez e certeza, como, a exemplo, quando a parte anexa os DARF’S comprobatórios dos recolhimentos, devendo o encontro de contas, todavia, ser efetuado sob condição resolutória de ulterior homologação (art. 150 – CTN). (Grifei).

4. Provimento da Apelação” - (TRF 1ª Região – AMS nº 0100062420-5, Rel. Juiz Olindo Menezes, julg. 01.07.98, DJ 01.07.98).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO PLEITEADA VIA MANDADO DE SEGURANÇA.

1. Pode o Judiciário declarar a compensabilidade dos créditos tributários em sede de Mandado de Segurança, sendo desnecessária a comprovação da certeza e liquidez dos créditos e débitos, porque o provimento judicial não terá o condão de declarar a quitação dos débitos, conforme orientação mais recente do STJ.

2. Recurso provido. Sentença anulada” - (TRF 1ª Região, AMS nº 0100031313, Relatora Juíza Eliana Calmon, julg. 10.02.98, DJ 26.03.98, pg. 000122).

Cabe consignar agora, que é legítima a opção pelas pessoas jurídicas pelo recolhimento mensal da Contribuição Social sobre o Lucro com base no lucro por estimativa, nos exatos termos do art. 23 da Lei nº 8.541/92, *verbis*:

“Art. 23. As pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real poderão optar pelo pagamento do imposto mensal calculado por estimativa.

§ 1º A opção será formalizada mediante o pagamento espontâneo do imposto relativo ao mês de janeiro ou do mês de início de atividade.

§ 2º A opção de que trata o *caput* deste artigo poderá ser exercida em qualquer dos outros meses do ano-calendário uma única vez, vedada a prerrogativa prevista no art. 26 desta lei.

§ 3º A pessoa jurídica que optar pelo disposto no *caput* deste artigo poderá alterar sua opção e passar a recolher o imposto com base no lucro real mensal, desde que cumpra o disposto no art. 3º desta lei.

§ 4º O imposto recolhido por estimativa, exercida a opção prevista no § 3º deste artigo, será deduzido do apurado com base no lucro real dos meses correspondentes e os eventuais excessos serão compensados, corrigidos, monetariamente, nos meses subsequentes.

§ 5º Se do cálculo previsto no § 4º deste artigo resultar saldo de imposto a pagar, este será recolhido, corrigido, monetariamente, na forma da legislação aplicável.”

Portanto, a tributação pelo lucro presumido das pessoas jurídicas constitui-se em uma opção do contribuinte, o qual, baseado nas vantagens que lhe proporcionará tal sistemática, realiza a escolha que mais lhe for de conveniência.

No tocante à possibilidade de serem compensados os créditos recolhidos a maior para a CSL com a COFINS, o PIS, e a própria Contribuição Social sobre o Lucro, *data venia*, estou em que não existe razão para que se obstaculize ou indefira tal pretensão.

A própria Secretaria da Receita Federal, disciplinando o art. 74 da Lei nº 9.430/96, editou a Instrução Normativa nº 210, de 1º de outubro de 2002, que, no art. 21, estatui: **“O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da SRF - destaquei.**

Corroborando esse entendimento, transcrevo decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. COMPENSAÇÃO. PIS X PIS, COFINS E CSL. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 66, DE 29/08/2002 (ART.21). POSSIBILIDADE. PRECEDENTE.

1 - Agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao Recurso Especial ofertado pela parte agravante, para fins de manter a compensação dos valores recolhidos indevidamente a título do PIS com valores do próprio PIS, da COFINS e da CSL.

2 - **Vinha entendendo, em face da posição firma-**

da pela egrégia 1ª Seção, que a compensação só poderia ser utilizada, nos termos da Lei nº 8.383/91, entre tributos da mesma espécie, isto é, entre os que tiverem a mesma natureza jurídica, e uma só destinação orçamentária. No entanto, a legislação que rege o tema sofreu alterações ao longo dos anos, mais ainda por intermédio da recente Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002, que, em seu art. 49, alterou o art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96.

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

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

5 - *In casu*, apesar de o PIS envergar espécime diferente e natureza jurídica diversa da COFINS e da CSL, todos com destinações orçamentárias próprias, não há mais que se impor limites à compensação, em razão da nova legislação que rege a espécie, podendo, dessa forma, serem compensados entre si ou com quaisquer outros tributos que sejam administrados/arrecadados pela SRF.

6 - Precedente da 1ª Turma (AgReg no Resp nº 449.978/SP, julgado em 12/11/2002).

7 - Agravo Regimental não provido (AgREg. no

REsp nº 463.600, Rel. Min. José Delgado, DJ 10.03.2003) - destaquei.

Um outro aspecto da questão reclama pronunciamento. Refiro-me ao fato de que, em função dos moldes em que se acha vazada a última parte do artigo 66 (“cabeça”) da Lei nº 8.383, de 1991, poder-se-ia imaginar que a compensação somente será possível: (a) se se cuidasse de débitos vencidos e (b) que tais dívidas fossem referentes a períodos posteriores a 1º de janeiro de 1992.

Tal perspectiva é canhestra. Isso porque,

“Ao prescrever o direito da compensação, a lei não distinguiu os créditos tributários apurados em períodos anteriores a 1º de janeiro de 1992 daqueles apurados em períodos subsequentes. Não podia, pois, o art. 1º da Instrução Normativa sob comento fazer tal distinção (...).

O direito à compensação em tela está legalmente estabelecido, sem condicionamento nenhum (exceto no tocante à ressalva constante do inciso VIII do artigo 167 da própria Carta de 1988, animo-me a ajuntar). Pode pois o contribuinte exercitá-lo, sejam quais forem as datas de apuração dos créditos e independentemente do pedido à autoridade administrativa.

A única restrição que se pode razoavelmente admitir diz respeito aos valores de tributos pagos indevidamente, já alcançados pela decadência, nos termos do artigo 168 do Código Tributário Nacional, extingue apenas o direito de pleitear a restituição, que é distinto do direito à compensação”. (MACHADO, Hugo de Brito – “A Compensação como Direito do Contribuinte”, in Repertório IOB de Jurisprudência, nº 1/93, pág. 16).

Sendo assim, mesmo os débitos vencidos (não apenas os vencidos) poderão ser objeto de compensação.

Relativamente à correção monetária do indébito tributário, é de atentar-se para a dicção da Súmula nº 46 do extinto TFR, cuja

dicção é a seguinte:

“Nos casos de devolução do depósito efetuado em garantia de instância e de repetição do indébito tributário, a correção monetária é calculada desde a data do depósito ou do pagamento indevido e incide até o efetivo recebimento da importância reclamada.”

A correção monetária não é pena; independe, pois, de culpa de quem quer que seja; é simples fator de atualização da moeda, cujo poder aquisitivo foi desgastado pela inflação. Por isso que as dívidas de valor estão sujeitas à correção monetária plena e efetiva, ainda quando inexistia lei a autorizar a referida atualização. Nesse sentido, listam-se os seguintes julgados:

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA DE COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS INDEVIDAMENTE PAGOS. APLICAÇÃO DOS ÍNDICES QUE MELHOR REFLETEM A REAL INFLAÇÃO À SUA ÉPOCA: IPC, INPC E A UFIR.

1. A correção monetária não se constitui em um *plus*; não é uma penalidade, sendo, tão-somente, a reposição do valor real da moeda, corroído pela inflação. Portanto, independe de culpa das partes litigantes. É pacífico na jurisprudência desta colenda Corte o entendimento segundo o qual é devida a aplicação dos índices de inflação expurgados pelos planos econômicos governamentais (Plano Bresser, Verão, Collor I e II), como fatores de atualização monetária de débitos judiciais.

2. É firme a jurisprudência desta Corte que, para tal propósito, há de se aplicar o IPC, por melhor refletir a inflação à sua época.

3. A aplicação dos índices de correção monetária, da seguinte forma: a) através do IPC, no período de março/1990 a jan/1991; b) a partir da promulgação da Lei 8.177/91, a aplicação do INPC (até dezembro/1991); e c) a partir de janeiro/1992, a aplicação da UFIR, nos moldes estabelecidos pela Lei nº 8.383/91.

4. Recurso provido” - (STJ, 1ª T. Resp. nº 159.484/PR – Rel. Min. José Delgado – DJ 21.09.98, pág. 61).

“Pelos mesmas razões que levam este STJ, em reiteradas decisões das 1ª e 2ª Turmas e da 1ª Seção, a admitir a inclusão, nos cálculos da inflação de janeiro de 1989, de 70,28%, índice do IPC, justifica-se a aplicação da inflação ocorrida nos meses de março (84,32%), abril (44,80%) e maio (7,87%). Se, na vigência dos sucessivos planos econômicos implantados pelo governo (Cruzado, Verão, Collor I e Brasil Novo), continuou a existir a inflação, devem ser aplicados seus verdadeiros índices, que reflitam a real inflação do respectivo período, e este resultado só será alcançado se a indexação for feita pelo IPC e não pelo BTN”. (STJ, despacho do Min. Garcia Vieira, no AG nº 38415-2-SP, DJU de 17/08/93, p. 16.063, com citação de seu voto no REsp nº 25925-0-SP).

“EXECUÇÃO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. IPC DOS MESES DE JANEIRO DE 1989, MARÇO E ABRIL DE 1990 E FEVEREIRO DE 1991. INCLUSÃO NOS CÁLCULOS. CABIMENTO. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO”. (STJ, REsp nº 35480-3-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Pádua Ribeiro, DJU de 18/10/93, p. 21868).

“PROCESSO CIVIL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DO IPC. PLANOS: BRESSER, VERÃO E COLLOR I.

- A jurisprudência desta Corte é tranqüila em determinar que o cálculo de correção monetária deve abranger não só a inflação oficial, como também os valores que foram expurgados pelo Governo, na tentativa de impedir o recrudescimento do processo inflacionário.

- Precedentes.

- Agravo improvido". (TRF - 5ª Região, 1ª Turma, AG nº 3.375-CE, Rel. Juiz Castro Meira, *DJU* de 07/04/95).

Se a atualização monetária não for feita, a Administração Pública estará, em função disso, a se locupletar, o que, seja sob angulação estritamente jurídica, seja sob os influxos da Lógica (formal ou deôntica), não se pode admitir.

O entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça é o de que na repetição de indébito ou na compensação, com o advento da Lei 9.250/95, a partir de 1º de janeiro de 1996, os juros de mora passaram ser devidos pela taxa SELIC a partir do recolhimento indevido, não mais tendo aplicação o art. 161 c/c art. 167, parágrafo único, do CTN. A propósito, transcrevo recente decisão daquela Corte:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. TAXA SELIC. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA.

1. A correção monetária não incide sobre o crédito escritural, técnica de contabilização para a equação entre débitos e créditos, por ausência de previsão legal.

2. No caso dos autos, o aresto recorrido decidiu pela correção monetário dos créditos escriturais, restando superada a discussão sobre sua aplicabilidade.

3. Os índices a serem utilizados para correção monetária, em casos de compensação ou restituição, são o IPC, no período de março/90 a janeiro/91, o INPC, de fevereiro/91 a dezembro/91, a UFIR, de janeiro/92 a 31.12.95, e, a partir de 1º.01.96, a taxa SELIC.

4. A SELIC é composta de taxa de juros e correção monetária, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice de atualização.

5. Recurso especial provido" - (STJ RESP- 611485, Rel. Ministro Castro Meira, *DJ* 16.08.2004).

No tocante à compensação, só após o trânsito em julgado da sentença, a Lei Complementar nº 104, de 10.01.2001, ao alterar

dispositivos da Lei nº 5.172/66, CTN, art. 170-A, vedou a compensação “*mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial*”.

Atento às peculiaridades do presente caso e em atenção aos critérios encartados nas alíneas *a, b e c*, do § 3º do artigo 20 (às quais se reporta o § 4º), tais como a natureza da causa e o trabalho do advogado, e, ainda, ao fato de a Fazenda Pública ser parte na lide, fixo os honorários advocatícios em o equivalente a 5% (cinco por cento) sobre o valor cuja compensação for possível de ser efetuada, tal como se apurar após o trânsito em julgado da decisão, monetariamente corrigidos (os honorários), nos termos da Lei 6.899, de 1981.

Esforçado nessas razões, dou provimento, em parte, à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 297.332-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
Apelante: MUNICÍPIO DE MACEIÓ - AL
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advs./Procs.: DRS. JAMILE DUARTE COELHO VIEIRA (APTE.) E JÚLIO CÉZAR HOFMAN E OUTROS (APDA.)

EMENTA: DIREITO ECONÔMICO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. MUNICÍPIO. CONSTRUÇÃO DE HABITAÇÃO POPULAR. CLÁUSULAS ABUSIVAS. ILEGALIDADES. AUSÊNCIA DE PROVA.

- Contrato de financiamento relativo a Programa de Habitação Popular, firmado pela Caixa Econômica Federal com Município, para cobertura de custos de infra-estrutura de 13 (treze) empreendimentos habitacionais.

- Simples alegações de entraves de ordem finan-

ceira oriundos do contrato de financiamento não servem como prova dos prejuízos decorrentes de suposta ilegalidade na execução do contrato.

- Os documentos constantes dos autos não fornecem elementos convincentes para se declarar a nulidade das cláusulas contratuais.

ACÓRDÃO

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

Recife, 9 de junho de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

Trata-se de apelação interposta pelo Município de Maceió contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara-AL, que, em ação ordinária proposta contra a Caixa Econômica Federal, julgou improcedente o pedido de revisão contratual.

Defende a declaração da nulidade da Cláusula Quarta; Cláusula Quinta; a parte final da Cláusula Sétima, o *caput* e o Parágrafo Primeiro da Cláusula Oitava e a Cláusula Décima Nona; a substituição da fórmula do Sistema de Amortização por Série em Gradiente pela Tabela Price e a quitação das prestações com vencimentos entre 01/05 e 01/10 de 2001, depositados judicialmente.

Alega que firmou contrato com a CEF no “sentido de assumir os custos de infra-estrutura incidentes sobre os saldos devedores de treze empreendimentos habitacionais” para beneficiar a população de baixa renda, arcando com uma dívida de R\$ 22.348.889,62 (vinte e dois milhões, trezentos e quarenta e oito mil, oitocentos e oitenta e nove reais e sessenta e dois centavos).

Argumenta que houve erro no planejamento da Política Habitacional por parte da CEF, como órgão central da política habitacional do país, o que inviabilizou a venda dos imóveis e a inadimplência dos mutuários adquirentes, em face dos preços elevados praticados nas operações.

Defende a aplicação do CDC (Lei nº 8.078/90), devendo ser declaradas nulas as cláusulas abusivas, já mencionadas.

Houve contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

A pretensão recursal visa à revisão do contrato firmado com a CEF - Caixa Econômica Federal, relativo ao Programa de Habitação Popular, no qual foram transferidos ao Município de Maceió os custos de infra-estrutura incidentes sobre os saldos devedores de 13 (treze) empreendimentos habitacionais.

As cláusulas integrantes do pedido de declaração de nulidade, são estas:

“CLÁUSULA QUARTA – Caberá à CEF a operacionalização da presente operação, quanto ao abatimento das dívidas, constituição de outras, encontro de contas nos sistemas operacionais e todos os procedimentos internos afins, de forma a propiciar os benefícios da amortização a todas as unidades componentes dos empreendimentos citados no anexo I, independentemente de estarem ou não financiadas, reservando-se a CEF no direito de, prioritariamente, amortizar os financiamentos em situação de adimplência.”

“CLÁUSULA QUINTA – O retorno do empréstimo dar-se-á em 216 parcelas mensais e consecutivas, sem carência, vencendo-se a primeira no dia 1º de fevereiro de 1995, e as demais no mesmo dia dos meses subseqüentes, com reajuste pelo PCM/TABE-

LA PRICE, e utilização da Série em Gradiente como redutor da prestação inicial, e juros de 6,00% a.a., correspondente à taxa efetiva de 6.1677% a.a. O saldo devedor será atualizado mensalmente no 1º dia do mês, pelo índice da caderneta de poupança com aniversário no dia 1º do mês.”

“CLÁUSULA SÉTIMA - Em garantia da dívida ora contraída e confessada, o devedor oferece à CEF as receitas municipais, quais sejam: o Fundo de Participação do Município – FPM, o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS e outras receitas auferidas.”

“CLÁUSULA OITAVA – Em caso de inadimplência, o DEVEDOR autoriza, por outorga irrevogável, até o cumprimento da obrigação contratual, a SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL – STN a repassar à CEF, da sua quota do FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS – FPM, e ao BANCO DO ESTADO DE ALAGOAS S/A, de sua quota de participação no IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS, o valor correspondente à(s) parcela(s) em atraso.

PARÁGRAFO PRIMEIRO – Em decorrência das autorizações ora constituídas, o DEVEDOR outorga à CEF, por este instrumento, e na melhor forma de direito, poderes amplos, gerais, irrevogáveis e irreatáveis para atuar junto à SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL – STN e ao BANCO DO ESTADO DE ALAGOAS S/A, ou em qualquer repartição pública ou privada, representando-o e praticando todos os atos necessários ao fiel cumprimento dos repasses das garantias mencionadas acima, até o recebimento integral da dívida ora assumida.”

Na revisão das cláusulas contratuais, a sentença não divisou nenhuma ilegalidade passível de anular qualquer das regras apontadas, máxime por ser imperativo no pacto celebrado o *princípio do pacta sunt servanda*, que inadmite modificação por conveniência das partes.

Incabível, com todo respeito, a pretensão de “retirar, excluir, as garantias oferecidas na celebração do contrato”, previstas na cláusula sétima.

A propósito, a sentença registrou:

“14. Como bem destacou a CEF, na contestação – precisamente às fls. 140/141 –, a contratação impugnada havia sido objeto de toda uma análise, indispensável ao consentimento dessas operações com órgãos públicos, em razão do que a autorização do Banco Central do Brasil (BACEN) se fizera exatamente nessas condições:

‘A propósito, considerando que a operação em causa enquadra-se nos limites fixados pelos artigos 3º, §§ 1º e 4º, itens I e II, d, Resolução nº 11/94, de 31.01.94, do Senado Federal, este Banco Central autoriza, nos termos do art. 18 daquele normativo, a sua contratação, respeitadas as condições a seguir especificadas:

a) valor autorizado: R\$ 20.790.249,40 (vinte milhões, setecentos e noventa mil, duzentos e quarenta e nove reais e quarenta centavos), a preços de outubro/94;

b) juros: 6% a.a.;

c) atualização monetária: reajustável pelo PCM/Tabela Price e utilização da Série Gradiente como redutor da prestação inicial;

d) garantia: vinculação das receitas do Município;

e) destinação dos recursos: serviços de infra-estrutura dos conjuntos habitacionais;

f) condições de pagamento do principal: amortização em 216 (duzentos e dezesseis) parcelas mensais, sem carência’ (cf. fl. 273).

15. Não se pode – razoavelmente – admitir que o Magistrado profira uma sentença que desconstitua essas condições, espontaneamente aceitas entre as partes, após a licença do Senado Federal, sobretudo quando não se apresenta nenhum argumento jurídico para apoiar tal pretensão.

16. Por idênticas razões, rejeito os pedidos de substituição da fórmula do Sistema de Amortização por Série Gradiente pela fórmula estrita da Tabela Price, declaração de quitação das prestações com vencimentos em 01/05, 01/06, 01/08, 01/09 e 01/10; e – finalmente – determinar-se o pagamento de todas as prestações vincendas, com conseqüente quitação, até o final da ação, segundo a fórmula oferecida pelo Município autor, até porque isso implicaria admitir que o Município pudesse – depois da celebração do contrato – impor unilateralmente – ainda que por via judicial – a forma de pagamento que reputa adequada ou justa, o que me parece renomado absurdo.”

Segundo o recurso, o contrato firmado com a CEF foi no sentido “de assumir os custos de infra-estrutura incidentes sobre os saldos devedores de treze empreendimentos habitacionais e de beneficiar sua população de baixa renda, sub-rogando-se, como consumidor, nos direitos e deveres de seus municípios.” (fls. 896)

O erro quanto ao planejamento da política habitacional para o Estado de Alagoas findou produzindo dois problemas financeiros: a) a não consecução da venda das unidades habitacionais construídas em estoque; b) a inadimplência dos mutuários adquirentes de unidades nos mesmos empreendimentos habitacionais, por força dos preços altos; impraticáveis no mercado habitacional popular.

Tem admitido a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de financiamento, conforme assentou esta eg. Terceira Turma, em diversos julgados. O Município de Maceió não é consumidor final, pelo que afasto a sua aplicação ao caso.

As alegações de entraves de ordem financeira oriundos do contrato firmado com a CEF não servem como prova dos prejuízos decorrentes de suposta ilegalidade praticada na execução do pacto de mútuo celebrado com a CEF.

Considerando a ausência de prova quanto à ilegalidade do excesso cobrado pela Caixa Econômica Federal, até porque, como demonstrado, se afastado o Sistema Gradiente, as prestações

seriam maiores do que as efetivamente pagas.

Não foi produzida prova pericial. Os documentos que constam dos autos não fornecem elementos convincentes para se declarar a nulidade das cláusulas contratuais.

Isso posto, dou provimento, em parte, à apelação e à remessa, reduzindo os honorários advocatícios para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 311.664-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
Apelantes: FARMÁCIA ZUCA LTDA. E OUTRO
Apelados: CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DA PARÁIBA - CRF/PB E CONSELHO FEDERAL DE FARMÁCIA - CFF
Advs./Procs.: DRS. DIRCEU ABIMAE L DE SOUZA LIMA (APTES.), NELSON CALISTO DOS SANTOS E ANTÔNIO CÉSAR CAVALCANTI JÚNIOR E OUTROS (APDOS.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. CONSELHOS REGIONAL E FEDERAL DE FARMÁCIA. CONSIGNATÓRIA. ANUIDADE DE 2001. RESOLUÇÃO. NATUREZA TRIBUTÁRIA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. DÉPÓSITO INSUFICIENTE POR UMA DAS APELANTES.

- As anuidades devidas pelos profissionais e pessoas jurídicas com registro obrigatório em Conselho Regional de Fiscalização constituem contribuições sociais, de natureza tributária e sujeitas aos limites do poder de tributar.

- Aplicação dos limites constantes no § 1º, b, da Lei nº 6.994/82, convertidos e atualizados em reais (Lei nº 10.522/02, art. 29 - caput e § 3º).

- *Precedentes do STF, do STJ e deste Tribunal.*
- *Valor insuficiente consignado por uma das apelantes.*
- *Apelação da Farmácia Zuca Ltda. provida. Apelação da Farmácia Santa Helena Ltda. provida, em parte, podendo o saldo remanescente em favor dos apelados ser executado, com os acréscimos legais (juros e correção monetária) - art. 899, § 2º, do CPC.*

ACÓRDÃO

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

Recife, 16 de junho de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

Trata-se de apelação cível interposta pela Farmácia Zuca Ltda. e Farmácia Santa Helena Ltda., de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara/PB que, na ação de consignação em pagamento da anuidade devida ao CRF/PB em 2001, promovida pelas apelantes, julgou improcedentes os pedidos da inicial por falta de amparo legal.

Sustentam as apelantes, em síntese, que a Resolução nº 355/2000 do CFF é inconstitucional por afronta ao art. 2º, § 3º, da LICC; ao princípio da competência tributária, art. 7º do CTN e; ao princípio da legalidade, arts. 149 e 150, I, da CF/88. Defendem, ainda, a natureza jurídica das anuidades como de contribuições sociais, enquadrando-as como tributária ou revestida deste caráter. Ressaltam a questão da repristinação na aplicação do art. 25 da Lei nº 3.820/60.

Entendem corretos os cálculos que ensejaram a “importância legal” da anuidade, para cada uma das apelantes, no valor de R\$ 26,84 (vinte e seis reais e oitenta e quatro centavos), o equivalente a 25,22 UFIRs, com fundamento na Lei nº 6.994/82, Lei nº 8.177/91, art. 3º, III, Lei nº 8.178/91 e na Lei nº 8.383/91.

O CRF apresentou contra-razões ao recurso, diferentemente do CFF que não as ofereceu.

É o relatório.

Dispensada a revisão, peço dia.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

As apelantes argüem a inconstitucionalidade da Resolução nº 355/2000 do CFF, que fixa os valores das anuidades para o exercício de 2001, dos profissionais e pessoas jurídicas inscritas nos Conselhos Regionais de Farmácia.

A Lei nº 3.820/60, que criou o Conselho Federal de Farmácia – CFF e os seus Conselhos Regionais – CRFs, determinou o pagamento de anuidades pelos profissionais farmacêuticos e pelas pessoas jurídicas que exploram serviços para os quais são necessárias atividades profissionais farmacêuticas. O mesmo texto legal atribuiu aos CRFs a competência para fixação dessas anuidades:

“Art. 1º. Ficam criados os Conselhos Federal e Regionais de Farmácia, dotados de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, destinados a zelar pela fiel observância dos princípios da ética e da disciplina da classe dos que exercem atividades profissionais farmacêuticas no País.

(...)

Art. 22. O profissional de Farmácia, para o exercício de sua profissão, é obrigado ao registro no Conselho Regional de Farmácia a cuja jurisdição estiver sujeito, ficando obrigado ao pagamento de uma anui-

dade ao respectivo Conselho Regional até 31 de março de cada ano, acrescida de 20% (vinte por cento) de mora, quando fora desse prazo.

Parágrafo único – As empresas que exploram serviços para os quais são necessárias atividades profissionais farmacêuticas estão igualmente sujeitas ao pagamento de uma anuidade, incidindo na mesma mora de 20% (vinte por cento), quando fora do prazo.

(...)

Art. 25. As taxas e anuidades a que se referem os arts. 22 e 23 desta Lei e suas alterações posteriores serão fixadas pelos Conselhos Regionais, com intervalos não inferiores a 3 (três) anos.”

Em 1982 foi editada a Lei nº 6.994 que fixou o valor dessas anuidades em Maior Valor de Referência – MVR, estabelecendo critérios e limites máximos:

“Art. 1º. O valor das anuidades devidas às entidades criadas por lei com atribuições de fiscalização do exercício de profissões liberais será fixado pelo respectivo órgão federal, vedada a cobrança de quaisquer taxas ou emolumentos além dos previstos no art. 2º desta Lei.

§ 1º - Na fixação do valor das anuidades referidas neste artigo, serão observados os seguintes limites máximos:

(...)

b – para pessoa jurídica, de acordo com as seguintes classes de capital social:

até 500 MVR	2 MVR
acima de 500 até 2.500 MVR	3 MVR
acima de 2.500 até 5.000 MVR	4 MVR
acima de 5.000 até 25.000 MVR	5 MVR
acima de 25.000 até 50.000 MVR	6 MVR
acima de 50.000 até 100.000 MVR	8 MVR
acima de 100.000 MVR	10 MVR.”

A Lei nº 8.177/91, em seu art. 3º, III, dispôs sobre a extinção do

MVR e, na mesma data a Lei nº 8.178, art. 21, II, estabeleceu a conversão do MVR para cruzeiros, nos valores ali dispostos. Ainda no mesmo ano ocorreu a edição da Lei nº 8.383, que em seu art. 1º instituiu a UFIR como medida de valor e parâmetro de atualização monetária de tributos e de valores expressos em cruzeiros na legislação tributária federal, inclusive de contribuições sociais:

“Art. 3º. Ficam extintos a partir de 1º de fevereiro de 1991:

(...)

III – o Maior Valor de Referência (MVR) e as demais unidades de conta assemelhadas que são atualizadas, direta ou indiretamente, por índice de preços.

(...)

Art. 21. Os valores constantes na legislação em vigor expressos ou referenciados:

(...)

II – ao MVR, são convertidos pelos valores fixados na tabela abaixo:

(...)

Art. 1º. Fica instituída a Unidade Fiscal de Referên-

cia (UFIR), como medida de valor e parâmetro de atualização monetária de tributos e de valores expressos em cruzeiros na legislação tributária federal, bem como os relativos a multas e penalidades de qualquer natureza.

§ 1º O disposto neste capítulo aplica-se a tributos e contribuições sociais, inclusive previdenciárias, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas.”

Em 1994, o art. 87 da Lei nº 8.906 revogou expressamente as disposições em contrário da Lei nº 6.994/82, em relação apenas ao Estatuto da OAB, e não aos demais conselhos de fiscalização profissional.

A discussão sobre a reprivatização do art. 25 da Lei nº 3.820/60, que autoriza os Conselhos Regionais de Farmácia a fixarem suas anuidades, resta obsoleta porque o STF declarou a inconstitucionalidade do § 4º do art. 58 da Lei nº 9.649/98, que restabelecia a competência dos conselhos para fixarem o valor de suas contribuições, em face da limitação no poder de tributar:

“ADI 1.717/DF – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES
Julgamento: 07/11/2002. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ DATA-28-03-2003 PP-00061
EMENT VOL 02104-01 PP-00149

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a ação direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do *caput* e dos §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime.”

A Lei nº 10.522/02, que dispõe sobre o cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais, em seu art. 29 (*caput*) e § 3º, declara a conversão de UFIR para real e a extinção da primeira:

“Art. 29. Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional e os decorrentes de contribuições arrecadadas pela União, constituídos ou não, cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31 de dezembro de 1994, que não hajam sido objeto de parcelamento requerido até 31 de agosto de 1995, expressos em quantidade de UFIR, serão reconvertidos para real, com base no valor daquela fixado para 1º de janeiro de 1997.

(...)

§ 3º Observado o disposto neste artigo, bem assim a atualização efetuada para o ano de 2000, nos termos do art. 75 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, fica extinta a Unidade de Referência Fiscal – UFIR, instituída pelo art. 1º da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991.

(...)

Art. 75. A partir de 1º de janeiro de 1997, a atualização do valor da Unidade Fiscal de Referência - UFIR, de que trata o art. 1º da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, com as alterações posteriores, será efetuada por períodos anuais, em 1º de janeiro. Parágrafo único. No âmbito da legislação tributária federal, a UFIR será utilizada exclusivamente para a

atualização dos créditos tributários da União, objeto de parcelamento concedido até 31 de dezembro de 1994.”

Oportuna a transcrição da tabela de conversão em reais dos limites expressos em MVR, relacionados na alínea *b*, do § 1º da Lei nº 6.994/82, constante na sentença do MM. Juiz Federal da 2ª Vara/PB, Alexandre Costa de Luna Freire, prolatada nos autos da ação consignatória nº 2001.686-7:

í					
	ç	ç			

Relativamente à natureza jurídica das contribuições sociais, a CF/88 suprimiu as controvérsias sobre o tema, entendendo-as como espécie tributária, submetidas ao princípio da legalidade. Dessa forma, deve prevalecer o § 1º da Lei nº 6.994/82, que fixou os limites máximos das respectivas anuidades, coadunando-se com os arts. 149 e 150, I, da CF/88:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

(...)

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

(...).”

Ratificando o entendimento doutrinário prevalente, o STJ, ao julgar o REsp 273.674-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, decidiu que as contribuições sociais possuem natureza jurídica tributária, assim ementado:

“EMENTA: TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PARA CATEGORIAS PROFISSIONAIS - NATUREZA JURÍDICA.

1. Doutrina e jurisprudência entendem ter natureza tributária, submetendo-se às limitações das demais exações, as contribuições para os Conselhos Profissionais.

2. Excepciona-se apenas a OAB, por força da sua finalidade constitucional (art. 133).

3. Recurso especial improvido.”

Lembro que a questão da inconstitucionalidade do Estatuto da OAB, que autoriza a fixação de anuidade, não é matéria ora em

discussão.

A controvérsia em debate estabeleceu-se porque a Lei nº 3.820/60 estava amparada pela CF/46, que não previa a contribuição social como espécie de tributo, não a submetendo ao princípio da legalidade, enquanto a CF/88 atribuiu às anuidades dos conselhos profissionais a natureza tributária.

Nesse mesmo sentido, os acórdãos da 3ª Turma deste Tribunal:

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. CONSELHOS PROFISSIONAIS. COBRANÇA DE ANUIDADE SUPERIOR AO LIMITE DO ART. 6.994/82. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PROVIMENTO PARCIAL.

I – Podem as entidades de classe, associações ou sindicatos, impetrar mandado de segurança coletivo independentemente da autorização dos seus filiados, bastando, apenas, que o objeto da demanda, como é o caso dos autos, guarde correlação com as atividades exercidas pelos correspondentes associados. Precedente do STF no MS 22.132-RJ.

II – A instituição, pela União, de contribuição no interesse das categorias profissionais está sujeita ao princípio da legalidade, ora em face da natureza tributária daquelas, ora em face de expressa previsão do art. 149 da CF.

III – O art. 150, I, da Lei Básica, ao enunciar a vedação de que nenhum tributo pode ser instituído ou aumentado sem lei que assim estabeleça, é de ser interpretado no sentido de encontrar-se sob a reserva da lei formal a estatuição de todos os elementos essenciais à exigibilidade de uma exação tributária, quais sejam, o sujeito passivo, o fato imponível e os elementos de quantificação.

IV – A possibilidade de o apelado fixar os valores das respectivas anuidades, previstas nos arts. 6º, letra g, e 25, da Lei 3.820/60, e 1º da Lei 6.994/82, encontram respaldo ante a sistemática da Constituição

pretérita, cujo art. 21, § 2º, I, continha ressalva nesse sentido. Desse modo, inconstitucional a cobrança fixada pelo apelado sem vinculação a qualquer limite de valor, tendo-se em vista a revogação do art. 2º da Lei nº 6.994/82.

V – Impossibilidade de condenação do apelado à restituição dos valores percebidos a maior, porquanto isto equivaleria em transmudar o mandado de segurança em ação de cobrança. Inteligência da Súmula 269 – STF.

VI – Apelo provido”. (AMS 65.641-AL, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Convocado Edilson Nobre, julgada em 25/10/01).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. CONSELHO FEDERAL DE FARMÁCIA. ANUIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO POR MEIO DE RESOLUÇÃO. NATUREZA TRIBUTÁRIA DA CONTRIBUIÇÃO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

Os conselhos de fiscalização profissional não podem fixar, por meio de simples Resolução, o valor de suas anuidades, tendo em vista a natureza tributária de tais contribuições.

Violação do princípio da reserva legal (CF, art. 150, I). Precedentes do STJ e deste Tribunal.

Sentença reformada”. (AC 311.256-PB, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Convocado Paulo Machado Cordeiro, julgada em 17/06/2003).

A Resolução nº 355/00 do CFF, que fixa os valores das anuidades dos profissionais de farmácia para o exercício de 2001, por ser ato administrativo, é ilegal e não inconstitucional, em virtude de não observar os limites máximos das anuidades determinados pela Lei nº 6.994/82.

Esclarecida a matéria sobre a natureza jurídica das anuidades devidas aos Conselhos profissionais e a ilegalidade existente nas disposições da Resolução nº 355/00 do CFF, resta serem aplicados os limites máximos de MVR do § 1º, b, da Lei nº 6.994/82,

convertidos e atualizados.

O capital social da apelante Farmácia Zuca Ltda. é de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), fl. 11, que conforme os cálculos acima, corresponde a uma anuidade de 2 (duas) MVR para o exercício de 2001, no valor total de R\$ 26,86 (vinte e seis reais e oitenta e seis centavos) e consignou a importância de R\$ 26,84 (vinte e seis reais e oitenta e quatro centavos). Já o capital social da outra apelante, Farmácia Santa Helena Ltda. é de R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais), fl. 14, que corresponde a uma anuidade de 3 (três) MVR, no valor total de R\$ 40,28 (quarenta reais e vinte e oito centavos) e consignou apenas a importância de R\$ 26,84 (vinte e seis reais e oitenta e quatro centavos).

Quanto à complementação do valor consignado, assim estabelece o § 2º do art. 899 do CPC:

“Art. 899. Quando na contestação o réu alegar que o depósito não é integral, é lícito ao autor complementá-lo, dentro de dez (10) dias, salvo se corresponder a prestação, cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato.

(...)

§ 2º A sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido, e, neste caso, valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe a execução nos mesmos autos.

Ainda sobre a complementação do depósito insuficiente, leciona Humberto Theodoro Júnior (Curso de Direito Processual Civil, Vol. III, 15ª edição, 1997, Ed. Forense, § 183, nº 1.226, pág. 43): “... Desde que o devedor concorde com a alegação do réu e se disponha a complementar o depósito, aberta lhe será a faculdade do art. 899”.

Na hipótese, contestada a insuficiência do valor depositado, o autor não exerceu a faculdade de complementação. Sendo assim, a diferença aqui apurada poderá ser executada aplicando-se juros e correção monetária.

Decisões do STJ e da 2ª Turma deste Tribunal, neste sentido:

“AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. DISCUSSÃO SOBRE O ÍNDICE DE CORREÇÃO. INSUFICIÊNCIA DO DEPÓSITO. ART. 899, § 2º, DO CPC.

1. A ação consignatória permite a discussão sobre o índice aplicável para a atualização do débito.

2. Efetuado o depósito com pequena diferença a menor, nem por isso deixa de ser a ação procedente, reconhecido o saldo como crédito da ré, valendo a sentença como título executivo. Aplicação do disposto no art. 899, § 2º, do CPC”. (REsp 64.631-BA, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 19/09/95, publicado em 27/11/95).

“AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. MORA DO CREDOR. DEPÓSITO INSUFICIENTE. CORREÇÃO MONETÁRIA. DISSÍDIO.

1. A correção monetária, como assentado em jurisprudência monótona, não é punição, sanção, mas, tão-somente, simples atualização do valor da moeda no tempo. Ora, o que a mora do credor deve dispensar é o pagamento da multa e outros encargos relativos ao contrato. A correção monetária não, esta é sempre devida porque significa manter o valor do débito constante no tempo, o que não ocorreria se acolhida a pretensão do especial.

2. Recurso especial conhecido, mas desprovido”. (RESP 437.652-SC, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 12/08/2003, publicado em 29/09/2003).

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA – CRF. ANUIDADE. INSTITUIÇÃO E MAJORAÇÃO POR RESOLUÇÃO DO CRF. NATUREZA TRIBUTÁRIA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. NECESSÁRIA SUJEIÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ART. 149, DA CF/88. LEIS NºS 3.820/60, 6.994/82, 8.906/94 E

9.649/98. REPRISTINAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ADIN Nº 1.717. LIMITES MÁXIMOS EM MVR – MAIOR VALOR DE REFERÊNCIA. EXTINÇÃO. LEI Nº 8.177/91. ATUALIZAÇÃO PELA UFIR E PELA LEGISLAÇÃO POSTERIOR INSUFICIÊNCIA DE VALORES DEPOSITADOS EM JUÍZO. ART. 899, § 2º, DO CPC. (...).

9. Diante da insuficiência dos valores depositados em juízo, a título de pagamento das anuidades, a diferença em favor do Conselho Regional de Farmácia poderá ser executada, de conformidade com o autorizado pelo art. 899, § 2º, do CPC.

10. Apelação do CRF improvida.

11. Remessa oficial parcialmente provida para determinar que os valores depositados sejam corrigidos pelos índices que alteraram e substituíram a UFIR, devendo a diferença em favor do Conselho Regional de Farmácia ser executada, de conformidade com o autorizado pelo art. 899, § 2º, do CPC”. (AC 322.956-PB, 2ª Turma, Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti, julgada em 17/08/2004).

Ante o exposto, dou provimento à apelação da Farmácia Zuca Ltda., para declarar extinta a obrigação da anuidade de 2001, em virtude do depósito consignado no valor de R\$ 26,84 (vinte e seis reais e oitenta e quatro centavos) e dou provimento, em parte, à apelação da Farmácia Santa Helena Ltda., em virtude da insuficiência do valor depositado relativo à anuidade de 2001, podendo o saldo remanescente em favor dos apelados (CRF/PB e CFF) ser executado, no valor de R\$ 13,44 (treze reais e quarenta e quatro centavos), com juros e correção monetária desde a propositura da ação - art. 899, § 2º, do CPC.

Condeno os apelados ao pagamento das custas e honorários advocatícios, que os fixo em R\$ 300,00 (trezentos reais), na forma do art. 20, § 4º, do CPC.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 311.680-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelada: MARIA HELOISA MELO DE MORAES
Advs./Procs.: DRS. EVERALDO JOSÉ LYRA DE ALMEIDA E OUTROS (APTE.) E FERNANDO ANTÔNIO BARBOSA MACIEL E OUTROS (APDA.)

EMENTA: DIREITO CIVIL E ADMINISTRATIVO. SFH. FINANCIAMENTO DA CASA PRÓPRIA. REVISÃO DAS PRESTAÇÕES E DO SALDO DEVEDOR. PERÍCIA QUE APLICA CRITÉRIO NÃO PACTUADO. COMPROMETIMENTO DE RENDA. REDUÇÃO DA RENDA. APLICAÇÃO DA EQUIVALÊNCIA SALARIAL AO SALDO DEVEDOR.

- Ação proposta por mutuária do SFH contra a CEF onde requer a revisão da prestação e do saldo devedor do financiamento da casa própria.

- Foi pactuado o reajuste da prestação pelo mesmo critério do saldo devedor (TR), respeitado o percentual máximo de comprometimento de 30% da renda da devedora, exceto na hipótese de redução da renda.

- A perícia realizada em Juízo aplicou critério de reajuste diverso do pactuado, não devendo ser considerada.

- Verificado nos autos que a CEF não respeitou o limite pactuado, cabendo proceder à revisão dos encargos mensais de forma a respeitar o percentual máximo de comprometimento da renda bruta da mutuária até setembro/99, conforme contracheques colacionados aos autos. De outubro/99 em diante, a perda de parte da renda da mutuária não implica em redução da prestação, mas os aumentos salariais que se seguirem também não podem ser computados para fins de reajuste da prestação até que esse salário alcance novamente o valor observado em setembro/99.

- Em considerando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a finalidade social do SFH, a condição de assalariado do devedor e a possibilidade de satisfação final do empréstimo tomado para fins de aquisição da casa própria, cabe anular a cláusula contratual que determina o reajuste do saldo devedor do financiamento por índice diverso do aplicado à prestação, a qual está legalmente vinculada ao salário do devedor exatamente em respeito à sua capacidade de adimplemento.

- Seria iludir o mutuário manter um contrato de financiamento com prestações reajustadas pelo mesmo índice aplicado ao seu salário, possibilitando-lhe assim a satisfação dos encargos mensais por cerca de 20 anos ou mais, para, ao final do prazo de amortização, findar esse mutuário por perder o bem que tencionava adquirir porque o saldo devedor foi reajustado por índice diverso, tornando a dívida impossível de ser paga pelos recursos auferidos de seu labor.

- Aplicação ao saldo devedor do mesmo índice de reajuste da prestação (equivalência salarial), de forma a inexistir resíduo ao final do prazo de amortização da dívida. Precedentes do STJ e deste Tribunal.

- Apelações parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar parcial provimento às apelações, 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, 5 de maio de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Mutuária do SFH propôs ação contra a CEF onde requer autorização para depositar judicialmente a prestação do financiamento da casa própria no valor que entende devido e que a ré seja condenada a revisar os reajustes aplicados nas prestações e saldo devedor de forma a respeitar a Equivalência Salarial, repetindo o indébito.

A sentença julgou a pretensão parcialmente procedente, fixando o valor da prestação no valor apurado pelo laudo da perícia realizada em Juízo e condenando a CEF a devolver à autora o que esta lhe pagou a maior.

Apela a CEF. Alega ter sido cumprido o plano de equivalência salarial por categoria profissional nos reajustes aplicados às prestações. Afirma que o perito não aplicou o comprometimento máximo permitido até setembro/99 e que a perda de rubrica do salário da mutuária em outubro/99 não implica redução da prestação.

Também apela a autora. Requer reforma parcial da sentença para que se determine a correção do saldo devedor conforme apresentado na perícia e que o indébito seja descontado do saldo devedor.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

A cláusula décima primeira do contrato sob análise prevê o reajuste do encargo mensal pelo mesmo índice e periodicidade do saldo devedor. O parágrafo primeiro dessa cláusula estabelece que o novo valor do encargo não poderá exceder o percentual máximo de 30% de comprometimento da renda bruta percebida pela devedora no mês anterior.

Observo que a primeira prestação do financiamento comprometeu um pouco mais de 27% da renda bruta da autora. Logo, a

prestação poderia ser aumentada, independente de reajuste do salário da autora, até alcançar o percentual de 30% de sua renda.

O perito afirma ter aplicado o percentual de reajuste da categoria profissional da autora como critério de reajuste da prestação.

Ora, tal não foi o pactuado.

Também se verifica às fls. 75 dos autos que uma das rubricas do salário da autora foi suprimida, acarretando redução de sua renda. O contrato garante (parágrafo segundo da cláusula décima primeira) que a devedora tem direito a reduzir o valor da prestação sempre que este ultrapassar o limite dos 30% de sua renda bruta, mas o parágrafo terceiro da mesma cláusula excepciona a hipótese de redução da renda, como ocorreu no mês de outubro/99, com a autora.

A CEF tem razão, portanto. A perícia aplicou critério de reajuste da prestação diverso do que está estabelecido no contrato.

Verifico, entretanto, que em março/99 o salário bruto da autora era de R\$ 2.664,47 (fls. 146) e a prestação de abril/99 foi de R\$ 890,81 (fls. 49), equivalente a mais de 33% da renda da mutuária, mesmo antes de esta ter perdido uma rubrica de seu salário.

Deve, portanto, a CEF proceder à revisão das prestações do financiamento respeitando o limite máximo de comprometimento de 30% da renda bruta da mutuária até setembro/99, conforme contracheques colacionados aos autos. De outubro/99 em diante, a perda de parte da renda da mutuária não implica redução da prestação, mas os aumentos salariais que se seguirem também não podem ser computados para fins de reajuste da prestação até que o salário da mutuária recupere o valor verificado em setembro/99.

No que tange ao saldo devedor do financiamento, o pedido exordial foi de que se determinasse a revisão dos reajustes aplicados ao saldo devedor de forma a respeitar a equivalência salarial (fls. 12).

Tem o STJ julgado no sentido de que o saldo devedor do financiamento da casa própria pelo SFH deve ser reajustado pelo mes-

mo índice aplicado à prestação, ou seja, pela equivalência salarial.
In verbis:

“AQUISIÇÃO PARA A CASA PRÓPRIA. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. REAJUSTAMENTO DO SALDO DEVEDOR. PRECEDENTES DA CORTE.

1. Já decidiu a Corte que, aplicado ao contrato critério de reajustamento pelo Plano de Equivalência Salarial, não é possível aplicar-se critério diverso para o reajustamento do saldo devedor.

2. Recurso especial conhecido e provido”. (REsp nº 335.171, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, pub. *DJ* 05.08.2002) .

“ADMINISTRATIVO. SFH. REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES E DO SALDO DEVEDOR. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL (PES). VANTAGENS PESSOAIS INCORPORADAS DEFINITIVAMENTE AO SALÁRIO. INCLUSÃO NO CÁLCULO. PRECEDENTES.

- Nos contratos vinculados ao PES, o reajustamento das prestações deve obedecer à variação salarial dos mutuários, incluindo-se as vantagens incorporadas definitivamente aos salários ou vencimentos, a fim de preservar a equação econômico-financeira do pactuado.

- A exemplo das prestações mensais, o saldo devedor há que ser reajustado pelo Plano de Equivalência Salarial.

- Recurso não conhecido”. (REsp nº 194.086, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, pub. *DJ* 26.03.2001).

“ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. EQUIVALÊNCIA SALARIAL.

Nos contratos de financiamento da casa própria, estipulados com base no Sistema Financeiro da Habitação, o índice de correção monetária teve como

limite aquele aplicado no reajuste sofrido pelo salário do aderente financiado”. (REsp nº 152.502, Primeira Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, pub. *DJ* 31.05.1999).

“DIREITO CIVIL. CONTRATO DE MÚTUO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES MENSAS E DO SALDO DEVEDOR. O Plano de Equivalência Salarial, adotado e incluído nos contratos, tem de ser respeitado e cumprido sem alterações posteriores. O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo de acordo com o entendimento de que o reajuste das prestações da casa própria deve ser feito de acordo com o Plano de Equivalência Salarial.

Não prevalece a cláusula contratual que estabelece a atualização do saldo devedor pelo coeficiente de remuneração básica aplicável às contas vinculadas de FGTS. A exemplo das prestações mensais, também o saldo devedor há de ser reajustado pelo Plano de Equivalência Salarial.

Recurso improvido”. (REsp nº 194.932, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, pub. *DJ* 26.04.1999).

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. VINCULAÇÃO AOS VENCIMENTOS DA CATEGORIA PROFISSIONAL DO MUTUÁRIO.

1. *Omissis*.

2. *Omissis*.

3. Nos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação há de se reconhecer a sua vinculação, de modo especial, além dos gerais, aos seguintes princípios específicos:

a) o da transparência, segundo o qual a informação clara e correta e a lealdade sobre as cláusulas contratuais ajustadas deve imperar na formação do negócio jurídico;

b) o de que as regras impostas pelo SFH para a formação dos contratos, além de serem obrigatórias, devem ser interpretadas com o objetivo expresso de atendimento às necessidades do mutuário, garantindo-lhe o seu direito de habitação, sem afetar a sua segurança jurídica, saúde e dignidade;

c) o de que há de ser considerada a vulnerabilidade do mutuário, não só decorrente de sua fragilidade financeira, mas, também pela ânsia e necessidade de adquirir a casa própria e se submeter ao império da parte financiadora, econômica e financeiramente muitas vezes mais forte;

d) o de que os princípios da boa-fé e da equidade devem prevalecer na formação do contrato.

4. Há de ser considerada sem eficácia e efetividade cláusula contratual que implica em reajustar o saldo devedor e as prestações mensais assumidas pelo mutuário pelos índices aplicados às cadernetas de poupança, adotando-se, conseqüentemente, a imperatividade e obrigatoriedade do plano de equivalência salarial, vinculando-se aos vencimentos da categoria profissional do mutuário.

5. Recurso improvido". (REsp nº 157.841, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, pub. *DJ* 12.03.1998).

“ADMINISTRATIVO. SFH. REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES E DO SALDO DEVEDOR. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL (PES). INAPLICABILIDADE DA TR. ADIN 493-0/STF. VANTAGENS PESSOAIS INCORPORADAS DEFINITIVAMENTE AO SALÁRIO. INCLUSÃO NO CÁLCULO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. RISTJ, ART. 255 E PARÁGRAFOS. SÚMULA 13/STJ. PRECEDENTES STJ.

- Nos contratos vinculados ao PES, o reajustamento das prestações deve obedecer à variação salarial dos mutuários, a fim de preservar a equação econômico-financeira do pactuado.

- As vantagens pessoais incorporadas, definitivamente, ao salário ou vencimento do mutuário incluem-se na verificação da equivalência para fixação das parcelas.

- Declarada pelo STF a inconstitucionalidade da TR como fator de correção monetária (ADIN 493-0), o reajustamento do saldo devedor, a exemplo das prestações mensais, também deve obedecer ao Plano de Equivalência Salarial.

- Recurso conhecido e parcialmente provido”. (REsp nº 140.839, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, pub. DJ 21.02.2000).

Em que pese a Segunda Seção do STJ, na sessão de 22.09.2004, ter decidido que o PES não é indexador ou fator de correção monetária do saldo devedor do financiamento da casa própria (REsp 495.019-DF), o acórdão foi por maioria, tendo sido necessário, inclusive, um voto de desempate. Também cabe considerar que há, como visto acima, vários arestos em sentido contrário da Primeira e Segunda Turmas (pertencentes à Primeira Seção), não estando, ainda, desta forma, a matéria pacificada no STJ.

Trago também à colação posicionamentos de desembargadores desta Casa pela aplicação do PES como indexador do saldo devedor, como se segue:

“CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES MENSAS E DO SALDO DEVEDOR. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. OBSERVÂNCIA. ANATOCISMO. VEDAÇÃO. LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS JUROS EM 12%. LEI COMPLEMENTAR. NECESSIDADE.

1. A disparidade entre os reajustamentos e a marcha do saldo devedor deve ser elidida através da adoção irrestrita do Plano de Equivalência Salarial, também no que tange à recomposição dos valores deste, tornando-se acessível a sua solvabilidade, sem que subsista qualquer resíduo ao final do longo prazo de pagamento da dívida.

2. *Omissis.*

3. *Omissis.*

4. *Omissis.*

5. Apelação da autora parcialmente provida. Apelação da CEF improvida” (AC nº 332.638-CE, Quarta Turma, Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, julgado na sessão do dia 17.08.2004).

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. REVISÃO CONTRATUAL. AMORTIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO PAGA ANTES DA CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE. TABELA PRICE. ANATOCISMO (JUROS SOBRE JUROS). INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO.

1. *Omissis.*

2. *Omissis.*

3. *Omissis.*

4. *Omissis.*

5. Embora o presente recurso não verse sobre o cálculo do saldo devedor – a matéria já está devidamente sepultada nestes autos pelo seu trânsito em julgado –, registro que, em situações em que se controverte sobre os critérios de correção monetária do saldo devedor, venho entendendo pela adequação dos critérios de correção monetária do saldo devedor aos critérios de correção monetária da prestação. Sem que haja a aplicação dos mesmos critérios de correção monetária do saldo devedor e da prestação de financiamento, obviamente não haverá como manter o equilíbrio da série de prestações prevista na Tabela Price, que exige a quitação do débito ao final da última parcela paga. Em tese, os financiamentos submetidos ao sistema Price de amortização não poderiam ser construídos com base em critérios de correção monetária divergentes entre o saldo devedor e a prestação do financiamento. O Sistema Price é um sistema de amortização de financiamento que se amolda perfeitamente à legislação em vigor, no entanto, a inclusão da corre-

ção monetária majorando o saldo devedor e a prestação, em critérios díspares, gerou enormes distorções no objetivo inicial do financiamento (que é a satisfação do crédito ao final do pagamento das prestações devidas).

6. *Omissis*". (AC nº 329.217-CE, Segunda Turma, Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti, julgado na sessão do dia 18.05.2004).

O Exmo. Des. Federal Lázaro Guimarães, outrossim, mudou seu entendimento sobre essa questão, o que ficou registrado no voto que exarou na AC 337.907-RN (sessão de 31.08.2004):

“Vinha entendendo até o presente momento que o saldo devedor dos contratos de financiamento habitacional, celebrados pelo Sistema Financeiro da Habitação, deveria ser corrigidos pelo índice da caderneta de poupança, inclusive a TR. Ocorre que, após uma análise mais apurada e pesquisa jurisprudencial, decidi mudar o meu entendimento para acolher a tese de que o saldo devedor, nos contratos com base no Plano de Equivalência Salarial, deve sofrer o mesmo reajuste imputado às prestações mensais. Transcrevo acórdãos do colendo Superior Tribunal de Justiça:

‘Acórdão

REsp 229.463/BA; Recurso Especial
1999/0081556-4

Fonte

DJ DATA: 23/10/2000 PG:00135

Relator

Min. Carlos Alberto Menezes Direito (1108)

Ementa

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES E DO SALDO DEVEDOR. PRECEDENTES DA CORTE.

1. A cláusula que estabelece submeter-se o financiamento ao Plano de Equivalência Salarial deve

ser respeitada, não podendo aplicar-se índice diverso para o reajuste do saldo devedor.

2. Recurso especial não conhecido.'

'Acórdão

REsp 194086/BA; Recurso Especial
1998/0081819-7

Fonte

DJ DATA:26/03/2001 PG:00413

Relator

Min. Francisco Peçanha Martins (1094)

Ementa

ADMINISTRATIVO – SFH – REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES E DO SALDO DEVEDOR – PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL (PES) – VANTAGENS PESSOAIS INCORPORADAS DEFINITIVAMENTE AO SALÁRIO – INCLUSÃO NO CÁLCULO – PRECEDENTES.

- Nos contratos vinculados ao PES, o reajustamento das prestações deve obedecer à variação salarial dos mutuários, incluindo-se as vantagens incorporadas definitivamente aos salários ou vencimentos, a fim de preservar a equação econômico-financeira do pactuado.

- A exemplo das prestações mensais, o saldo devedor há que ser reajustado pelo Plano de Equivalência Salarial.

- Recurso não conhecido.'

Assim se pronunciou o eminente Desembargador Federal Francisco Cavalcanti no julgamento dos Embargos Infringentes na AC 177.362-SE:

'(...) A unificação dos indexadores permite uma evolução do débito de forma mais consentânea com a situação fática vivenciada pelos mutuários, fazendo desaparecer ou amenizar a figura do resíduo. Além disso, apresenta maior adequação com as finalidades pretendidas pelo SFH. (...)

Considerando que os mutuários, como assalariados ou servidores públicos, têm sua capacidade

de pagar definida pelo valor dos salários que percebem, salários que não progridem mensalmente segundo índices financeiros, não há como se exigir do mutuário capacidade de solver um montante que, seguindo as cadernetas de poupança, se expande em maior velocidade e proporção que os salários.'

A meu sentir, esse é o posicionamento que mais se adequa à função social do Sistema Financeiro da Habitação, apoiada no direito à moradia" (destaques do original).

O SFH é um instrumento creditício governamental cuja finalidade é viabilizar a aquisição da casa própria pelo trabalhador assalariado. Deve-se, portanto, considerar esse fim social para interpretar as relações contratuais de seus financiamentos. A legislação do SFH considera a capacidade aquisitiva do mutuário visando à satisfação final do empréstimo. Depreende-se dessas premissas que é nula a cláusula contratual que inviabiliza a aquisição do imóvel, ao estipular índice de reajuste do saldo devedor diverso do aplicado ao salário do mutuário e à prestação do financiamento, implicando dívida de alto valor ao final do prazo de amortização e conseqüente inadimplência e perda do imóvel por parte do mutuário. Seria iludir o mutuário manter um contrato de financiamento com prestações reajustadas pelo mesmo índice aplicado ao seu salário, possibilitando assim o adimplemento dos encargos mensais, para, ao final de 20 anos ou mais de pagamento, este mesmo mutuário findar por perder o bem que pensava vir a adquirir ao final do prazo de amortização porque não pode pagar o saldo devedor residual. A cláusula que determina o reajuste do saldo devedor por critério diverso do aplicado à prestação implica evidente desequilíbrio econômico do contrato e impede que seja cumprida a finalidade para o qual todo o sistema foi criado.

De fato, em considerando que o saldo devedor evolui por índice sabidamente superior ao dos reajustes do salário e que o mutuário do SFH, enquanto assalariado, não tem como adimplir dívida corrigida conforme pactuado, não há como se cumprir a finalidade para a qual foi o SFH criado, caso mantida a cláusula de reajuste do saldo devedor pela TR.

Aplico, seguindo a esteira de precedentes do STJ e deste Tribunal, a equivalência salarial ao saldo devedor, o qual deve ser, portanto, corrigido pelo mesmo índice de reajuste da prestação do financiamento, de forma a inexistir resíduo ao final do prazo de amortização da dívida.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação da CEF para que, no cálculo dos reajustes das prestações do financiamento, sejam desconsiderados os cálculos periciais, mas respeitado o limite de 30% da renda bruta da mutuária até setembro/99. Daí em diante, a prestação só poderá ser reajustada novamente quando o salário da autora voltar a ter o valor verificado em setembro/99. Dou também parcial provimento à apelação da autora para determinar o reajuste do saldo devedor pelo mesmo percentual de reajuste da prestação. Mantida a condenação da CEF nos ônus sucumbenciais, conforme sentença.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 329.432-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO CAVALCANTE
Apelante: CERAMA TRANSPORTES LTDA.
Apelados: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL - SENAI E OUTRO E SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICROS E PEQUENAS EMPRESAS DO CEARÁ - SEBRAE/CE
Advs./Procs.: DRS. RODRIGO JEREISSATI DE ARAÚJO E OUTROS (APTE.) E EMÍLIA MEIRELES BARGUIL E OUTROS, JOSÉ ITAMAR PEREIRA DE MATOS E OUTROS E ALBERTO CARDOSO MORENO MAIA (APDOS.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PARA O SESI, SENAI E SEBRAE. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. CONTRIBUIÇÃO

PARA O SEBRAE. ADICIONAL ÀS CONTRIBUIÇÕES AO SENAI, SENAC, SESI E SESC. LEI Nº 8.029/90, ALTERADA PELA LEI Nº 10.668/2003. INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. CONTRAPRESTAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE. CONTRIBUIÇÕES AO SESI E SENAI. DECRETOS-LEIS NºS 6.246/44 e 9.403/46. LEI Nº 8.706/1993. OBRIGATORIEDADE DO RECOLHIMENTO PELAS EMPRESAS DE TRANSPORTE ATÉ DEZEMBRO DE 1993. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

- O novo conceito de ato de comércio, conforme disposto no Novo Código Civil de 2002, abrange tanto a circulação de mercadorias, como a prestação de serviços, considerando-se essencial à sua caracterização a habitualidade e o objetivo de auferir lucro.

- A Contribuição ao SEBRAE fora instituída pela Lei nº 8.029/90, alterada pela Lei nº 10.668/2003, como um adicional às contribuições sociais relativas ao denominado “Sistema S” (SENAI, SENAC, SESI E SESC). Não se trata, assim, de nova fonte de custeio, mas apenas a majoração das alíquotas de contribuições sociais já previstas no Decreto-Lei nº 2.318/86 (SENAI, SENAC, SESI e SESC). É desnecessária a edição de lei complementar para a instituição da contribuição ao SEBRAE.

- Tratando-se de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico, que prescinde da existência de contraprestação direta, a contribuição ao SEBRAE, embora tenha como objetivo o desenvolvimento das micro e pequenas empresas, o seu recolhimento não depende do vulto econômico, devendo também ser recolhida das empresas de médio e grande porte, da mesma forma que das prestadoras de serviços. Precedentes jurisprudenciais.

- As empresas de transportes foram vinculadas

***ao sistema SESI/SENAI por determinação legal (Decretos-Leis nºs 6.246/44 e 9.403/46), estando obrigadas ao seu recolhimento até dezembro de 1993 (art. 12 da Lei nº 8.706/1993).
- Apelação improvida.***

ACÓRDÃO

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

Recife, 9 de junho de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

Trata-se de apelação interposta por Cerama Transportes Ltda., em face da sentença do Juízo Federal da 6ª Vara - CE, que, em ação ordinária, afastou as preliminares de defeito de representação, ilegitimidade passiva do SEBRAE/CE, ilegitimidade passiva do INSS, bem assim, acolheu a prescrição das parcelas pagas anteriormente a 20.10.1988, e julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, fls. 381/400.

Objetivara, a parte autora, ora apelante, a declaração da inexistência de relação jurídica que a obrigue ao recolhimento das Contribuições ao SESI, ao SENAI e ao SEBRAE, referentes ao período de 1988 a dezembro de 1993, com o reconhecimento de terem sido indevidos os recolhimentos efetuados a título da citada exação, tendo, ainda, juntado cópias dos DARF's e Planilha de Cálculos, bem assim, o seu direito à compensação de tais valores

com a Contribuição Previdenciária sobre a Folha de Salários, corrigidos monetariamente, desde o dia do recolhimento indevido, até a data da efetiva restituição, com a inclusão da SELIC, requerendo, sucessivamente, se acaso não reconhecido o cabimento da compensação, fosse condenada a parte ré à restituição dos valores devidos, devidamente corrigidos, fls. 40/42.

Sustentou a apelante, em suas razões de fls. 403/412, a inexigibilidade do recolhimento das mencionadas contribuições das empresas que somente praticam atividades de prestação de serviços, como é o seu caso, afirmando apenas os estabelecimentos exclusivamente industriais referentes aos transportes estarem sujeitos à contribuição ao SENAI, da mesma forma que apenas as empresas comerciais devem contribuir para o SESC e para o SENAC.

A empresa recorrente aduziu ter o legislador criado os entes específicos para a categoria dos transportes, quais sejam, o SEST e o SENAT, da mesma forma que as indústrias possuem o SESI e o SENAI, e as empresas comerciais têm o SESC e o SENAC, afirmando que o fato de as empresas de transporte estarem elencadas na Confederação Nacional da Indústria gera apenas presunção que admite prova contrária, não merecendo ser considerado para efeito de definir o caráter industrial da empresa, com vistas à incidência em foco; alegou violação ao art. 149 da CF/88, decorrente do recolhimento para ente diverso do campo de atuação do contribuinte, por se tratar de contribuições de interesse das categorias econômicas e profissionais, devidas apenas pelo benefício especial auferido pelo contribuinte em virtude da contra-prestação de serviço público indivisível oferecida ao grupo social de que participa, como é o seu caso, que não possui qualquer interesse, bem como não auferirá qualquer benefício na contra-prestação efetivada pelo INSS, em virtude da arrecadação em tela.

Contra-razões apresentadas pelo INSS, às fls. 417/421, pelo SENAI/DR/CE, às fls. 423/429, pelo SESI, às fls. 440/446.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

Cuida-se, no caso vertente, da exigibilidade, ou não, da Contribuição ao SEBRAE, SESI e SENAI das empresas prestadoras de serviços de transporte, como é o caso da ora apelante.

A contribuição ao SEBRAE fora instituída pela Lei nº 8.029/90, alterada pela Lei nº 10.668/2003, como um adicional às contribuições sociais relativas ao denominado “Sistema S” (SENAI, SENAC, SESI E SESC), conforme se infere dos seguintes dispositivos:

“Art. 8º. É o Poder Executivo autorizado a desvincular, da Administração Pública Federal, o Centro Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa - CE-BRAE, mediante sua transformação em serviço social autônomo.

(...)

§ 3º Para atender à execução das políticas de promoção de exportações e de apoio às micro e às pequenas empresas, é instituído adicional às alíquotas das contribuições sociais relativas às entidades de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.318, de 30 de dezembro de 1986, de:

- a) um décimo por cento no exercício de 1991;
- b) dois décimos por cento em 1992;
- c) três décimos por cento a partir de 1993.

(...).”

“Art. 1º. Mantida a cobrança, fiscalização, arrecadação e repasse às entidades beneficiárias das contribuições para o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), para o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), para o Serviço Social da Indústria (SESI) e para o Serviço Social do Comércio (SESC), ficam revogados:

(...).”

Assim, definiram-se os sujeitos ativo e passivo, fato gerador e

base de cálculo como os mesmos daquelas contribuições, e suas alíquotas, as estabelecidas no § 3º do art. 8º da mencionada Lei ordinária, salientando-se, ainda, que, em vista da situação de acessoriedade da contribuição em exame, esta compartilha da mesma natureza das que se situam como principais.

Desta feita, a contribuição ao SEBRAE é devida por todos aqueles que recolhem as contribuições sociais relativas ao denominado “Sistema S”, independentemente do seu porte de micro, pequena, média ou grande empresa, inexistindo, também, necessidade de lei complementar para a instituição da contribuição em tela, haja vista a respectiva fonte de custeio já ter sido anteriormente prevista, devendo-se, ainda, observar, quanto ao seu recolhimento, o princípio da solidariedade social (CF/88, art. 195, *caput*).

Ainda que se considerasse a contribuição ao SEBRAE integrar a classificação de contribuições “sociais gerais”, para a identificação do respectivo sujeito passivo, é de se observar o princípio da solidariedade em função do objetivo eminentemente social do SEBRAE, mormente no que se refere à sua atuação estar dirigida não apenas às micro empresas, mas, relacionada com toda população, na medida que oferece orientações e treinamentos, com vistas à capacitação profissional. Desta feita, considerar-se-iam todas as empresas empregadoras, independente de sua atividade ou vulto econômico, sujeitas ao custeio das atividades desenvolvidas pela referida entidade.

Entendo que, embora a contribuição em tela tenha sido instituída com o objetivo de favorecer o desenvolvimento das micro e pequenas empresas, trata-se, no caso, de contribuição de intervenção no domínio econômico, a qual prescinde da existência de contraprestação direta, bem assim, da possibilidade de o contribuinte se beneficiar com a aplicação dos recursos provenientes da respectiva arrecadação.

Neste sentido decidiu o col. Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE. INSTITUIÇÃO MEDIANTE LEI ORDINÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE.

1. As alegações trazidas a esta Corte no recurso extraordinário e reiteradas no presente agravo regimental foram examinadas e rejeitadas pelo **Plenário, no julgamento do RE 396.266, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 27/02/2004, que assentou ter o tributo destinado ao custeio do SEBRAE natureza de contribuição de intervenção no domínio econômico (art. 149 da CF/88).**

2. Consignou-se, por isso, com fundamento no art. 146, III, a, da Constituição, que a exação tratada, por não se tratar de um imposto, pode ter sua base de cálculo e seus contribuintes definidos por lei ordinária, sujeitando-se, contudo, às regras das alíneas b e c do mesmo dispositivo e que não é exigível a vinculação direta do contribuinte ou a possibilidade de auferir benefícios com a aplicação dos recursos arrecadados.

3. Agravo regimental improvido.”

(STF. RE 389.020 AgR / PR – Paraná Ag. Reg. no Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Rel. Acórdão Min. Revisor Min. Julgamento: 23/11/2004 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ DATA-10-12-2004 PP-00047 EMENT VOL-02176-03 PP-00490) (Grifei).

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. SEBRAE. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. LEI 8.029, DE 12.4.1990, ART. 8º, § 3º. LEI 8.154, DE 28.12.1990. LEI 10.668, DE 14.5.2003. CF, ART. 146, III; ART. 149; ART. 154, I; ART. 195, § 4º.

- As contribuições do art. 149, CF – contribuições sociais de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas – posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, CF, isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, CF, decorrente de ‘outras fontes’, é que, para a sua instituição, será observada a

técnica da competência residual da União: CF, art. 154, I, *ex vi* do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base imponible e contribuintes: CF, art. 146, III, *a*. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, *RTJ* 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, *RTJ* 143/684.

- A contribuição do SEBRAE – Lei 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003 – é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do DL 2.318/86, SESI, SENAI, SESC, SENAC. Não se inclui, portanto, a contribuição do SEBRAE, no rol do art. 240, CF. III.

- Constitucionalidade da contribuição do SEBRAE. Constitucionalidade, portanto, do § 3º do art. 8º da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003.

- RE conhecido, mas improvido.”

(RE 396266 / SC Relator(a): Min. Carlos Velloso Julgamento: 26/11/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: *DJ*. DATA-27-02-2004. PP-00022. EMENT VOL-02141-07 PP-01422)

Assim, também, já fora reconhecida, no col. STF, a constitucionalidade da contribuição em exame, bem assim, a inexigibilidade de vinculação direta do contribuinte ou a possibilidade de auferir benefícios com a aplicação dos recursos arrecadados.

Acerca da exigibilidade da contribuição em foco, é de se destacar o novo conceito de empresa, diante do ordenamento jurídico vigente. Acerca do tema, é de se transcrever o texto publicado no cd-rom jurídico *Juris Síntese Millenium*, de autoria da advogada Ingrid Santos Martinelli, Especialista em Direito Processual Civil, *verbis*:

“As denominadas ‘Sociedades Simples’, previstas nos arts. 997 a 1.038 do Novo Código Civil, nada

mais são que as sociedades que dependem de registro no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, em contraposição às sociedades empresárias, que são registradas na Junta Comercial (consoante art. 982, *caput*, da nova Lei). Essa definição também é feita por exclusão, inferência da leitura do art. 966, parágrafo único, do Novo Código, que acaba por definir as sociedades simples de maneira indireta, dispondo que 'não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa'.

Dessa forma, são modalidades de sociedades simples a sociedade de advogados, médicos, pintores, escultores, escritores, cientistas, contadores, entre outras, ainda que estes profissionais contem com o auxílio de colaboradores (Exs.: secretárias, *office-boys*, faxineiras etc.), e ainda as sociedades cooperativas, estas por força de lei (art. 982, parágrafo único).

Poder-se-ia indagar o alcance da exceção prevista na última parte do parágrafo único do art. 966 ('salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa'). A meu ver, o mais lógico, por enquanto, é interpretar tal disposição no sentido de que, se um profissional de um ramo abre um escritório/consultório e contrata outros profissionais do mesmo ramo como seus empregados, está constituindo não uma sociedade simples, mas sim uma sociedade empresária, mas é certo que tal matéria será objeto de rica discussão doutrinária e jurisprudencial.

Quanto à forma societária, as sociedades simples podem ser de qualquer espécie que possa ser adotada pelas empresárias, respeitando-se a vedação legal de constituição sob a forma de sociedade por ações (art. 982, parágrafo único). Entretanto, deve-se ressaltar que, se for adotada forma prevista em Lei Especial, a sociedade simples reger-se-á por esta

(art. 983, parágrafo único), como é o caso da sociedade de advogados, que será examinada adiante. Na omissão de disposição quanto à forma societária a ser adotada, a sociedade rege-se pelas normas do Novo Código Civil pertinentes às sociedades simples”. (MARTINELLI, Ingrid Santos. *Sociedades simples do novo Código Civil - Aspectos polêmicos. Juris Síntese* nº 39 - Jan/Fev de 2003. Porto Alegre: Síntese, 2003).

Ademais, a matéria em exame já fora muitas vezes apreciada nos nossos Tribunais, decidindo-se pela exigibilidade das contribuições para o serviço social autônomo também das prestadoras de serviços, havendo, inclusive, vários precedentes emanados dos Tribunais Superiores, consolidando tal exigibilidade, conforme se infere das seguintes ementas:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTÁRIO. EXIGIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE DA PESSOA JURÍDICA INDEPENDENTEMENTE DA NATUREZA DE MICRO OU PEQUENA EMPRESA.

1. Ao instituir a referida contribuição como um ‘adicional’ às contribuições ao SENAI, SENAC, SESI e SESC, o legislador indubitavelmente definiu como sujeitos ativo e passivo, fato gerador e base de cálculo os mesmos daquelas contribuições e como alíquotas, as descritas no § 3º do art. 8º da Lei nº 8.029/90.

2. Assim, a contribuição ao SEBRAE é devida por todos aqueles que recolhem as contribuições ao SESC, SESI, SENAC e SENAI, independentemente de seu porte (micro, pequena, média ou grande empresa).

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeito modificativo.”

(STJ. EDcl no RESP 575035 / RS ; Embargos de declaração no Recurso Especial 2003/0106813-4. Relator(a) Ministro Castro Meira (1125). Órgão Julgador T2 - Segunda Turma. Data do Julgamento 05/

10/2004. Data da Publicação/Fonte *DJ* 16.11.2004 p. 245).

“TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O SESC, SENAC E SEBRAE. PRELIMINARES. LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO. SEBRAE NACIONAL E ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO INSS. DESACOLHIDAS. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS. EXIGIBILIDADE.

Nas ações em que se discute o recolhimento da contribuição destinada aos serviços sociais autônomos, o SEBRAE local, onde tem representação legal, no caso, o Estado do Ceará, é parte destinatária dos recursos provenientes do recolhimento em discussão, sem a necessidade, portanto, de figurar no pólo passivo da lide o SEBRAE nacional. Segundo a orientação do c. Superior Tribunal de Justiça, a autarquia previdenciária é parte legítima a figurar na qualidade de litisconsorte passivo necessário, por ser órgão arrecadador e fiscalizador da contribuição em tela (art. 94 da Lei nº 8.212/91). **Com a entrada em vigor do novel Código Civil, Lei nº 10.406/2002, em seu art. 966, que tem por inspiração a Teoria da Empresa, resulta inelutável que as contribuições para os serviços sociais autônomos são exigíveis das sociedades que possuem fins lucrativos, como é o caso das apeladas, que se dedicam à prestação de serviços em caráter profissional, consideradas modernamente como mercantis.**

Preliminares rejeitadas. Remessa oficial e apelações providas”.

(TRF 5ª R. – AC 314.346 – (2003.05.00.003265-0) – CE – 1ª T. – Rel. Des. Fed. José Maria Lucena – *DJU* 27.10.2003 – pp. 531/532)

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PARA O SESC, SENAC E SEBRAE. DECRETO-LEI Nº 9.853/46 E DECRETO-LEI Nº 8.621/46. ART. 577 DA CONSO-

LIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO - CLT. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. SEGURANÇA E TRANSPORTE DE VALORES. SUJEIÇÃO AO RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS. CONTRIBUIÇÃO PARA O SEBRAE. ADICIONAL ÀS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS AO SESC E SENAC. ART. 8º, PARÁGRAFO 3º, DA LEI Nº 8.029/90, ALTERADO PELA LEI Nº 10.668/03. ART. 1º DA LEI Nº 8.154/90. OBRIGATORIEDADE DO RECOLHIMENTO. ENTENDIMENTO PACIFICADO NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS PÁTRIOS.

1. As empresas prestadoras de serviço também estão sujeitas ao recolhimento das contribuições para o SESC/SENAC.

2. O conceito hodierno de ato de comércio engloba tanto a circulação de mercadorias, como de serviços; essenciais são a habitualidade do ato e o objetivo de auferir lucro. Assim dispõe o Código Civil de 2002, segundo o qual ‘considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços’ (art. 966).

3. As contribuições para o SESC e para o SENAC encontram-se previstas, respectivamente, no Decreto-Lei nº 9.853/46 e no Decreto-Lei nº 8.621/46, que estabelecem como sujeitos passivos da relação tributária os estabelecimentos comerciais enquadrados nas entidades sindicais subordinadas à Confederação Nacional do Comércio, fazendo remissão ao art. 577 da CLT. Quanto ao caso sob apreciação, cuida-se de empresas que prestam serviços de segurança e transporte de valores. A partir da análise do quadro anexo à CLT, de que trata o art. 577, percebe-se que as empresas de vigilância integram o 3º grupo das entidades vinculadas à Confederação Nacional de Comércio (agentes autônomos do comércio), razão pela qual as empresas prestado-

ras de serviços de segurança e transporte de valores estão sujeitas ao recolhimento do tributo.

4. São igualmente beneficiários dos recursos provenientes do recolhimento das contribuições para o SESC/SENAC todo e qualquer estabelecimento comercial vinculado à Confederação Nacional do Comércio, seja seu objeto social a circulação de mercadorias ou de serviços.

5. Entendimento pacificado no seio do STJ. Precedentes, em especial, o da Primeira Seção no REsp 431.347 SC (2002/0046184-1), segundo o qual: **“as prestadoras de serviços que auferem lucros são, inequivocamente, estabelecimentos comerciais, quer por força do seu ato constitutivo, oportunidade em que elegeram o regime jurídico próprio a que pretendiam se submeter, quer em função da novel categorização desses estabelecimentos, à luz do conceito moderno de empresa”** (DJ de 25/11/2002, p. 00180, Relator Min. Luiz Fux).

6. Precedentes deste eg. Tribunal.

7. Conforme estabelece a Lei nº 8.029/90, a contribuição para o SEBRAE constitui um adicional às alíquotas das contribuições sociais relativas ao denominado “Sistema S”. Em razão disto, aqueles que recolhem contribuições para o SESC e SENAC devem-no também para o SEBRAE, tal como dispõe expressamente o art. 8º da lei que instituiu o adicional em questão.

8. A contribuição para o SEBRAE é um adicional das contribuições dirigidas às entidades mencionadas no Decreto-Lei nº 2.318/86 (SESC, SENAC), devida, assim, pelas prestadoras de serviços.

9. Por se tratar se contribuição de intervenção no domínio econômico, assim decidiu o Pretório Excelso, o pagamento da contribuição para o SEBRAE prescinde de contraprestação, estando as entidades citadas no Decreto-Lei nº 2.318/86 obrigadas ao pagamento da exação, haja vis-

ta o princípio da solidariedade, insculpido no art. 195, *caput*, da Carta Política.

10. A contribuição para o SEBRAE definida pela jurisprudência pátria como contribuição de intervenção no domínio econômico está inserida na contextura da efetivação do preceito constitucional da valorização do trabalho e da dignidade do trabalhador, devendo, então, ser suportada por todas as empresas independentemente de ser de grande ou médio porte.

11. Não há, outrossim, que se falar na necessidade de lei complementar. Entendimento firmado pelo Tribunal Pleno do STF no RE 396266 / SC.

12. Apelação improvida.

(TRF 5ª Região. Apelação Cível – 315.136 Processo: 200305000042897 UF: CE Órgão Julgador: Segunda Turma Data da decisão: 09/11/2004 Documento: TRF500089162 Fonte *DJ* - Data:12/01/2005 - Página: 937 - Nº: 8 Relator(a) Desembargador Federal Francisco Cavalcanti).

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DESTINADAS AO SESC, SENAC E SEBRAE. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. ENTIDADE VINCULADA À CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO. ART. 577 DA CLT. SEBRAE. NATUREZA JURÍDICA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA A SUA INSTITUIÇÃO. EMPRESA COMERCIAL DE MÉDIO OU GRANDE PORTE. EXIGIBILIDADE.

1. As empresas prestadoras de serviços médicos e hospitalares, em razão da classificação do quadro anexo ao art. 577 da Consolidação das Leis do Trabalho, fazem parte do plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, estando obrigadas a recolher as contribuições para o SESC e para o SE-

NAC.

2. São considerados estabelecimentos comerciais as empresas prestadoras de serviços, desde que auferam lucros, em razão do moderno conceito de empresa.

3. Sendo a contribuição social destinada ao SEBRAE de intervenção no domínio econômico, sujeita-se à disciplina respectiva quanto à sua instituição e cobrança, não subsistindo a tese de que seria necessária lei complementar para tanto. É, por conseguinte, dispensável que o contribuinte seja virtualmente beneficiado com o produto de sua arrecadação, sendo irrelevante, no caso, o objeto social da empresa ou o seu porte como elemento definidor da sujeição passiva.

4. Ao instituir a contribuição ao SEBRAE como um 'adicional' às contribuições ao SENAI, SENAC, SESI e SESC, a Lei 8.029/90 indubitavelmente definiu, como sujeitos ativo e passivo, fato gerador e base de cálculo, os mesmos daquelas contribuições, e, como alíquotas, as descritas no § 3º do art. 8º da citada lei ordinária.

5. Ao proceder dessa forma, engendrou o legislador um engenhoso mecanismo de simplificação legislativa, 'apropriando-se' da legislação de outros tributos, tomando-lhes de empréstimo os mesmos elementos da hipótese de incidência das contribuições destinadas às demais entidades do 'Sistema S', bastando à lei que instituiu a contribuição ao SEBRAE fixar as alíquotas. Tal procedimento em nada ofende a ordem constitucional vigente.

6. A contribuição ao SEBRAE é, pois, devida por todos aqueles que recolhem as contribuições ao SESC, SESI, SENAC e SENAI, independentemente do seu porte (micro, pequena, média ou grande empresa).

7. Apelação do INSS e remessa oficial providas.

8. Apelações do SESC, SENAC e SEBRAE prejudi-

cadadas.”

(TRF 5ª Região. Apelação Cível – 335746 Processo: 200284000056314 UF: RN Órgão Julgador: Segunda Turma Data da decisão: 09/11/2004. Fonte DJ - Data: 23/02/2005 - Página: 666 - Nº: 36 Relator(a) Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima).

Deste modo, é de se considerar tais contribuições exigíveis daquelas pessoas enquadradas no novo conceito de empresa, ou seja, entidades que desenvolvem, com habitualidade, atividades com objetivo de lucro.

No que se refere às contribuições ao Sesi e Senai, observe-se que as empresas de transportes foram vinculadas ao sistema Sesi/Senai por determinação legal, Decretos-Leis nºs 6.246/44 e 9.403/46, não podendo se eximir da contribuição sob a alegação de não exercerem atividade industrial.

Com a Lei nº 8.706/1993, que dispôs sobre a criação do Serviço Social de Transporte – Sest e do Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – Senat, foram direcionadas as contribuições antes destinada ao Sesi e ao Senai para o Sest/Senat. Previu o art. 7º da mencionada Lei, *verbis*:

“Art. 7º. As rendas para manutenção do Sest e do Senat, a partir de 1º de janeiro de 1994, serão compostas:

I - pelas atuais contribuições compulsórias das empresas de transporte rodoviário, calculadas sobre o montante da remuneração paga pelos estabelecimentos contribuintes a todos os seus empregados e recolhidas pelo Instituto Nacional de Seguridade Social, em favor do Serviço Social da Indústria - Sesi e do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - Senai, que passarão a ser recolhidas em favor do Serviço Social do Transporte - Sest e do Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte - Senat, respectivamente;
(...)”

No entanto, até o mês de dezembro de 1993, as empresas de transporte estão obrigadas ao recolhimento das contribuições ao SESI e SENAI, tendo a própria Lei nº 8.706/1993, em seu art. 12, assim estabelecido, *verbis*:

“Art. 12. As contribuições compulsórias das empresas de transporte rodoviário até o mês de competência dezembro de 1993, e os respectivos acréscimos legais e penalidades pecuniárias, continuarão a constituir receita do SESI e SENAI, ainda que recolhidas posteriormente a 1º de janeiro de 1994.”

Acerca do tema, é de se transcrever as seguintes ementas:

“RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA LOCADORA DE VEÍCULOS. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PARA O SEST E SENAT. LEGALIDADE. LEI 8.706/93. DECRETO 1.007/93, ART. 2º, I, § 1º. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ARTS. 97 E 99 DO CTN. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. Trata-se de recurso especial fundado na alínea *a* do permissivo constitucional, interposto por TOTAL FLEET S/A em autos de mandado de segurança preventivo, impetrado em razão de ato praticado pelo Sr. Superintendente Regional do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, tendo-se indicado como litisconsortes passivos o Serviço Social de Transporte – SEST e Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – SENAT.

2. Passando a Lei 8.709/93 a direcionar a contribuição antes destinada ao SESI e ao SENAI para o SEST/SENAT, operou-se simples alteração nas instituições destinatárias desses valores, não se verificando qualquer ilegalidade nessa alteração.

3. A Lei 8.706/93 direcionou a contribuição antes destinada ao SESI e ao SENAI para o SEST/SENAT, operando-se simples alteração nas instituições destinatárias desses valores. Aperfeiçou-

se a condição de exigibilidade dessa exação com a vigência dos Decretos 1.007/93 e 1.093/94, que ao regularem a lei em referência explicitaram a legitimidade contributiva passiva de empresas que possuem como objeto a locação de veículos (tido como atividade congênere de transporte), como é o caso da recorrente.

4. Precedentes: REsp 587.659/SC, *DJ* 06/09/2004, Rel. Min. Franciulli Netto; REsp 526.245/PR, *DJ* 01/03/2004, REP *DJ* 30/08/2004, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 524.812/SC, *DJ* 29/03/2004, Rel. Min. João Otávio de Noronha; Resp 522.832/SC, *DJ* 09/12/2003, Rel. Min. Francisco Falcão.

5. O acórdão recorrido não tratou da matéria inscrita nos artigos 97 e 99 do Código Tributário Nacional, razão pela qual, no particular, não resta atendido o necessário requisito do prequestionamento.

6. Não se caracteriza violação do artigo 535 do Código de Processo Civil quando a decisão colegiada impugnada está adequadamente fundada, em que pese não haver examinado o tema assinalado em alguns dos dispositivos indicados pela empresa recorrente.

7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa, desprovido.”

(STJ. REsp 652655/MG *DJ* DATA:17/12/2004 Página: 459. Rel. Min. José Delgado)

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PARA O SESI, O SENAI E O SEBRAE. EMPRESA DE TRANSPORTE. EXIGIBILIDADE.

- Até 31/12/93, as empresas de transporte, por expressa disposição dos Decretos-Leis 6.246/44 e 9.403/46, estavam obrigadas a contribuir para o SENAI e para o SESI.

- As empresas empregadoras, independentemente do vulto econômico, devem concorrer para o custeio das atividades desenvolvidas pelo SEBRAE.”

(AC 335.114/CE. DJ: 03/06/2004 - Página: 603 - Nº:
106 - Ano: 2004. Rel. Des. Federal Ridalvo Costa)

Com essas considerações, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 329.471-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS
Apelante: TELECOMUNICAÇÕES DO CEARÁ S/A - TELECEARÁ
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO DE ASSIS MAIA ALENCAR E OUTROS (APTE.) E MARIA ELIANE AMARAL MENDONÇA DE CASTRO E OUTROS (APDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA E PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. INOCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE PRESTADORES DE SERVIÇOS. SALÁRIO IN NATURA. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDÊNCIA. PRECEDENTES DO C. STJ E DESTE REGIONAL.

- Não há que se falar em nulidade da sentença por ausência de fundamentação, pois como se observa da mesma, encontra-se devidamente embasada, contendo os fundamentos e as razões de decidir, que levaram ao juiz sentenciante a julgar improcedente o pedido. Inteligência do artigo 131 do CPC.

- Não procede a arguição de nulidade do procedimento administrativo e do título executivo, tendo em vista que a embargante não conseguiu provar as pretensas irregularidades que maculariam a certidão de dívida ativa, onde apenas limita-se a apresentar alegações genéricas, sem embasamento fático e jurídico.

- Despiciendo conter na CDA a relação dos empregados cujas contribuições previdenciárias não foram pagas, caberia ao embargante apresentar a regularidade do respectivo recolhimento das contribuições ora cobradas, através da NFLD 31.587.353-1, e assim afastar a exação, visto admitir de forma clara que os serviços foram prestados.

- É inconteste, diante do relatório fiscal juntado pelo INSS, que a ajuda-alimentação prestada pela embargante aos empregados configura salário in natura, não devendo incidir contribuição previdenciária. In casu, a ajuda-alimentação na forma de café da manhã, feita diretamente ao empregado, sem utilização de tíquetes ou até mesmo dinheiro, afasta a caracterização de salário indireto. O fornecimento em debate apesar de não está inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador, em nada afronta ao que dispõe o art. 6º do Decreto nº 05/91, que regulamenta a Lei nº 6.321/76. (STJ – RESP 510.070 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 31.05.2004 – p. 00186).

- Apelo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 12 de maio de 2005 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de apelação da sentença de fls. 105/108, da lavra do MM. Juiz Federal da 9ª Vara/CE, que julgou improcedentes os embargos à execução promovido pela Teleceará sob os fundamentos de que não se desincumbiu do ônus probante para ilidir a presunção de certeza e exigibilidade que goza a Certidão de Dívida Ativa que lastreia a execução fiscal promovida pelo INSS.

Insurge-se o particular contra r. sentença onde alega, em apertada síntese, nulidade da sentença por ausência de fundamentação. No mérito aduz nulidade do processo administrativo e do título executivo, pois os supostos créditos se ressentem da inexistência da descrição dos fatos e tipificações, impossibilitando, dessa forma, a defesa da empresa. Ademais não constam das certidões os nomes dos empregados beneficiários tornando inócua a contribuição em espécie.

Continuando, alega que a refeição fornecida aos empregados não pode incidir a contribuição previdenciária por não se enquadrar no conceito de salário.

Foram apresentadas contra-razões.

Admitido o recurso na origem, ascenderam os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Antes de adentrar no mérito analiso a preliminar aventada.

Não há que se falar em nulidade da sentença por ausência de fundamentação, pois como se observa da mesma, encontra-se devidamente embasada, contendo os fundamentos e as razões de decidir, que levaram ao juiz sentenciante a julgar improcedente o pedido.

Não está o juiz obrigado a se pronunciar ponto por ponto das

questões levantadas pelas partes, bastando tão-somente encontrar os elementos para sua convicção para o deslinde da demanda. Ademais não deve tratar a sentença de mera resposta a possíveis questionários trazidos pelas partes, na inteligência do artigo 131 do CPC.

Tanto assim que possibilitou a apresentação do recurso de apelação, onde o mesmo se contrapõe ao resultado desfavorável na mesma.

Sobre a matéria já me pronunciei:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL E OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 131 DO CPC.

- O Magistrado não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas, sim, com o seu livre convencimento utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso posto para julgamento. (Inteligência do artigo 131 do CPC).

- Os embargos de declaração não se prestam à revisão do julgado ou reapreciação de provas, se o embargante não concorda com o julgamento da apelação interposta, cumpre-lhe interpor o recurso adequado.

- Embargos de declaração rejeitados, sem alteração no resultado do julgamento.”

(TRF 5ª R. – AMS 85.121-PB – 2002.82.00.008577-2 – 1ª T. – Rel. Des. Francisco Wildo Lacerda Dantas – DJU 10.11.2004 – p. 1017).

Passo ao mérito.

A questão trazida à baila é de fácil deslinde, não carecendo de maiores digressões para o seu julgamento.

Não procede a arguição de nulidade do procedimento administrativo e do título executivo, tendo em vista que a embargante não conseguiu provar as pretensas irregularidades que maculari-

am a certidão de dívida ativa, onde apenas limita-se a apresentar alegações genéricas, sem embasamento fático e jurídico.

Adentrando no mérito, em relação à contribuição dos prestadores de serviços, entendo que o simples fato de não conter na CDA os nomes dos empregados prestadores de serviço que dão origem à contribuição executada, tem o condão de retirar sua legitimidade, pois como podemos observar o apelante não discute que a prestação dos serviços não fora efetivamente realizada, mas apenas o prejuízo que entende será carreado aos beneficiários da exação pela ausência dos nomes.

Destaco trecho da apelação, onde utiliza tais argumentos para desconstituir a CDA em tela:

“Por outro lado, não constam nos autos de infração os nomes dos possíveis empregados beneficiários, de tal forma que impossibilitados estarão eles de terem os valores incluídos nas suas contribuições para efeito de cálculo de um futuro salário de benefício, ou pensão previdenciária, por ocasião de suas aposentadorias.”

Louvável a preocupação da embargante, ora apelante, contudo, é de se aplicar a regra insculpida nos artigos artigo 30, e incisos, c/c 43 da Lei 8.212/91, onde estabelece que o recolhimento das contribuições previdenciárias da atividade exercida pelo segurado fica a cargo do empregador.

Encontrando-se registrada na instituição que laborou o período que prestou tal serviço, bem como em sua CTPS, ou comprovado através de qualquer outro meio legal, o possível prejuízo aventado resta afastado, não podendo se eximir o empregador pelo recolhimento das contribuições, quando admite de forma clara que os serviços foram prestados.

Despiciendo conter na CDA a relação dos empregados cujas contribuições previdenciárias não foram pagas, caberia ao embargante apresentar a regularidade do respectivo recolhimento das contribuições ora cobradas, através da NFLD 31.587.353-1.

Em relação à NFLD 31.936.590-5, a mesma refere-se à cobrança de contribuições previdenciárias incidentes sobre benefí-

cio pago aos seus empregados em extensão do Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT.

O benefício em tela, que ensejou a presente execução, diz respeito ao fornecimento de café da manhã, conforme relatório fiscal anexado aos autos pelo INSS, às fls. 81 e seguintes, cujo excerto transcrevo, por apresentar-se relevante para o deslinde da demanda:

“3.5 – A participação dos empregados no programa é feita por um percentual de participação que varia de acordo com o seu salário nominal. 3.6 – *Como extensão do Programa de Alimentação, a Teleceará concede, desde abril de 1988, Café da Manhã aos empregados ocupantes dos cargos relacionados no anexo IV da prática já referida, desde que exerçam suas atividades no campo, ou que trabalhem internamente em oficinas ou almoxarifados.* 3.7 – *A Teleceará mantém contrato com diversos restaurantes, para o fornecimento do café da manhã aos empregados acima referidos, cuja composição é definida em cardápios básicos constantes no anexo 1 destes contratos. (contrato PDJ. 130.93/028, anexo).* 3.8 – O valor do café da manhã é reajustado mensalmente de acordo com o contrato firmado com o fornecedor. 3.9 – A participação percentual do empregado, no custo do café da manhã, segue as mesmas condições do tíquete refeição. 3.10 – Em sua adesão ao Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), para os exercícios de 1988/1989/1990/1991/1992 e 1993, a Teleceará concentrou a prestação integral desse benefício (100,00%) na modalidade de serviço – Refeição convênio (tíquete refeição), nada sendo declarado, para as demais modalidades de serviço. 4 – Conclusão: O benefício do café da manhã, como fornecido pela Empresa, não integra o Programa de Alimentação do Trabalhador, constituindo-se em salário indireto, sujeito a incidência de contribuição previdenciária”. (Destaquei).

É inconteste, diante do relatório fiscal acima, que a ajuda-alimentação prestada pela empregante aos empregados configura salário *in natura*, não devendo incidir contribuição previdenciária.

A ajuda-alimentação, na forma de café da manhã, feita diretamente ao empregado, sem utilização de tíquetes ou até mesmo dinheiro, afasta a caracterização de salário indireto, como faz crer o INSS. O fornecimento em debate apesar de não está inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador, em nada afronta ao que dispõe o art. 6º do Decreto nº 05/91, que regulamenta a Lei nº 6.321/76.

Dessa forma, demonstrou o empregante de maneira inequívoca que a ajuda-alimentação fornecida aos seus empregados, na forma de café de manhã, que lastreia a NFLD 31.936.590-5, não configura salário, até mesmo na via indireta, o que implica em nulidade da execução promovida pelo INSS no tocante à mesma.

A matéria encontra-se pacificada em nossos Regionais e pelo c. STJ, onde destaco os precedentes abaixo colacionados, no que se apresenta relevante:

“TRIBUTÁRIO – AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO – PAT – PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR – DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE INSCRIÇÃO – SALÁRIO *IN NATURA* – NÃO-INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

1. O auxílio alimentação, quando pago em espécie, integra a base de cálculo da contribuição previdenciária, assumindo feição salarial. Deveras, afasta-se a exação tributária quando o pagamento é efetuado *in natura*; vale dizer: quando o próprio empregador fornece a alimentação aos seus empregados, estando ou não inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT. Precedentes.

2. Recurso Especial provido”. (STJ – RESP 510.070 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 31.05.2004 – p. 00186).

“TRIBUTÁRIO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – CONTRIBUIÇÃO – FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO – EMPRESA NÃO INSCRITA NO

PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR – PAT – SALÁRIO *IN NATURA* – DESNECESSIDADE – PRECEDENTES DO TRF E STJ.

1. Se a alimentação fornecida aos empregados se dá no âmbito da própria empresa, é inadmissível a cobrança de contribuição previdenciária, independentemente de inscrição no Programa de Alimentação do Trabalhador. 2. Apelação e remessa oficial desprovidas”. (TRF 1ª R. – AC 01001071603 – AM – 3ª T. Supl. – Rel. Juiz Fed. Conv. Wilson Alves de Souza – DJU 29.07.2004 – p. 105).

“EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – PREVIDENCIÁRIO – CUSTEIO – SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO – PAGAMENTO EM DINHEIRO DE AJUDA-ALIMENTAÇÃO – PAT – DISSÍDIO COLETIVO – PREVISÃO DE PAGAMENTO POR MEIO DE TÍQUETE – NATUREZA SALARIAL DO BENEFÍCIO – INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – ART. 28, C, DA LEI 8.212/91.

1. Conforme a expressa disciplina do art. 28, c, da Lei nº 8.212/91, apenas não integra o salário-de-contribuição a parcela paga *in natura*, pela empresa, nos moldes dos programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho.

(...)

4. Recurso do INSS e remessa de ofício a que se dá provimento”. (TRF 5ª R. – AC 139.655 – 98.05.30000-5 – CE – 1ª T. – Rel. Des. Fed. José Maria Lucena – DJU 23.12.2003 – p. 80).

Por derradeiro, ressalto que somente o auxílio-alimentação pago *in natura*, por gerar despesas operacionais, de acordo com o art. 28, § 9º, alínea c, da Lei nº 8.212/91 deixa de integrar o salário, inibindo, pois, a incidência da carga tributária.

Diante de tal fato, e afastado a natureza salarial da vantagem denominada “café da manhã”, é de se declarar nula a NFLD 31.936.590-5.

Posto isto, dou parcial provimento à apelação, para declarar

extinta a execução sobre a NFLD 31.936.590-5, e manter a execução no tocante à NFLD 31.587.353-1. Sem condenação em honorários advocatícios, tendo em vista a ocorrência de sucumbência recíproca.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 336.952-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Apelantes: SEVERINA BEZERRA RIBEIRO E OUTROS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ CÂMARA DE OLIVEIRA E OUTROS (APTES.) E JOSÉ ARAÚJO FILHO E OUTROS (APDO.)

CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PORTARIA 714/93-MPAS, INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DO DIREITO MATERIAL, À FALTA DE ATO ADMINISTRATIVO EXPLÍCITO DENEGATÓRIO DA PRETENSÃO. NÃO FLUÊNCIA DO LAPSO PRESCRITIVO DURANTE O PAGAMENTO PARCELADO. ART. 4º DO DECRETO 20.910/32. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO COINCIDENTE COM A QUITAÇÃO DA ÚLTIMA PARCELA. TEORIA DA ACTIO NATA. LIÇÃO DE CÂMARA LEAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. INCIDÊNCIA.

- A Portaria 714-MPAS importou em renúncia aos efeitos da prescrição, pois em dez/93 já estava prescrito o direito de ação dos beneficiários, de modo que o dito ato ministerial lhes outorgou direito novo.

- O termo inicial para contagem prescricional de 5 anos, por ter sido o pagamento da dívida feito de forma escalonada, coincidirá com a data da quitação da sua última parcela, pois durante o

parcelamento não corre a prescrição (art. 4º do Decreto 20.910/32).

- A aposentadoria de Trabalhador Rural independente de contribuição ao sistema previdenciário, evidenciando tratar-se de técnica de proteção à pessoa hipossuficiente e de mecanismo distributivo de renda.

- O Poder Judiciário deve aplicar a legislação sem ignorar a situação peculiar dos Trabalhadores Rurais que, em sua maioria, não têm acesso a um sistema educacional eficiente, desconhecendo, por conseguinte, os prejuízos que a inércia pode causar a seu direito.

- No que pertine ao cálculo da correção monetária, este deve abranger não só a inflação oficial, como também os valores que foram expurgados pelo Governo Federal na tentativa de impedir o recrudescimento do processo inflacionário.

- Em se tratando de dívida de caráter alimentar, os juros de mora devem ser fixados no percentual de 1% ao mês, a partir da citação, a teor da Súmula 204 do STJ.

- De acordo com o parágrafo único do art. 21 do CPC, se um litigante decair em parte mínima do pedido, o outro responderá por inteiro pelas despesas e honorários.

- Remessa oficial improvida; provimento parcial da apelação do particular, fixando em 10% os honorários advocatícios, em lugar dos 15% pleiteados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 336.952-PB, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento à remessa oficial e dar parcial provimento à apelação do particular, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Custas na forma da lei.

Recife, 26 de julho de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Trata-se de Remessa Oficial e Apelação Cível interposta pela parte autora contra a sentença de fls. 242/254, da lavra do eminente Juiz Federal da 2ª Vara da SJ/PB, que ao julgar o processo nº 97.5258-3, condenou o INSS ao pagamento das diferenças devidas de entre out/88 e set/91, em decorrência dos valores pagos a menor a título de benefícios previdenciários, com atualização monetária nos termos da Lei nº 6.899/81 e Súmulas 43 e 148 do STJ, aplicando-se os seguintes indexadores: IPC's de jan/89 (42,72%); fev/89 (10,14%); mar/90 (84,32%); abr/90 (44,80%) e fev/91 (21,87%), além de juros de mora de 6% ao ano, a contar da citação.

2. O recurso de apelação da parte autora limitou-se a questionar reciprocidade sucumbencial proclamada na sentença, alegando que o *decisum* deve ser modificado para condenar o INSS ao pagamento de honorários advocatícios que devem ser fixados entre 15% e 20% sobre o valor da causa; requereu, ainda, a elevação do percentual de juros de mora para 1% ao mês, tendo em vista se tratar de dívida de caráter alimentar.

3. Intimada a contra-arrazoar, a parte apelada deixou correr *in albis* o prazo legal.

4. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

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

1. A questão em debate é bastante controversa e já ensejou severas discussões na egrégia 4ª Turma e no Pleno desta Corte;

urge analisar se a Portaria 714/93 interrompeu (ou não) o prazo prescricional para reivindicação dos valores decorrentes de auto-aplicação do art. 201, parágs. 5º e 6º da Constituição Federal de 1988.

2. Importante destacar, desde logo, que, inicialmente, firmei entendimento sob o ponto de vista pessoal no sentido de que o lapso prescricional se iniciava após a conclusão do pagamento administrativo parcelado e se contava por inteiro. Contudo, após alguns debates sobre a matéria na egrégia 4ª Turma, solucionei por me acostar aos votos majoritários da douta Turma, segundo os quais o cômputo desse prazo era limitado à sua metade, dois anos e meio (2,5 anos). Entretanto, ao analisar algumas decisões do colendo STJ, decidi por retornar ao entendimento primitivo no qual considero o início do prazo prescricional quinquenal coincidente com o mês da conclusão do pagamento administrativo.

3. No meu entender, no tocante à prescrição do direito, o raciocínio correto é o de que, na data da Portaria 714/93-MPAS (determinando o pagamento das diferenças dos benefícios pagos a menor pelo INSS entre out/88 e abr/91) a prescrição já se havia consumado, decorrendo a impropriedade de se falar em suspensão ou interrupção, *uma vez que o direito postulado não foi objeto de denegação por ato explícito da Administração Pública*, de modo que a sua integridade (fundo de direito) não restou afetada pelo decurso de tempo.

4. Observe-se que, muito pelo contrário, em data de 14.12.93, o então Ministro da Previdência Social, Antônio Brito, editou a Portaria 714, escalonando em 30 parcelas sucessivas o pagamento, aos seus segurados rurais, do complemento do valor de 50% dos seus benefícios previdenciários, correspondendo a meio salário mínimo, já que lhes pagara até então, a outra metade, isso para atender ao comando do art. 201, parágs. 5º e 6º (atual parág. 2º) da Carta Magna/88, que assegura o salário mínimo como piso dos benefícios.

5. Entretanto, esse pagamento escalonado *não incluiu nas respectivas parcelas a correção monetária dos valores pagos em com atraso*, sendo incontroverso o direito do beneficiário à sua percepção, como tem afirmado reiteradamente a Jurisprudência dos Tribunais.

6. A orientação mais recente do colendo STJ, indicando a formação de uma *verdadeira tendência jurisprudencial*, é no sentido de fazer o início do lapso prescricional de direito contra a Fazenda Pública coincidir com a prática de um ato administrativo cujo conteúdo seja a sua denegação, sem o que não se há de falar em prescrição do fundo de direito, senão apenas na das parcelas vencidas há mais de um quinquênio antes do aforamento da ação, como se vê nestes exemplares julgados:

“Sendo relação jurídica de trato sucessivo, cujo direito postulado em juízo não foi inequivocamente negado pela Administração, a prescrição atinge apenas as parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio legal precedente ao ajuizamento da ação. Incidência da Súmula 85/STJ. Precedentes da eg. 3ª Seção 2. Embargos de Divergência rejeitados”. (REsp 157.810/DF, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJU* 24.04.01).

“A prescrição quinquenal das ações contra a Fazenda Pública atinge o fundo de direito quando o ato lesivo da Administração negar a situação jurídica fundamental em que se embasa a pretensão veiculada. Recurso especial não conhecido.” (REsp. 173.964/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJU* 09.04.01).

* * *

“A prescrição só atinge o fundo de direito se houver ato da Administração, negando a pretensão.” (EmbDiv no REsp. 8.625-0/BA, Rel. Min. Hélio Mosimann, *DJU* 28.02.94).

* * *

“Desde que não houve decisão administrativa indeferindo o pedido de enquadramento vale dizer negativa da Administração sobre o próprio direito pretendido não há se cogitar da prescrição do fundo de direito. Precedentes.” (REsp. 848-BA, Rel. Min. Geraldo Sobral, *DJU* 18.03.91).

7. Além dos aludidos julgados, outros existem na mesma orientação ora exposta, dos quais são exemplos o REsp. 328.649-PI, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* 29.10.01, p. 282; o REsp. 326.465-PI, Min. Fernando Gonçalves, *DJU* 24.09.01, p. 360.

8. Como tenho modestamente sustentado em outros votos, a Portaria 714-MPAS *importou em renúncia aos efeitos da prescrição*, pois em dez/93 já estava prescrito o direito de ação dos beneficiários, de modo que o dito ato ministerial lhes outorgou *direito novo*; essa orientação veio a ser admitida no colendo STJ:

“O Tribunal tem entendimento assente no sentido de que a edição da Portaria 714/93 pelo Ministério da Previdência Social, determinando o pagamento das diferenças pleiteadas, caracteriza-se como reconhecimento do direito dos segurados, e, conseqüentemente, renúncia à prescrição nos termos dos arts. 161 e 172, V ambos do Código Civil. Precedentes.”

(REsp. 326.465/PI, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* 24.09.01, p. 360).

9. Coloque-se em evidência que há, também, dentro de uma perspectiva jurídica, entendimento que assevera que a dívida paga em atraso aos beneficiários, por ser de natureza alimentar, *não está sujeito à prescrição*, devendo, portanto, incidir os expurgos desde o pagamento da primeira parcela:

“No débito alimentar (adicional de insalubridade) pago administrativamente com atraso a servidores públicos estaduais, em atenção à sua natureza alimentar, incide correção monetária desde quando devida cada parcela. Na hipótese, reconhecida afronta ao art. 172, V do Código Civil, fica afastada a prescrição quinquenal fixada pelo Tribunal *a quo*.”

(REsp. 144.037/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* 02.02.98).

* * *

“Caracterizada a natureza alimentar da dívida, paga administrativamente, é devida a correção monetária

ria a partir do momento que as diferenças deveriam ter sido pagas.”

(REsp. 52.980/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 12.12.94, p. 34.371).

10. Por outro lado, não se deve esquecer que é de Direito Público e, portanto, institucional, a relação jus-obrigacional que foi objeto de pagamento escalonado, o que é de molde afastar e até mesmo excluir a possibilidade de dar-lhe fundamento contratual; por causa disso não se pode dizer, por exemplo, que os credores aceitaram as condições do escalonamento ou que delas tiveram ciência prévia e com elas anuíram.

11. Outra relevante consequência da natureza publicística do escalonamento é a de que os *beneficiários credores não dispunham de ação para compelir o INSS a pagar-lhes, de uma só vez, as diferenças de benefícios acumulados ao longo do tempo*; por essa razão, não se poderá dizer que o direito de ação dos beneficiários terá nascido na data da Portaria 714-MPAS, *senão somente quando se operou o pagamento da última prestação ou parcela desse mesmo escalonamento*.

12. O mestre Câmara Leal, autor de uma das mais conhecidas monografias sobre o tema da prescrição, anotou que *quatro são os elementos integrantes, ou condições elementares da prescrição*, apontando como a primeira *a existência de uma ação exercitável* (Da Prescrição e da Decadência, Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 10), residindo aí o fundamento da teoria da *actio nata*.

13. Ainda que essa conclusão possa ser ou mesmo deva ser descartada, impõe-se atentar para a dicção do art. 4º do Decreto 20.910/32, a proclamar solenemente o seguinte:

“Art. 4º. Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida considerada líquida, tiveram as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la.”

14. Embora se trate de uma norma que tem quase 70 anos de editada, vê-se que o seu intuito foi o de *permitir que a Administração Pública se socorresse da forma parcelada do pagamento das*

suas dívidas, sem que isso pudesse afetar o direito dos seus credores, o que é demonstrativo da boa-fé do Presidente Getúlio Vargas, ao adotar o texto desse Decreto; veja-se que, já naquelas alturas, o Erário Público se via a braços com a escassez de meios financeiros, daí a legitimidade do parcelamento dos pagamentos devidos pela Fazenda Pública e a ressalva ética da não vulneração dos créditos pelos efeitos da prescrição.

15. Dizer o contrário seria o mesmo que prejudicar o direito dos credores com o parcelamento adotado para atender a uma conveniência do orçamento público, *podendo-se até afirmar que se o escalonamento mensal fosse superior a 5 anos, seriam afetadas pela prescrição e, portanto, não seriam pagas, as prestações programadas após a 60ª parcela.*

16. Entendo que, neste caso, o termo inicial para a contagem prescricional de 5 anos, **por ter sido o pagamento da dívida feito de forma escalonada**, coincidirá com *a data da quitação da sua última parcela*, tanto porque durante o parcelamento não ocorre a prescrição (art. 4º do Decreto 20.910/32), como porque a ação do credor somente nasce com a sua conclusão, em razão da natureza publicística desta obrigação, como já assinalado mais de uma vez; se assim não se entender, estar-se-ia concluindo que o credor, com a edição da Portaria prevendo o pagamento escalonado, teria o direito de cobrar o pagamento do crédito de uma só vez, o que se sabe não ser possível no nosso ordenamento jurídico, o qual prevê que qualquer desembolso efetuado pelo Erário deve estar previsto em orçamento devidamente aprovado pelo Congresso Nacional.

17. Não há dúvida alguma de que a prescrição de quaisquer direitos contra a Fazenda Pública ocorre em 5 anos, *mas é da maior relevância saber-se, com total segurança, qual o termo inicial dessa contagem extintiva e, neste caso, repito, esse marco inicial é o momento da conclusão do pagamento das parcelas.*

18. Realmente, adota-se, quanto a esse aspecto, a teoria *actio nata*, segundo a qual o prazo prescricional extintivo só começa a fluir *após o nascimento da ação*, que se dá pela violação do direito subjetivo material ou pela ameaça à sua integridade.

19. A doutrina jurídica nacionalmente consagrada é harmônica

sobre isso, toda calcada no magistério do festejado e já citado mestre Câmara Leal:

“Se a inércia é a causa eficiente da prescrição, esta não pode ter por objeto imediato o direito, porque o direito, em si, não sofre extinção pela inércia de seu titular. O direito, uma vez adquirido, entra como faculdade de agir (facultas agendi), para domínio da vontade de seu titular, de modo que o seu não-uso, ou não exercício, é apenas uma modalidade externa dessa vontade, perfeitamente compatível com sua conservação. E essa potencialidade, que se mantém pela falta de exercício, só poderá sofrer algum risco e vir a atrofiar-se se, contra a possibilidade de seu exercício a todo momento, se opuser alguém, procurando embaraçá-la, ou impedi-la, por meio de ameaça ou violação. É então que surge uma situação antijurídica, perturbadora da estabilidade do direito, para cuja remoção foi instituída a ação, como custódia tutelar. É contra essa inércia do titular, diante da perturbação sofrida pelo seu direito, deixando de protegê-lo, ante a ameaça ou violação, por meio da ação, que a prescrição se dirige, porque há um interesse social de ordem pública em que essa situação de incerteza e instabilidade não se prolongue. (Da Prescrição e da Decadência, Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 10).

20. Quanto ao pedido de aplicação dos expurgos inflacionários, correta a sua aplicabilidade porquanto, tratando-se de benefícios previdenciários, verba de caráter alimentar, a correção monetária deve ser a mais consentânea com a realidade, desde quando devida cada parcela, ainda que pagas administrativamente, conforme tem o colendo STJ decidido de forma reiterada:

“Correta a aplicação dos expurgos inflacionários, porquanto, tratando-se de benefícios previdenciários, verba de caráter alimentar, a correção monetária deve ser a mais consentânea com a realidade, desde quando devida cada parcela, ainda que pagas administrativamente. Precedentes.”

(Resp. 326.680/PI, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* 10.08.01, p. 432).

* * *

“Caracterizada a natureza alimentar da dívida, paga administrativamente, é devida a correção monetária a partir do momento que as diferenças deveriam ter sido pagas.”

(REsp. 52.980/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJU* 12.12.94, p. 34.371).

21. Há muitos julgamentos do colendo STJ com mesmo teor do que são exemplos o REsp. 313.758/CE, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* 10.09.01, p. 430 e o REsp. 295.351/PI, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* 23.04.01, p. 199.

22. Saliente-se que a aposentadoria de Trabalhador Rural, de que trata a demanda, independe de contribuição ao sistema previdenciário, evidenciando tratar-se de técnica de proteção à pessoa hipossuficiente e de mecanismo distributivo de renda.

23. Nesta esteira, entende-se que o Poder Judiciário, em sua avaliação, deve aplicar a legislação atinente à espécie, mas sem ignorar a situação peculiar dos Trabalhadores Rurais que, em sua maioria, não têm acesso a um sistema educacional eficiente, desconhecendo, por conseguinte, os prejuízos que a inércia pode causar a seu direito.

24. Vale salientar que o termo inicial da correção monetária ocorre desde quando é devida a prestação; devendo-se calcular a correção monetária desde quando se tornou devida cada parcela, iniciando-se no mês de outubro de 1988, quando foi promulgada a Constituição Federal de 1988.

25. Pelos fundamentos expendidos, entendo que dever ser negado provimento à Remessa Oficial.

26. Quanto à Apelação da parte autora, que requer a elevação dos juros de mora de 6% ao ano para 1% ao mês, entendo que deve ser acolhida, eis que, os juros de mora aplicados às dívidas previdenciárias devem incidir na base de 1% ao mês, em razão da natureza alimentar do débito, como tem entendido colendo o STJ:

“PREVIDENCIÁRIO – RECURSO ESPECIAL – REVISIONAL DE BENEFÍCIO – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – JUROS MORATÓRIOS – PERCENTUAL – INCIDÊNCIA – SÚMULA 204/STJ.

- Divergência jurisprudencial comprovada. Inteligência do art. 255 e parágrafos, do Regimento Interno desta Corte.

- Os juros moratórios nas ações relativas a benefícios previdenciários incidem a partir da citação válida, no percentual de 1% (um por cento) ao mês. Aplicação da Súmula 204/STJ. Precedentes.

- Recurso conhecido e provido. (REsp 524.363/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quinta Turma, DJU. 02.08.04, p. 501).

27. No que pertine ao pleito de condenação em honorários advocatícios, merece ser parcialmente acolhido, vez que a sucumbência da parte autora foi mínima, restringindo-se ao pagamento das gratificações natalinas; assim, no meu entender, aplica-se ao presente caso concreto o art. 21, parág. único do CPC.

28. Discordo, todavia, do percentual pleiteado pela apelante, que requer a fixação de honorários advocatícios entre 15% e 20% sobre o valor da condenação; acredito que, devido à simplicidade da matéria, os honorários devem corresponder a 10% e não de 15%, nos termos do art. 20, parágs. 4º e 5º do CPC.

29. Forte nestes argumentos, nego provimento à Remessa Oficial e dou parcial provimento à apelação do particular para elevar o percentual de juros de mora para 1% ao mês, a partir da citação; e condenar o INSS ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

30. É como voto, eminentes Pares.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 337.812-PE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelantes: UNIÃO E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelados: ALFREDO DE OLIVEIRA DA COSTA SOARES E SÉRGIO KELNER SILVEIRA
Advs./Procs.: DRS. KARINA SOARES MULATINHO E OUTRO E CARLOS EDUARDO GOMES PUGLIESI E OUTROS

EMENTA: CIVIL. AÇÃO CIVIL POR ATOS DE IMPROBIDADE. CONVÊNIO CELEBRADO ENTRE A SUDENE E A FADE - FUNDAÇÃO DE APOIO AO DESENVOLVIMENTO DA UFPE. CONTRATAÇÃO DO SEBRAE/PE COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO DE PARTE DOS SERVIÇOS ATRAVÉS DE NOVA DISPENSA DE LICITAÇÃO. ESCOPO DE ATUAÇÃO DO SEBRAE/PE. ALEGAÇÃO DE BURLA AO CERTAME LICITATÓRIO. INEXISTÊNCIA. NÃO TIPIFICADO QUALQUER ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA OU MALFERIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE.

- Ação civil por atos de improbidade atacando possível burla à licitação realizada no âmbito de convênio celebrado entre a SUDENE e a FADE - Fundação para o Desenvolvimento da UFPE, com posterior contratação do SEBRAE/PE.

- Convênio celebrado entre a SUDENE e a FADE, tendo como objeto o apoio ao desenvolvimento das micro e pequenas empresa da área de atuação da primeira.

- Atribuição à SUDENE, em momento posterior ao da celebração do convênio em tela, pelo Conselho Interministerial do Açúcar e do Alcool, da execução do programa de equalização dos custos de produção, acarretando a indicação, por

parte desta, da contratação do SEBRAE/PE para realizar parte do programa, no bojo do acordo em vigor.

- Contratação do SEBRAE/PE pela FADE, através de dispensa de licitação, em virtude da dicção do art. 24, XIII da Lei de Licitações (nº8.666/93), que autoriza a dispensa “na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos.”

- Contratação, por parte do SEBRAE/PE, de serviços terceirizados, como parte dos trabalhos, dispensando a licitação em função dos valores estabelecidos em regulamento próprio, alcançando apenas parte do montante contratado (R\$ 36.991,00 de R\$ 135.300,00).

- A natureza do trabalho do SEBRAE/PE pressupõe a necessidade de contar com serviços terceirizados para a consecução de seus objetivos, não descaracterizando a sua qualidade de instituição de ensino e desenvolvimento institucional. Não é razoável crer que, com o amplo escopo de sua atuação, mantenha quadro próprio para realizar absolutamente todas as atividades que lhe são atribuídas.

- Inexistência de ato de improbidade, não havendo burla à licitação.

- Inocorrência de malferimento aos princípios da moralidade e da impessoalidade.

- Apelações improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Fede-

ral da 5ª Região, à unanimidade, em negar provimento às apelações, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 6 de setembro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

O Ministério Público Federal ajuizou a presente Ação Civil por Atos de Improbidade Administrativa, com o intuito de ver condenados nas penas da Lei nº 8.249/92, Alfredo da Costa Soares, professor da Universidade Federal de Pernambuco e Secretário-Executivo da FADE - Fundação de Apoio à Universidade Federal de Pernambuco e Sérgio Kelner Silveira, Diretor de Programas econômicos da SUDENE à época dos fatos narrados na exordial.

Alega em favor de sua tese, o *Parquet* federal, que Alfredo de Oliveira das Costa Soares, na qualidade de Secretário-Executivo da FADE, contratou o SEBRAE/PE, por R\$ 135.300,00 (cento e trinta e cinco mil e trezentos reais) dispensando a licitação, de forma indevida, já que de acordo com a dicção do art. 3º da Lei nº 8.958/94, que criou a fundação em comento, esta deve observar a legislação federal no que pertine a licitações e contratos administrativos.

Aduz que a verba utilizada teve origem em convênio firmado entre a FADE e a SUDENE, objetivando o apoio ao desenvolvimento de micro e pequenas empresas da área de atuação da SUDENE.

Alega que o réu Sérgio Kelner Silveira, Diretor da SUDENE, solicitou à FADE a contratação do SEBRAE/PE no âmbito do convênio entre ambos firmado, tendo sido formalizada a contratação com dispensa de licitação. Aduz que a dispensa ocorreu de forma indevida, já que não foi o SEBRAE quem efetivamente realizou os serviços contratados, os quais foram terceirizados. Sendo a dispensa de licitação fundamentada em atributos da instituição con-

tratada, a terceirização a descaracteriza, sendo, assim, obrigatória a realização do certame licitatório.

Recebida a petição inicial às fls. 822/823, constando a determinação da União para atuar no feito.

Prolatada sentença pelo juízo a *quo* às fls. 1.110/1.120. Em síntese, o juízo monocrático julgou improcedente o pedido, fundamentando sua decisão na presunção de inocência garantida pela CF/88, artigo 5º, LVII. Entendeu que não houve dano ao Erário ou proveito imediato em favor dos réus. Considerou que o equívoco formal da dispensa de licitação não é suficiente para ensejar a punição requerida e que os elementos trazidos aos autos não permitem superar a relativa presunção de inocência.

Apresentada apelação pela União, às fls. 1.123/1.128, reafirmando a necessidade de realização de licitação, tendo em vista que o serviço contratado não foi realizado pelo SEBRAE. Argumenta que dos depoimentos se evidencia que o réu Sérgio Kelner Silveira, Diretor da SUDENE, sabia que os serviços seriam terceirizados.

Refuta o argumento de que a FADE, por ser pessoa jurídica de direito privado não está obrigada a submeter-se à lei de licitações, já que presta serviços recebendo verbas públicas, além de haver expressa previsão legal na lei que criou as fundações da espécie. Pede a reforma da sentença.

O Ministério Público Federal apelou (fls. 1.130/1.148), pedindo a completa reforma da sentença, ao argumento de que inaplicável à espécie o princípio da presunção de inocência, que deu lastro ao *decisum* atacado. Aponta que a Lei 8.429/92 utilizou a técnica legislativa da “cláusula geral”, não se esgotando todas as possibilidades albergadas pelo diploma legal na casuística relatada nos incisos dos artigos 9º, 10 e 11.

Assevera que houve frontal afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade.

Contra-razões de Sérgio Kelner Silveira às fls. 1.158/1.175 e da União às fls. 766/775.

Ofertado parecer pelo MPF às fls. 1.202/1.207, pela reforma da sentença.

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

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

O ponto fulcral da demanda e, conseqüentemente, do apelo, reside em definir se a seqüência de convênios e contratações que culminou com a contratação de empresas terceirizadas pelo SEBRAE/PE, com dispensa de licitação, foram utilizados como meio de fraudar a realização de licitação, utilizando verba pública.

Somente após esclarecido este pressuposto, é que será possível analisar as alegações trazidas pelo Ministério Público Federal e pela União, em sede de apelação, no sentido de que não se pode aplicar a presunção de inocência ao réus, bem como teriam estes malferido, com as suas condutas, os princípios da moralidade e da impessoalidade.

Para a compreensão dos fatos ora examinados, há que se traçar um breve histórico dos convênios e contratos firmados.

Em 30 de dezembro de 1997 (fls. 555), foi celebrado convênio entre a SUDENE - Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste e a FADE - Fundação de Apoio ao Desenvolvimento da Universidade Federal de Pernambuco, tendo como objeto a execução, pela FADE, de apoio ao desenvolvimento das micro e pequenas empresas da área de atuação da SUDENE, em conformidade com plano de trabalho anexo ao contrato, nominado de Convênio nº 05/97-DPE/INT.

Em 10 de setembro de 1998 (fls. 594), o Presidente do Conselho Interministerial do Açúcar e do Alcool emitiu a resolução nº 5, estabelecendo a equalização de custos de produção de cana-de-açúcar, determinando que “a execução do programa de apoio de que trata esta Resolução ficará a cargo da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE.”

Em 23 de dezembro de 1998, o Diretor de Programas Econômicos da SUDENE solicitou a contratação do SEBRAE-PE “para realização de serviços de apoio a comercialização, gerencial e tecnológico para micros e pequenas empresas no âmbito do convênio DPE/INT 005/97.

Em decorrência do pedido acima referido, foi providenciada a contratação do SEBRAE-PE, sendo dispensada a licitação (fls. 570), de acordo com o disposto no art. 24, XIII da Lei nº 8.666/93:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos.”

Em vista da contratação do SEBRAE-PE, este terceirizou parte dos serviços contratados, contratando os serviços das empresas Inteligência Informática S/A, Romeu Boto Consultoria e Planejamento, Carlos José Caldas Lins e Benon de Barros Barreto.

Importante salientar parte do despacho da lavra do órgão do *Parquet*, subscritor da inicial, ainda na seara do processo administrativo interno à Procuradoria da República, em que narra a forma das contratações:

“Consta dos presentes autos que a SUDENE mantém convênio com a FADE - Fundação de apoio ao Desenvolvimento da Universidade Federal de Pernambuco (SUDENE/FADE DPE INT nº 005/97), por intermédio do qual repassou à dita fundação a quantia de R\$ 135.300,00 (cento e trinta e cinco mil e trezentos reais) para que ela, por sua vez, contratasse o SEBRAE/PE para o ‘serviço de treinamento de apoio à comercialização e exportação a pequenas empresas do Nordeste’.

A FADE efetivamente contratou o SEBRAE-PE, no valor acima citado, dispensando a licitação a que

estaria obrigada pela Lei nº 8.958/94, por suposta ocorrência da hipótese prevista no artigo 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93. No entanto, o caso não era de dispensa, tendo em vista que o SEBRAE não realiza diretamente os serviços em questão, mas contrata outras pessoas, físicas e jurídicas, para fazê-lo, conforme se vê explicitamente do item 4 do ofício acostado às fls. 454 a 457 dos presentes. Cumpre aqui observar que o SEBRAE adota regras de licitação distintas das que são aplicáveis à Administração Pública direta e indireta e às Fundações de apóio às universidades, quando utilizam recursos públicos. Conforme o regulamento acostado às fls. 458 e seguintes, os valores admitidos para a dispensa de licitação são o dobro dos previstos na Lei nº 8.666/93. Dessa forma, algumas das contratações realizadas pelo SEBRAE mencionadas no referido ofício, quer em face do seu valor quer em razão das pessoas contratadas, não dispensariam a adoção de procedimento licitatório, na modalidade de convite, se tivessem sido efetivadas pela SUDENE ou pela própria FADE.”

O que se depreende é que a irrisignação do MP está voltada ao fato de que, tendo sido atribuída à SUDENE a responsabilidade pela execução do projeto de equalização, esta o repassou ao FADE, que por sua vez, contratou o SEBRAE, tendo esta contratado terceiros para realizar o serviço, burlando a necessidade de realização de licitação.

Invertendo o caminho em busca de possíveis irregularidades, tem-se o seguinte. Na utilização de verbas públicas, o SEBRAE, na conformidade com o art. 6º, II, a, do Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema SEBRAE, pode dispensar a licitação nas compras e demais serviços que tenham valor de até R\$16.000,00 (dezesseis mil reais). Sob este ângulo, nenhuma irregularidade, visto que nenhuma das contratações terceirizadas ultrapassou o limite legal.

Em seguida, é de ser analisada a dispensa de licitação ocorri-

da na contratação do SEBRAE pela FADE.

O SEBRAE enquadra-se na hipótese do art. 24, XIII, da Lei de Licitações. A irrisignação do *parquet* volta-se ao fato de que este necessitaria, como efetivamente necessitou, de contratar terceiros para a realização dos serviços.

Necessário analisar o estatuto do SEBRAE (fls. 52/68) para verificar seu âmbito de atuação e os objetivos de seu trabalho:

“Art. 5º. O âmbito de atuação do SEBRAE/PE constitui-se no apoio às Micro e Pequenas Empresas do Estado de Pernambuco, com vista à melhoria do seu resultado e ao fortalecimento do seu papel social;

Art. 6º. O SEBRAE/PE tem por objetivo promover o desenvolvimento das Micro e Pequenas Empresas industriais, comerciais, agrícolas e de serviço em seus aspectos tecnológicos, gerenciais e de recursos humanos, em consonância com as políticas nacionais, regionais e estaduais de desenvolvimento.

Art. 7º. Para o alcance de seus objetivos, o campo de trabalho do SEBRAE/PE inclui o planejamento, a organização, o controle, o assessoramento, o fomento e a execução de ações nas áreas econômica, social, tecnológica, educacional, cultural e ecológica.”

Como se pode ver, o escopo do SEBRAE é um tanto elástico, não sendo razoável querer que, para cada atividade desenvolvida, mantenha quadro próprio. A contratação de serviços de terceiros assemelha-se inevitável. A posição ocupada pela instituição é a de coordenar e planejar as ações necessárias. No caso dos autos, há de se ressaltar que da verba total repassada ao SEBRAE (R\$ 135.300,00), somente R\$ 36.991,00 (trinta e seis mil e novecentos e noventa e um reais) foram utilizados na contratação de terceiros. O restante da verba (a maior parte, repita-se) foi utilizado em serviços prestados pela própria instituição contratada. É irrelevante, ao meu entender, que a SUDENE já sabia quem seria contratado para prestar os serviços terceirizados. Não vislumbro mácula a levar ao entendimento de que tenha ocorrido ato de improbidade.

Também é preciso que se diga que em nenhum momento foi discutida a realização dos serviços contratados ou a sua qualidade e adequação ao fim proposto.

Entendo que, a despeito da necessidade de o SEBRAE terceirizar parte das atividades inseridas no todo do objeto da sua contratação, não resta descaracterizada a dispensa de licitação. Está suficientemente evidenciado que a FADE agiu em conformidade com orientação da própria SUDENE.

Veja-se que, em sendo a SUDENE responsabilizada pela execução do projeto e já tendo repassado verba à FADE anteriormente, como parte do convênio discutido nesta demanda, dentro de cujo bojo perfeitamente se poderiam enquadrar as atribuições recebidas após a decisão de auxiliar na viabilização da equalização de preços (Resolução nº 05, Conselho Interministerial do Açúcar e do Álcool), e utilizando-se deste convênio vigente para encartar as novas necessidades, antes de atentar contra a moralidade no trato da coisa pública, a homenageia.

Senão vejamos. Poderia a SUDENE, com a justificativa da urgência da necessidade de execução do plano determinado pelo Presidente do Conselho Interministerial do Açúcar e do Álcool, simplesmente ter dado início a processo de contratação de serviços e realização de novos convênios. Preferiu utilizar-se de um já em vigência e com verba já liberada, aproveitando-a de forma racional.

Ademais, a idéia de que houve uma maquinação para burlar o certame licitatório esbarra na cronologia dos fatos. O convênio entre a SUDENE e a FADE foi celebrado um ano antes de ter sido solicitada a contratação do SEBRAE-PE, que claramente ocorreu em virtude da publicação da resolução do Conselho interministerial que lhe deu novas atribuições.

Com o agir dos agentes envolvidos, deu-se uma resposta rápida e efetiva a necessidade momentosa, sem por isso descurar dos princípios ínsitos ao bem administrar.

Tenho, portanto, como não caracterizado qualquer ato de improbidade ou malferimento dos princípios da moralidade e da impessoalidade, razão pela qual deixo de apreciar, por prejudicado, o

argumento de que não cabe aplicar ao caso a presunção de ino-
cência dos réus.

Forte nessas razões, nego provimento aos apelos.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 341.075-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO
DE OLIVEIRA LIMA
Apelantes: CIA/TÊXTIL DE ANIAGEM E INSTITUTO NACIONAL
DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. MARCO ANTÔNIO DE ALBUQUERQUE MEI-
RA E OUTROS E ALLAN ENDRY VERAS FERREI-
RA E OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO. EMBARGOS. PENHORA. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. MULTA DE 60% DO TRIBUTO DEVIDO. EFEITO CONFISCATÓRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. REMUNERAÇÃO DE AUTÔNOMOS E ADMINISTRADORES. INOCORRÊNCIA. SEGURO DE ACIDENTE DE TRABALHO – SAT. LEI Nº 8.212/91. LEI ORDINÁRIA E LEI COMPLEMENTAR. DECRETO REGULAMENTADOR. EDIÇÃO PARA EXPLICITAR CONCEITOS. ATIVIDADE ECONÔMICA PREPONDERANTE. GRAU DE RISCO ACIDENTÁRIO. JUROS MORATÓRIOS. TR.

- A suficiência da garantia, desde quando efetivamente exista alguma penhora aceita pelo embargante, não é condição de procedibilidade dos embargos à execução. A penhora representa sério gravame ao direito de propriedade, ainda que temporário, de modo que não é possível negar-se ao executado o manejo da ação de embargos, facultando-lhe, desde já, amplo acesso

ao Judiciário;

- A Constituição Federal não tratou do tema “multa”, daí por que discipliná-la é tarefa afeta ao legislador ordinário;

- Declarou o egrégio STF a inconstitucionalidade da contribuição social sobre a remuneração de autônomos e administradores (Lei nº 7.787/89, art. 3º, I e Lei nº 8.212/91, art. 22, I), mas os autos não cuidam da cobrança de tal exação, pelo que descabe acolher-se a tese de excesso com tal argumento;

- Fazendo parte da contribuição social prevista no art. 195 da Carta da República, a contribuição exigida das empresas a título de Seguro Acidente de Trabalho (SAT) não necessita de nova lei complementar para o seu estabelecimento, bastando, para tanto, mera lei ordinária (Lei n.º 8.212/91).

- Os decretos regulamentadores, ao tratarem da atividade econômica preponderante e do grau de risco acidentário, delimitaram conceitos necessários à aplicação concreta da Lei nº 8.212/91, não exorbitando o poder regulamentar conferido pela norma, nem ferindo princípios em matéria tributária, estando em completa harmonia com o Sistema Tributário Nacional, mormente com a melhor interpretação do art. 99 do CTN.

- O Supremo Tribunal Federal já reconheceu que a Taxa Referencial, em sendo um índice disciplinador do custo da moeda no mercado financeiro, não poderia ser utilizada como indexador de correção monetária.

- Apelação do INSS, apelação do autor e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma

do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação do INSS, à apelação do embargante e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 3 de maio de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de apelações interpostas contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido do autor, apenas para desconstituir o título executivo no que diz respeito à inclusão, nele, de atualização monetária pela TR (redução que se fez, no ato judicial, com base no art. 3º, parágrafo único, da Lei 6.830/80 e ADIN 793-0/DF).

Apelou o autor para que fosse parcialmente reformada a sentença, no sentido de que também sejam excluídos, do débito executado, os valores das exações relativas à multa, que reputou confiscatória, às contribuições previdenciárias incidentes sobre os pagamentos efetuados aos avulsos, administradores e autônomos e ao Seguro de Acidente de Trabalho – SAT, por serem, supostamente, flagrantemente inconstitucionais.

Apelou, também, o INSS, alegando, preliminarmente, a insuficiência de bens para garantia da execução e, no mérito, a legalidade da utilização da TR/TRD como juros de mora.

Foram apresentadas contra-razões por ambas as partes.

Duplo grau de jurisdição obrigatório.

É o relatório.

VOTO

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

Quanto à preliminar de insuficiência de bens para garantia da execução, concordo com o douto magistrado de primeiro grau.

Penso que a suficiência da garantia, desde quando efetivamente exista alguma penhora aceita pelo embargante, não é condição de procedibilidade dos embargos à execução. A penhora representa sério gravame ao direito de propriedade, ainda que temporário, de modo que não é possível negar-se ao executado o manejo da ação de embargos, facultando-lhe, desde já, amplo acesso ao judiciário.

Rejeito, portanto, tal preliminar.

Vou ao mérito.

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

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

Não tendo a Carta Magna fixado limite para a multa, é tarefa do legislador ordinário estipulá-la. E porque a inconstitucionalidade não se presume, não vejo como acatar a tese defendida na peça recursal.

Da inconstitucionalidade das expressões contidas nos Arts. 3º, I, da Lei nº 7.787/89, e 22, I, da Lei nº 8.212/91. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.102/DF, declarando a inconstitucionalidade da expressão “autônomos e administradores”, contida no art. 3º, I, da Lei nº 7.787, de 30.06.89.

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

Ocorre que não há, no caso dos autos, qualquer cobrança que se faça a este título. Nenhuma. Os fautos documentos colacionados, todos eles (fls. 110 e ss.), corroboram a tese ventilada pelo INSS, no sentido de que as autuações não cuidam da exação destacada.

Rejeito, por matizes fáticos, a argüição.

Do Seguro de Acidente de Trabalho – SAT. A cobrança de contribuição previdenciária para o seguro de acidente de trabalho (SAT) não é nova, vale dizer, não foi instituída pela Lei n.º 8.212/91, estando o custeio da previdência social previsto no artigo 195 da Carta Política. Assim, a contribuição em referência restou instituída pela própria Constituição, através de dispositivo de eficácia condita, cuja regulamentação reclamava mera lei ordinária.

Não há dúvida na jurisprudência, inclusive do colendo STF, no sentido de que a Constituição Federal elegeu a lei ordinária como instrumento normativo legítimo de veiculação das modificações relativas aos elementos da hipótese de incidência da exação, reservando à lei complementar apenas a instituição de novas figuras tributárias.

Assim, fazendo parte da contribuição social prevista no art. 195 da Carta da República, a contribuição exigida das empresas a título de Seguro Acidente de Trabalho (SAT) não necessita de nova

lei complementar para o seu estabelecimento, bastando, para tanto, mera lei ordinária (Lei nº 8.212/91).

Quanto ao arrazoado de inconstitucionalidade e ilegalidade da exigência da citada contribuição, sob o arrimo de ofensa ao princípio da legalidade (tipicidade cerrada) da regulamentação infra-legal da classificação das atividades econômicas a serem categorizadas em patamares de riscos acidentários, tenho-a como descabida.

Segundo o mestre Hugo de Brito Machado, *“criar um tributo é estabelecer todos os elementos de que se necessita para saber se este existe, qual é o seu valor, quem deve pagar, quando e a quem deve ser pago. Assim, a lei instituidora do tributo há de conter: (a) a descrição do fato tributável; (b) a definição da base de cálculo e da alíquota, ou outro critério a ser utilizado para o estabelecimento do valor do tributo; (c) o critério para a identificação do sujeito passivo da obrigação tributária; (d) o sujeito ativo da relação tributária, se for diverso da pessoa jurídica da qual a lei seja expressão de vontade.”* (in Curso de Direito Tributário, 14.^a Ed., São Paulo: Malheiros 1998, pág. 30)

Ora, a Lei n.º 8.212/91, em seu art. 22, inciso II, define todos os elementos capazes de fazer nascer obrigação tributária válida, não havendo ofensa ao princípio da legalidade material.

Sob a ótica da ordem jurídica implantada pela Carta de 1988, delinea-se o enquadramento legal e a constitucionalidade da regulamentação das normas instituidoras da contribuição do seguro acidente do trabalho, definindo-se o que seja atividade preponderante da empresa, bem como atividades de risco leve, médio e grave, porquanto estabelecidos pela lei de regência todos os elementos necessários à instituição do tributo, não se pode exigir que sua regulamentação se faça por esta espécie normativa.

Havendo a necessidade, bem como a conveniência e a oportunidade de se distinguir os graus de risco infortunistico dos diversos setores empresariais, nada mais correto que se faça por decreto.

É que os decretos regulamentadores, ao tratarem da atividade econômica preponderante e do grau de risco acidentário, deli-

mitaram conceitos necessários à aplicação concreta da Lei nº 8.212/91, não exorbitando o poder regulamentar conferido pela norma, nem ferindo princípios em matéria tributária, estando em completa harmonia com o Sistema Tributário Nacional, mormente com a melhor interpretação do art. 99 do CTN, sendo, portanto, plenamente devida a cobrança do tributo em comento (SAT).

Nesse sentido, inclusive, a jurisprudência desta egrégia Corte de Justiça é pacífica, consoante arestos que trago à colação a título de ilustração:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO ACIDENTE DE TRABALHO (SAT). LEI 8.212/91, ART. 22, II, A, B E C. DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR.

- A Carta Maior preconiza que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, através de recursos orçamentários e das contribuições, entre as quais as dos empregadores incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro.

- O art. 7º, XXVIII, arrolou expressamente entre os direitos dos trabalhadores, ‘o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa’.

- A contribuição exigida das empresas a título de seguro acidente de trabalho (SAT) faz parte da contribuição social disposta no art. 195 da CF/88, não havendo necessidade de nova lei complementar que a estabeleça.

- Não afronta os princípios da legalidade e da tipicidade cerrada a definição, mediante decreto, do que seja atividade preponderante da empresa, bem como atividades de risco leve, médio e grave, uma vez todos os elementos essenciais da hipótese de incidência da contribuição para o SAT encontram-se descritos no art. 22, I, da Lei n.º 8.212/91.

- Agravo de instrumento e agravo regimental improvidos.”

(AGTR nº 27.819/PE, Rel. Des. Fed. Castro Meira,

1ª Turma, por unanimidade, *DJU* de 22.12. 2000, pág. 81).

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO. SAT. INSTITUIÇÃO. LEI N.º 8.212/91. LEI ORDINÁRIA. POSSIBILIDADE. LEGALIDADE DOS DECRETOS REGULAMENTARES.

1. A instituição de contribuição social não se encontra elencada na Carta Magna, como matéria a ser regulada por lei complementar, por conseguinte, possível através de lei ordinária.

2. A inconstitucionalidade da contribuição para o Seguro do Acidente do Trabalho - ‘SAT’ não foi declarada, gozando a legislação de presunção de constitucionalidade.

3. Inexiste violação ao princípio da legalidade em face dos Decretos 612/92 e 2.173/97, configurando, apenas, regulamentação à Lei 8.212/91.

4. Agravo de instrumento improvido. Agravo inominado prejudicado.”

(AGTR nº 23.528/PE, Rel. Des. Fed. Araken Mariz, 2ª Turma, por unanimidade, *DJU* de 27.10.2000, pág. 1.683).

“TRIBUTÁRIO. SEGURO ACIDENTE DE TRABALHO - SAT. LEI COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE. DECRETO. EDIÇÃO PARA EXPLICITAR CONCEITOS. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Consoante precedentes do STF, é desnecessário disciplinamento da exação em tela através de lei complementar, uma vez que a sua fonte de custeio se encontra prevista na Lei Ápice.

2. Tendo o legislador declinado todos os elementos necessários à quantificação do tributo, inexiste qualquer mácula à CF/88.

3. A edição dos Decretos nºs 612/92 e 2.173/97 deu-se, tão-só, para explicitar conceitos afetos a outros ramos do direito.

4. Apelação e remessa oficial providas.”

(AMS nº 71.675/PE, Rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria, 4ª Turma, por unanimidade, DJU de 15.12.2000, pág. 1133).

E não se diga, também, que o cálculo da contribuição em tela pelo grau de risco da atividade preponderante da empresa (aquela que tem o maior número de empregados) maltrata o princípio constitucional da capacidade tributária ou mesmo da igualdade, pois a mesma regra é aplicada a todos os contribuintes, pagando mais quem tem o maior número de empregados e quem tem o maior risco acidentário, cuja determinação se deu com bases em estatísticas que, obviamente, não poderiam ser disciplinadas pelo legislador, mas pelo Poder Executivo, por intermédio de critérios técnicos, através de decreto.

Sendo, portanto, constitucional a regulamentação da referida exceção através de decretos expedidos pelo Poder Executivo, mister a sujeição a **todo** o disciplinamento por ela fixada, a impossibilitar o deferimento perseguido pelas apelantes de autorização para recolherem a citada contribuição com base nas atividades exercidas por cada empregado ou, ainda, com base no efetivo grau de risco acidentário de cada um de seus estabelecimentos.

Da ilegalidade da utilização da taxa TR como índice de correção monetária. Neste aspecto, alega o instituto previdenciário que a aplicação da TR no caso concreto é legal, porquanto não se está utilizando a TR como índice de atualização monetária, mas, sim, como juros moratórios cobrados em razão do inadimplemento de débitos já vencidos, estando, dessa forma, em harmonia com a jurisprudência do Excelso Pretório.

A matéria em tela deve ser examinada com atenção. Efetivamente o Código Tributário, disciplinando os juros moratórios, fixa a taxa de 1% ao mês. Contudo, o faz em caráter residual ou subsidiário, permitindo expressamente que a lei ordinária adote número ou critério diverso. Por isso mesmo, em linha de princípio, nada impede que a legislação tributária institua juros moratórios maiores ou menores que o mencionado no CTN.

Neste espaço estabelecido pela lei complementar, foi editada a Lei 8.218/91, cujo art. 3º, dispôs:

“Sobre os débitos exigíveis de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, bem como para o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), incidirão: I - Juros de mora equivalentes à Taxa Referencial Diária (TRD) acumulada, calculada desde o dia em que o débito deveria ter sido pago, até o dia anterior ao do seu efetivo pagamento;”

Consoante se observa, tendo a lei estabelecido a equivalência entre os juros de mora e a TRD, somente eventual inconstitucionalidade da regra poderá macular-lhe a obrigatoriedade e eficácia.

Para a autora tal inconstitucionalidade existiria e já fora pronunciada pelo STF. Sem razão, porém. O Supremo Tribunal Federal, analisando o art. 9º, da Lei nº 8.177, declarou sua inconstitucionalidade, reconhecendo que a Taxa Referencial, em sendo um índice disciplinador do custo da moeda no mercado financeiro, não poderia ser utilizada como indexador de correção monetária.

Por outro lado, tratando-se de definir se a TR pode ser utilizada como taxa de juros moratórios, inexistente pronunciamento do STF no sentido da inconstitucionalidade da norma. Ao oposto, as manifestações jurisprudenciais são todas favoráveis ao uso da TR, inclusive as desta Corte Regional, consoante a que se segue:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. INCIDÊNCIA DA TR. ART. 331, DO CPC.

1. Com o advento da Lei nº 8.218/91, que alterou o art. 9º da Lei 8.177/91, os índices referentes à TR/TRD passaram a ser aceitos como fator de aplicação de juros de mora.

2. Diferente é a situação relativa à incidência dos referidos indexadores como índices de correção monetária, conforme decidido na ADIN n.º 493-DF.

3. De acordo com o art. 331, do CPC, cabe ao autor a comprovação dos fatos constitutivos do seu direito.

4. Hipótese em que a apelante se absteve de demonstrar que a TR foi utilizada como índice de correção monetária, e que o INSS efetuou os cálculos

do débito aplicando correção sobre correção ou juros sobre juros.

5. Apelação improvida.”

(AC nº 125.372/SE, Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria, 4ª Turma, por unanimidade, *DJU* de 29.12.2000, pág. 446).

Perlustrando os presentes autos, entretanto, constato que, efetivamente e a despeito das alegações do INSS, aquela autarquia previdenciária utilizou a Taxa Referencial como índice de atualização monetária (fls. 33), motivo pelo qual mantenho, neste aspecto, a decisão do juízo *a quo*, expurgando a TR do cálculo da correção monetária.

Ante todo o exposto, nego provimento à apelação do INSS, à remessa oficial e à apelação do autor, mantendo *in totum* a sentença objurgada.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 348.569-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelantes: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E FRANCISCO PEREIRA DA SILVA E OUTROS
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ CARLOS VASCONCELOS FILHO E OUTROS E MARCOS DA SILVA BRUNO E OUTRO

EMENTA: CIVIL E ADMINISTRATIVO. SFH. VINCULAÇÃO DO SALDO DEVEDOR AO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DAS CADERNETAS DE POU-PANÇA. TAXA REFERENCIAL – TR. DL. 70/66. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIM-PLENTES. AUSÊNCIA DE DEPÓSITOS. ANATO-CISMO. INEXISTÊNCIA. AMORTIZAÇÃO ANTES DA ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. DESCABIMENTO. PES. OBSERVÂNCIA. SEGU-RO. VALIDADE. INAPLICABILIDADE DO CDC.

- *A utilização da TR como índice de correção do saldo devedor de financiamento de imóvel através do SFH é legal e imprescindível à sobrevivência do próprio sistema financeiro da habitação considerando que a captação de seus recursos é feita junto à poupança popular e ao FGTS. O SFH atua como intermediário entre os mutuários, interessados na aquisição da casa própria, e os titulares de cadernetas de poupança e de contas vinculadas ao FGTS, interessados na manutenção do poder aquisitivo de seus fundos.*
- *Quando o julgamento da ADIN nº 493-DF, o Supremo Tribunal Federal não objetou a utilização da Taxa Referencial como índice de indexação, mantendo-a como possibilidade de critério de reposição das perdas ocasionadas pela inflação.*
- *Não há controvérsias sobre a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/66. Precedente STF.*
- *Caracterizada a inadimplência impõe-se a inclusão nos cadastros de proteção ao crédito.*
- *Impossível identificar nos contratos de financiamento do SFH a prática de anatocismo, visto que os valores das prestações são imputados prioritariamente na quitação dos juros, não restando saldo de juros a ser capitalizado.*
- *Encontrar anatocismo proibido no uso da tabela Price é claro sofisma. Além da quebra do equilíbrio antes referenciado, note-se que no sistema contratual adotado, o valor da primeira parcela é utilizado na quitação dos juros com alguma amortização do capital. Assim, no cálculo da segunda parcela a base é o saldo já subtraído dos juros incidentes no primeiro período, estes já quitados. Logo, não há incidência de juros sobre juros.*
- *Demais disso, se os juros da poupança e do FGTS são capitalizados e dado que o saldo devedor dos financiamentos é vinculado ao sistema de remuneração das cadernetas de poupan-*

ça e dos depósitos fundiários, não há que se falar em anatocismo proscrito.

- A atualização do saldo devedor para depois se amortizar a prestação paga é procedimento legal e legítimo, pois é do senso comum atualizar-se uma dívida, após decorrido o prazo de um mês, antes que dela se desconte qualquer pagamento do devedor.

- Descabe o argumento dos mutuários de que tem havido desrespeito da CEF ao PES, tendo restado comprovado pela ré o cumprimento de todos os termos pactuados, inclusive os atinentes aos juros, ao Sistema Francês, à amortização do saldo devedor e a incidência da taxa TR.

- É plenamente válido contratar-se seguro com um percentual específico para o caso concreto, ainda que eventualmente se constate que o mesmo difere do valor cobrado no mercado.

- Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de financiamento habitacional celebrados no âmbito do SFH, por não se tratar de relação de consumo, mas de relação jurídica sujeita a regramento legal específico, de caráter público e índole social.

- Descabendo inovar o pedido em sede recursal (art. 264, do CPC), impõe-se não conhecer da apelação dos mutuários na parte relativa à exclusão do contrato do suposto excesso da multa moratória.

- Não conhecimento da parte da apelação da CEF que versa depósitos de prestações, matéria que, em verdade, não fora deduzida e, tampouco, julgada.

- Apelação dos autores parcialmente conhecida e improvida na parte conhecida. Apelação da CEF parcialmente conhecida e provida na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, conhecer em parte da apelação dos mutuários e, por maioria, negar-lhe provimento, e, por unanimidade, conhecer em parte apelação da CEF e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 3 de maio de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de apelações interpostas pela Caixa Econômica Federal – CEF – e por José Carlos Vasconcelos Filho e outros contra sentença que julgou procedente em parte o pedido por estes formulado em ação ordinária em desfavor daquela, determinando à CEF o refazimento dos cálculos das prestações mensais, do saldo devedor e dos demais encargos contratuais com a substituição da TR pelo INPC. Determinou, ainda, a sentença, a título cautelar, que a ré se abstinhasse de incluir os nomes dos autores em cadastro de inadimplentes, por débitos atinentes ao contrato objeto da presente ação, bem como de executar extrajudicialmente o imóvel em comento, ambas as providências até ulterior deliberação do Juízo. Por fim, o *decisum* condenou a CEF a arcar com as custas e honorários advocatícios, os quais foram fixados em R\$ 50,00 (cinquenta reais) em favor dos autores.

Alega a Caixa Econômica Federal em seu apelo, em síntese, que:

1) tendo sido a TR criada pela Lei nº 8.177/91 com o objetivo de restabelecer o senso de valor intrínseco dos bens e serviços e não embutindo ela expectativa futura de inflação, diversamente do que fazia a correção monetária, não há dúvidas de que é ela mais

benéfica ao cidadão;

2) consoante se depreende claramente do contrato de mútuo, o índice de correção do saldo devedor será o utilizado para a correção da caderneta de poupança ou contas vinculadas do FGTS, independentemente do nome jurídico que lhe seja dado. Tal correlação deve ser sempre observada, pena de desequilíbrio de todo o SFH, visto que não pode haver descompasso entre as operações ativas e passivas, e, assim, sendo o pagamento de rendimentos feito pela TR, o saldo devedor deve ser por ela corrigido;

3) vem cumprindo plenamente o que fora pactuado;

4) em verdade, o que os autores, de maneira infundada, objetivam é a modificação unilateral da fórmula de reajuste outrora assumida, o que não pode ser aceito por afrontar os termos do contrato e por lhes propiciarem enriquecimento sem causa;

5) diversamente do alegado pelos mutuários, a TR não foi expurgada do ordenamento jurídico pelo Supremo Tribunal Federal;

6) a TR se apresenta como o índice de variação mais baixo de mercado;

7) estando os autores com prestações mensais atrasadas, sem dúvidas, configura-se o vencimento antecipado da dívida nos termos da avença, o que, conseqüentemente, enseja execução judicial ou extrajudicial, conforme a lei e o contrato;

8) o Decreto-Lei nº 70/66, que disciplina a execução dos créditos hipotecários, visa, essencialmente, a simplificar e dinamizar os procedimentos como medida de assegurar o pronto retorno das aplicações do SFH e, por conseqüência, viabilizar a liquidez dos recursos públicos confiados aos agentes financeiros;

9) é pacífica a jurisprudência no que concerne à constitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/66;

10) é exigência legal o registro dos nomes dos autores no CADIN, na SERASA, ou no SPC, visto que se encontram inadimplentes em relação às prestações decorrentes do SFH;

11) o depósito judicial pretendido pela parte autora fere a legislação civil e processual civil, já que consistente em valores hipoté-

ticos, sem base em aumento salarial ou comprometimento de renda.

Ao final, requer a CEF o prequestionamento da matéria e a improcedência de todos os pedidos dos demandantes, com a condenação destes nos ônus da sucumbência.

Por seu turno, os mutuários, argumentam em sua peça recursal, resumidamente, que:

1) o fundamento utilizado na sentença em relação à ausência de anatocismo é manifestamente contrário às provas dos autos, visto que, da análise da planilha de evolução do financiamento, observa-se que as prestações não são quitáveis, acarretando a incorporação dos juros ao capital ou juros sobre juros;

2) os juros do contrato de mútuo crescem mensalmente, especialmente pela amortização negativa, que significa a capitalização de juros, o anatocismo;

3) o anatocismo está inserido no próprio contrato através da chamada taxa efetiva, estipulação da cobrança de juros mês a mês do saldo devedor e pela própria aplicação da Tabela Price;

4) a sentença incorreu em equívoco ao afirmar que inexistente amortização indevida, pois o art. 6º, alínea c, da Lei nº 4.380/64, preconiza que primeiro deve ser feita a amortização para, posteriormente, ser o saldo devedor corrigido;

5) em relação ao desrespeito ao PES, também houve julgamento contrário à prova dos autos, tendo em vista a desproporção entre o aumento sofrido pela sua categoria profissional e o inserido na prestação do financiamento, o que, inclusive, restou comprovado no quadro comparativo constante dos autos;

6) não são obrigados a requerer revisão administrativa;

7) o seguro fora firmado pelo próprio agente financeiro, que, por sua vez, pratica valores excessivos e abusivos, em torno de 10% a 22% ao mês, bastante distante dos valores cobrados no mercado, os quais não superam 6% ao mês;

8) o fato de o seguro ter sido pactuado não implica que não poderá ser alterado unilateralmente, visto que não se pode manter

uma irregularidade contratual apenas porque fora contratada;

9) agiu dolosamente a ré, aproveitando-se da sua inexperiência para cobrar seguro habitacional acima do mercado;

10) sendo o contrato em comento de adesão, há de ser observado o princípio da boa-fé e o da transparência;

11) não há como se afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor ao presente caso, especialmente diante do que dispõem os artigos 2º e 3º do referido diploma legal;

12) diversamente do consignado na sentença, há claramente base jurídica para que o saldo devedor seja corrigido pelo PES, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor, o art. 5º da Lei nº 4.380/64, bem como precedentes do STJ;

13) se pagaram quantia superior à devida, faz-se necessário haver o correspondente abatimento do saldo devedor;

14) a fim de se evitar um enriquecimento ilícito da demanda, impõe-se a devolução, em dobro e corrigida monetariamente, dos valores pagos de forma indevida, superiores ao saldo devedor.

Requerem, ainda, os mutuários haja o prequestionamento da legislação pertinente.

Por fim, pugnam os autores pela reforma da sentença no sentido de serem expurgadas as alegadas ilegalidades do contrato em questão, tais como, o anatocismo, a amortização indevida, o excesso da multa moratória, dos juros e do seguro habitacional, bem como no sentido de ser reconhecida a aplicação do CDC, o desrespeito ao PES, a repetição do indébito com a conseqüente quitação do saldo devedor, mantendo-se, porém, a sentença na parte em que fora excluída a TR como índice de reajuste do saldo devedor.

Contra-razões ofertadas pelos autores às fls. 206/219 e pela Caixa às fls. 223/230.

É o relatório.

VOTO

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

O cerne da questão a ser aqui dirimida consiste em saber se merece reforma a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido autoral, determinando à CEF o refazimento dos cálculos das prestações mensais, do saldo devedor e dos demais encargos contratuais com a substituição da TR pelo INPC, e, ainda, a título cautelar, determinou-lhe que se abstinhasse de incluir os nomes dos autores em cadastro de inadimplentes, por débitos atinentes ao contrato objeto da presente ação, bem como de executar extrajudicialmente o imóvel em comento.

Analisando, primeiramente, a apelação da Caixa Econômica Federal.

Consoante dito no relatório, irressignou-se a ré com a substituição da TR pelo INPC feita pela sentença.

Nesse ponto, convém registrar que não se verifica qualquer óbice a impedir a CEF utilizar a TR – Taxa Referencial – como critério de atualização do saldo devedor da operação financeira.

Tenho seguidamente registrado que a indexação do saldo devedor pelos índices de remuneração das cadernetas de poupança não somente é legal, como também absolutamente imprescindível à sobrevivência do sistema financeiro da habitação. É que os recursos disponibilizados pelo SFH são captados junto à poupança popular e ao FGTS. Esses recursos, tomados de empréstimo pelo SFH são remunerados pelo sistema. Destarte, agrediria à lógica e à própria matemática fossem os mutuários do SFH dispensados de remunerar os financiamentos que tomam em patamar equânime ao da remuneração do FGTS e da poupança. O SFH é alicerçado justo nestas colunas, servindo como intermediário entre os mutuários, interessados na aquisição da casa própria, e os titulares de cadernetas de poupança e de contas vinculadas ao FGTS, interessados na manutenção do poder aquisitivo de seus fundos. A paridade de remuneração dos dois lados das operações (captação e financiamento) é ínsita ao sistema e não pode ser vista como abusiva. Ao contrário, é justo essa paridade que garante o equilíbrio financeiro dos contratos. Dispensar o mutuário do SFH do pagamento de remuneração equivalente às experimentadas pelas cadernetas de poupança significa condenar à falência o próprio Sistema Financeiro da Habitação e com ele o FGTS e a

poupança popular do país.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIN nº 493-DF, decidiu, sim, que a TR não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei nº 8.177 de 01.03.1991, mas não objetou a utilização da Taxa Referencial como índice de indexação, mantendo-a como possibilidade de critério de reposição das perdas ocasionadas pela inflação.

Com relação a uma possível execução extrajudicial do débito, entendo também assistir razão à CEF. Não tendo havido depósitos judiciais no valor das prestações, não resta fundamento que impeça a CEF de proceder à execução extrajudicial do débito.

Ademais, não há que se falar em inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/66. É entendimento pacífico dos tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que a execução extrajudicial de que trata o referido decreto é compatível com a Carta Magna, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto *a posteriori* da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Precedentes desta Corte e do STF, (AC 304.408/PE, Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (convocado), julg. 05/12/2002, *DJ* 11/02/2003, pág. 604); (AC 288.615/PB, Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli, julg. 19/09/2002, *DJ* 11/02/2003, pág. 593).; (RE nº 223.075/DF Rel. Ministro Ilmar Galvão, julg. 23.06.98, publ. *DJU* 06.11.98).

Não se pode olvidar, ainda, que, uma vez realizado o contrato de financiamento da casa própria, através do Sistema Financeiro de Habitação, o mutuário assume o risco de, em se tornando inadimplente, ter o imóvel, objeto do financiamento, levado a leilão, eis que o mesmo encontra-se gravado com o direito real de garantia hipotecária, estando, assim, o mutuário, totalmente ciente das consequências decorrentes do inadimplemento.

Nesse mesmo diapasão, não há, também, como impedir a inscrição dos nomes dos autores nos cadastros de créditos, visto que, como dito acima, há inadimplência e inexistem os aludidos depósitos.

No que concerne à parte do recurso da CEF em que a mesma questiona o depósito judicial pretendido pela parte autora, convém registrar que não merece ser conhecida, já que tal pedido não fora acolhido pela sentença e, consoante se depreende do relatório, não foi objeto de irresignação no apelo dos mutuários.

Apreciada a apelação da Caixa Econômica Federal, passo ao exame do recurso dos autores.

No que concerne ao alegado anatocismo, convém destacar que é impossível identificar nos contratos de financiamento do SFH sua prática, visto que os valores das prestações são imputados prioritariamente na quitação dos juros, não restando saldo de juros a ser capitalizado.

Encontrar anatocismo proibido no uso da tabela Price é claro sofisma. Além da quebra do equilíbrio antes referenciado, note-se que no sistema contratual adotado, o valor da primeira parcela é utilizado na quitação dos juros com alguma amortização do capital. Assim, no cálculo da segunda parcela a base é o saldo já subtraído dos juros incidentes no primeiro período, estes já quitados. Logo, não há incidência de juros sobre juros.

Ademais, a orientação jurisprudencial predominante quanto ao anatocismo é no sentido de acatar a possibilidade da incidência de juros sobre juros nos contratos bancários, explicitamente excluídos da chamada lei de usura. É de se reconhecer a essencialidade da exclusão também em comparação com sistema de captação de recursos.

É que, seja nas cadernetas de poupança, seja na remuneração do FGTS, seja nas demais aplicações bancárias, os juros e a correção de um período (normalmente o mês) são capitalizados para receberem os juros e a correção monetária do período (mês) subsequente. Ora, já se explicitou a necessária paridade entre a remuneração do capital do poupador e a remuneração do capital mutuado, posto que ambos se fazem dos mesmos recursos financeiros.

Outro ponto onde a apelação é absolutamente impertinente é quando esta se aventura propugnar por que sejam as amortizações, decorrentes dos pagamentos mensais, feitas antes da correção monetária e do cálculo dos juros do saldo devedor.

Ora, se o mutuário recebeu R\$ 10.000,00 de financiamento e pagou R\$ 100,00 no primeiro aniversário mensal do contrato, valor que foi abatido integralmente no saldo devedor, permanecendo um débito de R\$ 9.900,00, é mais do que óbvio incida a correção monetária e os juros contratados antes da amortização do segundo pagamento. É que o pagamento ocorre no mínimo um mês depois de efetuado o empréstimo, e a amortização deve se operar sobre o valor devido na data em que esta se realiza. A ser de outro modo o mutuário estaria amortizando débito corroído pela inflação. Nem o contrato, nem a lei, nem a lógica, nem a justiça militam em favor da tese dos autores.

Em relação ao argumento dos mutuários de que tem havido desrespeito ao PES, cumpre registrar que também não tem pertinência. É que, nada obstante sustentem, com base, inclusive, em quadro comparativo anexado à inicial, a não observância pela CEF do PES, em verdade, como bem demonstra a ré, da análise do item atinente à metodologia do referido quadro constante da fl. 39, já se evidencia, que o recálculo feito pelos autores utilizou critérios aleatórios, não pactuados no contrato.

Ademais, a Caixa Econômica Federal, ao juntar planilha à sua contestação, demonstra de forma cristalina estar cumprindo todos os termos acordados, inclusive os atinentes aos juros, ao Sistema Francês, à amortização do saldo devedor e a incidência da taxa TR.

No que tange à insatisfação dos demandantes referente ao valor cobrado a título de seguro, vê-se que não merece prosperar. É perfeitamente válido contratar-se seguro com um percentual específico para o caso concreto, ainda que eventualmente se constate que o mesmo difere do valor cobrado no mercado. Tal proceder é, portanto, plenamente, legal.

Também não deve ser acolhido o argumento dos autores atinente à incidência do Código de Defesa do Consumidor ao presente caso, visto que esse diploma legal é inaplicável aos contratos de financiamento habitacional celebrados no âmbito do SFH, por não se tratar de relação de consumo, mas de relação jurídica sujeita a regramento legal específico, de caráter público e índole social.

Por fim, não conheço do pedido dos mutuários relativo à exclusão do contrato do suposto excesso da multa moratória, eis que não foi formulado na exordial, descabendo, ante a vedação ao *jus novorum*, inovar em sede recursal, sob pena de lesionar o art. 264, do CPC.

Por todo o exposto, conheço em parte da apelação dos mutuários e nego provimento na parte conhecida, e conheço em parte da apelação da Caixa Econômica Federal e dou provimento na parte conhecida, para julgar totalmente improcedente o pedido autoral, condenando os autores ao pagamento dos honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 350.072-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS

Apelantes: EMPRESA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA DO RIO GRANDE DO NORTE S/A - EMPARN, COOPERATIVA DOS PESCADORES E CARCINICULTORES DO POTENGI, ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E MEIO AMBIENTE DO RIO GRANDE DO NORTE - IDEMA, ASSOCIAÇÃO POTIGUAR DE EDUCAÇÃO E CULTURA - APEC / UNIVERSIDADE POTIGUAR - UNP E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Apelados: OS MESMOS

Advs./Procs.: DRs. ROSANY RÉGIA DE OLIVEIRA FREITAS E OUTRO, LUIZ ANTÔNIO CARVALHO RIBEIRO E OUTROS, MARJORIE MADRUGA ALVES PINHEIRO E OUTROS E JOSÉ MAURÍCIO DE ARAÚJO MEDEIROS E OUTROS

EMENTA: DIREITO AMBIENTAL. CARCINICULTURA EM MANGUEZAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. NÃO CABIMENTO. DANO

AMBIENTAL. RECUPERAÇÃO DA ÁREA. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

- Sendo considerada área de preservação permanente (art. 18 da Lei nº 6.938/81, artigos 1º e 3º, VIII, da Resolução nº 004/1985 do CONAMA, alíneas b e f do art. 2º do Código Florestal e Resolução do CONAMA de Nº 303/02) não é permitida atividade de carcinicultura, eis que agressiva ao meio ambiente.

- A execução de tal atividade se considera dano ambiental, passível de condenação à obrigação de fazer, consistente em recuperar a área degradada.

- O ente público que concedeu a licença, bem como o que se omitiu na fiscalização, deve responder, em caráter solidário, junto com os poluidores, pela recuperação do ecossistema. Precedentes do STJ.

- Apelação dos réus EMPARN, APEC e CPCP improvidas. Apelações do Estado do RN e do IDEMA parcialmente providas e apelação do MPF provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação de EMPARN - Empresa de Pesquisa Agropecuária do Rio Grande do Norte S/A, da Cooperativa dos Pescadores e Carcinicultores do Potengi e da APEC - Associação Potiguar de Educação e Cultura / UNP - Universidade Potiguar; dar provimento parcial às apelações do Estado do RN e do IDEMA, e dar provimento à apelação do Ministério Público Federal, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 19 de maio de 2005 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de cinco apelações em ação ordinária, contra sentença que julgou parcialmente procedente pedidos de condenação em obrigação de fazer (recuperação de área devastada de mangue) e de não fazer (cessação da atividade de carcinicultura em área de mangue).

Em sua apelação, a EMPARN alega, em suma, que a área em que se exerce a atividade de carcinicultura não pode ser considerada de manguezal. Isto porque, segundo afirma, trata-se de área que, há muito, já não possui vegetação de mangue, tratando-se de uma salina.

A CPCP e a APEC alegam, em suas apelações, tal qual a EMPARN, que a área objeto do litígio não pode ser considerada manguezal, já que se trata de área há muito devastada, e que os específicos locais onde se encontram os viveiros para a criação de camarões não foram e não eram área de mangue e que, portanto, não haveria que se falar em dano ambiental com a continuação das atividades.

O Estado do Rio Grande do Norte e o IDEMA alegam que a responsabilidade pelo dano não pode ser atribuída somente aos mesmos, já que não se pode deduzir que a responsabilidade por eventuais danos ambientais tenha partido apenas do Estado e o IDEMA. Alegam ainda que o desmatamento do mangue que ali teria existido não pode ser atribuído aos mesmos, eis que ocorreram há mais de 30 anos.

O MPF apela da parte da sentença que isenta da condenação em recuperar a área objeto do litígio a CPCP, APEC e a EMPARN. Aduz que a responsabilização deve ser solidária, já que todos os réus participaram na devastação da área em discussão.

Em contra-razões, o MPF aduz que resta comprovada pelos laudos periciais constantes dos autos a existência de área de preservação permanente (manguezais) onde foram construídos os viveiros de criação e engorda de camarões, pelo que o dano ambiental resta comprovado. Aduz que mesmo tendo ocorrido devas-

tação antes da vigência do código florestal, a manutenção da atividade é criminosa e causa danos ao ambiente, pois impede a regeneração do manguezal.

O MPE, em suas contra-razões, afirma que as provas dos autos, constantes de pareceres técnicos de órgãos governamentais, apontam para a ocorrência de desmatamento de manguezal, o que demonstra a ocorrência de dano ambiental, violando dispositivos do Código Florestal.

Os demais apelantes, apesar de intimados, não apresentaram contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Da análise dos autos, percebe-se que dois são os pontos centrais da lide. O primeiro se refere a uma questão fática, sobre a característica da área objeto da discussão, quais sejam, as fazendas da EMPARN (Fazenda Camarão) e a Fazenda Camarão do Povo da CPCP. Nessas áreas desenvolve-se atividade de carcinicultura com pesquisa e criação de camarões.

A questão é de se saber se tal área pode ser considerada um manguezal, ou, ao menos, se tal área é propícia à regeneração da vegetação de mangue, existente nas mesmas propriedades. Tal fato se demonstra como incontroverso, até porque as partes não negam que toda a área onde se encontram as fazendas Camarão do Povo e Fazenda Camarão da ENPARN, são área, originalmente, de mangue.

Duas são as áreas envolvidas. A primeira delas se refere à “Fazenda Camarão” da EMPARN e a segunda diz respeito à “Fazenda Camarão do Povo” da CPCP.

Quanto à primeira área, a EMPARN e o Estado do Rio Grande do Norte argumentam que a área específica onde se situa a exploração, denominada “Fazenda Camarão”, é considerada inteiramente degradada pela construção de uma antiga salina, enquanto somente a área onde se situa a exploração denominada “Fazenda

Camarão do Povo” é área de manguezal e se encontra em atividade de desmatamento desse ecossistema. Argumentam ainda que não podem ser responsabilizados pela regeneração, pois sequer concluíra a investigação que se realiza na área onde se identifica que está havendo degradação.

Em suma, alegam que o desenvolvimento das atividades naquele local não compromete a vegetação existente e que, por outro lado, não podem ser acusados de dano ambiental, já que não chegaram a destruir área de mangue, eis que tais áreas já estariam devastadas antes que as atividades fossem iniciadas.

O desate dessas alegações só pode ser feito a partir da prova pericial e, embora se tenha alegado apenas em memoriais, que a sentença seria nula por não haver se apoiado em provas periciais, indispensáveis à fundamentação, observo que há nos autos prova pericial realizada pelos três entes públicos responsáveis pelo meio ambiente: União, Estado e Município. Do exame desses laudos, notadamente o da autoridade municipal, do IBAMA e da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, penso haver elementos que fundamentam nossa decisão.

Em respeito à alegação da EMPARN e do Estado do Rio Grande do Norte torna-se imperioso afastar a alegação de que a área onde se encontra o empreendimento “Fazenda Camarão” não pode ser vista como área de degradação ambiental porque esta já teria se dado há muito tempo, sem atual possibilidade de regeneração.

Isto, todavia, não é verdade.

O laudo da vistoria técnica realizada pelo IBAMA desautoriza tal conclusão, ao firmar, às fls. 977, que “em relação à questão da Fauna presente na área do “Projeto Camarão” de forma mais geral, observamos que apesar da grande degradação existente na área por nós vistoriada, puderam ser observados na vizinhanças de diversos viveiros, principalmente nas áreas com a vegetação de mangue arbóreo, diversas espécies de pássaros, chama-márs (*Uca vocator*), aratus (*Família Grapsidae*), caranguejos (*Família Xamthidae*), ostras, mariscos, etc.”

Destaca, ainda, o mesmo laudo, ao analisar um dos tanques do “projeto camarão”: “Considerando a vegetação circunvizinha a

este tanque (mangue arbóreo), observamos que mais de 60% de sua superfície se situava em local que antes era área com predominância de regeneração de mangue. As paredes deste viveiro se encontram reforçadas com placas de concreto. A vegetação vizinha a este tanque se caracteriza como sendo de vegetação de mangue em fase de regeneração média, com alturas variando de 2 a 4 metros (predominância da espécie mangue sapateiro – *Rhizophora mangle*) e disposta paralelamente a um canal de escoamento d'água no seu limite Oeste” (fls. 965).

Quanto à segunda área, relativa ao exercício da atividade pela Cooperativa dos Pescadores na denominada “Fazenda Camarão do Povo” se observa que a degradação já foi identificada em vários pontos, conforme se vê do laudo da autoridade ambiental do Município de Natal: “Sim, as fazendas de camarão estão assentadas em área onde a vegetação de mangue encontrava-se em processo de regeneração. Para a consecução desses empreendimentos, observou-se contínua devastação do ecossistema, destocamento da vegetação de mangues que fora desbastada”. (Fls. 1.201) Isto demonstra que essa atividade jamais poderia ser considerada “para o povo”, pois estaria destruindo o meio ambiente, patrimônio maior da população.

Destaque-se, ainda, o mesmo laudo técnico da SEMURB que se manifesta sobre as duas áreas e deixa claro o fato de que “as fazendas de camarão estão assentadas em área onde a vegetação de mangue encontrava-se em processo de regeneração. Para a conclusão desses empreendimentos, observou-se contínua devastação do ecossistema, desalojando a fauna presente, inclusive na ocasião da vistoria, evidenciou-se destocamento de vegetação de mangues que fora desbastada” (fls. 1.201).

Também o parecer técnico da UFRN (fls. 1221 e ss) afirma que “vestígios de mangue emergem sobejamente da superfície dos leitos de vários tanques de engorda instalados na região”. Tais considerações são corroboradas por fotografias que bem demonstram a existência de área de manguezal e resquícios de vegetação mesmo nas áreas em que os tanques foram construídos. Outra consideração importante foi o fato de os fiscais encontrarem cal nos taludes dos tanques, que, normalmente, servem para aumen-

tar o pH da água, o que denotaria ocorrência de desmatamento de manguezal. (Fls. 1.221/1.222).

Percebe-se, portanto, que a questão fática sobre a caracterização da área como um manguezal resta dirimida pela análise das provas dos autos. A área em discussão é composta de vegetação de mangue e os lugares onde foram construídos os tanques são propícios ao desenvolvimento e regeneração daquele ecossistema.

Assim, de acordo com o princípio do poluidor-pagador, devem ser responsabilizados pelos danos efetivamente causados, aqueles que concorreram para tanto, de modo a impor-lhes a regeneração do meio ambiente, nos locais onde esses danos foram causados por suas respectivas atividades.

Todavia, há de se analisar as alegações do Município de Natal em sua contestação, que tece comentários sobre a possibilidade de exploração econômica moderada em região de manguezal. Entendo, desde já, que este não é o entendimento mais plausível da matéria.

Isto porque, como se sabe, os manguezais são florestas. São ecossistemas próprios, e, na exata definição da doutrina francesa, expressa na obra "*Environnement: Représentations et concepts de la nature*"¹, correspondem a um sistema complexo de interações entre uma variação de espécies animais e um determinado ambiente. O mangue, pois, consiste na interação de espécies animais peculiares e vegetais específicos, num ambiente propício que se constitui na presença de água salinizada.

Nesse sentido, a tutela jurídica dos ecossistemas florestais tem fundamento constitucional no art. 125, § 1º, VII, da Carta Política pátria, que impõe ao Poder Público a tarefa de proteger a fauna e a flora.

Essa proteção, todavia, não é feita da mesma maneira. Em determinadas áreas há maior espaço à atuação da exploração econômica da região de floresta. Noutras, todavia, tal espaço é

¹ Jean-Marc Besse; Isabelle Roussel. *Environnement: Représentations et concepts de la nature*. Ed. L'Harmattan, 1997, p. 132 e ss.

muito pequeno ou quase nulo.

Da leitura do código ambiental se vê que nas florestas existentes no território nacional exercem-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

Da leitura dos dispositivos constitucionais, em especial o art. 170 e seus incisos, percebe-se que a proteção ao meio ambiente é uma condicionante à exploração da atividade econômica. De fato, o legislador constituinte, atento à urgente necessidade de preservação ambiental, condicionou o exercício de atividade econômica potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, à necessária defesa do meio ambiente.

Em nível infraconstitucional o fundamento jurídico da preservação dos manguezais consiste no Código Florestal, instituído pela Lei nº 4.771/65, com as modificações introduzidas pelas Leis nºs. 7.511/86 e 7.803/89 e pela MP nº 2.166-67/2001.

A legislação define vários tipos de florestas, que refletem o regime jurídico de proteção e de exploração econômica. Nesse sentido, há aquelas situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas sujeitas ao regime de utilização limitada, outras são objeto de legislação específica, e ainda aquelas que são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, um mínimo previsto por lei. (Art. 15 do Código Florestal).

O Código considera os manguezais áreas protegidas, de preservação permanente, nos termos respectivamente das alíneas *b* e *f* de seu art. 2º. E, no artigo 4º, § 5º prevê-se que a supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, ou de dunas e mangues, de que tratam, respectivamente, as alíneas *c* e *f* do art. 2º deste Código, somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.

Demais disso, o art. 18 da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente - Lei nº 6.938/81, bem como os artigos 1º e 3º, *b*, VIII, da Resolução nº 004/1985 do CONAMA elevaram os manguezais à categoria de reservas ecológicas, impassíveis de supressão ou desmate. Há também a Resolução do CONAMA de nº 303/02 que dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preser-

vação Permanente, que em seu artigo terceiro prescreve:

“Art. 3º. Constitui Área de Preservação Permanente a área situada:

X - em manguezal, em toda a sua extensão;

E em seu artigo 2º define o conceito de ‘manguezal’:

Art. 2º. Para os efeitos desta Resolução, são adotadas as seguintes definições:

IX - manguezal: ecossistema litorâneo que ocorre em terrenos baixos, sujeitos à ação das marés, formado por vasas lodosas recentes ou arenosas, às quais se associa, predominantemente, a vegetação natural conhecida como mangue, com influência flúvio-marinha, típica de solos limosos de regiões estuarinas e com dispersão descontínua ao longo da costa brasileira, entre os estados do Amapá e Santa Catarina;”

Cumpra esclarecer, portanto, que a natureza jurídica das florestas de preservação permanente não propriamente a de restrição à propriedade privada, pois a necessidade de proteção ambiental dessas florestas decorre de sua própria situação ou qualificação natural. José Afonso da Silva doutrina que a tutela jurídica das áreas de preservação permanente não tem um caráter subjetivo, criado pelo homem, pois consiste numa interdição natural do solo, como a interdição de plantar nos penhascos (SILVA, José Afonso da: *Direito Ambiental Constitucional*: 4ª ed. rev. amp., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 170-176).

A importância dos manguezais, que lhes garante essa tutela jurídica especial, decorre do fato de que inserem uma grande diversidade biológica, além de exercerem funções essenciais para o equilíbrio da vida não só nas regiões onde se localizam, como também irradiando reflexos extra-regionais. Os manguezais são áreas de preservação e não de conservação, são, portanto espaços de proteção impositiva e integral, que não permitem exploração econômica direta:

“O espírito do Código Florestal, a sua interpretação teleológica nos leva a afirmar que as florestas de

preservação permanente não são suscetíveis de exploração. Aliás, essa é a correta interpretação do art. 16 do Estatuto Florestal, quando prevê como ressalva para a exploração da floresta de domínio privado, o fato da mesma ser de preservação permanente". (MACHADO, Paulo Affonso Leme : Direito ambiental brasileiro : 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 554).

Sendo assim, aplicando-se a legislação ambiental, tem-se que a área em discussão é de plena proteção, e não é passível de abrigar atividades como a carcinicultura, desde que tais atividades, de um lado, promovam o desmatamento de manguezal e, de outro, impeçam a regeneração do referido ecossistema.

Destarte, o confronto entre o direito ao desenvolvimento e os princípios do direito ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de preservar a qualidade da vida humana na face da terra. O seu objetivo central é proteger patrimônio pertencente às presentes e futuras gerações.

Assim é que não se pode admitir que empreendimentos econômicos subjuguem os interesses de proteção ao meio ambiente. Nesse sentido, constatado o dano ao meio ambiente, esse precisa ser reparado, não havendo razão nos argumentos que contestam a existência de área de mangue na região em que se instalaram os criatórios de camarões.

O segundo ponto controvertido diz respeito aos apelos do Estado do RN, do IDEMA e do MPF. É que foram, somente o Estado do RN e o IDEMA, condenados a arcar com a recuperação da área, tendo sido isentados os demais réus. Estes últimos alegam inicialmente que não são responsáveis pelo eventual dano que tenha ocorrido, já que, segundo afirmam, a área de mangue já estava desmatada antes da implantação dos projetos de carcinicultura naquela área. Sucessivamente, aduzem que a condenação, se houver, não deveria atingir somente o estado do RN e o IDEMA, já que o dano ambiental deveria ser recuperado apenas pelo agente poluidor, de acordo com o princípio do poluidor-pagador. Isto também alega o MPF, que requer a condenação de todos os réus, solidariamente.

Nesse sentido, a Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente dispõe, em seu artigo 4º, a prescrição do que se convencionou chamar de princípio do poluidor-pagador, que nada mais é do que uma regra, segundo a qual cabe a quem polui, a regeneração da área poluída, ou o pagamento de indenização quanto tal for impossível.

“Art. 4º. A Política Nacional do Meio Ambiente visará:
VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.”

Assim, a responsabilidade civil objetiva do poluidor resta bem estabelecida tanto na constituição quanto nas legislações infra-constitucionais, com o que mais e mais se fortalece o “princípio poluidor-pagador”, que faz recair sobre o autor do dano, o ônus decorrente dos custos sociais de sua atividade.

Se todos os autores do dano são identificáveis, portanto, devem todos eles arcar com a recuperação da área, incluindo as pessoas jurídicas de direito público que licenciaram a atividade, ou deixaram de fiscalizá-la.

Neste sentido, a argumentação do Estado do RN e do IDEMA não pode ser considerada para excluí-los da responsabilidade pelo dano ambiental, mas sim para incluir os demais réus como responsáveis solidários na recuperação do ecossistema, de acordo com o que alega a apelação do MPF.

Remanesce o argumento do Estado do Rio Grande do Norte de que não poderia ser responsabilizado em respeito à degradação da área onde existem as atividades da fazenda camarão do povo, porque sequer teria concluído a avaliação.

Tal alegação não prospera.

Como demonstrou o Ministério Público, a responsabilidade pela degradação existente – já identificada em vários pontos – se dá pela ocorrência da expedição de licença emitida pelo referido órgão ambiental estadual. Isto porque a pessoa jurídica de direito público que autoriza, bem como a que deixa de fiscalizar determinada atividade, responde pelos danos causados ao meio ambien-

te na execução da mesma. Portanto, constatado que houve omissão do Estado na fiscalização, deve o mesmo arcar com o ônus de sua desídia, por parte do Estado do RN bem como do Município de Natal.

É de se destacar que, no caso, não cabe a afirmação de que a exploração da atividade teria se dado sob o respaldo de licença ambiental. No caso específico, tem-se que a atividade já havia iniciado antes mesmo da emissão da licença estadual, bem como os riscos da referida devem ser suportados por aqueles que obtêm o lucro com a sua exploração econômica.

Não se trata de particulares que somente agiram por respaldo da licença ambiental, já que os réus sabiam os riscos que estavam correndo ao implementar referida atividade sem a licença já ter sido concedida. Destaque-se que, no caso em tela, isentar a responsabilidade dos demais réus, que exploram a área econômica e cientificamente, seria privilegiar o poluidor em detrimento da sociedade, que teria que arcar com os ônus através do Estado.

A responsabilidade é, então, solidária, entre poluidores e ente estatal que teria licenciado a atividade. Assim entende o col. STJ:

“PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – 1. É parte legítima para figurar no pólo passivo da ação civil pública, solidariamente, o responsável direto pela violação às normas de preservação do meio-ambiente, bem assim a pessoa jurídica que aprova o projeto danoso. 2. Na realização de obras e loteamentos, é o município responsável solidário pelos danos ambientais que possam advir do empreendimento, juntamente com o dono do imóvel. 3. Se o imóvel causador do dano é adquirido por terceira pessoa, esta ingressa na solidariedade, como responsável. 4. Recurso especial improvido.” (STJ – REsp – 295.797 – SP – 2ª T. – Relª. Minª. Eliana Calmon – DJU 12.11.2001 – p. 00140).

“Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei

das concessões (Lei nº 8.987 de 13.02.95), mas objetiva e, portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação.” (STJ – REsp – 28.222 – SP – 2ª T. – Relª. p/o Ac. Minª. Nancy Andrighi – DJU 15.10.2001 – p. 00253).

Vê-se, portanto, que o Estado deve responder pelos danos causados, mas, não sozinho. Os demais réus, que participaram do empreendimento elaborado na área em questão, também respondem, solidariamente, pela recuperação da área devastada. De um lado porque não se pode penalizar apenas a entidade estatal pelo dano e, de outro, porque também não se pode isentá-lo da responsabilidade, já que o mesmo fomentou a referida atividade, através do IDEMA, licenciando-a.

Quanto ao réu Município de Natal, restou comprovada a existência de procedimento administrativo nos órgãos municipais (fls. 49/55). Se é assim, o município não pode se esquivar da responsabilidade, já que, mesmo não concedendo qualquer licença, omitiu-se no seu dever de fiscalização.

Ressalte-se que o meio ambiente é um bem de toda a sociedade e deve ser preservado em toda as esferas governamentais. A omissão municipal não pode ser desconsiderada, cabendo ao ente responder solidariamente pela recuperação da área.

Concluo, portanto, que, como o meio ambiente é da responsabilidade de todos os entes públicos, notadamente quando se demonstra que não se desincumbiram do ônus de fiscalizar em suas respectivas áreas as atividades danosas praticadas, tanto por ter se omitido quanto por ter concedido licença para essas explorações, devem ser responsabilizadas na medida da sua atuação-omissão, como é o princípio geral que rege a tutela do meio ambiente.

Diante do exposto, nego provimento à apelação de EMPARN -

Empresa de Pesquisa Agropecuária do Rio Grande do Norte S/A., da Cooperativa dos Pescadores e Carcinicultores do Potengi e da APEC - Associação Potiguar de Educação e Cultura / UNP - Universidade Potiguar; dou provimento à apelação do MPF; e dou provimento parcial às apelações do Estado do RN e do IDEMA, para modificar a sentença e condenar os réus EMPARN - Empresa de Pesquisa Agropecuária do Rio Grande do Norte S/A, Cooperativa dos Pescadores e Carcinicultores do Potengi, APEC - Associação Potiguar de Educação e Cultura / UNP - Universidade Potiguar e Município de Natal à recuperação da área, mantendo o restante da sentença em todos os seus termos.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.936-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE

Apelantes: MARCÍLIO ROSA DOS SANTOS, JOEL GENUÍNO AUGUSTO, ANGÉLICA NUNES DO NASCIMENTO, ILOMAR SANTANA DE OLIVEIRA, MARCOS LUIZ DOS SANTOS, MARIA DAS DORES AUGUSTO, JOSÉ DOS SANTOS, MARIA GENOVEVA DE OLIVEIRA BERNARDO, JOSELMA CAMPELO DO NASCIMENTO E LUIZ GONZAGA DOS SANTOS

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Advs./Procs.: DRS. CONCEIÇÃO LIMA DE OLIVEIRA, JÚLIO OLNEY TENÓRIO DE GODOY, JACINTA DE FÁTIMA COUTINHO MOURA E ANA CRISTINA ANDRADE MOURA DE GOUVEIA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. DELITOS DE PECULATO-FURTO, FALSIDADE IDEOLÓGICA E ABANDONO DE FUNÇÃO. ADVENTO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO (ART. 109, V, C/C ART. 110, §1º, AMBOS DO CP). EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS RÉUS QUE SE DECRETA, EXCETO EM

RELAÇÃO A UMA DENUNCIADA. INEXISTÊNCIA DE DÚVIDAS QUANTO À AUTORIA E À MATERIALIDADE DELITIVAS REFERENTES À RÉ QUE NÃO FOI BENEFICIADA PELO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO.

- É forçoso reconhecer a extinção da punibilidade de todos os réus (exceto de uma ré), em face do advento do instituto da prescrição. Havendo os denunciados tomado ciência da sentença a quo em novembro de 2001, que contém em seu bojo a condenação daqueles à pena de 1 (um) ano de reclusão, incidem, in casu, as regras previstas no art. 109, V, do Código Penal, que estipula o prazo de 4 (quatro) anos para o advento da prescrição, calculada pela pena in concreto, já que a sentença transitou em julgado para a Acusação (art. 110, §1º, CP). Como ainda não houve julgamento do recurso de apelação interposto pela Defesa, por parte deste e. TRF da 5ª Região, o jus puniendi estatal encontra-se irremediavelmente prescrito.

- Restringindo-se a análise de mérito apenas ao crime de peculato-furto atribuído à ré Joselma, o qual não sofreu os efeitos da prescrição, impõe-se acolher as contundentes provas periciais e testemunhais carreadas aos autos em seu desfavor, não subsistindo dúvidas acerca da autoria e materialidade delitivas em questão.

- Apelações interpostas pela Defesa prejudicadas, em face da extinção da punibilidade dos réus que se decreta, decorrente do advento do instituto da prescrição, exceto em relação à Ré Joselma Campelo do Nascimento, cujo apelo interposto resta julgado improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar prejudicado o recurso

de apelação criminal interposto pela defesa, decretando a extinção da punibilidade dos Recorrentes, em face do advento do instituto da prescrição, exceto em relação à Ré Joselma Campelo do Nascimento, cujo apelo resta improvido, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 30 de junho de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA (Convocado):

Trata-se de recursos de apelações criminais, interpostas por Joselma Campelo do Nascimento e outros contra decisão monocrática que, acatando a tese do Ministério Público, condenou a primeira pela prática dos delitos de peculato, falsidade ideológica e abandono de função, respectivamente tipificados nos arts. 312, 299 e 323 do Código Penal, e os demais, pela prática de peculato em concurso de pessoas, nos termos do art. 29 do CP.

Narra a denúncia que a primeira acusada falsificou as rubricas do funcionários responsáveis pela conferência dos alvarás, os quais, após terem sido inadvertidamente assinados pelo magistrado competente, foram utilizados pelos demais denunciados que, a pedido da primeira acusada, sacaram os saldos em diversas contas vinculadas de Reclamações Trabalhistas alheias.

Por se encontrar desde outubro de 2001 em local incerto e não sabido, foi a acusada Joselma citada por edital, sendo expedido contra a mesma mandado de prisão preventiva.

Joselma Campelo do Nascimento, por meio de sua defensora dativa, interpôs recurso de apelação (fls. 521-524), alegando a insuficiência e a contradição das provas constantes dos autos, bem como a ausência de dolo na conduta da apelante.

Nas razões de seu apelo, o outro recorrente, Luiz Gonzaga dos Santos, argumentou que, além de não ter havido intenção de

burlar a lei, a ausência de periculosidade torna desnecessário o cumprimento da pena, razão pela qual pede a sua absolvição.

O Ministério Público Federal ofertou contra-razões (fls. 532-536), requerendo, preliminarmente, fosse reconhecida, de ofício, a prescrição retroativa, no que pertine aos delitos de falsidade ideológica e abandono de função cometidos pela ré Joselma, bem como no que concerne ao crime de peculato, perpetrado pelos demais acusados apelantes, extinguindo-se, conseqüentemente, a punibilidade deles, com supedâneo no art. 107, IV, do Código Penal e, comprovadas a materialidade e a autoria delitiva no que respeita ao crime de peculato cometido pela ré Joselma, em relação ao qual não se operou a prescrição da pretensão punitiva, razão pela qual requereu o *parquet* fosse negado provimento ao apelo por ela interposto.

Os demais réus compareceram em Juízo apenas para pleitear a eliminação de um dos requisitos exigidos para gozarem o benefício da suspensão da pena, conforme se vê às fls. 537 e ss.

O membro regional do Ministério Público Federal, preliminarmente, pelo reconhecimento *ex officio* da prescrição retroativa, devendo ser extinta a punibilidade dos réus, exceto no que diz respeito ao crime de peculato praticado pela ré JOSELMA, não alcançado pela prescrição, postulando que, neste particular, fosse improvido seu apelo.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍ-DE CAVALCANTE (Relator):

É forçoso reconhecer a extinção da punibilidade de todos os réus em relação aos crimes de falsidade ideológica e abandono de função, em face do advento do instituto da prescrição.

Com efeito, havendo os réus (exceto Joselma Campelo do Nascimento) sido intimados da sentença condenatória em novembro de 2001, a qual os condenou à pena de 1 (um) ano de reclusão pela prática do delito de peculato (art. 312, §1º, c/c art. 29, ambos

do CP) , incidem, *in casu*, as regras previstas no art. 109, V, do Código Penal, que estipula o prazo de 4 (quatro) anos para o advento da prescrição, calculada pela pena *in concreto*, já que a sentença transitou em julgado para a acusação (art. 110, §1º, CP). Como ainda não houve julgamento dos recursos de apelação interpostos pela defesa, por parte deste e. TRF da 5ª Região, o *jus puniendi* estatal encontra-se irremediavelmente prescrito.

No que se refere à ré Joselma Campelo do Nascimento, observe que pela prática do crime de peculato a mesma foi condenada pelo Juízo monocrático à pena de 7 (sete) anos de reclusão; pelo delito descrito pelo art. 299 do CP (falsidade ideológica), a mesma ré foi condenada a 3 (três) anos de reclusão; pelo delito descrito no art. 323 do CP (abandono de função), a ré foi condenada à pena de 1 (um) mês de detenção, totalizando uma pena final de 10 (dez) anos de reclusão e 1 (um) mês de detenção, além de 900 (novecentos) dias-multa, no valor unitário mínimo. Logo, constata-se que apenas a pena de 1 (um) mês de detenção (delito do art. 323 do CP) encontra-se prescrita.

Iniciemos, então, a análise do apelo de dita ré.

O magistrado *a quo*, na vergastada sentença de primeiro grau, assim se pronunciou:

“(...) Nesta espécie de peculato, a condição de funcionário público não é causa, mas ocasião para o crime. Ora, a acusada Joselma Campelo do Nascimento utilizou-se, inclusive, de máquina de datilografia pertencentes à Justiça do Trabalho e que levava para sua residência, a pretexto de que ali datilografava sentenças e despachos para os Juízes com quem trabalhava. Há indícios de que, antes de empreender a fuga, teria incinerado processos e documentos que estavam em sua residência.

Indisputavelmente, a acusada Joselma Campelo do Nascimento agiu dolosamente, com a finalidade de se apropriar, por diversas vezes, de dinheiro referente a indenizações em Reclamações Trabalhistas, traindo a confiança em si depositada pelos Juízes com quem trabalhou. As perícias realizadas e

os depoimentos das testemunhas e dos demais acusados são fortes o bastante para afastar dúvida sobre sua culpabilidade”. (fl. 486).

O membro do Ministério Público Federal que oficia perante esta segunda instância asseverou que (fl. 559):

“Compulsando os autos, precisamente o conjunto de provas documentais e testemunhais ali produzidas (tais como as contidas às fls. 177-179, 244-263, 270 e 424-428), não resta dúvidas de que a ré cometeu o delito em comento, pois a mesma, gozando de sua condição de servidora pública, que lhe proporcionava amplo acesso e confiança frente aos magistrados com quem trabalhava, veio a fraudulentamente deduzir quantias alheias depositadas na Caixa Econômica Federal para seu próprio proveito.

Diante do exposto, opina o Ministério Público Federal, em preliminar, pelo reconhecimento *ex officio* da prescrição retroativa, devendo ser extinta a punibilidade dos réus, exceto no que diz respeito ao crime de peculato praticado pela ré Joselma, não alcançado pela prescrição, neste aspecto devendo ser julgado improcedente seu recurso.”

Diante do exposto, julgo prejudicado o recurso de apelação interposto pela defesa, decretando a extinção da punibilidade da recorrente, face ao advento do instituto da prescrição, exceto em relação à ré Joselma Campelo do Nascimento, cujo apelo resta improvido.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 3.514-CE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: PAULO TERRENCE HISSON
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Def. Público: DR. DERLI DALLEGRAVE

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 12, CAPUT C/C ART. 18. I E III DA LEI Nº 6.368/76. DELAÇÃO PREMIADA DO CO-RÉU. ADMISSIBILIDADE.

- Apelação de um dos co-réus contra sentença que o condenou pela participação em tráfico internacional de entorpecentes, em que agia como intermediário entre o transportador italiano e o fornecedor brasileiro mediante pagamento de comissão. Art. 12, caput c/c art. 18, I e III da Lei nº 6.368/76.

- A delação do co-réu estrangeiro, feita com o objetivo de redução da pena tal como previsto no art. 32, § 3º da Lei nº 10.409/2002, é válida para fundamentar a condenação do outro réu, quando verossímil e compatível com o restante da prova testemunhal produzida. Precedentes do STJ.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em negar provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 9 de agosto de 2005 (data do julgamento).

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado):

Trata-se de apelação de Paulo Terrence Hisson contra sentença do Juízo Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará que o condenou a 10 (dez) anos e 05 (cinco) meses de prisão em regime integralmente fechado pela prática do crime previsto no art. 12, *caput*, c/c art. 18, I e III da Lei nº 6.368/76 (tráfico internacional de entorpecentes decorrente de associação).

O provimento combatido (fls. 492/534) acolheu a hipótese acusatória por julgá-la consoante com a prova produzida na instrução criminal. Eis a síntese dos fatos: a) o italiano Marco Visconti foi detido em 09/07/2002 no Aeroporto Internacional do Ceará quando se dirigia a Milão/Itália com um quilo e meio de cocaína ocultado no fundo falso de sua mala; b) preso em flagrante, Marco Visconti confessou perante a polícia e confirmou no interrogatório judicial (fls. 163/167) que veio duas vezes ao Brasil com a missão de adquirir cocaína dos supostos traficantes Paulo Terrence Hisson e Lloyd Uno Wladmir Ernst; c) o suposto traficante Lloyd Uno Wladmir Ernst é de nacionalidade holandesa, enquanto Paulo Terrence Hisson haveria habitado por vários anos na Holanda (fl. 506); d) Marco Visconti afirma que antes de ser preso já viera ao Brasil e conhecera Paulo Terrence Hisson, e que pela intermediação deste último fizera contato com Lloyd, que reside em Manaus/AM; e) a indicação de Paulo Terrence Hisson como contato para a aquisição da droga partiu do traficante Daniele, vulgo “Dino”, que reside em Milão e de quem Marco Visconti cumpria ordens; f) Marco Visconti pagou mil dólares a Paulo Terrence Hisson pela intermediação do negócio e condução no trajeto Fortaleza-Belém; g) na última e derradeira vinda ao Brasil, Marco Visconti seguiu diretamente para Manaus/AM, onde adquiriu um quilo e meio de cocaína de Lloyd Uno Wladmir Ernst e de um brasileiro chamado Patrick Sousa.

O apelante, em sua peça recursal (fl. 554, com razões às fls. 684/688), sustenta que a sentença baseou-se exclusivamente na

versão de um traficante estrangeiro preso em flagrante, que para beneficiar-se da redução de pena prevista na Lei nº 10.409/2002 delatou uma pessoa que nada tem a ver com o tráfico. O apelante aduz ainda que a condenação foi provocada por um fato atípico, qual seja o de apresentar uma pessoa a outra. Por fim, reitera que o interrogatório de Marco Visconti não merece crédito e, por ausência de provas, deve ele apelante ser absolvido da acusação.

Em suas contra-razões (fls. 701/704), o Ministério Público Federal defende a manutenção da sentença em todos os seus termos, sustentando a veracidade do interrogatório de Marco Visconti e informando ainda que o apelante já vinha sendo investigado pela Polícia Federal, conforme depoimento de fls. 349.

O parecer oferecido em 2º grau pelo MPF (fls. 710/713) opina pelo improvimento da apelação.

É o relatório.

Ao Desembargador Federal Revisor.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

O caso trazido ao Tribunal pode ser melhor compreendido se contrastadas as duas versões apresentadas pelos dois co-réus Marco Visconti e Paulo Terrence Hisson, para que ao final ambas sejam cotejadas com a prova produzida nos autos e com a hipótese acusatória contida na denúncia.

O italiano Marco Visconti, em seu interrogatório (fls. 163/167), afirma que veio duas vezes ao Brasil para adquirir dois quilos de cocaína, que seriam entregues em Milão a um traficante chamado Daniele, vulgo “Dino”. Na primeira viagem, Marco Visconti desembarcou em Fortaleza/CE e procurou imediatamente fazer contato com Paulo Terrence Hisson, que segundo o traficante Daniele poderia servir de intermediário na relação entre Marco e o também traficante Lloyd Uno Wladmir Ernst. Ainda segundo o italiano, Paulo foi encontrado numa barraca de praia onde geralmente fica, justamente para aguardar solicitações de droga para o tráfico internacional.

Após uma série de conversas, que teriam servido para que Paulo tivesse confiança em Marco e descartasse a possibilidade de estar ele a serviço da polícia, ambos fecharam os termos do acordo. Paulo conduziria Marco até a cidade de Belém/PA, onde o apresentaria ao traficante Lloyd Uno Wladimir Ernst, tudo por indicação do traficante italiano Daniele. Em contrapartida, Marco pagaria mil dólares a Paulo pelo serviço, bem como suas despesas de transporte.

Segundo Marco, o negócio não teria sido concretizado nessa primeira viagem. Seria necessário que viesse ao Brasil por uma segunda vez, novamente desembarcando em Fortaleza e seguindo diretamente para Manaus/AM, cidade onde estava agora Lloyd. Em lá chegando, adquiriu um quilo e meio de cocaína pura e contou com os serviços de Lloyd e de outro traficante conhecido como Patrick Sousa, vulgo “Gênio”, para ocultar o entorpecente num fundo falso de mala. Foi pela apreensão dessa quantidade de entorpecente que foi ele preso em flagrante e posteriormente condenado por tráfico internacional.

A versão de Paulo Terrence Hisson, também construída em interrogatório (fls. 168/170), é muito parecida com a de Marco Visconti, diferindo apenas quanto à motivação apontada para as condutas. Paulo afirma que, além de ser corretor de imóveis, é guia turístico e atua na orla de Fortaleza/CE. Enquanto estava em seu ponto habitual, numa das barracas da praia, conheceu casualmente o italiano Marco Visconti, que estava no país a turismo. Segundo ele, o italiano Marco desejava conhecer a cidade de Belém/PA e Paulo, por ser natural daquela região e ter lá vínculos familiares, ofereceu-se para lhe servir de guia. Como remuneração pelo serviço turístico, Marco lhe pagaria a quantia de mil dólares.

Como combinado, Marco e Paulo seguiram para Belém, mas enquanto o primeiro viajou de avião o segundo partiu de ônibus para, segundo sua versão, economizar o dinheiro dado para a passagem aérea. A estada de Marco em Belém durou cerca de duas semanas, e nesse ínterim Paulo cuidou de apresentar-lhe Lloyd e Patrick, dentre outras pessoas que participavam de um churrasco. Além disso, Paulo afirma que sempre aluga o apartamento de Patrick quando vai a Belém. Como Marco não quisesse conhecer

os pontos turísticos da cidade e passasse o dia inteiro trancado no apartamento a consumir cocaína, Paulo retornou a Fortaleza e encerrou seu contato com o italiano.

São estas as duas versões disponíveis no processo. A instrução probatória, mesmo que sucinta, conta com depoimento esclarecedor do policial federal que prendeu Paulo Terrence Hisson, nos seguintes termos:

“Que Paulo Terrence Hisson já vinha sendo investigado em razão de denúncia anônima de que ele atuava na beira mar com prostituição e tráfico de drogas; que aproximadamente uma semana antes de haver essa denúncia, Paulo havia estado na Superintendência da Polícia Federal acompanhando um holandês e uma jovem brasileira a fim de auxiliá-los a tirar o passaporte dela; que naquela ocasião, Paulo ficou detido por algumas horas na Superintendência da Polícia Federal, para verificação da veracidade de seus documentos, uma vez que utilizava documentos brasileiros mas tinha um sotaque muito carregado de estrangeiro (...)” (fl. 349).

Ou seja, ficou evidente pela oitiva do policial federal que a versão contada por Marco Visconti é dotada de veracidade, além do que não foi desconstituída pela única testemunha de defesa apontada por Paulo Terrence Hisson. Sem dúvida o co-réu italiano colaborou com as investigações para obter os benefícios do art. 32, § 3º, da Lei nº 10.409/2002, que institui a chamada delação premiada.

Nos casos de tráfico internacional de entorpecentes, o recurso a esse mecanismo é praticamente a única forma de atingir com eficácia as redes de compra e venda de drogas, visto que as penas são elevadas e uma boa parte dos participantes das condutas criminosas é – como é o caso do italiano Marco Visconti – de peças vulneráveis e em geral manipuladas em troca de altas somas de dinheiro. Em suma, de nada adiantaria punir um simples transportador de cocaína e deixar impunes tanto a matriz italiana da conexão (o traficante Daniele) como o braço brasileiro (o intermediário Paulo Terrence Hisson e o fornecedor Lloyd Ernst). Se o Lloyd Ernst não foi localizado e teve o curso prescricional suspen-

so por conta do art. 366 do CPP, é necessário coibir a parte cearense do circuito, que, como informado pelo policial federal, já havia sido objeto de denúncia anônima.

O valor da delação de co-réu, quando a versão por ele apresentada é consonante e em nada discrepa da produzida na instrução, é reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça. Passo a transcrever alguns acórdãos que consagram essa possibilidade no direito processual penal brasileiro:

“PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO FIRMADA NOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS E NA DELAÇÃO DOS CO-RÉUS. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA O JUÍZO DE CONDENAÇÃO. *WRIT* DENEGADO.

1. Devidamente fundamentado o acórdão que manteve a condenação do paciente pela prática do delito de tráfico de entorpecentes lastreado no exame pericial, nos depoimentos prestados em juízo pelos policiais que efetuaram a prisão em flagrante dos réus, bem como na delação dos co-réus, todos em plena harmonia e consonância, notadamente no que diz com a narrativa do *iter criminis* e a autoria delitiva, descabida a alegação de violação ao princípio do contraditório.

2. *Habeas corpus* denegado.”

(HC nº 221.03/GO, Sexta Turma, Rel. Paulo Gallotti, DJ 07/10/2002, p. 704).

“*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUFICIÊNCIA DE PROVAS A DETERMINAR A CONDENAÇÃO DO RÉU. DELAÇÃO DO CO-RÉU. DEPOIMENTO DE POLICIAIS ATES-TANDO QUE A PRISÃO SE DEU POR DENÚNCIA ANÔNIMA QUE O ACUSAVA DA PRÁTICA DELITUOSA. REAÇÃO DO RÉU QUANDO PERCEBIDA A PRESENÇA DE POLICIAIS NA RODOVIA EM QUE TRAFEGAVA.

1. A delação do co-réu tem indubioso valor probatório, quando se oferece como um dos elementos

do conjunto da prova em que se funda o decreto condenatório.

2. A pretensão de simples reexame de prova, à moda de segunda apelação, é estranha ao âmbito de cabimento do *habeas corpus*.

3. Ordem denegada.”

(HC nº 16.774/MS, Sexta Turma, Rel. Hamilton Carvalhido, *DJ* 25/02/2002, p. 447).

A materialidade do crime foi comprovada justo no momento da prisão em flagrante, por conta da apreensão da cocaína escondida no fundo falso da mala (vide laudo pericial de fls. 82/86). Já a autoria por parte de Paulo Terrence Hisson é atestada pela delação de Marco Visconti, que guarda consonância com o testemunho do policial federal, e com sua própria versão, muito embora haja uma diferença quanto à motivação.

Paulo confirma ter recebido os mil dólares de Marco, mas sustenta que tal pagamento decorreu da prestação dos serviços de guia turístico na cidade de Belém. Ora, é pouco inteligente acreditar que um turista italiano, estando em Fortaleza/CE, pretendesse conhecer os pontos turísticos de Belém/PA e, para tanto, contratasse um guia na cidade de origem e não na de destino. Além disso, o valor de mil dólares está fora da realidade econômica de uma comissão pelo alegado serviço. Mais adiante, o apelante diz que viajou de ônibus até Belém, enquanto Marco Visconti foi de avião. É também difícil acreditar que o turista e seu suposto guia partam em meios de transporte diferentes, sendo um muito mais rápido que outro.

O apelante também confirmou, sem maiores constrangimentos, que apresentou Marco Visconti a Lloyd Ernst e Patrick Sousa num churrasco, quando de sua estada em Belém. Não faz sentido crer que tal ato foi desprezado de interesse, já que a jornada turística à Região Norte não tinha, numa apreciação minimamente racional, qualquer caráter lúdico.

É evidente que o encontro entre Marco Visconti, Lloyd Ernst e Patrick Sousa, patrocinado por Paulo Terrence Hisson, teve como objetivo a negociação sobre a venda de cocaína e seu transporte até a Itália, onde, segundo o próprio co-réu, seria entregue ao trafi-

cante Daniele. Ao contrário do que é afirmado na apelação, apresentar uma pessoa a outra nem sempre é um fato atípico. Essa apresentação fez parte de uma conexão internacional Brasil-Itália, da qual fazem parte o italiano Daniele, que contrata transportadores como Marco Visconti, o holandês Lloyd Ernst, que distribui o produto na Região Norte do Brasil, e, por fim, o brasileiro Paulo Terrence Hisson, que recebe o transportador italiano para conduzi-lo ao fornecedor.

Entendo, desta forma, que existe a incursão tanto de Marco Visconti como de Paulo Terrence Hisson na conduta prevista no art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76. Enquanto o primeiro efetivamente transportava a cocaína, o segundo viabilizava o contato com o fornecedor mediante pagamento de comissão em valor elevado.

Fixada a materialidade e autoria e reconhecida a validade da delação do co-réu, cabe-me agora apreciar a valoração do magistrado de 1º grau quanto à aplicação e dosimetria da pena.

De início, considero adequada a capitulação no art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76, por considerar que o apelante foi co-autor da conduta de tráfico, já que seu papel de intermediário entre o transportador e o fornecedor foi essencial à concretização do crime, ainda que num período posterior. É essa a leitura possível do art. 29 do CP, que impõe as mesmas penas da conduta material àqueles que com ela concorreram.

A pena-base foi fixada para Paulo Terrence Hisson em 05 (cinco) anos de reclusão, bem abaixo do máximo de 15 (quinze) anos. Não há, nesse ponto, excesso na valoração.

O cálculo de agravantes e atenuantes corretamente afastou a reincidência, visto que decorreram 05 (cinco) anos desde a sentença de extinção da execução penal. Também houve acerto na imputação da agravante prevista no art. 62, IV do CP, por ter sido o crime cometido mediante paga. Também não vejo razões para reduzir o aumento de 1/4 (um quarto), que elevou a pena a 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão.

Por fim, mantenho a qualificação pelo inciso I do art. 18 da Lei nº 6.368/76. O apelante tinha total ciência da finalidade da aquisição de um quilo e meio de cocaína por parte do italiano Marco

Visconti. Além disso, o depoimento do co-réu mostra que o apelante fora indicado pelo também italiano Daniele para intermediar a relação entre o transportador e o fornecedor, o que o enquadra dentro de um esquema de tráfico ilícito de entorpecentes.

Também é devida a segunda qualificação pelo inciso III do mesmo artigo, já que houve a chamada *associação eventual* entre Marco Visconti e Paulo Terrence Hisson. Ambos concorreram, cada um em sua parte, para a compra da cocaína em larga escala com o objetivo de internalização em território europeu, o que, como bem frisado na sentença, não chega a caracterizar o tipo próprio do art. 14 da Lei nº 6.368/76.

Como não vejo excesso na valoração das qualificadoras e na majoração em 2/3 (dois terços), julgo plausível a imposição da pena concreta em 10 (dez) anos e 05 (cinco) meses de reclusão tal como fixada na sentença, que também não merece reforma quanto à dosimetria.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 3.660-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA
Apelante: ALEXANDER DIÓGENES FERREIRA GOMES
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Advs./Procs.: DRS. WANDER ARAÚJO DE MAGALHÃES UCHOA E OUTROS (APTE.)

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO DE APELAÇÃO. DECISÃO SINGULAR QUE DECRETOU MEDIDA CAUTELAR DE SEQUESTRO DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA COM RECEBIMENTO DA DENÚNCIA POR INDÍCIOS DE CRIMES, EM TESE, DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA (ARTIGO 288 DO CPB); FABRICAÇÃO E

USO DE DOCUMENTOS FALSOS (ARTS. 297, §2º, 298 E 304 DO CPB); ENVIO DE RECURSOS AO EXTERIOR SEM O CRIVO DO ÓRGÃO COMPETENTE PARA A FISCALIZAÇÃO (ARTIGO 22 § ÚNICO DA LEI 7.492/86). CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGO 1º, I E IV, DA LEI 8.137/90). CONFIRMAÇÃO DO DECRETO SINGULAR. MEDIDA DE URGÊNCIA PRO SOCIETATE. NECESSIDADE DE SALVAGUARDAR A COISA E INTERESSE PÚBLICOS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA NO MANDADO DE SEGURANÇA-PLENO TRF 5ª REGIÃO Nº 17.244 ATÉ DECISÃO FINAL DE SEU JULGAMENTO PELO STJ EM GRAU DE RECURSO ORDINÁRIO.

- O Magistrado singular, atendendo a necessidade premente de seqüestro, como medida cautelar, dos bens dos acusados até o valor de quatrocentos milhões de reais, vez que, segundo entendimento de S. Exa., existem fortes indícios que apontam no sentido de que os fatos criminosos descritos na denúncia propiciaram enriquecimento ilícito ao apelante, havendo necessidade de salvaguardar a coisa pública, assegurando a reparação do prejuízo sofrido pelos cofres públicos, não há como acolher-se o presente recurso de apelação.

- Considerando que o c. STJ, ainda, não julgou o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 17.244 (nº originário do TRF MSPL 81.701-CE - 2002.05.00.022852-6), que teve por objetivo em prestar efeito suspensivo ao presente recurso de apelação, deve ser mantida a decisão do Pleno desta Corte, quando do Julgamento do referido mandamus, que determinou, em uma das contas bancárias do réu, a movimentação de quantia a título de remuneração ou de pro labore, mantendo-se a decisão recorrida em todos os seus termos.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., 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 constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 28 de junho de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de apelação criminal (fls.51/76) contra decisão (fls. 07/12) da lavra do Exmo. Juiz Federal, Dr. Danilo Fontelle Sampaio, da 11ª Vara/Ceará, que, ao receber a denúncia ofertada pelo MPF contra Alexander Diógenes Ferreira Gomes, decretou o seqüestro de todos os seus bens imóveis e móveis, inclusive ativos existentes em instituições financeiras, sob o entendimento de salvaguardar a coisa pública, assegurando a reparação do prejuízo sofrido pelos cofres públicos. Nos fatos, segundo a denúncia, o acusado Alexander Diógenes Ferreira Gomes e outros co-réus (Tássio Dutra e Silva; Vilfran Teixeira Torquato; João Edmilson Medeiros Miranda e Francisco José Fernandes de Souza), mediante utilização de documentos falsificados, constituíram fraudulentamente a pessoa jurídica Gold Factoring Fomentos Mercantis Ltda. e a partir de então, em nome desta abriram diversas contas bancárias, fazendo movimentar, até abril de 1997 cerca de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), dos quais parte foi parar no exterior por contas amparadas pela CC-5 e outra parte remetidas para pessoas que promoveram evasão de divisas em Foz do Iguaçu. Acrescenta o Ministério Público Federal que, mesmo tais operações sendo ilícitas, os réus sonegaram renda em torno de R\$ 2.731.624,52 (dois milhões, setecentos e trinta e um mil, seiscentos e vinte e quatro reais e cinqüenta e dois centavos), fato este já lançado pelas autoridades fazendárias com relação ao

denunciado Alexander Diógenes. Por fim, os crimes imputados aos réus foram: formação de quadrilha (artigo 288 do CPB); fabricação e uso de documentos falsos (arts. 297, § 2º, 298 e 304 do CPB); envio de recursos ao exterior sem o crivo do órgão competente para a fiscalização (artigo 22 § único da Lei 7.492/86), além de ilícitos contra a ordem tributária descritos no artigo 1º, I e IV da Lei 8.137/90. Nas suas razões de recorrer, o réu Alexander Diógenes pugna pela reforma da decisão recorrida, alegando, em síntese: 1) incompetência do Juízo Federal da 11ª Vara/CE; 2) que a medida do seqüestro de todos os seus bens não é enquadrável nas hipóteses dos artigos 125 e 136 do CPP; 3) que é desproporcional o valor dos bens tornados indisponíveis em relação à quantia supostamente devida. Contra-razões apresentadas pelo MPF às fls.269/276. No seu parecer de fls. 287/290, a Exma. Procuradora da República, Dra. Maria do Socorro Leite de Paiva, entendendo que medida cautelar de seqüestro de bens para a satisfação de prejuízo da Fazenda Pública decorrente de crime encontra-se previsto em lei específica – Decreto-Lei nº 3.240/41, restou por opinar pelo improvimento do recurso de apelação, mantendo-se a decisão que recebeu a denúncia e determinou o seqüestro de bens. Dispensasse a remessa dos autos ao revisor, em face do recurso de apelação não ter atacado sentença de mérito, com aplicação de pena de reclusão. Peço dia para julgamento. Intimem-se.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Conforme se lê na denúncia ofertada pelo MPF e recebida no Juízo Criminal da 11ª Vara da Justiça Federal no Estado do Ceará, “o acusado Alexander Diógenes Ferreira Gomes e outros co-réus (Tássio Dutra e Silva; Vilfran Teixeira Torquato; João Edmilson Medeiros Miranda e Francisco José Fernandes de Souza), mediante utilização de documentos falsificados, constituíram fraudulentamente a pessoa jurídica Gold Factoring Fomentos Mercantis Ltda. e a partir de então, em nome desta abriram diversas contas bancárias, fazendo movimentar, até abril de 1997 cerca de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), dos quais parte

foi parar no exterior por contas amparadas pela CC-5 e outra parte remetidas para pessoas que promoveram evasão de divisas em Foz do Iguaçu.”

Acrescenta o Ministério Público Federal que, mesmo tais operações sendo ilícitas, os réus sonegaram renda em torno de R\$ 2.731.624,52 (dois milhões, setecentos e trinta e um mil, seiscentos e vinte e quatro reais e cinqüenta e dois centavos), fato este já lançado pelas autoridades fazendárias com relação ao denunciado Alexander Diógenes. Por fim, os crimes imputados aos réus foram: formação de quadrilha (artigo 288 do CPB); fabricação e uso de documentos falsos (arts. 297, § 2º, 298 e 304 do CPB); envio de recursos ao exterior sem o crivo do órgão competente para a fiscalização (Artigo 22 § único da Lei 7.492/86), além de ilícitos contra a ordem tributária descritos no artigo 1º, I e IV, da Lei 8.137/90.”

No despacho (fls.07/12) onde se recebeu a denúncia e decretou-se o seqüestro de todos os bens do acusado Alexander Diógenes, consignou o Exmo. Magistrado, Dr. Danilo Fontenelle Sampaio, da 11ª Vara/CE, *ipsis literis*:

“...3 - Aduz o Ministério Público que ‘a ligação entre todos não fora ocasional e nem para o cometimento de um só fato delituoso, mas perdurou por tempo considerável e suficiente para realização de inúmeras operações bancárias e remessas ilícitas, sendo, ainda, hoje, forte o vínculo de cumplicidade que os une’, concluindo que ‘os denunciados, conscientes e com vontade livre: a) associaram-se em quadrilha para o fim de cometer crimes; b) falsificaram milhares de documentos particulares e equiparados a públicos; c) por diversas vezes fizeram uso de documentos falsos; d) promoveram, sem autorização legal e sem a comunicação à repartição federal competente, a saída de divisas para o exterior e e) suprimiram tributo, omitindo informação à autoridade fazendária e utilizando documentos que sabiam falsos, fatos estes que se subsumem às previsões dos artigos a) 288; b) 298 e 297, § 2º; c) 304 do

Código Penal; d) 22, parágrafo único da Lei 7.492/86 e e) artigo 1º, I e IV, da Lei 8.137/90, aplicados na forma do art. 71 e 69 do Código Penal.'

4 - Acrescenta, ainda, o Ministério Público Federal, em petição, o levantamento do sigilo decretado no interesse das investigações e que 'considerando: a) que o fato criminoso propiciou enriquecimento ilícito aos delatados; b) a existência de prova irrefutável da materialidade e autoria desses ilícitos (*fumus boni iuris*); c) a necessidade de salvaguardar a coisa pública, assegurando a reparação do prejuízo sofrido pelos cofres públicos, além do pagamento de multa criminal; d) a certeza do enfraquecimento da probabilidade dessa recuperação com a demora do processo, notadamente por que se trata de reparação cível por fato criminoso (*periculum in mora*); e) os diversos precedentes jurisprudenciais em casos similares. Requer-se seja decretado, liminarmente, *inaudita altera pars*, o "seqüestro" ou a indisponibilidade dos bens imóveis (CPP – arts. 125 e 136) e móveis (CPP – art.132) aí incluídos os ativos perante instituições financeiras, dos denunciados, com a determinação dos expedientes de praxe.'"

Em tal despacho, ao acolher à representação do pedido de seqüestro dos bens dos acusados, após registrar encontrarem-se presentes os requisitos do artigo 41 do CPP e ausentes os do artigo 43 do CPP, e ter recebido a denúncia, S. Exa. o Magistrado prolator do referido despacho textualmente afirma:

"(...) 11 - Verifica-se que a empresa Gold Factoring Fomento Mercantil Ltda., CGC 73994881/001-87 possuía seu endereço na Avenida Paranjana 6.360, loja E, Bloco C, mesmo endereço na empresa Hannover Comércio Representação e Marketing Ltda. (fls. 04, 05, 13 e 46), empresa de propriedade atribuída, dentre outros, aos réus Alexander Diógenes Ferreira Gomes, Vilfran Teixeira Torquato e João Edmilson Medeiros Miranda, cujas atividades constituem objeto do processo nº 970008197-4. Comunicação

da Cagece de fls. 281 atesta que não consta de seus registros nenhum endereço em nome da empresa Gold Factoring.

(...)

13 - Verifica-se que os autos apresentam elementos bastante para aferir que tanto a constituição da empresa Gold Factoring quanto a abertura de contas em seu nome (fls. 236, 237, 238, 239) deram-se de forma fraudulenta (fls.109,115,133 e laudo de fls. 230), sendo que a movimentação delas ultrapassaram R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) – fls. 143,148,154/157.

(...)

15 - Ofício do Banco Central comprova que a empresa Gold Factoring figurou, por duas vezes, como um dos diversos depositantes em contas cujos saldos eram transferidos para o exterior mediante contas CC-5 (no primeiro caso, ocorrido em 19.12.1994, foi transferida a quantia de R\$ 854.000,00 e, no segundo, ocorrido em 09.10.1195, a quantia de R\$ 953.000,00 (fls. 249).

16 - Às fls.239, a Delegacia da Receita Federal confirma que a empresa Gold Factoring Fomentos Mercantis Ltda. foi autuada em ação fiscal cujo crédito tributário orça em R\$ 2.731.624,52.

(...)

18 - Às fls.325, Moacir Barros de Sousa afirmou que '(...) que o depoente trabalhou na empresa ACCONTUR (...) e na empresa ACCTUR, nova denominação da ACCONTUR, que a ordem de efetuar tais depósitos partiam de Vilfran Teixeira Torquato, sendo que Edmilson Medeiros de Miranda era quem as repassava aos motoqueiros; que, também efetuava depósitos de cheques da Empresa Hannover em contas de clientes, e também cheques de clientes na conta da Empresa Hannover; que o mesmo procedimento era feito com relação às empresas Gold Factoring (...) que a empresa Comercial Marília de Estivas Ltda. e a empresa Hannover também per-

tenciam ao Grupo ACCTUR; que os clientes que faziam aplicações na Empresa ACCTUR, provavelmente mais de cem, com rendimento de juros e correção monetária, eram identificados através de códigos e não por nomes (...).'

19 - Às fls. 371, Edivaldo Pereira do Nascimento afirmou que '(...) trabalhou como motoqueiro no período de 1994 a 2000 na empresa ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda. (...) que foi subordinado ao próprio sócio da empresa, Sr. Alexander Diógenes Ferreira Gomes (...) que o depoente compareceu ao Banco BIC onde recebeu talonários de cheques da empresa Gold Factoring Fomento Mercantil Ltda. (...), que, após receber os talonários de cheques, ao chegar na ACCTUR entregou-os a Alexander Diógenes Ferreira Gomes; que a empresa Gold Factoring Fomento Mercantil pertencia ao Grupo ACCTUR; que transportava envelopes lacrados pela empresa Gold Factoring (...).'

(...)

21 - Às fls.460, Renato de Araújo Carneiro esclarece que sua empresa Usian Damião II Ltda., recebeu o montante de R\$ 62.790,00 através do cheque nº 968.821 mas que '(...)tal crédito na conta da empresa decorreu em virtude de contrato de factorização (factoring) efetuado com Alex, proprietário do Grupo ACCTUR; que sua transferiu cheques pré-datados ou duplicatas a receber a empresa de Alex, entrando em contato diretamente com o acima nomindo; que sua empresa ficou garantidora dos títulos transferidos; que embora o crédito da operação de factoring foi proveniente do cheque da empresa Gold Factoring Fomento Mercantil Ltda., a operação na verdade foi feita com o Sr. Alex (...).'

22 - Alexander Diógenes Ferreira Gomes é o proprietário da empresa ACCTUR Câmbio Turismo Ltda. (fls. 306), tendo-se negado a responder a qualquer das perguntas feitas pela autoridade policial (fls.435/439).

23 - Todos os elementos constantes dos autos, em dois volumes e 61 apensos, consubstanciam indícios do desvio de cerca de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) e de que os réus são responsáveis por isso.

(...)

25 - Evidente, pois, a necessidade premente de seqüestro dos bens dos mesmos até o valor acima assinalado, vez que, como bem disse o Ministério Público Federal, fortes indícios apontam no sentido de que os fatos criminosos descritos na denúncia propiciaram enriquecimento ilícito aos delatados, havendo necessidade de salvaguardar a coisa pública, assegurando a reparação do prejuízo sofrido pelos cofres públicos, além do pagamento de multa criminal... Assim, Decreto o 'seqüestro' e a indisponibilidade dos bens imóveis (CPP – arts.125 e 136) e móveis (CPP – art.132) aí incluídos os ativos perante instituições financeiras dos denunciados...”

Verifica-se, ainda, que em relação ao seqüestro de todos os bens do apelante Alexander Diógenes, existe nos autos decisão, conforme se verifica das fls. 25/29, nos autos do Mandado de Segurança interposto pelo apelante, junto a esta Corte (Relator Des. Federal Paulo Roberto Oliveira Lima), no qual aquele relator determinou, em uma das contas bancárias do réu, a movimentação de quantia a título de remuneração ou de *pro labore*, concluindo, no final, por Deferir em parte a Liminar e atribuir parcial efeito suspensivo à apelação.

Expressamente sobre o pedido deste recurso de apelação, ora em julgamento, como acima já se registrou, embasa-se:

1 - incompetência do Juízo Federal da 11ª Vara/CE para a prolação da decisão, eis que estaria prevento o juízo da 12ª Vara Federal/Ceará;

2 - que a medida de seqüestro de todos os seus bens não é enquadrável nas hipóteses dos artigos 125 e 136 do CPP;

3 - desproporcionalidade do valor dos bens tornados indisponíveis em relação à quantia supostamente devida.

Quanto à incompetência do Juízo Federal, prolator do *decisum* atacado, bem ponderou o *Parquet* Federal, fls.288, *in verbis*:

“... A alegação, contudo, não prospera, porquanto a competência por prevenção, tal como disposta no art. 83 do CPP, ocorre quando, concorrendo dois ou mais juízes competentes, um deles tiver antecedido ao outro na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa. Na verdade, como se pode aferir de consulta realizada no sítio da Justiça Federal no Ceará, os processos que se encontram distribuídos à 12ª Vara apuram delitos cometidos pela empresa Hannover Comércio Representação e Marketing Ltda., a respeito de sua atuação em atividade diversa daquela para a qual foi constituída. Ora, conquanto possam até guardar alguma semelhança entre si, os crimes daquele processo referem-se a fatos diferentes e foram cometidos por pessoa jurídica diversa da Gold Factoring Fomentos Mercantis Ltda., empresa investigada nos presentes autos. Desta forma, encontra-se afastada a hipótese de prevenção, inexistindo dúvida acerca da competência do juízo da 11ª Vara para o julgamento da presente ação.”

Sobre a alegada incompetência do Juízo Federal da 11ª Vara/CE, o Exmo. Des. Federal Paulo Roberto O. Lima, Relator do Mandado de Segurança que concedeu parcial efeito suspensivo ao recurso de apelação, decisão de fls. 26, assim se posicionou:

“...digo que não me parece seja incompetente o juízo da 11ª Vara para que se houvesse determinado o seqüestro de bens que se ataca. Alega-se que, tendo havido um processo anterior (ou alguns) distribuído(s) à 12ª Vara Federal do Ceará, então estaria aquele juízo prevento para o processo penal de onde emergiu a decisão açoitada, o que a tornaria nula. Não é bem assim. Ocorre que nos processos primitivos (estes que teriam gerado a preven-

ção alardeada) o que se investiga, e se apura, seriam os delitos cometidos através da 'empresa Hannover Comércio Representação e Marketing Ltda., que estaria exercendo, irregularmente, na sede da empresa ACCTUR, localizada na Av. Dom Luís nº 176, em Fortaleza/CE, atividade própria de instituição financeira – operando como factoring' (verdade que se extrai da peça colacionada às fls.81 e ss).

Nos autos do novo processo, embora os delitos sejam algo assemelhados aos dissecados no primeiro, os crimes teriam sido perpetrado através de outra empresa, a Gold Factoring Fomentos Mercantils Ltda. Decorre ele, assim, de outro inquérito, instaurado que foi, presumivelmente, para facilitar a operacionalização das investigações sobre as atividades do autor do *writ*.

Esta prática (divisão da apuração em mais de um procedimento), comum nos dias de hoje, atende a reclamos de natureza lógico-administrativa, criando um ambiente racional de investigação dos fatos (complexos e multifacetados, no mais das vezes), o que finda por lhe garantir presteza (aquela que, materialmente, for possível) e eficiência. Disto resulta a produção, freqüente, de vários processos, tudo sem que o ajuizamento de um, anterior, venha a gerar vinculações outras para os demais feitos. No máximo, se for o caso, deve-se velar, no futuro, pela reunião de eventuais penas no juízo da execução; ou quiçá, deve-se velar, também no juízo próprio, pela aplicação do benefício da continuidade delitiva, este que eventualmente se faça sonegar ao réu mercê do fracionamento já aludido.

Por isso, em princípio, é de se reputar competente o juízo atacado.”

Diante de tais considerações, acolhendo os argumentos do parecer Ministerial e da decisão prolatada nos autos do MS 81.701, não há como acolher-se a pretensão do apelante de incompetência do Juízo Federal prolator da decisão de fls. 07/11.

Quanto a alegação de que a medida de seqüestro de todos os bens do apelante não é enquadrável nas hipóteses dos artigos 125 e 136 do CPP e que é desproporcional o valor dos bens tornados indisponíveis em relação à quantia supostamente devida, passo à análise:

De grande importância registrar-se, ainda, que a hipótese presente é de medidas assecuratórias em relação à própria ação penal, como ocorre com as ações no campo civil e, dentro pois, dos mesmos fundamentos que embasam as cautelares no processo cível, resguardar a ação principal cível, as medidas assecuratórias encontradas no processo penal, visam, também, assegurar a utilidade da ação penal, de modo preparatório, ou incidental, máxime quando, *ex vi* do art. 91 do CPB, são efeitos da condenação penal, tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; a perda em favor da união, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. Exatamente para não esvaziar tais efeitos, é que tratou o processo penal de inserir como instrumental da ação principal, tais assecuratórias, a serem usadas, insisto, de modo preparatório, e nesta hipótese, precedendo a própria instauração da ação penal principal, mas já embasada na plausibilidade de elementos fáticos-jurídicos que em tese desembocarão na concretização da real *persecutio criminis*, quer incidentalmente à própria ação penal já instaurada.

Não há esquecer que o que determina as medidas cautelares no campo penal, a exemplo do seqüestro, quer de bens imóveis, quer de bens móveis (arts. 125 e 132 do CPPB), é a proveniência ilícita do bem, ainda que tenham sido transferidos a terceiros, nos termos do art. 125 da mesma lei Processual Penal.

Atente-se cuidar a hipótese de medidas assecuratórias e não medidas determinadas, em termos de conseqüência lógica, como efeito de sentença condenatória, vale dizer, são medidas preparatórias e não reparatórias, que visam minorizar os efeitos de conduta que, *prima facie*, dada a existência de indícios, apresentou-se ao *dominus litis* como ilícita.

Sobre a matéria Hélio Tornaghi *in* Curso de Processo Penal

diz: “a demora do processo pode acarretar o perigo de que a satisfação do direito venha demasiado tarde e o risco de que não haja satisfação... O pedido de cautela é fundado no receio do dano, pouco importando que, *a posteriori*, se veja que o temor não tinha razão de ser. ...o alicerce do pedido de cautela, difere do fundamento do pedido principal... ao contrário do que acontece com as providências definitivas, as cautelares não exigem profunda indagação sobre o direito de quem as pede. Basta uma aparência de direito. Não é preciso que brilhe a chama do direito (subjeto). Basta a fumaça que lhe faz supor a existência (*fumus boni juris*). E esse aspecto do direito se apura em procedimento sumário.”

Despiciendo afirmar-se que as medidas assecuratórias visam do assegurar os efeitos da sentença penal, se embasam, do ponto de vista de logicidade, na necessidade de evitar que os bens adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, devido à sua origem ilícita, possam, com maior facilidade, serem desviados, tornando impossível a reparação dos danos provenientes do crime e dos demais efeitos assegurados pela sentença penal condenatória. A medida é assecuratória, necessitando tão-só para seu deferimento, a presença dos mesmos elementos que hão de embasar a concessão de uma cautelar no campo processual civil, vale dizer, a fumaça do bom direito a ser encontrada no indício de ilicitude da conduta do réu, no indício de que os bens apreendidos sejam de origem ilícita e, o *periculum in mora* que na hipótese, se identifica na possibilidade de esvaziar os próprios efeitos da sentença penal.

Não se pode, finalmente, deixar de atentar-se que, ao se colocar em circulação o dinheiro que em tese, está se apurando em via própria – IPL, atual ação penal, como produto de crime contra o Sistema Financeiro – lavagem de dinheiro, estar-se-ia ferindo um interesse público e à própria ordem econômica, isto é a movimentação da riqueza gerada na lavagem de dinheiro, por sua expressividade, lesiona ou ameaça de lesão o bem jurídico tutelado – qual seja a segurança e a confiabilidade das relações econômicas-financeiras. Ademais, tal movimentação clandestina lesiona os interesses públicos, bem como que o crime dessa espécie gera “produtos criminosos” de tal sorte que a massa de valores quando reinseridas no sistema formal representa lesão ou perigo de lesão

considerável ao aparelho econômico-financeiro.

Quanto aos argumentos do apelante de que a medida de seqüestro de todos os bens do apelante não é enquadrável nas hipóteses dos artigos 125 e 136 do CPP e que é desproporcional o valor dos bens tornados indisponíveis em relação à quantia supostamente devida, destaque-se trecho da decisão proferida no MS 81.701-CE:

“...Há muito a matéria já foi pacificada no âmbito do egrégio STJ, sodalício para quem ainda hoje vige nos dias atuais, com plena força – e dentro da especialidade que lhe orientou a edição, que é o ‘seqüestro de bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a fazenda pública, e outros’ – o Decreto-Lei nº 3.240, de 08 de maio de 1941. Isto é, em se tratando de crime como aqueles que são atribuídos ao impetrante, a medida acautelatória não pode ser enxergada segundo a ótica da lei geral, mas reclama, isso sim, visualização voltada para as especificidades da lei especial.

É por esta razão que os argumentos esposados na exordial em muito se divorciam da nota de teratologia atribuída ao seqüestro determinado na instância originária.

Explico.

No art. 2º do diploma referido, por exemplo, diz-se que a medida pode ser tomada sem a audiência da parte (um dos argumentos da petição inicial), isso com o objetivo, lógico, de não se esvaziá-la em seus efeitos. Já no art. 4º, é de se mencionar, está dito que a medida pode ‘recair sobre todos os bens do indiciado’, sem distinguir, dentre eles, os que são móveis ou imóveis, os que são produto de crime ou não. Diga-se, apenas para espancar de uma vez por todas a plausibilidade do direito alardeado pelo autor, que o seqüestro poderia ser adotado antes mesmo da propositura da ação penal (art.2º, *caput*, *in fine*), mesmo durante as investigações inquisitoriais, mas que, no caso vertente, só se fez engen-

drar quando já proposta a denúncia – do que se presume, até prova em contrário robusta, estar calcado em indícios veementes de responsabilidade (exigência do art. 3º). E daí por diante.

Num ponto, porém, as alegações do impetrante parecem, sem dúvida, fazer sentido. Nenhum seqüestro pode ser efetuado em limites extremos, impingindo ao investigado/processado sacrifício à sua própria sobrevivência. A prevalecer, desta forma, a indisponibilização absoluta de todos os seus bens, o judiciário estaria condenando o réu – e toda a sua família – a um verdadeiro padecimento por inanição, o que repulsa à boa consciência jurídica.”

Oportuno registrar-se, ainda, que quando do julgamento do mérito do referido Mandado de Segurança nº 81.701-CE, entendi que “a denúncia entre outras coisas que ensejou, em sendo recebida, esse seqüestro tem por base entre outros crimes que são imputados ao réu – crime de lavagem de dinheiro. Crime este cujo recebimento da denúncia já tem um elemento fático embasado de que esse envio de reserva de dinheiro para fora é dinheiro que, em tese, é produto de crime.”

Naquele julgamento, registrei que o problema naquele Mandado de Segurança residia na sua concessão ou não, que objetiva, do ponto de vista processual-penal, que se dê um efeito a um recurso de apelação. No momento em que se dê efeito se tiraria a eficácia da medida, que é uma medida de urgência de segurança *pro societate*, e por ser uma medida de urgência de urgência de segurança *pro societate*, admite a possibilidade de sua concessão – e seria até uma inocência da Lei – *inaudita altera pars* – mesmo não ouvida a outra parte – se conceder. Porque se se conceder esvaziaria a finalidade da urgência, que é uma medida da urgência *pro societate*.”

Assim sendo, entendendo que o seqüestro já tem uma natureza cautelar, e conforme noticiou a decisão que recebeu a denúncia, tais bens – ora seqüestrados – em tese, terem sido produtos de crime, considerando a gravidade dos crimes narrados, a necessidade de preservar os interesses da administração, mormen-

te quando se tem, também, em tese, crime contra o Fisco, ou melhor, de descumprimento de obrigações fiscais. E mesmo que, não se tenha a perfeição de crime de lavagem de dinheiro, que será discutida na apelação que ataca a sentença – matéria de mérito, que não é o caso, pois esta ataca a medida cautelar do seqüestro, há de registrar-se que os autos noticiam indícios de remessa para o exterior de quatrocentos milhões de reais, não há como ter-se o decreto da medida cautelar de seqüestro como abusiva ou excessiva, posto que com embasamento legal, e em atendimento ao pedido do *Dominus Litis*, que tendo vislumbrado dos elementos constantes dos autos, em dois volumes e 61 apensos, consubstanciaram indícios do desvio de cerca de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) e de que os réus teriam sido responsáveis por isso. Ademais, o Magistrado singular, atendeu a necessidade premente de seqüestro dos bens dos acusados até o valor acima assinalado, vez que, segundo entendimento de S.Exa., existem fortes indícios que apontam no sentido de que os fatos criminosos descritos na denúncia propiciaram enriquecimento ilícito aos acusados, e ao ora apelante Alexandre Diógenes, havendo necessidade de salvaguardar a coisa pública, assegurando a reparação do prejuízo sofrido pelos cofres públicos, pelo que não há como acolher-se o presente recurso de apelação.

Diante de tais considerações, é de manter-se a decisão recorrida, esclarecendo, por outro lado, que, considerando que o c. STJ, ainda, não julgou o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 17.244 (nº originário do TRF MSPL 81.701-CE - 2002.05.00.022852-6) , deve ser mantida a decisão do Pleno desta Corte, quando do Julgamento do referido *mandamus* , que determinou, em uma das contas bancárias do réu, a movimentação de quantia a título de remuneração ou de *pro labore*.

Ex positis, nego provimento à apelação de Alexander Diógenes Ferreira Gomes.

É o meu voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 3.691-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelante: ANTÔNIO CLÁUDIO CAVALCANTI CYSNEIROS
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Advs./Procs.: DRS. ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTRO (APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. DESMATAMENTO DE MANGUE. LEI 9.605/98. AUSÊNCIA DE LICENÇA.

- O acusado foi devidamente intimado para os fins do art. 499 do CPP, após o MPF requerer diligência.

- Inteligência da Súmula 273 – intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado.

- Desnecessidade de aditamento à denúncia para incluir como co-responsável o proprietário da empresa contratada para construção dos viveiros, em razão do princípio da indivisibilidade não se aplicar aos casos de ação penal pública.

- Aplicação do disposto no art. 38 da Lei 9.605/98 ao acusado que desmatou, por duas vezes, área de mangue para construção de viveiros de camarão.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 5 de julho de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Antônio Cláudio Cavalcanti Cysneiros como incurso nas penas do art. 38, *caput* (por duas vezes) da Lei 9.605/98 c/c art. 69 do Código Penal por ter desmatado área de manguezal no município de Igarassu, sem autorização ou anuência do IBAMA, conforme se verifica dos fatos narrados na denúncia:

“Consta do apuratório que o denunciado com o objetivo de construir viveiros para criação de camarões marinho (carcinicultura), em fevereiro de 2000 e janeiro de 2001, desmatou, queimou e impediu a regeneração de formas vegetais componentes da Mata Atlântica em área conhecida como Ilha da Catita no Município de Igarassu-PE.

Inferre-se dos autos que o IBAMA lavrou em 22 de fevereiro de 2000, o auto de Infração nº 050935-série D, onde constou multa no valor de R\$ 3.750,00 (três mil, setecentos e cinqüenta reais) contra o denunciado, por haver desmatado 2,5 hectares de manguezal na Ilha de Catita, sem autorização daquele órgão.

(...)

Desta feita a CPRH realizou nova fiscalização na área agredida constatada anteriormente, uma nova área sofreu novas agressões ambientais, aplicando, desta vez, ao denunciado a multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), conforme auto de infração 019/01”. (Fls.4/5).

O Juiz sentenciante julgou procedente a denúncia condenando o acusado nas penas do art. 38 da Lei nº 9.605/98 fixando a pena para cada crime em 1 ano de detenção; sendo a pena de multa fixada em 2,5 salários mínimos o dia. Sendo aplicado ao caso o disposto no art. 69 do Código Penal, que torna definitiva em 2 anos de detenção e vinte dias-multa no valor, cada dia de 2,5 salários mínimos. Considerando que o acusado preenche os re-

quisitos do art. 44 do Código Penal, foi a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade, além de multa estipulada em 20 dias-multa, correspondendo cada-dia a 2,5 salários mínimos.

Inconformado, apela o acusado alegando em preliminar:

a) nulidade do ato de comunicação processual, referente ao cumprimento de carta precatória em data distinta da intimação do acusado e do defensor;

b) necessidade de reabertura de prazo para fins do art. 499, em obediência ao contraditório e a produção da prova testemunhal;

c) para que sejam os autos remetidos à Procuradoria Regional da República para oferecimento do aditamento à denúncia para incluir Itamar de Paiva Rocha no pólo passivo da relação processual.

E no mérito, para que modificando a sentença, “absolver o acusado, constatada a ausência de liame subjetivo entre seu comportamento como empreendedor e angariador de recursos para o projeto e a conduta do engenheiro de pesca Itamar de Paiva Rocha, bem como verificada, *in casu*, erro inevitável e escusável sobre a ilicitude do fato, nos termos do art. 21, *caput*, primeira parte, do Código Penal c/c art. 386, IV e V, do Estatuto Processual Penal.”

Contra-razões apresentadas.

Parecer ofertado nesta Instância, às fls. 377/381, pelo impro-
vimento do recurso, cuja ementa guarda o seguinte teor:

“Na fase do art. 499 do CPP assegura-se a ambas as partes a oportunidade de requerer diligências necessárias em face de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução, não havendo, porém, previsão de ‘réplica’ em relação aos eventuais requerimentos formulados por cada uma delas.

Consoante entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 273), intimada a defesa da expedição de carta precatória, torna-se desne-

cessária a intimação da data da audiência no juízo deprecado.

A inaplicabilidade do princípio da indivisibilidade à ação penal pública é corolário do princípio da indisponibilidade, visto que, em se encontrando presentes os requisitos legais, encontra-se o membro do *Parquet* obrigado a denunciar os autores do fato criminoso, ainda que através de processos autônomos. Evidenciando o conjunto probatório dos autos que o réu tinha pleno conhecimento da ilicitude do desmatamento de área de mangue, descabe a invocação de erro de proibição”. (Fl.377).

É o relatório. À revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Analisando, inicialmente, a preliminar de necessidade de reabertura de prazo para fins do art. 499, em obediência ao contraditório e a produção da prova testemunhal.

Tenho que não assiste razão ao apelante. É que, conforme se verifica dos autos, o Ministério Público foi intimado para os fins do art. 499 do CPP, às fls. 224, tendo no dia 26/11/01 (fl. 225) requerido o depoimento do Sr. Itamar Rocha. Por sua vez, o acusado apesar de devidamente intimado do despacho que determinou a intimação das partes para os fins do art. 499 do CPP, conforme se verifica da certidão de fls. 227, restou silente. Rejeito, pois, a preliminar.

Quanto à invalidade da comunicação processual referente à indicação errônea da data de audiência a ser realizada no Juízo Deprecado, no que concerne a ouvida do Sr. Itamar de Paiva Rocha, tenho que também não merece acolhida. É que, conforme dispõe a Súmula 273 do Superior Tribunal de Justiça:

“Súmula 273 - Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado.”

Verifico, no caso, que conforme certidão de fls. 233, o acusado e seu defensor foram intimados da expedição da Carta Precatória nº 55/02 através do Boletim da Justiça Federal nº 029/02.

No tocante à necessidade de aditamento à denúncia para incluir como co-responsável o Sr. Itamar de Paiva Rocha, em razão do princípio da indivisibilidade, entendo que não merece acolhimento.

É que, conforme os ensinamentos de Julio Fabbrini Mirabete, o princípio da indivisibilidade, diz respeito tão-somente a ação penal privada, conforme se observa do seu Código de Processo Penal Interpretado:

“Não há expresso na lei o princípio da indivisibilidade quanto à ação pública. Embora não se exija expressamente que a ação deva abranger todos os autores do crime, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública leva a esse efeito. Entretanto, a exclusão de um co-autor ou partícipe não leve à rejeição da denúncia, mesmo porque pode entender seu subscritor inexistir fundamento para sua inclusão. Além disso, a qualquer tempo pode o Ministério Público oferecer denúncia contra co-autor ou partícipe, ressalvada a hipótese de arquivamento expresso ou implícito, em que se exige novas provas para a instauração da ação penal.”

Assim já se posicionou o STF:

“O princípio da indivisibilidade da ação penal, art. 48 do CPP, refere-se aos crimes de ação privada, não alcançando os de ação pública, eis que o Ministério Público pode denunciar posteriormente os demais autores do crime”. (JSTF 157/340). (*In* Código de Processo Penal Interpretado, Atlas, 10ª ed., págs. 201 e 236).

Quanto ao mérito, sustenta o apelante a ocorrência de erro de proibição a ensejar a reforma da sentença, com a conseqüente improcedência da ação.

O art. 21 do CPB dispõe sobre erro de proibição:

“Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.”

De acordo com os autos, nota-se que o acusado não incorreu em erro de proibição ou erro sobre ilicitude, desde que tinha consciência da natureza criminosa do seu ato, conforme se verifica do teor do seu interrogatório:

“...que dos duzentos e dez hectares, oitenta hectares seriam utilizados para os viveiros; que, desses oitenta hectares, um e meio hectares seriam de manguezal; que o senhor Itamar Rocha afirmou ao interrogando que haveria a possibilidade de compensação da referida área com outra de mesmo tamanho ou maior, cabendo aí a devida requisição ao IBAMA; que o Itamar Rocha afirmou que não seria basicamente ilícito, já que haveria modificação de vida do crustáceo conhecido como ‘chié’ para o camarão marinho; que constava no contrato assinado que também caberia a Itamar tal transformação; que foi dado início ao desmatamento, chamado no contrato de ‘limpeza’; que quando foi iniciado o desmatamento, o IBAMA apareceu no local (...)”. (Fl. 104).

Por sua vez, é de se observar o que dispõe o art. 38 da Lei 9.605/98:

“Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção.

Pena – detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único – Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.”

Observo, no presente caso, que a materialidade do delito encontra-se configurada, conforme se verifica dos autos de infração anexados às fls. 29 e 33. Da mesma forma encontra-se configurada a autoria do delito, já que o acusado desmatou, por duas vezes, área vegetal de preservação permanente, mangue, para construção de viveiro de camarão.

A inexistência de licença para o desmatamento, e estando o acusado ciente da ilicitude do fato, como demonstrado, é de ser mantida a sentença pelos seus próprios fundamentos, inclusive, no tocante à fixação da pena.

O TRF- 4ª Região em caso análogo, assim se manifestou:

“PENAL. CRIME CONTRA A FLORA. FALTA DE LICENÇA DE OPERAÇÃO.

- Incorre nas sanções do art. 38, *caput*, da Lei nº 9.605/98, o agente que realiza o desmatamento e a degradação de floresta, considerada de preservação permanente, para construção de edificações, sem a devida licença de operação”. (ACR-2000 7205005898-3-SC, TRF 4ª R., 8ª T., Rel. Juiz Paulo Afonso Brum Vaz, julg. por unan. em 17/12/03 e publ. em 21/01/04).

Com essas considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 3.992-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelados: DANIEL DE LIMA ROMÃO E ERICSON FABIANO DE LIMA
Defs. Públicos: DRS. KYLCE ANNE DE ARAÚJO PEREIRA E OUTROS

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. RECO-

NHECIMENTO DE PESSOAS. LEGALIDADE. AUTORIA COMPROVADA. CONCURSO FORMAL. PROVAS TESTEMUNHAIS NÃO REFUTADAS PELA DEFESA. VALIDADE. CÁLCULO DA PENA. IMPROVIMENTO DO RECURSO DOS RÉUS. PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO MINISTERIAL.

- Se o reconhecimento do agente, levado a cabo no Departamento de Polícia Federal, observou os preceitos do artigo 226 do código de processo penal, não cabe alegar ausência de prova da autoria criminosa se em juízo, três anos após os fatos, não foi possível confirmar o reconhecimento anterior.

- Ocorre o concurso formal de crimes se no roubo a uma agência bancária, os agentes também subtraem os pertences dos clientes que ali se encontravam, havendo provas testemunhais dos fatos, não refutadas pela defesa.

- No cálculo da pena por roubo duplamente qualificado, aplica-se apenas uma das causas de aumento, incidindo a outra como circunstância agravante genérica ou como circunstância judicial desfavorável.

- Apelação dos réus improvida.

- Apelação do Ministério Público parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação dos réus e dar parcial provimento à apelação do MPF para reconhecendo a ocorrência do concurso formal, aumentar a pena dos réus em 1/6, 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, 14 de junho de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuidam os autos de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal, Daniel de Lima Romão e Ericson Fabiano de Lima, irrisignados com a sentença da lavra do Dr. Sérgio Fiúza Tahim de Sousa Brasil, MM. Juiz Federal Substituto da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco que, julgando parcialmente procedente a Denúncia ofertada, condenou Daniel de Lima Romão e Ericson Fabiano de Lima a oito anos de reclusão e multa, pelo ilícito descrito no artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II do Código Penal.

Afirma o Ministério Público Federal que a sentença deve ser reformada, aumentando-se a pena imposta por ter havido concurso fomal, já que durante o roubo à agência da Caixa Econômica Federal foram vitimados também os clientes que ali estavam, além dos vigilantes que tiveram o seu armamento subtraído. Sustenta ainda que o aumento da pena-base aplicado pelo juiz foi insuficiente, posto que haveria duas causas de aumento da pena a considerar, o que importaria na majoração em patamar superior a 1/3 (um terço).

Apelam também os réus sustentando, em síntese, que, apesar de restar provada a materialidade delituosa, não foi provada a autoria do ilícito, havendo expedição de decreto condenatório baseado em provas frágeis, obtidas sem a observância dos preceitos legais.

Com contra-razões aos recursos, vieram os autos, tocando por distribuição automática.

Em parecer da lavra do Dr. Domingos Sávio Tenório de Amorim, a Procuradoria Regional da República opinou pelo "*provimento parcial da apelação do Ministério Público Federal, tão-só para reconhecer o aumento da pena decorrente do concurso formal de crimes, e pelo improvimento da apelação dos réus.*"

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

O réus buscam reformar a sentença sob o fundamento de que não foi provada, ao menos sob o prisma da estrita legalidade, a autoria dos ilícitos, de sorte que deve ser expedido decreto absolutório. Firmam a sua pretensão afirmando que não foi observado o rito do artigo 226 do código de processo penal, além de ter havido reconhecimento apenas na esfera policial, não havendo confirmação em juízo.

Observa-se às fls. 40 e 41, através de autos de reconhecimento de pessoas lavrados no Departamento de Polícia Federal, que os reconhecedores foram instados a descrever as pessoas que participaram do roubo à agência da Caixa Econômica Federal, sendo exibidas, em seguida, pessoas semelhantes entre si e, até então, apenas suspeitas de participar do referido roubo, havendo reconhecimento dos réus como os agentes que perpetraram o ilícito. O código de processo penal estabelece:

“Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por

duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no inciso III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.”

Percebe-se assim, que os réus foram reconhecidos com a estrita observância dos ritos estabelecidos no código de processo penal. É certo que, três anos mais tarde, ocasião em que se tentou realizar o reconhecimento na esfera judicial, os réus não foram reconhecidos, no entanto, este fato é perfeitamente esperado, devido ao lapso de tempo transcorrido entre o ato judicial e os fatos delituosos, fatos esses ocorridos sob tensão extrema, estando os reconhecedores sob mira de arma de fogo e submetidos a uma ação rápida, típica de investidas daquela escol.

Dessa forma, não merece guarida a pretensão recursal dos réus, posto que tanto a materialidade quanto a autoria restaram provadas.

No que pertine à ocorrência do concurso formal de crimes, merece reparo a sentença condenatória. É que ficou provado que os réus roubaram valores de uma agência da Caixa Econômica Federal, as armas dos vigilantes da empresa privada que faziam a segurança da agência e, aproveitando a ocasião, roubaram também os clientes que lá estavam. Assim, mediante uma só ação, praticaram os réus vários crimes idênticos, lesando patrimônios diversos. Ora, o código penal define o concurso formal nos seguintes termos:

“Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Assim, perfeitamente caracterizado está o concurso formal de crimes.

A defesa dos réus argumentou que não há provas dos outros crimes, visto que não se teriam identificadas as supostas vítimas. No entanto, lê-se à fl. 98 o depoimento do Sr. Elias Sebastião Perpétuo, gerente da agência bancária:

“Que tomou conhecimento através dos outros funcionários que a quadrilha roubou além do numerário da agência, pertences pessoais de algumas pessoas e a fita de vídeo do circuito interno de TV.”

Ciente desse depoimento, a defesa não procurou desconstituir essa prova com o chamamento “*dos outros funcionários*” para que confirmassem ou não essa notícia, de sorte que os fatos são aceitos como verdadeiros.

Além dessa testemunha, o Sr. José Amaro da Costa, funcionário da mesma agência, testemunhou:

“que os assaltantes roubaram dinheiro e objetos de clientes que estavam na agência, inclusive um telefone celular dele depoente”. (Fl. 181).

Desse modo, provado está que os réus praticaram roubo em concurso formal, posto que “*Sujeito passivo do crime é não só o proprietário, possuidor ou detentor da coisa subtraída, como qualquer pessoa atingida pela violência ou ameaça ou que tenha sido, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência. A objetividade jurídica do crime é proteger o patrimônio, a integridade corporal e a liberdade das vítimas, havendo assim a possibilidade de crime único com vítimas diversas*”. (Mirabete, Júlio Fabbrini, 1999, Código Penal Interpretado, Editora Atlas, pág. 945).

Sustenta ainda o Ministério Público que o aumento da pena-base aplicado pelo juiz foi insuficiente, posto que haveria duas causas de aumento da pena a considerar, o que importaria na majoração em patamar superior a 1/3 (um terço). A esse respeito, a douta Procuradoria Regional da República assim se pronunciou:

“...tendo o Juiz sentenciante optado – sem manifestação de irresignação pela acusação – pelo cômputo de uma das majorantes (inciso II do § 2º) no cálculo da pena-base, de sorte a remanescer apenas uma causa de aumento (inciso I do § 2º) na terceira

fase de dosimetria da pena, não é razoável a fixação do aumento previsto no inciso I do § 2º do art. 157 acima do mínimo legal, visto que as circunstâncias desfavoráveis concretamente apuradas, que o justificariam, já foram computadas no cálculo da pena-base.

Ademais, o *quantum* de aumento da pena-base decorrente do reconhecimento do concurso de pessoas – já que considerado ao lado de várias outras circunstâncias judiciais – certamente corresponde ao aumento de pena requestado no apelo ministerial, de sorte que, sob esse aspecto, resta esvaziada a pretensão recursal, sob risco de *bis in idem*.” (Fl. 325).

De fato, ficou comprovada a ocorrência de duas causas de aumento da pena, a saber: uso de arma e concurso de mais de duas pessoas, no entanto, o modo de aplicação dessas majorantes no cálculo da pena está longe de ser consenso. Leia-se:

“Em sede do delito de roubo qualificado, a presença de duas causas de aumento, a denotar maior capacidade do agente, que de modo mais acerbo agride a ordem social, e a impedir oposição da vítima, conduz à exacerbação da pena em quantidade acima do mínimo, sendo razoável o acréscimo de 2/5, consoante o dispositivo constitucional que determina a individualização da pena”. (Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo – RJDTACRIM 30/245).

“Mesmo que incidam duas agravantes obrigatórias no roubo, o respectivo acréscimo não deve ultrapassar o mínimo de um terço, salvo se ocorrer circunstâncias especiais, que digam respeito às próprias majorantes. O que se deve levar em consideração não é quantidade das agravantes, mas as suas qualidades”. (Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro – RT 733/689).

“Em sede do delito de roubo, a presença de duas qualificadoras deve ensejar um aumento da pena

em 3/8, uma vez que, para se chegar a uma reprimenda justa, o sentenciante deve observar o intervalo correspondido entre o mínimo e o máximo e variar a graduação de acordo com o número de causas especiais de aumento, e como estas são em número de cinco, a majoração será: de 1/3, se presente uma causa; de 3/8, se presentes duas causas; de 5/12, se presentes três causas; de 7/16, se presentes quatro causas e de 1/2, se presentes as cinco causas especiais de aumento”. (Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo – RJDTACRIM 36/304).

“Concorrendo várias qualificadoras em um mesmo tipo penal, só uma delas deve incidir como causa de aumento. A outra, ou as demais, apenas devem servir como circunstância agravante – e mesmo assim – quando enquadráveis nas hipótese previstas pelos arts. 61 e 62 do CP”. (STF – RT 726/555-6).

“*Habeas corpus*. Homicídio duplamente qualificado. - Ao contrário do que ocorre com o concurso das causas propriamente de aumento da pena – as em que a pena é acrescida de um tanto a tanto – e em que elas devem ser consideradas todas como tal para que o aumento se faça, na terceira etapa do método trifásico, acima do acréscimo mínimo em virtude do maior grau de reprovabilidade da conduta do agente, quando o concurso é de qualificadoras em sentido estrito – e isso se dá quando se eleva a pena cominada em abstrato tanto no mínimo quanto no máximo –, para que o crime seja qualificado basta uma delas, devendo as outras (ou apenas a outra), que não podem ser tidas como causas de aumento para serem consideradas nessa terceira etapa do método trifásico, ser levadas em conta como circunstâncias agravantes genéricas, se cabíveis, ou residualmente como circunstâncias judiciais. Precedente do STF. *Habeas corpus* indeferido. (HC 80.771 / MS ;Relator: Min. Moreira Alves; Julgamento: 03/04/2001; Órgão Julgador: Primeira Tur-

ma; Publicação: DJ Data 01-06-01 PP-00078)

Percebe-se que o critério aplicado pelo juiz sentenciante guarda harmonia com este último precedente, oriundo do Supremo Tribunal Federal. Leia-se:

“Nos termos da citada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, devendo-se levar em conta apenas uma das qualificadoras da parte especial para efeito de incremento da sanção, considere-se uma das causas de aumento, no caso, a prevista no II do § 2º do art. 157 do CP (‘Se há o concurso de duas ou mais pessoas’), como circunstância judicial para fins de fixação da pena-base, porquanto tal circunstância não está prevista como agravante genérica”. (Fls. 267/268).

Assim, concorde com o posicionamento da Procuradoria Regional da República, não vislumbro razão para modificar a sentença nesse particular.

Por todo o exposto, nego provimento à apelação dos réus e dou parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para, reconhecendo a ocorrência do concurso formal de crimes, aumentar a pena dos réus em 1/6 (um sexto).

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N° 89.864-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: TECCEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. JACKSON BORGES DE ARAÚJO E OUTRO (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CO-FINS-IMPORTAÇÃO. PIS/PASEP-IMPORTAÇÃO. MEDIDA PROVISÓRIA. PRINCÍPIO DA ANTERIO-

RIDADE NONAGESIMAL. ART. 195 §5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBEDIÊNCIA. REMISSÃO AO INÍCIO DA EFICÁCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA. LEI COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE. INSTITUIÇÃO DO TRIBUTO EM PATAMAR CONSTITUCIONAL. VALOR ADUANEIRO. ALTERAÇÃO DA DEFINIÇÃO. GATT. INOCORRÊNCIA. CONCEITO PRÓPRIO DA LEI. NÃO EXCLUSIVIDADE. SIMPLES. LEI ESPECIAL. LEX ESPECIALIS DEROGAT GENERALI. NÃO INCIDÊNCIA DE NOVA TRIBUTAÇÃO. NECESSIDADE DE INCLUSÃO NO ROL DA LEI Nº 9.317/96. TRATAMENTO DIFERENCIADO, SIMPLIFICADO E FAVORECIDO DAS PEQUENAS E MICROEMPRESAS.

- O princípio da anterioridade nonagesimal exigida pelo art. 195, §6º, da Constituição Federal, relativa a instituição das contribuições da seguridade social, foi respeitado porquanto a medida provisória que instituiu a cobrança da COFINS-importação e do PIS/PASEP-importação (MP nº 164/2004), posteriormente convertida na Lei nº 10.865/04, foi editada em 29 de janeiro de 2004, mas fixou o início da sua eficácia somente a partir de 1º de maio do mesmo ano.

- Respeitado o prazo da anterioridade pela medida provisória, desnecessária é a sua repetição pela lei ordinária na qual foi convertida.

- É desnecessária lei complementar para a instituição de tributos previstos pela própria Constituição Federal em seu art. 195, razão pela qual é dispensável para a COFINS-importação e do PIS/PASEP-importação, uma vez que previsto no inciso IV, acrescentado pela EC 42/03.

- A definição do GATT de “valor aduaneiro” não se encontra em posição superior ao da Lei nº 10.865/04, diploma legal posterior, porquanto os tratados, ao serem incorporados no ordenamento pátrio, assumem status de lei ordinária, tal qual foi feito com o Decreto nº 2.498/98.

- **As empresas submetidas ao regime de tributação estabelecido pela Lei 9.317/96 (SIMPLES) não foram alcançadas pelos tributos instituídos pela Lei nº 10.865/04, tendo em vista o tratamento especial dedicado às pequenas e microempresas. Aplicação do brocardo *lex specialis derogat legi generali*.**
- **Apelação provida.**

ACÓRDÃO

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

Recife, 18 de agosto de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelação de sentença em mandado de segurança que denegou o pedido formulado, impetrado com o objetivo de impedir a cobrança de PIS/PASEP-importação e de COFINS-importação, diante da suposta inconstitucionalidade da Lei nº 10.865/04. Argumenta que é ilegal a cobrança de tais tributos instituídos pela MP nº 164/04, posteriormente convertida na Lei nº 10.865/04 uma vez que seria necessária lei complementar para a sua instituição.

Alega, outrossim, que a mencionada lei modificou o conceito de “valor aduaneiro” ao incluir uma nova base de cálculo, em divergência com as normas de direito internacional do GATT. Por fim, aduz que, sendo integrante do regime do SIMPLES, a cobrança dessas novas contribuições viola a Lei nº 9.317/96, que determinaria a incidência de tributos em *numerus clausus* e é lei especial em relação a Lei nº 10.865/04, e não poderia ser modificada por lei

posterior genérica.

Contra-razões apresentadas, vieram-me os autos conclusos para julgamento.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A controvérsia da presente demanda encontra-se na verificação da possibilidade de cobrança do PIS/PASEP-importação e da COFINS-importação, para as empresas que se submetem ao regime do SIMPLES, e também na análise da suposta inconstitucionalidade desses tributos.

Inicialmente, cabe rechaçar a argüição de ilegalidade da cobrança, porque teria havido desobediência ao princípio da anterioridade nonagesimal, exigida pelo art. 195, § 6º, da Constituição Federal.

A medida provisória que instituiu a cobrança (MP nº 164/2004) e depois foi convertida na Lei nº 10.865/04, foi editada em 29 de janeiro de 2004, estipulando que somente produziria efeitos a partir de 1º de maio do mesmo ano, respeitando, desta maneira, o prazo de 90 dias exigido para a instituição das contribuições da seguridade social. Por esta mesma razão, a lei em que a medida provisória foi convertida também respeitou esse prazo de anterioridade, uma vez que este prazo já tinha sido obedecido pela medida provisória.

Neste sentido, manifesta-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do qual traz-se à colação o seguinte aresto, acerca do início da eficácia das medidas provisórias relativas ao prazo nonagesimal bem como da desnecessidade de renovação desse mesmo prazo pela lei na qual foi convertida:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. MEDIDA PROVISÓRIA: REEDIÇÃO. PRAZO NONAGESIMAL: TERMO INICIAL.

I - Não perde eficácia a medida provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional,

mas reeditada, por meio de nova medida provisória, dentro de seu prazo de validade de trinta dias.

II - Princípio da anterioridade nonagesimal: CF, art. 195, § 6º: contagem do prazo de noventa dias, medida provisória convertida em lei: **conta-se o prazo de noventa dias** a partir da veiculação da primeira medida provisória.

III - Precedentes do STF: RE 232.896/PA; ADI 1.417/DF; ADI 1.135/DF; RE 222.719/PB; RE 269.428-AgR/RR; RE 231.630-AgR/PR.

IV - Agravo não provido.

(RE 359.044 AgR / PR, Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, Julgamento: 30/03/2004, DJDATA: 30/04/2004, pág. 02054).

No tocante à impossibilidade de instituição dessas contribuições para a seguridade social por medida provisória, tese defendida pela apelante, percebe-se que igualmente não merece acolhimento. Isto porque o disposto no art. 62, § 2º, da Constituição Federal trata de impostos e do regime a que esses tributos especificamente quando veiculados por medida provisória, se submetem. A restrição a ser obedecida por essas contribuições, que obedecem ao prazo nonagesimal, é de que as medidas provisórias que tratarem desta matéria somente terão eficácia depois de ultrapassado esse lapso temporal, ou seja, não poderá ter incidência imediata, mas a partir da prorrogação da vigência da medida provisória.

Em relação ao argumento da suposta ilegalidade da cobrança de tais tributos, sob a alegação de que seria necessária lei complementar para a sua instituição, também não merece acolhimento a pretensão recursal.

As contribuições do PIS/PASEP-importação e da COFINS-importação não necessitam de lei complementar para a sua instituição em vista do que está alinhado no § 4º do art. 195 da Constituição Federal, que se passa a transcrever:

“Art. 195, § 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido ao disposto no art. 154, I.”

Em outras palavras, exigir-se-ia lei complementar quando houvesse necessidade de a instituição de tributos suplementares para a manutenção ou expansão da seguridade social. Para o PIS/PASEP-importação e a COFINS-importação, contudo, é desnecessária a edição de lei complementar, uma vez que estes tributos estão previstos pela própria Constituição, mediante a alteração veiculada pela Emenda Constitucional nº 42/2003.

Essas são modalidades de contribuição para a seguridade social, nos termos do art. 195 da Carta Magna, sendo esta financiada por toda a sociedade, direta ou indiretamente e, em especial, pelas contribuições sociais definidas em seus incisos, como é o caso do importador de bens ou serviços do exterior, ou quem a lei a ele equiparar, consoante determina o inciso IV desse artigo, com redação dada pela EC 42/03.

Dada a imperatividade desse dispositivo normativo, percebe-se que a determinação legal de incidência da COFINS e do PIS/PASEP em importações é decorrente de fundamento constitucional e autoriza, via de consequência, que a regulamentação seja feita por lei ordinária. Desta maneira, é necessária lei complementar quando houver estipulação de **novas** fontes de custeio, diversas daquelas trazidas pelo art. 195 da CF, e via de consequência, será dispensável quando se tratar de fontes **originárias** de custeio, quer sejam elas trazidas pelo legislador constituinte, quer pelo derivado.

Em relação à questão da modificação do conceito de “valor aduaneiro”, mencionado no art. 149, § 2º, inciso III, alínea *a* da Constituição Federal, como base de cálculo das contribuições das quais ora se trata. Desta maneira, a Lei nº 10.865/04 definiu o seu alcance da seguinte forma:

“Art. 7º. A base de cálculo será:

I - o valor aduaneiro, assim entendido, para os efeitos desta Lei, o valor que servir ou que serviria de base para o cálculo do imposto de importação, acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incidente no

desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições, na hipótese do inciso I do *caput* do art. 3º desta Lei; ou (...)"

A impugnação do impetrante, ora apelante, encontra esteira justamente no argumento de que "valor aduaneiro" já possuiria uma definição que fora dada pelo acordo sobre a Implementação do artigo VIII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT, cuja incorporação foi insculpida no Decreto 2.498/98, em seus artigos 17 e 18 e que, por conseguinte, essa mudança contraria os artigos 98 e 110 do Código Tributário Nacional. Observe-se o conceito conferido pelo GATT:

"Art. 17. No valor aduaneiro, independentemente do método de valoração utilizado, serão incluídos (parágrafo 2º do artigo 8º do Acordo de Valoração Aduaneira):

I - o custo de transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação;

II - os gastos relativos a carga, descarga e manuseio, associados ao transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação; e

III - o custo do seguro nas operações referidas nos incisos I e II.

Art. 18. Na apuração do valor aduaneiro segundo o método do valor de transação não serão considerados os seguintes encargos ou custos, desde que estejam destacados do preço efetivamente pago ou a pagar pela mercadoria importada, na respectiva documentação comprobatória:

I - encargos relativos à construção, instalação, montagem, manutenção ou assistência técnica, executados após a importação, relacionados com a mercadoria importada; e

II - o custo de transporte após a importação."

De fato, houve uma alteração conceitual relativa à definição do GATT de "valor aduaneiro" e na Lei nº 10.865/04. Contudo, essa diferença não implica na sobrelevação da definição do GATT so-

bre a lei posterior. Esse entendimento é claro quando se verifica qual a posição que os tratados, em relação ao direito brasileiro, ocupam no ordenamento.

Ao serem incorporados, tal qual foi feito no Decreto nº 2.498/98, esses instrumentos normativos passam a assumir o *status* de lei ordinária; posto isso, existe, no caso, somente aparente conflito entre normas de direito internacional e de direito interno, uma vez que esta questão encontra-se superada em razão do seu ingresso no ordenamento, situação que passa a ser regida, portanto, pela regra geral de cronologia entre normas jurídicas, razão pela qual prevalece a posterior – a Lei nº 10.865/04, no caso.

Não é outro, aliás, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação às normas internacionais incorporadas, insculpido na relatoria lapidar do Ministro Celso de Mello, conforme é possível verificar nos arestos adiante colacionados:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF,

ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Esta-

do - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.

[...]

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.

- Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes". (Grifei).

(ADI 1480 MC/DF, Min. Celso de Mello, Julgamento: 04/09/1997, Tribunal Pleno, Publicação: DJ DATA-18-05-2001).

“EXTRADIÇÃO - CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA E DE CONCUSSÃO - DISCUSSÃO SOBRE MATÉRIA PROBATÓRIA - INADMISSIBILIDADE - DERROGAÇÃO, NESTE PONTO, DO CÓDIGO BUSTAMANTE (ART. 365, 1, *IN FINE*), PELO ES-

TATUTO DO ESTRANGEIRO - PARIDADE NORMATIVA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS BRASILEIRAS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS - PROCESSO EXTRADICIONAL REGULARMENTE INSTRUÍDO - JURISDIÇÃO PENAL DO ESTADO REQUERENTE SOBRE OS ILÍCITOS ATRIBUÍDOS AOS EXTRADITANDOS - JULGAMENTO DA CAUSA PENAL, NO ESTADO REQUERENTE, POR TRIBUNAL REGULAR E INDEPENDENTE - RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO PENAL EXTRAORDINÁRIA CONCERNENTE AO DELITO DE CORRUPÇÃO PASSIVA - ACOLHIMENTO PARCIAL DA POSITIVAÇÃO EXTRADICIONAL UNICAMENTE QUANTO AO CRIME DE CONCUSSÃO - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. CÓDIGO BUSTAMANTE - ESTATUTO DO ESTRANGEIRO.

[...]

PARIDADE NORMATIVA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS BRASILEIRAS E TRATADOS INTERNACIONAIS - Tratados e convenções internacionais – tendo-se presente o sistema jurídico existente no Brasil (RTJ 83/809) – guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro. A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas do Brasil. A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá – presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico –, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.[...]” (Grifei)

(Ext. 662/PU, - PERU EXTRADIÇÃO, Min. Celso de Mello, Julgamento: 28/11/1996, Tribunal Pleno, DJ DATA 30/05/1997).

Por este motivo, também, é que não é possível uma interpretação do art. 110 do CTN tal qual pretende o apelante. O mencionado artigo dispõe, *in verbis*:

“Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

O art. 7º, inciso I, da Lei nº 10.865/04 não alterou conceito de normas de direito privado. Cabe registrar que esse dispositivo pretende garantir aos contribuintes uma vedação a mera extensão da incidência de normas tributárias, configurando, na prática, mais um corolário do princípio da legalidade em matéria tributária. Por este motivo é que se veda a alteração da definição, do conteúdo e do alcance de institutos, conceitos e formas de **direito privado** que sejam utilizados para **definir** ou **limitar competências tributárias**.

No exemplo trazido por Luciano Amaro¹, é vedado ao legislador ordinário equiparar os bens móveis a imóveis, para efeitos fiscais, a fim de ampliar a competência já outorgada na Constituição a cada uma das esferas legislativas de poder. Ou seja, o conceito de “bem imóvel” encontra-se lastreado na definição trazida pelo direito civil e a ele deve se reportar.

Contudo, a situação que se vê nos autos é diversa. A Lei nº 10.865/04 não definiu ou limitou competências, mas criou um novo tributo, obedecendo a previsão constitucional que não conceituou “valor aduaneiro”, para então fixar os elementos da obrigação tributária do PIS/PASEP-importação e da COFINS-importação.

¹ Amaro, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, págs. 101-102.

O conceito de “valor aduaneiro” é específico, neste caso, às exações mencionadas e é ao mesmo tempo um conceito econômico, razão pela qual não possui uma conceituação unívoca. No momento em que a Lei nº 10.865/04 fixa, em relação a essa norma, o que entende por “valor aduaneiro”, ocorre apenas a explicitação da extensão, para os efeitos da incidência dos tributos de que trata. Por este motivo, percebe-se que o legislador ordinário não extrapolou as suas competências, mas de outro modo, atuou na sua exata medida, dentro da moldura normativa existente e da autorização constitucional pertinente a COFINS-importação e do PIS/PASEP-importação.

Quanto à circunstância de estar, a empresa impetrante, sujeita ao regime do SIMPLES, e em vista disso, não poder ser contribuinte desses novos tributos, percebe-se que a ela assiste razão.

De fato, como corretamente assinalado pela ilustre magistrada *a quo*, a participação de qualquer empresa no SIMPLES não pode significar imunidade tributária em relação a exações posteriores. Tenho, contudo, que este não é o caso dos autos.

A lei do SIMPLES embora tenha *status* de lei ordinária, razão pela qual, as suas disposições, a princípio, estariam revogadas em virtude da Lei nº 10.865/04, lei posterior (*lex posterior derogat priori*), não pode ser afastada pela lei que criou a COFINS-importação e o PIS/PASEP-importação. Isso porque a lei do SIMPLES afigura-se uma norma especial, frente às disposições da Lei nº 10.865/04, diante do brocardo *lex specialis derogat legi generali*.

Desta maneira, não é admissível a cobrança de novos tributos que não estejam expressamente elencados na lei do SIMPLES, a qual determina o seguinte:

“Art. 3º. A pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, na forma do art. 2º, poderá optar pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

§ 1º A inscrição no SIMPLES implica pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições:

- a) Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ;
- b) Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP;
- c) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;
- d) Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS;
- e) Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI;
- f) Contribuições para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que tratam a Lei Complementar nº 84, de 18 de janeiro de 1996, os arts. 22 e 22A da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 e o art. 25 da Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994.

§ 2º O pagamento na forma do parágrafo anterior não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

- a) Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF;
- b) Imposto sobre Importação de Produtos Estrangeiros - II;
- c) Imposto sobre Exportação, para o Exterior, de Produtos Nacionais ou Nacionalizados - IE;
- d) Imposto de Renda, relativo aos pagamentos ou créditos efetuados pela pessoa jurídica e aos rendimentos ou ganhos líquidos auferidos em aplicações de renda fixa ou variável, bem assim relativo aos ganhos de capital obtidos na alienação de ativos;
- e) Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR;
- f) Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira - CPMF;
- g) Contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;
- h) Contribuição para a Seguridade Social, relativa ao empregado.

§ 3º A incidência do imposto de renda na fonte rela-

tiva aos rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações de renda fixa ou variável e aos ganhos de capital, na hipótese da alínea *d* do parágrafo anterior, será definitiva.

§ 4º A inscrição no SIMPLES dispensa a pessoa jurídica do pagamento das demais contribuições instituídas pela União.”

Percebe-se que as contribuições usuais da COFINS e do PIS/PASEP estão incluídas no rol de tributos com pagamento unificado – contudo, não existe disposição acerca do PIS/PASEP-importação e da COFINS-importação. Desta maneira, conclui-se que tais tributos, para as consideradas micro e pequenas empresas somente poderiam estar arroladas na expressa dicção do art. 3º, § 4º, que assinala:

“§ 4º A inscrição no SIMPLES **dispensa** a pessoa jurídica do pagamento das **demais contribuições instituídas pela União.**”

Ora, a Lei nº 10.865/04 instituiu novos tributos e como não houve o tratamento específico exigido para a forma de pagamento simplificado ou favorecido, nem tampouco houve a determinação de que tais exações seriam cobradas de qualquer forma, dentro do que dispõe o § 2º em que não está excluída a incidência dos impostos e contribuições relacionadas, impende concluir que as micro e pequenas empresas **estão dispensadas** do pagamento desses dois novos tributos.

É inadmissível a cobrança indiscriminada de novos tributos em relação a esses entes justamente em função de suas condições peculiares. De fato, a constatação de sua maior vulnerabilidade, é consentânea com o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido a elas dispendido, em que se erige o valor igualdade e o princípio da isonomia ao patamar mais elevado. De fato, alcança-se esses objetivos quando se tratam aqueles que são diferentes na exata medida de sua desigualdade, a fim de atingir uma igualdade material, e não meramente formal.

Ante todo o exposto, dou provimento à apelação para conceder a segurança, a fim de que a autoridade coatora abstenha-se

de cobrar o PIS/PASEP-importação e a COFINS-importação quando do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas pela impetrante, empresa de pequeno porte, bem como de aplicar-lhe quaisquer sanções pelo não-pagamento desses tributos.

Assim voto.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 301.337-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Embargante: UNIÃO
Embargados: ZENÓBIO LINS E OUTRO
Partes Rés: EDVALDO MORENO GÓES E OUTRO
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ CARLOS LIMA DE MEDEIROS E OUTROS (EMBDOS.) E JANAINA SHISHIDO GOES E OUTROS (PARTES R.)

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. REGIME DE OCUPAÇÃO. TERRENO DE MARINHA.

- Pelo Decreto-Lei nº 9.760, de 05/09/46, os bens imóveis da União, podem ser objeto de utilização em serviço público, locação, aforamento enfiteutico, cessão, ocupação legal, não há falar em domínio direto e domínio útil, pois somente é admitida essa dualidade dominial no aforamento enfiteutico.

- No caso presente há loteamento e ocupação do imóvel sem existência de enfiteuse, situação que impede o deferimento do pleito de usucapião almejado pela parte autora.

- O voto vencedor baseou-se no entendimento de que a simples indicação na escritura do imóvel que se trata de terreno de marinha, já ensejaria a presunção da enfiteuse, posto que se

de ocupação clandestina se tratasse não haveria registro imobiliário.
- Embargos infringentes providos.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por voto de desempate, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 27 de abril de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de embargos infringentes interpostos pela União, visando desconstituir acórdão proferido pela egrégia Primeira Turma deste colendo Tribunal, que, por maioria, deu provimento à apelação dos ora embargados, concedendo-lhes o direito de usucapião de terreno de marinha.

Alega a embargante, acostando-se ao voto vencido do eminente Desembargador Ubaldo Ataíde Cavalcante, que os embargados não fazem jus ao direito de usucapião em virtude do terreno tratar-se de bem público. Aduz, ainda, que a posse, sem oposição e interrupção, não ficou devidamente comprovada, como também não restou satisfeito o requisito do prazo de 5 (cinco) anos, previsto pelo art. 183 da Constituição Federal.

Os embargados, intimados na forma da lei, deixaram fluir *in albis* o prazo legal para apresentarem impugnação aos embargos.

É o relatório.

Submeto os autos ao eminente Revisor, Desembargador Federal José Maria Lucena.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Realmente, não há prova nos autos da existência do aforamento e nem qualquer documento que comprove a ocupação que motivou a decisão de improcedência ao pleito da autora do usucapião.

Neste passo, conveniente gizar que o Decreto-Lei nº 9.760, de 05/09/46 regulamentou, quanto aos bens imóveis da União, sua declaração, sua identificação, sua utilização em serviço público, sua locação, seu aforamento, sua cessão, sua ocupação e sua alienação.

No capítulo III, do Título I (arts. 86/98) tratou das locações; no capítulo IV, Título II (arts. 99 a 124) cuidou do aforamento enfiteutico e no capítulo VI, Título II (arts. 127 a 133), baixou as normas relativas às ocupações.

Interessa-nos aqui o exame da utilização do imóvel da União por aforamento e por ocupação, a fim de verificar-se sob qual deles se fez a regularização dos lotes 5 e 15 da quadra D, do loteamento Jardim Continental, perante o Serviço de Patrimônio da União de Pernambuco.

O documento de fls. 10/11 dá conta de que os lotes são acrescidos de marinha, cujo senhorio é a União Federal, sem mencionar o regime jurídico da posse.

O regime de aforamento depende de prévia autorização do Presidente da República, salvo se já houver permissão legal, artigo 99, cabendo ao SPU a aplicação do aludido regime aos imóveis na utilização em serviço público, artigo 64, par. 2º c/c, artigos 100, 104 e 109, após consulta aos órgãos competentes da Administração Pública Federal. Tramitando regularmente o pedido de aforamento enfiteutico e deferido, é lavrado no SPU, o contrato próprio onde são especificadas as características do imóvel e estabelecidas as condições, artigos 100, 104, 108 e 109.

Importante gizar que somente nos casos de enfiteuse, que constitui no direito brasileiro *jus in re aliena*, é que distingue o do-

mínio útil do domínio direto.

Washington de Barros Monteiro, no seu Curso de Direito Civil – Direito das Coisas – 5ª edição, Ed. Saraiva, entende ser impossível, mesmo na enfiteuse, que constitui direito real sobre coisa alheia, a dualidade *domini* em direito útil. “Essa dualidade de domínio não se concilia com a técnica do direito brasileiro, que consagra o domínio da exclusividade do direito de propriedade. O art. 527 da lei civil torna absolutamente impossível a coexistência de dois direitos de propriedade sobre a mesma coisa” (p. 249). Em face da redação do art.678 do Código Civil, admite uso das expressões domínio direto e domínio útil, nas enfiteuses, porém, acomodando-as de antiquadas e sem rigor científico, p. 251.

No caso da ocupação das terras públicas, o Decreto-Lei nº 9.760/46, nos artigos 127 a 133, regula essas ocupações de terrenos da União, estabelecendo, em resumo:

a) os ocupantes de terreno da União, sem título, são inscritos, de ofício, pelo SPU e pagam uma TO (taxa de ocupação);

b) em caso de inadimplência do ocupante por mais de dois anos, o SPU promoverá a cobrança executiva e providenciará a desocupação do imóvel;

c) permite-me a transferência onerosa sobre as benfeitorias edificadas no terreno ocupado, mediante o pagamento de um laudêmio de 5% sobre o valor do terreno e das benfeitorias após a aquiescência do SPU;

d) se a União necessitar do mencionado terreno o SPU poderá negar licença para a transferência;

e) a inscrição do ocupante no SPU e o pagamento da TO (taxa de ocupação) não implicam em reconhecimento pela União de qualquer direito de propriedade do ocupante sobre o terreno ou ao seu aforamento, salvo nas hipóteses de tratar-se de ocupante inscrito até o ano de 1940, quites com as taxas de ocupação;

f) a União se reserva o direito de, a qualquer tempo, necessitando do imóvel, imitir-se em sua posse, indenizando as benfeitorias se a ocupação houver sido feita de boa fé;

O aforamento enfiteutico e a ocupação são formas completa-

mente distintas de utilização de imóveis da União.

No aprazamento foreiro, em regime de enfiteuse há que se distinguir o domínio útil do senhorio direto. Na ocupação, não se encontra essa distinção, porque o domínio é exclusivo da União que não transmite ao ocupante qualquer direito de propriedade, nem lhe dá direito o seu aforamento. A constituição do seu aforamento depende de autorização presidencial ou legal; para a ocupação basta sua inscrição no SPU e o pagamento das TOs (Taxas de Ocupação). No aforamento enfiteutico, o bem aprazado passa ao foreiro, que dele usa, goza e dispõe; na ocupação, os direitos do ocupante se resumem no seu uso e gozo e disponibilidade das benfeitorias. Aquele é perpétuo e definitivo, tomando seu conceito no direito civil não podendo ser retirado pelo senhorio direto; este é temporário e provisório, sendo resolúvel a qualquer tempo pelo proprietário do bem, o poder público. Inúmeras são as diferenças entre essas formas de utilização dos bens públicos. Não há como confundi-las.

Conceituados os institutos e analisados o documento de fl. 09, estabelecidas essas diferenças estruturais dos institutos, não há como deixar de reconhecer que, no presente caso:

- houve ocupação e não aforamento;

- a ocupação não tem e não teve o condão de transmudar o terreno foreiro, porque não se trata o condomínio de ocupante inscrito até 1940, e pela disposição do artigo 131 do Decreto-Lei 9.760/46 veda-se, expressamente, a aquisição do direito ao aforamento a esse ocupante;

- na hipótese não há como separar o domínio útil, o que se dá e de modo criticável e impróprio, somente na enfiteuse, que, no direito brasileiro, constitui direito real sobre a coisa alheia.

Tenho que a sentença *a quo* não merece qualquer reparo.

Não prospera a alegação de que suposta dívida quanto à propriedade da área deveria ser sanada na fase de dilação probatória da ação. O substrato probatório, na ação de usucapião extraordinário, restringe-se à prova de seus requisitos, quais sejam, a posse mansa e pacífica com ânimo de dono e o lapso temporal. E aparentemente não há dúvida quanto à propriedade do imóvel per-

tencer à União Federal, restando à autora apenas a situação de ocupante.

O voto vencedor baseou-se no entendimento de que havendo escritura que menciona “salvo o terreno de marinha alagado cujo senhorio é a União Federal”. O relator da apelação asseverou não constar na escritura a indicação da enfiteuse.

O voto vencido mencionou que pela leitura dos documentos acostados aos autos, o loteamento situado no bairro da Boa Viagem-PE, no qual está encravado o imóvel, o qual se pretende usucapir, está sob regime de ocupação, não de aforamento, razão pela qual não se observa atendido o requisito necessário para aquisição da propriedade pela via eleita, qual seja, a existência de enfiteuse.

A enfiteuse deve ser provada sendo irrelevante o registro do bem no cartório ainda mais quando indicado no registro, de acordo com as certidões de fls. 18/19 em que não foi identificado nenhum outro assentamento concernente a outros direitos reais.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso.

É como voto.

HABEAS CORPUS N° 2.124-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Impetrantes: DRS. ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTROS
Impetrado: JUÍZO DA 4ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Pacientes: JACINTO MONTEIRO DIAS, MARIA DEL PILAR NOGUES DIAS, MIRELLA MAYMONE RIBEIRO DIAS, CARLOS ALBERTO GUIMARÃES PADILHA, JORGEANE MONTEIRO MERIGUETTE, ARTHUR TILMANN MAIA NETO E EMERSON HENRIQUE CALADO DE OLIVEIRA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E DE “LAVAGEM” DE DINHEIRO. OPERAÇÃO “FAROL DA COLI-

NA". DEPÓSITO DE PASSAPORTES DOS PACIENTES EM JUÍZO. DECISÃO DE NATUREZA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO.

- A decisão hostilizada, de natureza cautelar, em razão de apresentar-se por texto lacônico, e não repetitivo da motivação e dos fundamentos jurídicos do pleito formulado pelo Ministério Público Federal, em promoção apresentada no mesmo dia em que ofertada a denúncia, não caracteriza ato de constrição ilegal na liberdade de ir e vir dos ora pacientes, que são acusados da possível prática de delitos contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro.

- No caso, a retenção dos passaportes deve produzir o efeito imediato de coibir que os pacientes possam se furtar à aplicação da lei, sem que resulte qualquer característico de ameaça à liberdade de locomoção. A medida em si mesma considerada, neste ponto, nos estritos limites do poder de cautela do juiz, revela-se assecuratória e visa, por primeiro, o resguardo do cumprimento da pena que possa vir a ser imposta aos pacientes e, depois, impedir que possam eles se ausentar do país antes do juízo de culpa.

- Ordem de habeas corpus denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, denegar 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, 4 de agosto de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELLHA:

Cuida-se de *habeas corpus* que impetra o advogado Ademar Rigueira Neto em favor de Jacinto Monteiro Dias, Maria Del Pilar Nogueira Dias, Mirella Maymone Ribeiro Dias, Carlos Alberto Guimarães Padilha, Jorgeane Monteiro Meriguette, Arthur Tilmann Maia Neto e Emerson Henrique Calado de Oliveira, cujo objetivo é a declaração de nulidade da decisão do MM. Juiz Federal Substituto da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, Dr. Gustavo Pontes Mazzocchi, que, nos autos da ação criminal nº 2004.83.00.006319-3, em deferindo pleito do *Parquet* Federal, determinou aos pacientes que efetuassem o depósito de seus passaportes em juízo, no prazo de cinco dias, sob pena de prisão por crime de desobediência, e, ainda, que fosse cientificada a Polícia de Fronteiras de que os pacientes estavam proibidos de sair do país e vedada, inclusive, a emissão de passaportes aos mesmos.

Diz o impetrante que:

“Em 28 de fevereiro de 2005, foi deferido por aquele ínclito Juízo o seqüestro de todos os bens imóveis registrados sob a titularidade dos pacientes bem como a apreensão e indisponibilidade dos bens móveis em decisão manifestamente carente de fundamentação (Doc. 02). Deu-se causa, *data venia* (continua o impetrante), a uma medida constritiva ilegal a partir de precipitada e infundada promoção do Ministério Público Federal.”

Continua o impetrante em sua explanação de motivos, voltando-se propriamente ao cerne do presente *mandamus*:

“Na referida decisão, a douta autoridade coatora determinou, ainda, que os pacientes depositassem seus passaportes no prazo de cinco dias, sob pena de prisão por crime de desobediência, bem como que a Polícia de Fronteiras fosse cientificada de que os pacientes estavam proibidos de se ausentar do país e lhes estava igualmente vedada a emissão de

passaportes.”

A alegação da impetração consiste, basicamente, em que a decisão do Juízo *a quo*, de natureza cautelar, violaria o princípio da motivação das decisões judiciais, pois carente de qualquer fundamentação idônea que a embasasse, nos termos do artigo 130, I, do Código de Processo Penal. Ressalta, ademais, que foi a medida tomada em momento posterior aos interrogatórios de todos os pacientes, com a presunção de que eles viriam a se furtar aos termos da ação penal.

Em passo contínuo, aduz a impetração que a ação criminal abrange matéria de grande complexidade probatória, mormente quando os pacientes arrolaram testemunhas a serem ouvidas e haveria necessidade de realização de perícia, a demandar considerável lapso de tempo, o que, de toda sorte, a proibição de os pacientes se ausentarem do país, durante a instrução criminal, consistiria em limitação de liberdade. A retenção dos passaportes seria, pois, medida que repercute sobre sua subsistência; alguns dos pacientes residiriam fora do País, outros são estrangeiros e, nessa condição, necessitariam, viajar a seu país natal, onde exerceriam atividades profissionais; casos haveria de pacientes com dupla cidadania que apresentam vínculos com os Estados dos quais adquiriram a nacionalidade.

Argumenta que a medida constritiva constituiria ato ilegal e desnecessário, pois, genérico, atingiria e cercearia o direito de ampla defesa; incidiria os efeitos de tal ato sobre a própria liberdade de locomoção dos pacientes, inclusive no tocante a concorrer para sua subsistência familiar, a caracterizar-se antecipação de eventual sanção penal.

Pugna pela concessão da ordem, para ser declarada a nulidade da decisão proferida pelo Juízo de primeiro grau.

É este, em sua essencialidade, o objeto do *habeas corpus*.

O impetrante coligiu, como suporte à inicial, os documentos que se referem, unicamente, à denúncia (cópia apócrifa às fls. 12/78) e à decisão hostilizada (fls. 79/81).

O Desembargador Federal Marcelo Navarro requisitou informações à autoridade coatora, que as prestou às folhas 99/116,

acompanhadas de cópia (fls. 99/116) de decisão por ele proferida em 04/04/2005, esclarecendo os fundamentos de sua decisão anterior (fls. 117/125), e cópias dos termos de interrogatório dos pacientes (fls. 99/183).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pela denegação da ordem de *habeas corpus*, no parecer de folhas 185/193.

Faz-se necessário registrar, por oportuno, o fato de haver sido este *habeas corpus* distribuído, originariamente, ao Desembargador Federal Marcelo Navarro, que declinou da competência (fls. 203/204) para o seu julgamento a esta egrégia Turma. Assim sendo, procedeu-se a redistribuição do feito em face do julgamento do HC 1976–PE, de minha relatoria.

À folha 210, reconheci a prevenção entre os feitos, sendo regularmente intimadas desta decisão a impetração e a Procuradoria Regional da República.

É o relatório. Ponho em mesa para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator) :

Colhe-se dos autos que os pacientes foram denunciados como incurso nas penas dos delitos tipificados nos artigos 11, 16, 22, *caput* e parágrafo único da Lei nº 4.492/86, artigo 1º, incisos VI e VII, § 4º, da Lei 9.613/98, c/c artigos 288, 69 e 71, ambos do Código Penal, pela prática de crimes contra o sistema financeiro e de “lavagem” de dinheiro. No agir que lhes é imputado na denúncia, os pacientes teriam promovido evasão de divisas do País e efetuado operações de câmbio não autorizadas; teriam operado instituição financeira clandestina e, ainda, movimentado recursos e valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação, o que ocorria, por exemplo, na administração da empresa Norte Câmbio Turismo, a que eles eram vinculados.

É de conhecimento que, amplamente, a imprensa noticiou, à época, as investigações levadas a efeito pela Polícia Federal na chamada operação “Farol da Colina”, deflagrada em todo o território

rio nacional, em torno de condutas de inúmeras pessoas, dentre nacionais e estrangeiras, supostamente envolvida em lavagem de dinheiro e remessa ilegal de recursos para o exterior, segundo dados da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Banestado.

Ora, os fatos aqui ventilados são do conhecimento desta egrégia Turma, quando do julgamento do HC 1.976-PE, de que fui relator, havendo pronunciamento favorável pela concessão da ordem, revogando-se o decreto de prisão preventiva de Jacinto Monteiro Dias, brasileiro, naturalizado português, e Maria Del Pilar Noguez Dias, de nacionalidade paraguaia.

Com a pretensão deduzida neste *habeas corpus*, tenciona o impetrante, como antes relatado, anular a decisão em que a autoridade apontada coatora, ao deferir pleito do *Parquet* Federal, determinou aos pacientes o depósito de seus passaportes em juízo, sob pena de prisão por crime de desobediência, e os proibiu de saírem do País, vedando a emissão de novos passaportes em seus nomes.

Cabe frisar, por primeiro, que a impetração sustenta-se, em resumo, ao argumento de que inexistiria qualquer amparo legal para a decisão ora vergastada, pois estaria ela reduzida a simples comando “defiro”, por força da qual teria resultado a ameaça ao *status libertatis* dos pacientes.

Da parte que é o objeto da análise, destaco da decisão do Juízo:

“Defiro o quanto postulado pelo MPF no item ‘5’ da promoção antes referida.

Intimem-se, a fim de que depositem os respectivos passaportes, no prazo de 05 dias, sob pena prisão por desobediência.

Comunique-se imediatamente à polícia de fronteiras que os acusados estão proibidos de se afastarem do país e que não se deverá emitir passaporte a qualquer dos denunciados.

Comunique-se o teor da presente decisão aos Consulados do Paraguai, Portugal, Espanha e Estados Unidos, e também ao Ministério da Justiça, a fim de que comunique às respectivas Embaixadas, solici-

tando-se que não expeçam passaportes aos acusados indicados no item '5' da promoção, até o término da ação penal a que respondem, o que será oportunamente comunicado;”

Feita esta breve digressão de importância ao julgamento, retomo o curso da análise da questão discutida neste remédio heróico.

Com efeito, está o juiz sujeito ao dever de motivar os seus atos que reflita, de alguma sorte, sobre a liberdade individual.

Em nosso ordenamento jurídico prevalece o princípio do livre convencimento, de que é o juiz livre quanto aos elementos que motivam o seu convencimento. As decisões emanadas do Estado-Judicante devem ser fundamentadas, como desígnio de sua própria eficácia, conforme os termos preconizados no artigo 93, IX da Constituição Federal, voltado ao princípio da segurança nas relações entre jurisdicionados e Estado.

A exigência de fundamentação, pois, sem equívoco algum, constitui-se elemento essencial da garantia do cidadão contra possíveis arbitrariedades que possam praticar o magistrado.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que:

“Não há, em tema de liberdade individual, a possibilidade de se reconhecer a existência de arbítrio judicial. Os juízes e tribunais estão, ainda que se cuide do exercício de mera faculdade processual, sujeitos, expressamente, ao dever de motivação dos atos constitutivos do *status libertatis* que pratiquem no desempenho de seu ofício.”

(STF. HC 68.530-SP. Relator Ministro Celso de Mello. DJ: 05/03/1991).

Contudo, estamos diante de um caso em que a impetração volta-se, repito, contra uma decisão que se alega destituída de fundamentação legal.

Urge destacar a excepcionalidade que revela a hipótese destes autos, para reconhecer, diante deste caso, a procedência de decisões cautelares como a que tomou o Juízo coator.

A propósito do tema, e dada a sua aplicabilidade, por analogia, ao caso em julgamento, permito-me fazer referência, de mero ilustrativo, a acórdão do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. ADOÇÃO DA MOTIVAÇÃO MINISTERIAL. POSSIBILIDADE.

1. A toda evidência, a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

2. Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada.

3. Nenhuma ilegalidade há em que adote o juiz, ao acolhê-lo, a motivação deduzida pelo Ministério Público em pedido de decretação de custódia cautelar, irrazoável, até, que seria exigir-se a sua reprodução nos mesmos autos, absolutamente desnecessária, mormente quando a compreende de modo sustentado.”

(STJ. *HABEAS CORPUS* Nº 25.352 -SC. Relator Ministro Hamilton Carvalhido – Sexta Turma. Publicação: 30/06/2003).

Nessa linha de consenso jurisprudencial, por aplicação analógica ao caso dos autos, não concebo o entendimento de que tenha o douto magistrado cometido ilegalidade, por ausência de motivação legal a embasar a sua decisão, como defende ter incor-

rido a impetração em defesa dos pacientes.

Ora, em lançando a expressão “defiro”, e, depois, ao determinar o cumprimento daquelas medidas (v.g., o depósito dos passaportes dos pacientes, sob pena de prisão) é bem certo que o Juiz de primeiro grau motiva a decisão com base no pleito deduzido pelo Ministério Público, onde ilegalidade não há. Pela razão de ser lacônico, não se diga que o texto deve ser repetitivo da motivação de um pleito para caracterizar a sua fundamentação jurídica.

Assim entendo.

A decisão contestada na inicial deste *mandamus*, conquanto não seja fundada em mera presunção de fuga dos pacientes do País, não viola o princípio constitucional da presunção da inocência; da mesma forma que não se constitui a ordem de depósito dos passaportes dos acusados qualquer “inovação legislativa” sem previsão legal, como pretende fazer crer o impetrante.

Sob outro ângulo, a decisão do Juiz de primeiro grau está, e o digo por convicção, em conformidade com o poder geral de cautela inerente à função jurisdicional. Ainda mais quando a retenção dos passaportes deve, sim, produzir o efeito imediato de coibir que os pacientes possam se furtar à aplicação da lei, sem que resulte qualquer distintivo de ameaça à liberdade de locomoção. A medida em si mesma considerada, neste ponto, nos estritos limites do poder de cautela do juiz, revela-se assecuratória e visa o resguardo do cumprimento da pena que possa vir a ser imposta aos pacientes e, depois, impedir que possam eles se ausentar do país antes do julgamento.

Tenho por oportuna menção a acórdão do colendo STJ, da lavra Ministro José Arnaldo da Fonseca, que, por sua natureza, nos remete a uma análise mais aprofundada da questão discutida. Transcrevo:

“HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. LAVAGEM DE DINHEIRO. QUADRILHA. OPERAÇÃO “FAROL DA COLINA”. MAGNITUDE DA LESÃO. AUTORIA E INDÍCIOS DEMONSTRADOS. PRETENSÃO DE REVOGAÇÃO. REQUISITOS DA CUSTÓDIA ATEN-

DIDOS. PROTEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA E DA INSTRUÇÃO.

A prisão se mostra justificada quando o julgador demonstra os indícios e a autoria, bem assim, a necessidade de proteção da ordem pública e econômica, tendo em vista a magnitude da lesão ao sistema financeiro.

O temor relativo à fuga deve receber, em certos casos que envolvem pessoas de considerável poder econômico, influência não só da ação direta do acusado, mas da experiência de outros casos e, principalmente, das dificuldades presentes em se fazer cumprir uma ordem de prisão em situações de grande vulto.

Ordem denegada.”

(STJ. *HABEAS CORPUS* Nº 40.818-RJ. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA – QUINTA TURMA. DECISÃO UNÂNIME. DIÁRIO DA JUSTIÇA: 11/04/2005).

Por tudo quanto noticiado, a minha atenção, sobretudo, volta-se à gravidade com que avultam fortes indícios de envolvimento dos pacientes no esquema de lavagem de dinheiro que se noticia.

Com tais considerações, denego a ordem de *habeas corpus*.

CONTINUAÇÃO DO VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Cuida-se o presente feito de *habeas corpus* que teve, a meu pedido, suspenso o julgamento na sessão de 28 de julho, para trazer ao conhecimento da Turma o inteiro teor de petição com base na qual o Juízo de primeiro grau deferiu medidas pleiteadas pelo representante do Ministério Público Federal, entre elas a que é objeto de discussão deste HC 2.124-PE.

Assim, determinei a minha assessoria que solicitasse à secretaria do Juízo de origem cópia do inteiro teor da petição, o que de pronto foi atendido, via *fax*, vindo aos autos a promoção do *Parquet* juntada aos autos.

A promoção em referência, subscrita por sete Procuradores da República em Pernambuco, é datada de 09 de dezembro de 2004, a mesma data em que oferecida a denúncia contra os ora pacientes e outros acusados da prática de ilícitos contra o sistema financeiro nacional e de “lavagem” de capitais, cometidos pela empresa Norte Câmbio.

Os fatos a esse respeito são por demais conhecidos desta egrégia Turma.

Como já me posicionei na sessão passada, e com vista a um melhor esclarecimento da questão *sub judice*, importa registrar que mantenho inalteradas as razões de minha convicção no sentido de denegar a ordem de *habeas corpus*, nesta oportunidade em que concluo o meu voto.

Primeiramente, com vista à promoção antes referida, observo que a mesma corrobora a real necessidade de, por cautela, se efetivarem as medidas que o Juízo impetrado deferiu, e que por meio deste estão sendo objeto de impugnação.

Permito-me fazer uma breve leitura de parte da promoção ministerial, da seguinte conclusão:

“Vale ressaltar, por oportuno, que todos os denunciados gozam, posto que integram casa de câmbio e turismo, de facilidade para deixar o país, sabendo como providenciar rapidamente passagens e estadia em qualquer canto do mundo.

Assim, apesar de não restar configurada, no momento (à época, dezembro de 2004), alguma hipótese de prisão preventiva dos denunciados, afora Jacinto Dias e Maria Del Pilar – faz-se prudente a adoção de medida geral de cautela, consubstanciada na intimação dos denunciados para depositarem em juízo seus passaportes e prestarem compromisso de só se ausentarem do país com autorização deste juízo, a fim de evitar maior complexidade da instrução processual. Assim também a comunicação imediata à Polícia Federal de que ficam impedidos de se ausentar do país sem autorização deste juízo.”

Em meu voto, por tudo quanto é fato de conhecimento desta Turma, a partir dos autos, e também de conhecimento por intermédio dos meios de imprensa, ressalto que, na decisão ora contestada, o Juiz de primeiro grau deferiu medidas que, com base no poder geral de cautela inerente à função jurisdicional, se me apresentam isentas de qualquer constrangimento ilegal.

Concluo o meu voto, reafirmando que a retenção e depósito dos passaportes devem produzir o efeito imediato de coibir que os acusados possam se furtar à aplicação da lei, sem que dessa medida resulte ameaça à liberdade de locomoção. Como disse, a medida revela-se assecuratória e visa, sobretudo, o resguardo do cumprimento de pena que possa vir a ser imposta aos pacientes e, depois, impedir que possam eles fugir do juízo de culpa.

Denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 308-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Reclamante: MARIA DAS GRAÇAS MEDEIROS JUCÁ
Reclamado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. ALDEMAR DE MIRANDA MOTTA JÚNIOR E OUTROS (RCTE.)

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ASSASSÍNIO TENTADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL. QUALIFICADORA DE MOTIVO FÚTIL. IMPUGNAÇÃO DE LAUDO PERICIAL. PRECLUSÃO.

- A sentença de pronúncia tem natureza processual de conteúdo declaratório, em que o magistrado apenas proclama admissível, e não procedente, a acusação, para que o juízo natural dos crimes contra a vida, o Tribunal do Júri, possa

decidir sobre a causa. Assim sendo, e consoante determina o art. 408 do CPP, basta para a pronúncia haja prova da materialidade do delito e indícios de autoria.

- Na pronúncia não é dado ao juiz afastar circunstância qualificadora constante da denúncia, ainda mais quando não manifestamente improcedente e descabida. Precedentes do e. STJ.

- Não se pode questionar, nos autos de recurso interposto contra sentença de pronúncia, a validade de laudo pericial, quando, instaurado o incidente de sanidade no curso do processo, e proferida decisão julgando a impugnação improcedente, o acusado dela não recorreu, quedando preclusa a questão.

Recurso improvido.

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 ao recurso em sentido estrito, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 9 de junho de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Maria das Graças Medeiros Jucá maneja recurso em sentido estrito contra sentença da lavra do então Juiz Federal da 1ª Vara de Alagoas (Maceió), hoje eminente integrante desta Turma, o Desembargador Federal Francisco Wildo Lacerda Dantas, prolatada nos autos da Ação Penal nº 97.0005197-2, a de pronunciar a ora recorrente, como incurso no art. 121, § 2º, II, c/c o art. 14, II, ambos

do Código Penal, submetendo-a a julgamento pelo e. Tribunal do Júri, por haver, em tese, na data de 8 de julho de 1996, efetuado quatro disparos de arma de fogo contra Otávio Gomes Cabral, Coordenador de Assuntos Culturais do Espaço Cultural da UFAL, no seu gabinete de trabalho, junto a quem exercia as funções de secretária, tendo-o atingido os projéteis, sem contudo ocasionarem a morte.

Em resumo de seu extenso petítório, aduz a recorrente a ausência, na denúncia, dos elementos do tipo de tentativa de homicídio, de vez que não narrou o fato alheio à vontade da recorrente que a impediu de alcançar o resultado desejado, ou mesmo o *animus necandi*. Invoca o estado de perturbação mental – de semi-imputabilidade – da recorrente, que pretendeu apenas assustar a vítima, o que geraria a aplicação do art. 26 do Código Penal.

Assevera que, “se crime existiu na conduta da recorrente, trata-se, inquestionavelmente, do delito de lesões corporais de natureza culposa, previsto nos termos do art. 129, § 6º, do Estatuto Substantivo Penal” (fls. 612), assim também que não deve incidir a qualificadora de motivo fútil no julgamento da recorrente, tendo em vista a aludida perturbação e o caráter irascível da vítima, que, como chefe, perseguia a recorrente no trabalho.

Defende a invalidade do laudo pericial produzido judicialmente, bem assim não haver prova de que tenha sido a recorrente a autora dos disparos que atingiram a vítima.

Suplica, por fim, a reforma da sentença para (a) desclassificar a infração imputada à recorrente para o crime de lesão corporal culposa (art. 129, § 6º, do CP, com a diminuição de pena prevista no art. 26, parágrafo único, também do CP), ou (b) para que seja desconsiderada a qualificadora de motivo fútil.

O Ministério Público Federal apresentou contraminuta ao recurso às fls. 622/624, defendendo a juridicidade da sentença vituperada.

O MM. Juiz Federal Substituto André Luís Maia Tobias Granja, da 1ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas (Maceió) sustentou a decisão às fls. 545/545-verso.

O órgão do Ministério Público Federal que oficia junto a esta

instância pronunciou-se por meio do parecer de fls. 559 a 565, assim sumariado:

“PROCESSUAL PENAL. PRONÚNCIA. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DAS PRELIMINARES. NULIDADE DECLARADA. NOVA PRONÚNCIA. VÍCIOS SANADOS. RECURSO. QUESTIONAMENTO DE MATÉRIAS JÁ APRECIADAS PELO TRIBUNAL. IMPOSSIBILIDADE. INVALIDADE DO LAUDO PERECIAL. PRECLUSÃO.

1. Analisando as razões do recurso anterior, o Tribunal acolheu apenas o argumento de ausência de análise das preliminares pela recorrente.

2. Declarada a nulidade, foi proferida nova sentença de pronúncia, suprimindo a falta mencionada, ao tempo em que discorreu sobre todos os questionamentos do recurso que ensejou a declaração de nulidade da pronúncia anterior.

3. Tendo o Tribunal já se pronunciado acerca das razões trazidas no presente recurso, deve este não ser conhecido.

4. Não cabe questionar a validade do laudo pericial, tendo em vista que a matéria encontra-se preclusa.

5. Opina o Ministério Público Federal pelo não-conhecimento do presente recurso.”

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Esclareço, de início, que esta Turma, na sessão de 29 de agosto de 2002, julgou recurso em sentido estrito oposto contra a pronúncia da recorrente, anulando-a por insuficiência na fundamentação, de vez que não apreciou algumas preliminares oportunamente argüidas pela defesa.

Com o retorno dos autos à primeira instância, prolatou-se nova sentença de pronúncia, e é esta o objeto da presente irresignação.

Entendo, todavia, que este recurso não merece prosperar tal

como o primeiro, de vez que a discussão pretendida pela parte recorrente não pode encontrar amparo nesta sede recursal, somente podendo ser admitida – se for o caso – pelo juiz natural dos crimes contra a vida, como sendo o Tribunal do Júri.

O Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 5.941/1973, é rigoroso ao tratar da sentença de pronúncia:

“Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciará-lo-á, dando os motivos do seu convencimento”. (Grifei).

Pois bem, como se tem definido doutrinariamente, trata-se de sentença em sentido formal e não substancial. Melhor, é sentença processual de conteúdo declaratório, em que o magistrado apenas proclama admissível, e não procedente, a acusação, para que o juízo natural dos crimes contra a vida, o Tribunal do Júri, possa decidir sobre a causa.

Nessa perspectiva, a pronúncia é simples juízo de admissibilidade da ação, bastando, para tanto, haja prova da materialidade do delito e indícios de autoria, não se exigindo, por óbvio, certeza de culpa.

Eis como entende o e. STJ:

“O juízo de pronúncia é, no fundo, um juízo de fundada suspeita e não um juízo de certeza. Admissível a acusação, ela, com todos os eventuais questionamentos, deve ser submetida ao juiz natural da causa, em nosso sistema, o Tribunal do Júri. (REsp 192.049 - Rel. Min. Felix Fischer.)

CRIMINAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HC. OMISSÃO PARCIAL. APENAS UM ACÓRDÃO APRECIADO NO *WRIT*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. JUÍZO DE SUSPEITA. LEGALIDADE DO *DECISUM*. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS PARA DENEGAR A ORDEM SOB O PRISMA NÃO APRECIADO.

I. Verifica-se a omissão do acórdão, se não apreciados os fundamentos de um dos acórdãos do Tribu-

nal *a quo* atacados pela impetração.

II. Acórdão proferido em 2º grau que proferiu um simples juízo de admissibilidade da acusação, expondo aspectos do caso concreto reputados relevantes a fundamentar a pronúncia do réu.

III. Se o dolo e a tipificação do delito imputado ao paciente não puderam ser afastados de plano, não haveria outra alternativa a não ser pronunciar o denunciado.

IV. Maiores incursões no campo probatório ou volitivo que cabem ao Tribunal Popular.

V. O Conselho de Sentença, quando da Sessão Plenária de julgamento, terá a oportunidade de conhecer as teses defensivas e acusatórias, optando por uma delas para absolver ou condenar o réu, se for o caso.

VI. Embargos parcialmente acolhidos para denegar a ordem, também sob o aspecto agora focado.” (STJ - EDcl no HC 28.026/PA - Quinta Turma, unânime - Rel. Min. Gilson Dipp - DJ 3/11/2003, pág. 333.)

Em verdade, em face dessa natureza, não pode o magistrado tecer ponderações com juízo de certeza, sob pena de até influenciar os membros do Conselho de Sentença. O mestre Adriano Marrey leciona, na excelente obra “Teoria e Prática do Júri; doutrina, roteiros práticos, questionários, jurisprudência”, 6ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 1997, pág. 222, com propriedade:

“Na fundamentação da pronúncia deve o juiz usar de prudência, evitando manifestação própria quanto ao mérito da acusação. Cumpre-lhe abster-se de refutar, a qualquer pretexto, as teses da defesa, contra-argumentando com dados do processo, nem mesmo para acolher circunstâncias elementares do crime.

Sua precípua função é verificar a existência de *fumus boni juris* que justifique o julgamento do réu pelo Júri.

(...)

Por satisfazer-se a lei processual com a prova indi-

ciária da autoria (art. 408), a redação da sentença, sem sofrer a censura de superficialidade, deve ser tal que não impeça sequer a arguição, pela defesa, da negativa de autoria.

A singeleza de expressões é recomendada, tanto mais que ao Júri é que compete, exclusivamente, apreciar as provas por seu merecimento.”

Assim sendo, basta para a pronuncia haver dúvida razoável sobre o fato, devendo o juiz, em casos tais, pronunciar o réu, exatamente porque, nessa fase, vigora o *in dubio pro societate*, e não *in dubio pro reo*.

Na espécie, consigno que a sentença guerreada perfilhou fielmente tais preceitos, cumprindo o seu papel de ato culminante do *judicium accusationis*.

Ora, não há dúvida a respeito da existência do crime, demonstrado inclusive por meio do Laudo de Exame de Constatação em Local de Ação Violenta de fls. 66 *usque* 70, assim também da autoria, admitida, aliás, pela própria recorrente.

A respeito, por seu turno, da irresignação sobre a desclassificação do delito para o de lesão corporal, entendo igualmente não merecer sucesso. É que a recorrente trata tão-só de analisar o elemento subjetivo do ilícito, asseverando não ter a intenção de matar, mas apenas “dar um susto”.

Ocorre que todos os elementos fáticos apontam para, no mínimo, a assunção pela recorrente do risco de matar a vítima, dadas as circunstâncias narradas no laudo pericial e pelas testemunhas. Sobre esse ponto, muito bem ponderou o Juiz (fls. 583/590):

“(…)

19. Tratando-se de pessoa que goza de higidez mental, não se pode admitir, sob pena de Vilar a lógica do razoável, que desconheça a natureza do ato que estava a praticar (acionar o gatilho de arma de fogo), do resultado pretendido ou, ao menos, do risco que assumia em provocá-lo (morte da vítima) e do nexu de causalidade entre a conduta e o resultado. Evidente, pois, que a agente quis o resultado ou,

na pior das hipóteses, assumiu o risco de produzi-lo, o que decididamente afasta a hipótese de culpa, na tese engendrada pela defesa.

20. A consciência da ilicitude é indelével, posto que tinha pela consciência de que estava dando início a uma conduta vedada pelo direito.

21. Resta o último elemento, que passo a analisar.

22. Como conciliar a conduta de quem afirma que pretendia tão somente 'dar um susto' na vítima com as conclusões devidamente fundamentadas da perícia técnica? O laudo técnico revela, como dito acima, por meio das circunstâncias objetivas do fato, a inferir a existência do dolo direto, consubstanciado no ímpeto de atentar contra a vida da vítima, ou, ao menos, do dolo eventual, em assumir o risco de produzir o resultado morte. É ler:

'A distância entre as cápsulas verificadas no piso, bem como as marcas de impacto dos projéteis encontrados, levam a entender que a portadora da arma, inicialmente disparou os tiros contra a vítima em pontos diferentes da sala, tendo, inclusive, havido resistência por parte da vítima ao defender-se (...) pelo vestígio de sangue encontrado no local, entende-se que a vítima fora atingida dentro da sala, próximo à porta de acesso (...)' (cf. fls. 69/70).

23. Destaque-se ainda os depoimentos da vítima e das testemunhas Fátima Maria Ramalho Vespasiano e Mosarina de Oliveira Silva, que confirmam a intensidade do elemento subjetivo que condicionou a conduta da agressora, que dissimulou o seu verdadeiro intento para as servidoras que se encontravam na ante-sala, vindo a ingressar no gabinete da vítima, pronunciando as seguintes palavras 'Você vai morrer!', sacando a arma em seguida e efetuando um disparo, ao que se seguiu uma luta corporal, tendo efetuado novas deflagrações de projéteis contra o agredido (cf. fls. 26/31 e 51/57).

24. Pois bem, a acusada, ao fazer uso de um meio potencialmente letal, no mínimo assumiu o risco em

provocar o resultado mais grave, o que evidencia, pelo menos, a existência do dolo eventual.
(...).”

Nessa moldura, não me atacam incertezas acerca da existência do crime e da prova suficiente de autoria, assim também sobre a impossibilidade de desclassificação do delito, ao menos neste momento, de modo que outra posição não poderia ter o magistrado *a quo* senão a de dar cumprimento ao comando do art. 408 do CPP e permitir que o Tribunal do Júri julgue a recorrente.

No tangente, por fim, à classificação na pronúncia com a qualificadora, cuidou não merecer qualquer reforma, porque não houve inovação por parte do magistrado, constando tais qualificadoras da inicial acusatória. (“O reconhecimento na pronúncia de qualquer qualificadora não articulada na denúncia acarreta a nulidade do processo por cerceamento de defesa, colhida de surpresa pela não-observância do disposto no art. 384, parágrafo único, do CPP” – STF, RT 336/495).

Aliás, uma vez mais na lição do Desembargador Adriano Marrey (Ob. cit., pág. 229), ainda tendo em mente o dever de o magistrado sentenciante não influenciar os jurados, “Na pronúncia não é dado ao juiz afastar circunstância qualificadora constante da denúncia”.

Com esse mesmo juízo, o seguinte pronunciamento do e. STJ, a seguir reproduzido a título de exemplificação:

“Sentença de pronúncia. Circunstâncias qualificadoras. Impossibilidade de o juiz da pronúncia fazer suas exclusões. O juiz natural do homicida é o Tribunal do Júri (CF, art. 5º, XXXVIII), e não o juiz singular. Este último, se pronuncia, não pode usurpar competência constitucional do Tribunal Popular. Recurso provido”. (Ac. REsp. nº 16.504-SP – RT 694/392).

De toda sorte, embora não estejam inequívocos os motivos que levaram a recorrente a prática o violento crime, as suas alegativas de que pretendia “apenas dar um susto” e sobre “a perturbação e o caráter irascível da vítima, que, como chefe, perseguia a recorrente no trabalho” indicam ter agido, aparentemente, por mo-

tivação fútil, tal como previsto no art. 121, § 2º, II, do Código Penal.

Assim sendo, não há falar-se em manifestamente improcedente e descabida a qualificadora, motivo por que não poderia ser legalmente afastada pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas (Maceió).

Estime-se a lição mais uma vez oriunda do augusto STJ:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA PENAL. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DESCLASSIFICAÇÃO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. REEXAME DE PROVAS. FUNDAMENTAÇÃO PARA OS APELOS EXCEPCIONAIS. SÚMULA 7/STJ. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

‘Não sendo inconsistente e estreme de dúvidas a identificação do *animus* do agente, bem como das circunstâncias do delito, é inviável proceder-se, no momento processual em tela, à desclassificação do crime de homicídio duplamente qualificado, na forma tentada, para lesão corporal ou exclusão de qualificadoras constantes da denúncia, devendo a matéria ser remetida para o Júri Popular, juízo natural do qual deriva a competência para, com profundidade, apreciar o mérito sobre a conduta do acusado.’
Prevalência do princípio *in dubio pro societate*.

A regra disposta no art. 535 do CPC é absolutamente clara sobre o cabimento de embargos declaratórios e estes só têm aceitação para emprestar efeito modificativo à decisão em raríssima excepcionalidade.

Não se prestam a um reexame da matéria de mérito decidida no acórdão embargado.

Embargos rejeitados.”

(STJ - EDcl no AgRg no AG 513.343/CE - Quinta Turma, unânime - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - DJ 2/8/2004, pág. 494).

“PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 121, § 2º, II E IV DO CP. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 121, § 3º, DO MESMO DIPLOMA LEGAL.

I - A desclassificação, por ocasião de *iudicium accusationis*, só pode ocorrer quando o seu suporte fático for inquestionável e detectável de plano.

II - Na fase da pronúncia (*iudicium accusationis*), reconhecida a materialidade do delito, qualquer questionamento ou ambigüidade faz incidir a regra do brocardo *in dubio pro societate*.

Recurso provido.”

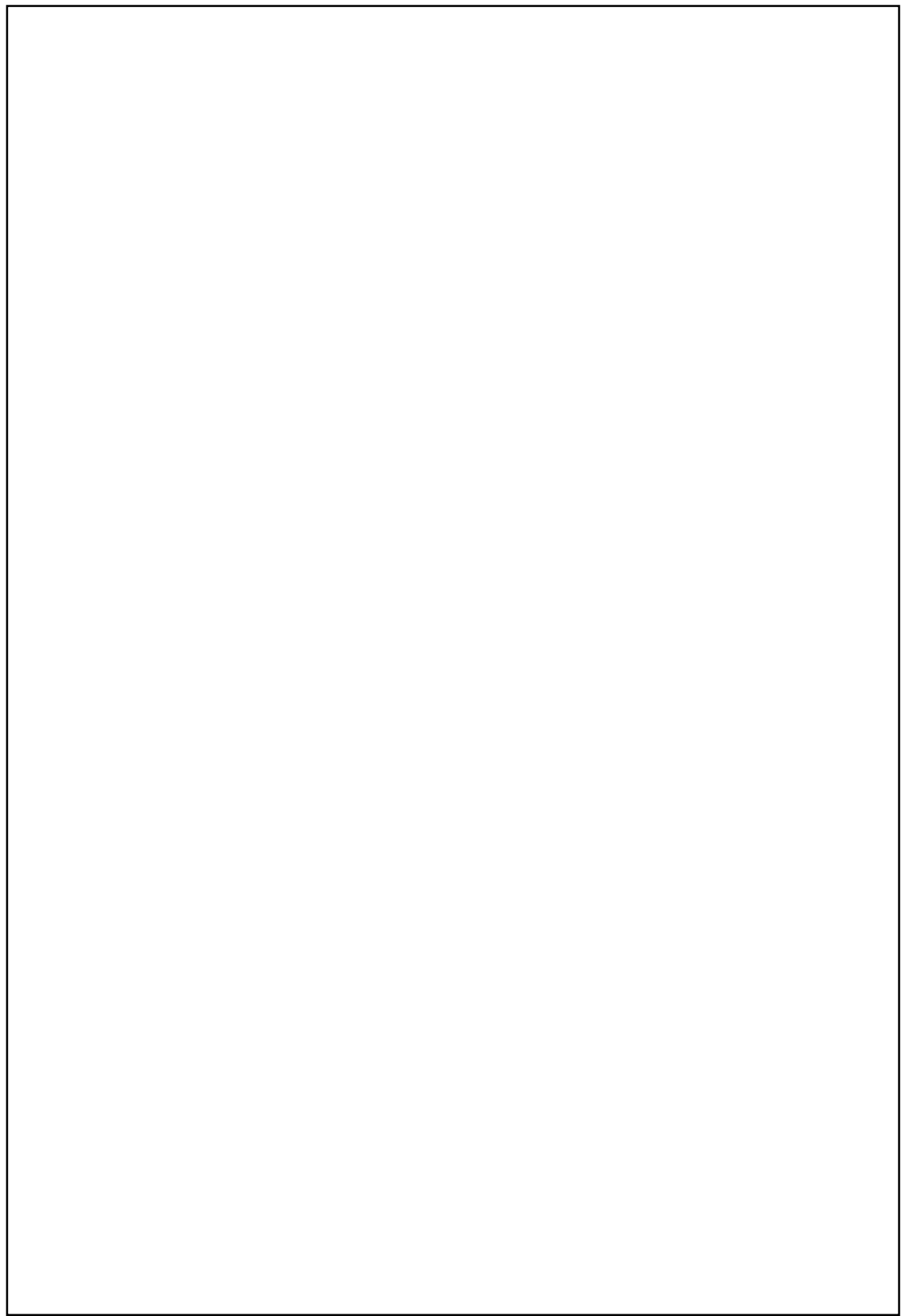
(STJ - REsp 628.700/D - Quinta Turma, unânime - Rel. Min. Félix Fischer - DJ 30/8/2004, pág. 330).

As demais arguições deduzidas pela recorrente igualmente são inexitosas, desmerecendo mesmo maiores digressões: (1) há, ao revés do que alegado pela recorrente, narração de fato alheio à sua vontade que a impediu de alcançar o resultado desejado, exatamente pela reação da própria vítima, e sua posterior prisão em flagrante; e (2) não se pode questionar a validade de laudo pericial quando, instaurado o incidente de sanidade no curso do processo, e proferida decisão julgando a impugnação improcedente, a acusada dela não recorreu, restando preclusa a questão.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Assim voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO



DECISÕES

SUSPENSÃO DE LIMINAR

3613-PE Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti 13

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

6540-PE Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti 27

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO

52498-RN Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira 57

59878-CE Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho 81

61138-AL Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho.. 90

61682-CE Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho.. 94

APELAÇÃO CÍVEL

234343-PB Rel. Des. Federal Marcelo Navarro 99

245633-AL Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano 104

266743-CE Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano 113

297332-AL Rel. Des. Federal Ridalvo Costa 129

311664-PB Rel. Des. Federal Ridalvo Costa..... 135

311680-AL Rel. Des. Federal Paulo Gadelha 149

329432-CE Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante 161

329471-CE Rel. Des. Federal Francisco Wildo 179

336952-PB Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho 187

337812-PE Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli 198

341075-PE Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.. 207

348569-CE Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.. 217

350072-RN Rel. Des. Federal Francisco Wildo 228

APELAÇÃO CRIMINAL

2936-PE	Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante	241
3514-CE	Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli	247
3660-CE	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira	255
3691-PE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	271
3992-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	277

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

89864-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	285
----------	---	-----

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL

301337-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	300
-----------	--	-----

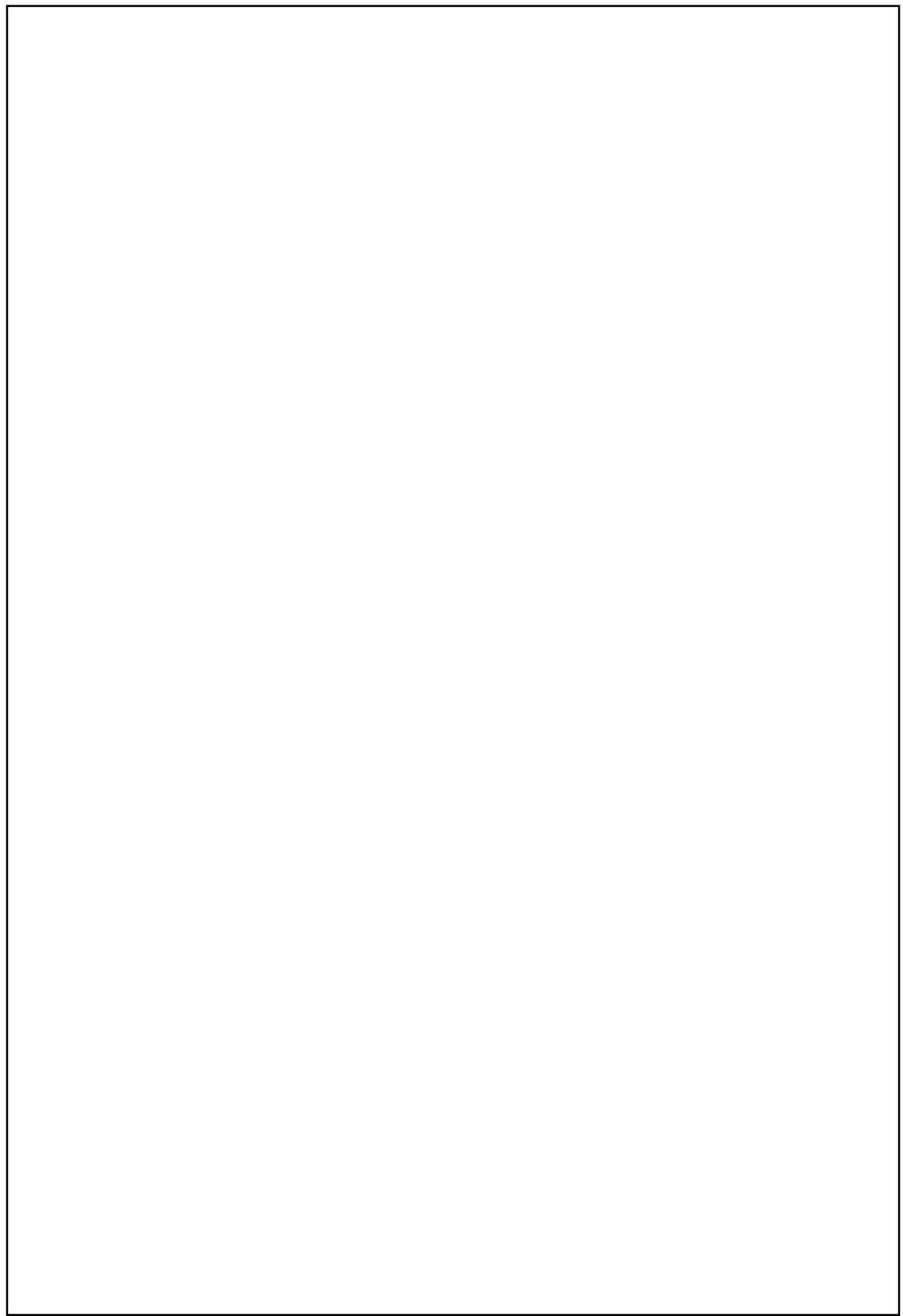
HABEAS CORPUS

2124-PE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	305
---------	---------------------------------------	-----

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

308-AL	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	316
--------	---	-----

ÍNDICE ANALÍTICO



A

Cv	Ação civil por atos de improbidade. Convênio celebrado entre a Sudene e a FADE – Fundação de Apoio ao Desenvolvimento da UFPE. Contratação do SEBRAE/PE com dispensa de licitação. Terceirização de parte dos serviços através de nova dispensa de licitação. Alegação de burla ao certame licitatório. Inocorrência. Inexistência de qualquer ato de improbidade administrativa. AC 337812-PE 198
Cv e PrCv	Ação de usucapião. Regime de ocupação. Terreno de marinha. Impossibilidade de usucapião. EI na AC 301337-PE 300
Pen e PrPen	Ação penal pública incondicionada com recebimento de denúncia por indícios de crimes de formação de quadrilha, fabricação e uso de documentos falsos e envio de recursos para o exterior sem o crivo do órgão competente para a fiscalização. Crime contra a ordem tributária. Sentença que decretou medida cautelar de seqüestro de bens móveis e imóveis. Confirmação da decisão singular. Necessidade de salvaguardar a coisa e o interesse públicos. ACr 3660-CE ... 255
PrCv	Ajuda-alimentação prestada pela embarcante aos seus empregados. Configuração de salário <i>in natura</i> . Não incidência de contribuição previdenciária. Preliminar de nulidade da sentença e do procedimento administrativo-fiscal. Inocorrência. Embargos à execução fiscal. AC 329471-CE 179
PrCv, Ct, Adm e Trbt	Anuidade de 2001. Conselhos Regional e Federal de Farmácia. Fixação através da

Resolução 355/2000. Impossibilidade. Natureza tributária. Contribuição social. Sujeição ao princípio da legalidade. Consignatória. AC 311664-PB 135

Trbt e PrCv Arrematações realizadas perante a Justiça Estadual. Agravo de instrumento. Decisão agravada que entendeu pela ineficácia, em relação à Fazenda Nacional, de tais arrematações. Existência de indícios de ilegalidade. Nulidade das adjudicações em hasta pública. Possibilidade. Execução fiscal. AgTr 52498-RN 57

B

Ct e Prev Benefícios previdenciários. Pedido de pagamento de diferenças em decorrência de valores pagos a menor. Inocorrência de prescrição do direito material à falta de ato administrativo explícito denegatório da pretensão. Não fluência do lapso prescritivo durante o pagamento parcelado. Termo inicial da prescrição coincidente com a quitação da última parcela. Correção monetária. Expurgos inflacionários. Incidência. AC 336952-PB 187

Adm e Trbt Bens vinculados ao PAES/REFIS II. Substituição. Lei nº 10.684/03. Pagamento das parcelas em dia. Suspensão da exigibilidade do crédito. Inocorrência de lesão ao Fisco. Execução fiscal. AgTr 59878-CE 81

C

Amb Carcinicultura em manguezal. Área de preservação permanente. Proibição. Dano ambiental. Recuperação da área. Ente público.

	Responsabilidade solidária. AC 350072-RN	228
Trbt	COFINS. Isenção. Associação. Medida Provisória nº 2.158-35/2001, art. 14, X. Dispensa do pagamento da contribuição apenas sobre as receitas relativas às atividades próprias da entidade. AgTr 61682-CE	94
Ct e Trbt	COFINS-Importação. PIS-Importação. Instituição pela Medida Provisória nº 164/2004, posteriormente convertida na Lei nº 10.865/04. Princípio da anterioridade nonagesimal. Obediência. Remissão ao início da eficácia da medida provisória. Lei complementar. Desnecessidade. Valor aduaneiro. Alteração da definição. GATT. Inocorrência. Empresa de pequeno porte sujeita ao regime do SIMPLES. Não incidência da nova tributação. Necessidade de inclusão no rol da Lei nº 9.317/96. AMS 89864-PE	285
PrCv, Ct, Adm e Trbt	Conselhos Regional e Federal de Farmácia. Consignatória. Anuidade de 2001. Fixação através da Resolução 355/2000. Impossibilidade. Natureza tributária. Contribuição social. Sujeição ao princípio da legalidade. AC 311664-PB	135
Econ	Contrato de financiamento. Município e Caixa Econômica Federal. Construção de habitações populares. Cláusulas abusivas. Ilegalidades. Ausência de prova. AC 297332-AL	129
Ct e Trbt	Contribuição Social sobre o Lucro com base no lucro por estimativa. Opção de recolhimento. Legitimidade. Compensação	

	com quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal. Possibilidade. Existência de liquidez e certeza do crédito. Correção monetária. Taxa Selic. Aplicação. Prescrição. Inocorrência. Falta de interesse de agir. Inexistência. AC 266743-CE 113
Ct e Trbt	Contribuições sociais para o SESI, SENAI e SEBRAE. Empresa prestadora de serviços de transporte. Obrigatoriedade. Contribuição para o SEBRAE. Adicional às contribuições para o SENAI, SENAC, SESI e SESC. Intervenção no domínio econômico. Prescindibilidade da existência de contraprestação direta. Contribuições para o SESI e SENAI. Obrigatoriedade de recolhimento pelas empresas de transporte até dezembro de 1993, quando passaram a contribuir para o SEST/SENAT. AC 329432-CE 161
Cv	Convênio celebrado entre a Sudene e a FADE – Fundação de Apoio ao Desenvolvimento da UFPE. Contratação do SEBRAE/PE com dispensa de licitação. Terceirização de parte dos serviços através de nova dispensa de licitação. Alegação de burla ao certame licitatório. Inocorrência. Ação civil por atos de improbidade. Inexistência de qualquer ato de improbidade administrativa. AC 337812-PE 198
Trbt	Crédito presumido. IPI. Litispendência. Inexistência de comprovação. Prescrição. Inocorrência. Pleito de suspensão da exigibilidade dos débitos objeto de pedido de compensação. Causas de suspensão da exigibilidade dos débitos que são previstas em

numerus clausus. Compensação que pres-
supõe liquidez e certeza dos créditos. Hi-
pótese não configurada. AgTr 61138-AL 90

Pen e PrPen Crimes contra o sistema financeiro nacio-
nal e de “lavagem” de dinheiro. Depósito dos
passaportes dos pacientes em juízo. Deci-
são de natureza cautelar. Ausência de cons-
trangimento ilegal ao direito de locomoção.
Habeas corpus. Denegação da ordem. HC
2124-PE 305

D

Amb Dano ambiental. Carcinicultura em mangue-
zal. Área de preservação permanente. Proi-
bição. Recuperação da área. Ente público.
Responsabilidade solidária. AC 350072-
RN 228

PrPen Delação premiada. Co-réu. Admissibilidade.
Tráfico internacional de entorpecentes. ACr
3514-CE 247

Pen e PrPen Denúncia. Recebimento. Indícios de crimes
de formação de quadrilha, fabricação e uso
de documentos falsos e envio de recursos
para o exterior sem o crivo do órgão com-
petente para a fiscalização. Crime contra a
ordem tributária. Ação penal pública incond-
icionada. Sentença que decretou medida
cautelar de seqüestro de bens móveis e
imóveis. Ação penal pública incondiciona-
da. Confirmação da decisão singular. Ne-
cessidade de salvaguardar a coisa e o inte-
resse públicos. ACr 3660-CE 255

Pen e PrPen Desmatamento de mangue. Lei nº 9.605/
98. Ausência de licença. ACr 3691-PE 271

Adm Docente. Universidade. Averbação de curso de especialização realizado no exterior. Existência de acordo cultural entre o Brasil e a Bélgica. Desnecessidade de revalidação do curso. Direito da autora à percepção do adicional de 12% correspondente à vantagem denominada “progressão por especialização”. AC 245633-AL 104

E

Ct e Trbt Embargos à execução. Penhora. Certidão de dívida ativa. Multa de 60% do tributo devido. Efeito confiscatório. Não verificação. Seguro de Acidente de Trabalho – SAT. Desnecessidade de lei complementar para o seu estabelecimento. Decreto regulamentador. Edição para explicitar conceitos. Atividade econômica preponderante. Grau de risco acidentário. Constitucionalidade. Juros moratórios. Taxa Referencial. AC 341075-PE 207

PrCV Embargos à execução fiscal. Preliminar de nulidade da sentença e do procedimento administrativo-fiscal. Inocorrência. Ajuda-alimentação prestada pela embargante aos seus empregados. Configuração de salário *in natura*. Não incidência de contribuição previdenciária. AC 329471-CE 179

PrCv Embargos à execução fiscal. Sócio cotista minoritário sem poderes de gestão. Ilegitimidade para figurar no pólo passivo da execução. AC 234343-PB 99

Ct e Trbt Empresa prestadora de serviços de transporte. Contribuições sociais para o SESI,

SENAI e SEBRAE. Obrigatoriedade. Contribuição para o SEBRAE. Adicional às contribuições para o SENAI, SENAC, SESI e SESC. Intervenção no domínio econômico. Prescindibilidade da existência de contraprestação direta. Contribuições para o SESI e SENAI. Obrigatoriedade de recolhimento pelas empresas de transporte até dezembro de 1993, quando passaram a contribuir para o SEST/SENAT. AC 329432-CE 161

Trbt e PrCv Execução fiscal. Agravo de Instrumento. Decisão agravada que entendeu pela ineficácia, em relação à Fazenda Nacional, de arrematações realizadas perante a Justiça Estadual. Existência de indícios de ilegalidade das arrematações. Nulidade das adjudicações em hasta pública. Possibilidade. AgTr 52498-RN 57

Adm e Trbt Execução fiscal. Substituição dos bens vinculados ao PAES/REFIS II. Lei nº 10.684/03. Pagamento das parcelas em dia. Suspensão da exigibilidade do crédito. Inocorrência de lesão ao Fisco. AgTr 59878-CE 81

F

Cv e Adm Financiamento da casa própria. Sistema Financeiro da Habitação. Revisão das prestações e do saldo devedor. Perícia que aplica critério não pactuado. Percentual máximo de comprometimento da renda da mutuária. Redução da renda. Aplicação da equivalência salarial ao saldo devedor. AC 311680-AL 149

H

- Pen e PrPen *Habeas corpus*. Crimes contra o sistema financeiro nacional e de “lavagem” de dinheiro. Depósito dos passaportes dos pacientes em juízo. Decisão de natureza cautelar. Ausência de constrangimento ilegal ao direito de locomoção. Denegação da ordem. HC 2124-PE 305
- PrPen e Pen Homicídio tentado. Sentença de pronúncia. Desclassificação para lesão corporal. Qualificadora de motivo fútil. Impossibilidade de exclusão pelo juiz. Impugnação de laudo pericial. Preclusão RSE 308-AL 316

I

- Trbt IPI. Crédito presumido. Litispendência. Inexistência de comprovação. Prescrição. Inocorrência. Pleito de suspensão da exigibilidade dos débitos objeto de pedido de compensação. Causas de suspensão da exigibilidade dos débitos que são previstas em *numerus clausus*. Compensação que pressupõe liquidez e certeza dos créditos. Hipótese não configurada. AgTr 61138-AL 90
- Trbt Isenção. COFINS. Associação. Medida Provisória nº 2.158-35/2001, art. 14, X. Dispensa do pagamento da contribuição apenas sobre as receitas relativas às atividades próprias da entidade. AgTr 61682-CE 94

M

- Pen e PrPen Mangue. Desmatamento. Lei nº 9.605/98. Ausência de licença. ACr 3691-PE 271

Econ	Município e Caixa Econômica Federal. Contrato de financiamento. Construção de habitações populares. Cláusulas abusivas. Ilegalidades. Ausência de prova. AC 297332-AL 129
------	---

P

Pen e PrPen	Peculato-furto, falsidade ideológica e abandono de função. Ocorrência de prescrição. Extinção da punibilidade dos réus que se decreta, exceto em relação a uma denunciada. Inexistência de dúvidas quanto à autoria e à materialidade delitivas referentes à ré que não foi beneficiada pela prescrição. ACr 2936-PE 241
-------------	--

Ct e Trbt	Penhora. Embargos à execução. Certidão de dívida ativa. Multa de 60% do tributo devido. Efeito confiscatório. Não verificação. Seguro de Acidente de Trabalho – SAT. Desnecessidade de lei complementar para o seu estabelecimento. Decreto regulamentador. Edição para explicitar conceitos. Atividade econômica preponderante. Grau de risco acidentário. Constitucionalidade. Juros moratórios. Taxa Referencial. AC 341075-PE 207
-----------	---

Ct e Trbt	PIS-Importação. COFINS-Importação. Instituição pela Medida Provisória nº 164/2004, posteriormente convertida na Lei nº 10.865/04. Princípio da anterioridade nonagesimal. Obediência. Remissão ao início da eficácia da medida provisória. Lei complementar. Desnecessidade. Valor aduaneiro. Alteração da definição. GATT. Inocorrência. Empresa de pequeno porte sujeita ao regime do SIM-
-----------	--

PLES. Não incidência da nova tributação. Necessidade de inclusão no rol da Lei nº 9.317/96. AMS 89864-PE 285

PrCV Preliminar de nulidade da sentença e do procedimento administrativo-fiscal. Inocorrência. Embargos à execução fiscal. Ajuda-alimentação prestada pela embargante aos seus empregados. Configuração de salário *in natura*. Não incidência de contribuição previdenciária. AC 329471-CE 179

Pen e PrPen Prescrição. Ocorrência. Crimes de peculato-furto, falsidade ideológica e abandono de função. Extinção da punibilidade dos réus que se decreta, exceto em relação a uma denunciada. Inexistência de dúvidas quanto à autoria e à materialidade delitivas referentes à ré que não foi beneficiada pela prescrição. ACr 2936-PE 241

Ct e Prev Prescrição do direito material. Inocorrência à falta de ato administrativo explícito denegatório da pretensão. Benefícios previdenciários. Pedido de pagamento de diferenças em decorrência de valores pagos a menor. Não fluência do lapso prescritivo durante o pagamento parcelado. Termo inicial da prescrição coincidente com a quitação da última parcela. Correção monetária. Expurgos inflacionários. Incidência. AC 336952-PB 187

R

Pen e PrPen Reconhecimento de pessoas. Legalidade. Roubo duplamente qualificado. Autoria comprovada. Concurso formal. Provas testemu-

nhais não refutadas pela defesa. Validade.
Cálculo da pena. ACr 3992-PE 277

Pen e PrPen Roubo duplamente qualificado. Reconhecimento de pessoas. Legalidade. Autoria comprovada. Concurso formal. Provas testemunhais não refutadas pela defesa. Validade. Cálculo da pena. ACr 3992-PE 277

S

Cv e Adm Saldo devedor. Sistema Financeiro da Habitação. Vinculação ao índice de remuneração das cadernetas de poupança. Taxa Referencial – TR. DL 70/66. Constitucionalidade. Inscrição dos mutuários em cadastro de inadimplentes. Legalidade. Ausência de depósitos. Anatocismo. Inexistência. Amortização antes da atualização do saldo devedor. Descabimento. Plano de Equivalência Salarial – PES. Observância. Seguro. Validade. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. AC 348569-CE 217

Ct e Trbt Seguro de Acidente de Trabalho – SAT. Desnecessidade de lei complementar para o seu estabelecimento. Decreto regulamentador. Edição para explicitar conceitos. Atividade econômica preponderante. Grau de risco acidentário. Constitucionalidade. Juros moratórios. Taxa Referencial. Embargos à execução. Penhora. Certidão de dívida ativa. Multa de 60% do tributo devido. Efeito confiscatório. Não verificação. AC 341075-PE 207

PrPen e Pen Sentença de pronúncia. Homicídio tentado. Desclassificação para lesão corporal. Qua-

	<p>lificadora de motivo fútil. Impossibilidade de exclusão pelo juiz. Impugnação de laudo pericial. Preclusão RSE 308-AL 316</p>
Pen e PrPen	<p>Sentença que decretou medida cautelar de seqüestro de bens móveis e imóveis. Ação penal pública incondicionada com recebimento de denúncia por indícios de crimes de formação de quadrilha, fabricação e uso de documentos falsos e envio de recursos para o exterior sem o crivo do órgão competente para a fiscalização. Crime contra a ordem tributária. Confirmação da decisão singular. Necessidade de salvaguardar a coisa e o interesse públicos. ACr 3660-CE ... 255</p>
Cv e Adm	<p>Sistema Financeiro da Habitação. Financiamento da casa própria. Revisão das prestações e do saldo devedor. Perícia que aplica critério não pactuado. Percentual máximo de comprometimento da renda da mutuária. Redução da renda. Aplicação da equivalência salarial ao saldo devedor. AC 311680-AL..... 149</p>
Cv e Adm	<p>Sistema Financeiro da Habitação. Vinculação do saldo devedor ao índice de remuneração das cadernetas de poupança. Taxa Referencial – TR. DL 70/66. Constitucionalidade. Inscrição dos mutuários em cadastro de inadimplentes. Legalidade. Ausência de depósitos. Anatocismo. Inexistência. Amortização antes da atualização do saldo devedor. Descabimento. Plano de Equivalência Salarial – PES. Observância. Seguro. Validade. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. AC 348569-CE 217</p>

PrCv Sócio cotista minoritário sem poderes de gestão. Embargos à execução fiscal. Ilegitimidade para figurar no pólo passivo da execução. AC 234343-PB 99

T

Cv e PrCv Terreno de marinha. Ação de usucapião. Regime de ocupação. Impossibilidade de usucapião. EI na AC 301337-PE 300

PrPen Tráfico internacional de entorpecentes. Delação premiada do co-réu. Admissibilidade. ACr 3514-CE 247

U

Adm Universidade. Docente. Averbação de curso de especialização realizado no exterior. Existência de acordo cultural entre o Brasil e a Bélgica. Desnecessidade de revalidação do curso. Direito da autora à percepção do adicional de 12% correspondente à vantagem denominada “progressão por especialização”. AC 245633-AL 104

V

Adm Vantagem denominada “progressão por especialização”. Adicional de 12%. Direito da autora à percepção. Docente. Universidade. Averbação de curso de especialização realizado no exterior. Existência de acordo cultural entre o Brasil e a Bélgica. Desnecessidade de revalidação do curso. AC 245633-AL 104