

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

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

Número 63 - Janeiro/Março - 2006

R. TRF 5ª Região, nº 63, p. 1 - 358, Janeiro/Março - 2006

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

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

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

Administração

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

GABINETE DA REVISTA:

Diretor
DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO

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

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

Apoio Técnico e Diagramação
ARIVALDO FERREIRA SIEBRA JÚNIOR

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

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

Trimestral

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

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

CDU 34(05)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00 -
Presidente

Desembargador Federal

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01 - Vice-Presidente

Desembargador Federal

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00 - Corregedor

Desembargador Federal

RIDALVO COSTA - 30.03.89

Desembargador Federal

PETRUCIO FERREIRA DA SILVA - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA - 29.04.92

Desembargador Federal

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS - 13.03.96

Desembargador Federal

UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - 03.12.97

Desembargadora Federal

MARGARIDA CANTARELLI - 09.12.99

Desembargador Federal

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - 03.07.00
Diretor da Revista

Desembargador Federal
NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - 03.07.00

Desembargador Federal
PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA - 19.09.01

Desembargador Federal
FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03

Desembargador Federal
MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

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

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

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

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

QUARTA TURMA (terças-feiras)

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

SUMÁRIO

I - Doutrina	13
II - Decisão	67
III - Jurisprudência	103
IV - Índice Sistemático	343
V - Índice Analítico	347

DOUTRINA

O CADE E A REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO *

*Edilson Pereira Nobre Júnior ***

Sumário: 1. Estado *versus* economia e a regulação da concorrência (à guisa de breve intróito); 2. liberdade de iniciativa e livre concorrência; 3. CADE: uma agência reguladora?; 4. o CADE e sua competência reguladora. 4.1. noções gerais; 4.2. a competência repressiva; 4.3. a atuação preventiva; 5. execução e a revisão judicial das decisões do CADE; 6. síntese conclusiva.

1. Estado *versus* economia e a regulação da concorrência (à guisa de breve intróito).

Temática onde o desenvolvimento da atividade administrativa sempre desperta interesse é o inerente à sua intervenção no domínio econômico, seara da ambiência dos particulares na produção e distribuição de riquezas¹.

* O presente trabalho teve como fonte de inspiração convite formulado pelo Dr. Cerdônio Quadros, para participar das Jornadas de Estudos NDJ de Direito Administrativo, com exposição em painel de debates sobre o título “Intervenção do Estado no Domínio Econômico”, realizado no dia 18 de outubro de 2005, no Auditório do NDJ, em São Paulo – SP.

** Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Mestre e doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Colaborador do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE (mestrado e doutorado). Juiz Federal.

¹ Buscando uma delimitação precisa, Paoli de Carli reputa a intervenção estatal no campo econômico como sendo “determinações de autoridade pública assumidas para dar resposta a necessidades gerais e difusas que os cidadãos, no seu relacionamento econômico (ou seja, no mercado), não conseguem satisfazer, bem assim determinações diretivas ditadas pelas regras

A relação entre a potestade estatal e a economia, como bem lembra Vital Moreira², por ocasião de colóquio luso-espanhol sobre privatização na Administração Pública, o qual teve lugar na Universidade de Coimbra, vivenciou, nas duas centúrias recém-passadas, profundas transformações, podendo-se destacar três fases.

A primeira delas, compreendida entre o último quartel do século XVIII e todo o século XIX, fora conhecida como a fase do Estado liberal. Tornou-se celebrizada pela forte separação entre Estado e vida econômica, apresentando como características a liberdade de iniciativa, a auto-regulação da economia pelo mercado, o confinamento da atuação estatal às medidas de polícia e de garantidor dos valores então em voga (direito de propriedade como sagrado e inviolável, autonomia da vontade, liberdade de empresa, liberdade de trabalho, entre outros), o que derivou a existência de diminuta estrutura administrativa para o setor.

Isso – advirta-se – não significou uma total abstenção quanto à movimentação da economia, tanto que Guido Zanobini, com muita propriedade, afirmara que, em nenhuma modalidade de Estado, este, numa maior ou menor escala, deixou de manifestar sua interferência em tal província. Assim, para o mestre italiano “também o Estado liberal puro, não obstante o seu programa negativo com respeito à economia, não pôde inteiramente desinteressar-se de alguns aspectos do fenômeno econômico, seja para limitar-lhe, seja para favorecer-lhe e integrar-lhe”³.

ao próprio mercado” (determinazioni di pubbliche autorità assunte per dare risposta a bisogni generali e diffusi che i cittadini nel loro relazionarsi economico (ossia ,<<il mercato>>) non riescono a soddisfare e anche delle determinazioni dirette a dettare delle regole allo stesso <<mercato>>. *Lezioni ed argomenti di diritto pubblico dell'economia*. Pádua: CEDAM, 1995. p. 3).

² Serviço público e concorrência. A regulação do setor elétrico. *In: Os caminhos da privatização da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 223-227.

³ “anche lo Stato liberale puro, non ostante il suo programma negativo rispetto all'economia, non può interamente disinteressarsi di alcuni aspetti del fenomeno economico, sai per limitarli, sai per favorirli e integrarli” (*Corso di diritto amministrativo – le principali manifestazioni dell'azione amministrativa*. 3ª ed. Milão: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1959. v. V, p. 405).

Prova disso está nos textos do incipiente constitucionalismo da época. Observando-se a Constituição francesa do Ano I, de 24 de junho de 1793, vê-se a consagração da liberdade de profissão (art. 17), juntamente com a previsão de que os socorros públicos e a instrução são dívidas da sociedade, havendo produzido influência na Constituição Imperial de 1824, a qual, além de incumbir à Assembléia Geral o anelo de busca do interesse geral (art. 15, IX)⁴, previu, dentre o rol dos direitos civis e políticos dos brasileiros, a tutela da propriedade (art. 179, XXII), da liberdade de trabalho e de indústria (art. 179, XXIV) e a abolição das corporações de ofício (art. 179, XXV).

Num segundo momento, desenrolado entre o fim da Primeira Guerra Mundial e a década de 1980, o Estado acentuou em demasia seu comparecimento na seara econômica, seja apresentando-se como agente desta, mediante a criação de empresas estatais, seja pela disciplina e orientação do mercado, inclusive pelo condicionamento ao exercício de determinadas atividades a licenciamento ou a monopólios.

E não é só. O traço marcante coube à sua atuação social, no intuito de provedor das condições básicas de vida a todos os cidadãos.

Surge, assim, o Estado intervencionista ou social, do qual resultou a incorporação, no texto das Constituições da época, de regramentos básicos acerca da ordem econômica, com início através das Leis Fundamentais de Querétaro de 1917 e Weimar de 1919 e prosseguimento ao depois do Segundo Pós-guerra, mais

⁴ A atribuição de promover o bem geral da nação mereceu de Pimenta Bueno especial atenção, de modo a ver nela compreendida o direito de discutir e examinar a política interna e externa do governo, a direção administrativa seguida por este, incluindo-se ainda “o direito de indicar a política que deve ser preferida, as medidas ou impulsão administrativa mais convenientes a adotar, os melhoramentos que cumpre atender, enfim, o direito de promover todos os serviços públicos ou direta ou indiretamente, por meio de projetos de lei ou de advertência, de recomendações ou censuras” (*Direito público brasileiro a análise da Constituição do Império*. In: Marques de São Vicente – Coleção Formadores do Brasil. 1ª ed. São Paulo: Editora 34, 2002. p. 170. Organização e introdução de Eduardo Kugelmas).

precisamente pelas Constituições italiana de 1947 (arts. 35 a 47), francesa (Preâmbulo da Constituição de 1946 e arts. 69 a 71 da Constituição de 1958), portuguesa de 1976 (arts. 80 a 107) e hispânica de 1978 (arts. 39 a 52).

Por volta dos últimos vinte e cinco anos, passa a vingar a idéia de redução do papel econômico do Estado, a qual foi sentida pela alienação do capital dirigente das empresas estatais, acompanhada da abertura de monopólios, juntamente com o abrandamento das restrições ao exercício de atividade econômica e ao conteúdo desta.

Advém um Estado cuja denominação ainda é incerta, podendo ser identificado como pós-intervencionista, regulador, subsidiário ou pós-social.

O seu indício caracterizador, bastante diverso do tradicional *laissez-faire*, reside no perfil marcadamente regulador da economia privada, o qual se viu revigorado.

Nesse particular, interessante observação de Juan Carlos Cassagne⁵, para quem necessário advertir que o Estado dito subsidiário, nascido durante processo de transformação das estruturas sócio-econômicas e jurídicas existentes, não traduz ruptura total com os modelos anteriores. Se, por um lado, patrocina o abandono do Estado dos âmbitos reservados à iniciativa privada, bem como da prestação direta de serviços públicos, de outro ponto preconiza uma maior ênfase à legislação, com o propósito de assegurar o funcionamento livre dos mercados, corrigindo os abusos e práticas monopolistas⁶.

⁵ Derecho administrativo. 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. pp. 63-64.

⁶ Nota, com acuidade, Francisco Cavalcanti (A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. Breve visão comparada. *Revista da Ajufe – Estudos em homenagem a Jesus Costa Lima e Hugo de Brito Machado*, Brasília, 1999, p. 157) que a maior necessidade de poder regulador e de polícia quanto às atividades econômicas é observável justamente a partir do instante em que o Estado se afasta do exercício direto da atividade econômica em favor das empresas privadas.

Para o fortalecimento do Estado em sede de regulação da economia contaram muitos fatores. Um de natureza decisiva se centra na garantia do mercado e da concorrência, pois, como acentua Vital Moreira, relegado a si próprio o mercado pode ser suicidário, por efeito monopolista de empresas, das coligações entre empresas para limitar a concorrência, dos abusos de posição dominante, das práticas restritivas em geral. Importa portanto regular o mercado para garantir a concorrência. As leis de defesa da concorrência (“antitrust”, anticartel) e os mecanismos dedicados a implementá-las fazem hoje parte imprescindível da panóplia regulatória de qualquer economia de mercado⁷.

Volvendo-se ao Estado brasileiro, vê-se, com clareza meridiana, que sua transposição do arquétipo social – ainda não implementado solidamente – para o dito regulador se deu através das Emendas Constitucionais 05 a 09, todas de 1995, as quais, demais de acompanhadas por forte processo de alienação do controle de empresas estatais, amenizaram a rigidez das reservas inerentes à prestação dos serviços locais de gás canalizado, de telecomunicações, às vedações aos estrangeiros no tocante à exploração de recursos minerais e ao transporte aquático e ao exercício de atividades petrolíferas, com a previsão constitucional explícita de órgãos reguladores nas áreas de telecomunicações e petróleo.

No que concerne ao fortalecimento da concorrência, além da previsão constante, a nível de princípio no art. 170, IV, da Constituição Federal, adveio competência disciplinadora e de fiscalização

⁷ Serviço público e concorrência. A regulação do setor elétrico. In: *Os caminhos da privatização da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 227. Nesta página e na seguinte, ainda expõe o autor as razões seguintes para o porquê da regulação, quais sejam: a) os limites e falhas do mercado, ou seja, as situações em que este não pode funcionar por razões materiais (monopólios naturais); b) as externalidades negativas do funcionamento da economia, exemplificadas pelos custos sociais, danos ambientais, prejuízos para a saúde e segurança pública; c) a tutela dos consumidores, em face de sua desigualdade ante os fornecedores; e) a garantia do cumprimento das obrigações do serviço público que, entre nós encontra paralelo na prestação de serviço público adequado, conforme previsão do art. 6º, §1º, da Lei 8.987/95 e do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor.

no seu art. 173, § 4º, com vigorosa ênfase: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

No plano legislativo, há regulamentação mediante a Lei 8.884/94, a qual, ao depois de transformar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, atribuiu-lhe competência para o julgamento de infrações contra a ordem econômica⁸. Parcela de seus dispositivos foi alvo de impugnação na ADIN 1.094-8/DF⁹, que será referenciada, com frequência, no decurso deste trabalho.

É justamente a atuação, bem assim a natureza de dita entidade, o objeto deste escrito, que se desenrolará nas linhas que se guem.

Na tentativa de sistematizar a abordagem, principiaremos pela análise do conteúdo e da correlação entre si dos postulados da liberdade de iniciativa e da livre concorrência. Em seguida, passaremos à investigação principal, a partir da caracterização do CADE, prosseguindo-se com a sua competência sancionadora e preventiva para, ao final, serem alvo de enfoque os questionamentos inerentes à execução de suas decisões e a sua revisão jurisdicional.

⁸ Outrora a repressão ao abuso de poder econômico foi objeto de regulamentação pelo Decreto-Lei 7.666, de 22-06-45, revogado pelo Decreto-Lei 8.167, de 09-11-45. Com vistas a preencher tal vazio, por iniciativa do Deputado Agamenon Magalhães, foi apresentado projeto que resultou na Lei 4.137, de 10-09-62, a qual criou o CADE como órgão público vinculado ao Poder Executivo, sendo sua disciplina complementada pela Lei 8.158, de 08-01-91. Em setembro de 2005, a Presidência da República apresentou ao Congresso Nacional Projeto de Lei, que tomou o nº 5.877/2005, com o fito de estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispondo ainda sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, mantendo o CADE, embora com organização inteiramente diversa. A pretensão é a de revogar os arts. 1º a 27, 29 a 84 e 89 a 93, todos da Lei 8.884/94. Antes disso, foi editada a Lei 9.781, de 19-01-99, que instituiu a taxa processual para os procedimentos de competência do CADE, sem olvidar as Leis 9.021/95, 9.069/95, 9.470/97, 9.873/99 e 10.149/2000, as quais inseriram modificações ao texto original da Lei 8.884/94 que, por sua vez, ab-rogara as citadas Leis 4.137/62 e 8.158/91.

⁹ Pleno, mv, rel. Min. Carlos Velloso, *DJU* de 20-04-20001. Não houve ainda julgamento de mérito, tendo a medida liminar sido integralmente negada.

2. Liberdade de iniciativa e livre concorrência.

A Constituição de 1988, dentre suas várias inovações, foi responsável por sintonizar a ordem jurídica nacional em face da tendência, manifestada na atualidade do estudo do Direito, que se convencionou denominar-se de pós-modernismo jurídico, cuja singularidade reside na consideração dos princípios com valor normativo.

Diante de seu prestígio pela consagração nos textos constitucionais contemporâneos, os princípios se impõem ante as meras regras pela sua tríplice função de fundamento do sistema, com as eficácias diretiva e derogatória, de instrumento de reforço da atividade interpretativa e de suplemento da legislação.

No que concerne à ordem econômica, a Lei Maior vigente foi enfática na consagração da livre iniciativa. Para tanto, erigiu-a como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) e da ordem econômica (art. 170, *caput*). De esclarecer que, em ambas as hipóteses, o Constituinte não consagrou o princípio de forma ilimitada, mas, ao contrário, ora fazendo referência aos correspondentes valores sociais, ora à sua harmonização com a justiça social, preocupação que não é recente¹⁰.

Procurando-se delimitar o alcance da mensagem expressa pela livre iniciativa, pode-se salientar que esta pressupõe outras liberdades correlatas. Inicialmente, tem-se a possibilidade de livre apropriação de bens. Sem a garantia do direito de propriedade não há que se cogitar do princípio em causa.

Num segundo plano, a liberdade de iniciativa é integrada pela liberdade quanto ao exercício de atividade econômica ou profissional. Desse modo, toda atuação que produza riqueza é assegurada aos particulares, independentemente de autorização estatal, salvo as exceções previstas em lei, conforme dispõe o art. 170, parágrafo único, da CF de 1988.

¹⁰ De fato, a necessidade de convivência entre liberdade de iniciativa com a justiça social e a valorização do trabalho humano se fez presente nos textos de 1934 (art. 115), 1946 (art. 145) e 1969 (art. 160, I).

Mesmo assim, a irradiação dos efeitos da livre iniciativa faz com que o legislador não reste inteiramente senhor da escolha das situações com relação às quais se torna preciso o consentimento das autoridades para o exercício de atividades pelos particulares.

As restrições à liberdade de empreendimento têm que visar ao resguardo de valor de interesse coletivo e serem, antes de tudo, proporcionais, não eliminando o núcleo essencial do direito fundamental.

Passa-se aqui algo semelhante ao decidido pelo Tribunal Constitucional alemão no famoso caso das farmácias¹¹, decorrente do art. 3º, § 1º, da Lei da Baviera de 1952, a qual condicionou a abertura e o funcionamento de tais estabelecimentos a certas condições.

Debruçando-se sobre o assunto, o Tribunal Constitucional entendeu que o art. 12.1 da Constituição de 1949, ao consagrar a liberdade de exercício de profissão, somente poderia ser alvo de restrição quando esta visasse assegurar tutela suficiente aos interesses da comunidade que, *in casu*, estariam galvanizados pela defesa da saúde pública, a requerer um fornecimento ordenado de medicamentos.

Considerando-se que as exigências legais não visavam tal objetivo, entendeu-se pela impossibilidade de limitação do direito fundamental.

No Brasil, houve manifestação jurisprudencial similar, ocorrida quando do deslinde da Representação 930 – DF¹², dirigida contra dispositivo da Lei 4.116/62 que, a pretexto de disciplinar a profissão de corretor de imóvel, estatuiu requisitos para o seu exercício que exorbitavam da autorização, constante do art. 153, § 23¹³,

¹¹ Tal julgado é alvo de comentário por Karl Larenz (*Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. pp. 576-578. Tradução: José Lamego).

¹² Pleno, mv, rel. desig. Min. Rodrigues Alckmin, *DJU* de 02-09-77, p. 5.969.

¹³ Cuida-se do atual art. 5º, XIII, e que estabelece disciplina substancial idêntica.

parte final, da Constituição de 1969, para a fixação das condições de capacidade, assumindo forte contraste com a razoabilidade.

Em terceiro lugar, a liberdade de iniciativa vem encorajada pela liberdade de contratar, tanto no que concerne à manifestação da autonomia da vontade como para o estabelecimento do conteúdo do contrato.

Da mesma forma, não se trata de atributo sem peias ou limites. É, igualmente, suscetível de condicionamento, mediante a intervenção do legislador, com vistas à proteção de outros valores sobranceiros, tais como os ditames da justiça social e a defesa do consumidor.

De outro pórtico, o Constituinte, seguindo tradição instaurada desde 1946¹⁴, não olvidou o respeito à livre concorrência. Consubstancia esta a faculdade, de que são titulares os agentes econômicos, de empregarem meios e instrumentos de conquista da clientela sem enveredarem pela deslealdade e sem a utilização de formas que evitem a salutar competição entre os mesmos¹⁵.

Em suma, o princípio reclama que os integrantes do mercado pelejem entre si, na busca do lucro, em igualdade de condições. Disto resulta a melhoria da qualidade de produtos e serviços com a fixação de preços justos. A livre concorrência é, assim, valioso veículo de tutela dos consumidores.

Tais princípios, importante asseverar, mantêm íntima conexão. Malgrado afirme a distinção entre liberdade de iniciativa e livre con-

¹⁴ Coube ao Constituinte posterior ao Estado Novo o pioneirismo na explicitação da livre concorrência e da proscrição do abuso do poder econômico, havendo o art. 148 de sua obra disposto: "A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros". Com pequena diferença vernacular, a orientação persistiu no art. 160, V, da Constituição de 1969.

¹⁵ Em formidável concisão, Werter Faria (*Constituição econômica, liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1990. p. 108) vislumbra o princípio no direito à prática do jogo econômico dentre os empresários sem que estes ponham entraves à competição.

corrência, Inocêncio Mártires Coelho¹⁶ destaca que ambos se complementam. Por isso, enquanto a primeira projeta a liberdade individual no plano da produção e circulação de riquezas, englobando não só a liberdade de profissões e atividades econômicas, mas dos processos e meios adequados à sua consecução, a livre concorrência significa que a fixação dos preços de mercadorias e serviços não deve advir de atos cogentes do Poder Público, mas do livre jogo das forças em disputa no mercado, admitindo-se a ação interventiva do Estado para sua preservação, quer diante do próprio Estado ou da ação privada tendente à formação de monopólios.

Dessa relação de complementaridade advém a convicção de que a livre concorrência representa uma natural limitação à liberdade de empresa quando de seu desenvolvimento abusivo e que, ao final, tende a funcionar como uma garantia desta.

Daí que, com muita propriedade, Mazzotti di Celso e G.M. Salerno¹⁷ asseveram, ao comentarem o art. 41 da Constituição italiana, que demais da livre concorrência ser observada como um limite posto à liberdade de iniciativa econômica, resulta inegável, a bem da verdade, o seu enorme papel de garantia desta, com vistas a resguardar o direito de todos a um mercado sem a dominação por oligopólios ou monopólios.

Visto a livre concorrência ora como limite ora como garantia da liberdade de empresa, segue-se como corolário lógico a competência estatal para a sua efetivação, cujos contornos, definidos legislativamente, têm sua materialização mediante atuação administrativa preventiva e sancionadora.

Para tanto, vê-se reforço no art. 173, § 4º, da Lei Máxima, ao estatuir que reprimirá o abuso do poder econômico que vise à do-

¹⁶ A defesa da livre concorrência na Constituição de 1988. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n° 6, pp. 61-62, 1994. A interdependência entre liberdade de iniciativa e livre concorrência também é destacada por Taís Cruz Habibre (Cartel e conseqüências para o consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n° 52, a. 13, pp. 225-226, out./dez. 2004).

¹⁷ *Manuale di Diritto Costituzionale*. Pádua: CEDAM, 2002. p. 225.

minação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, bem assim no art. 174, *caput*, do mesmo diploma, quando reconhece qualidade do Estado de regulador da atividade econômica, para cujo desempenho dispõe das funções de fiscalização¹⁸.

3. CADE: uma agência reguladora?

Constitui nota peculiar ao Estado pós-intervencionista a adoção do modelo de regulação por agência independente, instituído nos Estados Unidos ao final do século XIX¹⁹, somente transplantado para a Europa ao final do século passado.

Tal arquétipo, informado pela preocupação em manter a regulação separada da interferência política governamental, com vistas à obtenção, na ação estatal, de maior racionalidade, tem como linhas peculiares, demais da separação entre regulados e regulador, as seguintes: a) independência do regulador perante o governo central, assegurada pela adoção de mandato por tempo certo e pela não sujeição a ordens ou instruções emanadas daquele, ao contrário do verificado na regulação tradicional; b) independência frente aos regulados através de medidas contra a “captura”, traduzidas mediante a previsão de incompatibilidades; c) exercício, pelo regulador, de competência normativa e decisória.

¹⁸ Recentemente, com a Emenda Constitucional 42/2003, o sistema jurídico acorreu à tributação, com o fim específico de equilibrar a concorrência, prescrevendo, no art. 146-A da Lei Básica, o seguinte; “Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo”. A não tão muito feliz redação do dispositivo apenas veio a explicitar a competência extrafiscal tributária para a garantia da livre concorrência.

¹⁹ Saliente-se que o modelo estadunidense teve lugar com a criação da *Interstate Commerce Commission* (ICC). A despeito da necessidade de entregar as competências de regulação, controle e fiscalização, a um organismo que as desempenhasse com eficiência, especialização e independência, as motivações subjacentes a aludido marco inaugural se deveram mais a razões políticas substanciais do que ao prevailecimento de uma concepção jurídico-política. Decorreu, a bem da verdade, de desentendimento entre o Congresso e o Presidente Harding, levando-se à exclusão das funções atribuídas à ICC do âmbito do Departamento do Interior.

Diante desse recente fenômeno, a que se vem incorporando também o sistema jurídico brasileiro, questão interessante assoma a de saber qual a natureza ostentada pelo CADE, em virtude de sua competência na preservação da livre concorrência e na repressão ao abuso do poder econômico. Poderia aquele ser reputado como uma agência reguladora independente?

Há, a esse respeito, indicações divergentes.

Em curta passagem de escrito específico, posição favorável parece ser a expendida por Luís Roberto Barroso²⁰. Este, ao depois de salientar que, mesmo antes do art. 174 da vigente Constituição, surgiram aqui alguns órgãos estatais com funções reguladoras, cuja atuação, com o passar do tempo, adveio frustrada, excepciona o CADE, ressaltando a sua ausência de subordinação decisória e financeira do Poder Executivo.

Essa percepção é ainda perfilhada em voto do Min. Marco Aurélio na ADPF 46-7²¹. Durante longa reflexão sobre a atuação do Estado no domínio econômico, S. Exa. ressalta que a fuga daquele da ação empresária não significou uma redução de sua intervenção nessa seara, mas que, ao contrário, aquele permanecera com redobrada atenção quanto à sua atribuição de fiscalizar, manifestada através de entes desprovidos de subordinação perante o jogo político, com a preponderância do critério técnico em suas decisões, concluindo por assinalar que esta “função é desenvolvida, hodiernamente, pelos diversos órgãos reguladores, pela Secretaria de Defesa Econômica – SDE e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE”.

Daí se vê a tentativa, tácita e sem entusiasmo, de equiparar o CADE a um órgão regulador independente, muito embora, em ambas meditações, não vem à tona o vocábulo agência.

²⁰ Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 23-03-2005.

²¹ Pleno, voto proferido no dia 15.06.2005. Disponível em: www.stf.gov.br/noticias/imprensa. Acesso em: 14.11.2005. Independentemente da posição de fundo assumida no citado voto, importa notar que se cuida, indiscutivelmente, de um dos mais bem elaborados e densos pronunciamentos de direito econômico, proferidos em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

De outro lado, esgrime-se reação, com o auxílio da pena de Eros Grau e Paula Forgioni²². Segundo os autores, a confusão terminológica e doutrinária que vem grassando no país poderá levar a supor que, atualmente, qualquer ente integrante da Administração Federal, nos termos do Decreto-Lei 200/67, haveria de ser considerado como agência.

Por isso, advertem que essas somente podem ser concebidas como muito especiais “autarquias em regime especial”, com a singularidade dos seus dirigentes serem titulares de mandatos fixos e dotados de estabilidade, de modo a representarem aqui a introdução de modismo a instalar autêntica guerra de poder dentro da Administração.

No que concerne ao CADE, cuja regência se dá pela Lei 8.884/94, concluem que não passa senão de uma autarquia.

Penso que a razão se encontra do lado afirmativo. Não se discute que as leis instituidoras das agências, no que toca à localização de ditos entes na estrutura administrativa brasileira, optaram pela denominação autarquia sob regime especial²³.

Tal rotulação, contudo, não é decisiva para a qualificação de pessoa administrativa como agência.

Senão vejamos.

A expressão autarquia sob regime especial surgiu, entre nós, com a Lei 5.540/68 (art. 4º), que dispunha sobre a organização das instituições federais de ensino superior, mas o legislador, em nenhum instante, definiu seu conteúdo. O próprio Decreto-Lei 200/67 continuou silente.

²² CADE v. BACEN: conflitos de competência entre autarquias e função da Advocacia-Geral da União. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, a. 2, v. 8, p. 54, out./dez. 2004.

²³ Cf. os diplomas instituidores da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (art. 1º, Lei 9.427/96), da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (art. 8º, Lei 9.472/97) e Agência Nacional do Petróleo – ANP (art. 7º, Lei 9.478/97), da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVS (art. 3º, Lei 9.782/99) e da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (art. 1º, Lei 9.961/2000).

A tarefa, como de costume, coube à doutrina. Hely Lopes Mello considerava o conceito representativo de toda entidade em relação à qual “a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar a sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns”²⁴, sem que com isso se infringiam os preceitos constitucionais pertinentes a tais entidades administrativas.

Para o autor, ao assentar remate na página seguinte, o que contribui decisivamente para posicionar uma autarquia como de regime especial recai nas vantagens que a lei criadora lhe confere, para o pleno desempenho de suas finalidades específicas. Cita, com esse qualificativo, entes anteriores à Lei 5.540/68, como o Banco Central do Brasil (Lei 4.595/64), a Comissão Nacional de Energia Nuclear (Lei 4.118/62) e a Universidade de São Paulo (Decreto-Lei 13.855/44).

Passados dez anos, Odete Medauar²⁵ manteve atual o escólio, afirmando que as notas características de autarquia de regime especial decorrem da lei que a instituir, centrando-se discrimen, com freqüência, no modo de escolha e destituição dos dirigentes, ou no grau menos intenso dos controles, ou ainda quanto à gestão financeira.

Daí se vê que não basta apontar que determinado ente da Administração Indireta seja uma autarquia de regime especial para que tal se verifique. É preciso que o legislador lhe atribua determinadas vantagens não comumente extensíveis às autarquias comuns. Em suma: o que é significativo, no trato da questão, é investigar as prerrogativas que são conferidas à entidade, assegurando-lhe, frente ao governo central, uma maior autonomia para o salutar desenvolvimento de sua ação.

As agências reguladoras visam organizar atividade inerente a determinado setor seja aquelas desenvolvidas no âmbito do mercado, seja a prestação de serviços públicos, exercendo relevan-

²⁴ *Direito administrativo brasileiro*. 14^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 309.

²⁵ *Direito administrativo moderno*. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 81.

tes funções, como, *v.g.*, a normativa, a de decisão e de fiscalização, não só como instrumento de correção de disfunções ou práticas indesejáveis, mas, na atualidade, com uma dimensão promocional vinculada a interesses perseguidos pelo Estado Democrático²⁶.

Ao contrário da ação interventora tradicional, prepondera aqui a razão da técnica, assomando imprescindível, para esse fim, uma maior independência do regulador frente aos detentores de mandato político, cuja orientação, como é comezinho, dá-se pelo viés da conveniência dos interesses partidários.

A busca desse anelo, na observação de Ramón Parada Vasquez²⁷, manifesta-se com a limitação ou privação da competência governamental de nomeação dos membros diretores do órgão ou ente regulador, a configurar o que poderia denominar de independência orgânica.

²⁶ O recente fortalecimento do fenômeno regulador, inclusive nos Estados Unidos, é noticiado por Francisco Cavalcanti (*A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. Breve visão comparada. Revista da Ajufe – Estudos em homenagem a Jesus Costa Lima e Hugo de Brito Machado*, Brasília, 1999. pp. 162-163), apontando a sua atual amplitude, a ostentar como centro de interesse atividades econômicas, culturais e sociais, e valores e bens como a saúde, o meio ambiente, o trabalho, o consumo, a concorrência, etc. Sobre um maior alcance da regulação, com projeção além de seu caráter repressivo, interessante também compulsar Robertônio Santos Pessoa (*Administração e regulação*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 159-160).

²⁷ *Administraciones independientes y Estado regulador. In: Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo – obra em homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 129-130. Dentre as diversas técnicas de limitação, enuncia o autor as seguintes: a) pluralidade de instâncias de nomeação, acrescida da aprovação parlamentar prévia dos nomeado; b) inclusão de cláusulas ou requisitos relacionadas com a capacidade profissional do nomeado; c) imposição do princípio da colegialidade na tomada de decisões; d) estabelecimento de mandato dos dirigentes antes do qual não poderá ocorrer a destituição, salvo motivo relevante. *Idem* Cassagne (*Derecho administrativo*. 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perot, 1996. v. II, pp. 501-502), ao frisar que, na composição dos órgãos diretivos dos entes regulatórios, dois aspectos se destacam por sua transcendência e que são a: a) especialização técnica exigida; b) independência funcional.

Mais exigente, Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁸ propõe, com vistas a caracterizar a figura das denominadas agências reguladoras, uma relativa independência quanto a quatro importantes aspectos, quais sejam: a) independência política dos gestores, através de sua investidura com estabilidade e mandato fixo; b) independência técnica decisional, abstraídas as suas decisões de motivação política e preferencialmente sem recurso hierárquico impróprio; c) independência normativa, necessária para o exercício da regulação dos setores de atividades de interesse público a seu cargo; d) independência gerencial orçamentária e financeira ampliada, com a atribuição legal de fonte de recursos próprios.

Visando a garantir essa necessária independência, as entidades criadas a partir das emendas constitucionais que projetaram a reforma do Estado brasileiro, recorreram ao modelo, já existente, das autarquias de regime especial.

Não se quer dizer que a configuração de uma entidade com competência reguladora dependa do legislador que, ao lhe organizar, venha a atribuir-lhe a denominação de autarquia sob regime especial. O que interessa é, sob o prisma substancial, a maior independência daquela em relação ao Poder Executivo, diante do vivenciado pelas autarquias comuns²⁹.

Além do mais, no que concerne à atividade econômica, a função reguladora já possuía sua ambiência constitucional nestas plagas antes mesmo das Emendas Constitucionais 05 a 09, sendo

²⁸ *Mutações do direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pp. 147-148.

²⁹ Prova disso Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 158) anota a existência de entidade de índole equivalente às das agências reguladoras, que é a Comissão de Valores Mobiliários, à qual veio a ser atribuído o qualificativo de autarquia sob regime especial, mas que não recebeu a designação de agência. Nesta hipótese, está implícito, a meu sentir, que nos encontramos perante agência reguladora mesmo sem o designativo próprio, principalmente quando o art. 5º da Lei 6.385/76, modificada pela Lei 10.411/2002, alude a autoridade administrativa independente, sem subordinação hierárquica à Administração Direta, portadora de autonomia financeira e orçamentária e cujos dirigentes são nomeados para mandato fixo e com estabilidade no decurso deste.

apenas inegável que a contar deste marco foi que aquela ganhou maior incremento. O texto originário da Lei Maior tornava essa percepção cristalina tanto pela inserção do vocábulo “regulador” no pórtico do seu art. 174, quanto pelo reconhecimento da competência para reprimir os abusos do mercado, contida no seu art. 173, § 4º.

É fora de dúvida que, quando a Constituição assim previu, conferiu mandato para que o legislador, quando da modelação do ente regulador, procurasse preservar a sua atuação independente.

Quer-se, então, com isso, afirmar que a qualificação do CADE como regulador independente emana da autonomia que venha a ser garantida à sua ação, através de sua lei instituidora.

A resposta, por isso, há de advir da análise da Lei 8.884/94.

Num primeiro momento, é irrecusável notar uma maior independência do CADE frente ao Poder Executivo no tocante à nomeação dos seus dirigentes.

Ao contrário da sua conformação pela Lei 4.137/62 como órgão sem personalidade jurídica, com direta vinculação à Presidência da República³⁰, a Lei 8.884/94, demais de atribuir-lhe personalidade de direito público sob a forma de autarquia, prescreve, no seu art. 4º, que sua composição será integrada por sete membros, sendo um presidente e seis conselheiros, os quais, sem exceção, deverão possuir notório saber jurídico ou econômico e ostentar reputação ilibada, o que mostra a preocupação com a satisfação de requisitos especiais de capacidade.

A competência para a nomeação, enfeixada pelo Presidente da República, está sujeita ao *placet* do Senado Federal, possuindo tais conselheiros um mandato de dois anos, suscetível de uma só recondução.

Quanto à sua destituição, o art. 5º da Lei 8.884/94 dispõe que

³⁰ O art. 8º da Lei 4.137/62, editada quando do efêmero parlamentarismo do Governo Goulart, era explícito quanto à vinculação à Presidência do Conselho de Ministros.

tal se dará por decisão do Senado Federal, a pedido do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irrecurável por crime doloso, ou processo disciplinar, em conformidade com as Leis 8.112/90 e 8.429/92, ou por infringência de qualquer das vedações previstas no seu art. 6º.

Há ainda a previsão, no art. 5º, parágrafo único, da Lei 8.884/94, de perda do mandato para o membro do CADE que não comparecer a três reuniões ordinárias consecutivas, ou vinte intercaladas, salvo se estiver em período de afastamento temporário³¹.

O primeiro ponto a se questionar é que, em nenhum instante, poderia ser conferido ao Senado Federal, que integra o Poder Legislativo, o mister de decidir sobre a exoneração de dirigente de autarquia, vinculada, a nível de controle teleológico, à Administração Direta.

Haveria, portanto, nítida ofensa à Separação de Poderes. Aplica-se à expressão “decisão do Senado Federal” o mesmo entendimento levado a cabo na ADIN 1.949-RS³², sede onde se declarou inconstitucional o art. 8º da Lei gaúcha 10.931/97, com a redação da Lei 11.292/98, que atribuía competência de igual porte à Assembléia Legislativa.

A competência para decidir pela destituição pertence, sem sombra de dúvida, ao Presidente da República, em virtude do disposto no art. 84, XXV, da Lei Maior.

Daí não se perceba que o Presidente da República poderá lançar mão de exoneração *ad nutum*. Absolutamente. O Chefe do Poder Executivo somente poderá fazê-lo nos casos de condenação criminal, de processo disciplinar, de apuração de improbidade administrativa, pela violação de proibições contidas na Lei 8.884/

³¹ O legislador, nessa última hipótese, proclamou, inadvertidamente, que se trata de destituição automática. Não obstante, assim não vejo. Estando-se diante do exercício de múnus público por tempo certo, não há como possa ser superado o devido processo legal, a reclamar a prévia oitiva do dirigente. Somente cumprida esta formalidade, é que poderá ser editada, pela autoridade competente, a declaração de perda do mandato.

³² Pleno, mv, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 18-11-99.

94, ou na situação prevista no parágrafo único do art. 5º desta.

De notar, assim, que os arts. 4º e 5º, ambos da Lei 8.884/94, configuram limites à competência presidencial de provimento de cargos públicos³³.

Poder-se-ia indagar da existência de vício de inconstitucionalidade. A resposta se me afiguraria negativa. É que tal competência não traduz ato político ou de governo, a ser perpetrado com maior espaço de discricionariedade, mas, ao inverso, ato administrativo³⁴, do qual é inseparável a sua adstrição ao princípio da legalidade. O próprio art. 84, XXV, da CF, contempla, em sua parte final, a remissão “na forma da lei”.

O reconhecimento da restrição à competência do Chefe do Poder Executivo não adveio de imediato, sendo objeto de intenso debate jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, adveio a Súmula 25³⁵, negando a condicionante, em cujo principal precedente³⁶ teve como luzeiro o voto discordante do Min. Victor Nunes Leal.

³³ Ao pretender estruturar o CADE com a instituição de um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, o Projeto de Lei 5.877/2005, nos seus arts. 6º e 7º, mantém disciplina praticamente idêntica à Lei 8.884/94, com a mínima diferença de prever a elevação da duração do mandato do seu presidente e de seus conselheiros para quatro anos, vedada recondução. A manutenção da competência de destituição em prol do Senado Federal significa persistir na inconstitucionalidade antes referida.

³⁴ Evoque-se lição de Seabra Fagundes (*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. pp. 159-160) que, exemplificando com o art. 81, VIII, da Constituição pretérita, similar ao art. 84, XXV, da atual, repele como determinante, na conceituação dos chamados atos políticos ou de governo, o critério de que este seria executório direto da Constituição, uma vez citado apanágio configurar ato administrativo.

³⁵ A súmula tem a redação seguinte: “A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia”.

³⁶ MS 8.693 – DF, Pleno, mv, rel. Min. Ribeiro da Costa, jul. em 17-11-62. Tratou-se de segurança impetrada por Murilo Gondim Coutinho, com o propósito de reassumir seu mandato no Conselho Administrativo do Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários, do qual fora exonerado imotivadamente pelo Presidente da República.

Referido magistrado alicerçou seu pronunciamento com base em duas asserções, a saber: a) o art. 87, V, da Constituição de 1946, ao atribuir ao Chefe do Poder Executivo a competência para prover, na forma da lei e com as ressalvas estatuídas pela Constituição, os cargos públicos federais, deveria ser interpretado bem mais além da admissão do mero estabelecimento, pelo legislador, da forma de exercício de tal poder pelo Presidente da República, representando, de um modo mais amplo, a possibilidade de a lei condicionar o desempenho da competência de provimento dos cargos públicos, de modo que tal não seja privativa das exceções constitucionais³⁷; b) a investidura de agente público por prazo certo constitui uma providência que se encontra na autonomia administrativa, conferida por lei, a certos órgãos, visando à conservação da independência de ação destes, tendo seus antecedentes

³⁷ Trecho de dito voto, embora longo, é de compulsória transcrição: “Fundase o argumento em que a vigente Constituição emprega o vocábulo **restrições** em correspondência com ela própria, fazendo supor que somente as restrições constantes do texto constitucional seriam legítimas. O argumento, **vênia concessa**, não atenta para uma circunstância: o art. 87, n° V, da Constituição, o que define é a competência do Presidente para prover cargos públicos. Em conseqüência, as limitações ali contidas, são endereçadas ao poder executivo, e não ao legislativo; em outros termos, a alusão, ali feita, às **restrições** estabelecidas na Constituição compreende os casos em que a competência para prover cargos públicos federais não pertence ao Presidente, mas a outros poderes, isto é, ao Congresso e aos Tribunais, no que se refere às respectivas secretarias. Esta observação desloca o debate para a locução **na forma da lei**, que se lê na mesma norma constitucional: prover os cargos federais, na forma da lei. Pretende-se que esta expressão apenas significa: **de acordo com as formalidades estabelecidas em lei**. O argumento, **data vènia**, não procede, porque a expressão **na forma da lei**, segundo o entendimento correto e corrente, quer dizer: **na conformidade da lei, consoante a lei, segundo a lei, segundo o que dispuser a lei...** É claro que a lei não pode dispor tudo, porque está, por sua vez, sujeita às limitações constitucionais, mas não é o art. 87, n° V, o dispositivo que regula tais limitações, e sim, todo o conjunto das normas constitucionais que estruturam nosso regime político-jurídico. O que transluz, portanto, do art. 87, n° V, é que o poder, que tem o Presidente da República, de prover os cargos públicos federais, se exercerá de **conformidade com a lei**. Pode, assim, o Legislativo **condicionar** o exercício dêsse poder, em termos compatíveis com os demais dispositivos da Constituição. A sua competência não é apenas para estabelecer as formalidades aplicáveis, mas também os pressupostos do provimento dos cargos públicos”.

nas *independent regulatory commissions* do sistema jurídico norte-americano, havendo definido a Suprema Corte que a cláusula de livre nomeação, estatuída em benefício do Presidente da República³⁸, somente alcança os agentes que se situam, estritamente, na linha hierárquica do Poder Executivo, onde a investidura por prazo certo apenas demarcaria o seu termo final, não impedindo o desligamento do servidor, o que não se passa com os órgãos autônomos, dotados de funções normativas e jurisdicionais, referindo-se, dentre outros julgados, ao caso *Humphrey* (295, U.S. 602, 1935)³⁹.

Posteriormente, no julgamento da citada ADIN 1.949-RS, parece haver prevalecido o ponto de vista do Min. Victor Nunes Leal, concebendo a Corte pela legitimidade das restrições legais à livre exoneração pelo Governador do Estado⁴⁰.

O remate não poderá ser outro: sem qualquer mácula, o art. 5º da Lei 8.884/94 estatui limites à competência inerente à destituição imotivada do presidente e dos dirigentes do CADE.

Complementando a característica da independência política, o art. 6º da Lei 8.884/94 traz ao presidente e conselheiros do CADE outras incompatibilidades, além da vedação de acúmulo de car-

³⁸ O Artigo II, Seção II, da Constituição de 1787, assegura ao Presidente da República competência para designar os funcionários dos Estados Unidos, cuja designação não venha estabelecida constitucionalmente de outra forma.

³⁹ Esse conflito emanara da intenção do Presidente Roosevelt destituir William E. Humphrey da *Federal Trade Commission* sob a justificativa de necessitar de alguém mais acorde com seu pensamento administrativo. A Suprema Corte invalidou a demissão, uma vez a lei de criação da agência haver estabelecido que seus dirigentes somente poderiam ser afastados por ineficiência, negligência ou cometimento de delitos, porquanto referida comissão era muito mais que uma mera extensão do Executivo, sendo um órgão quase-legislativo e quase-judicial.

⁴⁰ Entre a Súmula 25 e a ADIN 1.949 – RS, permeou nítido avanço na admisão do legislador em condicionar a competência de exoneração de agentes públicos pelo Chefe do Poder Executivo, como se nota da Súmula 47 do Pretório Excelso: “Reitor de universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura”.

gos públicos, salvo as exceções constitucionais, previstas no art. 4º, § 2º. Desse modo, aqueles não poderão: a) receber, a qualquer título, honorários, percentagens ou custas; b) exercer profissão liberal; c) participar, na qualidade de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial, ou de empresas de qualquer espécie; d) emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa; e) manifestar, nos meios de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, emanados de autoridades do Judiciário, ressalvada a crítica em obras técnicas ou no exercício de magistério; f) exercer atividade político-partidária.

Uma particularidade a lamentar, mas que não compromete a independência aqui ressaltada, foi a omissão da Lei 8.884/94 quanto à previsão de “quarentena” aos membros do CADE que tiverem seus mandatos extintos, cuidado que não escapou ao Projeto de Lei 5.877/2005, ao desejar vedar àqueles a representação, no período posterior de cento de vinte dias, de qualquer pessoa, física ou jurídica, ou interesse perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com a afirmação de que a violação da futura proibição sujeita o responsável às penas do art. 321 do Código Penal (advocacia administrativa)⁴¹.

Forçoso constatar também a independência de decisão técnica. As deliberações do CADE somente são suscetíveis de revisão judicial.

Isso nem sempre ocorreu. Não obstante omissa a Lei 4.137/62 acerca da previsão de recurso hierárquico das decisões do CADE, a doutrina, da qual se destacou estudo levado a cabo por Saulo Ramos⁴², chegou a reconhecer, louvada na supremacia do Presidente da República como Chefe da Administração Federal, a

⁴¹ O Projeto de Lei 5.877/2005 também almeja proibir ao presidente e aos conselheiros do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica a utilização, a qualquer tempo, de informações privilegiadas.

⁴² Empresa estatal e abuso de poder econômico. *Revista de Direito Público*, Revista dos Tribunais, a. 23, v. 93, pp. 99-101, jan./mar. 1990.

existência, a despeito do caráter autônomo daquele órgão, de vínculo de subordinação, ínsito à estrutura hierarquizada do Executivo, a confirmar o necessário controle dos atos por aquele realizados.

Propôs aludido jurista, atuando na condição de Consultor-Geral da República, a utilização, para essa finalidade, do instituto da avocação que, não configurando propriamente recurso administrativo, constitui, sem dificuldade, conseqüência do poder hierárquico deferido ao Presidente da República, como forma de revisão, pelo superior, dos atos perpetrados por autoridade administrativa que lhe está situada em posição de inferioridade⁴³.

Ao depois, com o art. 21 da Lei 8.158/91 se previu recurso hierárquico para apreciação por parte do Ministro da Justiça, a ser interposto no prazo de dez dias.

Com a entrada em vigor da Lei 8.884/90, além da ab-rogação da Lei 8.158/91, adveio inovação com o seu art. 50, ao prever que as decisões do CADE – já agora um ente autárquico e não mais um órgão público – não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo⁴⁴.

Isso quer dizer que descabe a interposição de recurso hierárquico impróprio, ou de avocação, haja vista, quanto a esta última, a atual inexistência de controle hierárquico frente ao Poder Executivo, substituído pela supervisão ministerial.

O deliberado pelo CADE somente se expõe à modificação por ato judicial.

Constatada a presença da independência de decisão técnica, passemos ao inerente à competência normativa.

Nesse particular, não vislumbramos a concessão, em razão-

⁴³ Cuidava-se de sugestão de avocação de processo administrativo, com trâmite no CADE, para que a este se determinasse, através do Ministério da Justiça, a abstenção de análise, investigação e questionamento da política governamental para o setor petroquímico.

⁴⁴ O art. 80 do Projeto de Lei 5.877/2005 repete o disposto no art. 50 da Lei 8.884/94.

vel escala, de tais poderes ao CADE. Examinando-se o rol do art. 7º da Lei 8.884/94 não se vislumbra remissão legislativa para a edição de regulamento para a fiel execução de seus comandos⁴⁵.

Remanesce tal competência, talvez por imprecisão na transição entre os modelos da Lei 4.137/62 e de sua sucessora, em favor da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, órgão do Poder Executivo, cujo titular é nomeado em comissão pelo Presidente da República, para quem compete, nos termos do art. 14, XIII, da Lei 8.884/94, orientar os órgãos administrativos quanto à adoção das medidas necessárias ao cumprimento de dito diploma.

Dois dispositivos da Lei 8.884/94 podem dar suporte a uma competência regulamentar por parte do CADE. Inicialmente, o art. 7º, XVII, versando a possibilidade daquele de responder a consultas sobre matéria de sua competência, as quais devem ser formuladas e respondidas em tese⁴⁶.

Noutro passo, há o art. 20, § 3º, do mesmo diploma, a permitir que o CADE altere, para setores específicos da economia, o percentual de 20%, relativo à presunção de posição dominante no mercado⁴⁷.

Essa deficiência, no que concerne à sua competência normativa, não é de molde a descaracterizar o CADE como um ente regulador independente.

Não se desconhece ser uma peculiaridade da regulação autô-

⁴⁵ O regulamento de que aqui se cogita é o de execução. Isso ficou claro com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN 1.668 – DF (Pleno, mv, rel. desig. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 16-04-2004, p. 00052).

⁴⁶ Procedendo-se a digressão, que almejo não ser forçada em demasia, com o instituto da consulta na seara eleitoral, invoque-se Fávila Ribeiro (*Direito eleitoral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. pp. 103), ao salientar que tal mister haverá de desenvolver-se em caráter hipotético, sem contemplar situações concretas.

⁴⁷ O Projeto de Lei 5.877/2005 (arts. 9º, XV, 13, XIII, e 31, § 2º) mantém o mesmo quadro de competências normativas, a serem distribuídas para o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica e da Superintendência-Geral.

noma a existência de poder normativo, muito embora tal se afigure com maior pertinência àqueles entes que fiscalizam a prestação de serviços públicos, no objetivo de editar normas em matéria de segurança e de procedimentos técnicos para a manutenção de um serviço adequado.

No caso do CADE, a predominante natureza repressiva de sua atuação justifica uma competência normativa de menor abrangência, a ser compensada mediante uma maior atividade de jurisdição administrativa, conforme se vislumbra da Lei 8.884/94⁴⁸.

À derradeira, vem a questão da independência financeira e orçamentária que, de certo modo, é resguardada com a competência, inscrita no art. 7º, XXI, da Lei 8.884/94, de elaboração de proposta orçamentária, a ser submetida ao Poder Executivo.

Na busca desse nível de independência, para algumas das entidades criadas a partir de 1997, com o usufruto do batismo pela nomenclatura de agência, foi-se além da possibilidade de elaboração de proposta orçamentária, tendo o legislador o cuidado de instituir a obtenção de fontes autônomas de receita, representadas por taxas de fiscalização e recursos oriundos de convênios⁴⁹.

Tal não passa despercebido ao CADE. Malgrado a Lei 8.884/94 haver sido omissa a respeito de fontes alternativas de recursos, tendo, ao contrário, o seu art. 84 disposto que o valor das multas que comina será recolhido ao Fundo de que trata a Lei 7.347/85⁵⁰, a recente Lei 9.781/99 veio colmatar a lacuna.

⁴⁸ A titularidade de funções jurisdicionais é reputada por Cassagne (*Derecho administrativo*. 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perot, 1996. v. II, p. 501) como atribuição característica dos modernos entes reguladores.

⁴⁹ Ver art. 11, I e IV, da Lei 9.427/96, art. 15, II, III e V, da Lei 9.478/97, e art. 47 da Lei 9.472/97. Com relação à ANP, registre-se que o art. 15, II, da Lei 9.478/97, ainda se previu a outorga de parcela das participações governamentais a que se refere o seu art. 45, I e III.

⁵⁰ A mesma destinação é ratificada no Projeto de Lei 5.877/2005 (art. 23, § 3º). Não poderia ser diferente ante a inclusão das infrações contra a ordem econômica no rol dos direitos difusos e coletivos protegidos por ação civil pública (art. 1º, VI, da Lei 7.347/85, com a redação ofertada pela MP 2.180-35/2001).

Foi criada a taxa processual, incidente quando da apresentação de atos e contratos para os fins do art. 54 da Lei 8.884/94, bem assim quando da formulação de consultas, e a taxa de serviço, a remunerar a reprografia de peças processuais, legislação e jurisprudência, e a distribuição da Revista de Direito Econômico.

Em ambos os casos, o art. 9º da Lei 9.781/99 deixa expresso que o produto de sua arrecadação é destinado à modernização do CADE, colimando o contínuo aumento da produtividade e da qualidade de sua ação.

Por essas razões, que já se alongam excessivamente, forçoso apontar que o CADE, mesmo não portando rótulo legislativo de agência ou autarquia sob regime especial, é de ser reputado como entidade reguladora independente⁵¹, com vistas à correção dos abusos verificados no ambiente do mercado.

⁵¹ Somente para fins de ilustração, note-se que, no ordenamento italiano, a salvaguarda do mercado e da concorrência foi atribuída a uma autoridade administrativa independente (*autorità indipendente*), versão peninsular das agências e que, no ensinamento de Cláudio Franchini, vem afirmada “pelo fenômeno da difusão de autoridades constituídas para o desenvolvimento de funções públicas, substancialmente atípicas e dotadas de um particular grau de independência, com base em motivações diversas e heterogêneas” (pelo fenomeno della diffusione di autorità costituite per lo svolgimento di funzioni pubblicistiche sostanzialmente atipiche e dotate di un particolare grado di indipendenza, sulla base di motivazioni diverse e disomogenee”. L'organizzazione. In: *Trattato di diritto amministrativo*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2000, pp. 276-277). Destarte, leia-se o art. 10 da Legge 287/1990, ao instituir autoridade garantidora da concorrência e do mercado, com sede em Roma, a qual, composta de um presidente e quatro membros, nomeados, para um mandato de sete anos, de comum acordo pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado da República, opera com plena autonomia e com independência de julgamento e de valoração. Enquanto o presidente é escolhido entre pessoas independentes, que tenham recebido encargos institucionais de grande responsabilidade e relevo, os demais membros são selecionados entre pessoas de notória independência e que ostentem a qualidade de magistrados do Conselho de Estado, da Corte de Contas, ou da Corte de Cassação, de professores universitários em matéria econômica ou jurídica, e personalidades provenientes de setores econômicos dotados de alto e reconhecido conceito profissional. Há previsão de autonomia para sua auto-organização, funcionamento e gestão financeira.

4. O CADE e sua competência reguladora.

O trato do tema, envolto em complexo normativo extenso, cuja investigação pormenorizada escapa aos estritos lindes deste escrito, demanda, para uma melhor exposição, subdivisão em três tópicos, sendo o primeiro deles representado por noções gerais, enquanto os seguintes se desdobram, respectivamente, na atuação repressiva e preventiva.

Passemos à tarefa.

4.1. Noções gerais.

O primeiro aspecto a ser focado condiz com os limites territoriais da atuação do CADE.

Tal vem definido no art. 2º da Lei 8.884/94, o qual consagra como critério principal para sua aplicação que a circunstância da prática contra a ordem econômica seja cometida, no todo ou em parte, no território nacional.

Isso não quer dizer que ações realizadas fora dos limites territoriais brasileiros possam sempre ficar a salvo das consequências de mencionado diploma legal. Continuando, o preceito em comento, perfilhando a *effects theory*, formulada pela jurisprudência norte-americana⁵², acresceu, ao seu final, a expressão “que nele produzam ou possam produzir efeitos”.

Dessa maneira, mesmo a ação não sendo perpetrada no território nacional, a possibilidade de aqui produzir seus resultados acarreta a aplicação da lei nacional sobre a matéria e, de conseguinte, a manifestação do CADE.

Interpretando a opção legal, assevera Ana Paula Martinez que

⁵² Tal teve início em 1945 através de julgamento do Tribunal do Segundo Circuito no caso *United States v. Aluminium Co. of América*, relativo à formação de cartel por várias sociedades estrangeiras no setor de alumínio. Mesmo não integrando esse grupo a Alcoa, companhia norte-americana, mas controlando, pelos seus acionistas, sociedade canadense que integrava o cartel, entendeu-se que o *Sherman ACT* seria de aplicação caso tal acordo tivesse o fim de gerar efeitos, ou os tivesse produzido, no mercado dos Estados Unidos ou de seu comércio externo. A direção foi secundada no caso *Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Corp* de 1962.

pelo princípio dos efeitos territoriais, aplica-se a lei antitruste brasileira toda vez que o ato causar efeitos reais ou potenciais no País. Como já foi visto, a teoria dos efeitos territoriais surge em decorrência de uma evolução da teoria da territorialidade e é mais ampla que esta. Ressalte-se que o legislador optou por não qualificar quais efeitos são suficientes para autorizar a jurisdição extraterritorial do Brasil – apenas determinou que os efeitos devem ser reais ou potenciais⁵³.

Cônsua de possível extraterritorialidade, pelos parágrafos do art. 2º considera-se domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere, ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante, devendo ser notificada e intimada de todos os atos processuais na pessoa do responsável pela gestão de tais unidades, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária. Do contrário, poderia restar esvaziada a eficácia da Lei 8.884/94.

Poderá – assim o permite expressamente o texto legal – ser afastada a regência da Lei 8.884/94 pela celebração, e posterior incorporação ao direito interno, de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil⁵⁴.

De outro lado, o art. 15 da Lei 8.884/94, ao cuidar dos destinatários do referido diploma, atribui sua correspondente qualidade às pessoas físicas ou jurídicas, tanto de direito público quanto de direito privado, bem como as associações de entidades ou pessoas,

⁵³ Jurisdição extraterritorial em direito da concorrência: balanço e perspectivas. *Revista de Direito Internacional e Econômico*, Síntese, ano II, v. 10, p. 81, jan./mar. 2005.

⁵⁴ A ressalva em favor dos instrumentos legislativos de cunho internacional está presente noutras legislações, principalmente do continente europeu. Como exemplo há a *Legge 287/1990*, que dispõe sobre a tutela da concorrência e do mercado, prescrevendo, no seu art. 1º, sobre o seu âmbito de aplicação e suas relações com o ordenamento comunitário, afirmando sua incidência quanto aos abusos de posição dominante e concentrações de empresa que não se enquadrem nos arts. 65 e 66 do Tratado da Comunidade Européia do Carvão e do Aço e nos arts. 85 e 86 do Tratado da Comunidade Econômica Européia (CEE), nos regulamentos desta ou dos atos comunitários com eficácia normativa equiparada.

constituídas de fato ou de direito, com ou sem personalidade jurídica. O exercício de atividade sob regime de monopólio também confere a condição de destinatário da norma⁵⁵.

Duas situações particulares merecem ser comentadas. A primeira delas está em saber se o CADE possui competência para apreciar atos de concentração entre instituições financeiras.

Sobre o tema, foi proferido Parecer AGU/LA-01/2001⁵⁶, subscrito pelo Dr. Luiz Alberto Silva, Consultor da União, contando com a chancela do Advogado-Geral da União, o hoje Ministro Gilmar Mendes, e de Sua Exa., Presidente da República, opinando-se pela negativa com relação à competência do CADE.

Dito pronunciamento foi objeto de comentário por Eros Grau e Paula Forgioni⁵⁷, tendo em vista que o CADE, não obstante o posicionamento da AGU, perseverou em continuar o seu agir.

Do posicionamento desses juristas, podem ser extraídos dois argumentos, a saber: a) a Lei do Sistema Financeiro atribuiu ao BACEN o dever-poder de fiscalizar condutas contrárias à compe-

⁵⁵ Os arts. 2º e 15 da Lei 8.884/94, relacionados ao seu campo de aplicação e aos seus destinatários, foram praticamente repetidos no Projeto de Lei 5.877/2005 (arts. 2º e 26). A *Legge* 287/1990 (art. 8.1) e o art. 90 do Tratado da Comunidade Econômica Européia (CEE), a exemplo da Lei 8.884/94, mantêm indistinta projeção de suas disciplinas tanto às empresas privadas quanto públicas. Contudo, tais diplomas, com maior apuro técnico, inseriram ressalva quanto às empresas titulares de monopólio - que entendo também pertinente ao sistema nacional, uma vez ser da natureza da atividade de monopólio -, ao salientar, na parte final do art. 8.2 da *Legge* 287/1990, que as normas de proteção da concorrência não lhe são aplicáveis "para tudo quanto estritamente conexo ao cumprimento dos deveres específicos que lhe são confiados" ("per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento defli specifici compiti loro affidati". Disponível em www.agcom.it. Acesso em 03-11-2005). A exceção também consta do art. 90.2 do Tratado da Comunidade Econômica Européia (CEE).

⁵⁶ Dita manifestação opinativa fora publicada no *DOU*, S. I, de 25-04-2001, pp. 13-15.

⁵⁷ CADE v. BACEN: conflitos de competência entre autarquias e função da Advocacia-Geral da União. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, a. 2, v. 8, pp. 51-77, out./dez. 2004.

tição e à concentração entre instituições financeiras; b) a Lei Complementar 73/93 proclama, no seu art. 40, § 1º, que os pareceres do Advogado-Geral da União, aprovados pelo Presidente da República, vinculam a Administração Federal, de modo a que os órgãos e entidades públicas ficam obrigados ao fiel cumprimento das orientações neles contidas, previsão em consonância com o art. 131 da Constituição, ao dispor competir à AGU as atividades de consultoria e assessoramento do Poder Executivo.

Sou de que procede a ausência de competência do CADE em tais hipóteses. Para tanto, entendo bastante o primeiro dos argumentos citados, o qual está em consonância com o critério da especialidade para solução de antinomias no sistema jurídico.

De fato, o art. 18, § 2º, da Lei 4.595/64, portador do *status* de lei complementar por força do art. 192 da Constituição, tanto em sua redação originária quanto naquela advinda com a Emenda Constitucional 40/2003, dispõe que ao BACEN incumbe, no desenrolar de sua competência de fiscalização, regular as condições de concorrência entre instituições financeiras.

O critério da lei especial, prestigiado pela nossa Lei de Introdução ao Código Civil (art. 2º, § 2º) bem como pela doutrina⁵⁸, é de incidência irrecusável, porquanto a Lei 4.595/64 fora explícita em aludir à disciplina das condições de concorrência entre tais entes, com a coibição dos respectivos abusos. Afastou, de conseguinte, a atuação do CADE nesse setor da economia⁵⁹.

Mesmo já se mostrando irrelevante para a discussão, em virtude da autonomia do motivo acima exposto, indispensável assen-

⁵⁸ Cf., a esse propósito, lição de Bobbio (Teoria do ordenamento jurídico. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, pp. 95-96).

⁵⁹ A especialidade, de há muito, já serviu de bússola à opção pretoriana pela delimitação da competência dos órgãos e pessoas administrativas na intervenção estatal de fiscalização. Basta ver o REsp 645.024 – CE (STJ, 1ª T., v.u., rel. Min. Luiz Fux, *DJU* de 29-11-2004, p. 259), no qual se compreendeu por afastar a ação da extinta SUNAB com relação às instituições financeiras em atenção ao fato de tal tarefa haver sido cometida pela Lei 4.595/64 (art. 10, IX) ao BACEN.

tar que o raciocínio conducente à vinculação do CADE às orientações emanadas da AGU é de ser aceito com reservas.

Tal vinculação, a meu sentir, somente se dá quanto a matérias estranhas às suas competências específicas e técnicas, como por exemplo na hipótese de se saber se determinados servidores de seu quadro de pessoal possuem direito a determinada vantagem.

Descabida será a vinculação que invalide a independência de decisão da entidade, a qual é ínsita à atividade reguladora e tem lastro constitucional específico no art. 174 da Lei Magna.

Ademais, levado tal entendimento à risca colocar-se-á – com certeza – em risco toda a filosofia que, atualmente, emprega a instituição dos demais entes reguladores independentes.

Outra discussão tem lugar no campo dos serviços públicos. A mudança de titularidade das empresas concessionárias não escapa à ação do CADE. O art. 54, § 10, outorga essa competência, ao mencionar que as mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão serão à Secretaria de Direito Econômico – SDE comunicados pela Comissão de Valores Mobiliários e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial.

Quanto às privatizações, houve previsão explícita no Decreto 1.204/94 (art. 49), estando justificada pelo fato de aprovar regulamento à Lei 8.031/90 que, instituindo o Plano Nacional de Desestatização, inseriu como objetivo fundamental deste o de modernização do parque industrial do País, com a ampliação da sua competitividade e o reforço da capacidade empresarial de diversos setores da economia⁶⁰.

Todavia, há que se considerar, no particular dos serviços públicos, a advertência de Carlos Ari Sundfeld⁶¹, ao realçar a posição

⁶⁰ Destaque-se pensamento favorável à intervenção do CADE nas privatizações, desenvolvido por Marusa Vasconcelos Freire (A atuação do CADE diante da desestatização. *Revista de Direito Econômico*, CADE, v. 23, pp. 67-72, abr./jun. 1996).

⁶¹ O CADE e a competição nos serviços públicos. *Revista Trimestral de Direito Público*, Malheiros Editores, v. 33, pp. 53-54, 2001.

sobranceira, posto que derivada de competência específica de porte constitucional, da pessoa política que é titular do serviço, à qual compete o dever de sua organização e que, ao fazê-lo, poderá adotar programas de desregulação, com a competitividade que lhe é ínsita, ou continuar a pervagar o regime de privilégio.

Por essa razão, o autor, embora reconheça a competência do CADE a respeito, uma vez as operações societárias envolvendo prestadores de serviços públicos estarem sujeitas ao art. 54 da Lei 8.884/94, afirma que compete àquele analisar a conduta da empresa enquanto tal, sem legitimidade de adentrar no exame da conduta do regulador do serviço em si.

Igualmente, no que concerne à repressão das condutas anti-competição, a atuação do CADE deve observar alguns limites, sendo inquestionável quando o concessionário, valendo-se dessa condição, vier a praticar atos que produzam ou venham a produzir prejuízo à livre concorrência noutros campos da economia. Diver-samente, as condutas do prestador relativas ao próprio serviço público não integram o campo onde atuante o CADE, já que é impossível a este adentrar na esfera do regulador do próprio serviço, *ex vi* da regra da especialidade.

4.2. A competência repressiva.

Neste tópico, está-se diante da movimentação do CADE frente a condutas que visem quebrantar a livre competição.

Primeiramente, o legislador (art. 20) define quais as práticas que, realizadas sob qualquer forma, constituem infração à ordem econômica. Para tanto, faz-se indispensável que tenham por fim, ou possam produzir, os seguintes efeitos: a) limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; b) dominar mercado relevante de bens ou serviços; c) aumentar arbitrariamente os lucros; d) exercer de forma abusiva posição dominante.

Adotou-se técnica semelhante à utilizada pelo direito criminal, conhecida como norma penal em branco, com a singularidade de que o complemento do preceito definidor da infração reside no próprio diploma legal onde aquele está inserto.

Isso porque são minudenciadas, no art. 21 da Lei 8.884/94⁶²,

⁶² O art. 21 da Lei 8.884/94 está assim redigido: “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa; IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada; XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo; XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos

práticas nocivas que, contanto venham configurar as situações do art. 20, acima citadas, serão reputadas infrações à ordem econômica.

De evidenciar, mais uma vez, a elogiável preocupação do legislador com a concentração econômica danosa ou lesiva, tendo em vista que a conquista de mercado resultante de processo natural, fundado na maior eficiência do agente econômico frente aos seus competidores, não tipifica a infração do art. 20, II, conforme ressalva consignada no seu § 1º.

Há – faz-se imprescindível o registro – uma passagem legislativa a provocar aflição. Cuida-se da expressão “independentemente de culpa”, inserta no art. 20, *caput*, da Lei 8.884/94.

O dito exprime a adoção de responsabilidade objetiva quando é sabido que as infrações administrativas, por constituírem manifestação do *jus puniendi* estatal, não têm sua caracterização liberata dos princípios que governam a punição dos crimes, entre os quais está o da culpabilidade.

A escolha legislativa contrária, frontalmente, a tendência pre-

códigos Antidumping e de subsídios do GATT; XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada; XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço. Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á: I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade; II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais; III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis; IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço dos respectivos custos”.

dominante na doutrina⁶³, jurisprudência⁶⁴ e legislação⁶⁵ estrangeira que, com aperfeiçoamento, devotou-se ao tema, encontrando forte eco para sua adequação ao nosso sistema jurídico, dado o acolhimento como direito fundamental da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), sem contar a sua simpatia pelo Supremo Tribunal Federal, evidenciada no RE 154.134-SP⁶⁶.

O que torna nossa preocupação bastante grave foi o fato do Pretório Excelso manter tal dispositivo em sede cautelar na ADIN 1.094-8/DF⁶⁷, justamente em face da ausência de plausibilidade jurídica da arguição, a despeito da quase unanimidade das convicções jurídicas em contrário.

Com vistas a justificar tal orientação, o em. relator, sem atentar para a profundidade que o questionamento estava a merecer, simplesmente socorreu-se de mera remissão aos arts. 170, IV, e 173, § 4º, da CF, na condição de limites à livre iniciativa.

Olvidou a Corte Suprema, lamentavelmente, que tais fundamentos magnos, por mais louváveis que aparentem ser, não justificam – nem poderiam justificar – o exercício heteróclito do poder de punir, mas sim o manejo de competência disciplinar que se

⁶³ Consultar: Ángeles de Palma del Teso (*El principio de culpabilidad em el derecho administrativo sancionador*. Madri: Tecnos, 1996), José Maria Quirós Lobo (*Principios de derecho sancionador*. Granada: Editorial Colmares, 1996, pp. 47-50) e Enrique Bacigalupo (*Sanciones administrativas – derecho español y comunitario*. Madri: Editorial Colex, 1991, pp. 33-35).

⁶⁴ Vide Tribunal Supremo (STS de 16-02-62, 21-02-69, 11-03-76, 30-11-91 e 07-05-92) e Tribunal Constitucional (STC 76/90 e de 19-12-91) da Espanha.

⁶⁵ Ver os sistemas jurídicos italiano (*Legge* 689/1991, art. 2º), germânico (Lei de 19-02-87, art. 10) e espanhol (Lei Geral Tributária, art. 77; e Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum, art. 130).

⁶⁶ RTJ 171/300. Interessante a declaração, constante do voto do Min. Sepúlveda Pertence, no sentido de que os direitos fundamentais que proíbem determinadas sanções são aplicáveis tanto nos âmbitos penal como administrativo, donde se pode deduzir a receptividade à repulsa à responsabilidade administrativa de cunho objetivo.

⁶⁷ Pleno, mv, rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 20-04-2001.

encaixe nos trilhos da legalidade.

E, como se não bastasse, o Projeto de Lei 5.877/2005 (art. 31, *caput*) reincide no vício, reproduzindo na integralidade o preceito em tela.

As penalidades cominadas consistem em multa (art. 23, I a III)⁶⁸, juntamente com a publicação de extrato da decisão condenatória, a proibição de contratar com o Poder Público, inclusive com instituições financeiras oficiais, a inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, a recomendação aos órgãos públicos para a concessão de licença compulsória de patentes de titularidade do infrator e a não concessão a este de parcelamento de tributos federais, incentivos fiscais ou outros subsídios⁶⁹, e a determinação de cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer

⁶⁸ A previsão de multa é abundante, sendo até mesmo imposta pela recusa, omissão, falsidade, ou retardamento injustificado, na prestação de informação, ou requisição de documentos pelo CADE, SDE ou Seae, ou qualquer entidade pública (art. 26). No que concerne à sanção pecuniária cominada pelo art. 23, I, da Lei 8.884/94, a prever, em face de infração à ordem econômica, sua imposição a empresa no percentual de um a trinta por cento do faturamento bruto do último exercício, para cuja base mensável se excluem os impostos, houve suscitação de inconstitucionalidade nos autos da citada ADIN 1.094 – 8/DF. Rejeitando tal imputação, o relator expõe que não se tem multa de 30% sobre o faturamento, mas sim de um a trinta por cento, a afastar, em tese, o seu caráter excessivo. O que poderá ocorrer, muito bem frisou, é possível inconstitucionalidade no caso concreto, resultante de valor arbitrário pela aplicação da alíquota máxima. Mais prudente, o Projeto de Lei 5.877/2005 substituiu os limites de percentual, a incidir sobre o faturamento bruto, por valores mínimo e máximo, fixados em moeda corrente.

⁶⁹ Houve pretensão de inconstitucionalidade também com relação às sanções do art. 24, II (proibição de contratar com instituições financeiras e licitar junto à Administração Federal, Distrital, Estadual e Municipal, por prazo não inferior a cinco anos) e IV (recomendação aos órgãos públicos para a concessão de licença compulsória de patentes de titularidade do infrator e não concessão de parcelamento de tributos federais, incentivos fiscais ou outros subsídios), sendo mantida liminarmente a norma, não obstante o relator haver enveredado pelo reconhecimento de que se previu indevidamente sanção política. Quanto à proibição de contratar e licitar, esta já vem prevista entre nós desde o Decreto-Lei 2.300/86 (art. 73, III e IV), sem que fosse cogitada de sua inconstitucionalidade.

outro ato ou providência necessária para a eliminação dos efeitos deletérios à ordem econômica (art. 24, I a V).

Salutar reforço ao arcabouço punitivo foi a previsão de desconsideração da personalidade jurídica do infrator nos casos em que a infração à ordem econômica advir de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos ou do contrato social, por parte do controlador ou sócio-gerente. Também caberá a medida quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má gestão.

Salienta-se que, muito embora tal permissivo tenha lugar de regra em juízo, a inovação legislativa, ao inserir tal previsão no capítulo das disposições gerais sobre as infrações à ordem econômica (art. 18), que configuram ilícitos administrativos, está em permitir que o CADE proceda ao levantamento do véu protetor da pessoa jurídica infratora, alcançando os seus dirigentes que se utilizaram desta com o propósito de abusar de suas prerrogativas jurídicas.

Em reforço informativo, é de ter em mente que o Superior Tribunal de Justiça, em julgado que se poderá apontar como precursor⁷⁰, respaldou o reconhecimento da possibilidade da aplicação do instituto da *disregard doctrine* pela própria Administração, no exercício de sua competência sancionadora, independentemente de previsão legal específica.

Tais infrações, que se sujeitam à prescrição em cinco anos, contados da data da prática do ilícito, ou no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado, têm sua apuração mediante a instauração de investigações preliminares ou processo administrativo⁷¹.

⁷⁰ 2ª T., RMS 15.166 – BA, v.u., rel. Min. José de Castro Meira, DJU de 08-09-2003, p. 262.

⁷¹ O Projeto de Lei 5.877/2005 (art. 43, I a V) prevê novos mecanismos de apuração, dividindo-os em cinco modalidades, a saber: a) procedimento preparatório de inquérito para apuração de infrações à ordem econômica; b) inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; c) processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à

As investigações preliminares, a cargo da Secretaria de Direito Econômico, promovidas de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada, subscrita por qualquer interessado, destinam-se às hipóteses em que não existam indícios suficientes para a instauração direta de processo administrativo.

Com o prazo de conclusão de sessenta dias das investigações preliminares, resultará a instauração de processo administrativo ou seu arquivamento, caso em que a SDE recorrerá de ofício ao CADE.

O processo administrativo, a ser igualmente conduzido pela SDE, envolve a observância de contraditório e ampla possibilidade de colheita de prova pela Administração, ressalvada a busca e apreensão de objetos, papéis, livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos, que tocará ao Judiciário e independe da propositura de ação principal.

É durante as investigações preliminares ou no processo administrativo que a União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, do qual poderá resultar a extinção da pretensão punitiva da Administração, ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, contanto que o interessado colabore efetivamente com as investigações e que de tal postura resulte a identificação dos demais co-autores da infração, ou a obtenção de informações e documentos que comprovem a prática sob investigação.

Mesmo não estando a celebração desse ajuste submetida à aprovação do CADE, a este compete, quando do julgamento do processo administrativo, e verificado seu cumprimento, atribuir-lhe os seus efeitos legais, relacionados à extinção da punibilidade ou redução do seu montante da sanção concretamente cabível.

ordem econômica; d) processo administrativo para aprovação de ato de concentração econômica; e) processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais. Exaustiva abordagem da atividade procedimental repressiva do CADE fora levada a cabo por Walter Nunes da Silva Júnior (A função judicante do CADE. *Revista CEJ/RN*, Seção Judiciário do Rio Grande do Norte, v. 4, pp. 203-224, nov. 1998).

Concluída a instrução processual, e apresentadas razões finais pelo representado, o Secretário de Direito Econômico, em relatório circunstanciado, decidirá pela remessa dos autos ao CADE, para fins de julgamento, ou pelo seu arquivamento, hipótese em que aquele deverá recorrer de ofício.

Recebidos os autos pelo CADE, com a escolha de relator, passar-se-á ao julgamento, a exigir maioria absoluta, com a presença de, no mínimo, cinco membros. Nada impede que o relator, entendendo insuficientes os elementos dos autos, determine a realização de diligências complementares, ou faculte à parte a produção de novas provas.

Em qualquer fase do processo administrativo é permitida a celebração, pelo CADE, de compromisso de cessação da prática sob investigação, o qual não implicará confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta investigada⁷², estabelecendo-se, como cláusulas obrigatórias, a imposição ao representado de cessar a prática investigada, o valor da multa para o seu descumprimento e a obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre sua atuação no mercado.

Tal compromisso também poderá ser ajustado pela SDE, com o referendo posterior do CADE.

O compromisso de cessação tem como efeito a suspensão do processo, enquanto se aguarda o seu cumprimento e, uma vez constatado o cumprimento das condições nele estabelecidas, resultará no arquivamento daquele, o que demonstra sua natureza eminentemente material e não procedimental.

Tanto é assim que se entendeu, com acerto, nos autos do AI 267.906-DF⁷³, no sentido de que a vedação advinda com a Lei 10.149/2000, para que seja celebrado dito compromisso com relação às práticas do art. 21, I, II, III e VIII, da Lei 8.884/94, não poderia

⁷² Já pelo art. 34 da Lei 8.884/94 incorrerá em confissão quanto à matéria fática o representado que, no processo administrativo, não apresentar defesa no prazo legal, não obstante para esse fim notificado.

⁷³ TRF – 1ª Reg., v.u., rel. Des. Federal Fagundes de Deus, *DJU* – II de 16-10-2003, p. 80.

atingir hipóteses de infrações cometidas anteriormente à entrada em vigor desta.

Demais de configurar título executivo extrajudicial, as condições ajustadas poderão ser alteradas pelo CADE quando comprovada sua excessiva onerosidade para o representado, bem como não haja prejuízo para terceiros ou para coletividade, ou a nova situação não configure infração à ordem econômica.

Releva notar que a Lei 8.884/94, de modo elogiável, facultou ao Secretário da SDE, ou ao relator do processo, competência para deferir medida cautelar quando houver fundado indício ou receio de dano de difícil reparação, capaz de tornar ineficaz o resultado da atividade administrativa de fiscalização, comportando tal decisão recurso voluntário, a ser interposto no prazo de cinco dias, ao Plenário do CADE, sem efeito suspensivo.

Na medida preventiva, a autoridade competente determinará a imediata cessação da conduta, podendo ordenar a reversão à situação anterior, com a imposição de multa diária.

4.3. A atuação preventiva.

Além da manifestação de competência punitiva, o CADE dispõe do poder-dever de verificar a legitimidade de atos ou contratos que possam limitar ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços.

Há, assim, obrigatoriedade de sua submissão ao CADE no prazo de quinze dias úteis, computados de sua realização⁷⁴, o que abrange os atos que visem à concentração econômica, através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para o exercício do controle de empresas, ou ainda qualquer forma de agrupamento societário, desde que implique participação de empresa ou grupo de empresas que integrem vinte por

⁷⁴ Interpretando o art. 54, § 4º, da Lei 8.884/94, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na AMS 99.709-DF (5ª T., v.u., rel. Des. Federal João Batista Moreira, *DJU* – II de 30-06-2003, p. 105), entendeu que o prazo se conta da assinatura do contrato definitivo e não de pré-contrato, no qual constavam cláusulas suspensivas, afastando a penalidade imposta pelo CADE.

cento de um mercado relevante, ou que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual de quatrocentos milhões de reais no último balanço⁷⁵.

Também se incluem no raio dessa verificação obrigatória as mudanças de controle acionário de companhias abertas, bem como os respectivos registros de fusão, cuja comunicação à SDE deverá ter lugar pela Comissão de Valores Mobiliários e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo, a ocorrer dentro de cinco dias úteis.

A não observância dos prazos para a apresentação de ditos atos sujeitará o responsável a multa, sem prejuízo da instauração de processo administrativo para aplicação de penalidade na forma do art. 32 da Lei 8.884/94.

O rito demarcado à aprovação é o seguinte: após os pareceres da SEAE e da SDE, a serem emitidos no prazo de trinta dias para cada um dos órgãos, o processo será encaminhado ao Plenário do CADE, o qual deliberará em sessenta dias.

Não se pronunciando o CADE no interregno legal, o ato é automaticamente considerado como aprovado, salvo se não apresentados os esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, hipótese em que ditos prazos ficarão suspensos.

A decisão favorável do CADE é imprescindível para a eficácia do ato, possuindo efeitos retroativos à data de sua realização.

Em caso de deliberação contrária, segue-se como consequência a sua desconstituição, total ou parcial, através de distrato, cisão societária, venda de ativos, cessão parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica.

Num ponto a *Legge* 287/1990 mostrou maior apuro, ao prever, no seu art. 17, a determinação pela autoridade independente às empresas interessadas para que suspendam a operação de concentração até o final do procedimento de aprovação.

⁷⁵ A *Legge* 287/1990 cuida do tema nos seus arts. 5º a 7º e 16 a 18.

À vista da omissão na Lei 8.884/94, haja vista a possibilidade de medida preventiva se inserir no âmbito da competência repressiva, resta ao CADE o recurso ao art. 45 da Lei 9.784/99, ao estabelecer à Administração poder geral de cautela.

Mantendo-se na linha de proscrever apenas atos de concentração lesiva, esclareça-se que o art. 54, § 1º, da Lei 8.884/94, faculta ao CADE autorizá-los quando atendam as seguintes condições: a) objetivem, cumulada ou alternativamente, aumento de produtividade, melhoria da qualidade de bens ou serviços, ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; b) haja distribuição eqüitativa de seus benefícios entre os seus participantes e os consumidores; c) não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; d) observância estrita dos limites necessários para atingir os objetivos visados.

Também serão considerados legítimos os atos que, atendidas ao menos três das condições acima, mostrem-se necessários, em face de razões preponderantes da economia nacional e do bem comum e não tragam prejuízo ao consumidor.

Para tais fins, o CADE definirá compromissos de desempenho para os interessados, com vistas a garantir o cumprimento das condições legais, constando metas qualitativas e quantitativas em prazos pré-definidos, cuja fiscalização é da alçada da SDE.

O descumprimento do compromisso de desempenho resultará na revogação da aprovação, juntamente com a abertura de processo administrativo para eventual imposição de sanções.

Idem quando demonstrado que a decisão favorável do CADE se louvou em informações falsas ou enganosas.

5. Execução e revisão judicial das decisões do CADE.

As decisões do Plenário do CADE, que imponham multa ou obrigação de fazer, possuem o atributo da exigibilidade, consubstanciando instrumento de coação indireta, mas não executoriedade, quer dizer, não respaldam sua execução material sem a intervenção do Judiciário.

Por essa razão, o art. 60 da Lei 8.884/94 lhes outorga a condi-

ção de título executivo extrajudicial. Assim, o seu não cumprimento impõe o ajuizamento de processo com vistas à sua satisfação, a ser dirigido à Seção Judiciária do Distrito Federal ou àquela do domicílio do executado, à escolha do CADE⁷⁶.

Quando a execução tiver por objeto apenas a cobrança de sanção pecuniária, inclusive as que resultem do descumprimento de obrigações incidentais do processo administrativo, seguirá o rito da Lei 6.830/80, dispensando-se, no entanto, a inscrição na dívida ativa, uma vez a deliberação do CADE, só por si, já aperfeiçoar título executivo⁷⁷.

Visando o processo executivo, além da satisfação de multa, ao cumprimento de obrigação de fazer, o magistrado, inclusive liminarmente, poderá conceder a tutela específica da obrigação, ou determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente, aplicando-se, sem reservas, o art. 461 do Código de Processo Civil.

Nos termos do art. 12 da Lei 8.884/94, o qual encontra respaldo no art. 6º, XIV, *b*, da Lei Complementar 75/93, o CADE poderá requerer ao Ministério Público Federal a promoção das demandas que visem à execução de seus julgados ou do compromisso de cessação, ou ainda a adoção de outras medidas judiciais, como é o caso do ajuizamento de ação civil pública.

Caso o executado anteponha fortes óbices à execução específica, a Lei 8.884/94 disciplina, nos seus arts. 69 a 78, a possibilidade de decretação motivada, pelo Judiciário, de intervenção da empresa, com a indicação dos poderes do interventor e de seu prazo, o qual terá a duração máxima de cento e oitenta dias.

A medida deverá ficar restrita aos atos necessários ao cumprimento da decisão judicial, podendo o magistrado, em caso ex-

⁷⁶ As expressões Distrito Federal e à escolha do CADE, constantes do art. 64 da Lei 8.884, figuraram da impugnação deduzida na ADIN 1.094-8/DF, havendo sido indeferida a liminar sob o fundamento de que a escolha legislativa visou favorecer o executado e, por isso, não confrontaria com o art. 109, § 1º, da CF.

⁷⁷ Cf. TRF – 1ª Reg., 5ª T., AI 361.089-DF, v.u., rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, *DJU* – II de 23-05-2003, p. 234.

tremo, afastar os responsáveis pela gestão da empresa que, deliberadamente, obstarem o cumprimento daquela, inclusive com a possibilidade de atribuir ao interventor a administração total da pessoa jurídica, sem prejuízo das tipificações penais dos arts. 329, 330 e 344, todos do Código Penal, conforme o art. 78 da Lei 8.884/94.

Ultimada a intervenção, o interventor apresentará ao Juiz Federal competente relatório circunstanciado de sua gestão, propondo a extinção e o arquivamento do processo, ou requerendo prorrogação, para o caso de não cumprida integralmente a decisão.

Diante do princípio da universalidade de jurisdição, esculpido no art. 5º, XXXV, da Lei Básica, segue-se que as decisões do CADE, quando impositivas de penalidades ou obrigações de fazer, ou quando no desempenho do controle prévio a que se refere o art. 54 da Lei 8.884/94, desafiam o recurso do administrado ao Judiciário.

Duas observações são dignas de menção. De logo, ressalte-se que, quando se cuidar de decisão que forme título executivo, inclusive no caso da imposição de multa diária, o oferecimento de embargos, ou o ajuizamento de ação anulatória, não suspenderá a produção de seus efeitos se não houver garantia do juízo.

Assim dispõe o art. 65 da Lei 8.884/94, sem que tal constitua qualquer inovação, haja vista a previsão similar do art. 38 da Lei 6.830/80. A restrição, que foi mantida em cautelar na ADIN 1.094-8/DF, não impede o questionamento judicial da deliberação. Apenas e somente afasta a suspensão da exigibilidade do título enquanto discutida sua validade. Ausente, por isso, a inconstitucionalidade assestada.

Tal não impede, antes se recomenda que, em face do princípio da livre acessibilidade ao Judiciário, o magistrado possa, no caso concreto, a partir do reconhecimento do valor exorbitante da garantia, reduzi-la em atenção ao pequeno porte da empresa executada⁷⁸.

⁷⁸ Assim foi a orientação acolhida pela 3ª Turma Suplementar do TRF – 1ª Reg. No AI 629.240-DF (v.u., rel. Juiz Federal Vallisney de Souza Oliveira - convocado).

E não é só. O art. 66 da Lei 8.884/94 foi mais além, ao prever que, diante da gravidade da infração e verificado fundado receio de dano irreparável, poderá o juiz determinar a adoção imediata das providências contidas no título executivo.

O Pretório Excelso – e com muita razão – manteve o dispositivo em liminar na ADIN 1.094-8/DF, porquanto se trata de medida cautelar, cuja decisão está afeta à inarredável apreciação do Judiciário.

A outra consideração tem por base, reputado o CADE como ente regulador independente, nas pegadas do exposto no item 3 desta, indagar-se acerca da amplitude do exame judicial. Melhor dizendo: afigura-se ilimitado tal controle?

Faz-se necessária uma ponderação.

No sistema jurídico norte-americano, cuja atividade administrativa é predominantemente ocupada pelo fenômeno das agências reguladoras, o Judiciário se inclina em prol de autocontrole (*judicial self-restraint*), distinguindo-se as questões de direito daquelas de fato.

Daí concerne – assinala Schwartz⁷⁹ –, que somente as primeiras, que versam sobre a legalidade das decisões administrativas, é que devem ser decididas judicialmente. Nas questões fáticas, a responsabilidade é confiada ao perito administrativo, tendo mencionado autor informado que a tendência dos tribunais americanos é inclusive a de abandonar a chamada doutrina do fato jurisdicional, que permitia o exame daquelas de cuja existência dos fatos fizesse depender o desempenho legal da competência administrativa.

Esse entendimento foi reafirmado no acórdão *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council*, de 1984, onde a Suprema Corte americana, em concorde unanimidade de seus membros, lançou mão de opção radical em prol do critério da deferência. Estava em discussão se o alcance da interpretação a ser con-

⁷⁹ *Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. pp. 370-372.

ferida à competência regulamentar delegada à *Environmental Protection Agency*, mais precisamente se o conceito de unidade exigia a discriminação de cada um dos efluentes lançados na atmosfera por um complexo industrial ou se era apenas este que deveria ser reputado como a unidade a regulamentar, como entendia a agência.

Manifestou-se a Suprema Corte em respaldar a opção administrativa, ressaltando que a impugnação das interpretações levadas a cabo pelas agências somente deve ocorrer quando o preceito legal não descreva, inequívoca e explicitamente, a matéria controvertida, ou seja, quando não expresse ambigüidade. Do contrário, em havendo silêncio ou ambigüidade, faz-se necessário prestigiar o ponto de vista assumido pela Administração, dado que os juízes, desprovidos de capacidade técnica e de legitimidade democrática, não poderiam substituir, com suas opiniões pessoais, as decisões que cabem às agências e ao Chefe do Poder Executivo. Tal compreensão fora mantida em 1986 no caso *Young v. Community Nutrition Institut.*⁸⁰

Nestas plagas, Luís Roberto Barroso⁸¹, debruçado às voltas com o assunto, procura reavivar a doutrina tradicional em sede de controle dos atos administrativos sob a menção de que a posição do Judiciário deverá ser de auto-contenção, somente devendo proferir à invalidação quando o comportamento atacado não puder resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como, dentre outros, os de razoabilidade, moralidade, isonomia e da dignidade da pessoa humana.

No plano jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça principiou na tentativa de transpor modelo similar aos dos tribunais ame-

⁸⁰ Comentário de tais decisões é encontrado em Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos (*A separação dos poderes na Constituição americana – do veto legislativo ao Executivo unitário – a crise regulatória*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – *Studia Jvridica* 4. Coimbra: Coimbra editora, 1994. pp. 83-84).

⁸¹ Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. Disponível em *Jus Navegandi*. www.jus.com.br. Acesso: 23-03-2005.

ricanos no REsp 572.070 – PR⁸², relativo à validade de regulamento da ANATEL sobre a conceituação de área local para fins de telefonia fixa.

Entendeu-se que a delimitação da área local, para fins de configuração do serviço local de telefonia, não leva em conta o critério de divisão político-geográfico das comunas, como entendeu a decisão hostilizada, mas critérios de natureza predominantemente técnica, seara a que não deve se imiscuir o Judiciário⁸³.

Como acréscimo, acentuou-se que a regulamentação do setor de telecomunicações, pela Lei 9.472/97, visou a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia em prol da população e, para que tal desiderato seja atingido, faz-se imprescindível que se prestigie a ação das agências reguladoras, desde que vazados em termos claros e objetivos.

A princípio, sensibiliza-me tal orientação quanto ao CADE.

Há que se considerar, no entanto, que a atuação daquele, na sua maior parte, notadamente de caráter repressivo, baseia-se em critérios de rígida legalidade, e aí não se poderá afastar a revisão judicial.

Há situações, porém, onde as decisões do CADE se revelam de conteúdo técnico bastante aguçado e nestes casos não se recomenda ao juiz intervir de forma ilimitada.

Como exemplo, avenge-se a situação do art. 20, § 3º, da Lei 8.884/94, a permitir que o CADE, para determinados setores da economia, fixe percentual a presumir o exercício de posição dominante no mercado. O elevado grau de exigências técnicas dessa fixação afasta a intervenção judicial, salvo se evidente violação à razoabilidade ou proporcionalidade. Acresço ainda, nas pegadas do Conselho de Estado da França⁸⁴, a legitimidade da fiscalização

⁸² 2ª T., v.u., rel. Min. João Noronha, *DJU* de 14-06-2004.

⁸³ Registre-se respeitável ponto de vista de Walter Nunes da Silva Júnior (A função judicante do CADE. *Revista CEJ/RN*, Seção Judiciário do Rio Grande do Norte, v. 4, p. 205, nov. 1998).

⁸⁴ Sobre o controle jurisdicional nos casos de erro manifesto de aprecia-

judicial quando evidenciada a inexistência dos motivos, com arrimo nos quais se fundou a decisão administrativa, ou equívoco manifesto em sua apreciação.

Antes de ultimar este tópico, oportuna, porém assinalada pela brevidade, a referência ao art. 89 da Lei 8.884/94, ao proclamar: “Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”.

Para uma boa compreensão da essência e do alcance do dispositivo, Fredie Didier Jr.⁸⁵ adianta que dois são os tipos de demanda que podem se referir à aplicação da Lei 8.884/94, quais sejam, os litígios individuais e os coletivos previstos no art. 1º, V, da Lei 7.347/85.

Na primeira hipótese, sustém o autor que não se cuida de assistência, pois falta o interesse quanto ao êxito de qualquer das partes, mas da qualidade de *amicus curiae*, representativo de intervenção destinada a subsidiar o magistrado na solução de litígios relativos à proteção da concorrência. Nesta condição, não está o CADE legitimado à interposição de recursos.

Já na outra situação, uma vez o CADE se encontrar também legitimado para o ajuizamento de ação civil pública, tem-se assistência litisconsorcial.

Por sua vez, os tribunais ainda não tiveram oportunidade de

ção, ver os arestos *Lagrange*, de 15-02-61, e *Société Anonyme <<Librairie François Maspero>>*, de 02-11-73. Mais recente, invoque-se o caso *Institut Technique de Dunkerque*, de 25-04-80, em cuja fundamentação há a enunciação das hipóteses do que se convencionou denominar de controle mínimo (fatos materialmente inexatos, erro de direito, erro manifesto de apreciação e desvio de poder).

⁸⁵ A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei Federal 6.385/1976). *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais, a. 29, pp. 155-158, maio/jun. 2004). Abordagem do tema, com direcionamento também ao art. 89 da Lei 8.884/94, vê-se em Gustavo Santana Nogueira (Do *amicus curiae*. *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, pp. 22-35, jul. 2004).

se defrontar com maior profundidade na interpretação do art. 89 da Lei 8.884/94. Talvez em decisão que se pode atribuir como o primeiro exame do assunto pelo Superior Tribunal de Justiça é o REsp 453.658-PB⁸⁶, relatado pelo Min. Ruy Rosado.

Estava-se diante de ação individual, ajuizada por associados à UNIMED – Campina Grande, no sentido de compelir esta a não instalar laboratório próprio no seu município sede, alegando os autores e, posteriormente, recorrentes, que tal prática, sobre ser vedada pela Lei de Cooperativas, implicaria à ré a detenção, de forma abusiva, de posição no mercado, além de fazer concorrência desleal aos seus próprios cooperados.

No particular do art. 89 da Lei 8.884/94, invocado para lastro de arguição de nulidade, acentuou o relator que tal vício inexistia, seja porque a lei não comina à falta de intimação tal consequência, seja em face do caso concreto a retratar litígio de interesse patrimonial exclusivo de sócios de cooperativa, sendo desnecessária a intervenção do CADE.

6. Síntese conclusiva.

Ao fim e ao cabo do exposto, forçosa a extração das seguintes conclusões:

a) superados os modelos dos Estados liberal e social, diametralmente opostos na sua relação com a economia, vem à ribalta o chamado Estado regulador, o qual, apesar de afastado do exercício direto de atividades empresariais, mostra-se mais enfático na atividade de disciplina do mercado, com vistas a coibir abusos e propiciar o seu livre funcionamento;

b) atento a essa preocupação, o sistema jurídico nacional consagra como princípios da sua ordem econômica a livre iniciativa, jungida ao respeito dos valores sociais do trabalho e à justiça social, e a livre concorrência, a preconizar a possibilidade de fixação dos preços de bens e serviços pelos agentes econômicos, desde que evitadas práticas que eliminem o saudável caráter competitivo de sua atuação, de modo a proteger-se os consumidores com a

⁸⁶ 4ª. T., v.u., DJU de 19-12-2002.

elevação das qualidades das utilidades negociadas no mercado; resultante da complementaridade entre tais princípios, a livre concorrência passa a constituir, simultaneamente, limite e garantia da liberdade de empresa, legitimando a competência de intervenção reguladora da concorrência, a encontrar lastro nos arts. 173, § 4º, e 174, ambos da Constituição, para cuja concretização foi editada a Lei 8.884/94, que define as infrações em detrimento da ordem econômica e disciplina a atuação nesse setor do CADE, transformado de órgão despersonalizado para entidade autárquica;

c) sem embargo da não atribuição ao CADE, por força da Lei 8.884/94, do qualificativo nominal de autarquia sob regime especial ou agência, nota-se em sua delimitação legislativa a presença de todas as características comumente identificadoras das entidades reguladoras independentes, tais como a independência política de gestão, caracterizada pela exigência de condições e requisitos especiais para a investidura de seus dirigentes, juntamente com a correspondente estabilização, assegurada pela fixação de mandato a termo certo, a independência de decisão, em face do caráter final na esfera administrativa de suas deliberações, a competência normativa e a independência orçamentária e financeira, com a previsão, demais da competência de elaboração de sua proposta orçamentária, de fontes de recursos próprios, consistentes nas taxas processual e de serviço; a escassa densidade de sua atribuição normativa não descaracteriza referido ente como tal, sendo justificada pela preponderante natureza repressiva de suas atribuições, da qual resulta, em contrapartida, uma ponderável atividade jurisdicional administrativa;

d) a competência do CADE, na regulação do abuso do poder econômico, encontra-se territorialmente balizada pelo art. 2º da Lei 8.884/94, englobando as condutas em detrimento da ordem econômica perpetradas, no todo ou em parte, no território nacional, ou ainda que, cometidas no estrangeiro, naquele produza ou ostente a potencialidade de produzir efeitos (teoria dos efeitos), estando sujeita à disciplina do referido diploma legal as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, as associações de entidades ou de pessoas, com ou sem personalidade jurídica, e as empresas que exerçam atividades sob regime de monopólio;

e) no que concerne às instituições financeiras, ressalte-se a incompetência do CADE, tendo em vista que o art. 18, § 2º, da Lei 4.595/64, atribui o mister de disciplinar as condições de concorrência entre instituições financeiras ao BACEN, resolvendo-se eventual antinomia pela regra da especialidade; quanto às empresas prestadoras de serviço público, a atuação do CADE encontra restrições seja em face da competência da respectiva pessoa política de escolher se sua prestação deve fazer-se em regime de competição ou de privilégio, seja pela impossibilidade de examinar as condutas do prestador que estejam afetas ao regulador do serviço, examinando apenas os atos daquele que acarretem prejuízo a outros setores da economia;

f) na linha do art. 173, § 4º, da Lei Maior, é da maior relevância a atividade fiscalizadora e punitiva do CADE, exercida ante a prática de qualquer das situações previstas, de forma combinada, nos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/94, prevendo-se, para sua instrumentalização, a cominação de sanções pecuniárias e de restrição de direitos, a serem infligidas mediante devido processo legal (investigações preliminares e processo administrativo), e com a existência de competências especiais, requeridas para a salvaguarda da missão confiada àquele, entre as quais as inerentes à desconsideração da personalidade jurídica e ao deferimento de medidas cautelares;

g) em complemento à imposição de sanções, ao CADE foi atribuído poder de controle preventivo de atos ou contratos que possam prejudicar a livre concorrência, ou implicar dominação de mercados relevantes, entre as quais operações de concentração de empresas e alienação da maioria do capital votante das companhias abertas, as quais lhe deverão ser comunicadas, pena de multa, dependendo sua validade da sua manifestação favorável, que possui efeitos retroativos à data em que praticados;

h) as deliberações do CADE, ao infligirem penalidades, constituem título executivo extrajudicial, cuja exigibilidade somente poderá ser obstada caso, na respectiva via de impugnação judicial, seja efetuada a garantia da obrigação, o que não impede que, em virtude da gravidade da infração e verificado fundado receio de dano irreparável, determine o magistrado competente, mesmo seguro o

juízo, a adoção imediata das providências contidas no título exequendo;

i) muito embora as decisões do CADE sejam suscetíveis de revisão judicial, calha ponderar que esta se dirige aos aspectos de legalidade a envolver o ato atacado, movimentando-se de forma contida no particular dos critérios de natureza eminentemente técnica, emanados em termos claros e precisos, sede onde a intervenção do juiz se dirigirá à aferição da proporcionalidade ou razoabilidade da medida, ou da inexistência material das razões de fato que a ensejaram ou em erro evidente na sua apreciação.

DECISÃO

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 6.546-CE

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - PRESIDÊNCIA
Impetrante: AGROINDUSTRIAL GOMES LTDA.
Requerente: FAZENDA NACIONAL
Requerido: JUÍZO DA 1ª VARA FEDERAL DO CEARÁ
Advs./Procs.: DRS. RICARDO GEORGE VERAS CARVALHO
MOURÃO E OUTROS (IMPTE.)

DECISÃO

Vistos, etc.

A União (Fazenda Nacional), com fundamento no art. 4º, § 2º, da Lei nº 4.348/94 cumulado com o art. 4º, § 8º, da Lei nº 8.437/92, requer o aditamento da peça inicial da Suspensão de Segurança nº 6.490/CE, para surtir efeitos em face das sentenças proferidas pelos Juízes Federais das respectivas Varas da Seção Judiciária do Ceará, nos autos do Mandado de Segurança nº 2004.81.00.000204-6, nº 2002.81.00.018499-1, nº 2002.81.00.018155-2, nº 2002.81.00.009833-8, nº 2004.81.00.000205-8 e nº 2003.81.00.030255-4.

A requerente sustenta, em defesa de sua pretensão, a possibilidade de extensão dos efeitos da decisão proferida na SS nº 6.490/CE, haja vista que os fundamentos são idênticos a da citada suspensão. No que tange ao Mandado de Segurança nº 2004.81.00.0204-6, alega que naquele caso pleiteava-se o reconhecimento do direito ao incentivo do art. 1º do DL 491/69, cujo crédito alcançaria mais de R\$ 46.000.000,00 (quarenta e seis milhões de reais), tendo sido deferido por sentença concessiva de segurança do MM. Juiz Federal da 1ª Vara/CE. Quanto ao Mandado de Segurança nº 2002.81.00.018499-1, afirma a requerente que a empresa buscou também o reconhecimento do direito ao incentivo do art. 1º do DL 491/69, o qual foi reconhecido por sentença do MM. Juiz Federal da 1ª Vara/CE. Aduz, em seguida, em relação ao Mandado de Segurança nº 2002.81.00.018155-2 que a impetrante requereu o reconhecimento do direito ao incentivo do art. 1º do DL 491/69, cujos cálculos alcançariam mais de R\$ 6.826.703,61 (seis milhões, oitocentos e vinte e seis mil, setecentos e três reais e

sessenta e um centavos). Realça, demais disso, que a sentença proferida no Mandado de Segurança nº 2002.81.00.009833-8, reconheceu a Vicunha Têxtil S/A e outros o direito à fruição do incentivo fiscal do art. 1º do DL 491/69, com fundamento na qual poderão as empresas efetivar a compensação dos créditos antes do trânsito em julgado, com valores que alcançam R\$ 112.000.000,00 (cento e doze milhões de reais), dos quais, R\$ 59.485.699,34 (cinquenta e nove milhões, quatrocentos e oitenta e cinco mil, seiscentos e noventa e novecentos e noventa e nove reais e trinta e quatro centavos) já constam como compensações informadas ao fisco. Sublinha, ainda, que as sentenças proferidas pelo juízo da 8ª Vara da Seção Judiciária do Ceará concederam a segurança pretendidas nos MS nºs 2004.81.00.000205-8 e 2003.81.00.030255-4 em moldes idênticos, reconhecendo às empresas o direito à fruição do incentivo fiscal do art. 1º do DL 491/69, possibilitando às empresas a compensação dos créditos mesmo antes do trânsito em julgado da ação. Em seguida, que argumenta “os Desembargadores em composição Plenária desse TRF 5ª Região, ao manter, por unanimidade, a decisão da ilustre Presidente, indicaram igualmente fundamentos jurídicos diversos, os quais igualmente aplicam-se aos novos decretos sentenciais que por ora merecem suspensão”. Ressalta, outrossim, que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, acolhendo tese defendida pela Fazenda Nacional, reconheceu a extinção do incentivo pelo DL 1.658/69. Alega, ainda, restar patente a presença de grave dano à economia pública a indicar a necessidade da suspensão de ordens mandamentais que, ainda hoje, estejam permitindo o aproveitamento do incentivo fiscal já extinto pelo DL 1.658/69. Ao final, requer o deferimento do aditamento e a suspensão dos efeitos das sentenças proferidas nos Mandados de Seguranças nºs 2004.81.00.0204-6, 2002.81.00.018499-1, 2002.81.00.018155-2, 2002.81.00.009833-8, 2004.81.00.000205-8 e 2003.81.00.030255-4.

Vieram os autos conclusos.

Despacho deste Juízo determinando a autuação como pedido autônomo, considerando a determinação de arquivamento no processo requerido, fl. 02.

É a síntese.

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

Do sistema de acompanhamento processual deste eg. Tribunal Regional Federal observa-se que o Mandado de Segurança nº **2004.81.00.000204-6** encontra-se na Primeira Instância, aguardando remessa ao Ministério Público Federal, tendo o MM. Juiz Federal da 1ª Vara/CE concedido a segurança para “afastar as restrições contidas no artigo 42 da IN SRF 210/2002, determinando à autoridade impetrada que receba e mande processar os processos administrativos tendentes a apurar a existência do direito a que se refere o art. 1º do Decreto-lei nº 491/69 (crédito-prêmio de IPI), reconhecendo, ademais, a vigência do Decreto-lei nº 491, no que diz respeito ao creditamento dos incentivos de exportação, de apuração da impetrante e de auditagem”. O mesmo se diga quanto ao Mandado de Segurança nº **2002.81.00.018499-1**, o qual também se encontra na primeira instância aguardando remessa para o MPF, com sentença concessiva de segurança e apelação interposta pela Fazenda Nacional.

No respeitante ao Mandado de Segurança nº **2002.81.00.018155-2**, verifica-se que os autos encontram-se neste Tribunal, sob a relatoria do Desembargador Federal José Baptista, aguardando julgamento da apelação em mandado de segurança interposta pela Fazenda Nacional.

O Mandado de Segurança nº **2002.81.00.009833-8**, de igual modo, está aguardando julgamento da apelação em mandado de segurança (AMS nº 92.006/CE). Acha-se, ainda, neste Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o Mandado de Segurança nº **2004.81.00.000205-8** (Relator Desembargador Federal Paulo Gadelha) para fins de julgamento da apelação em mandado de segurança oposta pela Fazenda Nacional.

Os autos do Mandado de Segurança nº **2003.81.00.030255-4** encontram-se, de outra parte, nesta Corte Regional, tendo a Primeira Turma deste Tribunal dado provimento à apelação em mandado de segurança da Fazenda Nacional e à remessa oficial, estando, atualmente, aguardando prazo de publicação de acórdão.

A propósito, o art. 4º da Lei nº 4.348/64 estabelece:

“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 (VETADO) suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de (05) cinco 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”. (Negritos acrescidos)

No mesmo sentido, dispõe o art. 4º, § 1º, da Lei nº 8.437/92 (com negritos apostos):

“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 sus-

pensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

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

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

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

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

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

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

Infere-se, portanto, dos citados dispositivos legais que o Presidente do Tribunal, em face de pedido de pessoa jurídica, poderá suspender a execução de sentença, a fim de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Em precedentes recentes, a Corte Especial e a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça assentou (negritos que não estão no original):

“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Rcl 1.397 / AM; RECLAMAÇÃO 2003/0086085-4
Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109)
Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL
Data do Julgamento 01/07/2005
Data da Publicação/Fonte DJ 29.08.2005 p. 134
Ementa

PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. PRESIDENTE DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. INEXISTÊNCIA.

I - A reclamação, nos termos do art. 105, I, f, da Lex Maxima e art. 187 do RISTJ, somente tem cabimento para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, hipóteses em que não se enquadra o presente caso.

II - Não configura usurpação de competência desta Corte a decisão de Presidente de Tribunal a quo que defere pedido de suspensão de liminar concedida monocraticamente por Desembargador em sede de agravo de instrumento, uma vez que desta decisão é cabível agravo interno, nos termos do art. 4º da Lei nº 4.348/64.

III - Ademais, a reclamante interpôs agravo interno contra a decisão que suspendeu a liminar, recurso que ainda está pendente de julgamento no e. Tribunal a quo, não havendo, portanto, o esgotamento das instâncias ordinárias capaz de atrair a competência desta Corte.

Reclamação improcedente.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL, por unanimidade, julgar improcedente a reclamação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalho, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Franciulli Netto, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins,

Ari Pargendler, Fernando Gonçalves e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nilson Naves, Edson Vidigal, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, José Arnaldo da Fonseca, Gilson Dipp, Francisco Falcão e Luiz Fux e, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.”

“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rcl 1.339/ES;

RECLAMAÇÃO 2003/0001924-3

Relator(a) Ministro FRANCIULLI NETTO (1117)

Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO

Data do Julgamento 09/06/2004

Data da Publicação/Fonte DJ 16.05.2005 p. 219

Ementa

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 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 previstas 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 agra-

vo de instrumento que restabeleceria 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 liminar. A Fazenda Municipal interpôs agravo regimental, que foi acolhido pelo Pleno e mantida a suspensão liminar.

- O § 4º do artigo 4º da Lei n° 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 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.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça: 'Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira julgando improcedente a reclamação, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro José Delgado, verificou-se o empate. Com o voto da Srª Ministra Eliana Calmon (Presidente), a Seção, por maioria, julgou improcedente a reclamação, vencidos os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Francisco Falcão'. Os Srs. Ministros Castro Meira (voto-vista), José Delgado e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator."

No último precedente, Reclamação nº 1.339/ES, o eminente Ministro Relator assim se pronunciou (com negritos nossos):

"Inferre-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 interposto 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 pro-

nunciar, 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 almejada 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 'caberá 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.

(...)

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.

(...).”

Orientação de idêntica índole expediu o 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 interposto 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 suspensivo 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 primeiro 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 Corte Especial e de Seção do Superior Tribunal de Justiça, bem como 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.

A questão restou resolvida na Reclamação nº 2.049, de cuja decisão do Ministro Relator se extrai:

“RECLAMAÇÃO Nº 2.049 - PE (2005/0197847-6)
RECLAMANTE: COMPANHIA BRASILEIRA DE EQUIPAMENTO - CBE
ADVOGADO: TANEY QUEIROZ E FARIAS E OUTROS
RECLAMADO: DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
INTERES.: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
PROCURADOR : DANIEL ROFFE DE VASCONCELOS E OUTROS
DECISÃO

Vistos, etc.

Foi concedida liminar pelo Desembargador Federal Relator nos autos do Agravo de Instrumento acionado pela CBE – Companhia Brasileira de Equipamento, contra decisão do Juízo da 7ª Vara Federal SJ/PE, por sua vez exarada em autos de Ação Declaratória, indeferindo atribuição de feito suspensivo ativo à apelação interposta, para ‘determinar sejam suspensas eventuais imissões na posse das propriedades de que cuidam os autos da Ação Declaratória nº 2003.83.00.013375-0, até o julgamento deste recurso pela e. Turma, a fim de preservar-se o resultado útil de ulterior decisão a ser proferida nos indigitados autos principais’ (fl. 4).

Pediu o INCRA ao Presidente do TRF/5ª Região a suspensão dessa decisão, deferido pela decisão de fls. 27/57, ‘para autorizar a sua imissão na posse da propriedade abarcada pelo decreto presidencial expropriatório’, ensejando à CBE – Companhia Brasileira de Equipamento esta Reclamação, aos argumentos de que usurpada a competência do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, nos termos da Lei nº 8.437/92, art. 4º. Sustenta a ilegitimidade do Presidente do Tribunal para suspender

decisão dos seus integrantes, e evidencia o perigo na demora com a imissão imediata do INCRA na posse da propriedade, antes mesmo da realização de perícia de produtividade já designada, afirma, nos autos da ação declaratória, pondo em risco a integridade da propriedade em vias de desapropriação, sendo 'questionável, inclusive, a possibilidade de ser realizada futura perícia no sentido de averiguar a produtividade das terras vertentes' (fl. 13). Diz que o Ministério Público Federal havia opinado pela incompetência do Presidente daquela Corte, ou pela denegação do pleito suspensivo. Quer a suspensão imediata da decisão do Presidente do TRF/5ª Região.

Decido

De início, anoto a competência desta Presidência para o feito, nos termos do Regimento Interno deste Superior Tribunal, art. 21, XIII, *b*, redação da Emenda Regimental nº 7, de 1º de março de 2004:

'Art. 21 - São atribuições do Presidente:

(...)

XIII – decidir:

(...)

b) os pedidos de suspensão da execução de medida liminar ou de sentença, sendo ele o relator das reclamações para preservar a sua competência ou garantir a autoridade das suas decisões nesses feitos'.

A reclamação, instrumento constitucional de restauração da integridade jurídica da competência do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, *f* e RI/STJ, art. 187 e seguintes), por sua natureza excepcional, depende da concreta demonstração do descumprimento de ordem judicial ou da invasão de competência desta Corte. Assim, caberá Reclamação, exclusivamente, 'para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões' (RI/STJ, art. 187). Não, como pretende a Reclamante, para discutir matéria ainda restrita ao âmbito interno do TRF/3ª Região. Nesta reclamação, com pedido de liminar, oferecida por CBE - Companhia Brasileira de Equipamento contra ato do Desembargador Fe-

deral Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a reclamante teve julgado improcedente seu pedido na sentença da ação declaratória, e a apelação recebida somente no efeito devolutivo, mas foi beneficiada com a liminar concedida por Desembargador Relator em Agravo de Instrumento articulado para a ela conferir efeito suspensivo ativo, decisão essa que restou suspensa pela decisão do Desembargador Presidente, atendendo pedido do INCRA, exarando despacho determinando a suspensão do cumprimento da liminar concedida no agravo de instrumento. E podia fazê-lo, nos termos da Lei nº 8.437/92, art. 4º, que expressa:

‘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....’

(grifei).

Ainda não julgada a apelação da CBE, sendo competente para dela conhecer o TRF/5ª Região, ao seu Presidente compete o exame do pedido de suspensão de segurança feito pelo INCRA, não inaugurada a competência do Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Irrelevante, no caso, a interposição do Agravo de Instrumento e a decisão liminar nele proferida, porquanto, a par de se tratarem de mecanismos processuais com finalidades distintas, segundo a Lei nº 8.437/92, art. 4º, § 6º, ‘a interposição do agravo de instrumento ... não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão...’.

O agravo de instrumento, disponibilizado a qualquer das partes no ordenamento processual, destina-se à aferição da legalidade da decisão hostilizada, do erro de procedimento ou de julgamento. Possibilita a reforma ou a cassação da decisão agravada. A suspensão, por sua vez, restrita sua utilização à pessoa jurídica de direito

público ou ao Ministério Público, está afeta a aquilatar a ameaça de lesão grave aos bens jurídicos albergados na Lei nº 8.437/92, art. 4º, ordem, saúde, segurança e economia públicas. Serve, somente, para suspender a eficácia da decisão guerreada. Cabe ao Poder Público a escolha da via processual com a qual deseja impugnar a decisão liminar ou a sentença a si desfavorável. Daí a razão de o pedido de suspensão não se subordinar à interposição do agravo de instrumento. A propósito, STJ - REsp 160.217-SC, Rel. Min. Adhemar Maciel, *DJ* 28.9.98; RDTJRJ vol. 38 p. 118. Não há invasão de competência desta Corte, descabendo a pretensão do Reclamante, porquanto competente para o pedido de suspensão é o Presidente do Tribunal de Revisão da decisão. Registro, por oportuno, que os precedentes trazidos pela reclamante para embasar a tese da usurpação de competência do Presidente do STJ, não lhe socorrem, porque retratam situações fáticas e jurídicas distintas, onde suspensão a decisão de Desembargador Relator pelo Presidente da mesma Corte, em mandados de segurança de competência originária do Tribunal, casos em que o Tribunal de Revisão era o STJ, Rcl nº 1.709-TO, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 7.11.2005; AgRg na ss 1.045-RJ, *DJ* 30.8.2004, AgRg na SLS 17-DF, *DJ* 6.12.2004. Assim, ausentes os requisitos necessários à admissibilidade da Reclamação, nego seguimento ao pedido (RISTJ, art. 34, XVIII). Intime-se.

Publique-se.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2005

MINISTRO EDSON VIDIGAL

PRESIDENTE.”

No caso em apreço, entretanto, não há decisão de relator a suspender, considerando que há duas apelações em mandado de segurança na iminência de serem remetidas para este Tribunal (nos MS nºs **2004.81.00.000204-6** e **2002.81.00.018499-1**, outras três apelações aguardando julgamento nesta Corte (nos autos do MS nº **2002.81.00.018155-2**, **2002.81.00.009833-8** e **2004.81.00.000205-8**). A única apelação que foi julgada por este Tribunal (AMS

92.307/CE nos autos do Mandado de Segurança nº **2003.81.00.030255-4**), a Primeira Turma desta Corte deu provimento à apelação em mandado de segurança da Fazenda Nacional e à remessa oficial. Destarte, as decisões que ora se pretende suspender consubstanciam em sentenças concessivas de segurança proferidas pelos Juízos da 1ª, 6ª e 8ª Varas da Seção Judiciária do Ceará.

Por conseguinte, convencido da autoridade definida na lei, passo à análise da existência dos pressupostos processuais do pedido de suspensão de liminar.

Estabelece o art. 4º da Lei nº 4.348/64 (em negrito nosso):

“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 (VETADO) suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de (05) cinco 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”. (Negritos acrescidos)

É de se ver, portanto, que a concessão de suspensão de execução de sentença, nos moldes da lei de regência, apenas é admitida para impedir grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, cabendo ao ente público postulante a demonstração inequívoca de uma dessas situações. Destarte, trata-se de medida excepcional, de procedimento sumário e de cognição incompleta, justificada pela seriedade das conseqüências derivadas,

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

Penso que as decisões judiciais que asseguraram às requeridas o direito a que se refere o art. 1º do Decreto-lei nº 491/69 (crédito prêmio de IPI) - têm potência para ocasionar grave lesão à ordem e a economia públicas, 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.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, pacificando o entendimento acerca do incentivo fiscal concedido pelo DL nº 491/1969 e acolhendo a defesa da Fazenda Nacional, no julgamento do REsp 541.239-DF, por maioria, deu provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, **concluindo que o crédito-prêmio do IPI, criado pelo DL nº 491/1969, foi extinto em 1983**. Colhe-se do Informativo nº 0267 do STJ, período: 7 a 11 de novembro de 2005, notas do julgamento do citado REsp 541.239-DF, da relatoria do Ministro Luiz Fux. Eis a dicção constante do referido informativo:

“Informativo N° 0267
Período: 7 a 11 de novembro de 2005
Primeira Seção

IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. EXTINÇÃO. BENEFÍCIO. Trata-se originariamente de ação de ressarcimento de créditos oriundos de incentivos fiscais à exportação, nominado crédito-prêmio de IPI (criado pelo DL nº 491/1969), devidos à empresa recorrida. Nas instâncias ordinárias, o pedido foi julgado procedente, restando condenada a Fazenda Nacional a ressarcir à empresa os valores dos créditos-prêmio do IPI a que tivesse direito a partir de 1985, observado o limite previsto no § 1º do art. 41 do ADCT. Daí a interposição pela Fazenda Nacional do presente recurso, remetido da Primeira Turma, para a Seção, pelo Relator, Ministro Luiz Fux, para pacificar entendimento divergente em razão de julgamento do REsp 541.239-DF, da lavra do Min. Teori Albino Zavaski, naquela Turma, no qual se examinou o crédito-prêmio do IPI ante a inconstitucionalidade das expressões contidas no DL nº 1.724/1979 e no DL nº 1.894/1981, declarada incidentalmente pelo STF (ao julgar o RE 180.828-RS). O Min. Relator fez um breve histórico, explicando que, no final da década de 60, o governo brasileiro instituiu o crédito-prêmio do IPI no art. 1º do DL nº 491/1969 com a clara natureza extrafiscal de estímulo às exportações de produtos manufaturados, sem prazo de extinção, assim permanecendo por quase dez anos. No final de 1970, os parceiros internacionais no comércio do Brasil (Gatt) vinham entendendo que esse incentivo instituíra uma concorrência desigual em relação aos seus produtos. Pressionado, **o Governo, em favor do próprio setor de exportação, por meio do DL nº 1.658, de 30/1/1979, previu a gradual extinção do incentivo fiscal, estabelecendo a data de 30/6/1983 para isso.** Entretanto, em menos de um ano, no art. 3º do DL nº 1.722, de 3/12/1979, revogou expressamente o § 2º do art. 1º do DL nº 1.658/1979, substituindo sua redação quanto ao cronograma de redução do incentivo (sem alterar o prazo fatal). Segundo o Relator, o objetivo foi dar maior flexibili-

dade à sistemática da redução gradual do crédito-prêmio em cada ano, dando poderes ao ministro da Fazenda para estabelecer o prazo de redução na forma e condições previstas pelo Poder Executivo. Logo em seguida, foi promulgado o DL n° 1.724, de 7/12/1979, que substituiu a sistemática anterior e manteve a delegação da competência, agora para interferir, inclusive, na sobrevivência do crédito-prêmio, atendendo à conjuntura da economia. Sobreveio, ainda, o DL n° 1.894/1981, para vigor em 16/6/1981, o qual ampliou a incidência do crédito-prêmio para as empresas comerciais. Isso posto, assevera o Min. Luiz Fux, Relator, que a questão nos autos diz respeito à vigência ou não do crédito-prêmio de IPI após 1983, uma vez que nenhuma das citadas legislações dispôs, como fez o DL n° 1.658/1979, acerca de sua extinção, tendo em vista a inconstitucionalidade da delegação de competência ao ministro da Fazenda contida nos DLs n°s 1.724/1979 e 1.894/1981. Logo, o tema *in judicando* gravita em torno da eficácia da lei no tempo, da interpretação financeiro-tributária, bem como da aferição da vontade constitucional quanto a esse benefício fiscal. Houve questões prévias, antes de adentrar o mérito, destacando o Min. Relator Luiz Fux que, no tocante à questão prescricional, estava tratando-se ao mesmo tempo de um crédito-prêmio e de um benefício fiscal e, como o caso é de reconhecimento de aproveitamento de crédito decorrente da regra da não-cumulatividade estabelecida pelo texto constitucional, não incide o art. 168 do CTN. Quanto a essa questão, este Superior Tribunal pacificou entendimento de que o prazo prescricional para reclamar esse benefício subordina-se ao DL n° 20.910/1932 (que estabelece o prazo prescricional de cinco anos contados do ato ou fato que originou o crédito e segundo o qual são passíveis de compensação tão somente os créditos fiscais adquiridos nos cinco anos imediatamente anteriores ao ajuizamento da

ação). Preliminarmente, também se ressaltou que a União restou revel diante do juízo de primeiro grau e que não se operaram integralmente esses efeitos, em razão de o litígio versar sobre direitos indisponíveis (art. 320, II, do CPC) e ante o efeito devolutivo dos recursos (arts. 515 a 517 do CPC). A discussão sob aferição de guias de exportação como elementos fático-probatórios redundava na incidência da Súm. n.º 7-STJ. **Quanto à subsistência ou não do crédito-prêmio do IPI após a edição do DL n.º 491/1969, o Min. Luiz Fux, Relator, afirmou que se verificou a coexistência de normas com escopos diversos e, ante a aptidão da revogação das regras anteriores por força da inconstitucionalidade declarada, forçosa a incidência das regras da LICC, art. 2.º, §§ 1.º e 2.º. Lembrou, ainda, que o Direito brasileiro não admite a repristinação, salvo se houver uma declaração expressa. Portanto, resumiu que a ab-rogação da lei não se presumia e, no silêncio do legislador, deveria presumir-se que a lei nova podia conciliar-se com a precedente. Sendo assim, ressaltou o Relator, não se pode presumir que o DL n.º 1.894/1981 revogou o DL n.º 1.658/1969, porque não o fez expressamente, inclusive não se referiu a qualquer data de extinção, incidindo, no caso, o § 1.º do art. 2.º da LICC. Dessarte, escapa à lógica jurídica, afirmou o Relator, imaginar-se que um incentivo em pleno vigor, por ocasião do DL n.º 1.894/1981, haveria de necessitar ser restaurado, porquanto a previsão de extinção era para 30/6/1983 (nesse sentido, ressaltou, inclusive, que os pareceres aduziam a 'reafirmação' do benefício com o citado DL n.º 1.894/1981 e que só se reafirma o que está em vigor). Outrossim, apontou, ainda, que o DL n.º 1.894/1981 foi editado anteriormente à data prevista no DL n.º 1.658/1979 para extinção do direito ao crédito-prêmio. Assim, se esse instrumento tivesse**

como objetivo prorrogar a vigência desse benefício fiscal, deveria tê-lo feito também expressamente. Aduziu que esse efeito não foi desejado pelo legislador nem pelo Poder Executivo no exercício da delegada competência do Ministro da Fazenda e que essa delegação foi considerada inconstitucional pelo STF. Sustentou, por fim, o Relator que, ainda que não fosse assim, é cediço que a hermenêutica tributária obedece à regra geral, contemplando a possibilidade de interpretação literal, sistêmica ou teleológica legal e histórica, nessa última, a exposição de motivos daqueles decretos-leis corroboravam o entendimento exposto. Ainda, mencionou existirem vários compromissos internacionais do país no sentido de que ele não poderia subvencionar para não criar desigualdade na competição comercial. Assim, concluiu ter sido extinto o crédito-prêmio em 1983. Diante desses fundamentos, a Seção, ao prosseguir o julgamento, por maioria, deu provimento ao recurso da Fazenda Nacional.”

Não é de se olvidar, outrossim, que as sentenças concessivas de mandado de segurança causarão grave prejuízo aos cofres públicos – consubstanciada a grave lesão à economia pública – porquanto impelirá à Fazenda Pública ao pagamento, mediante compensação, de mais de R\$ 46.000.000,00 (quarenta e seis milhões de reais) a AGROINDUSTRIAL GOMES LTDA.; valores a serem apurados a empresa COMPANHIA BRASILEIRA DE RESINAS – RESIBRÁS; R\$ 6.826.703,61 (seis milhões, oitocentos e vinte e seis mil, setecentos e três reais e sessenta e um centavos) a LIBRA LIGAS DO BRASIL S/A; R\$ 112.000.000,00 (cento e doze milhões de reais), dos quais, R\$ 59.485.699,34 (cinquenta e nove milhões, quatrocentos e oitenta e cinco mil, seiscentos e noventa e nove reais e trinta e quatro centavos) já constam como compensações informadas ao fisco, a empresa VICUNHA TÊXTIL S/A E OUTROS; além de valores ainda não definidos as empresas SANTANA TÊXTIL S/A e J. RECAMONDE & CIA LTDA. Inegá-

vel, destarte, o irreparável ônus que a União Federal (Fazenda Nacional) está obrigada a suportar.

Registre-se, ademais, que a execução das sentenças recorridas importará, outrossim, em grave comprometimento à ordem e à economia públicas, considerando que as mesmas carregam a autorização de compensação de crédito de IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados (em relação aos quais, ressalte-se, não há decisão trânsita em julgado), reconhecendo-se o direito líquido e certo das requeridas aos citados créditos, ainda passíveis de revisão, inclusive, facultando-se às tais empresas a transferência dos referidos créditos a terceiros. Justifica-se, assim, o acolhimento da suspensão de eficácia das sentenças vergastadas.

Ora, é inarredável que o crédito reconhecido às requeridas, o qual será utilizado pela mesma para fins de compensação, está, à evidência, em discussão judicial, porquanto as sentenças de primeiro grau (em mandado de segurança) não transitaram em julgado, violando, assim, a determinação ínsita no art. 170-A do Código Tributário Nacional. Observe-se, no pertinente, o teor do citado art. 170-A do Código Tributário Nacional, incluído pela Lei Complementar nº 104/2001, *litteris*:

“Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”.

De tal preceptivo, claramente se apreende a extensão que o art. 170-A do CTN quis dar: obstar a compensação por meio de aproveitamento de tributo, em discussão judicial, antes do trânsito em julgado da decisão judicial reconhecedora do crédito do contribuinte.

Corroborando a tese ora perfilhada, é de se observar mais uma vez, posto que já citado na decisão ora recorrida, **precedente da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça**, o qual bem se amolda à hipótese dos autos (com grifos apostos):

“STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Classe: ERESP - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA
NO RECURSO ESPECIAL - 488.992

Processo: 200302329163 UF: MG
Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO
Data da decisão: 26/05/2004
Documento: STJ000548360
Fonte: DJDATA:07/06/2004 PÁGINA: 156
Relator(a): TEORI ALBINO ZAVASCKI

Decisão: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins, Franciulli Netto, Luiz Fux e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ementa: TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. PIS E TRIBUTOS DE DIFERENTE ESPÉCIE. SUCESSIVOS REGIMES DE COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO DO DIREITO SUPERVENIENTE. INVIABILIDADE EM RAZÃO DA INCOMPATIBILIDADE COM A CAUSA DE PEDIR.

(...)

4. Além disso, desde 10.01.2001, com o advento da Lei Complementar 104, que introduziu no Código Tributário o art. 170-A, segundo o qual 'é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial', agregou-se novo requisito para a realização da compensação tributária: a inexistência de discussão judicial sobre os créditos a serem utilizados pelo contribuinte na compensação.

5. Atualmente, portanto, a compensação será viável apenas após o trânsito em julgado da decisão, devendo ocorrer, de acordo com o regime previsto na Lei 10.637/02, isto é, (a) por iniciativa do contribuinte, (b) entre quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, (c) mediante entrega de declaração contendo as informações sobre

os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

6. É inviável, na hipótese, apreciar o pedido à luz do direito superveniente, porque os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e nem foi objeto de exame nas instâncias ordinárias.

Data Publicação 07/06/2004.”

Verifique-se, no mesmo sentido, os seguintes precedentes recentes do Superior Tribunal de Justiça:

“Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 711431

Processo: 200401790026 UF: PR

Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA

Data da decisão: 03/03/2005

Documento: STJ000606139

Fonte: DJ. DATA: 25/04/2005. PÁGINA: 327

Relator(a): JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Eliana Calmon e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.
Ementa

TRIBUTÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS-LEIS N^{os} 2.445/88 E 2.449/88. COMPENSAÇÃO. PIS. LEI N^o 8.383/91. NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DO FEITO.

1. A teor do disposto no art. 170-A do CTN, a compensação mostra-se viável desde que não haja mais discussão judicial acerca dos respectivos créditos, ou seja, desde que o feito tenha transitado em julgado.

2. Recurso especial não provido.

Data Publicação 25/04/2005.”

“Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 668.546

Processo: 200401237421 UF: DF

Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA

Data da decisão: 22/03/2005

Documento: STJ000605722

Fonte: DJ. DATA: 25/04/2005. PÁGINA: 245

Relator(a): LUIZ FUX

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Francisco Falcão.

Ementa

TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PIS. COMPENSAÇÃO.

(...) 7. Deveras, no julgamento do ERESP 488.992/MG, o relator, o e. Min. Teori Albino Zavascki, deu a exata exegese ao art. 170-A do CTN, que veio a reforçar o entendimento no sentido da não-aplicação retroativa dos sucessivos regimes legais de compensação tributária, consoante se colhe do seguin-

te excerto do voto-condutor: ‘a Lei Complementar 104/2001, que introduziu no Código Tributário o art. 170-A, segundo o qual “é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”. Agregou-se, com isso, novo requisito para a realização da compensação tributária: a inexistência de discussão judicial sobre os créditos a serem utilizados pelo contribuinte na compensação. Atualmente, portanto, a compensação será viável apenas após o trânsito em julgado da decisão, (...)’.

8. Agravo Regimental improvido.

Data Publicação 25/04/2005.”

“Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 715.665

Processo: 200500090310 UF: SP

Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA

Data da decisão: 15/03/2005

Documento: STJ000600250

Fonte: *DJ*. DATA: 04/04/2005. PÁGINA: 231

Relator(a): TEORI ALBINO ZAVASCKI

Decisão: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ementa: TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. NOVA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA 1ª SEÇÃO DO STJ NA APRECIÇÃO DO ERESP 435.835/SC. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS DE DIFERENTES ESPÉCIES. SUCESSIVOS REGIMES DE COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO RETROATIVA OU

EXAME DA CAUSA À LUZ DO DIREITO SUPERVENIENTE. INVIABILIDADE.

(...) 9. Além disso, desde 10.01.2001, com o advento da Lei Complementar 104, que introduziu no Código Tributário o art. 170-A, segundo o qual 'é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial', agregou-se novo requisito para a realização da compensação tributária: a inexistência de discussão judicial sobre os créditos a serem utilizados pelo contribuinte na compensação.

10. Atualmente, portanto, a compensação será viável apenas após o trânsito em julgado da decisão, devendo ocorrer, de acordo com o regime previsto na Lei 10.637/02, isto é, (a) por iniciativa do contribuinte, (b) entre quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, (c) mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

13. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

Data Publicação 04/04/2005.”

“Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 653871

Processo: 200400606938 UF: PE

Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA

Data da decisão: 22/02/2005

Documento: STJ000600012

Fonte: DJ. DATA: 28/03/2005. PÁGINA: 212

Relator(a): LUIZ FUX

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos vo-

tos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ementa: TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. COMPENSAÇÃO. LEI Nº 8.383/91 E 9.430/96. ART. 170-A DO CTN. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS.

(...) 7. Deveras, no julgamento do ERESP 488.992/MG, o relator, o e. Min. Teori Albino Zavascki, deu a exata exegese ao art. 170-A, do CTN que veio a reforçar o entendimento no sentido da não-aplicação retroativa dos sucessivos regimes legais de compensação tributária, consoante se colhe do seguinte excerto do voto-condutor: ‘a Lei Complementar 104/2001, que introduziu no Código Tributário o art. 170-A, segundo o qual “é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”. Agregou-se, com isso, novo requisito para a realização da compensação tributária: a inexistência de discussão judicial sobre os créditos a serem utilizados pelo contribuinte na compensação. Atualmente, portanto, a compensação será viável apenas após o trânsito em julgado da decisão, (...)’

9. Agravo regimental desprovido.

Indexação VIDE EMENTA.

Data Publicação 28/03/2005.”

Ademais, consoante asseverou o Ministro Nilson Naves, no julgamento do AgRg na SS nº 1.168/PE, hipótese em que se teria autorizado a compensação no importe de R\$ 3.713.289,16, “a manutenção daquela decisão sobreporia ao interesse público o de particular, o que não é justificável, principalmente nos tempos que

tais, quando ‘receitas minguantes frente a despesas crescentes’ não podem sofrer ainda mais restrições orçamentárias advindas de perdas de altas somas, prejudicando, em consequência, o atendimento da população, em especial das classes menos favorecidas”.

No mesmo sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do AGRSS 1.272-4/RJ, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, de cujo voto se extrai:

“(…) Registre-se, ao fim e ao cabo, que a liminar concedida contra expressa determinação legal, assegurando a todos os Delegados, na ativa e aposentados, equiparação aos Procuradores do Distrito Federal, **implica despesa de razoável vulto financeiro, a defalcar a economia pública, o que poderá causar-lhe grave lesão, no caso de ser indeferida a segurança.** (...) seria problemática a restituição com prejuízo para os cofres públicos, o que recomenda a suspensão da execução da segurança”. (Grifos apostos)

O perigo de demora, de outro lado, é manifesto, haja vista que as empresas, segundo consta dos autos, escudadas nas sentenças concessivas de segurança, as quais autorizaram compensações e transferência de crédito a terceiros antes do trânsito em julgado, estão procedendo às citadas compensações e transferências de milhões de reais.

Invoco, por fim, como razão de decidir, julgado unânime do Plenário deste Tribunal Regional Federal na Suspensão de Segurança nº 6.490/CE (julgamento do agravo regimental), hipótese idêntica a dos presentes autos. Confirmam-se, a propósito, os termos do citado acórdão:

“Acórdão

Origem: TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO

Classe: AGSS - Agravo Regimental na Suspensão de Segurança - 6.490

Processo: 200405000289469 UF: CE

Órgão Julgador: Presidência

Data da decisão: 27/10/2004

Documento: TRF500089099

Relator(a): Desembargadora Federal Margarida Cantarelli

Decisão: UNÂNIME

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. SENTENÇA QUE RECONHECE DIREITO AO CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI. CONFIGURAÇÃO DE RISCO DE GRAVE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO ANTECIPADA. PRECEDENTES DO TRF. DECRETO-LEI Nº 491/69. NÃO-QUALIFICAÇÃO DO PRODUTO COMO MANUFATURADO. RECENTE REVISÃO DOS PRECEDENTES DO STJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

I. Agravo regimental interposto contra decisão suspensiva da segurança que havia reconhecido o direito ao creditamento de IPI. Crédito-prêmio criado pelo Decreto-Lei nº 491/69 e oriundo, no caso concreto, da exportação de cera de carnaúba.

II. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região não admite pacificamente a compensação antecipada de créditos, dando vigência plena ao art. 170-A do CTN. Precedentes.

III. O produto exportado não consta como tributado da tabela de incidência do IPI e nem figura como tal nas notas do SISCOMEX, não se enquadrando na categoria de produto manufaturado mencionada no art. 1º do Decreto-Lei nº 491/69. Ausência de subsunção à hipótese legal autorizadora do creditamento premial.

IV. O entendimento sobre crédito-prêmio do IPI passa por modificações no STJ, por meio do julgamento do Recurso Especial nº 591.708/RS. A compensação imediata gera risco de grave lesão à economia pública pela forte possibilidade de confirmação do acórdão da Primeira Turma do STJ, contrário aos interesses do contribuinte.

IV. Débito estimado em cerca de quatro milhões de reais. Situação em que se recomenda maior cautela e a conseqüente suspensão da segurança deferida.

da até provimento judicial posterior. Configuração de risco de grave lesão à economia pública. Risco de efeito multiplicador sem suficiente consolidação jurisprudencial.

V. Agravo regimental improvido.”

Em face dessas considerações, **defiro o pedido da requerente**, para suspender os efeitos das sentenças proferidas nos Mandados de Segurança n^{os} **2004.81.00.000204-6, 2002.81.00.018499-1, 2002.81.00.018155-2, 2002.81.00.009833-8, 2004.81.00.000205-8 e 2003.81.00.030255-4** até o trânsito em julgado das respectivas sentenças.

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

Recife, 26 de dezembro de 2005.

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI

Presidente

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 4.604-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Parte Autora: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Parte Ré: PAULO FREDERICO DO REGO MACIEL
Advs./Procs.: DRS. WALQUIRIA OLIVEIRA DE MEDEIROS E OUTROS (PARTE A.) E PAULO AGOSTINHO DE ARRUDA RAPOSO (PARTE R.)

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. CIVIL. SFH – SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. TERCEIRO ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. PAGAMENTO INTEGRAL DO VALOR DO BEM. LIBERAÇÃO DA HIPOTECA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À DISPOSIÇÃO DE LEI. INCISO V DO ART. 485 DO CPC.

- Configuraria situação esdrúxula a desconstituição de decisão trânsita em julgado que se harmoniza perfeitamente com o entendimento atualmente vigente na matéria, destacadamente perante o v. Superior Tribunal de Justiça, que cristalizou seu posicionamento na Súmula 308, de seguinte dicção: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

- Precedentes: STJ, Agravo regimental no Agravo de Instrumento nº 582.882/BA, relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, unânime, julgado em 19.04.2005, DJ de 13.06.2005; STJ, REsp nº 625.045/GO, relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, unânime, julgado em 17.05.2005, DJ de 06.06.2005; TRF da 5ª Região, Agravo de Instrumento nº 59.971-CE, relator Desembargador Federal Ridalvo Costa, Terceira Turma, unânime, julgado em 05.05.2005, aguardando publicação do acórdão.

- O compromisso de compra e venda pode se corporificar sob a forma de instrumento particular ou escritura pública, não sendo esta última obrigatória, a não ser para impor efeitos erga omnes, alcançando, conseqüentemente terceiros. Alegação com manifesta pretensão de reexaminar a juridicidade da decisão rescindível.**
- Ação rescisória improcedente.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à maioria, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, na forma legal.

Recife, 9 de novembro de 2005 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Ação rescisória, manejada pela CEF – Caixa Econômica Federal, objetivando desconstituir sentença trânsita em julgado proferida nos autos da Ação Ordinária nº 98.15580-5, da lavra do eminente Juiz Federal Hélio Silvio Ourem Campos, julgada em 17 de novembro de 2000 (fls. 83 *usque* 94).

Para melhor compreensão da matéria, mister reproduzir o seguinte excerto do relatório da decisão rescindenda, *in verbis* (fls. 83):

“Na inicial de fls. 03/20, foi argüido pela parte autora [ora parte ré na rescisória] que: a) adquiriu apartamento no Edifício Recife Flat Service, construído e incorporado pela CONCIC ENGENHARIA S/A; b) o

empreendimento foi construído, ficando a unidade imobiliária hipotecada em favor da Caixa Econômica Federal – CEF; c) nos termos do contrato, a parte ré liberaria a hipoteca referente ao imóvel no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, com a outorga, no mesmo prazo, do título definitivo de compra e venda, caso o autor efetuasse o pagamento do preço e fosse expedido o habite-se; d) o autor efetuou, com recursos próprios, o pagamento da totalidade do preço do imóvel, já tendo ocorrido, também, a expedição do respectivo habite-se; e) entretanto, expirou-se o prazo estabelecido sem que tenha havido qualquer providência da parte ré quanto ao cumprimento do compromisso contratualmente assumido; ...”

O e. Julgador, afastando apenas a cominação de pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento da decisão judicial, deu parcial procedência à ação “para determinar a liberação da hipoteca referente ao imóvel, bem como a outorga de seu título definitivo ao autor” (fls. 94).

Aduz a Caixa que a coisa julgada teria incorrido na nódoa da hipótese V do art. 485 do CPC ao vulnerar frontalmente o disposto em inúmeros dispositivos do Código Civil e o Decreto-Lei nº 58/37.

Cumprido relatar, ainda, que a Medida Cautelar nº 1.687-PE, incidental da presente ação, foi julgada improcedente por este Plenário, encontrando-se em fase de recurso especial perante o v. Superior Tribunal de Justiça.

Devidamente processado o feito, o *Parquet* opinou pela improcedência da ação (fls. 310/315).

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

As hipóteses de rescindibilidade da coisa julgada se encontram elencadas no art. 485 do Código de Ritos, a seguir transcrita:

“Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III – resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV – ofender a coisa julgada;

V – violar literal disposição de lei;

VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

§ 1º Há erro quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

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

No caso concreto, almeja a Caixa desconstituir a decisão rescindenda – que determinou a outorga definitiva da propriedade de imóvel, financiado nos moldes do SFH, ao promissário comprador que pagara integralmente o valor do bem perante a empreendedora, **afastando a hipoteca prevista no contrato de financiamento firmado entre esta empresa e a ora autora** – por suposta violação à disposição expressa de lei.

É consabido que esta matéria tem suscitado intensos debates neste v. Plenário em sede de embargos infringentes. No entan-

to, convém destacar que se trata aqui de apreciação de *ação rescisória*. Em sendo assim, há o julgador de respeitar os limites taxativamente impostos pelo legislador ordinário no art. 485 do CPC, e que não autorizam a rescisão de julgado por mera divergência jurisprudencial.

Relevante o destaque, pois, vez por outra, a parte irresignada com o provimento jurisdicional deferido na tutela de conhecimento pleno, busca o reexame da juridicidade da decisão rescindível ou do conjunto probatório da ação originária, acobertando-se debilmente na tese de suposta violação literal de lei ou de erro de fato.

Dentro desses estreitos limites, julgo que o pedido rescindendo não merece prosperar, porquanto configuraria situação esdrúxula a desconstituição de *res judicata*, por afronta à norma positiva, que atualmente se harmoniza perfeitamente com a corrente jurisprudencial dominante na seara, destacadamente aquela consagrada no e. Superior Tribunal de Justiça.

Aliás, mister destacar que aquela Corte de Justiça este ano cristalizou seu posicionamento na matéria, editando a Súmula nº 308, de seguinte dicção:

“A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.”

Nessa exata trilha, eis os seguintes arestos, de recente lavra, inclusive pelo decano deste Tribunal, o eminente Desembargador Federal Ridalvo Costa:

“SFH. CONTRATO DE MÚTUO. BANCO FINANCIADOR E CONSTRUTORA. HIPOTECA SOBRE IMÓVEL ADQUIRIDO POR TERCEIRO. INEFICÁCIA.

I - ‘A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posteriormente à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel’. (Súmula 308-STJ).

II - Agravo regimental desprovido.”

(STJ, Agravo regimental no Agravo de Instrumento

nº 582.882/BA, relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, unânime, julgado em 19.04.2005, *DJ* de 13.06.2005)

“CIVIL E CONSUMIDOR. IMÓVEL. INCORPORAÇÃO. FINANCIAMENTO. SFH. HIPOTECA. TERCEIRO ADQUIRENTE. BOA-FÉ. NÃO PREVALÊNCIA DO GRAVAME.

1 - O entendimento pacificado no âmbito da Segunda Seção deste STJ é no sentido de que, em contratos de financiamento para construção de imóveis pelo SFH, a hipoteca concedida pela incorporadora em favor do Banco credor, ainda que anterior, não prevalece sobre a boa-fé do terceiro que adquire, em momento posterior, a unidade imobiliária. Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça.

2 - Recurso especial conhecido, mas não provido.” (STJ, REsp nº 625.045/GO, relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, unânime, julgado em 17.05.2005, *DJ* de 06.06.2005)

“EMENTA: CIVIL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL. QUITAÇÃO. LIBERAÇÃO DA HIPOTECA.

Com a extinção do contrato de financiamento habitacional, o mutuário faz jus ao levantamento da hipoteca incidente sobre o imóvel, independentemente de a CEF haver recebido a quantia relativa à garantia formalizada, objeto de Contrato de Novação e outros pactos firmados com a TERRA CIA DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO, relação obrigacional que não envolve o mutuário.

(TRF da 5ª Região, Agravo de Instrumento nº 59.971-CE, relator Desembargador Federal Ridalvo Costa, Terceira Turma, unânime, julgado em 05.05.2005, aguardando publicação do Acórdão)

À guisa de conclusão, e tão-somente com o desiderato de afastar qualquer pretensão de embargos declaratórios, no tangente à alegação de nulidade do compromisso de compra e venda ante a

ausência de escritura pública, como bem salientou o douto representante do *Parquet* esta só é imprescindível para “tornar seus efeitos oponíveis a terceiros”. Pode, assim, a promessa corporificar-se como instrumento público ou particular. Trata-se, efetivamente, de mera pretensão de reexame da juridicidade da sentença rescindenda, desvirtuando-se o manejo da ação rescisória.

Com esses fundamentos, julgo improcedente a ação rescisória manejada pela Caixa, fixando os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Assim voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 58.234-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
Agravante: NEFRUZA SERVIÇOS NEFROLÓGICOS FIÚZA CHAVES LTDA.
Agravada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. DANIELLA RONCONI E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO MÉDICOS E HOSPITALARES. NÃO CONFIGURAÇÃO. LEI 10.833/03. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PARA PIS, COFINS E CSLL POR EMPRESAS TOMADORAS DE SERVIÇOS. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE.

- O objetivo social da agravante difere da prestação de serviços hospitalares, não fazendo jus ao incentivo fiscal previsto no art. 15 da Lei nº 9.249/95, concernente à alíquota de 8% (oito por cento).

- Presunção de constitucionalidade da Lei nº 10.833/03 que estabelece a retenção e recolhimento pelas tomadoras de serviços profissionais das contribuições para o PIS, a COFINS e a CSLL.

ACÓRDÃO

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

Recife, 1º de dezembro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

Nefruza Serviços Nefrológicos Fiúza Chaves Ltda. interpõe agravo de instrumento contra a decisão do MM. Juiz Federal Substituto da 3ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, que indeferiu liminar em mandado de segurança, por entender que a impetrante não é prestadora de serviço hospitalar, não fazendo jus ao incentivo fiscal previsto no art. 15 da Lei nº 9.249/95, concernente à alíquota de 8% a título de IRPJ, tampouco é isenta do pagamento do PIS, COFINS e CSSL, conforme o disposto no art. 30 da Lei nº 10.833/03.

Sustenta a agravante: a) que os serviços por ela prestados se equiparam a serviços hospitalares, devendo pagar o IRPJ e CSSL, às alíquotas de 12% e 8%, respectivamente; b) não submissão ao regime de retenção na fonte, pois a prestação de serviços hospitalares não está previsto no art. 30 da Lei nº 10.833/03; b) infringência ao art. 246 da Constituição Federal.

Liminar deferida, em parte – fls. 150/156.

Agravo regimental – fls. 166/170.

Na contra-minuta, a agravada alega, preliminarmente: a) ausência dos requisitos de admissibilidade do recurso (informações da autoridade coatora e aviso de recebimento; b) impossibilidade de impetração de mandado de segurança contra lei em tese e c) ausência de direito líquido e certo. No mérito, sustenta: a) o não

enquadramento da agravante como prestadora de serviço hospitalar; b) inexistência de violação ao art. 246 da CF e c) inexistência de violação ao princípio da isonomia.

É o relatório. Dispensada a revisão, peço dia.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

A agravante foi intimada da decisão agravada em cartório – fl. 144 e as peças juntadas ao agravo são suficientes ao esclarecimento da questão posta em juízo.

Quanto ao cabimento do mandado de segurança, se a lei gera efeitos concretos quando é publicada, ferindo direito subjetivo, é ele a via adequada para impugná-la, o que se aplica ao presente caso.

A Lei nº 9.249/95 dispõe:

“Art. 15. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de **oito por cento** sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995.

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de:

omissis

III - **trinta e dois por cento**, para as atividades de:
a) prestação de serviços em geral, **exceto a de serviços hospitalares;**” (grifo nosso)

Constam do contrato social e aditivos da impetrante, na cláusula segunda, o objetivo social diferente da prestação de serviços hospitalares, que em razão dos custos elevados, goza do benefício de alíquota menor, qual seja, a de 8% (oito por cento).

A respeitável decisão agravada destacou - fls. 141:

“Serviços hospitalares, como a própria terminologia sugere, são aqueles prestados em hospitais, como sendo a prestação de assistência médica aos pacientes em regime de internação, com a realização

de intervenções cirúrgicas e procedimentos outros voltados à cura das enfermidades, atuando, inclusive, na profilaxia das doenças. Nessa condição específica, e em razão dos custos elevados, os hospitais são destinatários do benefício fiscal da alíquota reduzida.

Assim, não estando a impetrante, que é uma sociedade empresarial com objetivo social vinculado à nefrologia, inserida no conceito de hospital, não é considerada prestadora de serviço hospitalar, não fazendo jus, por essa razão ao incentivo fiscal previsto no art. 15 da Lei nº 9.249/95, concernente à alíquota de 8% (oito por cento).”

Quanto à Medida Provisória nº 135/03, convertida na Lei nº 10.833/03, o artigo 30 estabelece nova sistemática de retenção na fonte da COFINS, da CSSL e da contribuição para o PIS:

“Art. 30 – Os pagamentos efetuados pelas pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas de direito privado, pela prestação de serviços de limpeza, conservação, manutenção, segurança, vigilância, transporte de valores e locação de mão-de-obra, pela prestação de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, bem como pela remuneração de serviços profissionais, estão sujeitos a retenção na fonte da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSSL, da COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP.”

Trata-se, *in casu*, de transferência da responsabilidade do recolhimento das aludidas exações a um terceiro, vinculado ao fato gerador da respectiva obrigação, o que configura a hipótese de substituição tributária, com expressa previsão legal nos arts. 150, § 7º, da CF e 128 do CTN.

Há precedentes de substituição tributária em nossa legislação, tendo passado pelo crivo da legalidade, conforme ementa da Primeira Turma do STJ, em AgRg no Agravo de Instrumento nº 502.499/MG:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. ART. 31 DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 9.711/98. NOVA SISTEMÁTICA DE ARRECADAÇÃO MAIS COMPLEXA, SEM AFETAÇÃO DAS BASES LEGAIS DA ENTIDADE TRIBUTÁRIA MATERIAL DA EXAÇÃO. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento ofertado pela parte agravante.

2. A Lei nº 9.711, de 20/11/199, que alterou o art. 31 da Lei nº 8.212/1991, não criou qualquer nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou a alíquota, nem a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.

3. A determinação do mencionado artigo 31 configura, apenas, uma técnica de arrecadação da contribuição previdenciária, colocando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária.

(*omissis*)

7. Precedentes das Primeira e Segunda Turmas desta Corte Superior.

8. Agravo regimental não provido.

(Rel. Min. José Delgado, *DJ* 19/12/2003).”

Assim, com o advento da norma questionada, o legislador tratou apenas de imputar às pessoas jurídicas que contrataram com fornecedores de mão-de-obra a responsabilidade do recolhimento, não havendo que se falar em novo tributo. Muito menos em necessidade de lei complementar.

Também não vislumbro ofensa ao princípio da isonomia, pois não se está diante de um benefício fiscal atribuído a determinado grupo de contribuinte, em detrimento de outro sem nenhum critério.

Insurge-se, ainda, a agravante contra as disposições contidas na Lei nº 10.833/03, por afrontar o art. 246 da Constituição Federal.

A inconstitucionalidade não pode ser argüida no âmbito do agravo de instrumento, conforme já decidiu o eg. Plenário do Tribunal, no julgamento do AGTR 20.331-CE.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento, prejudicado o agravo regimental.

É como voto.

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 EXTIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO QUE PRESSUPÕE LIQUIDEZ E CERTEZA DOS CRÉ-DITOS. CTN, ARTS. 156, II, C/C ART. 170. HIPÓ-TESE NÃO CONFIGURADA. VEDAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. AGRAVO INOMINADO PREJUDI-CADO.

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 ALMEIDA 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

fo 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 pretense 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 concessão 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 pretense 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 N° 63.047-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravado: NELSON RIBEIRO DA SILVA
Repte.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDADE

EMENTA: TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS. DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE. ART. 5º, INC'S X E XII, DA CF/88. ENTENDIMENTO DOMINANTE: POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. EXECUÇÃO FISCAL. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO POR ORDEM JUDICIAL. COMPROVAÇÃO, PELO EXEQÜENTE, DO PRÉVIO EXAURIMENTO DE TODAS AS VIAS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS DO EXECUTADO. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO JUDICIAL AO BACEN. POSSIBILIDADE.

- Conforme entendimento atualmente assente, o direito ao sigilo de dados bancários, fiscais e telefônicos é corolário imediato do direito fundamental à privacidade ou à intimidade, albergado no art. 5º, inc. X, da CF/88; a relativização do sigilo de dados, apesar de possível, já que nenhuma garantia ou direito são absolutos, somente pode ocorrer em situações excepcionais, desde que outro direito ou princípio, igualmente de índole constitucional, apontem nesse sentido, sendo imprescindível, em todo caso, que se demonstre a necessidade das informações solicitadas, com estrito cumprimento das condições constitucionais e legais autorizadoras.

- É praticamente pacífico na doutrina e nos Tribunais Superiores o entendimento de que é possível ao juízo da execução fiscal requisitar informações ao BACEN acerca da existência de pos-

síveis contas bancárias ou ativos financeiros em nome do executado, em exceção ao seu sigilo bancário, desde que a Fazenda Pública exequente efetivamente comprove que, apesar de ter se valido de todas as vias legais existentes, não conseguiu encontrar quaisquer bens do executado passíveis de constrição. Precedentes: STJ, REsp. 733.773/SP, DJU 22.08.05; STJ, AGREsp. 667.578/MG, DJU 21.06.05.

- Ressalva do entendimento pessoal do Relator, de que, face à restrição contida na parte final do inc. XII, art. 5º, da CF/88, aplicável também aos sigilos de dados bancários, a quebra destes somente pode se dar para fins de investigação criminal e de instrução processual penal, excluídos quaisquer outros propósitos, como a instrução de processos de natureza cível ou administrativa, quais os de conteúdo fiscal-tributário.

- AGTR a que se dá provimento, para determinar a expedição de ofício dirigido ao Banco Central do Brasil-BACEN, a fim de que o mesmo informe se existem contas bancárias ou ativos financeiros em nome do executado, para fins de futuro bloqueio, como garantia da execução fiscal em tela.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGTR 63.047-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em dar provimento ao presente AGTR, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Custas, na forma da lei.

Recife, 8 de novembro 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 AGTR interposto pelo INSS contra decisão proferida pelo Juízo da 16ª Vara Federal de Pernambuco que, nos autos do Processo de Execução Fiscal 2004.83.02.003892-0, indeferiu pedido em que esta autarquia previdenciária objetivava a expedição de ofício ao Banco Central do Brasil (BACEN) para que o mesmo informasse se existem contas bancárias ou aplicações financeiras em nome do executado, para fins de futuro bloqueio destas como garantia do juízo executivo; a decisão agravada pautou-se no argumento de que a pretensão do exequente, por implicar em quebra de sigilo bancário, somente poderia ser atendida em situações excepcionais, quando restasse comprovado que o mesmo exauriu, sem êxito, todos os meios legais possíveis e existentes a fim de encontrar bens penhoráveis do executado, o que não teria ocorrido no caso dos autos, já que a mera juntada de ofício do Cartório do Registro Geral de Imóveis da comarca em que reside o executado não seria suficiente para demonstrar o esgotamento desses meios.

2. Em suas razões recursais, alega o agravante que exauriu, sem sucesso, todas as vias legais a ele acessíveis a fim de encontrar bens do executado passíveis de constrição judicial, o que restou devidamente demonstrado pela juntada de cópias de ofícios dirigidos ao Registro Imobiliário de Caruaru e ao DETRAN/PE, bem assim pela juntada do resultado de pesquisa no sítio da Secretaria de Patrimônio da União (SPU), restando, portanto, a quebra do sigilo bancário por requisição judicial o único meio legal capaz de lograr a localização de bens do executado e, conseqüentemente, de garantir o êxito da execução fiscal em tela.

4. Apesar de intimada, a parte agravada deixou transcorrer *in albis* o prazo para oferecer contra-razões, conforme se colhe da certidão de fls. 33.

5. É o que de ressaltante havia para relatar.

VOTO

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

1. Analisando-se os autos, vê-se que a *queastio juris* ora sob análise consiste na possibilidade, ou não, de quebra do sigilo bancário do executado fiscal por ordem do juízo com o objetivo de localizar bens penhoráveis, aptos a garantir a execução fiscal. Conforme preconizam doutrina e jurisprudência atualmente majoritárias, o direito ao sigilo de *dados* bancários, fiscais e telefônicos é verdadeiro corolário do direito fundamental à privacidade, albergado principalmente no art. 5º, inc. X, da CF/88, cuja redação é a seguinte:

“X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

2. Saliente-se, inclusive, que, em decisão recente, o STF fixou o entendimento de que, de fato, o direito ao sigilo de dados bancários, fiscais e telefônicos decorre diretamente do direito à privacidade ou à intimidade, inscrito no rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º da CF/88. Confira-se ilustrativo excerto dessa decisão:

*“A discussão atinente à quebra de sigilo bancário pela autoridade administrativa, sem a participação da autoridade judiciária, já foi ventilada por esta Corte, pelo menos, nos seguintes julgamentos: MS nº 21.729-4, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 19/10/2001; MS nº 23.851, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 21/06/2002; PET nº 2790 AgR, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 11/04/2003, e RE nº 215.301, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 28/05/1999. **Em todos, as-sentou-se que a proteção aos dados bancários configura manifestação do direito à intimidade e ao sigilo de dados, garantido nos incs. X e XII do art. 5º da Constituição Federal, só podendo cair à força de ordem judicial ou decisão de Comissão Parlamentar de Inquérito, ambas com suficiente fun-***

damentação. A exceção deu-se no julgamento do MS nº 21.729, em que se admitiu que o Ministério Público obtivesse diretamente os dados, por tratar-se de empresa com participação do erário (patrimônio e interesse público)". (AC 415-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU 20/09/04)

3. Assim, entende-se que, como direito fundamental, a inviolabilidade dos dados – bancários, fiscal e telefônico – somente admite relativização em situações excepcionais, desde que outro direito ou princípio, igualmente de índole constitucional, apontar nesse sentido, sendo imprescindível, em todo caso, que se demonstre a necessidade das informações solicitadas, com estrito cumprimento das condições constitucionais e legais autorizadas. Relembre-se, por oportuno, que nenhuma garantia ou direito fundamental se afigura como absoluto, podendo sofrer relativização sempre que razões de índole igualmente constitucional assim determinarem. Exatamente nesse sentido, é a lição do prof. Alexandre de Moraes:

“Os sigilos bancário e fiscal são relativos e apresentam limites, podendo ser devassados pela Justiça Penal ou Civil, pelas Comissões Parlamentares de Inquérito e pelo Ministério Público uma vez que a proteção constitucional do sigilo não deve servir para detentores de negócios não transparentes ou de devedores que tiram proveito dele para não honrar seus compromissos”. (Direito Constitucional, Ed. Atlas, São Paulo, 2002, p. 93).

4. Nessa esteira, vê-se que, no que pertine ao sigilo de dados bancários, tem sido assente o entendimento de que, em situações excepcionais, é admitida a sua quebra por ordem judicial, sendo que uma das situações em que tem sido tolerada tal medida é aquela em que, em execução fiscal, o credor/exeqüente demonstre ter exaurido, sem êxito, todos os meios legais existentes a fim de localizar bens penhoráveis do executado. Nesse sentido, veja-se os seguintes julgados, todos proferidos recentemente pelo STJ:

“EXECUÇÃO FISCAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. LOCALIZAÇÃO DE BENS. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO BACEN.

1. Não é cabível a quebra de sigilo fiscal ou bancário do executado para que a Fazenda Pública obtenha informações acerca da existência de bens do devedor inadimplente, excepcionado-se tal entendimento somente nas hipóteses de estarem esgotadas todas as tentativas de obtenção dos dados pela via extrajudicial. Precedentes.

2. A comprovação de que restaram esgotados todos os meios de localização de bens penhoráveis do executado exige apreciação de provas, vedada na via do recurso especial (Súmula 07/STJ).

3. Recurso especial a que se nega provimento". (REsp. 733.773/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 22.08.05, p. 148).

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO A REPARTIÇÕES PÚBLICAS PARA CONSULTA SOBRE BENS DO DEVEDOR. SIGILO FISCAL E BANCÁRIO.

1. A quebra do sigilo bancário e fiscal é medida excepcional que depende da presença de relevantes motivos os quais, inexistindo, conspiram pelo indeferimento da diligência.

2. É cediço que somente em hipóteses extremas está o juiz autorizado a quebrar o sigilo fiscal e buscar, pelas declarações de renda, junto à Receita Federal, bens do devedor para garantir a execução.

3. Precedentes do STJ: RESP 466138/ES, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 31.03.2003; RESP 509.383/SC, desta relatoria, DJ de 20.06.2003; RESP 206963/ES, Relator Ministro GarciaVieira, DJ de 28.06.1999 e RESP 204329/MG, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 19.06.2000.

4. *In casu*, a despeito de a Fazenda Estadual envia esforços no sentido de localizar bens para fazer face ao crédito tributário, suas tentativas restaram infrutíferas, consoante se infere do voto-condutor do acórdão hostilizado.

5. Agravo Regimental improvido”. (AGREsp. 667.578, Min. Rel. Luiz Fux, *DJU* 21.06.05, p. 334).

“RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. SIGILO BANCÁRIO. SISTEMA BACEN JUD.

(...).

3. A regra é a de que a quebra do sigilo bancário em execução fiscal pressupõe que a Fazenda credora tenha esgotado todos os meios de obtenção de informações sobre a existência de bens do devedor e que as diligências restaram infrutíferas, porquanto é assente na Corte que o juiz da execução fiscal só deve deferir pedido de expedição de ofício à Receita Federal e ao BACEN após o exeqüente comprovar não ter logrado êxito em suas tentativas de obter as informações sobre o executado e seus bens.

4. Precedentes: RESP 282.717/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJ* de 11/12/2000 RESP 206.963/ES, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJ* de 28/06/1999, RESP 204.329/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, *DJ* de 19/06/2000, RESP 251.121/SP, Min. Nancy Andrighi, *DJ* de 26.03.2001.

5. Todavia, o sistema BACEN JUD agiliza a consecução dos fins da execução fiscal, porquanto permite ao juiz ter acesso à existência de dados do devedor, viabilizando a constrição patrimonial do art. 11 da Lei nº 6.830/80. Deveras, é uma forma de diligenciar acerca dos bens do devedor, sendo certo que, atividade empreendida pelo juízo, e que, por si só, torna despiciendo imaginar-se um prévio pedido de quebra de sigilo, não só porque a medida é limitada, mas também porque é o próprio juízo que, em ativismo desejável, colabora para a rápida prestação da justiça.

(...).

7. Recurso Especial provido”. (REsp. 666.419/SC, Rel. Min. Luiz Fux, *DJU* 27.06.05, p. 247).

5. Assim, conforme entendimento praticamente pacífico na

doutrina e na jurisprudência, pode o juízo da execução fiscal requisitar informações ao Banco Central acerca da existência de possíveis contas bancárias ou ativos financeiros em nome do executado, desde que a Fazenda Pública exequente demonstre que, apesar de ter se valido de todas as vias legais existentes, não conseguiu encontrar quaisquer bens do executado passíveis de construção.

6. No caso em tela, o ora agravante trouxe aos autos recursais cópias dos ofícios dirigidos ao Registro Imobiliário da Comarca na qual o executado reside (Caruaru) e ao DETRAN/PE, bem como cópia do resultado de pesquisa no sítio da Secretaria de Patrimônio da União (SPU), todos atestando a inexistência de bens penhoráveis em nome do executado (fls. 24, 25, 26). Assim, não havendo, *in casu*, quaisquer outras vias acessíveis à agravante capazes de propiciar-lhe a localização de bens penhoráveis em nome do executado, e tendo restado comprovado o esgotamento dessas vias, conclui-se, curvando-se ao entendimento atualmente majoritário, que é possível a requisição judicial dirigida ao BACEN a fim de que sejam prestadas informações acerca da existência de possíveis contas bancárias e ativos financeiros em nome do executado, para fins de futuro bloqueio destes como garantia do executivo fiscal em tela.

7. Por fim, é imperioso que se ressalve, nesse momento, o entendimento, por nós inúmeras vezes esposado, de que, estando o sigilo de dados bancários, fiscais e telefônicos albergados pelo art. 5º, inc. XII, cuja redação prescreve que *são invioláveis o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual penal*, conclui-se que a quebra desses sigilos somente pode se dar para *fins de investigação criminal e de instrução processual penal*, excluídos quaisquer outros propósitos, como a instrução de processos de natureza cível ou administrativa, quais os de conteúdo fiscal-tributário, por exemplo. Assim, diante desse entendimento, não seria possível, no específico caso dos autos, a quebra do sigilo bancário do executado, por ordem do juízo cível, a fim de garantir a viabilidade de executivo fiscal, posto não se estar diante,

como notório, de instrução processual penal ou investigação criminal.

8. Entretanto, tendo em vista as razões antes expendidas, corroboradas por farta jurisprudência dos Tribunais Superiores, curva-se ao entendimento, atualmente majoritário, que preconiza pela possibilidade do juízo da execução fiscal determinar a quebra do sigilo bancário quando não mais houver outros meios legais capazes de propiciar a localização de bens penhoráveis do executado.

9. Assim, por todos os fundamentos antes expendidos, dá-se provimento ao presente AGTR, para determinar a expedição de ofício dirigido ao Banco Central do Brasil-BACEN, a fim de que o mesmo informe se existem contas bancárias ou ativos financeiros em nome do executado, para fins de futuro bloqueio, como garantia da execução fiscal em tela.

10. Este é o meu voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 63.819-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Agravante: ARACRUZ CELULOSE S/A
Agravadas: ADENE – AGÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO DO NORDESTE E FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. BRUNO COELHO DA SILVEIRA E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LAUDOS CONSTITUTIVOS EXPEDIDOS PELA INVENTARIANÇA DA SUDENE EM DESCOMPASSO COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA (MP 2.199-14/2001). NULIDADE. ALEGAÇÃO DE MALFERIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA BOA-FÉ. INOCORRÊNCIA.

- A suspensão de medida liminar opera em juízo político, que se exaure na suspensão pretendida. Não é prejudicial do agravo de instrumento,

em que se exercita um juízo de legalidade. Preliminar rejeitada.

- Cabe à Administração, submetida ao princípio da legalidade de que decorre a relação de administração, recompor a legalidade ferida, toda vez que edita um ato em desconformidade com a lei, o que se dá tanto através da recomposição, pela convalidação do ato, quanto pela fulminação do ato viciado, pela sua anulação. Súmula nº 473 do STF.

- A convalidação opera com fundamento nos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, mas somente pode se realizar – segundo magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello – quando “o ato possa ser produzido validamente no presente”.

- Hipótese em que os laudos constitutivos anulados – nºs 0123/2002 e 0124/2002 – não podem ser convalidados por não poderem ser produzidos validamente no presente, em razão de a empresa beneficiária – Aracruz Celulose S/A – não atender ao pressuposto para ele exigido da localização geográfica, segundo definido na legislação de regência: MP nº 2.199-14/2001.

- Revogação da decisão que atribuíra efeito suspensivo ao agravo de instrumento movido pela empresa Aracruz Celulose S/A e restauração da decisão de 1º grau que indeferira tal medida.

- Provimento do Agravo Regimental da Fazenda Nacional e da ADENE (Agência de Desenvolvimento do Nordeste) e improvimento do Agravo de Instrumento da empresa Aracruz Celulose S/A.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento aos agravos regimentais da Fazenda Nacional e da ADENE e negar provimento ao agravo de instrumento da Aracruz Celulose S/A, nos termos do

relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 9 de fevereiro de 2006 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Cuida-se de agravo de instrumento contra a decisão prolatada pela MMª. Juíza Federal Substituta da 3ª Vara Federal/PE, que denegou a tutela antecipada requerida pela Aracruz Celulose S/A nos autos da Ação Ordinária nº 2005.83.00.009065-5. A autora objetiva a suspensão dos efeitos do Ofício nºs 1406/2003, expedido pela Inventariança Extrajudicial da extinta SUDENE, mediante o qual foi determinada a anulação dos Laudos Constitutivos nºs 0123/2002 e 0124/2004, que lhe asseguravam o benefício de redução do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e adicionais restituíveis.

A recorrente alegou na sua peça inicial que o direito ao aludido benefício fiscal foi reconhecido por meio de ato administrativo perfeito e acabado, que não poderia ser anulado pela Administração tão-somente em razão de mudança na interpretação dada aos dispositivos legais que regem a matéria, pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica. Afirma que, quando muito, poder-se-ia cogitar da revogação do ato, com efeitos *pro futuro*, nunca em caráter retroativo para alcançar fatos pretéritos.

Argumentou que a fruição do benefício fiscal foi precedida de parecer da Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral da União, e que os laudos constitutivos foram igualmente acatados pela Secretaria da Receita Federal, tudo de acordo com os procedimentos administrativos previstos em lei. Asseverou, ainda, que o entendimento adotado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Integração, quando do reexame dos laudos constitutivos, não se coaduna com a finalidade que orienta as normas concessivas dos benefícios em tela, eis que restringe o âmbito territorial de sua concessão à área da extinta SUDENE, e não à área atualmente defini-

da como de atuação da ADENE.

Sustentou, por fim, que a manutenção do ato administrativo sob comento trará prejuízos inestimáveis à empresa, pois implicará sensível redução dos preços de suas ações negociadas em Bolsa de Valores, além de concorrer para o descrédito do Brasil junto aos investidores estrangeiros. Requer seja concedida a antecipação de tutela recursal, prevista no art. 527, III, do Código de Processo Civil, sobrestando-se, de consequência, os efeitos da anulação dos benefícios.

Após a prolação da decisão de fls. 132/135, que deferiu o pedido de antecipação da tutela recursal requerida com o fito de suspender os efeitos do ato de anulação dos Laudos Constitutivos nºs 0123/2001 e 0124/2002, a ADENE – Agência de Desenvolvimento do Nordeste – e a Fazenda Nacional, por meio de seus respectivos procuradores, interpuseram agravo regimental, pugnando pela reconsideração da decisão ou apresentação do feito à Turma Julgadora.

Havendo entrado em gozo de férias regulamentares – no período de 05 de outubro a 03 de novembro de 2005 –, foi manifestado requerimento de Suspensão da Segurança perante o Exmo. Sr. Presidente desta Corte – que tomou o nº 6540-PE (2005.05.00.036438-1) –, tendo aquela autoridade deferido o provimento antecipatório recursal que fora concedido nestes autos, e se encontra às fls. 442-463 e, após o regresso das referidas férias, mandei juntar aos autos a referida decisão, bem como de decisão semelhante proferida na Suspensão de Segurança nº 6540-PE (2005.05.00.036438-1), que, coincidentemente, recebeu o mesmo número e versa sobre a mesma matéria e se encontra, nos autos, às fls. 464-481 e, ainda, o precedente da 4ª Turma desta Corte, da lavra da Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, e que se encontra, por cópia, às fls. 482-486, por versarem a mesma matéria.

Após foi dado vistas à empresa Aracruz Celulose S/A, parte contrária (fls. 514), vencida na mencionada suspensão da liminar, não havendo esta se manifestado.

Em cota, às fls. 562, o insigne Procurador da República, Dr. Luciano Mariz Maia, pediu vistas dos autos, ofertando em seguida o parecer de fls. 564/570, onde aponta, em preliminar, a superveni-

ente prejudicialidade do recurso, em face da decisão proferida pelo Exmo. Presidente desta Corte, nos autos da SS 6540/PE, acima noticiada. No mérito, pugna pelo improvimento do apelo.

Na quarta-feira, dia 25 de janeiro de 2006, o Pleno desse Tribunal negou provimento aos agravos regimentais contra decisão suspensiva de liminar em Mandado de Segurança nº 2005.83.00.006879-0 e nº 2005.83.00.007247-1, mantendo a invalidação pela ADENE dos laudos constitutivos de benefício fiscal que favoreciam a empresa ora agravante.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Ab initio, rejeito a preliminar de prejudicialidade do recurso, argüida pelo DD. Procurador da República.

Ao contrário do argumento defendido pelo nobre representante do *Parquet Federal*, penso que a decisão proferida em sede de suspensão de segurança não é prejudicial do agravo de instrumento já interposto, em face do caráter distinto de tais institutos.

Realmente, embora a suspensão da liminar – no presente caso – busque amparo no art. 4º da Lei nº 8.437, tenho que tal medida se assemelha à suspensão de liminar em mandado de segurança, que encontra amparo no art. 4º da Lei nº 4.348/64, pois em ambos os casos: suspensão de medida liminar com natureza cautelar contra atos do Poder Público, prevista naquela lei, e a suspensão da liminar concedida em mandado de segurança, prevista nesta última, dizem respeito a um juízo político, que se prende, tão-somente, à pretensa ameaça à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas¹.

¹ - Na verdade, já se reconheceu que o art. 4º da Lei nº 8.437/92 repete, com alteração, especialmente no seu § 1º, o disposto no art. 4º da Lei nº 4.348/64. Cf. “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor”, Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, atualizada até 10 de janeiro de 2004. Ed. Saraiva, p. 1848.

Em se tratando de juízo político, exercido pelo Presidente do Tribunal, não pode ser prejudicial – no exato sentido de configurar um *pre iudicium* – do juízo de legalidade exercido pelo Tribunal. Nesse sentido, têm-se repetido os precedentes jurisprudenciais que reconhecem que a suspensão da medida liminar em mandado de segurança, na forma do art. 4º da Lei nº 4.348/64, é ato político que somente serve para suspender a eficácia da decisão, não servindo para examinar o mérito, ou seja, a legalidade da decisão, como os que transcrevo a seguir:

a) Em respeito à suspensão em mandado de segurança:

I - “Esta Corte Superior entende que ‘a decisão suspensiva da execução de medida liminar, em mandado de segurança, na forma do art. 4º da Lei nº 4.348/64, é resultado de Juízo político, a respeito da lesividade do ato judicial à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, não se sujeitando a Recurso Especial, em que as controvérsias são decididas *à base de juízo de legalidade* (dei ressaltado); é, pois, da estrita competência do Tribunal (Presidente e Plenário), a que o juiz que a proferiu está vinculado’ (REsp nº 116832/MG)”².

II - “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DE SENTENÇA OU MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME DE PROVAS. ARTS. 1º DA LEI 1.533/51 E 161 DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão que suspende a execução da sentença ou medida liminar em mandado de segurança, com base no art. 4º da Lei nº 4.348/64, *é resultado de juízo político acerca da lesividade do ato judicial à economia, e à ordem públicas, sujeitando-se à revisão do órgão colegiado do Tribunal de origem (art.*

² - Cf. STJ. AGA 200500143238 (655552 PE), 1ª T., Rel. Min. José Delgado, *in DJU* de 13.06.2005, p. 00181.

4º, parte final, da Lei nº 4.438/64. Voltei a ressaltar)”³.

b) Em respeito à suspensão de liminar de natureza cautelar contra ato do Poder Público:

“Cabe à pessoa jurídica de direito público escolher a via processual através da qual deseja impugnar decisão concessiva de liminar. *Não pode o tribunal de segundo grau deixar de conhecer o agravo de instrumento interposto pelo ente público. O fato de a pessoa jurídica de direito público poder, pelo menos em tese, utilizar o expediente previsto no art. 4º da Lei nº 8.437/92, não impede o manejo do agravo de instrumento, pois aquele só serve para suspender a eficácia da decisão, enquanto o recurso de agravo possibilitar a reforma ou a cassação do decisum causador da insatisfação*”⁴.

Como se trata de juízo político exercido pelo Presidente do Tribunal, que é absolutamente distinto do juízo de legalidade exercido pelos órgãos que integram o Tribunal: Turmas ou o Plenário, nada impede que estes órgãos apreciem a questão – na medida de sua competência e quando forem para isso provocados – ainda que este tenha sido objeto de exame de legalidade acurado por ocasião da suspensão da liminar.

Aliás, por ocasião do julgamento da suspensão da liminar pelo Excelentíssimo Senhor Presidente desta Corte, no Plenário deste Tribunal, que – como se observou dos precedentes transcritos – é o único com competência para isso, tive ocasião de me pronunciar contrariamente à suspensão da liminar, por duas razões: primeiro, porque tal competência somente é atribuída ao Presidente do Tribunal contra ato de juiz singular, pela simples e boa razão de que somente dos atos desses magistrados se recorre para o Tri-

³ - Cf. STJ. AGA 200401208490 (526129 PE), 1ª T., Rel. Min. Denise Arruda, *In DJU* 09.05.2005, p. 00304.

⁴ - Cf. Theotonio Negrão, “Código de Direito Processual Civil e legislação processual em vigor”, 33ª d. revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 18482.

bunal, na exata dicção do multicitado art. 4º da Lei nº 8.437/92, e, em segundo lugar, porque não caberia ao Presidente do Tribunal, no exercício dessas atribuições, exercer nenhum juízo de legalidade como utilizou para efetuar tal suspensão: deveria ter-se limitado – se competência para isso tivesse – a demonstrar que a decisão impugnada causava grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Como tive ocasião de afirmar – naquele julgamento – o Excelentíssimo Senhor Presidente desta Corte proferiu decisão em que não se conteve nesses limites, pois apreciou – em juízo de legalidade – a decisão que este relator havia proferido, e não apenas a suspendeu, mas a revogou.

Importa reconhecer, porém, que a questão está superada, no sentido de que não se pode mais discuti-la, tendo em vista que o órgão próprio para isso é o Plenário deste Tribunal, como se colhe dos precedentes transcritos. Nada disso, porém, serve para concluir – como o fez o douto Procurador da República, ao levantar a preliminar de prejudicialidade –, que tal decisão não poderia mais ser apreciada pela Turma, em sede de agravo de instrumento, porque tal questão já se esgotara.

Isso não acontece porque o juízo político não pode substituir o juízo de legalidade.

Penso, mesmo, que a própria decisão proferida pelo Exmo. Desembargador Presidente desta Corte referenda tal posicionamento quando deixa explicitado que a concessão da suspensão de segurança é:

“...medida de cognição excepcional, de procedimento sumário e 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).”

De todo modo, ao contrário do que alegou o MPF, a decisão proferida na Suspensão de Segurança 6540/PE, acima referenciada, não suspendeu a eficácia da decisão liminar “até o trânsito em julgado da ação principal”, limitando-se aquele *decisum* a estender os efeitos da decisão suspensiva “...ao provimento **antecipatório recursal concedido nos autos do AGTR 63819/PE**”. (Cf. fls. 508). Destaque no original.

Patente, pois, a inexistência de prejudicialidade do presente recurso.

Rejeito, também, a preliminar de inépcia do agravo de instrumento articulada sob a alegação de que não havia sido colacionada aos autos cópia da petição inicial da ação ordinária. Conforme dispõe o art. 525, I, do CPC, este documento não é de juntada obrigatória, sendo certo que somente se poderia concluir pela inépcia da inicial caso sua apresentação se revelasse indispensável para a compreensão e julgamento do recurso. Não é, contudo, a hipótese dos autos. A explicitação dos argumentos, trazida nas razões do agravo de instrumento, fazem prescindir a juntada daquele documento, porquanto veiculam as razões de fato e de direito relevantes para conhecimento do recurso.

No mérito, depois de examinar, detidamente, os argumentos dos ora agravantes – ADENE e Fazenda Nacional – e de também ouvir a outra parte, em homenagem ao sagrado e indispensável princípio do contraditório, e, mais, de levar em consideração a decisão proferida pelo douto Desembargador Federal Presidente, na Suspensão de Segurança nº 6540-PE (2005.05.00.036438-1) – ainda que proferida em juízo político –, bem como dos dois outros precedentes trazidos aos autos, e, ainda, a manifestação última da empresa Aracruz Celulose S/A, quando se lhe deu vistas da juntada aos autos desta última documentação, penso que o reexame da questão revela que aqui se debate um conflito entre princípios constitucionais: a legalidade e a segurança jurídica, centrado na boa-fé, qual estabelecido no art. 37 da Constituição, cabendo decidir qual deles tem prevalência no caso concreto.

Em respeito à alegada boa-fé, acosto-me à decisão proferida pelo eminente Presidente desta Corte, na apreciação da Suspensão de Segurança nº 6540-PE (2005.05.00.036438-1), em que fi-

guraram como partes, de um lado, a ADENE – Agência de Desenvolvimento do Nordeste e a Procuradoria Regional Federal da 5ª Região, e, de outro, a Companhia Siderúrgica Tubarão e Brasympe Energia S/A, por se ajustar, perfeitamente, à questão debatida nestes autos:

“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 poder conviver com relações jurídicas formadas illicitamente. Onde, é dever seu recompor a legalidade ferida. Ora, tanto se recompõe a legalidade fulminando um ato viciado, quanto convalidando-o’⁵.

Segue o doutrinador, que ‘não é repugnante ao Direito Administrativo a hipótese de convalidamento dos atos inválidos’, mas a convalidação, fundada nos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, enquanto ‘suprimento da invalidez de um ato com efeitos retroativos’, apenas pode se dar quando o ato possa ser produzido validamente no presente’⁶. Não é o caso. As empresas requeridas não atendem ao pressuposto de localização geográfica à expedição dos laudos constitutivos do direito ao benefício fiscal da

⁵ - Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, 18ª e. revista e atualizada. São Paulo. Ed. Malheiros, São Paulo, 2005, p. 442. A citação transcrita se encontra no bojo do escólio ora transcrito.

⁶ - *Idem, ibidem*, pp. 439-440. Continua sendo citações apresentadas no bojo do escólio transcrito.

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’⁷.

No que respeita à legalidade – juízo próprio realizado neste julgamento – tem-se que, em primeiro lugar, a decisão da douta Juíza *a quo*, que negou a antecipação da tutela, posteriormente concedida por decisão desta instância, sendo esta última impugnada – via Agravo Regimental – pela Agência de Desenvolvimento do Nordeste – ADENE (cf. fls. 181-209) e pela Fazenda Nacional (cf. fls. 257-330), restara assim fundamentada:

“A característica fundamental do provimento satisfativo consiste na entrega antecipada dos efeitos da sentença de procedência a um dos integrantes da relação jurídica processual. O art. 273 do Código de Processo Civil, com a redação trazida pela Lei nº 8.952/94, retrata o modelo básico de tutela jurisdicional antecipatória. Trata-se de prestação jurisdicional cognitiva, de valor emergencial, executivo e sumário.

À luz do dispositivo legal em comento, *in verbis*:

Art. 273. *O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:*

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

(...)

⁷ - *Idem*, *ibidem*, p. 442, com as mesmas observações feitas nas notas anteriores. O escólio foi transcrito da decisão já referida e se encontra às fl. 18.

§ 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Consoante se extrai do preceito, antecipar-se-á, total ou parcialmente, o pedido formulado na peça exordial, a depender do atendimento dos pressupostos de concessão, claramente discriminados.

Possível ressaltar a exigência de requerimento da parte postulante, o qual deve se apresentar devidamente instruído com prova inequívoca dos fatos, hábil a demonstrar, por sua vez, a verossimilhança da alegação. É necessário ancorar o pleito, outrossim, em fundado receito de dano irreparável ou de difícil reparação, ou na caracterização de abuso de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu.

Adiantamento repousa, assim, sobre eficácias inerentes ao pedido articulado na petição inicial, ou melhor, imanentes à sentença que provavelmente o julgará procedente, no todo ou em parte.

A meu sentir, não se encontram configurados os pressupostos de concessão do provimento emergencial. Explícito.

*Com efeito, já proferi decisão anteriormente, em processo semelhante, entendendo cabível a suspensão dos efeitos do ato de anulação dos laudos constitutivos, sob o fundamento de que **'o benefício fiscal não poderia ser livremente suprimido, por se tratar de incentivo oneroso, tendo sido realizados, como condição, investimentos no Município de Serra/ES'**. Argumentei, inclusive, que **'a lei condicionou a concessão do incentivo ao cumprimento de certas condições pelo contribuinte, caracterizando-se, portanto, como isenção onerosa, condicional ou bilateral'**.*

*Na oportunidade, ressaltei, contudo, que não era cabível fazer digressões sobre a validade do laudo constitutivo por considerar que **'a aferição específica de existência de ilegalidade no despacho decisório,***

ou de configuração de alteração da interpretação do poder concedente, deve estar reservada à prolação da sentença, sob pena de incursão no veda-do pré-julgamento da causa’.

Naquele caso específico, a fundamentação recaiu sobre as conseqüências do ato de anulação, sob o ponto de vista social, e sobre a necessidade de prévio pagamento de indenização, sempre no intuito de impedir que fossem ocasionados prejuízos financeiros de significativa monta, ‘sequer se cogitando o pagamento de indenização idônea pelos investimentos realizados’.

A decisão partiu do pressuposto – hoje afastado – de que o benefício se qualificava como isenção onerosa e que, portanto, não podia ser livremente suprimido.

No caso em comento, no entanto, analisando pormenorizadamente a matéria, findo por afastar o argumento de impossibilidade de supressão imediata do benefício previsto no art. 1º da Medida Provisória nº 2.199-4/2001. Primeiramente, sequer constam da inicial argumentos nesse sentido; por outro lado, ainda que as alegações tivessem sido articuladas, revejo o posicionamento adotado anteriormente, por considerar que o benefício do art. 1º da Medida Provisória nº 2.199-4/2001 não se cuida de isenção onerosa.

É certo que o preceito estabelecia pressupostos de enquadramento no âmbito de aplicação do benefício fiscal, mas a realização dos incentivos opera-se em caráter prévio, abstrato e hipotético, não se qualificando como ‘cumprimento de condições concretas para o gozo do benefício’. A Administração, à época, limitou-se a constatar a possibilidade de aplicação do incentivo – ainda que o tenha feito, eventualmente, de forma viciada ou equivocada. Difere, pois, do estabelecimento de condições como meio de contraprestação, tal como reconhecido, em exame sumário, nos autos do Mandado de Segurança nº 2005.83.00.006879-0.

Afastado o enquadramento do benefício do rol das isenções onerosas, tenho como subtraído o fundamento único que justificaria a manutenção do status quo, com suspensão dos efeitos do ato anulatório, sobretudo quando resta demonstrado que o processo administrativo de anulação dos laudos constitutivos observou criteriosamente os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Mesmo considerando que o momento de cognição sumária não é adequado para decidir sobre a validade do laudo constitutivo, é de se reconhecer, ao menos, que a aferição dos pressupostos legais para deferimento de incentivos fiscais constitui ato vinculado da Administração. Não se encontra demonstrado pela parte autora, ao menos neste exame perfunctório, que houve mera mudança de interpretação pela Administração, a afastar a eficácia retroativa do reconhecimento de nulidade, tendo em vista que a elaboração do laudo constitutivo efetivou-se por setores técnicos da Inventariança da SUDENE, inexistindo controle preventivo de legalidade ou emissão prévia de parecer por órgão jurídico, no sentido de que seria adequada a extensão do benefício às empresas situadas no Sul do Espírito Santo.

Apenas o confronto da manifestação jurídica prévia com a análise posteriormente empreendida constituiria prova inequívoca da mudança de interpretação que intenta demonstrar". (Cf. fls. 67-68. Sem destaques no original).

Por tais fundamentos, considerando que não havia sido demonstrado o atendimento dos requisitos legais para a concessão da antecipação da tutela, indeferiu-a.

Em segundo lugar, os argumentos apresentados, nesse juízo de legalidade, bem demonstram que não se pode aceitar a alegação de que a empresa Aracruz Celulose S/A houvesse atuado com a boa-fé alegada. É que, ainda que se considere – em homenagem suprema ao princípio de que a má-fé não se presume, devendo ser provada –, não se poderia aceitar a incidência do princípio

para orientar esta decisão quando se consideram as razões bem expostas na decisão do douto Presidente desta Corte que, embora em juízo político da concessão de liminar, e não em juízo de legalidade e, pois, de mérito – examinou a questão juridicamente, influenciando no convencimento jurídico deste magistrado.

Numa análise limitada à aplicação do princípio da legalidade, a douta decisão impugnada é irretocável, pois rendeu homenagem a esse princípio, como se observa dos fundamentos em que se lastreara, pois que a douta magistrada argumentara que:

1º - não se demonstrara que a concessão da isenção tributária havia se caracterizado como isenção onerosa, deferida após o atendimento prévio de condições preestabelecidas, mais precisamente a realização de investimentos na área em que se estabelecer a empresa;

2º - inexistira mudança de interpretação da Administração em respeito aos laudos anulados – no caso a ADENE – tendo em vista que os laudos haviam sido elaborados por setores técnicos da Inventariança da SUDENE, sem que tivesse havido um controle prévio do parecer por órgão jurídico daquele órgão (ADENE), “no sentido de que seria adequada a extensão do benefício às empresas situadas no sul do Espírito Santo” (cf. fl. 68);

3º - o processo administrativo de anulação dos laudos constitutivos havia observado, “... criteriosamente, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa” (cf. fl. 67).

A respeito dessa decisão, observo que a empresa autora do agravo de instrumento – Aracruz Celulose S/A – não afastou em nenhum momento esses argumentos, como se evidencia a seguir.

No que toca à afirmação de que não se demonstrara que se tratava de isenção onerosa, a referida empresa apenas alegou que foram atendidos todos os requisitos necessários e, por isso, lhe fora concedido o benefício (cf. fl. 08), para o que afirmou que houve parecer prévio, identificado como o Parecer Memo N° 001/2003, cuja cópia teria sido juntada às fls. 84-88, de autoria da Sra. Marília Moraes, Procuradora Federal da Procuradoria junto à inventariança da extinta SUDENE.

Essa alegação, porém, não subsiste a uma análise mais detida.

Em primeiro lugar, porque não se trata de um parecer prévio. Não foi formulado adremente para instruir nenhum pedido específico da referida empresa.

Como se lê à fl. 84, foi dirigido ao Coordenador Jurídico da Inventariança da SUDENE: está endereçada ao Coordenador Jurídico do mesmo órgão – como se lê à fl. 84 – se trata de uma opinião em abstrato, como se lê do fecho do referido documento, à fl. 88: “*Diante do exposto, opino pela **possibilidade de concessão do benefício de redução do imposto de renda a projetos desenvolvidos no Estado do Espírito Santo, como um todo, desde que atendidos os requisitos legais***”.

Importa observar que, como registrado na inicial do presente Agravo de Instrumento – AGTR 63819-PE, precisamente à fl. 11; “... a orientação para 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”.

Ora, se fosse um parecer adrede para instruir o pedido específico da empresa interessada estaria endereçada ao órgão concedente do benefício – e não ao Coordenador Jurídico – e não estabeleceria uma opinião genérica: *possibilidade de concessão do benefício de redução do imposto de renda a projetos* (observe-se projetos: não um projeto ou um pedido específico) *como um todo* (ou seja, genericamente), *desde que atendidos os requisitos legais*, o que significa que não se está afirmando que determinado projeto atendeu tais requisitos. Em suma: não se trata de um parecer prévio e, em consequência, não houve uma interpretação prévia da Administração em determinado sentido, posteriormente modificada na decisão que lhe anulara os laudos constitutivos.

Essa conclusão se robustece com a observação – irrespondível – da Fazenda Nacional, às fls. 261-262, de que o referido documento não foi editado como um parecer prévio, tendo em vista que o referido Memo nº 01/2003 foi editado em 5 de outubro de 2003 (cf. fl. 88), enquanto os Laudos Constitutivos nºs 0123/2002 e 0124/

2002 o foram em 3 de outubro, como se vê às fls. 78 e 82, respectivamente.

Além disso, como reconhece a mesma decisão proferida na Suspensão de Segurança já referida (Suspensão de Segurança nº 6540-PE (2005.05.00.036438-1) que, como já se disse, se ajusta inteiramente à questão debatida nestes autos:

“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 (como já demonstrado no presente caso, acrescento). Conseqüentemente (*sic*), descaracteriza-se a força atribuída pelas requeridas ao opinativo derivado da consulta”⁸.

Em segundo lugar, se não houve um parecer prévio que houvesse orientado a concessão do benefício – como resultou demonstrado –, tampouco houve um pronunciamento prévio da Administração a respeito da interpretação do art. 1º da Medida Provisória nº 2.199-14/2001, e, em conseqüência, não houve uma modificação.

Não serve – absolutamente – para demonstrar essa alegada modificação de interpretação o parecer CONJURM/MI nº 1.756/2003, que, após examinar o referido dispositivo da referida Medida Provisória, em confronto com o que dispõe o Decreto nº 4.213/2002, concluiu:

“Interpretando em conjunto tais normas, podemos concluir efetivamente que o legislador autoriza o benefício *em debate* (grifo meu), mesmo após a

⁸ - Cf. p. 16 da decisão invocada.

extinção da SUDENE, mas apenas para aquelas empresas situadas nos municípios que compunham, quando da sua extinção, sua área de atuação (voltei a grifar).

E não serve porque, de um lado, a Consultoria Jurídica do Ministério da Integração Nacional estava se pronunciando sobre um tema que se encontrava em debate (basta conferir o grifo) e, portanto, era genérico. Tanto é esse o correto entendimento do documento que o referido consultor assinalou, anteriormente, que:

a) “em setembro de 2003 foi encaminhado à Inventariança da extinta Sudene, pela Presidente do Grupo de Trabalho criado pela Portaria nº 24, de 10.06.2002, consulta quanto à possibilidade de empresas com sede em municípios do Estado do Espírito Santo que não aquelas referidas na Lei nº 9.690/1998 se beneficiarem com o benefício de Redução de Imposto de Renda previsto na Lei nº 4.239/63” (cf. fl. 233);

b) “agora, o Sr. Diretor do Departamento de Gestão dos Fundos de Desenvolvimento Regional encaminha expediente à (sic) esta Consultoria Jurídica onde apresenta manifestação contrária ao entendimento exarado pelo órgão jurídico da inventariança e já por diversas vezes adotado, inclusive com endosso por parte da Receita Federal” (cf. fl. 233);

c) ocorre que – como explicou a Fazenda Nacional, à fl. 262 – a Inventariança Extrajudicial da extinta SUDENE, órgão que já não mais existe, estava hierarquicamente subordinada à Consultoria Jurídica do Ministério da Integração (CONJUMR-MI), de modo que o parecer deste último órgão – em forma também genérica, assinala-se – era o único parecer conclusivo que revelava a interpretação que a Administração dava ao referido dispositivo”.

Força concluir, portanto, que não houve mudanças de interpretação, no sentido de que se havia concedido um benefício fiscal em nome de um entendimento e, posteriormente, se o havia anulado em razão da simples modificação dele.

Houve um entendimento da Administração que se foi formado através dos órgãos consultivos, até ultimar-se, definitivamente, no órgão próprio, que vem a ser exatamente a Consultoria Jurídica

do Ministério da Integração Nacional (CONSULT/MI), o qual, por reconhecer que o benefício fiscal “já havia sido reconhecido, na mesma situação descrita em sua consulta (mas sempre sem parecer prévio do referido órgão, acresce-se), para 14 empresas, sendo que em 05 casos a manifestação da Inventariança da Sudene havia sido ratificada pela Receita Federal “ (cf. fl. 233), termina a manifestação por sugerir as seguintes providências:

“a) que a inventariança efetue imediatamente um levantamento de todos os laudos emitidos em favor de municípios não situados na área de atuação da SUDENE e comunique aos interessados a sua intenção de cancelá-los, *de modo que seja obedecido o princípio constitucional da ampla defesa* (o original não está grifado);

b) que se suspendam imediatamente todas as vitórias em curso bem como a emissão de laudos em favor de municípios do Estado do Espírito Santo que não aqueles enumerados no art. 1º da Lei nº 9.690/98;

c) que estas providências sejam comunicadas imediatamente à Receita Federal para que esta tome as providências que entender cabíveis;

d) cópias deste parecer devem ser encaminhadas ao Sr. Chefe de Gabinete e ao Sr. Inventariante da SUDENE”. (Cf. fl. 335)

Ao examinar, por fim, o último fundamento da decisão de primeiro grau ora impugnada – a decisão que anulara os autos constitutivos reconhecera ampla defesa à empresa –, concluo que nenhuma alegação foi feita a esse respeito pela referida empresa inicialmente favorecida com os referidos laudos. Mesmo nos argumentos que apresenta quando ouvida já agora no Agravo Regimental impetrado pela Agência de Desenvolvimento do Nordeste – ADENE – e Fazenda Nacional, nada se alega em respeito ao desatendimento da ampla defesa, pelo que tenho que esta lhe foi reconhecida, como – é imperioso ressaltar – lhe foi exaustivamente reconhecido no julgamento do presente Agravo.

Observe-se que na decisão proferida na Suspensão de Segu-

rança que jaz às fls. 442-463, que passa a integrar o presente voto, como fundamentos da decisão, mais precisamente às fls. 458-462, o seguinte escólio que, por se ajustar à questão ora sob exame, se transcreve, em toda sua inteireza:

“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** (negrito novo, como consta do original).

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, Franciscopólis, Frei Gaspar, Fronteira dos Vales, Itaipé, Itambacuri, Ladainha, Maxacalis, Nanuque, Novo Oriente de Minas, Ouro Verde de Minas, Pavão, Pescador, Pote, Santa Helena de Minas, Serra dos Aimorés, Setubinha, Teófilo Ottoni e Umburatiba, pertencentes a 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 recurso 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 êxodos e pesquisas destinadas à identificação de potencialidade e vulnerabilidade 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 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, que regrou a atuação da ADENE no tocante aos incentivos fiscais tratados na MP nº 2.199-14/2001 (destaques nos-
sos):

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 2.1999-14, 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 do 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 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, não podendo ser acolhida essa alegação de identidade para justificar o deferimento do benefício fiscal da MP nº 2.199-14/2001 (como a ora agravante o faz – acrescento eu –, ainda que embasada em parecer do eminente Hugo de Brito Machado, ex-integrante desta Corte, como se lê às fls. 24 e seguintes) 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** (os grifos, em negrito, são nossos. Cf. fls. 460).

De igual modo, não pode ser aceito o argumento de que a validade (e, aqui, insisto, está-se a demonstrar a ilegalidade da concessão do benefício constante dos referidos laudos, volto a observar) – 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 do 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 legis-

lador 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 05.10.2002, ao passo que todos os laudos constitutivos foram expedidos em março de 2003 (nos presentes autos os Laudos Constitutivos de nºs 0123/2002 e 124/2002 foram expedidos em 03 de outubro de 2002, cf. docs. de fls. 75/82). 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 da concessão da redução do Imposto de Renda foi também corroborada pela Consultoria Jurídica daquele Ministério, em contato telefônico (grifo do original) 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 nas informações fornecidas pelo próprio consulente, acerca da atuação da Receita Federal, decorrente essa, é bem provável, dos laudos constitutivos emitidos anteriormente à consulta. Consequentemente, descaracteriza-se a força atribuída pelas requeridas ao opinativo derivado da consulta. (O argumento – insisto eu em observar – se ajusta como uma luva a este voto porque – como aqui já demonstrado – os laudos foram expedidos antes do parecer e a inicial do presente agravo de instrumento, como se lê às fls. 11, também faz referência ao alegado contato telefônico e, do mesmo modo, ao também alegado posicionamento favorável da Receita Federal ao pleito de algumas empresas situadas ao sul do Estado do Espírito Santo).

Ademais – prossegue a decisão proferida na Suspensão da Segurança, cf. fls. 460 – é preciso consignar que não se desconhecem os precedentes sobre a inadmissibilidade de revogação de isenção na modalidade onerosa. Nesse sentido, quadra transcrever:

‘REsp 553093/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. SUDE-

NE. 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 remansa 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 a coisa julgada.” (REsp nº 198331/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 tricotar, também pode revogar as isenções. A isenção, interpretada restritivamente, adstrita a determinada finalidade de política-fiscal, 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 efeito⁹:*

“Com efeito, já se disse que, em Direito, o 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, 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.

⁹ - Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo. Malheiros, 2005, pp. 429-430. A nota de remissão – a seguir transcrita – foi feita no escólio que foi reproduzido, como se lê às fls. 461.

[...]

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 freqüência 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 (*tal qual a empresa Aracruz Celulose S/A, no presente agravo, observo eu*), 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 coexistir com relações jurídicas formadas ilicitamente. Onde, é dever seu recompor a legalidade ferida. Ora, tanto se recompõe a legalidade fulminando um ato viciado, quanto convalidando-o”¹⁰. Segue o doutrinador, que “não é repugnante ao Direito Administrativo a hipótese de convalidamento dos atos inválidos”, mas a convalidação, *fundada nos princí-*

¹⁰ - Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo. Malheiros, pp. 439-440. Nota transcrita no escólio acima reproduzido, às fls. 462.

pios 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”¹¹, (os grifos são meus). Não é o caso. As empresas requeridas não atendem ao pressuposto de localização geográfica à expedição 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”¹².

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 da 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 inciso III, do art. 3º, da CF/88.

Com essas considerações, defiro o pedido de sus-

¹¹ - *Idem, ibidem*, pp. 439-440. Novamente se faz referência à nota de pé de página do escólio transcrito, como se lê às mesmas fls. 462.

¹² - *Idem, ibidem*, p. 444. Fez-se igual referência à nota de pé de página do escólio transcrito, como se lê às mesmas fls. 462 destes autos.

pensão 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.”
(Cf. fls. 460-462).

Do que foi transcrito, faço um resumo dos fundamentos da decisão do Excelentíssimo Senhor Presidente desta Casa, na Suspensão da Segurança cujo escólio se transcreveu, inclusive com nossas notas explicativas, que passam a fazer parte integrante do presente voto:

a) a legalidade é o princípio maior regedor da atividade administrativa – considerada mesma como manifestação da cláusula *substantive due process of law*, como o reconhece Nelson Néry Júnior¹³;

b) segundo o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, transcrito ao longo da decisão: em face desse princípio da legalidade – em decorrência do que, segundo Ruy Cirne Lima, decorre a *relação de administração*¹⁴–, a Administração não poder conviver com relações jurídicas formadas ilicitamente. Onde, é dever seu recompor a legalidade ferida, o que opera através da recomposição, tanto com a fulminação do ato viciado, quanto de sua convalidação, entendimento consolidado na Súmula nº 473 do STF;

c) ainda segundo essa autoridade doutrinal, a convalidação se funda nos princípios da segurança e da boa-fé – exatamente os princípios invocados pela empresa Aracruz Celulose S/A, como se lê na inicial do presente recurso, mais precisamente a partir da fl. 44 quando traz à colação decisão do STJ – precisamente o REsp nº 6518/RJ, publicado no DJU de 16/09/1991, que teve como Rel. o Min. Humberto Gomes de Barros, como se lê à mesma fl. 44;

¹³ - Cf. “Princípios do Processo Civil na Constituição Federal”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, 3ª ed. revista e aumentada, p. 35.

¹⁴ - Cf. “Princípios de Direito Administrativo”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, 6ª ed., pp. 51 e s.

d) ocorre que, ainda segundo o mesmo magistério, a convalidação – lastreada nos princípios da segurança jurídica e da boa-fé – somente pode operar quando – no dizer preciso do administrativista – “o ato possa ser produzido validamente no presente”¹⁵ e, no caso destes autos, isso não acontece;

e) é que – como posto em resalto na decisão do douto Presidente e já se havia destacado no corpo deste voto – a referida empresa ora embargante – Aracruz Celulose S/A – não atende ao pressuposto de localização geográfica que permita a expedição dos laudos constitutivos anulados (em outras palavras: a empresa não se encontra sediada na área de abrangência da extinta SUDENE) e, portanto, não encontra fundamento de validade para a concessão do benefício fiscal, na forma da MP nº 2.199-14/2001, em razão do que, como também assinalado, “a repetição do ato não extirparia a ilegalidade de sua expedição”¹⁶; (...).

Logo, forçoso concluir que não houve a mudança de entendimento da Administração Pública (como alegado à fl. 17 da inicial deste recurso) e que não se pode manter os laudos constitutivos como válidos, em homenagem à pretensa boa-fé com que a mesma empresa teria agido, porque isso equivaleria a uma convalidação do ato.

E, segundo o magistério transcrito – que se adota nesta decisão –, isso somente poderia acontecer se houvesse elementos dos atos administrativos que se pretende convalidar – no caso os laudos constitutivos nºs 0123/2002 e nº 0124/2002 – que autorizassem essa convalidação, ou seja, tais atos pudessem ser novamente produzidos, no presente, de maneira válida e, como so-

¹⁵ - Citando-se, para isso, a obra “Curso de Direito Administrativo”, Ed. Malheiros, São Paulo, 18ª ed. revista e atualizada, pp. 439-440, cujo escólio se transcreveu às fls. 662 destes autos.

¹⁶ - Cf. fls. 462, que remete à nota 04 de pé de página, com referência à mesma obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, onde se transcreve o trecho: “... em que é racionalmente impossível a convalidação, pois, se o mesmo contudo (é dizer, o mesmo ato) fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior”, que se encontra às fls. 444 da mesma obra.

bejamente se demonstrou, isso não aconteceu: tais atos foram editados em processo administrativo onde não se encontra parecer prévio e a empresa não se encontra em área em que legalmente se concede o benefício fiscal reconhecido, na forma da MP nº 2.199-14/2001.

Por tais fundamentos, nego provimento ao agravo de instrumento e dou provimento aos agravos regimentais interpostos pela ADENE e Fazenda Nacional, revogando minha decisão anterior de fls. 132-135, para manter o ato de anulação dos Laudos Constitutivos nºs 0123/2001 e 0124/2002, inclusive no âmbito da Secretaria da Receita Federal.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 64.639-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OURÉM CAMPOS (CONVOCADO)
Agravante: NORDESTE SEGURANÇA DE VALORES LTDA.
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Repte.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDADE
Advs./Procs.: DRS. GUSTAVO DE FREITAS CAVALCANTI COSTA E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDEFERIMENTO DE EFEITO SUSPENSIVO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ELETRÔNICA DOS ATIVOS FINANCEIROS DA DEVEDORA. EXCEPCIONALIDADE OBSERVADA. DÍVIDA NÃO GARANTIDA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO.

- Agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos da Execução Fiscal nº 2005.83.00.003616-8, determinou a penhora eletrônica de ativos financeiros da empresa ora agravante, até o limite da dívida atualizada (R\$

**5.122.736,65), nos termos do art. 185-A do CTN⁵.
- A Medida Cautelar Fiscal n^o 2004.83.00.026949-3 não assegurou o crédito cobrado nesta Execução Fiscal, não se podendo dizer, portanto, que existe conexão a determinar a modificação da competência do MM. Juízo Federal da 11^a Vara/PE, em face da redistribuição da referida Cautelar para a 22^a Vara Federal/PE.**

- Consoante se encontra consignado na sentença proferida na Medida Cautelar Fiscal (fl. 176), o valor do patrimônio imobilizado da empresa é de apenas R\$ 9.723.835,60 (nove milhões, setecentos e vinte e três mil, oitocentos e trinta e cinco reais e sessenta centavos), segundo avaliação do INSS, que goza de presunção de veracidade ainda não infirmada. Destaque-se, também, que tal valor corresponde a menos de 10% do que o INSS diz ser a agravante devedora.

- O INSS aponta um suposto débito de R\$ 92.722.701,36 (noventa e dois milhões, setecentos e vinte e dois mil, setecentos e um reais e trinta e seis centavos). Sem embargo, na r. sentença também consta que o valor total das execuções já ajuizadas soma R\$ 60.931.470,05 (sessenta milhões, novecentos e trinta um mil, quatrocentos e setenta reais e cinco centavos).

- Segundo consta na r. decisão agravada, o Oficial de Justiça Avaliador certificou que não foram encontrados, no estabelecimento da agra-

⁵ Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, O JUIZ DETERMINARÁ A INDISPONIBILIDADE DE SEUS BENS E DIREITOS, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial". **(Grifei)**.

vante, bens suscetíveis de penhora, já que todos já se achavam penhorados em função da medida cautelar fiscal, que nada diz respeito a esta execução.

- A penhora sobre o faturamento, no percentual de 5%, levada a efeito pelo INSS, por solicitação da própria agravante, diz respeito à Ação de Execução Fiscal nº 2004.83.00.022658-5, não garantindo o crédito cobrado na presente execução de nº 2005.83.00.003616-8 (fls. 306/311).

- “(...), o sistema BACEN JUD agiliza a consecução dos fins da execução fiscal, porquanto permite ao juiz ter acesso à existência de dados do devedor, viabilizando a constrição patrimonial do art. 11 da Lei nº 6.830/80. Deveras, é uma forma de diligenciar acerca dos bens do devedor, sendo certo que, atividade empreendida pelo juízo e que, por si só, torna despiciendo imaginar-se um prévio pedido de quebra de sigilo, não só porque a medida é limitada, mas também porque é o próprio juízo que, em ativismo desejável, colabora para a rápida prestação da justiça.” (STJ, Primeira Turma, REsp nº 666.419/SC, Rel. Min. Luiz Fux, julg. em 14/06/2005, unânime, publ. DJU de 27/06/2005, pág. 247. Votaram com o Relator os Ministros Teori Albino Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão).

- Em sede de liminar em agravo de instrumento (AGTR nº 64.587/PB), o eminente Desembargador Petrucio Ferreira, da egrégia Segunda Turma deste Tribunal, fundamentou acerca do art. 185-A do CTN: “Pela inovação trazida, respeitados os prazos processuais pertinentes e preenchidos os requisitos legais (sucesso da citação, não pagamento e não oferecimento de bens à penhora e a não localização de bens penhoráveis), o juiz decretará a indisponibilidade daquilo que pertence ao devedor, até o valor do crédito cobrado”. (28/09/2005).

- No caso dos autos, a excepcionalidade da medida de penhora eletrônica se justifica pela inexistência de garantia ou pagamento do crédito cobrado, certificada pelo Oficial de Justiça, e pela exclusão dos bens dos sócios do rol dos bens indisponibilizados na referida Medida Cautelar Fiscal nº 2004.83.00.026949-3, determinada por esta Egrégia Primeira Turma, no julgamento do AGTR nº 60.641/PE.

- Conforme consta, ainda, na sentença proferida na cautelar fiscal (fls. 189/190), houve extinção de filiais da agravante, com a criação de novas empresas e filiais, com os mesmos sócios e idêntico objeto social, mesmos empregados, mesmo nome de fantasia e nos mesmos endereços anteriores, assumindo, as novéis pessoas jurídicas, os contratos com clientela já existente, tudo aliado à transferência gratuita de bens.

- A difícil situação financeira da agravante não decorre das medidas administrativas e judiciais contra ela movidas, sendo consequência da sua inadimplência.

- A egrégia Primeira Turma deste Tribunal já decidiu que “o princípio da menor onerosidade do devedor deve ser interpretado em consonância com os demais preceitos normativos que orientam o processo de execução, convindo destacar que o objetivo primordial deste processo é a satisfação do interesse do credor, em prol de quem são realizados os atos materiais de excussão”. (AGTR 61.718/PE, Rel. Des. Federal Francisco Wildo, julg. em 25/08/2005, unânime, publ. DJU 13/09/2005, pág. 541).

- Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo em agravo de instrumento, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da egrégia Primeira Tur-

ma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Recife, 20 de outubro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS (Convocado):

1. Cuida-se de agravo interposto contra a decisão indeferitória do pedido de liminar (fls. 210/223) formulado pela empresa Nordeste Segurança de Valores Ltda., em sede de agravo de instrumento manejado ante a decisão do MM. Juiz Federal da 11ª Varape, Sua Excelência Edvaldo Batista da Silva Júnior, proferida nos autos da Ação de Execução Fiscal nº 2005.83. 00.003616-8, movida pelo INSS.

2. A r. decisão objeto do agravo de instrumento da lavra do citado Magistrado encontra-se assim redigida, *in verbis*:

“Cuida-se de pedido formulado pelo INSS para que se decrete **a indisponibilidade dos bens e direitos da executada, nos moldes previstos no artigo 185-A do CTN.**

Voltam-me os autos conclusos.

*Compulsando os autos, observo que os **requisitos previstos no mencionado artigo estão preenchidos.** Com efeito, exige o art. 185-A do Código Tributário Nacional, para a determinação de indisponibilidade de bens e direitos do devedor tributário devidamente citado, não tenha pago ou oferecido bens à penhora no prazo legal e não tenham sido encontrados bens de sua propriedade suscetíveis de constrição judicial.*

In casu, conforme certificado pelo oficial de justiça de fl. 72-v, a qual merece fé pública, a em-

presa executada foi devidamente citada na pessoa do Senhor Advogado Marcos Emanuel Torres de Paiva, que, por sua vez, detinha poderes específicos para tanto. Citado está o devedor.

*Além disso, **inexiste comprovação nos autos da realização do pagamento ou do oferecimento de bens à penhora por parte do devedor. Por fim, saliento que o afirmado na referida certidão de fls. 72-v preenche o último dos pressupostos previstos no artigo 185-A, na medida em que **não foram encontrados, no estabelecimento da parte devedora, bens suscetíveis de penhora.*****

Tendo em vista o fato de que o Poder Judiciário não pode se compadecer com a ineficácia da demanda executiva, mormente em casos em que estejam em jogo cifras elevadas, bem como a circunstância de que, consoante o artigo 11 da Lei nº 6.830/80, o dinheiro prefere aos bens imóveis, **DEFIRO o pedido** da autarquia previdenciária para determinar, com espeque no disposto no artigo 185-A da Lei nº 5.172/66, na redação dada pela Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005, em vigor desde o dia 09 de junho de 2005 (cf. *vacatio legis* determinada pelo artigo 4º da referida Lei Complementar), a finalidade de dar cumprimento à **indisponibilidade patrimonial ordenada por meio do despacho citatório, até o limite da dívida atualizada**". (Fls. 51/52 - *grifos nossos*).

3. A agravante insurge-se contra a mencionada decisão de fls. 210/223, argumentando, em síntese:

3.1) que os créditos executados se encontram garantidos por penhora sobre o faturamento da empresa, nos termos de acordo firmado com o INSS e comunicado ao Juízo *a quo* através da petição de fls. 308/311;

3.2) que o valor de R\$ 92.722.701,36 (noventa e dois milhões, setecentos e vinte e dois mil, setecentos e um reais e trinta e seis centavos) não se encontra ainda consolidado, não passando de

suposto débito, como reconhecido na r. decisão ora atacada;

3.3) que os bens objeto da Medida Cautelar Fiscal nº 2004.83.00.026949-3 podem valer muito mais do que os R\$ 9.723.835,60 (nove milhões, setecentos e vinte e três mil, oitocentos e trinta e cinco reais e sessenta centavos), já que ainda não foram objeto de avaliação por perito judicial;

3.4) que o Juízo da 11ª Vara/PE é absolutamente incompetente para processar e julgar o feito, considerando-se que a Medida Cautelar Fiscal nº 2004.83.00.026949-3, da qual, segundo alega, a Execução Fiscal, na qual foi proferida a decisão ora agravada (2005.83.00.003616-8), é conexa, fora redistribuída para a 22ª Vara Federal/PE, por força no disposto no § 1º do art. 3º da Resolução nº 31, de 06/07/2005¹, deste Tribunal, devendo este último processo, segundo entende, também ser redistribuído, inclusive por força do que dispõe o art. 14 da Lei nº 8.397/92²;

3.5) não se encontrarem preenchidos os requisitos para o bloqueio de ativos, na forma do art. 185-A do CTN, porque, de acordo com o que entende, os bens indisponibilizados na referida medida cautelar fiscal já garantem o débito exequendo, porquanto o INSS teria requerido a constrição de bens suficientes para a garantia de todos os débitos da empresa para com ele, o que incluiria o débito objeto da execução fiscal ora em discussão, sendo, em seu julgamento, equivocada a certidão do Oficial de Justiça mencionada na r. decisão agravada;

3.6) a cumulação da indisponibilidade de todos os seus bens com a penhora sobre o faturamento e a negativa de CND seria inadmissível, podendo comprometer o pagamento de salários de 1.432 (mil quatrocentos e trinta e dois) empregados, e levando a

¹ “Art. 3º. A 22ª Vara Federal terá competência concorrente com a 11ª Vara Federal para as execuções fiscais.

§1º. Os feitos em tramitação, inclusive os suspensos, na 11ª Vara Federal, com terminação ímpar, serão redistribuídos, no prazo de 60 (sessenta dias) da implantação autorizada no art. 1º desta Resolução, observadas as vinculações legais.”

² “Art. 14. Os autos do procedimento cautelar fiscal serão apensados aos do processo de execução judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública.”

empresa a uma situação de falência;

3.7) não ter sido intimada para falar sobre o pedido de bloqueio liminar de seus ativos;

3.8) que o bloqueio de suas contas bancárias viola o art. 620 do CPC³;

3.9) que a inovação legislativa imposta no art. 185-A do CTN não se coaduna com o princípio da isonomia, constituindo-se em “*verdadeira penhora da empresa*” e violação ao princípio da inafastabilidade do Judiciário (CF, art. XXXV⁴);

3.10) a manutenção da decisão agravada poderá levar a empresa à falência, representando o desemprego de centenas de funcionários, e ao encerramento das suas atividades.

4. O ilustre Juiz Federal Edvaldo Batista da Silva Júnior, instado para tanto, prestou as informações de fls. 224/225, nas quais afirma que proferiu nova decisão, mantendo a decisão objeto do agravo de instrumento em sua integralidade.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS (Relator Convocado):

Ao proferir a decisão de fls. 210/223, ora agravada, assim me manifestei:

“De início, destaco que a Ação Cautelar nº 2004.83.00.026949-3, de acordo com a sentença de fls. 176/199, foi ajuizada pelo INSS, **incidentalmente**, às Execuções Fiscais de nºs 2004.83.00.020479-6, 2004.83.00.020480-2, 2004.83.00.020703-7, 2004.83.00.020704-9, 2004.83.00.020708-6, 2004.83.00.020709-8, 2004.83.00.021857-6,

³ “Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso ao devedor”.

⁴ “(...)”.

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

2004.83.00.021858-8, 2004.83.00.021859-0, 2004.83.00.021855-2, 2004.83.00.020481-4, 2004.83.00.020482-6, 2004.83.00.020706-2, 2004.83.00.020707-4, 2004.83.00.020705-0, 2004.83.00.021856-4, 2004.83.00.022295-6, 2004.83.00.022296-8, 2004.83.00.022297-0, 2004.83.00.022433-3, 2004.83.00.022434-5, 2004.83.00.022298-1, 2004.83.00.022658-5.

Como se observa, a medida cautelar fiscal **não assegurou o crédito** cobrado na Execução Fiscal nº 2005.83.00.003616-8, na qual foi proferida a decisão ora agravada, não se podendo dizer, portanto, que existe conexão a determinar a modificação da competência do MM. Juízo Federal da 11ª Vara/PE, em face da redistribuição da referida Cautelar nº 2004.83.00.026949-3 para a 22ª Vara Federal/PE.

Destaque-se, ademais, que os bens indisponibilizados na referida medida cautelar são de todo **insuficientes** para garantir o crédito cobrado na mencionada execução fiscal.

Com efeito, consoante se encontra consignado na referida sentença (fl. 176), o valor do patrimônio imobilizado da empresa é de apenas R\$ 9.723.835,60 (nove milhões, setecentos e vinte e três mil, oitocentos e trinta e cinco reais e sessenta centavos), para um suposto débito de R\$ 92.722.701,36 (noventa e dois milhões, setecentos e vinte e dois mil, setecentos e um reais e trinta e seis centavos). Na r. sentença também consta que o valor total das execuções retroenumeradas soma R\$ 60.931.470,05 (sessenta milhões, novecentos e trinta um mil, quatrocentos e setenta reais e cinco centavos).

O patrimônio que já se encontra indisponível, assim, só é suficiente para garantir aproximadamente 10% (dez por cento) do valor da dívida afirmada pelo INSS, não se podendo dizer que o débito objeto da Ação de Execução Fiscal nº 2005.83.00.003616-8, que totaliza R\$ 5.122.736,65 (cinco milhões, cento e vinte e dois mil, setecentos e trinta e seis reais e sessenta e cinco centavos), encontra-se garantido na ação cautelar retro mencionada.

Por sua vez, o artigo 185-A do CTN, com a redação dada pela Lei Complementar nº 118/2005, assim estabelece:

'Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, O JUIZ DETERMINARÁ A INDISPONIBILIDADE DE SEUS BENS E DIREITOS, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial'. (Grifei).

No caso, de acordo com o que consta na r. decisão agravada, estão presentes os requisitos para a indisponibilização judicial dos bens e direitos da agravante, conforme esclarece o seguinte excerto daquele *decisum*:

'(...).

In casu, conforme certificado pelo oficial de justiça de fl. 72-v, a qual merece fé pública, a empresa executada foi devidamente citada, na pessoa do Senhor Advogado Marcos Emanuel Torres de Paiva, que, por sua vez, detinha poderes específicos para tanto. Citado está o devedor.

*Além disso, **inexiste comprovação nos autos da realização do pagamento ou do oferecimento de bens à penhora por parte do devedor. Por fim, saliento que o afirmado na referida certidão de fls. 72-v preenche o último dos pressupostos previstos no artigo 185-A, na medida em que **não foram encontrados, no estabelecimento da parte devedora, bens suscetíveis de penhora.*****

(...)' (Fls. 51/52).

A respeito da legitimidade da penhora eletrônica dos saldos de contas bancárias, permito-me transcrever o seguinte precedente do colendo **Superior Tribunal de Justiça**:

'RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. SIGILO BANCÁRIO. SISTEMA BACEN JUD.

(...).

3. A regra é a de que a quebra do sigilo bancário em execução fiscal pressupõe que a Fazenda credora tenha esgotado todos os meios de obtenção de informações sobre a existência de bens do devedor e que as diligências restaram infrutíferas, porquanto é assente na Corte que o juiz da execução fiscal só deve deferir pedido de expedição de ofício à Receita Federal e ao BACEN após o exequente comprovar não ter logrado êxito em suas tentativas de obter as informações sobre o executado e seus bens.

4. Precedentes: RESP 282.717/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 11/12/2000 RESP 206.963/ES, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 28/06/1999, RESP 204.329/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19/06/2000, RESP 251.121/SP, Min. Nancy Andrighi, DJ de 26.03.2001.

5. Todavia, o sistema BACEN JUD agiliza a consecução dos fins da execução fiscal, porquanto permite ao juiz ter acesso à existência de dados do devedor, viabilizando a constrição patrimonial do art. 11 da Lei nº 6.830/80. Deveras, é uma forma de diligenciar acerca dos bens do devedor, sendo certo que, atividade empreendida pelo juízo e que, por si só, torna despiciendo imaginar-se um prévio pedido de quebra de sigilo, não só porque a medida é limitada, mas também porque é o próprio juízo que, em ativismo desejável, colabora para a rápida prestação da justiça.

7. Destarte, a iniciativa judicial, in casu, conspira a favor da ratio essendi do convênio. Acaso a constrição implique em impenhorabilidade, caberá ao executado opor-se pela via própria em juízo.

8. Recurso Especial provido'. (STJ, Primeira Turma, REsp nº 666.419/SC, Rel. Min. Luiz Fux, julg. em

14/06/2005, unânime, publ. DJU de 27/06/2005, pág. 247).

Ao proferir o seu voto, assim se manifestou o eminente Relator, Sua Excelência o Ministro Luiz Fux, acompanhado dos Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão:

(...).

No que pertine à apontada violação aos arts. 11 da Lei 6.830/80 e 38, § 1º, da Lei nº 4.595/64, verifica-se que foi atendido o requisito do prequestionamento, porquanto a matéria de mérito recursal – sigilo bancário – foi debatida no acórdão recorrido, o que autoriza o conhecimento do presente recurso especial.

Com efeito, dispõem os artigos supostamente violados:

“Art. 38 da Lei 4.595/64 – As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.”

“Art. 11 da Lei 6.830/80 – A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem.”

Deveras, é cediço que a garantia do sigilo bancário não é absoluta, consoante se verifica na própria legislação vigente. Todavia, a quebra do sigilo bancário, perseguida pela Fazenda Pública, é medida excepcional que depende da presença de relevantes motivos.

A própria Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, autoriza a quebra do sigilo pelo Poder Judiciário, ou ainda pelas autoridades administrativas fazendárias, nas hipóteses em que presente manifesto interesse público (art. 3º, § 3º). Por seu turno, o STJ assentou o entendimento de que somente é possível, por parte do Juízo da Execução, a expedição de ofício ao Banco Central do Brasil visando à quebra de sigilo bancário do executado, na hipótese em que a Fazenda credora comprova que esgotou todos os meios de obtenção de

informações sobre a existência de bens do devedor e que estas diligências foram infrutíferas.

Confira, abaixo, os arestos colacionados:

'PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. EXCLUSÃO DE MULTA. SÚMULA Nº 98 DO STJ. EXECUÇÃO FISCAL. INFORMAÇÕES SOBRE BENS A SEREM PENHORADOS. REQUISIÇÃO. (...)

O juiz da execução fiscal só deve deferir o pedido de expedição de ofício à Receita Federal, ao Banco Central e às demais instituições detentoras de informações sigilosas sobre o executado após a exeqüente comprovar não ter logrado êxito em suas tentativas de obtê-las para encontrar o executado e seus bens.

Recurso parcialmente provido'. (REsp 282.717/SP, Rel Min. Garcia Vieira, DJ 11/12/2000).

'PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INFORMAÇÕES SOBRE BENS A SEREM PENHORADOS. REQUISIÇÃO. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. IMPOSSIBILIDADE EM PROCESSO ADMINISTRATIVO.

- A obtenção de informações sobre a existência ou não de bens a serem penhorados é obrigação do exeqüente.

- O juiz da execução fiscal só deve deferir pedido de expedição de ofício à Receita Federal e ao BACEN após o exeqüente comprovar não ter logrado êxito em suas tentativas de obter as informações sobre o executado e seus bens.

- Recurso improvido'. (REsp nº 206.963/ES, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 28/06/1999)

'RECURSO ESPECIAL. ART. 105, III, a, CF. AJUIZAMENTO CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL MOVIDA CONTRA CONTRIBUINTE QUE ENCERROU IRREGULARMENTE SUAS ATIVIDA-

DES. NÃO LOCALIZAÇÃO DO ENDEREÇO E DE BENS DA EXECUTADA. CITAÇÃO DOS SÓCIOS. PRETENDIDA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA FEDERAL PARA OBTENÇÃO DE CÓPIA DA DECLARAÇÃO DE BENS DOS SÓCIOS DA EMPRESA EXECUTADA. NÃO PROVIMENTO AO RECURSO. ALEGADA VULNERAÇÃO AOS ARTS. 399 DO CPC, 198 DO CTN E 40 DA LEI Nº 6.830/80 - RECURSO NÃO CONHECIDO.

- A requisição judicial, em matéria deste jaez, apenas se justifica desde que haja intransponível barreira para a obtenção dos dados solicitados por meio da via extrajudicial e, bem assim, a demonstração inequívoca de que a exeqüente envidou esforços para tanto, o que se não deu na espécie, ou, pelo menos, não foi demonstrado.

- Falecendo demonstração cabal de que foram exauridas, sem êxito, as vias administrativas para obtenção de informações referentes aos bens dos sócios, não há demonstração de vulneração aos arts. 399 do CPC e 198 CTN, que conferem ao magistrado a possibilidade de requisitá-las.

- Não existindo bens a serem penhorados e nem demonstrado qualquer esforço da exeqüente em obter as informações acerca dos bens de outra forma, correta a suspensão temporária do processo com base no artigo 40 da Lei nº 6.830/80.

- A quebra do sigilo bancário (Lei nº 4.595/64), perseguida pela Fazenda Pública, é medida excepcional que depende da presença de relevantes motivos.

- Recurso não conhecido - Precedentes. Decisão unânime'. (REsp nº 204.329/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19/06/2000).

'EXECUÇÃO FISCAL. REQUISIÇÃO JUDICIAL DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. MOTIVO RELEVANTE INEXISTENTE. IMPOSSIBILIDADE.

- Informações sobre movimentação bancária só

devem ser expostas em casos de grande relevância para a prestação jurisdicional, consoante entendimento assentado na jurisprudência desta Colenda Corte.

- Agravo improvido'. (AgRg no REsp nº 251.121/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ de 26/03/2001).

No caso dos autos, restou consignado no voto condutor do acórdão recorrido que “o convênio firmado entre o BACEN e o CJF (BACEN JUD) apenas visa facilitar o acesso aos dados, quando a quebra do sigilo é autorizada, sendo que as hipóteses estão taxativamente disciplinadas na LC 105 (art. 1º, § 4º, art. 3º e art. 6º). Descobrir bens penhoráveis não constitui motivo para autorizar a quebra do sigilo bancário. Essa foi opção política do legislador ao formular a regra. Dessa maneira, não se haverá de lançar mão do convênio BACEN JUD, ignorando-se os limites impostos pela LC 105, o que até pode tipificar o crime do art. 10 da lei em questão”.

Entendeu, portanto, o Tribunal de origem que o sistema BACEN JUD, por si só, não possibilita a quebra do sigilo bancário, significando, apenas, um sistema de solicitação de informações via Internet, de forma a imprimir celeridade e economia à tramitação das ordens judiciais, pressupondo, portanto, que a quebra já foi autorizada judicialmente.

Com efeito, trata o sistema BACEN JUD de convênio firmado entre o Banco Central do Brasil e o Conselho da Justiça Federal, por meio do qual é facultado o acesso, via Internet, a dados relativos a correntistas e suas aplicações financeiras. Referido sistema funciona da seguinte forma: o juiz de direito, de posse de uma senha previamente cadastrada, preenche um formulário na Internet, solicitando as informações necessárias ao processo. O BACEN JUD, então, repassa automaticamente as ordens judiciais para os ban-

cos, diminuindo o tempo de tramitação, ou seja, facilita o trâmite dos pedidos judiciais de quebra do sigilo bancário de clientes do Sistema Financeiro Nacional.

Dessa forma, o sistema BACEN JUD agiliza a consecução dos fins da execução fiscal, porquanto permite ao juiz ter acesso à existência de dados do devedor, viabilizando a constrição patrimonial do art. 11 da Lei nº 6.830/80. Deveras, é uma forma de diligenciar acerca dos bens do devedor, sendo certo que, atividade empreendida pelo juízo e que, por si só, torna despiciendo imaginar-se um prévio pedido de quebra de sigilo, não só porque a medida é limitada, mas também porque é o próprio juízo que, em ativismo desejável, colabora para a rápida prestação da justiça.

Destarte, a iniciativa judicial, in casu, conspira a favor da ratio essendi do convênio. Acaso a constrição implique em impenhorabilidade, caberá ao executado opor-se pela via própria em juízo.

Com estas considerações, dou provimento ao recurso especial.'

No âmbito **deste egrégio Tribunal Regional Federal**, a matéria foi objeto de recente apreciação (**28/09/2005**), quando do deferimento da medida liminar requerida pela Fazenda Nacional, nos autos do **Agravo de Instrumento nº 64.587/PB**, da Relatoria do eminente Desembargador Federal Petrucio Ferreira, que assim decidiu:

'Cuida-se de agravo de instrumento contra decisão do MM. Juiz Federal Gledison Marques Fernandes, da 8ª Vara/PB, que, na Execução Fiscal nº 2004.82.02002162-0, indeferiu o pedido da União para utilização do sistema BACEN JUD, do Banco Central do Brasil, com a finalidade de dar cumprimento à indisponibilidade patrimonial das contas bancárias da indústria agravada, nos termos do art. 185-A da Lei nº 5.172/66 com a alte-

ração dada pela Lei Complementar nº 118/05.

*Requerida a concessão de efeito suspensivo, cum-
pre analisar a presença de seus requisitos autoriza-
dores.*

Dos autos denota-se que a agravada é devedora da Fazenda Nacional de cifra aproximada de R\$ 541.988,33(quinhetos e quarenta e um mil, novecentos e oitenta e oito reais e trinta e três centavos), tendo sido instaurada a competente ação de execução fiscal para cobrança do referido débito.

Inicialmente, citada para quitar o débito ou nomear bens à penhora e, não o tendo feito, certificou o oficial de justiça, fl. 67 verso, o insucesso na localização de bens pertencentes à indústria executada passíveis de efetivação da penhora, inclusive com consultas ao Cartório de Registro de Imóveis e ao RENAVAL.

Malgrado a tentativa de busca de bens pelo oficial de justiça, alega a Fazenda Nacional ter realizado consultas aos órgãos oficiais, cujo resultado negativo colacionou aos autos, com o fito de embasar o convencimento do magistrado de primeiro grau para deferimento do pedido de penhora on line.

Em suas razões, reforça a Fazenda Nacional o dever legal do devedor de indicar bens livres e desembaraçados, aptos à constrição judicial.

O MM. Juiz a quo, ao indeferir o pleito vergastado, o fez sob o fundamento da necessidade de se esgotarem os meios para a localização de bens penhoráveis, acrescentando que a certidão do oficial de justiça de que não há bens do executado não é suficiente para o embasamento da medida constritiva.

Prima facie, aponte-se que a Lei Complementar nº 118/05 trouxe algumas alterações no campo do direito tributário e na disciplina das execuções fiscais, donde se destaca a inovação conti-

da no art. 185-A, revelando-se como instrumento no sentido de tornar mais efetivos os executivos.

O art.185-A, recentemente incluído no Código Tributário, assim dispõe:

“Art.185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.”

Pela inovação trazida, respeitados os prazos processuais pertinentes e preenchidos os requisitos legais (sucesso da citação, não pagamento e não oferecimento de bens à penhora e a não localização de bens penhoráveis), o juiz decretará a indisponibilidade daquilo que pertence ao devedor, até o valor do crédito cobrado.

Ora, com o advento da Lei Complementar nº 118/05, cujo objetivo foi trazer um mecanismo de imensa potencialidade, não mais fala-se em objeções à penhora em conta bancária do executado, como também não mais subsiste a necessidade de requerimento expresso ao Juiz da causa neste sentido. Mormente, diz o texto legal que o juiz “determinará a indisponibilidade”, não condicionando tal determinação ao pedido prévio da parte exequente.

Entretanto, por mostrar-se mecanismo de consequências graves (a determinação indiscriminada da indisponibilidade do patrimônio do executado pode, muitas vezes, levá-lo ao descum-

primento forçado de suas obrigações trabalhistas e patrimoniais, causando, inclusive, a impossibilidade de execução de suas atividades), e, considerando que a execução deve dar-se de forma menos gravosa para o devedor, resguardou a referida lei a possibilidade de defesa pelo executado ao condicionar a utilização do sistema BACEN JUD ao cumprimento rigoroso, escalonado e seqüencial de procedimentos (1º citação, 2º não pagamento, 3º não nomeação de bens à penhora, 4º não localização de bens penhoráveis) que, uma vez verificados, justificam o rastreamento eletrônico de recursos que satisfaçam o crédito executado.

In casu, revelam-se consubstanciadas todas as fases acima enumeradas. Ocorre que, validamente citada, silenciou a empresa executada, sem sequer garantir a satisfação do débito, seja pelo próprio pagamento, seja pela nomeação de bens constantes do seu patrimônio.

Acrescente-se o fato de que, por ocasião da penhora, certificou o Oficial de Justiça a ausência de bem penhorável, incumbindo-se de confirmar esta situação perante os cartórios e órgãos competentes, o que já satisfaz os requisitos expostos no dispositivo legal mencionado (art. 185-A, do CTN), necessários ao implemento da medida judicial constritiva, limitada ao quantum debeatur.

Tais observações as faço, para, identificando o fumus boni juris a embasar o pedido, conceder o efeito suspensivo ativo requerido, determinando-se a utilização do sistema BACEN JUD, limitando-se a penhora no valor do débito.'

Demais disso, segundo notícia divulgada no *site* da Justiça Federal na *Internet* (www.justicafederal.gov.br), no último dia 01/10/2005, o Superior Tribunal de Justiça, o Conselho da Justiça Federal e o Banco Central uniram esforços para operacionali-

zar o Sistema BACEN JUD, como forma de dar maior efetividade às decisões judiciais de indisponibilização de ativos financeiros depositados em bancos. Tal notícia encontra-se assim redigida:

‘(...).

O BACEN JUD é um sistema com aspectos de segurança e agilidade que viabiliza os pedidos judiciais de quebra de sigilo, de bloqueio e desbloqueio de contas e de solicitação de informações bancárias. Permite também a transferência de valores existentes em contas correntes, de investimento e de poupança, aplicações financeiras e outros ativos passíveis de bloqueio, seja de pessoa jurídica ou física. Pelo sistema, acessando um *site* restrito na internet mediante senha criptografada, o juiz pode encaminhar as solicitações ao Banco Central.

(...).

Com essa nova versão do BACEN JUD, todo o trâmite de informações ocorre de forma automatizada, permitindo maior controle da verificação do cumprimento das ordens judiciais por parte dos bancos. Haverá, inclusive, um módulo específico para o controle gerencial por parte das corregedorias dos tribunais. **É possível a transferência de valores bloqueados para contas judiciais, o que pode ser feito de forma muito mais ágil, já que o sistema é programado para efetuar-la em até 48 horas**, contadas da solicitação do bloqueio da conta pelo juiz até a transferência definitiva de valores.

(...).’

Assim, não identifico, *prima facie*, a inconstitucionalidade da penhora sobre ativos financeiros depositados em bancos, prevista no artigo 185-A, desde que seja utilizada como medida excepcional, nos termos dos precedentes retrotranscritos.

De fato, no caso dos autos, entendo presente a situação excepcional a justificar a adoção da penhora eletrônica de saldos bancários da agravante.

EM CONCLUSÃO:

Encontra-se demonstrado nos autos que a dívida exequenda totaliza R\$ 5.122.736,65 (cinco milhões, cento e vinte e dois mil, setecentos e trinta e seis reais e sessenta e cinco centavos), não se encontrando garantida; que o INSS afirma que a agravante deve R\$ 92.722.701,36 (noventa e dois milhões, setecentos e vinte e dois mil, setecentos e um reais e trinta e seis centavos), dos quais R\$ 60.931.470,05 (sessenta milhões, novecentos e trinta um mil, quatrocentos e setenta reais e cinco centavos) já se encontram em execução; a medida cautelar fiscal somente logrou indisponibilizar R\$ 9.723.835,60 (nove milhões, setecentos e vinte e três mil, oitocentos e trinta e cinco reais e sessenta centavos), referentes ao valor do ativo imobilizado da empresa, insuficientes para garantir sequer 10% (dez por cento) do valor do débito.

Em adição, segundo consta na r. decisão agravada, **o Oficial de Justiça Avaliador certificou que não foram encontrados, no estabelecimento da agravante, bens suscetíveis de penhora, já que todos já se achavam penhorados em função da ação cautelar multicitada.** Tal certidão, ao contrário do que afirma a agravante, com o devido respeito, não está equivocada, já que, como visto, **os bens penhorados na cautelar não são suficientes para garantir o débito fiscal.**

Assim, o débito cobrado na Ação de Execução Fiscal nº 2005.83.00.003616-8, que totaliza R\$ 5.122.736,65 (cinco milhões, cento e vinte e dois mil, setecentos e trinta e seis reais e sessenta e cinco centavos), respeitosa vênua, não está garantido.

Destaque-se que a egrégia Primeira Turma deste Tribunal, ao apreciar o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 60.641/PE, interposto pelos sócios da ora agravante contra a decisão monocrática

que determinara a indisponibilidade dos bens da empresa e de seus sócios, assim decidiu:

'(...)

*6. Ainda que se configure alguma das hipóteses autorizadoras à medida cautelar fiscal, **a decretação da indisponibilidade de bens restringir-se-á ao patrimônio da sociedade, não sendo possível a extensão da medida aos sócios cotistas, se estes não participaram da gestão da empresa e se inexistir prova da prática de atos abusivos ou com infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos.***

7. Agravo Regimental provido, para, atribuindo efeito suspensivo ao agravo de instrumento, determinar a limitação da indisponibilidade aos bens da empresa'. (Rel. Des. Federal Élio Siqueira (convocado), julg. em 14/04/2005, publ. DJU 05/05/2005).

Ou seja, **o débito exequendo tampouco se encontra garantido pelos bens dos sócios.**

De resto, valho-me também da r. sentença proferida na Ação Cautelar nº 2004.83.00.026949-3, da lavra do Exmo. Sr. Dr. Edvaldo Batista, para reforçar a **excepcionalidade** da medida constritiva que ora se impugna, transcrevendo, para tanto, o seu seguinte trecho:

'(...).

A extinção de filiais da requerida, com a concomitante criação de novas empresas e filiais na região Nordeste, com os mesmos sócios e idêntico objeto social, os mesmos empregados, o mesmo nome de fantasia e nos mesmos endereços anteriores, passando a assumirem essas novéis pessoas jurídicas os contratos com clientela já existente e que era da requerida, tudo isso aliado à transferência gratuita de bens, no caso armas e veículos, pareceram caracterizar a hipótese delineada pelo art. 2º, V, b, da Lei nº 8.397, ou seja, o devedor, para fugir à responsabilidade patrimonial que faz o processo executivo alcançar

o seu objetivo (art. 591 do CPC), disfarçadamente, procura se livrar de bens, pondo-os em nome “de terceiros”, todavia continuando o seu negócio num grupo econômico de fato, a que se reporta o art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91, para firmar a solidariedade passiva de todas as empresas dele integrantes no que diz respeito às obrigações previdenciárias’. (Fls. 189/190).

A existência de situação absolutamente excepcional, ao meu sentir, justifica a utilização da medida extrema da penhora eletrônica das contas da empresa ora agravante, como única forma de garantir a execução.

Não há qualquer violação ao contraditório, porquanto, por óbvio, a medida constritiva deve ser deferida sem a oitiva da parte contrária, sob pena de tornar-se absolutamente inócua. O acesso ao Judiciário, por seu turno, encontra-se garantido, na medida em que o artigo 185-A do CTN não veda, e nem poderia vedar, que o bloqueio de contas possa ser objeto de impugnação judicial.

Entendo, ainda, que a difícil situação financeira da agravada não decorre das medidas judiciais e administrativas contra ela movidas, sendo estas meras conseqüências da inadimplência tributária da empresa.

Por fim, destaque-se que a penhora das contas bancárias da agravante não viola o princípio da menor onerosidade da execução, considerando-se que tal medida configura-se como a única possível na situação concreta.

Nesse sentido, a egrégia Primeira Turma deste Tribunal já decidiu que ***‘o princípio da menor onerosidade do devedor deve ser interpretado em consonância com os demais preceitos normativos que orientam o processo de execução, convindo destacar que o objetivo primordial deste processo é a satisfação do interesse do credor, em***

prol de quem são realizados os atos materiais de excussão. (AGTR 61.718/PE, Rel. Des. Federal Francisco Wildo, julg. em 25/08/2005, unânime, publ. DJU 13/09/2005, pág. 541).

Não vislumbrando, pois, qualquer razão para suspensão liminar da decisão agravada, **nego o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.**”

Com a devida vênia, considero que os argumentos utilizados pela ora agravante para impugnar a decisão retrotranscrita não são suficientes para deferir o pedido de efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento.

Com efeito, se é certo que o valor de R\$ 92.722.701,36 (noventa e dois milhões, setecentos e vinte e dois mil, setecentos e um reais e trinta e seis centavos) *não se encontra ainda consolidado, não passando de suposto débito*, como afirma a parte agravante, não há dúvida nos autos de que o valor do débito efetivamente em fase de execução soma R\$ 60.931.470,05 (sessenta milhões, novecentos e trinta e um mil, quatrocentos e setenta reais e cinco centavos), valor muito superior ao efetivamente garantido na Medida Cautelar Fiscal nº 2004.83.00.026949-3 (R\$ 9.723.835,60 - nove milhões, setecentos e vinte e três mil, oitocentos e trinta e cinco reais e sessenta centavos).

Por seu turno, a avaliação dos bens efetivamente bloqueados na mencionada medida cautelar fiscal, levada a efeito pelo INSS, goza de presunção de legitimidade, que não foi, em nenhum momento, infirmada pela agravante, que se limita a dizer que tal avaliação ainda não foi objeto de perícia judicial.

Destaco, ainda, que o acordo firmado entre a agravante e o INSS (fls. 306/311), em que foi assegurada a penhora de parte do faturamento (5%), diz respeito à Ação de Execução Fiscal nº 2004.83.00.022658-5, não se podendo dizer que a penhora tenha garantido a Execução Fiscal em que foi prolatada a decisão objeto do presente agravo de instrumento.

Por fim, com o devido respeito de que são merecedores os argumentos da agravante, entendo que deve ser mantida a deci-

são indeferitória do efeito suspensivo, por seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 324.414-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Apelante: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Apelada: MARIA MADALENA DE ARAÚJO XAVIER
Repte.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDADE
Advs./Procs.: DRS. RAULINO SALES SOBRINHO E OUTRO (APDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADO. TRANSFORMAÇÃO DOS CARGOS EFETIVOS DO IBAMA. L. 10.410/02, ART. 1º, § 1º. DEC. 4.293/02, ANEXO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. CF, ART. 37, CAPUT. VEDAÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO ENTRE SERVIDORES PÚBLICOS ATIVOS E APOSENTADOS. CF, ART. 40, § 8º. L. 8.112/90, ART. 189, PARÁGRAFO ÚNICO. ENQUADRAMENTO NA CARREIRA. L. 10.4672/02, ART. 1º. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. CF, ART. 37, CAPUT. AUMENTO DE REMUNERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA. CF, ART. 37, X. DIREITO ADQUIRIDO AO NÍVEL EQUIVALENTE AO QUE OCUPAVA NA CARREIRA ANTERIOR. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. DESPESAS DO PROCESSO E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS COMPENSADOS. CPC, ART. 21, CAPUT.

- A L. 10.410/02, ao criar a Carreira de Especialista em Meio Ambiente, transformou os cargos efetivos então integrantes do quadro de pessoal do IBAMA, conforme o art. 1º, § 1º. O Dec. 4.293/02, trouxe, em seu Anexo, a correspondência entre os cargos integrantes da Carreira de Especialista em Meio Ambiente e os cargos do IBAMA transformados pela L. 10.410/02, estabelecendo que o cargo de Agente de Portaria transformara-se no de Técnico Administrativo.

- Em relação à apelada, tal transformação não ocorreu, o que vai de encontro ao princípio da legalidade estrita (CF, art. 37, caput) e à vedação de discriminação entre os servidores públicos ativos e os aposentados contida no § 8º do art. 40 da CF e no parágrafo único do art. 189 da L. 8.112/90. O cargo da apelada deve ser transformado de Agente Administrativo para Técnico Administrativo.

- Em respeito ao mesmo princípio da legalidade estrita, a apelada não faz jus a se enquadrar no nível equivalente ao que ocupava na carreira anterior, com o recebimento de aumento de remuneração.

- A alteração da situação funcional da apelada decorreu de lei, sendo que a L. 10.472/02 dispôs que o servidor ocupante de cargo efetivo transformado pela L. 10.410/02 seria enquadrado na classe e padrão do respectivo cargo da Carreira de Especialista em Meio Ambiente de acordo com os vencimentos do cargo originário.

- O objetivo da legislação tratada não foi conceder aumento de remuneração a qualquer servidor público, mas criar e disciplinar a Carreira de Especialista em Meio Ambiente. Para que haja aumento de remuneração do servidor público, a Constituição exige lei específica (CF, art. 37, X).

- Não há, in casu, direito adquirido do servidor público de ser enquadrado em determinado ní-

vel da carreira a ser respeitado frente ao poder do Estado de alterar a estrutura dos quadros de pessoal da Administração Pública. O servidor público estatutário não tem direito de permanecer sob determinadas regras funcionais, mudando o interesse público, alteram-se aquelas regras, sem que a isso o servidor possa se opor; por isso, o servidor público estatutário não adquire direito a regime jurídico. Precedentes do STF e do STJ.

- A apelada não comprova, nem sequer alega, que sofreu redução remuneratória.

- Sucumbência recíproca. Despesas do processo e honorários advocatícios compensados entre as partes.

- Apelação a que se dá provimento em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, dar provimento, em parte, à apelação, nos termos do voto do Relator.

Recife, 13 de dezembro 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 Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA interpôs a presente apelação, em face da servidora pública aposentada Maria Madalena de Araújo Xavier, atacando a sentença que o condenou a transformar o cargo da apelada no de Técnico Administrativo da carreira de Especialista de Meio

Ambiente, instituída pela Lei nº 10.410/02, art. 1º, e a enquadrá-la no nível equivalente ao que ocupava na carreira anterior (final da carreira), procedendo ao pagamento das conseqüentes diferenças remuneratórias.

Aduziu que a Lei nº 4.293/02, ao determinar que os servidores do IBAMA alcançados pelo art. 1º da Lei nº 10.410/02 seriam posicionados nas Tabelas de Vencimentos constantes dos Anexos constantes desta mesma lei em Classes e Padrões com vencimento igual ou imediatamente superior aos vencimentos dos cargos originários, não causou redução de vencimentos, tampouco possibilitou a concessão de qualquer vantagem aos servidores diferenciando-os dos inativos. Por fim, alegou que a Administração, ao praticar seus atos, deve pautar-se no princípio da legalidade estrita e observou que a r. sentença está em desacordo com o caso concreto, posto que adotou, como fundamentação, decisões que tratam de retificação na investidura de cargo e de supressão de vantagens. Requereu a reforma da decisão impugnada, com a inversão dos ônus sucumbenciais; ou, não sendo provido o recurso, a emissão de juízo explicitado acerca da referida desconformidade entre a sentença e o caso concreto.

Nas contra-razões, a apelada ressaltou que ajuizou a ação visando a garantir a transformação de seu cargo e a sua classificação remuneratória em igualdade de condições com as que desfruta na carreira atual, realmente não se tratando a lide de retificação de investidura no cargo, nem de supressão de vantagens. A seguir, defendeu que o seu direito se encontra assegurado pelos princípios da legalidade, não discriminação entre os servidores públicos ativos e os aposentados e da segurança jurídica no que pertine ao direito adquirido; e pugnou pela confirmação da sentença em toda a sua amplitude.

É o relatório.

VOTO

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

A autora, ora apelada, servidora pública aposentada do IBAMA, pretende, com fulcro nos arts. 1º da Lei nº 10.410/02 c/c o

princípio da legalidade (CF, art. 37, *caput*) e a vedação de discriminação entre os servidores públicos ativos e os aposentados contida no § 8º do art. 40 da Constituição e no parágrafo único do art. 189 da Lei nº 8.112/90, a transformação do seu cargo de Agente de Portaria no de Técnico Administrativo da Carreira de Especialista em Meio Ambiente e, invocando o princípio da segurança jurídica no que pertine ao direito adquirido (CF, art. 5º, XVIII), o seu enquadramento no final da carreira, nível equivalente ao que ocupava na carreira anterior, aliando-se o pagamento das conseqüentes diferenças remuneratórias.

A Lei nº 10.410, de 11 de janeiro de 2002, ao criar a Carreira de Especialista em Meio Ambiente, transformou os cargos de provimento efetivo então integrantes do quadro de pessoal do IBAMA nos cargos de Analista Ambiental, Analista Administrativo, Técnico Ambiental, Técnico Administrativo e Auxiliar Administrativo, deixando a cargo de posterior regulamento a definição da correlação entre estes cargos e aqueles transformados, conforme o art. 1º a seguir:

“Art. 1º Fica criada a Carreira de Especialista em Meio Ambiente, composta pelos cargos de Gestor Ambiental, Gestor Administrativo, Analista Ambiental, Analista Administrativo, Técnico Ambiental, Técnico Administrativo e Auxiliar Administrativo, abrangendo os cargos de pessoal do Ministério do Meio Ambiente – MMA e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama.

§ 1º Os atuais cargos de provimento efetivo integrantes dos quadros de pessoal a que se refere o *caput* passam a denominar-se cargos de Gestor Ambiental e Gestor Administrativo do Ministério do Meio Ambiente – MMA e Analista Ambiental, Analista Administrativo, Técnico Ambiental, Técnico Administrativo e Auxiliar Administrativo do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis - IBA-MA”.

Por sua vez, o regulamento anunciado no § 1º *sus*o transcrito,

que veio a ser o Decreto nº 4.293, de 2 de julho de 2002, trouxe, em seu Anexo, a correspondência entre os cargos integrantes da Carreira de Especialista em Meio Ambiente e os cargos do IBAMA transformados pela Lei nº 10.410/02, estabelecendo que o cargo de Agente de Portaria transformara-se no de Técnico Administrativo.

Entretanto, os contracheques acostados aos autos (fls. 18/20), referentes aos meses de setembro a novembro de 2002, revelam que, em relação à apelada, tal transformação não ocorreu, continuando seu cargo a ser o de Agente de Portaria, o que realmente vai de encontro ao princípio da legalidade estrita (CF, art. 37, *caput*) e à vedação de discriminação entre os servidores públicos ativos e os aposentados contida no § 8º do art. 40 da Constituição e no parágrafo único do art. 189 da Lei nº 8.112/90.

O IBAMA deve, assim, promover a transformação do cargo da apelada de Agente de Portaria para Técnico Administrativo.

Contudo, em respeito ao mesmo princípio da legalidade estrita, considero que a apelada não faz *jus* a se enquadrar no nível que ela tem por equivalente ao que ocupava na carreira anterior, qual seja, o final da carreira, com o recebimento de aumento de remuneração.

Isso porque a alteração da situação funcional da apelada decorreu de lei, sendo que a Lei nº 10.472, de 25 de junho de 2002, dispôs que o servidor ocupante de cargo efetivo transformado pela Lei nº 10.410/02 seria enquadrado na classe e padrão do respectivo cargo da Carreira de Especialista em Meio Ambiente de acordo com os vencimentos do cargo originário – e não de acordo com o nível ocupado na carreira anterior –, *verbis*:

“Art. 1º Os servidores ocupantes dos cargos efetivos do Quadro de Pessoal do Ministério do Meio Ambiente – MMA e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, alcançados pelo § 1º do art. 1º da Lei nº 10.410, de 11 de janeiro de 2002, serão posicionados nas Tabelas de Vencimentos constantes dos Anexos I, II e III da mencionada Lei, a partir de 1º de

maio de 2002, em Classes e Padrões com vencimento igual ou imediatamente superior aos vencimentos dos cargos originários, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.852, de 4 de fevereiro de 1994.”

Em nenhum momento, o objetivo da legislação supratratada foi conceder aumento de remuneração a qualquer servidor público, mas criar e disciplinar a Carreira de Especialista em Meio Ambiente, inclusive as medidas necessárias para a sua efetivação, como a transformação dos cargos à época existentes nos quadros de pessoal do IBAMA. Para que haja aumento de remuneração do servidor público, a Constituição exige lei específica, isto é, lei destinada a tratar apenas desse fim (CF, art. 37, X).

E não há que se falar, *in casu*, em direito adquirido do servidor público de ser enquadrado em determinado nível da carreira a ser respeitado frente ao poder do Estado de alterar a estrutura dos quadros de pessoal da Administração Pública.

O servidor público estatutário não tem direito de permanecer sob determinadas regras funcionais; mudando o interesse público, alteram-se aquelas regras, sem que a isso o servidor possa se opor; por isso, o servidor público estatutário não adquire direito a um regime funcional, a um regime jurídico.

Nesse sentido, é remansosa a jurisprudência dos Tribunais Superiores, da qual destaco as seguintes ementas:

“FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTATUTÁRIO – ENQUADRAMENTO EM NOVO PLANO DE CARREIRA – DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

A Administração Pública, observados os limites ditados pela Constituição Federal, atua de modo discricionário ao instituir o regime jurídico de seus agentes e ao elaborar novos Planos de Carreira, não podendo o servidor a ela estatutariamente vinculado invocar direito adquirido para reivindicar enquadramento diverso daquele determinado pelo Poder Público, com fundamento em norma de caráter legal.”

(STF, 1ª Turma, RE nº 116.683/RJ, Rel. Min. Celso de Melo, julg. 11/06/91, unân., DJ 13/03/02, p. 613).

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PERITOS CRIMINAIS DA POLÍCIA DO ESTADO DE RONDÔNIA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. VANTAGENS PESSOAIS. LEGISLAÇÃO QUE INSTITUI PARCELA ÚNICA DE REMUNERAÇÃO SEM VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS. PRECEDENTES.

I – O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uniforme no sentido de que o servidor não tem direito adquirido a imutabilidade do regime remuneratório, desde que respeitado o princípio da irredutibilidade de vencimentos. Precedentes.

II – *Omissis.*”

(STJ, 5ª Turma, AgRg no RMS 15.907/RO, Rel. Min. Gilson Dipp, julg. 06/05/2003, unân., DJ 26/05/03, p. 370).

“RECURSO ESPECIAL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DECRETO-LEI 2.251/85. PERITOS E CENSORES DA POLÍCIA FEDERAL. REPOSIÇÃO NA CARREIRA. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. INEXISTÊNCIA DE DECESSO REMUNERATÓRIO. CONSIDERAÇÃO DAS PROMOÇÕES ANTERIORES. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. AUMENTO SOB O FUNDAMENTO DE ISONOMIA.

1 – Pode a lei nova regular as relações jurídicas havidas entre os servidores públicos e a Administração, extinguindo, reduzindo ou criando vantagens, desde que observada, sempre, a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, não havendo falar em direito adquirido a regime jurídico.

2 – *Omissis.*

3 – *Omissis.*

4 – *Omissis.*”

(STJ, 5ª Turma, AgRg no RMS 15.907/RO, Rel. Min.

Gilson Dipp, julg. 06/05/2003, unân., *DJ* 26/05/03, p. 370).

“ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA INATIVA. DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. IMPOSSIBILIDADE. DECESSO DO *QUANTUM* REMUNERATÓRIO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

- O servidor não possui direito adquirido a regime jurídico, nem a preservação de critérios legais embasadores de sua remuneração, mas sim ao cálculo efetuado em conformidade com a norma e à preservação do *quantum* remuneratório.

- *Omissis.*”

(STJ, 6ª Turma, RMS 11.985/PM, Rel. Min. Paulo Medina, jug. 27/04/2005, unân., *DJ* 17/09/04, pp. 288).

“RECURSO ORDINÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – LEI COMPLEMENTAR Nº 33/94 DO ESTADO DO MATO GROSSO – ALTERAÇÃO DO PERCENTUAL DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO – INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO CONTRA REGIME JURÍDICO – RECURSO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte assentou o entendimento de que não cabe a invocação de direito adquirido contra regime jurídico.

2. Destarte, demonstrado o decesso remuneratório, o ato praticado pela autoridade coatora está a ferir o direito do servidor quanto à irredutibilidade de vencimento.

3. *Omissis.*”

(STJ, 6ª Turma, RMS 15.181/MT, Rel. Min. Paulo Medina, jug. 31/05/2005, unân., *DJ* 19/09/05, pp. 285).

Saliento, por oportuno, que a apelada não comprova, nem sequer alega, que sofreu redução remuneratória em virtude da realização de seu enquadramento nos moldes da Lei nº 10.472/2002.

Destarte, a apelada deve ser enquadrada, nos exatos termos do art. 1º da Lei nº 10.472/2002, na classe e no padrão do cargo

Técnico Administrativo da Carreira de Especialista em Meio Ambiente, de acordo com os vencimentos do cargo de Agente de Portaria que ocupava quando da transformação operada pelo § 1º do art. 1º da Lei nº 10.410/02.

Em face da sucumbência recíproca das partes, ficam compensados, entre elas, as despesas do processo e os honorários advocatícios.

Por esses fundamentos, voto pelo parcial provimento da apelação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 336.313-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA MACENA DA SILVA
Advs./Procs.: DRS. JÉFFERSON DE VASCONCELOS SILVA E OUTROS (APTE.) E FRANCISCO JOSÉ CRES-
CÊNCIA PEREIRA E OUTRO (APDA.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL. TEMPO DE SERVIÇO. PROVA MATERIAL SUFICIENTE. IMPUGNAÇÃO TARDIA DE DOCUMENTOS ACOSTADOS À EXORDIAL. IMPOSSIBILIDADE. INSTITUTO DA PRECLUSÃO. TERMO INICIAL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 148/STJ. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 71/TFR. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA 204/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 111/STJ. - A aposentadoria por idade para o segurado especial independe de carência, desde que comprovado o exercício da atividade rural, à luz do disposto no artigo 26, III, da Lei nº 8.213/91. O rurícola não está dispensado de comprovar o efetivo exercício da atividade rural no período anterior ao requerimento do benefício.

- Apelada que apresentou declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Crateús-CE, homologada pelo Ministério Público em 07.05.92, que serve de prova material e se presta a corroborar o exercício de atividade rural pela autora, ex vi da redação primitiva do art. 106 da Lei nº 8.213/91.

- A impugnação pelo Ente Previdenciário, em sede de apelação, da declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais sob o argumento de que não se encontra com a firma reconhecida, bem como o documento de fls. 12, probatório da postulação administrativa, como contendo “anotação precária e imprecisa”, não merece acolhida em face da ocorrência da preclusão. O momento adequado para a impugnação dos documentos juntados à inicial é o de apresentação da contestação, primeira oportunidade em que a parte ex adversa é chamada a se manifestar nos autos.

- O termo inicial do benefício de aposentadoria por idade, no caso dos autos, deve ser o da data do requerimento administrativo, ex vi do art. 49, II, da Lei nº 8.213/91.

- Impossibilidade de aplicação da Súmula nº 71 do extinto Tribunal Federal de Recursos, pois a pré-falada Súmula somente teve utilização até o advento da Lei nº 6.899/81, cujos critérios passaram a ser aplicáveis.

- Correção monetária de débitos previdenciários vencidos após a vigência da Lei nº 6.899/91. Aplicação da Súmula 148/STJ.

- Juros moratórios mantidos à razão de 6% (seis por cento) ao ano a partir da data da citação, em virtude de o autor não ter apelado neste sentido. Princípio da proibição da reformatio in pejus. Aplicação da Súmula 204/STJ.

- Honorários advocatícios arbitrados em 10%, sobre o valor da condenação, respeitados os limi-

**tes da Súmula 111/STJ.
- *Apelação improvida. Remessa oficial 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, negar provimento à apelação e dar provimento, em parte, 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 APOLIANO:

Cuida-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, em face da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Ceará (fls. 64/75), que julgou procedente o pedido deduzido na exordial, para efeito de condenar a Autarquia Previdenciária a conceder à autora a aposentadoria rural (especial) por idade, com efeitos retroativos à data de entrada do requerimento na via administrativa.

Em suas razões de apelo, a Autarquia Previdenciária insurge-se inicialmente contra a parte da sentença que estabeleceu como termo inicial da concessão do benefício o requerimento administrativo, sob o argumento de que não há prova nos autos de que a anotação feita na cópia da CTPS de fls.12 seja da recorrida e, portanto, não restou comprovado nos autos que houve postulação do benefício na esfera administrativa. Argumenta, outrossim, que a pretensão da requerente se embasa, tão-somente, em prova testemunhal e que os documentos acostados não comprovam o tempo

exigido pela norma de regência, nem tampouco atestam o exercício de atividade rural em regime de economia familiar, motivos suficientes para ensejarem o indeferimento do pleito contido na exordial.

Contra-razões apresentadas às fls. 85/87, pugnando pela manutenção da sentença.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

É, no que importa, o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Compulsando os autos, verifico que a sentença deve ser reformada, em parte, pelos fundamentos a seguir delineados. Se não vejamos.

A aposentadoria por idade aos trabalhadores rurais é devida, desde que preenchidos os seguintes requisitos: a) idade de 60 (sessenta) anos para homem e 55 (cinquenta e cinco) anos para mulher; b) comprovação de 5 anos de atividade rural, precedentes ao requerimento, mesmo que de forma descontínua.

É consabido que a aposentadoria por idade para o segurado especial independe de carência, porém, desde que comprovado o exercício da atividade rural, à luz do disposto no artigo 26, III, da Lei nº 8.213/91. Assim, o rurícola não está dispensado de comprovar o efetivo exercício da atividade rural, no período anterior, como já salientado, ao requerimento do benefício.

A propósito, juntou-se aos autos, dentre outras, cópia da Certidão de Casamento da autora (fls. 13), onde consta como a profissão de seu esposo a de agricultor, e cópia da declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Pacatuba-CE, homologada pelo Ministério Público (fls. 14/14v).

Da análise feita, destaca-se a cópia da declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais, homologada pelo Ministério Público em 25.05.94 (fls. 14/14v), não restando dúvidas de que pela redação primitiva do art. 106 da Lei nº 8.213/91 tal prova material deverá ser acatada, conforme se observa *infra*, *in verbis*:

“Art.106. A comprovação do exercício de atividade rural far-se-á, alternativamente, através de:

I - contrato individual de trabalho ou Carteira de Trabalho e Previdência Social;

II - contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural;

III - declaração do sindicato de trabalhadores rurais, desde que homologada pelo Ministério Público ou por outras autoridades constituídas definidas pelo CNPS; (grifei)

IV - declaração do Ministério Público;

V - comprovante de cadastro do INCRA, no caso de produtores em regime de economia familiar;

VI - identificação específica emitida pela Previdência Social;

VII - bloco de notas do produtor rural;

VIII - outros meios definidos pelo CNPS.”

A tentativa da autarquia, em sede de apelação, de impugnar o documento supra sob o argumento de que não se encontra com a firma reconhecida, bem como o documento de fls. 12, probatório da postulação administrativa, como contendo “anotação precária e imprecisa”, não merece acolhida em face da ocorrência da preclusão. O momento adequado para a impugnação da validade formal dos documentos juntados à inicial é o de apresentação da contestação, primeira oportunidade em que a parte *ex adversa* é chamada a se manifestar nos autos.

À vista dos argumentos acima expendidos, estou em que a prova material trazida à colação se presta a demonstrar o fato de que a autora detinha a qualidade de segurada especial, fazendo, pois, jus à aposentadoria rural por idade, nos termos da redação primitiva da Lei nº 8.213/91 e Súmula 149/STJ.

No que se refere à retroação dos efeitos da condenação, a jurisprudência desta Turma é firme no entendimento de que os efeitos da sentença concessiva do benefício retroagem à data do requerimento administrativo.

A propósito, a legislação que rege a matéria prevê expressamente que o benefício é devido a contar da data do requerimento

administrativo junto ao INSS, cujo art. 49, II, da Lei nº 8.213/91, assim dispõe, *in verbis*:

“Art. 49. A aposentadoria por idade será devida:

I – ao segurado empregado, inclusive o doméstico, a partir:

a) da data do desligamento do emprego, quando requerida até essa data ou 90 (noventa) dias depois dela; ou

b) da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto na alínea a;

II – para os demais segurados, da data de entrada do requerimento”. (Grifei).

No que tange à impossibilidade de aplicação da Súmula nº 71 do extinto Tribunal Federal de Recursos, a pré-falada Súmula somente teve utilização até o advento da Lei nº 6.899/81, cujos critérios passaram a ser aplicáveis.

Outrossim, a Súmula 148 do e. STJ pacifica a questão referente aos débitos previdenciários vencidos, *in verbis*: “Os débitos relativos a benefício previdenciário, vencidos e cobrados em juízo após a vigência da Lei 6.899/81, devem ser corrigidos monetariamente na forma prevista nesse diploma legal”.

No pertinente aos juros moratórios, o douto Magistrado *a quo* cuidou de fixá-los em 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao mês, a contar da citação, nada obstante a jurisprudência vir entendendo serem devidos (os juros moratórios) à razão de 1% (um por cento) ao mês, em razão de se tratar de causa de natureza alimentar, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. ATIVIDADE RURÍCOLA. JUROS DE MORA. 1% AO MÊS. TERMO INICIAL. CITAÇÃO VÁLIDA. SÚMULA Nº 204/STJ. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Em consonância com a jurisprudência desta Corte, tratando-se de ações previdenciárias, os juros de mora são de 1% ao mês, conforme o disposto

no art. 3º do Decreto-Lei nº 2.322/87, incidentes a partir da citação, nos termos da Súmula nº 204 do STJ.

2. Recurso Especial parcialmente provido.”
(REsp - Recurso Especial - 478.036/PB, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, Julg. 18/03/2003, DJ de 28/04/2003, pág. 255)

Ora, em razão de não ter sido interposto qualquer recurso referente ao decidido a respeito dos juros moratórios, estou em que deve ser mantida a sentença no atinente a este ponto, em virtude do princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

No tocante aos honorários advocatícios, em virtude da simplicidade da causa, fixo-os em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação imposta ao INSS, para pagamento em favor dos patronos da autora.

Sobre o tema, a doutrina tem se posicionado no sentido de que, quando a condenação for imposta à Fazenda Pública – e aqui o INSS é assim considerado, nos termos da Lei nº 9.469, de 10.07.1997 –, o juiz deve se ater a julgar, tendo em vista o princípio da igualdade, ínsito no art. 5º, Norma Ápice de 1988, com o cuidado de se evitar o risco de haver tratamento desigual entre os litigantes que militam na esfera judicial.

Ademais, é somente sobre as parcelas vencidas que incide a verba honorária, sendo considerado como termo inicial a data da prolação da sentença, não alcançando, portanto, as parcelas vindendas. Assim diz a Súmula 111/STJ, *in verbis*: “os honorários advocatícios, nas questões previdenciárias, não incidem sobre as prestações vincendas”.

A respeito dessa matéria, o e. STJ já se pronunciou, tendo adotado o entendimento reproduzido a seguir:

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. VALORAÇÃO DE PROVA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. ARTIGO 55, § 3º, DA LEI 8.213/91. SÚMULA 149/STJ. SÚMULA 111/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Na esteira de sólida jurisprudência da 3ª Seção

(cf. EREsp nºs 176.089/SP e 242.798/SP), afasta-se a incidência da Súmula 07/STJ para conhecer do recurso.

- O reconhecimento de tempo de serviço em atividade rural, para fins previdenciários, depende de comprovação por início de prova material, corroborada por idônea prova testemunhal da atividade laborativa rural. Inteligência da Súmula 149/STJ.

- *In casu*, os documentos acostados à inicial preenchem os requisitos exigidos pela legislação previdenciária (artigos 55, § 3º, e 106 da Lei 8.213/91).

- A qualificação profissional de lavrador do marido, constante dos assentamentos de registro civil, é extensível à esposa e constitui início aceitável de prova documental do exercício da atividade rural.

- Os honorários advocatícios devem ser fixados considerando apenas as parcelas vencidas até o momento da prolação da sentença. Incidência da Súmula 111 do STJ. Precedentes.

- Recurso conhecido e parcialmente provido”. (Grifei).

(REsp - Recurso Especial 424.973 / PR (2002/0039619), Rel. Min. Jorge Scartezini, 5ª Turma, julg. 01/04/2004, DJ 07/06/2004, pág. 00264)

Isto posto, nego provimento à apelação e dou provimento, em parte, à remessa oficial, para afastar a aplicação da Súmula nº 71 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 341.549-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelada: FRANCISCA MARISUENEIDE ARAÚJO DANTAS
Advs./Procs.: DRS. FÁTIMA ELENA DE ALBUQUERQUE SILVA E OUTROS (APTE.) E ALESSANDRA ISABEL DE LIMA MARQUES E OUTRO (APDA.)

EMENTA: CIVIL. MÚTUO. GARANTIA PIGNORATÍCIA. LEILÃO INDEVIDO DE JÓIAS EMPENHADAS. RESSARCIMENTO DO PREJUÍZO MATERIAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR. AVALIAÇÃO UNILATERAL DOS BENS PELO AGENTE FINANCEIRO. ANULAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. VALOR FIXADO NO JUÍZO A QUO DE FORMA RAZOÁVEL E CONDIZENTE COM A COTAÇÃO DOS BENS NO MERCADO. CABIMENTO DE DANOS MORAIS. MONTANTE DESTES APENAS REDUZIDO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

- O leilão indevido de bens penhorados em empréstimo bancário obriga a instituição financeira a ressarcir não só o prejuízo material, mas o relativo ao natural abalo emocional indevidamente imposto ao mutuário.

- “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras” (Súmula 297 do c. STJ).

- Nos termos do art. 51, I e IV, do CDC, é nula cláusula do contrato que limita em 1,5 o valor de avaliação, feita de forma unilateral pelo banco credor, em contrato de adesão, como se verifica in casu.

- Valor de R\$ 750,00 fixado na decisão recorrida para o ressarcimento do prejuízo material que não se mostra desarrazoado, razão pela qual fica mantido.

- **Redução do valor arbitrado a título de indenização por danos morais para R\$ 3.000,00, amoldando-o aos precedentes da eg. Turma julgadora sobre esse tipo de compensação.**
- **Apelação parcialmente provida.**

ACÓRDÃO

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

Recife, 10 de janeiro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de apelação interposta pela Caixa Econômica Federal contra sentença que a condenou a pagar indenizações por danos materiais e morais a Francisca Marisueneide Araújo Dantas, em face do leilão indevido de jóias de propriedade desta que haviam sido penhoradas em contrato de empréstimo.

Alega a apelante que as indenizações que foi condenada a pagar são indevidas porque a apelada, bem antes da liquidação da dívida garantida pelo penhor, foi comunicada, por telefone, de que não seria possível a devolução dos bens penhorados, por terem sido por engano expostos em leilão e vendidos, sem que esta jamais tivesse demonstrado irritação ou desgaste emocional qualquer a justificar ressarcimento por dano moral, bem como que nunca se opôs a indenizar a demandante pelo prejuízo material sofrido, nos termos do contrato firmado, o qual deve ser observado, dada a necessária observância do princípio *pacta sunt servanda*; no entanto, caso mantida a condenação, requer a redução dos valores fixados, por serem, alega, exacerbados.

Contra-razões pela manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

É incontroverso, no processo, o equívoco cometido pela apelante ao promover o leilão dos bens da recorrida, pois o mútuo garantido pela penhora destes foi regularmente cumprido.

A ação foi ajuizada no prazo legal, não tendo que se falar em demora para a manifestação em juízo da contrariedade sofrida pela ora apelada ante a conduta reprovável da ré.

Não se pode deixar de reconhecer, por seu turno, o abalo psíquico imposto à ora apelada pelo leilão indevido das suas jóias, a justificar as indenizações pleiteadas, inclusive a por dano moral.

Trata-se de questão que, embora não devesse, vem corriqueiramente sendo submetida à apreciação dos tribunais, tendo a jurisprudência se consolidado no sentido dos precedentes que, a título de ilustração, passo a transcrever:

“CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATO DE MÚTUO COM GARANTIA PIGNORATÍCIA. PENHOR DE JÓIAS. BEM EMPENHADO SUBMETIDO INDEVIDAMENTE A LEILÃO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ANULAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL PELO VALOR DE MERCADO DAS JÓIAS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CABIMENTO.

I - Ocorrendo o leilão indevido de bem empenhado, por ocasião da celebração de contrato de mútuo junto à Caixa Econômica Federal, deve a prestadora de serviços bancários responder pela reparação dos danos causados ao consumidor, na forma prevista na Lei nº 8.078/90, que regula o nosso Código de Defesa do Consumidor.

II - A cláusula contratual que limita a indenização, no

caso de extravio das jóias empenhadas, a 1,5 (um inteiro e cinco décimos) vezes o valor da avaliação feita pelo credor pignoratício, afigura-se nula, nos termos do art. 51, I e IV, do CDC, devendo o mutuário ser ressarcido, no caso, pelo real valor de mercado dos referidos bens.

III - O dano moral, na espécie, decorre do caráter estimativo das jóias indevidamente leiloadas. O *quantum* fixado para indenização, não pode configurar valor exorbitante que caracterize o enriquecimento sem causa da vítima, como também, não pode consistir em valor irrisório a descaracterizar a indenização almejada, o que não se verifica nestes autos, posto que a indenização, pelo dano moral, observando-se o princípio da razoabilidade, foi fixada em R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

IV - Apelação desprovida”. (TRF 1ª Reg., AC 1999 35999184284-GO, 6ª T., Rel. Des. Federal Souza Prudente, julg. 15/12/2003, DJ 9/2/2004 p. 64, unânime).

“PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO MORAL. EXTRAVIO DE JÓIAS PENHORADAS JUNTO À CEF, DECORRENTE DE ASSALTO À AGÊNCIA.

1. A CEF, na qualidade de prestadora de serviços bancário e de crédito, sujeita-se às regras postas no Código de Defesa do Consumidor, responsabilizando-se por danos causados a seus clientes, comprovado o nexo causal e a falha do serviço por ela oferecido.

2. Não se pode conceber que roubos em agência bancária se constituem, nos dias de hoje, evento imprevisível e inevitável, a ser classificado como caso fortuito, excludente da responsabilidade.

3. Sendo o penhor, firmado entre as partes, contrato de adesão, não deve prevalecer a cláusula que limita o direito de reparação do dano, mormente diante de sua desproporcionalidade.

4. Presença de dano moral, passível de reparação, decorrente do caráter estimativo das jóias perdidas.
5. Indenização fixada em 10 (dez) vezes o valor da avaliação das peças, totalizando R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.
6. Apelação provida”. (TRF 2ª Reg., AC 313.514-RJ, 4ª T., Rel. Des. Federal Rogério Carvalho, julg. 19/11/2003, DJ 09/09/2004 p. 151, unânime).

“CONTRATO DE MÚTUO COM GARANTIA PIGNORATÍCIA. CEF. ROUBO DOS BENS DADOS EM PENHOR. INDENIZAÇÃO. CLÁUSULAS PREESTABELECIDAS. AVALIAÇÃO UNILATERAL. VALOR ABUSIVO, INFERIOR AO DE MERCADO.

- A sentença não padece de nulidade. Houve um pedido de indenização e o juiz deferiu-o. Nada impede que o *quantum* seja apurado em liquidação, como faculta o artigo 606, inciso I, do CPC. Não é o caso de invocação do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal ou do artigo 460 do CPC.

- Os contratos objetos desta ação devem ser interpretados sob regras e princípios do Código de Defesa do Consumidor. Os artigos 1º e 3º da Lei nº 8.078/90 autorizam tal entendimento. A CEF é fornecedora de produto (dinheiro) para consumidores finais (tomadores particulares em situação financeira difícil). São relações de natureza bancária: empréstimo e garantia pignoratícia.

- Os contratos de penhor são de adesão (art. 54, CDC). Suas cláusulas foram estabelecidas unilateralmente pela CEF e o mutuário não pôde discutir ou modificar seu conteúdo. A avaliação das jóias empenhadas foi realizada pelos agentes da credora.

- Sob o enfoque do CDC, as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47). É direito básico do consumidor a efetiva reparação de danos patrimoniais (art.

6º, VI), bem como a inversão do ônus probatório quando verossímil a alegação ou houver hipossuficiência. No caso dos autos, trata-se de pequenos empréstimos pessoais para tomadores de condições econômico-financeira modestas. As cláusulas contratuais são fixadas de antemão pelo credor. A avaliação não sofre a interferência do devedor, que, na premência e urgência, a ela adere. A precariedade da avaliação, traduzida na cautela, a subavaliação havida em situações semelhantes e a presunção plausível de que a cláusula contratual anteriormente mencionada somente justifica sua existência, porque calcada em preço inferior ao de mercado, levam ao entendimento de que o valor da indenização pretendido pela CEF é abusivo.

- Preliminar rejeitada. Apelação não provida”. (TRF 3ª Reg., AC 797.288-SP, Rel. Des. Federal André Nabarrete, julg. 03/05/2004, DJ 29/06/2004, p. 218, unânime).

“DIREITO CIVIL. PENHOR DE JÓIAS. LEILÃO. EQUÍVOCO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAÇÃO. VALOR DE CONTRATO. RESSARCIMENTO DOS PREJUÍZOS.

- Levadas as jóias a leilão por equívoco, porque a autora quitou o valor devido no contrato de penhor, descabe a indenização apurada com base na cláusula catorze daquele contrato, pois a mesma diz respeito unicamente aos casos de extravios ou danos, não sendo aplicável quando se trata da obrigação de indenizar por negligência.

- A avaliação efetuada pela CEF quando os bens lhes são entregues não corresponde ao valor de mercado, distanciando-se de qualquer critério real, possuindo como finalidade única estabelecer valores no contrato.

- A indenização decorrente de culpa, de negligência confessada, envolve não só o dano material como aquele que reveste o prejuízo sob o aspecto afetivo

ligado à preservação dos bens, quer por provenientes de vínculos familiares, que por derivarem de realização de satisfações pessoais, sem se esquecer da hipótese de investimento.

- Mantidos os honorários, fixados em 10% sobre o valor da condenação, por ser este o percentual que a Turma entende adequado para ações desta natureza.

- Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir.

- Apelação parcialmente provida". (TRF 4ª Reg., AC 477.635-RS, Rel. Des. Federal Sílvia Goraieb, julg. 14/09/2004, DJ 29/09/2004, p. 651, unânime).

Inquestionável, pois, conforme o tranqüilo entendimento pretoriano sobre a questão, o direito da apelada às indenizações postuladas.

O valor de R\$ 750,00 fixado para o ressarcimento pelo dano material não se mostra exorbitante ou desarrazoado, levando-se em conta a quantidade de ouro e diamantes que compunha as jóias leiloadas equivocadamente, conforme se vê do documento juntado por cópia à fl. 10.

No que tange ao montante estabelecido na sentença recorrida a título de dano moral, de R\$ 12.500,00, tenho ser excessivo, levando-se em conta os critérios da razoabilidade e da proibição de enriquecimento sem causa que norteiam esta eg. Turma na fixação das indenizações da espécie, razão pela qual o reduzo para R\$ 3.000,00.

No mais, entendo que a r. sentença deve ser mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Com essas considerações, dou parcialmente provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 343.599-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Apeladas: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL, TELEMAR NORTE LESTE S/A, VÉSPER S/A, INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA., TIM NORDESTE TELECOMUNICAÇÕES S/A, BSE S/A E EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A - EMBRATEL

Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Advs./Procs.: DRs. ELKER SIQUEIRA CAMPOS E OUTROS, SILVANA RESCIGNO GUERRA BARRETTO E OUTROS, FRANCISCO GERALDO DE HOLANDA PEREIRA E OUTROS, SILVANA BUSSAB ENDRES E OUTROS, CARLOS SUPPLY DE FIGUEIREDO FORBES E OUTROS E VALÉRIA NUNES DE CASTRO E OUTROS (APDAS.)

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TELEFONIA. REPASSE DO PIS/PASEP E DA COFINS AOS USUÁRIOS ATRAVÉS DE AUMENTO DE TARIFA. AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE REITERAÇÃO DO PEDIDO NAS CONTRA-RAZÕES. NÃO CONHECIMENTO. LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS EM FUNÇÃO DA RELEVÂNCIA SOCIAL DO INTERESSE DEFENDIDO. INTERESSE PÚBLICO DEMONSTRADO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E PRESENÇA DE INTERESSE DE AGIR. LIDE NÃO ATINENTE A TRIBUTOS, MAS AO REPASSE DE SEU CUSTO AO CONSUMIDOR. NÃO INCIDÊNCIA DE IMUNIDADE DE PAGAMENTO DE PIS/PASEP E COFINS SOBRE O FATURAMENTO DAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. FENÔMENO DA REPERCUS-

SÃO, COM A TRANSFERÊNCIA DOS CUSTOS DOS IMPOSTOS AO CONSUMIDOR FINAL ATRAVÉS DA TARIFA. INCLUSÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA NA PLANILHA DE CUSTOS. A ATIVIDADE MERCANTIL PRESSUPÕE A BUSCA DO LUCRO, SENDO NORMAL A TRANSFERÊNCIA AO CONSUMIDOR FINAL DE TODOS OS CUSTOS DO PRESTADOR DE SERVIÇOS. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO NA RELAÇÃO DE CUSTO DO SERVIÇO DE TELEFONIA.

- Ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal buscando obstar o repasse dos valores pagos pelas operadoras a título de contribuição social do PIS/PASEP e da COFINS aos usuários de telefonia do Estado de Pernambuco através da majoração das tarifas.

- Não conhecimento de agravo retido interposto pela TELPE Celular S/A, tendo em vista não ter sido atendida a disposição contida no art. 523, § 1º, do CPC, que preconiza ser necessário pedir expressamente, em sede de apelação ou de contra-razões, a sua apreciação pelo tribunal.

- Legitimidade do Ministério Público Federal na defesa de interesses individuais homogêneos, quando verificada a relevância social e o interesse coletivo, na conformidade do que estabelece o art. 81, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor. Verificação da origem comum, ensejando o vínculo fático.

- Rejeição das preliminares de inadequação da via eleita e falta de interesse de agir do MP com base na dicção do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que excetua a utilização da ação civil pública nos casos de pretensões que envolvam tributos, posto que, no caso dos autos, não se trata de matéria tributária, apenas que se questiona o equilíbrio da relação econômica consumerista entre ope-

radadores e consumidores, modificada com o repasse dos custos das referidas exações, via tarifa, aos usuários, não sendo questionada constitucionalidade, incidência ou alíquota de tributos.

- O STF rejeitou a imunidade das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações em relação ao pagamento do PIS/PASEP e da COFINS, incidindo tais exações sobre o seu faturamento, bem como a Emenda Constitucional 33/01 limitou, na dicção do art. 155, § 3º, da Constituição Federal, a imunidade a outros impostos, nada falando da incidência de outros tributos.

- Verificação do fenômeno da repercussão econômica, com a transferência dos custos com tributos ao consumidor final, no caso, o usuário dos serviços de telefonia, ante a consideração dos valores pagos a este título na planilha de custos para elaboração das tarifas.

- O lucro é pressuposto da atividade mercantil, sendo comezinha a transferência ao consumidor final de todos os custos envolvidos na prestação de serviços, sem que, com isso, seja desvirtuada a característica de tributo direto do PIS/PASEP e da COFINS.

- Manutenção do equilíbrio entre os custos da prestação do serviço de telefonia e a sua remuneração, via recomposição das tarifas.

- Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento ao apelo, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Custas, como de lei.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado):

O Ministério Público Federal ajuizou a presente Ação Civil Pública contra a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, a EMBRATEL – Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A, a IN-TELIG Telecomunicações S/A, a Telecomunicações de Pernambuco S/A, a VÉSPER S/A, a TELPE Celular S/A, a BSE S/A, a TNL PCS S/A, objetivando impedir a manutenção do repasse aos consumidores dos serviços de telefonia móvel e fixa do Estado de Pernambuco dos valores relativos às contribuições sociais do PIS/PASEP e da COFINS.

Alega em favor de sua tese que foi instaurado procedimento administrativo pela Procuradoria da República de Pernambuco para apurar a incidência do repasse aos consumidores dos valores pagos pelas operadoras a título de PIS/PASEP e COFINS, calculados sobre as tarifas pagas pelos usuários. Aduz que as operadoras confirmaram o repasse das exações em comento, além do ICMS, sendo que algumas destacam nas faturas a cobrança dos tributos, o que, afirmaram as empresas, é de conhecimento da ANATEL.

Defende o MPF a sua legitimidade ativa, bem como a legitimidade passiva da ANATEL e a competência da Justiça Federal.

Assevera que as exações ora analisadas devem incidir sobre o faturamento do empregador, da empresa ou da entidade a ela equiparada, na forma definida pelo art. 2º da Lei nº 9.718/98, possuindo o PIS/PASEP e a COFINS a mesma base de cálculo, incidindo sobre a receita bruta mensal da empresa, caracterizando-se como tributos diretos, ou seja, devem ser suportados pelo empregador, empresa ou entidade equiparada, e não pelo consumidor final.

Segundo alega, o repasse de ICMS ao usuário do sistema de

telecomunicações, incidente sobre o valor da tarifa, é justificado, por se tratar de imposto indireto, o que não ocorre com os tributos analisados, não sendo possível onerar o consumidor, pois este não tem relação com o fato gerador da exação. Ademais, argumenta que o PIS/PASEP e a COFINS devem integrar a relação de custos das empresas de telefonia.

Aduz, ainda, que os contratos de concessão e autorização na área de telefonia estabelecem, no tratamento das tarifas, valores líquidos de impostos e contribuições. Ao seu ver, quando é prevista a revisão da tarifa, no ato da criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos, a norma (art. 9º, § 3º, da Lei nº 8.987/98), repetida no edital de concorrência, preconiza já estarem previstos, no cálculo dela, tarifa, os tributos existentes quando da sua fixação. Com isso, afirma que as empresas concessionárias deveriam ter previsto em suas planilhas de custos os valores relativos aos impostos que incidem sobre seu faturamento.

Segue o órgão do MPF afirmando que, com o advento da Lei nº 9.718/98, que alterou a alíquota da COFINS de 2% para 3%, as empresas poderiam ter alegado a perda e pedido o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro apenas em relação ao acréscimo, não se justificando que simplesmente repassassem, a partir de então, a integralidade da tarifa aos consumidores. Poderiam ter solicitado o aumento das tarifas de modo a compensar a oneração de seus custos. Entretanto, a ANATEL autorizou o repasse dos valores recolhidos a título de PIS e COFINS aos usuários, transformando os tributos, indevidamente, em impostos indiretos.

Afirma também que a Constituição Federal, no art. 155, § 3º, à exceção do ICMS e dos impostos de importação e exportação, veda expressamente a “incidência de qualquer outro tributo sobre operações relativas a serviços de telecomunicações”. Taxa de inconstitucional a cobrança do modo como vem sendo feita, pedindo a antecipação da tutela no sentido de ser suspenso o repasse das exações para os usuários do sistema de telefonia no Estado de Pernambuco, com a confirmação da liminar e a condenação das rés a restituírem em dobro os valores já cobrados.

Tutela antecipada deferida às fls. 315/320.

Noticiada, às fls. 370/372, a concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto contra a decisão que deferiu a liminar, agravante a TELPE CELULAR S/A.

Concedido, também, efeito suspensivo em agravos interpostos pela BSE/AS (fls. 421/423), VÉSPER S/A (fls. 425/427), EMBRATEL – Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A (fls. 429/431), TELEMAR Norte-Leste S/A (fls. 794/796), INTELIG Telecomunicações S/A (fls. 1.137 a 1.140) e ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações (fls. 1.141 a 1.143).

Interposição de agravo retido por parte da TELPE S/A, às fls. 1.863/1.864, pugnando seja reconhecido que o objeto da ação envolve matéria de direito e de fato, e não apenas de direito, como dito na decisão agravada, ao argumento de que pratica tarifas menores do que as autorizadas pela ANATEL, o que somente pode ser aquilatado em sede de realização de prova pericial.

O MM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido (fls. 1.875/1.883).

Apelação do Ministério Público Federal, pedindo a completa reforma da sentença.

Alega o apelante que, da forma como foi autorizado o repasse pela ANATEL, está sendo contrariado o disposto na Lei nº 9.472/97, bem como o disposto no Código de Defesa do Consumidor, por permitirem a divulgação de tarifas irreais.

Assevera que, conforme consolidado pelo TRF da 5ª Região, as empresas de telecomunicações estão isentas do pagamento de PIS/PASEP e COFINS e que, sendo isentas, não podem repassar os tributos ao consumidor final.

Argumenta, ainda, que o ônus da atividade comercial não é do consumidor, sendo os tributos cujo repasse é questionado classificados como diretos, incidindo sobre a receita operacional bruta mensal da empresa, sendo sujeito passivo o empregador, a empresa ou a entidade a ela equiparada.

Contra-razões ofertadas pela ANATEL (fls. 1.942/1.956) argüindo preliminares de ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e ausência de interesse de agir, pugnando pela manutenção da

sentença; pela TELEMAR NORTE-LESTE S/A E TNL PCS S/A (fls. 1.958/1.967), levantando, também, preliminar de ilegitimidade ativa do *Parquet* Federal; pela VÉSPER S/A (fls. 1.973/1.992); pela INTELIG Telecomunicações S/A (fls. 1.993/2.019); pela TELPE Celular S/A (fls. 2.020/2.035), também afirmando a ilegitimidade do MPF para propor a ação e a inadequação da via eleita; pela BSE S/A (fls. 2.071/2.095).

Parecer do Ministério Público Federal pelo improvimento.

Vieram os autos a esta Corte, sendo-me conclusos por distribuição.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Relator Convocado):

Há de se enfrentar, preliminarmente, a apreciação do agravo retido acostado aos autos, bem como as prefaciais levantadas em sede de contra-razões.

A TELPE Celular S/A acostou agravo retido às fls. 1.863/1.864, no qual pediu fosse reconhecido que a ação não está adstrita a simples matéria de direito, mas, sim, matéria de direito e de fato, já que, ao seu entender, por praticar tarifas menores do que as autorizadas pela ANATEL, haveria a necessidade de realização de prova pericial para comprovar a inexistência de prejuízo aos usuários com o repasse das exações examinadas.

A respeito do agravo retido, preconiza o art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil, que “não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo tribunal”.

Às fls. 2.020/2.035, estão acostadas as contra-razões de apelação da TELPE Celular S/A, nas quais não faz qualquer alusão ao agravo retido que havia atravessado nos autos, razão pela qual deixo de conhecer do recurso.

No que tange à preliminar de ilegitimidade ativa, entendo que

não mereça acolhida.

Trata-se da defesa de interesse individual homogêneo, como conceituado no voto da Juíza Cecília Marcondes (TRF-3ª Região, 3ª Turma, AC 785.468/SP, DJU 09.10.2002, p. 500), do qual merece transcrição o seguinte excerto:

“Primeiramente, partindo-se para a verificação da natureza do direito defendido e o interesse de agir na vertente da necessidade de tutela jurisdicional, faz-se mister analisar a legislação pertinente ao assunto. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.072/90) traz no artigo 81, parágrafo único, inc. III, o conceito de direito individual homogêneo como sendo aquele que diz respeito a um determinado número de pessoas titulares de objetos divisíveis ligados entre si em virtude de um vínculo fático decorrente de uma origem comum, que, no caso em tela, adviria da alegada lesão ao direito dos consumidores de serviços de telefonia decorrente do pagamento da COFINS e do PIS/PASEP.

Para considerarmos como homogêneo o interesse, há que se lançar mão do seguinte raciocínio: a homogeneidade na origem gera direitos individuais que, se agrupados numa ação coletiva, viabilizam aumento de pessoas com acesso à Justiça, bem como racionalização da tutela jurisdicional diante da existência de uma única ação atingindo inúmeros titulares.

Nesse sentido, precisa é a manifestação do c. Superior Tribunal de Justiça sobre a definição de direitos individuais homogêneos: ‘Os interesses individuais, embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizarmos em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de instrumento processual único e de eficácia imediata – “ação coletiva”.’ (Resp nº 49.272-6, RS, Primeira Turma do STJ, Rel. Min.

Demócrito Reinaldo, j. 21.9.1994).

Conclui-se, desta forma, que o interesse propugnado na demanda trata-se de individual homogêneo, direito subjetivo este que justifica o pleito do autor a uma tutela apta a pacificá-lo.

Quanto à alegação de ilegitimidade ativa do Ministério Público, há que se afastar de plano. A atuação do *Parquet* no âmbito cível está condicionada à indisponibilidade dos interesses envolvidos, que, uma vez verificada, proporciona-lhe legitimação concorrente com outros legitimados. Somente interesses individuais indisponíveis podem ser defendidos pelo *Parquet*. Contudo, a relevância social da tutela justifica a legitimação do Ministério Público para a propositura da ação coletiva em defesa de interesses privados que, num primeiro momento, se afiguram disponíveis, uma vez que a destinação institucional do Ministério Público está vinculada à defesa da coletividade.”

Já em relação às prefaciais de ausência de interesse de agir levantada pela ANATEL e de inadequação da via eleita, verifico que ambas têm lastro na dicção do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/85, com a redação emprestada pela Medida Provisória de nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que preconiza:

“Parágrafo único: Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.”

Ocorre que a matéria tributária, embora seja referida, apenas aparece como pano de fundo da causa sob exame. Não se busca, através da presente demanda, qualquer pretensão voltada aos tributos referidos. Apenas que se está discutindo a majoração ocorrida nas tarifas de telefonia em função do repasse dos valores relativos às exações em comento para as tarifas. O objeto mesmo da lide é o aumento do preço do serviço para o consumidor final, o que nitidamente tem caráter consumerista.

É de ver que não se questiona a constitucionalidade da exação, a alíquota em que é cobrada, a sua incidência ou aplicabilidade. Apenas e tão-somente se quer, através da presente ação, que seja obstado às operadoras de telefonia que atuam no Estado de Pernambuco que repassem aos usuários o montante pago a este título, já que, ao entender do Ministério Público, por tratar-se de tributo direto, incidente sobre o faturamento da empresa, não cabe repassá-lo ao consumidor.

Por tais razões, rejeito, também, ambas as preliminares aduzidas com base no dispositivo legal acima examinado.

VOTO-MÉRITO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Relator Convocado):

São três os argumentos expendidos em sede de apelação pelo Ministério Público Federal. O primeiro é o de que a autorização do repasse dos custos dos tributos PIS/PASEP e COFINS aos consumidores afronta o Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 9.472/97, ao permitir a divulgação de tarifas irreais.

O segundo argumento está assentado no entendimento de serem as empresas de telecomunicações imunes ao pagamento dos supra-referidos tributos e, decorrência disto, não podem repassar os custos do que não pagam ao usuário.

Por fim, argumenta que os tributos em comento são classificados como diretos, incidindo sobre a receita operacional bruta da empresa, ressaltando que o ônus da atividade comercial não é do consumidor e sim de quem pratica o comércio ou prestação de serviços.

No que se refere ao argumento de que a autorização de repasse dos custos aos usuários do sistema de telecomunicações do Estado de Pernambuco estaria ferindo dispositivos da Lei nº 9.472/97 e do Código de Defesa do Consumidor, o representante do *Parquet* Federal limita-se a formular a alegação de forma genérica, não apontando qual dispositivo dos diplomas legais teria sido malferido.

Não vislumbro qualquer atentado aos diplomas legais mencionados.

Acerca da alegada isenção das empresas de telecomunicações ao pagamento do PIS/PASEP e da COFINS, razão pela qual, na visão da apelante, não seria possível o repasse sob exame, é de observar que a mesma não ocorre. A matéria já está sedimentada na jurisprudência, como demonstram os arestos a seguir:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. TELECOMUNICAÇÕES. IMUNIDADE. ART. 155, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que as empresas de energia, telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais estão obrigadas a pagar o PIS e a COFINS.

2. A imunidade prevista no parágrafo 3º do art. 155 da Constituição Federal, relativa aos serviços de telecomunicações, em razão da matéria, é objetiva, ficando adstrita ao ato jurídico da operação envolvendo tais serviços, não sendo extensiva ao faturamento da empresa exploradora da atividade.

3. As contribuições sociais não podem ser consideradas tributos *stricto sensu*, e a regra imunitória limita-se ao fato gerador ‘circulação de mercadoria’, conceito que não abrange o ‘faturamento’.

4. Remessa e apelação providas”. (TRF 5ª Região, AMS 68.427/RN, Rel. Des. Fed. Manoel Erhardt, 4ª Turma, DJ 09/12/2002, p. 964)

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. COFINS. IMUNIDADE. ART. 155, PARÁGRAFO 3º, DA CF/88. INEXISTÊNCIA. OPERAÇÕES RELATIVAS A COMBUSTÍVEIS.

- A COFINS, a contribuição social sobre o lucro, e o PIS, por serem contribuições, não estão atingidas pela imunidade de tributos do art. 155, parágrafo 3º, da CF/88.

- Interpreta-se literalmente a norma que concede exclusão tributária (art. 111 do CTN).

- A imunidade objetiva prevista no art. 155, parágrafo 3º, da Constituição de 1988, não interfere nem nos lucros nem no faturamento das empresas.

- As operações relativas a combustíveis – portanto, sujeitas à imunidade em tela – não se confundem com o faturamento (receita bruta) delas decorrente, base de cálculo da COFINS.

- O STF já decidiu que as empresas de energia, telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais estão obrigadas a pagar a COFINS.

- Apelações improvidas.”

(TRF 5ª Região, AC 313.508/PE, Rel. Des. Fed. Francisco Wildo, 1ª Turma, DJU 17/11/2003, p. 489)

Demais disso, após o advento da Emenda Constitucional de nº 33/01, o parágrafo 3º do art. 155 passou a ter a seguinte redação:

“§ 3º. À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do país.”

Até então, tanto a redação original da Carta Política como a redação dada pela Emenda Constitucional 03/93, referiam a vedação à instituição de novo tributo. Com a modificação acima descrita, restou vedada apenas a instituição de novo imposto. As exações em comento não são impostos e sim contribuições sociais, razão pela qual é óbvia a inoccorrência da imunidade apontada pela apelante.

Resta, por fim, enfrentar a questão da legalidade do repasse dos custos com as exações aludidas, PIS/PASEP e COFINS, ao usuário do sistema de telefonia.

O principal arrimo da pretensão do apelante é o fato de serem os tributos em tela classificados como tributos diretos, não sendo possível a sua transferência para terceiro.

Verifica-se que, no caso ora examinado, não há transferência da exação para terceiros, mas sim a repercussão econômica do seu adimplemento para o usuário final.

É, neste particular, irrelevante se nas contas dos usuários das operadoras listadas no pólo passivo os valores dos tributos apare-

cem discriminados. Não é a discriminação que altera a situação jurídica do tributo. Não se há falar em tarifas irreais, em qualquer das hipóteses. Apenas que a opção pela separação do valor dos impostos incidentes sobre o montante pago confere maior transparência ao extrato de prestação de serviços, embora, dentre as exações listadas nas contas, apenas o ICMS tenha discriminação obrigatória na nota de serviços.

A ANATEL, até meados de 2001, fixava o valor máximo das tarifas líquidas de tributos, exigindo que no valor líquido não estivesse incluída a parcela a eles correspondente, o que ensejava a sua aplicação posterior ao valor da fatura e, por conseguinte, o uso de discriminar na fatura a alíquota e o valor pagos. Com a edição do Ato nº 17.149, a Agência Reguladora passou a exigir, através do art. 2º, “os valores tarifários máximos das tarifas de uso da rede local (TU-RL), com tributos”.

Com isso, a carga tributária que as operadoras suportam deve estar incluída no valor líquido máximo da tarifa, e não ser posteriormente acrescida.

Embora questionada a validade científica da classificação dos tributos em diretos e indiretos, por não ser precisa a especificação de quem realmente responde pela carga tributária, é possível distinguir que impostos como o IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados têm como característica o repasse do valor do imposto ao consumidor, que é quem suporta o ônus da carga fiscal, sendo este o contribuinte de fato, embora o produtor seja o contribuinte de direito. O fato gerador do IPI é a saída do produto industrializado do produtor ou estabelecimento equiparado a indústria, ou a sua entrada no momento da importação. Percebe-se que o imposto adere ao produto.

No caso do PIS/PASEP e da COFINS, a incidência recai, na conformidade do disposto nos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718/98, no faturamento da pessoa jurídica, o qual é conceituado como a sua receita bruta.

Ora, incidindo sobre o faturamento total da empresa, o que no caso das operadoras de telefonia coincide, em princípio, com o total arrecadado com a cobrança de tarifas, resta evidente tratar-se de imposto direto, mesmo que, ao final, seja o custo econômi-

co da exação repassado para o consumidor final, o que não desvirtua a sua característica principal.

Quanto ao guereado repasse, trata-se do fenômeno da repercussão econômica, que em nada se confunde com a separação entre contribuinte de fato e contribuinte de direito.

O custo fiscal consta de toda e qualquer planilha de custos de quem exerça atividade comercial. Como esta busca fundamentalmente o lucro, é evidente que todo custo seja repassado ao consumidor final, prática comezinha na mercancia. Ademais, de uma forma ou de outra, toda a carga tributária é repassada ao consumidor, seja de forma clara, seja de forma disfarçada. Apenas que, é de sabença geral, o custo final de qualquer produto ou serviço está composto, também, da carga tributária até ali suportada pelos elos da cadeia econômica.

A transferência dos custos, no caso examinado, tem respaldo em previsão legal, que remete ao contrato celebrado entre a agência reguladora e as operadoras o modo de estipulação das tarifas, como salientado pelo Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria nos autos do AGTR 46.215, a este dependentes:

“É da natureza da atividade mercantil a obtenção de lucros, por isso o fenômeno da repercussão, em que se opera a transferência da carga tributária para um outro sujeito (contribuinte de fato).

Tanto é assim que, na hipótese, a própria ANATEL autoriza esse tipo de procedimento, estabelecendo, conforme se observa pelo documento de fl. 308, que o custo final a ser suportado pelo usuário desse serviço corresponde ao valor da tarifa autorizada pela concessionária acrescido do PIS/PASEP, da CO-FINS, bem como do ICMS.

Além disso, a Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, assim determina em seu art. 108, § 4º:

‘Art 108. Os mecanismos para reajuste e revisão das tarifas serão previstos nos contratos de concessão, observando-se, no que couber, a legislação específica.

(...)

§ 4º. A oneração causada por novas regras sobre os serviços, pela álea econômica extraordinária, bem como pelo aumento dos encargos legais ou tributos, salvo o imposto sobre a renda, implicará a revisão do contrato.'

Como se percebe, o ônus causado pelo aumento dos encargos tributários, salvo o imposto de renda, possibilita a modificação do contrato com o repasse do agravamento do outro contratante.”

É de ver, também, uma vez estabelecido pela norma de regência, que os reajustes das tarifas devam respeitar os contratos celebrados entre a ANATEL e as concessionárias, não se questiona no apelo o desrespeito ao estabelecido nas avenças entre a agência reguladora e as operadoras rés da presente demanda, sendo lúdima a recomposição das tarifas em busca da manutenção do equilíbrio existente na relação de custo da prestação do serviço de telefonia e sua remuneração.

Também é de se considerar que rompido o equilíbrio na relação existente entre custos e remuneração pode ser comprometida a qualidade ou até mesmo inviabilizada a prestação do serviço em exame, o que afronta claramente ao interesse público, tendo em vista ser inimaginável, no atual estágio, que se deixe de contar com os serviços de telefonia.

Forte nessas razões, nego provimento ao apelo.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 349.007-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: CYBELE SOUZA TRINDADE DA SILVA
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advs./Procs.: DRS. JOSEMARY COSTA CAVALHEIRO MENDONÇA (APTE.) E SÉRGIO COSMO FERREIRA NETO E OUTROS (APDA.)

EMENTA: Administrativo. Danos materiais. Consumidor. Responsabilidade objetiva da instituição bancária frente aos usuários. Furto ocorrido dentro da agência bancária. Indenização devida apenas por danos materiais (R\$ 600,00). - Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 27 de setembro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelação contra sentença que julgou improcedente a ação de indenização por danos morais e materiais, proposta pela Sra. Cybele Souza Trindade da Silva contra a Caixa Econômica Federal.

A recorrente manifesta o seu direito à indenização por danos morais e materiais. Primeiramente, por ter sido vítima de furto den-

tro da instituição bancária e, depois, por ter passado à condição de suspeita após a comunicação do fato e conseqüente omissão da agência.

Contra-razões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

A MM^a. Juíza sentenciante entendeu que *“o prejuízo material efetivamente ocorreu porque consta o saque de R\$ 600,00 (seiscentos reais) em seu extrato bancário (fl. 12), mas não se pode pretender imputá-lo à ré porque não resultou de ação ou omissão sua. Resultou de mero furto, como já explicitado, de que a autora foi vítima e para o qual concorreu, já que assumiu ter inserido o seu cartão e digitado os dados de acesso à sua conta, não aguardando a conclusão da operação.”*

Com o devido respeito à posição adotada pela Juíza Monocrática, entendo diferentemente. A instituição financeira tem o dever de zelar pela segurança de seus correntistas, sendo, portanto, responsável por furtos ocorridos dentro da agência bancária. Assim, a responsabilidade objetiva decorre do risco integral de sua atividade econômica, bastando apenas a existência do nexo causal entre a atuação ou omissão da instituição financeira e o resultado danoso causado a seu usuário. Ademais, a CEF não se incumbiu de descaracterizar a ocorrência, resumindo-se a eximir-se de qualquer responsabilidade.

A jurisprudência é vasta neste sentido. Cito alguns precedentes:

“Acórdão

Origem: TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO

Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL - 298.987

Processo: 200151100049992 UF: RJ

Órgão Julgador: SEXTA TURMA

Data da decisão: 08/10/2003 Documento: TRF200107050

Fonte: DJU. DATA: 22/10/2003. PÁGINA: 70

Relator(a): JUIZ GUILHERME COUTO

Decisão

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Ementa

RESPONSABILIDADE CIVIL – CONSTATAÇÃO DE INDEVIDO SAQUE EM CONTA CORRENTE MEDIANTE UTILIZAÇÃO DE CARTÃO MAGNÉTICO - DANO MORAL E MATERIAL. Correntista que foi vítima de golpe que, aplicado no interior da agência bancária, consegue a revelação da senha e o saque indevido na conta. Caracterizado o defeito do serviço, diante da manifesta violação da expectativa legítima de segurança que tem o cliente que efetua operações nos terminais de auto-atendimento situados dentro do banco (artigo 14, § 1º, da Lei 8.078/90). Instituição bancária que afirma a culpa exclusiva da vítima. Hipótese em que se afigura necessária a inversão do ônus da prova (artigo 6º, VIII, da Lei 8.078/90), para atribuí-lo ao Banco, ante a natural dificuldade da prova pela correntista, de que não efetuou os saques, e, por outro lado, a possibilidade da apresentação, pela ré, da fita de imagem gravada pelas câmeras instaladas nos terminais de auto-atendimento, e nas agências. Tal fita, que resolveria facilmente a questão, revelando quem efetuou o saque, não foi localizada pela ré. Muito mais, em relação a eventos que se repetem com freqüência, caracteriza o defeito na prestação de serviço a falta de informações adequadas, de antemão, sobre ocorrências da espécie, prevenindo o cliente-consumidor. Dano material consistente na devolução do valor sacado. Dano moral reconhecido, mas com redução do valor arbitrado, para o patamar módico. Apelação parcialmente provida.”

Data Publicação: 22/10/2003.

“Acórdão

Origem: TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO

Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL - 325.210

Processo: 200051010274611 UF: RJ

Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA

Data da decisão: 26/08/2003. Documento: TRF200106815

Fonte: *DJU*. DATA: 15/10/2003. PÁGINA: 57

Relator(a): JUIZ CARREIRA ALVIM

Decisão

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Relator(a).

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CHEQUES FURTADOS DE AGÊNCIA BANCÁRIA DA CEF.

I – Independência entre o dano material e o dano moral.

II – A CEF assume riscos de vigilância, garantia e segurança sobre o seu negócio jurídico, devendo responder pelo dano moral decorrente da ofensa e abalo de credibilidade experimentado pela autora perante terceiros em decorrência da emissão de cheques sem provisão de fundos, que foram furtados de sua agência bancária.

III – Valor da indenização fixado dentro dos critérios da razoabilidade.

IV – Apelo improvido.”

Data Publicação: 15/10/2003.

“Acórdão

Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 126819

Processo: 199700241335 UF: GO Órgão Julgador: QUARTA TURMA

Data da decisão: 15/06/2000. Documento: STJ000366350

Fonte: DJ. DATA: 21/08/2000. PÁGINA: 137 RT VOL.: 00784

PÁGINA: 186

Relator(a): ALDIR PASSARINHO JÚNIOR

Decisão: Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro César Asfor Rocha. Custas, como de lei.

Ementa:

CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. FURTO DE TALONÁRIO DE CHEQUES NO INTERIOR DE AGÊNCIA BANCÁRIA. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR. CC ART. 1.058. NÃO CONFI-

GURAÇÃO. PREVISIBILIDADE DO FATO. DANO MORAL. RESSARCIMENTO DEVIDO.

I. A segurança é prestação essencial à atividade bancária.

II. Não configura caso fortuito ou força maior, para efeito de isenção de responsabilidade civil, a ação de terceiro que furta, do interior do próprio banco, talonário de cheques e cartão de garantia emitidos em favor de cliente do estabelecimento.

III. Ressarcimento devido ao autor, pela reparação dos danos morais por ele sofridos pela circulação de cheques falsos em seu nome, gerando diversas cobranças administrativas e, inclusive, uma judicial, em que chegaram a ser penhorados, no curso de ação de execução, bens do seu patrimônio.

IV. Recurso especial não conhecido.”

Data Publicação: 21/08/2000.

Indexação: CABIMENTO. BANCO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. CORRENTISTA. MOTIVO. APARECIMENTO. PLURALIDADE. CHEQUE SEM FUNDOS. NOME. CLIENTE. DECORRÊNCIA. FURTO. TALÃO DE CHEQUES. CARTÃO DE CRÉDITO. INTERIOR. AGÊNCIA. EXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CASO FORTUITO. FORÇA MAIOR.

Referência Legislativa: CC-16 CÓDIGO CIVIL LEG_FED LEI_3071 ANO_1916 ART_1058 PAR_ÚNICO.

Entendo que a instituição financeira é obrigada a ressarcir os danos materiais provocados, no caso, pela ação de terceiro, no interior da agência, em razão da negligência de vigilância, mas não há qualquer fato imputável ao banco ou a seus prepostos do qual tenha decorrido sofrimento passível de indenização de dano moral. Observe-se que a situação sob exame é diferente daquelas enfrentadas nos precedentes acima. Houve apenas o saque fraudulento na conta do autor, suscetível de ressarcimento.

Por essas razões, dou parcial provimento à apelação, para condenar a CEF no pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais), corrigida pela taxa SELIC, que corresponde juros e correção monetária, a partir da citação. Fixo os honorários em R\$ 150,00.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 361.633-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Apelados: WLADIMIR CUTARELI E CÔNJUGE
Advs./Procs.: DRS. CONCEIÇÃO KEANE GOMES CHAVES E OUTROS (APTE.) E CLEODON FONSECA E OUTROS (APDO.)

EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE NULIDADE. CONTRATO DE MÚTUO - SFH. MAJORAÇÃO NO PREÇO. CLÁUSULA ABUSIVA. CDC. APLICABILIDADE IMEDIATA. POSSIBILIDADE. SALDO RESIDUAL EXISTENTE APÓS O PAGAMENTO DAS 180 PARCELAS ORIUNDAS DO CONTRATO DE MÚTUO. PAGAMENTO EXIGIDO POR CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA. NULIDADE COM FUNDAMENTO NO CDC. POSSIBILIDADE.

- A decisão recorrida julgou procedente o pedido deduzido, anulando a cláusula 39ª do contrato de financiamento do SFH, considerando que o mutuário já pagou todas as 180 parcelas oriundas do contrato, entendendo, ainda, pela aplicação, ao caso sub judice, do art. 6º, V, do CDC, que prevê como direito básico do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais ou a sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”, declarando, então, a nulidade da referida cláusula contratual.

- É remansosa no STJ a aplicação imediata das normas de ordem pública, a exemplo do CDC, alcançando, assim, os contratos em curso, notadamente os chamados “de trato sucessivo” ou de “execução continuada”.

- A Cláusula Trigésima Nona do contrato de mútuo em alusão prevê o resgate, pelo mutuário,

no prazo de prorrogação (90 meses), do saldo residual existente ao término do prazo de amortização normal ajustado (180 meses), em prestações mensais e sucessivas, sendo a primeira recalculada a partir do referido saldo. Findo o prazo de prorrogação e ainda remanescendo saldo, de acordo com o Parágrafo Terceiro, o mutuário á obrigado a quitá-lo, integralmente, no prazo de 48 horas, sendo o pagamento integral do resíduo condição indispensável para a liberação da hipoteca que grava o imóvel.

- Inquestionável, no caso presente, a abusividade da cláusula em comento, ao admitir que em um contrato de financiamento de imóvel pactuado em 180 meses possa, após a satisfação das parcelas devidas, por força da mencionada cláusula, resultar num saldo devedor de R\$ 269.230,40, com uma prestação mensal de R\$ 6.007,26, como pretende a CEF ora apelante, em um imóvel avaliado pela mesma em R\$ 170.365,50.

- Imperioso se impõe aplicar-se ao caso presente o CDC, que, em seu art. 51, IV, estabelece serem nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

- Quanto ao aumento da verba honorária pleiteada pelo particular no recurso adesivo, tem-se que o valor de R\$ 300,00 arbitrado na decisão recorrida, na verdade, se apresenta aquém do quanto devido pelo trabalho realizado na presente causa, que, em sendo de natureza condenatória não poderia incidir sobre o valor da causa, como pretende o recorrente, cabendo sua fixação entre 10% a 20% sobre o valor da condenação, ou, ainda, como assim procedeu o julgador singular, no arbitramento com base em valor fixo, razão pela

qual, majora-se a verba honorária para R\$ 10.000,00.

- Apelação da CEF improvida.

- Recurso adesivo do autor provido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação da CEF, por maioria de votos, dar provimento ao recurso adesivo do particular para fixar os honorários advocatícios em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), 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 outubro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de apelação interposta pela CEF e recurso adesivo do autor à sentença de fls. 280/288, da lavra do MM. Juiz Federal Substituto Tiago Antunes de Aguiar, da 5ª Vara Federal/PE, que na ação ordinária de revisão e anulação de cláusulas contratuais, referente ao mútuo atinente ao SFH, houve por bem julgar procedente em parte o pedido declinado na exordial, declarando a nulidade da cláusula trigésima nona do contrato em questão, restando por conseguinte quitada a dívida do autor com as rés CEF e ENGEA, extinguindo o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC. Condenou as rés ao pagamento das custas processuais restantes, bem como dos honorários advocatícios sucumbenciais, os quais arbitrou em R\$ 300,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. A CEF, em suas razões de apelação, sustenta a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de mútuo habitacional; afirma que o mutuário assinou contrato de financiamento habitacional sem cobertura do FCVS, não tendo contribuído para o fundo, não pode ser beneficiado pelo

mesmo; alega, ainda, que o MM Juiz *a quo* incorreu em erro ao anular a cláusula 39ª do contrato, que trata de refinanciamento de saldo residual, e não de novo saldo devedor. Pede a condenação do autor nas custas e honorários advocatícios em 20%, na forma do art. 20, § 3º e alíneas, do CPC. O autor, em seu recurso adesivo, verbera que os honorários advocatícios suportados pelas rés devem ser fixados com base no art. 20, § 3º, do CPC, tendo em vista que o valor da causa é de R\$ 100.000,00, não se enquadrando a hipótese *sub judice* no § 4º do art. 20 do CPC. Apresentadas contra-razões de apelação.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Cuida a hipótese de apelação interposta pela CEF e recurso adesivo do autor à sentença de fls. 280/288, da lavra do MM. Juiz Federal Substituto Tiago Antunes de Aguiar, da 5ª Vara Federal/PE, que na ação ordinária de revisão e anulação de cláusulas contratuais, referente ao mútuo atinente ao SFH, houve por bem julgar procedente em parte o pedido declinado na exordial, declarando a nulidade da cláusula trigésima nona do contrato em questão, restando por conseguinte quitada a dívida do autor com as rés CEF e ENGEA, extinguindo o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC. Condenou as rés ao pagamento das custas processuais restantes, bem como dos honorários advocatícios sucumbenciais, os quais arbitrou em R\$ 300,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

A CEF, em suas razões de apelação, sustenta a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de mútuo habitacional; afirma que o mutuário que assinou contrato de financiamento habitacional sem cobertura do FCVS, não tendo contribuído para o fundo, não pode ser beneficiado pelo mesmo; alega ainda, que o MM Juiz *a quo* incorreu em erro ao anular a cláusula 39ª do contrato, que trata de refinanciamento de saldo residual, e não de novo saldo devedor. Pede a condenação do autor nas custas e honorários advocatícios em 20%, na forma do art. 20, § 3º e alíneas, do CPC.

O autor, em seu recurso adesivo, verbera que os honorários advocatícios suportados pelas rés devem ser fixados com base no art. 20, § 3º, do CPC, tendo em vista que o valor da causa é de R\$ 100.000,00, não se enquadrando a hipótese *sub judice* no § 4º do art. 20 do CPC.

A douta sentença monocrática, considerando que o mutuário já pagou todas as 180 parcelas oriundas do contrato de financiamento, restando ainda um saldo devedor em torno de R\$ 270.000,00, por força da cláusula 39ª do contrato, entendeu que ao caso *sub judice* cabe a aplicação do art. 6º, V, do CDC, que prevê como direito básico do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou a sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”, declarando, então, a nulidade da referida cláusula contratual.

Importa, inicialmente, tecer breves considerações sobre a aplicabilidade do CDC às atividades bancárias. O eminente Desembargador Federal do TRF da 3ª Região, Newton de Lucca, em artigo publicado na Revista Ibero-Americana de Direito Público, II, 2000, lembra que as origens do Direito do Consumidor, em todo o mundo, acham-se visceralmente ligadas aos abusos cometidos por instituições financeiras contra os seus clientes, sublinhando ainda que em países como Estados Unidos, França, Inglaterra e Alemanha não persiste nenhuma dúvida quanto à aplicabilidade do direito consumerista às atividades bancárias e financeira.

Diz-se, e este parece ser o argumento mais apontado para furtar as instituições bancárias à submissão ao CDC, que nas atividades bancárias não há que se falar em consumidor (“pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”), visto que pela sua própria natureza a moeda circula, e só constituiria operação com o destinatário final se se tratasse de um colecionador de moedas que não as transferisse a terceiros.

Insta, porém, não olvidar – embora seja uma lição cediça – que o dinheiro é um bem juridicamente consumível, donde se dessume que, inclusive aquele que adquire moeda e a transfere a terceiro, é reputado destinatário final em face da consuntibilidade da

coisa obtida, amoldando-se, pois, no conceito de consumidor.

Como lembra Newton de Lucca, o CDC não traz apenas um conceito de consumidor, insculpe quatro: o *caput* do art. 2º, o parágrafo único desse artigo, o art. 17 e o art. 29.

Assim, apenas à guisa de ilustração, é de lembrar-se que todas as pessoas determináveis ou não, vítimas de publicidade enganosa, alvo de práticas abusivas – ainda que não adquiram produtos como destinatárias finais –, são havidas como consumidoras; também o são os que sofrerem prejuízo em decorrência de defeitos oriundos de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Nesta oportunidade, é de bom alvitre analisar, mesmo que perfunctoriamente, a aplicação do CDC aos contratos celebrados antes de sua entrada em vigor, que se deu no dia 11 de março de 1991, visto que, publicado em 11 de setembro de 1990, fixou-se o prazo de 180 dias de *vacatio legis*.

A esse propósito, veja-se o que pontifica José Geraldo Brito Filomeno *in* Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Ed. Forense Universitária, 5ª edição, pág. 24, *verbis*:

“A grande questão que se colocou, tão logo entrou em vigor o Código do Consumidor, foi a de saber-se se a nova sistemática das chamadas ‘cláusulas abusivas’ atingiria ou não os atos jurídicos praticados anteriormente.

E a orientação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, em se tratando de normas de direito econômico, sua incidência é imediata, alcançando, sim, os contratos em curso, notadamente os chamados ‘de trato sucessivo’ ou de ‘execução continuada’, em decorrência exatamente do caráter de normas de ordem pública.”

Este entendimento – o de que as normas de ordem pública têm aplicação imediata (e frise-se que o CDC estabelece normas

de ordem pública *ex vi do* seu art. 1º) – é remansoso no STJ. Citem-se, à guisa de ilustração, os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL – ACIDENTÁRIA – ADEQUAÇÃO DO BENEFÍCIO À LEI 9.032/95 – INCIDÊNCIA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

- A lei de acidentes do trabalho, por ser de ordem pública, tem aplicação imediata, alcançando casos pendentes.

- Em se tratando de adequação à lei de regência do benefício acidentário, a competência para processamento e julgamento do feito é da Justiça Estadual.

- Recurso conhecido e desprovido.”

(RESP 263970/SC, DJ 16/10/2000, Rel. Min. Jorge Scartezini)

“AÇÃO RENOVATÓRIA DE LOCAÇÃO. REAJUSTE DE ALUGUEL. PLANO REAL.

1. A nova norma econômica instituída pelo Plano Real é preceito de ordem pública, por isso que de aplicação imediata, inclusive para alcançar contrato de locação em curso.

2. Havendo sucumbência recíproca, a verba honorária deve ser fixada de forma proporcional e compensatória entre os litigantes;

3. Recurso conhecido.”

(RESP 226403/MG, DJ 05/06/2000, Rel. Min. Hamilton Carvalhido)

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PLANOS DE BENEFÍCIOS (SAÚDE E RENDA MENSAL). PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR. COMPETÊNCIA. FORO DO LOCAL DO POSSÍVEL DANO. LEI N. 8.078/90, ART. 93, I. NORMAS ADJETIVAS DE APLICAÇÃO IMEDIATA. FORO DE ELEIÇÃO REJEITADO. CONTRATO DE ADESÃO.”

(RESP 119267/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior).

Por outro lado, em relação ao mérito propriamente dito, impor-

ta destacar que o MM Juiz de primeiro grau muito bem analisou a questão posta em julgamento, de cuja sentença transcrevo os seguintes trechos:

“A principal questão a ser dirimida nos autos diz respeito ao saldo devedor e ao saldo residual existente após o pagamento por parte do autor de todas as 180 parcelas oriundas do presente contrato. Um fato que chama a atenção é a evolução do saldo devedor, sempre crescente, o que leva à conclusão de que a dívida será impagável no prazo contratual. Veja-se que, mesmo após o pagamento de todas as prestações, o valor devido, e cobrado do mutuário, gira em torno de R\$ 270.000,00, por força da cláusula 39ª do contrato em questão.

O fato exposto demonstra a existência de resíduo ao final do prazo contratual, e de valor exorbitante, ressalte-se, sendo irrazoável e injusto imputar ao mutuário a responsabilidade pelo pagamento integral desse saldo residual nas condições estabelecidas no contrato.

Nesse contexto, assim se pronunciou o eminente Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, no voto-vista proferido nos autos dos Embargos Infringentes à Apelação Cível 177.362/SE, TRF 5ª Região, 3ª Turma (retrocitado):

‘(...)

Não é aceitável a imputação ao mutuário de todos os riscos que envolvem o negócio jurídico firmado, enquanto que a instituição financeira fica salvaguardada de contínuas oscilações da economia e dos índices financeiros. Essa assertiva se impõe com ainda maior vigor quando se leva em consideração que o agente financeiro conta com uma estrutura que lhe permite conhecer em detalhes ou prognosticar as variações que refletirão nas prestações e no saldo devedor do contrato, ao passo que o mutuário dificilmente terá esse discernimento.

(...)

A cláusula de resíduo, da forma como atualmente evolui o saldo devedor, transforma mesmo o contrato de mútuo/compra e venda em contrato de aluguel perpétuo, haja vista que, não tendo o mutuário como saldar o débito residual, perderá o imóvel que acreditava estar adquirindo a cada prestação adimplida. Considerando a finalidade do contrato de mútuo, que consiste na transferência da propriedade do bem imóvel ao mutuário, restaria o referido tipo contratual, descaracterizado diante da insolvabilidade crescente imputada ao prestamista, insolvência que implicará na não transferência da propriedade da coisa fungível.

(...)'”

Mais adiante, continua o Magistrado *a quo*:

“Em síntese, a Cláusula Trigésima Nona do contrato de mútuo em alusão prevê o resgate, pelo mutuário, no prazo de prorrogação (90 meses), do saldo residual existente ao término do prazo de amortização normal ajustado (180 meses), em prestações mensais e sucessivas, sendo a primeira recalculada a partir do referido saldo. Findo o prazo de prorrogação e ainda remanescendo saldo, de acordo com o Parágrafo Terceiro, o mutuário é obrigado a quitá-lo, integralmente, no prazo de 48 horas, sendo o pagamento integral do resíduo condição indispensável para a liberação da hipoteca que grava o imóvel. Ademais, consoante o Parágrafo Segundo, no prazo de prorrogação serão mantidas a taxa de juros, sistema de amortização, o CES, bem como os critérios de atualização dos encargos mensais e saldo devedor.

A questão deve ser enfrentada sob o prisma do Código de Defesa do Consumidor, na esteira das correntes doutrinária e jurisprudencial que defendem que o contrato de mútuo habitacional encerra uma relação de consumo.

Dessa forma, tem-se que as estipulações contidas na Cláusula Trigésima Nona do Contrato de Mútuo em discussão mostram-se excessivamente onerosas para o mutuário/promovente, diante da irrealizabilidade da liquidação do débito, com a conseqüente perda do imóvel, impondo-se um pronunciamento judicial no sentido de declarar a nulidade absoluta da referida cláusula.

Convém consignar, a propósito, que a nulidade da cláusula referida será conhecida e decidida tão-só como questão prejudicial, ex vi do art. 469, inciso III, do CPC.

Com efeito, dada a característica da nulidade (absoluta de pleno direito) e a contrariedade da cláusula abusiva à Lei nº 8.078/90, que é de ordem pública e interesse social, o magistrado tem o dever de se pronunciar de ofício, independentemente de alegação da parte a quem interessa.

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), em seu art. 1º, estabelece que as normas que regulam as relações de consumo são de ordem pública e interesse social.

Por sua vez, o art. 51 do referido diploma legal prescreve:

‘Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

(...)

E a própria norma do art. 51, no § 1º, define o que seja desvantagem exagerada:

‘§1º. Presume-se exagerada, entre outros, a vantagem que:

(...)

III – se mostra excessivamente onerosa para o con-

sumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

(...)'

Diante das considerações supra, indubitavelmente, a nulidade prevista no art. 51 do CDC é da espécie *pleno iure*. E assim, tratando-se de nulidade absoluta, é viável o conhecimento de ofício, nos termos do disposto no art. 166, VII, c/c o art. 168, parágrafo único, ambos do novo Código Civil, *in verbis*:

'Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

(...)

VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.'

Em acréscimo, é bom frisar que, dada a natureza jurídica do contrato de mútuo, o mutuário possui o direito subjetivo de ver extinta a sua dívida, uma vez adimplidas as prestações no prazo ajustado. Dessa forma, a cláusula que lhe imputa a responsabilidade pelo saldo residual existente ao término do contrato, como condição para ter a dívida quitada e obter a liberação da hipoteca, o coloca em desvantagem exagerada, por restringir direito fundamental inerente à natureza do contrato e ameaçar o equilíbrio contratual.

No caso em apreço, torna-se patente a inexequibilidade do contrato em sua feição original, tendendo o valor do saldo residual a um valor bem superior ao capital mutuado.

Diante desse fato, considerando a finalidade social do Sistema Financeiro de Habitação, cujo objetivo

maior é propiciar condição de moradia própria à população menos favorecida, é de se presumir exagerada, por se mostrar excessivamente onerosa para o mutuário/consumidor, a estipulação contratual que lhe impõe a obrigação de arcar com um resíduo financeiro, ao término do prazo contratado, mesmo já tendo pago todas as prestações pactuadas. É de se destacar que, não raras vezes, o saldo residual supera o valor da avaliação do imóvel. E mesmo nessas situações, o mutuário é obrigado a refinanceiar o resíduo com juros e correção. Sem dúvida, aludida cláusula é abusiva, devendo ser considerada como não escrita, ou seja, sem qualquer validade nem eficácia.”

No caso presente, o absurdo chega ao ponto de não se poder admitir que um contrato de financiamento de imóvel pactuado em 180 meses – cujos pagamentos foram efetuados a contento pelo devedor – possa, após a satisfação das parcelas devidas, advir, por força da mencionada cláusula trigésima nona, um saldo devedor (fls. 46) de R\$ 269.230,40, com uma prestação mensal de R\$ 6.007,26, como pretende a CEF ora apelante, em um imóvel avaliado pela mesma em R\$ 170.365,50 (fls. 43).

A jurisprudência, atentando para a vulnerabilidade do consumidor, afasta a imposição de cláusulas e de condições desfavoráveis àquele, mormente quando se trata dos contratos de adesão, onde tais cláusulas são pré-definidas pelos disponentes, ficando em posição de desvantagem os aderentes. Assim, temos que as cláusulas excedentes aos limites da autotutela, que na proposta à adesão se contêm, devem, como abusivas, ser sancionadas juridicamente.

No mesmo sentido transcrevo a ementa em acórdão de minha lavra, na qualidade de Relator, na AC 144688-RN, em decisão unânime da Segunda Turma deste Eg. Tribunal:

“EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE NULIDADE. CONTRATO DE MÚTUO - SFH. MAJORAÇÃO NO PREÇO. IMPOSSIBILIDADE.

1 - CONSTANDO QUE O CONTRATO DE MÚTUO

FIXOU PREÇO ABUSIVO, IMPÕE-SE A NULIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL E A CONSEQÜENTE FIXAÇÃO DE NOVO VALOR.

2 - APELAÇÃO DA CEF IMPROVIDA.”

Assim sendo, imperioso se impõe aplicar-se ao caso presente o CDC que, em seu art. 51, IV, estabelece serem nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Irreparável, pois, resta a douda sentença monocrática apelada que, entendendo ter havido a prática de preço excessivo, o que levou a uma lesão contratual, restou por determinar a nulidade de tal cláusula.

Prejudicada encontra-se a pretensão da CEF de majoração dos honorários advocatícios.

Por outro lado, quanto ao aumento da verba honorária pleiteada pelo particular no recurso adesivo, entendo que o valor de R\$ 300,00 arbitrado na decisão recorrida, na verdade, se apresenta aquém do quanto devido pelo trabalho realizado na presente causa, que, em sendo de natureza condenatória, não poderia incidir sobre o valor da causa, como pretende o recorrente, cabendo sua fixação entre 10% e 20% sobre o valor da condenação, ou, ainda, como assim procedeu o julgador singular, no arbitramento com base em valor fixo, razão pela qual se majora a verba honorária para R\$ 10.000,00.

Por tais razões, nego provimento à apelação da CEF e dou provimento ao recurso adesivo do autor.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 364.842-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARGARIDA FELICIANA DA SILVA
Repte.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDADE
Advs./Procs.: DRS. CUSTÓDIO NETO DA SILVA E OUTRO (APDA.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE FILHO. PROVA DA CONDIÇÃO DE SEGURADO DO DE CUJUS E DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. EXISTÊNCIA. ART. 16, II, E § 4º, LEI Nº 8.213/91. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. IRRELEVÂNCIA. RESP 175.265 STJ. COMPROVAÇÃO DE MAIS DE 120 (CENTO E VINTE) CONTRIBUIÇÕES.

- A perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos.

- Conforme posicionamento jurisprudencial do STJ no julgamento do RESP 175.265, a pessoa que já contribui por 60 (sessenta) meses ou mais tem direito à percepção do benefício previdenciário, independentemente da perda da qualidade de de segurado.

- Restando comprovadas nos autos a condição de segurado do de cujus, bem como a dependência econômica da sua genitora, é devido o benefício de pensão por morte de filho, nos termos previstos no art. 16, II, e § 4º, da Lei nº 8.213/91.

- Apelação e remessa oficial, tida como interposta, improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação

e à remessa oficial, tida como interposta, 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, 1º de dezembro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

O caso é de ação ordinária ajuizada contra o INSS, cujo objetivo é a percepção do benefício de pensão por morte do filho, bem como a condenação do Instituto no pagamento das prestações em atraso, desde a data do óbito, devidamente corrigidas e acrescidas de juros de mora.

Citado, o INSS ofereceu contestação, aduzindo, preliminarmente, a falta de comprovação da qualidade de segurado do *de cuius*, e, no mérito, aduziu a necessidade da comprovação da dependência econômica. Requereu a improcedência da ação.

Réplica à contestação (fls. 29/31).

Petição do INSS requerendo a juntada de planilhas da DATA-PREV (fls. 43/56). Petição do INSS requerendo a juntada de outras planilhas da DATAPREV (fls. 71/75).

Petição da autora oferecendo rol de testemunhas (fls. 92/93).

Depoimento de testemunhas (fls. 106/108).

Razões finais (fls. 109/111).

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido, reconhecendo o direito da autora à pensão deixada pelo falecido segurado, com efeito financeiro retroativo à data em que foi protocolado o requerimento na esfera administrativa, acrescentando-se, no pagamento das verbas em atraso, devidamente corrigidas e acrescidas de juros de mora. Arbitrou os honorários em 10%, sobre o valor da condenação.

O INSS apela da sentença, requerendo a sua reforma, aduzindo que a dependência econômica, *in casu*, não é presumida preci-

sando ser comprovada.

Contra-razões (fls. 129/131).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

A questão debatida no presente recurso versa sobre a possibilidade de concessão do benefício de pensão por morte de filho, em favor da sua genitora.

Quanto à qualidade de segurado, verifico que restou comprovado que o *de cujus* já possuía mais de 120 (cento e vinte) contribuições para a Previdência Social.

A matéria, inclusive, foi bem analisada pelo MM. Juiz *a quo*, conforme trecho do *decisum* transcrito, *in verbis*:

“Com relação à primeira, entendo comprovada com as cópias de documentos de fls. 13 e 64, completadas com as informações do INSS, instruídas com documentos de fls. 45-56, dos quais se verifica que, o filho da autora à época de seu falecimento – embora não tenha sido comprovada a sua condição de empregado – tinha mais de 120 contribuições para a Previdência Social, ou seja, admitida a hipótese de seu último vínculo empregatício ter cessado em outubro de 1996, tinha ele a condição de segurado, à época do evento morte em 12 de dezembro de 1997, por encontrar-se no chamado ‘período de graça’, por força do art. 15, II, § 1º, da Lei nº 8.213/91, que prescreve o seguinte: (...)”

O art. 102 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.528/97, prescreve que a perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria daqueles que tenham preenchido os requisitos necessários a sua concessão, *in verbis*:

“Art. 102. A perda da qualidade de segurado importa em caducidade dos direitos inerentes a essa qualidade.

1º A perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos.”

O eg. STJ no julgamento do RESP nº 175265 se posicionou pelo direito ao benefício, independente da perda da qualidade de segurado, para a pessoa que já tiver contribuído para a Previdência por 60 (sessenta) meses ou mais, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO.

- Tendo o recorrente preenchido os requisitos exigidos para a concessão, idade e contribuição por 60 meses ou mais, tem direito à percepção do benefício previdenciário, independentemente da perda da qualidade de segurado quando do requerimento.

- Recurso conhecido e provido”. (Julg. 10.11.98; Relator Ministro José Arnaldo)

Continuou nesse sentido os Embargos de Divergência EREPS 175.265/SP, cuja ementa passo a transcrever, *in verbis*:

“EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. IRRELEVÂNCIA.

1. Para concessão de aposentadoria por idade, não é necessário que os requisitos exigidos pela lei sejam preenchidos simultaneamente, sendo irrelevante o fato de que o obreiro, ao atingir a idade mínima, já tenha perdido a condição de segurado.

2. Embargos rejeitados”. (Julg. 23.08.2000; DJ: 18.09.2000; pag. 00091; Relator Ministro Fernando Gonçalves)

Entendo, portanto, comprovada a qualidade de segurado do *de cujus*.

Quanto à possibilidade de a autora receber pensão por morte de filho, entendo que a previsão está contida no art. 16, II, da Lei nº

8.213/91, precisando, contudo, a comprovação da dependência, nos termos do § 4º, do citado artigo, *in verbis*:

“Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

(...)

II – os pais;

(...)

§ 4º. A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.”

Passo à análise da dependência econômica.

Verifico, às fls. 106/107, depoimento das testemunhas arroladas, ratificando as alegações constantes da inicial de dependência econômica da autora em relação ao filho falecido, senão vejamos, *in verbis*:

1ª Testemunha: Trecho do depoimento da testemunha Ivo José da Silva.

“que o depoente, em face dessas circunstâncias, sabe de ciência própria que o Sr. Edílson tinha como principal preocupação o sustento e cuidado para com sua genitora, D. Margarida Feliciano da Silva; que o Sr. Edílson costumava fazer remessas de numerário para sua mãe a bem de sua manutenção; que o Sr. Edílson era solteiro e não tinha filhos; que vivia uma vida normal mas que sobretudo se preocupava com a sua genitora.” (Fls. 107).

2ª Testemunha: trecho do depoimento da testemunha Auta Maria Ferreira.

“Que sabe, de ciência própria, que o Sr. Edílson remetia regularmente recursos financeiros à sua genitora; que a própria depoente já teve diversas oportunidades de ser portadora dos recursos financeiros remetidos pelo Sr. Edílson para sua mãe, já que a depoente também trabalhou em S. Paulo e duran-

te os períodos natalinos vinha ao Recife por ocasião de suas férias coletivas.”

Percebe-se que os depoimentos são perfeitamente coerentes, pela dependência dos pais, em relação ao filho falecido.

Além da prova testemunhal acima transcrita, colhida com as devidas cautelas do juízo, verifico, ainda, às fls. 10, prova documental, *in casu*, cópia da CTPS do falecido segurado com o registro da dependência da mãe em relação ao filho.

Entendo, portanto, que restou comprovada a dependência econômica da autora, em relação ao seu falecido filho.

Quanto ao fato de a autora já receber o amparo social, verifico que o MM. Juiz *a quo*, no seu *decisum*, analisou a questão pela opção da autora ao benefício mais vantajoso, *in verbis*:

“É de observar que, sendo reconhecido o direito da autora à pensão por morte paga pelo Regime Geral da Previdência Social, carecedora será do direito à percepção cumulativa com o benefício da LOAS, devendo, por conseguinte, optar pelo benefício mais vantajoso.”

Com essas considerações, nego provimento à apelação e à remessa oficial, tida como interposta.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 368.494-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
Apelante: UNIÃO
Apelada: MARIA DA SOLEDADE GURGEL RODRIGUES
Adv./Proc.: DR. CLAUDIONOR SOARES DA COSTA (APDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. AUSÊNCIA DE CULPA DA VÍTIMA. DANO MORAL CONFIGURADO. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Responde o Estado pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado direito de regresso contra o responsável, no caso de dolo ou culpa. Inteligência do art. 37, § 6º, da CF.**
- Presença dos elementos caracterizadores da responsabilidade objetiva (fato, dano, nexó de causalidade).**
- Ausência de prova de que a apelada tenha concorrido para o evento danoso.**
- O dano moral, de natureza extrapatrimonial, caracteriza-se, também, pela agressão a autoestima e a valores subjetivos, independentemente da repercussão negativa do fato perante o meio social do indivíduo.**
- Cabimento da indenização por dano moral.**
- Aplicação dos juros de mora no percentual de 12% (doze por cento) ao ano – de acordo com o previsto no art. 406 do Código Civil.**
- Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.**

ACÓRDÃO

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

Recife, 1º de dezembro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

A União Federal interpõe apelação de sentença do MM. Juiz Substituto da 3ª Vara Federal - RN, que julgou procedente, em parte, o pedido formulado em ação de reparação por danos morais, e a condenou ao pagamento de indenização no valor de R\$ 10.000,00

(dez mil reais), acrescido de correção monetária, juros de mora de 12% ao ano e honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor da condenação, em favor de Maria da Soledade Gurgel Rodrigues que, ao ter seu automóvel Palio marca FIAT, ano 1997, abalroado na lateral direita por veículo do Departamento da Polícia Federal/RN, sofrera diversos ferimentos, inclusive fratura na bacia, levando-a à internação hospitalar.

A sentença, ao julgar procedente o pedido, fundamentou-se na ocorrência dos requisitos necessários à caracterização da responsabilidade civil do Estado, ou seja, a ação danosa, o dano e nexo causal, pois o veículo fora retirado do estacionamento da PF por um de seus funcionários, que ainda cometeu o equívoco de deixar que um particular dirigisse o veículo, ultrapassando o sinal vermelho e causando o acidente. Salaria que é indiscutível o impacto emocional causado a uma pessoa, especialmente de idade avançada, que sofre trauma, agravado por fratura e hematomas, sendo obrigada a ficar no hospital por vários dias.

Sustenta a apelante a excludente de responsabilidade em face da ausência de nexos de causalidade, salientando que no momento do acidente o veículo era dirigido por um indivíduo estranho ao seu quadro de funcionários, de forma que não pode ser responsabilizada por atos de particulares. Alega que o dano moral não restou provado pela apelada e que a indenização fixada é exorbitante, não se coadunando com o sofrimento a ela infligido, devendo ser considerada na fixação da indenização a ausência do ânimo de ofender por parte da Administração.

Ao final, salienta a inaplicabilidade dos juros de mora no percentual de 12% (doze por cento) ao ano, requerendo a redução dos juros para 6% (seis por cento) e a diminuição do percentual fixado para a verba honorária, argumentando que a matéria não demandou um trabalho de difícil realização para o causídico.

Em suas contra-razões, a apelada ressalta a responsabilidade objetiva do Estado em face da culpa do funcionário da PF em entregar o veículo de que detinha a guarda a uma pessoa estranha, salientando a presença da dor e do sofrimento caracterizadores do dano moral e o acerto na quantia referente à indenização e à fixação dos honorários advocatícios.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

A presente demanda trata de pedido de indenização por danos morais formulado pela apelada, vítima de acidente entre seu veículo e um automóvel do Departamento da Polícia Federal/RN, que lhe causou fratura do quadril e outras lesões.

Não se justifica o argumento da União Federal de que o caso não se enquadra na responsabilidade objetiva do Estado.

O art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, adota a responsabilidade objetiva, ao atribuir às pessoas jurídicas de direito público e às prestadoras de serviço público a responsabilidade pelos danos causados por seus funcionários a terceiros, nos seguintes termos:

“Art. 37 – *omissis*.

(...)

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

Rui Stoco, analisando percucientemente a responsabilidade civil do Estado em casos de acidentes de trânsito com veículos da Administração direta e indireta, cita José Cretella Jr., explicando que “a não ser em casos raros, de culpa da vítima ou de falha inesperada da máquina, o acidente ocasionado pelos veículos públicos se reduz à culpa do agente público. Não obstante haja uma ou outra decisão em contrário, isentando o Estado da obrigação de indenizar, a regra é no sentido de responsabilizar o Poder Público, patrimonialmente, pelos danos causados por veículos do serviço a particulares (O Estado e a obrigação de indenizar, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1980, p. 239, nº 176)”. (Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial, ed. Revista dos Tribunais, 4ª edição, 1999, pág. 516).

Desponta o Magistério de Hely Lopes Meirelles, na medida em que esclarece que a adoção da teoria objetiva, adotada pela CF/88, baseia-se na teoria do risco administrativo, e não pelo risco integral, sendo facultado ao Poder Público demonstrar a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Desta forma, “a vítima fica dispensada da prova da culpa da administração, bastando provar o nexo causal entre o ato estatal e o evento danoso. Entretanto, a administração poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização (Direito Administrativo Brasileiro, 17ª edição, pp. 555/556).

Salienta Rui Stoco, que “em casos que tais o ônus da prova é invertido: ao Estado é que compete provar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior” (Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, ed. Revista dos Tribunais, 4ª edição, 1999, pág. 516).

A União Federal não produziu qualquer prova para atenuar ou eximir-se de sua responsabilidade. Cabia-lhe provar efetivamente a culpa do condutor do veículo particular para que pudesse eximir-se da responsabilidade. Não o fez.

Também a doutrina e a jurisprudência dominantes posicionam-se no sentido de que o direito à indenização exige a preexistência de um ilícito intencional, resultante de ato doloso, culpa ou má-fé do agente a quem se imputa o ato danoso.

O veículo da Polícia Federal ultrapassou o sinal vermelho, de forma que causou o abalroamento – fls. 12.

O processo administrativo disciplinar deixa clara a responsabilidade do servidor Luiz Roberto Dias, que retirou o veículo, sem autorização, do estacionamento da Polícia Federal, para sair em passeio pela cidade, conforme se depreende dos depoimentos dos funcionários responsáveis pela guarda dos veículos – fls. 92/93, 98/99 e 100/101.

Além de retirar indevidamente o carro, o funcionário ainda o utilizou para ir a uma festa, uma “seresta”, e deixou uma pessoa estranha aos quadros da Administração dirigi-lo, o que acabou

causando o acidente, conforme se depreende do depoimento do particular condutor do veículo e de outra testemunha – fls. 79/80 e 84/85.

Embora o servidor não estivesse dirigindo o veículo, era responsável pela viatura, e deveria ter cuidado redobrado, principalmente pelo fato de ter retirado o veículo sem autorização e para uso particular, restando configurada a responsabilidade do Estado e sua falta de vigilância e controle com relação aos veículos de sua propriedade, fato que por si só demonstra a responsabilidade da Administração.

O dano está caracterizado, conforme provam os laudos médicos e as fotografias da senhora – fls. 18/23 e 138/140.

Com relação aonexo causal entre o dano e o procedimento da PF, inexistê dúvída de que foi a culpa *in vigilando* da Administração que possibilitou a conduta do servidor de retirar, sem autorização, o veículo do estacionamento da PF para uso particular, causando prejuízos de ordem material e de ordem moral, consistente, no susto em face do acidente, na dor e no sofrimento causados pela fratura da bacia e pelos hematomas, e no abalo emocional decorrente de dias de recuperação hospitalar e impossibilidade de locomoção por vários dias, especialmente em se tratando de uma senhora maior de sessenta anos de idade.

Desta forma, o dano moral existe em razão da dor e do sofrimento causados a uma senhora de idade avançada que, além do susto pelo acidente, ainda teve a pélvis fraturada e foi obrigada a permanecer no hospital, causando um transtorno nas suas atividades habituais.

Sendo o dano moral de natureza extra-patrimonial, também se caracteriza pela agressão à auto-estima e a valores subjetivos individuais, independentemente da repercussão negativa do fato perante o meio social da vítima.

Portanto, o acidente causado por servidor da Polícia Federal constitui ilegalidade que, por si só, gera direito à indenização por dano moral, independentemente de prova objetiva do constrangimento ou do abalo à honra e à reputação da pessoa.

Quanto à fixação do *quantum* indenizatório, o ministro Sálvio

de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça, assim expôs sobre o dano moral, em diversos votos de sua lavra:

“(…)

iii – O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, recomendando-se que, na fixação da indenização a esse título, o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico da parte autora e, ainda, ao porte econômico da ré, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

(…)”. (RESP nº 259.816/RJ).

Com essas considerações, entendo que o montante arbitrado na sentença de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), foi compatível com os transtornos sofridos pela apelada.

Também não assiste razão à apelante quanto à aplicação dos juros de mora. A partir do dia 11 de janeiro de 2003, data da entrada em vigor do Novo Código Civil, os juros devem ser aplicados de acordo com o art. 406, que prevê que a taxa de juros legais deve ser a mesma aplicada pela Fazenda Pública para a mora no pagamento de impostos, ou seja, o percentual de 12% ao ano, nos termos do Enunciado nº 20 do Conselho da Justiça Federal sobre o Novo Código Civil, de forma que não assiste razão à apelante sobre o cabimento da redução de juros para 6% (seis por cento) ao ano.

O julgador, na fixação dos honorários, deve considerar o trabalho realizado pelo causídico, o grau de zelo e a natureza da causa. Em razão da simplicidade da causa, a sentença acertadamente condenou a União ao pagamento dos honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Com esses fundamentos, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 370.237-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelantes: JOSÉ ARRAES DE ALENCAR XIMENES E OUTRO
Apeladas: MARIA JOSÉ RODRIGUES DA SILVA E UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. THIAGO ARRAES DE ALENCAR NORÕES (APTES.) E LEDA MARIA DE MELO PESSOA LEITE

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. DOMÍNIO ÚTIL. CONEXÃO COM USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. INTERESSE DA UNIÃO. SENTENÇA ULTRA PETITA. NULIDADE PARCIAL. TRANSFERÊNCIA DO DOMÍNIO ÚTIL REGULARMENTE REGISTRADA NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS. DECRETO-LEI 9.460/46. PROCEDÊNCIA DA REIVINDICAÇÃO. POSSE DE TERCEIROS NÃO QUESTIONADA DE 1975 A 1988. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA VINTENAL NÃO CARACTERIZADA. ART. 552 DO CC/1916. IMPROCEDÊNCIA DO USUCAPIÃO. OPOSIÇÃO PREJUDICADA. APELO PROVIDO.

- Ação na qual se discute o direito de reivindicar o domínio útil de imóvel ilegítimamente ocupado por terceiro, conexas com usucapião extraordinário ajuizado pelo possessor, na qual correu, em apenso, oposição ofertada pela União.

- Em nenhum momento – quer seja na contestação, quer seja na oposição que ofereceu à ação de usucapião – a União requereu a extinção da enfiteuse, por inadimplemento no pagamento do foro, nem a devolução do imóvel, nem mesmo a cobrança de eventual dívida dele decorrente, podendo fazê-lo, porém, em ação autônoma, caso o foreiro não regularize a sua situação. Sentença ultra petita.

- Conquanto se esteja discutindo tão-somente o domínio-útil do imóvel, mantendo-se inalterada

a relação jurídica da qual faz parte a União, ela é, entretanto, interessada, porque há conexão desta ação com a ação de usucapião, da qual é parte (opoente).

- Reconhecido o direito dos reivindicantes, que encontra amparo em escritura pública de transferência do domínio útil do imóvel, contendo certidão de inscrição ao aforamento em nome do outorgante vendedor, bem como a comprovação do pagamento do laudêmio pelos outorgantes compradores (apelantes/reivindicantes), aperfeiçoando-se, assim, o registro do imóvel (art. 116 do Decreto-Lei 9.460/46).

- Posto que seja possível, em tese, a aquisição prescricional do domínio útil de imóvel foreiro (STJ, 4ª T., REsp 183.360/PE, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 08.05.2000), o usucapiente comprovou a posse inquestionada do bem objetivado no período de 1975 a 1988, não se caracterizando o decurso do prazo vintenal do art. 552 do antigo Código Civil, vigente à época do início da posse. Improcedência da ação de usucapião, prejudicada a oposição.

- Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, acolher a preliminar de nulidade parcial da sentença, e dar 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, 22 de novembro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de ação proposta por José Arraes de Alencar Ximenes e outro, na qual reivindicam a propriedade do imóvel situado em terreno acrescido de marinha, na rua Antônio Rabelo, 160, Bairro da Torre, Recife/PE, adquirido em 27/04/1985 de Everardo Guerra de Andrade, esposa e filha, e ocupado indevidamente pelo espólio de Maria José Rodrigues da Silva.

A parte ré excepciona a causa de usucapião extraordinária do domínio útil do imóvel, ajuizada anteriormente à ação reivindicatória, ao passo em que a União opõe-se formalmente às pretensões anteriormente citadas, argumentando que o bem em questão é bem público de seu domínio, portanto insuscetível de aquisição, quer seja por usucapião, quer seja pela via reivindicatória.

A r. sentença acolheu a oposição, julgando improcedentes os pedidos reivindicatório e usucapiendo, com os seguintes fundamentos:

a) os reivindicantes pretendiam, originalmente, reaver bem próprio de quem injustamente o possuía, porém, após noticiado nos autos que o imóvel em questão era bem público, inovaram ao pedido, para a partir de então reclamar o domínio útil sobre a coisa objetivada, em flagrante violação ao art. 264 do CPC;

b) o imóvel em apreço vinha sendo aforado por anterior possuidor, que deixou de honrar o foro, extinguindo-se a enfiteuse que recaía sobre o bem, e assim devolvendo-se à União o domínio pleno sobre ele; e

c) a ação de usucapião para a aquisição do domínio útil não encontra sustentáculo na comprovação da existência de justo título ou da boa-fé dos possuidores.

Irresignados, os reivindicantes interpuseram a presente apelação cível, alegando, em síntese:

a) a nulidade da sentença recorrida, que julgou a oposição além dos limites da lide, pois nesta a União, em nenhum momento, pediu a extinção da enfiteuse incidente sobre o imóvel em tela, por

inadimplência no pagamento do foro devido;

b) a ilegitimidade passiva da União, porque está sendo discutido tão-somente o domínio-útil do imóvel; e

c) não é descabido o pedido reivindicatório cujo objeto é imóvel situado em terreno de marinha, pois tal pleito refere-se exatamente ao exercício dos direitos de enfiteuse que os recorrentes detêm sobre o bem, e que tem sido obstado em função da retenção injusta da posse do imóvel pelo espólio de Maria José Rodrigues da Silva.

A União ofereceu contra-razões, nas quais pugnou pela manutenção da sentença, por seus próprios fundamentos.

O espólio não apelou, nem ofereceu resposta ao recurso.

Recebida a apelação, subiram os autos a esta Corte, vindo-me conclusos.

O Ministério Público Federal interveio regularmente no feito.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Cumprido, de início, apreciar as preliminares argüidas no apelo.

A União opôs-se à ação de usucapião extraordinária ajuizada em face da apelante por Maria José Rodrigues da Silva, posteriormente sucedida por seu espólio, formulando na exordial (fls. 02/04 dos autos apensos de nº 2) os seguintes pedidos: a) o reconhecimento do direito da opoente sobre o imóvel, haja vista tratar-se de terreno acrescido de marinha; e b) a extinção da ação de usucapião, sem julgamento de mérito, ante a impossibilidade jurídica da invocação, pelos autores usucapiendos, da prescrição aquisitiva do domínio útil de imóvel do domínio da União.

Demais disso, na contestação oferecida pelo ente federativo nos autos principais da ação reivindicatória (fls. 157/166), foi argüida a impossibilidade jurídica do pedido e a inépcia da inicial, sustentando-se, no mérito, a improcedência do pedido por ausência de amparo legal.

Como se vê, em nenhum momento a União pediu a extinção da enfiteuse incidente sobre o imóvel em tela, por inadimplência no pagamento do foro devido. A declaração nesse sentido, contida no *decisum* vergastado, está em descompasso com o postulado na peça vestibular da oposição e, portanto, acometida de nulidade sanável por este Tribunal Regional.

A sentença deverá ser a resposta jurisdicional precisa ao pedido do autor, devendo conter-se nos limites em que este formulou. Diz o artigo 460 do CPC: “*É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior.*”

A esse respeito, ensina Humberto Theodoro Júnior:

“O defeito da sentença *ultra petita*, por seu turno, não é totalmente igual ao da *extra petita*. Aqui, o juiz decide o pedido, mas vai além dele, dando ao autor mais do que fora pleiteado (art. 460).

A nulidade, então, é parcial, não indo além do excesso praticado, de sorte que, ao julgar o recurso da parte prejudicada, o Tribunal não anulará todo o decisório, mas apenas decotará aquilo que ultrapassou o pedido.”

Acolhida a preliminar, eliminando-se o excesso, a decisão passa a limitar-se aos termos da lide.

Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva da União, não assiste razão à apelante. Embora se esteja discutindo tão-somente o domínio útil do imóvel, mantendo-se inalterada a relação jurídica da qual faz parte a União, ela é, entretanto, interessada, porque há conexão desta ação com a ação de usucapião, da qual é parte (oponente).

Passo a examinar o mérito do apelo.

A circunstância de o bem objetivado constituir terreno de marinha não foi levada ao Juiz *a quo* de forma tardia, pois consta na inicial da ação reivindicatória, recebida em 16/08/1988, que os seus ocupantes pretéritos pagavam o foro devido, bem como menciona contrato de compromisso de transferência de uso do imóvel, expressamente caracterizado como “situado em terreno acrescido

de marinha” (fls. 08/09).

Ademais, a resposta apresentada pelos réus (fls. 15/16) e a escritura pública de compra e venda do domínio útil do imóvel (fls. 40/42) não trouxeram fatos novos que ensejaram a modificação do pedido inaugural, mas tão-somente corroboraram os fatos narrados na exordial. Ressalte-se que só a partir desse momento é que o Juízo originário, o da 5ª Vara Cível de Recife/PE, mandou ouvir a União, vindo depois, somente em 29/09/2000 (fl. 134), a declinar de sua competência em favor da Justiça Federal.

Dessa forma, não houve tardia inovação ao pedido. Na verdade, pode-se dizer, tardias foram as providências judiciais tomadas para confirmar a natureza patrimonial do bem, que poderiam ter sido efetivadas logo no início do feito, em 1988, e não doze anos depois, em 2000.

Por outro lado, não se afigura inviável a discussão acerca da transferência do domínio útil de imóvel pertencente à União, eis que tal ato negocial, quando praticado *inter vivos*, por particulares, é previsto no art. 116 do Decreto-Lei nº 9.760/46, que tem a seguinte redação:

“Art. 116. Efetuada a transação e transcrito o título no Registro de Imóveis, o adquirente, exibindo os documentos comprobatórios, deverá requerer, no prazo de 60 (sessenta) dias que para o seu nome se transfiram as obrigações onerosas.

§ 1º A transferência das obrigações será feita mediante averbação, no órgão local do SPU, do título de aquisição devidamente transcrito no Registro de Imóveis, ou, em caso de transmissão parcial, do terreno mediante termo.

§ 2º O adquirente ficará sujeito à multa de 0,05% (cinco centésimos por cento), por mês ou fração, sobre o valor do terreno e benfeitorias nele existentes, se não requerer a transferência dentro do prazo estipulado no presente artigo.”

Ressalte-se que, à época da lavratura da escritura pública de fls. 40/42 (28/08/1990), já não se exigia a expedição de alvará de licença pelo Serviço de Patrimônio da União, em virtude da revo-

gação do art. 117 da mencionada norma, pelo Decreto-Lei nº 2.398/87. Necessário se faz, agora, comprovar a regularidade do registro público e a transferência das obrigações (o pagamento do foro), mediante a averbação, no órgão local do SPU, do título de aquisição devidamente transcrito no Registro de Imóveis.

A escritura pública de compra e venda do domínio útil do bem em apreço contém, ao final, a certidão de inscrição ao aforamento em nome do outorgante vendedor, Everardo Guerra de Andrade, bem como comprova o pagamento do laudêmio pelos apelantes (outorgantes compradores), aperfeiçoando-se, assim, o registro do imóvel.

É certo que os autos não demonstram a transferência das obrigações, pois a Delegacia do Patrimônio da União em Pernambuco informou serem foreiros Everardo Guerra de Andrade e esposa (fl. 112), os quais, sabe-se, repassaram seus direitos de foreiros aos apelantes.

No entanto, como já disse no julgamento da preliminar, em nenhum momento a União requereu a extinção da enfiteuse, por inadimplemento no pagamento do foro, nem a devolução do imóvel, nem mesmo a cobrança de eventual dívida dele decorrente, podendo fazê-lo, porém, em ação autônoma, caso o foreiro não regularize a sua situação.

Aqui o que se discute é o direito dos apelantes, que efetivamente possuem a titularidade do domínio útil do imóvel ocupado injustamente pelo espólio de Maria José Rodrigues da Silva.

Posto que seja possível, em tese, a aquisição prescricional do domínio útil de imóvel foreiro (STJ, 4ª T., REsp 183.360/PE, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 08.05.2000), é inquestionável que o espólio recorrido não comprovou a posse mansa e pacífica do bem que busca usucapir, pelo prazo de 20 anos do art. 552 do antigo Código Civil, ainda vigente à época do início da posse (1975), bem anterior, portanto, à CF/88 (art. 183).

Com efeito, os documentos que subsidiam o pedido de usucapião extraordinário consistem em faturas de água e luz datadas de 1975 e, tendo havido resistência dos apelantes, que reivindicaram o imóvel em 16/08/1988, não se verifica o transcurso do lapso

vintenal capaz de amparar o direito dos usucapientes.

Portanto, não sendo justa a posse dos ocupantes do imóvel descrito na inicial, merece reforma a r. sentença, para acolher o pleito de reivindicação do domínio útil do referido bem, julgando-se improcedente a oposição, e mantendo-se, por fundamentos diversos, a improcedência do pedido de usucapião. Invertido o ônus da sucumbência, deixo de condenar o espólio às verbas correspondentes, por ser beneficiário da justiça gratuita.

Ante o exposto, acolho a preliminar, e dou provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 376.602-PB

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: UNIMED - JOÃO PESSOA - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
Apelado: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
Repte.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDADE
Advs./Procs.: DRS. CAIUS MARCELLUS DE ARAÚJO LACERDA E OUTROS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DECISÃO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. EXECUÇÃO. SUJEIÇÃO DAS COOPERATIVAS MÉDICAS. REGULARIDADE PROCEDIMENTAL. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. ILEGALIDADE.

- As normas concorrenciais devem ser aplicadas às sociedades cooperativas, pois o art. 15 da Lei 8.884/94 engloba qualquer ente público ou privado que tenha conduta contrária à concorrência, independentemente de visar ao lucro, além de

não haver isenção expressa nem implícita das cooperativas da adjudicação concorrencial.

- Enquanto que a determinação da existência de infração à ordem econômica encontra-se na esfera de competência do CADE, que, fazendo uso do seu expertise, decidiu pela ocorrência de conduta anticoncorrencial no caso concreto, cabe ao Judiciário observar a legalidade e regularidade formal do procedimento, âmbito em que não se vislumbram vícios.

- A representação do Ministério Público ao CADE se deu de forma regular e o Termo de Ajustamento de Conduta firmado anteriormente não retira a competência do CADE de atuar na tutela da ordem econômica e no resguardo dos interesses da coletividade.

- A Lei 5.764/71, que institui a Política Nacional de Cooperativismo, deve ser interpretada em harmonia com os princípios consagrados pela nova ordem constitucional, entre os quais o da livre concorrência e da defesa do consumidor (art. 170, IV e V da CF).

- A cláusula de exclusividade afronta o art. 18, III, da Lei 9.656/98, segundo o qual é vedada a imposição a profissionais de saúde de contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, 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, 31 de janeiro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI -
Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de apelação contra sentença que julgou improcedentes os embargos à execução opostos contra o CADE. O crédito em execução refere-se à quantia correspondente à multa aplicada em Processo Administrativo, que se desenrolou na citada autarquia, contra a UNIMED-João Pessoa.

Em suma, a apelante afirma que o fato de ser sociedade cooperativa a exime de ser alvo da aplicação da Lei nº 8.884/94, a qual embasou a imposição da multa por infração à ordem econômica. Pela inteligência do art. 15, argumenta a apelante que, por não ter finalidade de lucro, não se subsume à lei concorrencial. Em seguida, argüi a ilegitimidade do Ministério Público do Estado da Paraíba para ser parte ativa no Processo Administrativo, já que o mesmo havia efetuado Compromisso de Ajustamento de Conduta com a apelante. Argumenta também que os interesses da coletividade já estariam resguardados após o termo de ajustamento.

Afirma ainda que é legal o ato da apelante, com base no estatuto social, de exigir a exclusividade dos seus cooperados, não permitindo que estes se vinculem a entidades congêneres que atuem no mesmo campo econômico da cooperativa, com base na Constituição Federal em seu art. 174, § 2º, nos arts. 3º, 4º, 21, 29 e 38 da Lei nº 5.764/71, que define a Política Nacional do Cooperativismo, e no Código de Ética Médica. Coleciona jurisprudência a respeito da legalidade da exigência de fidelidade da cooperativa, no combate à dupla militância. Por fim, traz à colação posição do Conselho Federal de Medicina e dos Conselhos Regionais sobre a matéria.

Nas contra-razões, o CADE alega que a apelante pratica atos de comércio como qualquer outra empresa no mercado de planos de saúde, realizando assim atividades mercantis. Argumenta que cabe à autarquia, no exercício de sua competência constitucional e legal, zelar pela ordem econômica, em benefício da coletividade.

Lembra que a partir da Medida Provisória 2.177-44/01, aplica-se às cooperativas o art. 18, III, da Lei nº 9.656/98, que estatui a vedação às operadoras de impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional. Argumenta que a atuação do CADE é de ordem pública e que não participou do Termo de Ajustamento de Conduta. Por fim, alega que a jurisprudência trazida pela apelante não discute os efeitos da exclusividade na ordem econômica.

Subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

A presente apelação levanta questões que dizem respeito à execução das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

1. Em breve resumo, a defesa da concorrência no País está estruturada em torno do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, cujo modelo institucional abarca, no âmbito do Ministério da Justiça, o CADE e a Secretaria de Direito Econômico - SDE e, na estrutura do Ministério da Fazenda, a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE. A Lei base do SBDC é a Lei nº 8.884 de 11 de maio de 1994, segundo a qual compete ao CADE, em suma, zelar pela observância da lei e seu regulamento, decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas, além de aprovar os atos de concentração submetidos ao sistema.

2. O direito da concorrência, derivado dos princípios constitucionais da ordem econômica, é aplicável a todos os setores da economia. Segundo o artigo 15 da Lei nº 8.884/94, tal diploma normativo se aplica às pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades de pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporaria-

mente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Sobre a aplicação da Lei Antitruste às sociedades cooperativas, é recorrente na doutrina moderna o reconhecimento de que a abrangência do art. 15 da Lei nº 8.884/94 não se resume a entes privados que visem ao lucro, mas a qualquer ente que tenha conduta contrária à concorrência. A doutrina evoluiu e amadureceu desde 1994, período em que compreendeu melhor os objetivos da norma antitruste; por isso, diz-se que o Direito Concorrencial no Brasil é processo em construção.

3. Apesar de ser possível que, por lei, determinado setor fique imune à aplicação de lei concorrencial, não há isenção expressa nem implícita das cooperativas. A mera submissão a normas que regulamentam o setor específico não faz com que determinados entes sejam imunes à aplicação da normativa concorrencial. As pessoas jurídicas de direito privado, foco tradicional das normas antitruste, devem ter a consciência que lhes são aplicáveis independentemente tanto as normas concorrenciais quanto as setoriais. A empresa apelante faz parte de um mercado relevante em que compete com empresas de mesmo formato ou de formato variado.

4. No que se refere ao argumento da falta de legitimidade do Ministério Público Estadual para ser parte ativa no processo administrativo, vale ressaltar que este ente tem legitimidade de figurar como representante em processos administrativos de condutas. O processo administrativo é instaurado pela especificação dos fatos a serem apurados, exarado em despacho fundamentado do Secretário de Direito Econômico até oito dias do conhecimento do fato, da representação ou do término das averiguações preliminares.

Pode o CADE, portanto, instaurar procedimento administrativo por mero conhecimento do fato, independentemente de representação. Mesmo assim, conforme o relatório em Processo Administrativo (fls. 331/334), a SDE instaurou processo contra a UNIMED com base em representação do Ministério Público de 18 de julho de 1997. A partir daí, foi realizada regular instrução pelo órgão, que concluiu pela existência de dominação de mercado pela

UNIMED, prejudicando a livre concorrência e encaminhou para julgamento no CADE.

Não se vislumbra qualquer vício na representação do Ministério Público. O mero fato de haver um Termo de Ajustamento de Conduta (fls. 93/94), firmado em 26 de junho de 1997, não tira a legitimidade do CADE para analisar as condutas. O compromisso firmado em tal documento objetivou tão-só a admissão como credenciados de todos os cooperados que foram excluídos ou eliminados da cooperativa por dupla militância. Buscou, é certo, salvaguardar os interesses dos consumidores na escolha da aquisição de bens e prestação de serviços e garantir a qualidade dos serviços prestados.

A tutela da ordem econômica pelo CADE, contudo, vai mais além. Visa à proteção da concorrência como um valor, que traz reflexos em vários campos, sendo o mais relevante o terreno do consumidor. Vale lembrar que não só a realização do ato prejudicial à concorrência, mas também a tentativa de produzi-lo configuram condutas passíveis de aplicação de multa. Portanto, mesmo que com o ajustamento da conduta a prática tivesse cessado, o fato de ter sido praticada já enseja a atuação do CADE.

5. No que tange ao argumento de que a previsão estatutária da impossibilidade de dupla militância vai ao encontro dos interesses de manutenção da própria cooperativa, isto é, a legalidade da exigência de fidelidade da cooperativa se coaduna com a essência do cooperativismo, vê-se que a apelante se desdobra acerca da natureza jurídica das cooperativas e insere o fenômeno dentro da Política Pública Cooperativista, expressa em normas jurídicas. Vale enfatizar, porém, que a previsão constitucional de incentivo ao cooperativismo (art. 174, § 2º) se harmoniza com o preceito da repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4º).

A regulação das cooperativas, através da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que define a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, delinea os espaços de atuação das mesmas. Cabe às autoridades antitruste reconhecer tais espaços de condutas permitidas e identificar as condutas anticoncorrenciais.

É de se observar a existência de atividades ou setores que

tenham imunidade antitruste por opção explícita da política governamental através de disposição expressa em lei. Só é viável excluir da aplicação da norma algum ente ou setor, se houver lei específica que consubstancie determinada política pública setorial. Além disso, outras ações ou condutas vêm sendo reconhecidas como imunes por critérios implícitos, ou seja, determinadas características impostas pelo modelo de regulação a partir dos standards normativos estabelecidos. Tal, contudo, não é o caso do setor de cooperativas.

6. Sobre o argumento da legalidade do ato da apelante em exigir exclusividade dos seus cooperados, não permitindo que estes se vinculem a entidades congêneres que atuem no mesmo campo econômico da cooperativa, vale salientar que não se trata de saber se tal disposição é legal ou ilegal de acordo com as normas do setor. No caso presente, importa saber se, dentro do espaço de atuação das cooperativas, a instituição da fidelidade naquele caso concreto teve o condão de trazer prejuízos à concorrência.

7. As decisões do CADE são emanções da Administração Pública, sendo, portanto, atos administrativos. Os limites da análise judicial dos atos do Conselho são definidos nos mesmos moldes do controle dos atos administrativos em geral. Todas as questões que envolvam a apreciação da legalidade podem ser submetidas ao Poder Judiciário, ou seja, as que se referem à observância dos limites que a própria lei impõe.

Devem voltar-se, portanto, à competência, à forma e à legalidade procedimental, não podendo interferir *a priori* no conteúdo da decisão, apesar de que os atos e decisões administrativas devam, ao se concretizar, demonstrar razoabilidade e proporcionalidade, o que implica numa avaliação, ainda que restrita, do mérito. Assim, a análise judicial não pode modificar o juízo de valor a respeito de determinada situação. Passar a discutir neste âmbito se de fato há prejuízo à concorrência no caso concreto seria invadir o mérito da decisão do CADE, isto é, definir se houve ou não abuso do poder econômico no caso específico é ultrapassar as competências institucionais.

8. A determinação de se houve ou não infração à ordem eco-

nômica encontra-se na esfera de competência do CADE, que a reconheceu em sua decisão de fls. 335/337 exarada em 7 de julho de 1999. Assim, o ente nacional competente para adjudicação concorrencial analisou detidamente a questão, fazendo uso do seu *expertise* na matéria e decidiu que naquele caso concreto a determinação de fidelidade configura conduta danosa à concorrência.

Entre outras coisas ficou demonstrado o domínio de mercado em algumas especialidades por parte da apelada, o que poderia resultar em prejuízo à concorrência, de acordo com os arts. 20, I, II e IV e 21, IV, V, VI da Lei. Foram esses os fundamentos da decisão do CADE, e é nesses termos que foi imposta a multa, dentro das competências do órgão e de acordo com a forma prevista em lei.

9. Vale salientar que, muitas vezes, os litígios são encarados como etapa protelatória das decisões administrativas e isso traz graves prejuízos sociais e de efetividade das decisões. O amadurecimento da interpretação dos critérios e hipóteses previstos na legislação específica depende especialmente do intercâmbio exegético entre autoridades administrativas e judiciárias. A eficácia de um sistema antitruste depende firmemente da consciência dos magistrados das atribuições do CADE. Um dos aspectos mais importantes da aplicação da lei concorrencial é a efetividade das sanções, representada pela aplicação da multa até sua execução, etapa em que o Judiciário exerce papel indispensável.

É nesse sentido que se encaminham as sugestões da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) no documento “Lei e Política de Concorrência no Brasil – uma Revisão pelos Pares”, que, entre outras coisas, sugere levar em consideração a possibilidade de criação de varas especializadas e turmas recursais para resolver os problemas atinentes à ordem econômica, para melhor solucionar os casos que envolvam matérias que, de alguma forma, envolvam questões econômicas como as que envolvam agências reguladoras ou direito da concorrência. A transparência é uma característica importante no processo de tomada de decisão pelas agências de concorrência e não é possível orientar adequadamente o setor privado se as políticas de aplicação da lei forem imprevisíveis.

10. Mesmo que fosse o caso de discutir a legalidade da exclusividade, são expressas as determinações dos arts. 1º e 18, III, da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde:

“Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

Omissis (...)

§ 2º Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração.

Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, implicará as seguintes obrigações e direitos:

Omissis (...)

III - a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.”

Nesse mesmo sentido encaminha-se a jurisprudência:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DECISÃO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. NECESSIDADE. SEGURANÇA DO JUÍZO. SUSPENSÃO. EXECUÇÃO. COOPERATIVA MÉDICA. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. ILEGALIDADE.

1. Segundo previsto no art. 65 da Lei 8.884/94, ‘o oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise à desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias’.

2. Mesmo que se possa entender que a Lei 5.764/71 admite a imposição de cláusula de exclusividade aos profissionais das cooperativas médicas, como essa lei é anterior à Constituição Federal de 1988 e à Lei 8.884/94, não restam dúvidas de que deve ser interpretada em harmonia com os princípios consagrados pela nova ordem constitucional, entre os quais o da livre concorrência e da defesa do consumidor (art. 170, IV e V, da CF).

3. A cláusula de exclusividade afronta o art. 18, III, da Lei 9.656/98, segundo o qual é vedada a imposição a profissionais de saúde de contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

4. Dá-se provimento ao agravo de instrumento.”
(AG 2002.01.00.002752-0/DF, Rel. Desembargador

Federal Tourinho Neto, Segunda Turma, *DJ* de 17/10/2003, p.11). Da mesma forma, (AG 2002.01.00.030647-0/DF, Rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Sexta Turma, *DJ* de 26/05/2003, p.182).

Por todo o exposto acima, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 4.296-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelantes: DIVA MARIA MONTENEGRO MELO DE AZEVEDO E FRANCISCO MONTENEGRO DE MELO
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Advs./Procs.: DRS. ÁRTHUR EDUARDO DE OLIVEIRA CARVALHO E OUTRO (APTE.)

EMENTA: PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. AUTORIA IDENTIFICADA APENAS ATRAVÉS DO CONTRATO SOCIAL DA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO BASEADA EM RESPONSABILIDADE OBJETIVA. EXISTÊNCIA DE PROVAS TESTEMUNHAIS APONTANDO OUTRO AGENTE COMO O AUTOR DOS ILÍCITOS. PERSISTÊNCIA DE DÚVIDA RAZOÁVEL QUANTO À AUTORIA. PROVIMENTO DA APELAÇÃO QUE SE IMPÕE.

- Tratando-se de empresa prestadora de serviços de análises médicas, empresa tipicamente familiar, onde figuram como sócios dois irmãos médicos, não é inverossímil a tese da defesa, comprovada por diversos testemunhos, de que um terceiro era o administrador de fato. Por outro lado, não conseguindo demonstrar com outras provas que não o contrato social da empre-

***sa, de que eram realmente os apelantes os verdadeiros administradores, persiste uma dúvida razoável quanto à autoria ilícita, impondo-se a absolvição por ausência de provas.
- Apelação provida.***

ACÓRDÃO

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

Recife, 25 de outubro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuidam os autos de apelação criminal interposta por Diva Maria Montenegro Melo de Azevedo e Francisco Montenegro de Melo, irresignados com a sentença da lavra do Dr. Gustavo Pontes Mazzocchi, MM. Juiz Federal Substituto da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco que, entendendo provadas a materialidade e autoria do ilícito de apropriação indébita previdenciária, cometido de forma continuada, condenou-os a três anos e quatro meses de reclusão e multa, substituindo, ao final, a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consubstanciadas na prestação de serviços à comunidade e em prestação pecuniária.

Sustentam os apelantes que, apesar de estar caracterizada a materialidade delituosa, não podem ser condenados pelo ilícito de apropriação indébita previdenciária, já que a autoria do crime deve ser imputada ao administrador de fato da empresa, posto que seriam sócios-gerentes apenas de direito e não de fato. Afirmam que produziram prova nesse sentido, pugnando pela reforma da sentença. Narram ainda os apelantes que a empresa passava por di-

ficuldades financeiras que impossibilitaram o regular cumprimento das obrigações tributárias, fato excludente de culpabilidade, além de que não ter sido provado o enriquecimento ou apropriação pessoal dos valores não repassados à previdência pública. Por fim, asseveram que houve ilícito civil e não penal, não existindo dolo em suas condutas, pugnando pela reforma da sentença, com a proclamação de suas absolvições.

Nas contra-razões apresentadas, o Ministério Público sustenta que, mesmo se houvesse um terceiro que de fato exercesse a gerência da empresa dos apelantes, não estaria afastado o efetivo poder decisório dos apelantes, caracterizando-os como autores últimos dos ilícitos. Afirma que para a configuração do crime de apropriação indébita previdenciária, não há a exigência da detenção da coisa apropriada, tratando-se de crime que se consuma com o não recolhimento da exação. Sustenta ainda tratar-se de ilícito que não exige o dolo específico, cuidando-se de crime omisivo próprio ou de simples conduta. Ao argumento de que não há prova suficiente de circunstâncias impeditivas do cumprimento das obrigações tributárias por parte dos apelantes, afirma inexistir excludente de culpabilidade, requerendo a confirmação da sentença condenatória.

A douta Procuradoria Regional da República, pelo Dr. Rogério Tadeu Romano, concorde com os argumentos expostos nas contra-razões, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Da análise das notificações de lançamentos de débitos sob responsabilidade da empresa dos apelantes; do testemunho do auditor fiscal que procedeu à fiscalização e dos testemunhos produzidos pela própria defesa, resta indubitosa a materialidade delictiva, em sua forma continuada, já que não houve o repasse à previdência pública dos valores descontados dos salários dos empregados da empresa dos apelantes.

Não há excludente de culpabilidade, na forma de inexigibilidade de conduta diversa, posto que não se demonstrou, à saciedade, que a empresa passava por dificuldades tais que a impedissem de cumprir as suas obrigações tributárias, até porque continuou a pagar pró-labore aos apelantes.

Também não milita em favor dos apelantes a tese de inexistência de dolo específico, já que o crime tipificado no artigo 168-A do Código Penal é omissivo próprio, conforme pacificado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça. Leia-se:

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 366 DO CPP. DELITO PRATICADO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI 9.271/96. FALTA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCONTADAS DE EMPREGADOS. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. CRIME OMISSIVO PRÓPRIO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO. ENTENDIMENTO PACIFICADO NA 3ª SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça proclama que o disposto no artigo 366 do Código de Processo Penal, com a redação da Lei nº 9.271/96, não se aplica aos crimes ocorridos antes de sua vigência.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do ERESP nº 331.982/CE, pacificou entendimento de que o crime de apropriação indébita previdenciária caracteriza-se pela simples conduta de deixar de recolher as contribuições descontadas dos empregados, sendo desnecessário o *animus rem sibi habendi* para a sua configuração.

3. Trata-se, pois, de crime omissivo próprio ou puro, que se aperfeiçoa independentemente do fato de o agente (empregador) vir a se beneficiar com os valores arrecadados de seus empregados e não repassados à Previdência Social.

4. A exigência do dolo específico tornaria praticamente impossível atingir o objetivo do legislador ao edi-

tar a norma contida no art. 168-A do Código Penal, que é o de proteger o patrimônio público e os segurados da Previdência Social.

5. Recurso especial desprovido.”

(REsp 448.629/PR; Relator: Ministro Paulo Galotti; Órgão Julgador: Sexta Turma; Data do Julgamento: 27/04/2004; Data da Publicação/Fonte: *DJ* 16.05.2005 p. 428)

Quanto à caracterização das ações dos apelantes como ilícito civil e não penal, trata-se de discussão que se operou com maior vigor por força da edição da Lei nº 8.866/94, ocasião em que o legislador enquadrou a mesma conduta como ilícito civil. No entanto, mesmo naquela ocasião, a conduta continuou típica, conforme decidiu esta Corte quando do julgamento do Recurso Criminal Nº 116/CE, encontrando-se agora totalmente superada.

No entanto, não há certeza de autoria para ensejar a condenação dos apelantes.

É que a denúncia foi estribada exclusivamente no que consta no contrato social da empresa, de onde se depreende serem os apelantes os administradores, responsáveis portanto pelo não-recolhimento das contribuições previdenciárias. No entanto, desde a seara inquisitorial e por toda a fase de instrução processual, os réus afirmaram que eram profissionais da área de saúde, não entendendo de gerenciamento de empresas, de maneira que delegaram a um terceiro, objetivamente identificado, a atribuição de gerência de fato, inclusive as ações pertinentes ao pagamento de tributos. Sobre esses fatos, provas há:

“Que como Contador prestou serviços ao Laboratório Diva Montenegro Melo Ltda, no período de 1988 a meados de 2001; **que**, quando iniciou seus trabalhos, a contabilidade da empresa estava atrasada; **que**, Dona Ana Montenegro era responsável pelo Setor Administrativo e Dona Jocelina trabalhava com Dona ANA; **que a Gerência do laboratório tinha como responsável Dr. Frederico;**” (fl. 166 – testemunho de José Maurício de Vasconcelos, ex-contador da empresa)

“Que, a declarante se aposentou em outubro de 1997, mas permaneceu na empresa até novembro de 2001, tendo Iza lá permanecido; que, a administração do laboratório ficava a cargo de Dr. Fred; que, não sabe informar quem o substituiu após o seu falecimento, pois se desligou da empresa;” (fl. 170 – testemunho de Jocelina da Silva Santos, ex-funcionária da empresa)

“Que ela depoente é professora universitária aposentada e vive da prática de medicina laboratorial; que por não ter nenhuma aptidão para administração de empresa, assim como não tem seu irmão Francisco até sua morte em 2001 quem cuidava da administração do laboratório, inclusive de direção dos empregados era o falecido médico Frederico Farias;” (fls. 193 e 194 – interrogatório da apelante em juízo)

“Que ela depoente é procuradora de sua irmã Diva, responsabilizando-se pela assinatura de cheques; que os cheques emitidos pelo laboratório são entregues à depoente já devidamente preenchidos, limitando-se ela a assiná-los; que a administração do laboratório era entregue ao seu falecido cunhado Dr. Frederico Farias até a morte deste em 2001” (fl. 195 – interrogatório de Ana Maria Montenegro de Melo, ex-funcionária da empresa)

“QUE é verdade que tomou conhecimento de que o laboratório de que ele é sócio garante está em débito com o INSS quanto às contribuições previdenciárias dos seus empregados; que tanto ele como sua irmã Diva Maria Montenegro não tinham nenhuma participação direta na participação da empresa, que até há pouco tempo era entregue a um médico de nome Frederico João de Souza Farias” (fls. 197 e 198 – interrogatório do apelante em juízo)

O Ministério Público sustenta que não são suficientes essas provas testemunhais, já que não haveria contrato da empresa com

o apontado administrador e que os apelantes são, em última análise, os verdadeiros diretores, situando-se os demais apenas na qualidade de prepostos. No entanto, toda a instrução processual comprovou tratar a empresa dos apelantes de negócio tipicamente familiar, revestido, como qualquer outro da mesma espécie, o quanto possível de informalidade, nascente da visão da classe média brasileira de que basta ser técnico em uma determinada área de conhecimento para ser empresário. Perceba-se que os proprietários são médicos e irmãos, abriram um laboratório de análises médicas juntos e, por não ter tempo ou aptidão para administração, convidaram seu cunhado para cuidar do gerenciamento geral da empresa, esse sim, apontado como o verdadeiro responsável pela ausência de recolhimento aos cofres da previdência dos valores descontados dos empregados. Desse modo, tem-se a tese e a antítese, ambas razoáveis, mas nenhuma delas provadas de maneira irrefutável.

Assim, restando uma dúvida razoável quanto à autoria ilícita, não pode haver condenação penal com base em responsabilidade objetiva, militando a favor dos apelantes o princípio do *in dubio pro reo*.

Por essas razões, dou provimento à apelação para absolver os apelantes por insuficiência de provas.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N° 74.332-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelada: ASW INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Advs./Procs.: DRS. DAVID FERNANDES DA SILVA E OUTROS (APDA.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PRELIMINARES. SENTENÇA EXTRA PETITA. NULIDADE. ACOLHIMENTO. APRECIÇÃO DO

MÉRITO COM BASE NO ART. 515, § 3º, DO CPC. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. REJEITADAS. IPI. DIREITO DE CREDITAMENTO. OPERAÇÕES ANTERIORES. AQUISIÇÃO DE INSUMOS. MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. OPTANTE DO SIMPLES. ART. 5º, § 5º, DA LEI Nº 9.317/96. PROIBIÇÃO DA MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE À APROPRIAÇÃO OU À TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS RELATIVOS AO IPI E AO ICMS. CONSTITUCIONALIDADE. LEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE.

- A sentença é extra petita por ter analisado questão estranha do objeto tratado nos autos, porquanto considerou ser caso da possibilidade de crédito de IPI relativo ao período anterior à edição da Lei nº 9.779/99, bem como a análise do direito de creditar-se em relação às operações isentas ou tributadas à alíquota zero, as quais não foram objeto de impugnação, nem se adequam à situação jurídica da impetrante posta a deslinde. Deve ser, desta maneira, acolhida a preliminar, a fim de que seja anulada a sentença.

- Não está caracterizada a inadequação da via eleita, eis que presente a situação de fato apta a ser considerada como ato coator, pressuposto para a impetração do mandado de segurança. Preliminar rejeitada.

- Estão configurados os pressupostos para o conhecimento e análise da controvérsia posta nos autos, uma vez que, dos fatos e documentação trazidos, existe possibilidade jurídica na pretensão formulada. Preliminar rejeitada.

- Afastadas as demais preliminares e acolhendo a primeira, referente ao julgamento extra petita, anula-se a sentença proferida, passando, no entanto, à apreciação do mérito com base no disposto no art. 515, § 3º, do CPC.

- A opção do contribuinte pelo regime do SIMPLES está dentro da sistemática adotada pela Constituição Federal na linha do art. 170, inciso IX, da Constituição Federal relativa à elaboração de um tratamento simplificado e favorecido de pagamento às micro e pequenas empresas.

- O art. 3º, § 5º, da Lei nº 9.317/96, todavia, vedou expressamente que a microempresa e a empresa de pequeno porte creditem-se do valor de IPI cobrado nas operações anteriores de aquisição de insumos para fins de compensação com a operação efetuada pela empresa.

- A estruturação do SIMPLES, regime diferenciado para as micro e pequenas empresas, foi desenvolvida a partir da elaboração de uma sistemática claramente benéfica em diversos sentidos, seja para dizer que facilita a sua organização contábil, na medida em que simplificou a forma de escrituração, cálculo e recolhimento, fazendo com que fossem reduzidos os custos com a manutenção da escrituração contábil, como também diminuiu a carga tributária incidente, quando unificou diversos tributos, reduzindo o valor que seria cobrado caso fosse mantida a tributação do regime normal.

- As prescrições da Lei nº 9.317/96 devem ser seguidas exatamente nos moldes por ela trazidos, sob pena de, em caso contrário, estabelecer-se uma terceira sistemática, híbrida, de tributação, que não se sujeita nem à regra geral, nem ao SIMPLES.

- O ingresso ao regime do SIMPLES é opcional, voluntário, ou seja, cabe a cada empresa avaliar as vantagens ou desvantagens da sua adoção mediante a verificação da oportunidade e conveniência aplicáveis a sua realidade.

- Descabida, portanto, é a pretensão de criação de uma regra ainda mais benéfica, sem autorização legal, que traga hipóteses diferenciadas den-

tro daquilo que já é diferenciado.

- Primeira preliminar acolhida. Demais preliminares rejeitadas

- Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, acolher a primeira preliminar, anulando-se a sentença, e, no mérito, dar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 10 de novembro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se de apelação de sentença que julgou procedente mandado de segurança, em que a impetrante pleiteia que lhe seja assegurado o direito de se creditar no IPI decorrente das operações de aquisição de insumos e produtos intermediários utilizados no processo de industrialização por ela realizado, o que estaria sendo obstaculizado pelo art. 5º, § 5º, da Lei nº 9.317/96, uma vez que é optante do SIMPLES – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte.

Alegou, a impetrante, em síntese, que a vedação do creditamento viola o princípio da não-cumulatividade inserido no art. 153, § 3º, inciso II, da Constituição Federal, asseverando, ainda, ser este um direito público subjetivo do contribuinte do IPI.

Nas razões recursais (fls. 75/94), a apelante argüiu a nulidade da sentença, por *extra petita*, porquanto o magistrado teria incorrido em *error in procedendo*, na medida em que analisou o caso como se a empresa estivesse pleiteando o creditamento anterior

à Lei nº 9.799/99, e não a matéria de fato posta em juízo acerca da possibilidade de empresa optante do SIMPLES de aproveitar o crédito de operações anteriores relativas ao IPI. Prossegue aduzindo que, ainda que se entenda inexistir julgamento *extra petita*, haveria ausência de fundamentação da sentença, porque o juiz não analisou os fundamentos do pedido formulado, o que também implica na nulidade do *decisum* monocrático.

Demais disso, alega que existe a necessidade de reforma da decisão por *error in iudicando*, devido a ausência de prova pré-constituída, porque não teria trazido, a parte, documentação comprobatória de que houve IPI cobrado em operações anteriores, bem como afirma que há inadequação da via eleita, uma vez que o mandado de segurança não pode ser utilizado quando existe a necessidade de dilação probatória.

Por fim, aduz que a segurança, no mérito, deve ser denegada, assinalando, em síntese, que a impetrante pretende a aplicação de regime híbrido, buscando utilizar-se apenas no que lhe é favorável do regime do SIMPLES e da regra geral do sistema de tributação.

As contra-razões não foram apresentadas, conforme a certidão de fl. 96, verso.

Relatei.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Observo que, na apelação, a Fazenda Nacional suscitou as seguintes preliminares:

DA NULIDADE DA SENTENÇA, POR SER *EXTRA PETITA*

Merece guarida tal preliminar.

A impetrante, em sua petição inicial, pleiteou o direito de se creditar no IPI decorrente das operações anteriores de aquisição de insumos e produtos intermediários utilizados no processo de industrialização por ela realizado, o que estaria sendo obstaculizado pelo art. 5º, § 5º, da Lei nº 9.317/96, uma vez que é optante do

SIMPLES – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte.

Posto isso, asseverou que a vedação do creditamento viola o princípio da não-cumulatividade inserido no art. 153, § 3º, inciso II da Constituição Federal, argumentando, ainda, ser este um direito público subjetivo de qualquer contribuinte do IPI.

A sentença, entretanto, não obstante tenha concedido a segurança ao final, fundamentou a sua decisão nas questões acerca do direito de crédito de IPI em operações isentas ou tributadas à alíquota zero, afirmando que a impetrante pretendia era ver reconhecido o direito de creditamento relativo a períodos anteriores à Lei nº 9.779/99, sopesando que seria inconteste o direito a partir da edição desse diploma legal.

Percebe-se, portanto, que não restou debatida no processo a questão primordial da possibilidade de optantes do SIMPLES terem direito ao creditamento do IPI relativo às operações de aquisição de matérias-primas, insumos e produtos intermediários utilizados no processo de industrialização.

Outrossim, colocou-se como tópicos principais os questionamentos acerca da possibilidade de crédito relativo ao período anterior à edição da Lei nº 9.779/99, bem como a análise do direito de creditar-se em relação às operações isentas ou tributadas à alíquota zero, as quais não foram objeto de impugnação nem se adequam à situação jurídica da impetrante posta a deslinde.

Desta maneira, a sentença do magistrado *a quo*, de fato, é *extra petita*, por ter decidido questão diversa do objeto tratado nos autos, razão pela qual deve ser anulada.

Posto isso, acolho a preliminar levantada pela Fazenda Nacional, para declarar a nulidade da sentença.

DA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA

Não merece acolhimento tal preliminar, porquanto é cabível o mandado de segurança com o fim de afastar os efeitos, *in casu*, do ato tido por ilegal e concreto do Sr. Diretor de Arrecadação da Receita Federal em Alagoas, de impedir a empresa impetrante de

creditar-se dos valores das operações anteriores relativas à aquisição de insumos e produtos intermediários para integração no processo produtivo de industrialização que realiza.

Desta forma, não está caracterizada a inadequação da via eleita, eis que presente a situação de fato que pode intitular a prática do ato como coator, pressuposto para a impetração do mandado de segurança.

Rejeito, pois, essa preliminar.

DA AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA

Não merece guarida, igualmente, esta preliminar.

O mandado de segurança exige, para a sua admissibilidade, que exista prova clara e patente do direito, de forma que é inviável, portanto, em seu rito, dilação probatória. A impetrante trouxe, para comprovação de plano de seu direito, os documentos de fls. 35/54, que demonstram que a autora pagou, na aquisição de insumos, o IPI, o qual se encontra destacado nas notas fiscais.

Em assim sendo, estão configurados os pressupostos para o conhecimento e análise da controvérsia posta nos autos, uma vez que, dos fatos trazidos, existe possibilidade jurídica na pretensão formulada.

Rejeito, portanto, esta preliminar.

Desta feita, afastando as demais preliminares e acolhendo aquela referente ao julgamento *extra petita*, anulo a sentença proferida, passando, no entanto, à apreciação do mérito com base no disposto no art. 515, § 3º, do CPC.

Assim voto.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A matéria sob julgamento assenta-se na possibilidade de empresas optantes do regime do SIMPLES – Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, referente à Lei nº 9.317/96, pode-

rem aproveitar créditos de IPI referentes aos insumos adquiridos das operações anteriores, com base no princípio da não-cumulatividade insculpido no art. 153, inciso IV, § 3º, inciso II, da Constituição Federal.

Inicialmente, é necessário assinalar que o princípio da não-cumulatividade, não obstante pudesse ser considerado apenas como uma técnica de tributação, ostenta a condição de verdadeiro princípio tributário. Este princípio poderia ser conceituado como a autorização conferida ao sujeito passivo de compensação do *quantum* do imposto a ser cobrado em uma operação sua, com o montante que já foi cobrado nas operações anteriores, de forma que somente o valor agregado pelo industrializador seja tributado, evitando desta forma a tributação cumulativa que virá a onerar excessivamente o valor do produto final.

O IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados tem este princípio como uma de suas características, conforme observa-se do dispositivo constitucional:

“Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:
[...]
IV – produtos industrializados;
[...]
§ 3º O imposto previsto no inciso IV:
I - será seletivo, em função da essencialidade do produto;
II - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores;
III - não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior.”

O princípio da não-cumulatividade, como dito, assegura ao contribuinte a compensação do montante devido nas operações anteriores, havendo incidência do IPI tão-somente sobre o valor agregado em cada etapa da produção e da circulação.

No caso concreto, entretanto, é necessário avaliar, conjuntamente, a Lei nº 9.317/96, nos trechos relevantes para o deslinde da matéria, *in verbis*:

“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:

[...]

e) Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI;

[...]

Art. 5º O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES, será determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta mensal auferida, dos seguintes percentuais:

[...]

§ 5º A inscrição no SIMPLES veda, para a microempresa ou empresa de pequeno porte, a utilização ou destinação de qualquer valor a título de incentivo fiscal, bem assim a apropriação ou a transferência de créditos relativos ao IPI e ao ICMS”. (Grifei)

A opção do contribuinte pelo regime do SIMPLES está dentro da sistemática adotada pela Constituição Federal na linha do art. 170, inciso IX da Constituição Federal relativa à elaboração de um tratamento simplificado e favorecido às micro e pequenas empresas.

Para tanto, as empresas que optem pelo SIMPLES pagarão de forma unificada diversos tributos, dentre os quais o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, na forma do art. 3º, § 1º, alínea e da referida Lei, estando, ainda, obrigadas ao recolhimento daqueles tributos arrolados no § 2º, do art. 3º, além de, por fim, estarem dispensadas das demais contribuições instituídas pela União, consoante o prescrito no art. 3º, § 4º, daquele diploma legal.

No art. 3º, § 5º, todavia, impediu-se expressamente que a microempresa e a empresa de pequeno porte credite-se do valor

cobrado nas operações anteriores relativo ao IPI para fins de compensação com a operação efetuada pela empresa.

Esta disposição, contudo, em conformidade com o que defende a parte apelante, não configura desobediência ao princípio da não-cumulatividade, razão pela qual deve-se dar provimento ao recurso de apelação.

A estruturação de um regime diferenciado para as micro e pequenas empresas foi desenvolvida a partir da elaboração de uma sistemática claramente benéfica em diversos sentidos, seja para dizer que facilita a sua organização contábil, na medida em que simplificou a forma de escrituração, cálculo e recolhimento, fazendo com que fossem reduzidos os custos com a manutenção da escrituração empresarial, como também diminuiu a carga tributária incidente, quando unificou diversos tributos, reduzindo o valor que seria cobrado caso fosse mantida a tributação do regime normal.

Desta forma, é legítimo concluir que a obediência ao regime do SIMPLES deve ser exatamente nos moldes por ele trazidos, sob pena de, em caso contrário, estabelecer-se outra forma, híbrida, de tributação, que não se sujeita nem a uma, nem a outra sistemática.

Ressalte-se, aliás, que a questão da utilização dos valores pagos nas operações anteriores como créditos foi levada em consideração pelo legislador ao elaborar a norma em comento, razão pela qual proibiu expressamente a utilização do sistema de crédito.

Isso ocorreu porque a estipulação dos percentuais a serem pagos no SIMPLES não foi aleatoriamente fixada; de modo diverso, representou a análise de variáveis econômicas, de forma a assentar-se em uma plêiade de porcentagens a incidir sobre a receita bruta mensal auferida pela empresa.

Ademais, é preciso destacar que o regime do SIMPLES é opcional, voluntário, ou seja, cabe a cada empresa avaliar as vantagens ou desvantagens da sua adoção mediante a verificação da oportunidade e conveniência aplicáveis a sua realidade. É descabido pretender, como faz a apelada, a criação de uma regra ainda

mais benéfica, sem autorização legal, que traga hipóteses inovadoras dentro daquilo que já é diferenciado.

Neste sentido, é possível trazer os seguintes precedentes jurisprudenciais:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IPI. AQUISIÇÃO DE INSUMOS TRIBUTADOS À ALÍQUOTA ZERO. DIREITO AO CREDITAMENTO. NÃO-CUMULATIVIDADE.

1. É inviável o processamento do Recurso Especial quando ausente o prequestionamento da questão nele versada.

2. Sendo o creditamento técnica de apuração do imposto devido, a partir da opção pelo SIMPLES desaparece o uso da mencionada técnica, uma vez que o IPI deixa de ser devido com tal, passando a compor o sistema de tributação em comento.

3. Aliás, a própria Lei 9.317/96 proíbe expressamente o creditamento do IPI, senão veja-se: “Art. 5º (omissis) § 5º A inscrição no SIMPLES veda, para a microempresa ou empresa de pequeno porte, a utilização ou destinação de qualquer valor a título de incentivo fiscal, bem assim a apropriação ou a transferência de créditos relativos ao IPI e ao ICMS”. (Grifei)

4. O princípio constitucional da não-cumulatividade assegura ao contribuinte do IPI o direito ao creditamento do imposto na hipótese de aquisição de insumos e matérias-primas isentos ou tributados à alíquota zero.

5. Recurso Especial da Ortoclan Indústria de Espumas e Colchões Ltda. desprovido e Recurso Especial da Fazenda Nacional parcialmente conhecido, e, nessa parte, desprovido.”

(REsp 690.938/SE, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 23.08.2005, DJ 12.09.2005, p. 232)

“TRIBUTÁRIO - IPI - INSUMOS ISENTOS OU COM ALÍQUOTA ZERO - CREDITAMENTO - EMPRESA OPTANTE DO SIMPLES.

- A Corte Especial do TRF da 4ª Região rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do art. 5º, § 5º, da Lei nº 9.317/96, segundo o qual a ‘inscrição no SIMPLES veda, para a microempresa ou empresa de pequeno porte, a utilização ou destinação de qualquer valor a título de incentivo fiscal, bem assim a apropriação ou a transferência de créditos relativos ao IPI e ao ICMS.’”

(TRF 4ª Região, AMS nº 98.149/PR, proc. nº 20037 0010186570, Juiz Antônio Albino Ramos de Oliveira, 2ª Turma, Data da decisão: 12/04/2005, DJU Data: 11/05/2005, pág. 356, unânime)

“PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DA SENTENÇA. INEXISTÊNCIA. TRIBUTÁRIO. IPI. CREDITAMENTO. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE. ART. 5º, § 5º, DA LEI 9.137/96. CONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E ISONOMIA NÃO CARACTERIZADA.

1. Ao contrário do afirmado pela apelante, inexistente ofensa aos arts. 131 e 458, ambos do CPC. Os argumentos da decisão *a quo* se apresentam claros e nítidos, não dando lugar a omissões, obscuridades, dúvidas, contradições ou ausência de fundamentação. O não acatamento das teses contidas na exordial não implica cerceamento de defesa, posto que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide. Ademais, não está obrigado o Magistrado 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 aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso.

2. O princípio da não-cumulatividade deve merecer interpretação sistemática, aplicando-se o sistema por inteiro de princípios, no caso especial, o art. 170, IX, da CF, que confere tratamento favorecido às empresas de pequeno porte.

3. Constitucionalidade do art. 5º, § 5º, da Lei nº 9.317/96, pois a lei hostilizada obedece aos parâmetros de adequação, proporcionalidade e razoabilidade, e sob este aspecto não se há de afrontar os seus dispositivos. O que não se pode é construir um sistema 'Simples Híbrido', ao desamparo da lei, sob o pretexto de ser mais favorável ao contribuinte.

4. Longe está a Lei 9.317/96 de vulnerar os princípios da capacidade contributiva e isonomia. Muito pelo contrário, o SIMPLES visa, justamente, a concretizar tais princípios, vez que, em face das peculiaridades das micro e pequenas empresas, concede às mesmas tratamento diferenciado e com menor carga fiscal, na medida de suas desigualdades em relação às empresas de médio e grande porte.

5. Precedente desta Corte.”

(TRF 4ª Região, AMS nº 85.065/PR, Proc. nº 200270000608785, Juíza Maria Lúcia Luz Leiria, 1ª Turma, Data da decisão: 01/12/2004, DJU Data: 05/01/2005, pág. 97, unânime)

“IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. INSUMOS. ART. 166 DO CTN. INAPLICABILIDADE. PRESCRIÇÃO. DECRETO Nº 20.910/32. CORREÇÃO MONETÁRIA. INSUMOS ADQUIRIDOS DE MICROEMPRESAS OPTANTES PELO SIMPLES. ART. 170-A DO CTN.

1. Não sendo o caso de repetição ou compensação de indébito tributário, de forma a ensejar a incidência das regras previstas no CTN, mas de ação diversa contra a União, torna-se aplicável a regra geral do Decreto nº 20.910/32 (prescrição quinquenal), ante a ausência de norma específica, conforme precedente da 1ª Seção desta Corte.

[...]

5. Inexistem créditos de IPI em relação aos insumos adquiridos de microempresas que tenham optado pelo SIMPLES.

6. Inaplicável a exigência do art. 170-A do CTN em relação aos créditos gerados anteriormente ao advento da LC 104/01.

7. Apelação da impetrante e remessa oficial parcialmente providas. Apelação da União improvida.”

(TRF 4ª Região, AMS nº 82943/PR, Proc. nº 20017 0000257856, Juiz Ricardo Teixeira do Valle Pereira, 1ª Turma, Data da decisão: 19/05/2004, *DJU* Data: 24/11/2004, pág. 371, maioria)

“TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO PRESUMIDO. REPERCUSSÃO. OPÇÃO PELO SIMPLES.

- É lícito ao industrial manter os créditos de IPI relativos à aquisição de matéria-prima, embalagens e insumos, mesmo que através de operações desoneradas, tudo com arrimo no princípio constitucional da não-cumulatividade;

- A opção pelo SIMPLES impede o registro de novos créditos, mas não elimina os já existentes que podem ser utilizados, inclusive, para o pagamento de parcelas do próprio Simples;

- Apelação parcialmente provida.”

(TRF 5ª Região, AMS nº 84.993/SE, Processo: 200185000050802, Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, 2ª Turma, Data da decisão: 09/09/2003, *DJ* Data: 21/11/2003, pág. 595, unânime)

Veja-se, ainda, o seguinte aresto desta colenda Turma:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES. ART. 5º, PARÁGRAFO 5º, DA LEI Nº 9.317/96. IPI. CRÉDITO-PRÊMIO. ART. 1º DO DECRETO-LEI 491/69. DECRETO-LEI Nº 1.658/1979. DECRETO-LEI Nº 1.722/79. DECRETOS-LEIS NºS 1.724/79 E 1894/81. DELEGAÇÃO DO PODER DE SUSPENDER, REDUZIR OU EXTINGUIR BENEFÍCIOS FISCAIS AO MINISTRO DA FAZENDA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. EFEITOS *EX NUNC*. INEXISTÊNCIA DE REPRISTINAÇÃO. APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 1.658/79. EXTINÇÃO DO

CRÉDITO-PRÊMIO EM 30.06.1983. INEXISTÊNCIA DE NORMA PREVENDO A MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO ATÉ 05.10.1990. ART. 41 DO ADCT. INEXISTÊNCIA DE RESTAURAÇÃO DO CRÉDITO PRÊMIO PELA LEI Nº 8.402/92. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. ART. 111 DO CTN.

1. Descabida, a princípio, a alegação de inconstitucionalidade do parágrafo 5º do art. 5º da Lei nº 9.317/96, pela simples vedação às pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES, da utilização ou destinação de qualquer valor a título de incentivo fiscal, bem assim a apropriação ou a transferência de créditos relativos ao IPI, tendo em vista a utilização de critérios distintivos razoáveis para instituir sistema tributário diferenciado, considerando, além das desigualdades de situações, a arrecadação tributária de forma integral e sistemática, em conformidade com o texto constitucional (Precedente jurisprudencial). (Grifei)

2. A declaração da inconstitucionalidade das normas veiculadas no art. 1º do Decreto-Lei 1.724/79 e no art. 3º do Decreto-Lei 1.894/81 não ocasionou a revogação das disposições contidas nos Decretos-Leis 1.658/79 e 1.722/79, nem ocasionou a repristinação do art. 1º do Decreto-Lei nº 491/1969, haja vista o reconhecimento da inconstitucionalidade dos citados dispositivos referir-se à extrapolação dos limites da delegação de competência legislativa para alterar as condições de vigência de incentivo fiscal.

3. Não se pode admitir tenha a declaração de inconstitucionalidade das normas que atribuíram ao Ministro da Fazenda o poder para suspender, reduzir ou extinguir benefício fiscal que tenha restaurado a vigência, por tempo indeterminado, de incentivo cuja exclusão gradual já era prevista pelo legislador. Ademais, não havendo confirmação do crédito-prêmio até 05.10.90, cabível a aplicação do art. 41, parágrafo 1º, do ADCT.

4. A Lei nº 8.402/1992 não restaurou o crédito-prêmio do IPI a que se refere o Inciso II do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.894/1981, mas apenas o incentivo contido no seu inciso I, relativo ao aproveitamento dos créditos de IPI originados das operações de entrada dos produtos a serem exportados, não cabendo interpretação extensiva em matéria de incentivo fiscal (art. 111 do CTN).

5. O 'Crédito-Prêmio de IPI', criado pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 491/1969, foi extinto pelo Decreto-Lei 1.658/79, cujo art. 1º fora modificado pelo Decreto-Lei 1.722/79, prevendo a extinção total do mencionado benefício em 30.06.1983, não tendo sido restaurado pela Lei nº 8.402/1992.

6. Apelação improvida.”

(TRF 5ª Região, AMS nº 87.847/RN, Proc. nº 200384 000132771, Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, 1ª Turma, Data da decisão: 02/12/2004, DJData: 18/01/2005, Pág. 398, nº 12, unânime).

Firme nessas considerações, dou provimento à apelação da Fazenda Nacional, para denegar a segurança pleiteada.

Assim voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 58.373-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE
Embargante: CASAL - COMPANHIA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E SANEAMENTO DO ESTADO DE ALAGOAS
Embargada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. ALBERTO NONÔ DE CARVALHO LIMA FILHO E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO, PRESTADORA

DE SERVIÇOS EXCLUSIVOS PARA O ESTADO. PRETENSÃO DE GOZO DOS PRIVILÉGIOS DO REGIME DE PRECATÓRIO (ART. 100, CF/88). IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PENHORABILIDADE DE SEUS BENS. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE NÃO INCIDIU EM OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES LEGAIS AUTORIZADORAS DO RECURSO. EMBARGOS REJEITADOS.

- Nos presentes embargos de declaração se apontam omissões do acórdão combatido no apreciar a condição da recorrente de prestadora de serviços públicos previstos no art. 23, IX, da CF, em caráter de exclusividade (art. 3º do Decreto Estadual nº 33.439/89) e relativamente à impossibilidade de a mesma paralisar suas atividades. A recorrente deixou assentado que a decisão vergastada não realizou análise das questões postas ao crivo do Judiciário, considerando-se a essencialidade das atividades desempenhadas por ela com exclusividade (prestação de serviços de purificação e distribuição de água encanada, coleta e tratamento de esgotos) e sua real natureza jurídica, em comparação com os princípios do regime de direito público e o ordenamento jurídico constitucional pátrio.

- Não há previsão legal para que pessoa jurídica de direito privado, ainda que prestadora de serviços exclusivos para o Estado, agasalhe pretensão de gozar dos privilégios do regime de precatório (art. 100, CF/88), existindo plena possibilidade de seus bens serem penhorados.

- As hipóteses legais autorizadas para interposição de embargos declaratórios (CPC, arts. 535 usque 538) não foram verificadas, descabendo a utilização de dito recurso, com efeitos infringentes, para modificação do acórdão regional, posto que o mesmo não incidiu nas omissões apontadas pela embargante.

- Em persistindo o inconformismo da embargante, compete-lhe manejar o recurso específico para o objetivo colimado.

- Não está obrigado o Magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas, sim, com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto. Decisão judicial não é laudo pericial por meio do qual se analisam, minudentemente e item por item, todos os questionamentos levantados pelos litigantes.

- Embargos declaratórios rejeitados.

ACÓRDÃO

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

Recife, 15 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

Trata-se de embargos de declaração, em sede de agravo de instrumento, opostos por CASAL – Companhia de Abastecimento de Água e Saneamento do Estado de Alagoas contra o acórdão de fls. 96/100, prolatado por esta Primeira Turma do e. TRF da 5ª Região, em que foi negado provimento ao agravo de instrumento epigrafado, interposto pela ora embargante, decidindo esta e. Corte pela legalidade da penhorabilidade de bens de Sociedade de Economia Mista.

Nas razões de seu recurso, a embargante apontou omissão do *decisum* vergastado quanto à condição da mesma de prestadora de serviços públicos previstos no art. 23, IX, da CF, em caráter de exclusividade (art. 3º do Decreto Estadual nº 33.439/89) e com a impossibilidade de paralisar suas atividades, desconsideração esta que afronta o art. 93, IX, da CF/88.

A recorrente deixou assentado, igualmente, que o acórdão combatido não realizou análise das questões postas ao crivo do Judiciário quanto às particularidades da atividade da embargante, considerando-se a essencialidade das atividades desempenhadas com exclusividade (ela presta serviços de purificação e distribuição de água encanada, coleta e tratamento de esgotos) e sua real natureza jurídica, em comparação com os princípios do regime de direito público e o ordenamento jurídico constitucional pátrio. A embargante também apontou omissão do julgado quanto à sua natureza e características predominantes, quanto à atuação dos princípios da supremacia do interesse público e indisponibilidade dos bens públicos, quanto à sujeição às regras contidas nos arts. 37, II e XVII, 54, 163, II e 170 da CF, quanto à afronta ao art. 5º, XXXV, LIV e LV da CF e quanto à desconsideração que afronta o art. 93, IX, CF/88.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

Nos presentes embargos de declaração se apontam omissões do acórdão combatido no apreciar a condição da recorrente de prestadora de serviços públicos previstos no art. 23, IX, da CF, em caráter de exclusividade (art. 3º do Decreto Estadual nº 33.439/89) e relativamente à impossibilidade de a mesma paralisar suas atividades.

A recorrente deixou assentado que a decisão vergastada não realizou análise das questões postas ao crivo do Judiciário, considerando-se a essencialidade das atividades desempenhadas por ela com exclusividade (prestação de serviços de purificação e distribuição de água encanada, coleta e tratamento de esgotos) e sua

real natureza jurídica, em comparação com os princípios do regime de direito público e o ordenamento jurídico constitucional pátrio.

Ocorre que não há previsão legal para que pessoa jurídica de direito privado, ainda que prestadora de serviços exclusivos para o Estado, agasalhe pretensão de gozar dos privilégios do regime de precatório (art. 100, CF/88), existindo plena possibilidade de seus bens serem penhorados.

Por outro lado, as hipóteses legais autorizadas para oposição de embargos declaratórios (CPC, arts. 535 *usque* 538) não foram verificadas *in casu*, descabendo a utilização de dito recurso, com efeitos infringentes, para modificação do acórdão regional, posto não haver incidido o mesmo nas omissões apontadas pela Embargante.

Em persistindo o inconformismo da embargante, compete-lhe manejar o recurso específico para o objetivo colimado.

Utilizo-me, a seguir, de excertos de julgado da lavra da Dra. Joana Carolina Lins Pereira, Juíza Federal da 21ª Vara-PE, acerca de caso semelhante (inocorrência de omissão em decisão judicial, atacada via embargos declaratórios), fazendo das suas as minhas razões de decidir. Eis o julgado:

“Penso, *data venia*, que a embargante, em momento algum, logrou demonstrar a existência de qualquer das hipóteses de cabimento dos embargos – omissão, contradição ou obscuridade. Limitou-se a elencar novos e a reiterar os velhos argumentos para que fosse utilizada a sua interpretação da legislação regente da matéria.

Os embargos de declaração, conforme desenho que lhes foi atribuído pelo legislador pátrio, somente são cabíveis nas hipóteses acima declinadas, inadmitindo-se o seu manejo como substitutivo do recurso efetivamente cabível na espécie.

Neste tocante, trago à baila os seguintes precedentes:

‘PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DECLARATÓRIOS (ART. 535, I, CPC) - PRETENDIDOS EFEI-

TOS MODIFICATIVOS - ADMISSIBILIDADE APENAS NO PÓDIO DA EXCEPCIONALIDADE.

1. A natureza e finalidade estrita dos embargos declaratórios, para que não se transmudem ou sirvam como sucedâneo de outros recursos, sujeitam-nos às exclusivas hipóteses legais (art. 535, I e II, CPC). Rediscutir, pois, as questões apreciadas, com o reforço ou inovação argumentativa, constitui delírio na via processual declaratória. A motivação do convencimento do juiz não impõe que expresse razões versando todos os argumentos delineados pelas partes, por mais importantes possam lhes parecer. Por essas espias, a possibilidade do efeito modificativo, afetando a substância do julgado, só poderá merecer acolhimento no pódio da excepcionalidade, inócua na espécie.

2. Enfim, não demonstradas as acenadas omissão e a contradição, inviáveis o reexame e rejuízo da causa, com solução fundamentalmente contrária àquela que autorizou o improviso do recurso, os embargos declaratórios são rejeitados.'

(Superior Tribunal de Justiça, EDResp. nº 38.344-PR, Rel. Milton Luiz Pereira, Julg. 30.11.1994.)

'PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJULGAMENTO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. CONTRADIÇÃO. CONCEITO. PRESSUPOSTOS. AUSÊNCIA.

- Os embargos de declaração não são o instrumento processual adequado à dedução de pretensão de rejuízo da causa.

- A contradição que enseja a oposição dos embargos declaratórios é aquela existente entre as disposições do próprio acórdão embargado. Ausentes os pressupostos específicos de admissibilidade (omissão, obscuridade ou contradição) não devem ser conhecidos os embargos de declaração).''

(EDAG nº 18.722/CE, Rel. Desembargador Federal Rivalvo Costa, julg. 21.10.1999, DJ 10.12.1999, p. 1071.)

Sobre o descabimento da oposição de embargos declaratórios quando a decisão combatida não incorrer em omissão, confira-se julgado do c. STJ, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADES NO ACÓRDÃO – EXECUÇÃO FISCAL – REDUÇÃO DE MULTA MORATÓRIA – LEI NOVA MAIS BENIGNA E FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE (ART. 106, II, C, DO CTN) – FATO SUPERVENIENTE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS A SEREM PAGOS POR QUEM DEU CAUSA AO CHAMAMENTO À LIDE.

1. Inocorrência de irregularidades no acórdão quando a matéria que serviu de base à interposição do recurso foi devidamente apreciada no aresto atacado, com fundamentos claros e nítidos, enfrentando as questões suscitadas ao longo da instrução, tudo em perfeita consonância com os ditames da legislação e jurisprudência consolidada.

2. Não está obrigado o Magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas, sim, com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.

3. As funções dos embargos de declaração, por sua vez, são, apenas, afastar do acórdão qualquer omissão necessária para a solução da lide, não permitir a obscuridade por acaso identificada e extinguir qualquer contradição entre premissa argumentada e conclusão. Não preenchimento dos requisitos necessários e essenciais à sua apreciação.

4. Litígio processual que se deveu a um ato que, de fato, consubstanciou-se na abertura do processo judicial pela parte autora. De tal ato participaram as partes chamadas, *a posteriori*, à relação processual, por meio da constituição de advogados.

5. Tendo a parte adversa sido chamada a integrar a lide, seja como ré, litisconsorte passiva, assistente ou litisdenunciada, e tendo contestado a ação, sendo, *a posteriori*, extinto o feito, em face de fato superveniente do objeto da demanda, cabe-lhe o recebimento da verba honorária, posto que teve de comparecer em Juízo e de suportar as despesas daí decorrentes. Ao autor que requerer o chamamento da parte adversa para integrar a lide compete-lhe, assim, arcar com o pagamento da verba honorária àquela. Precedentes das Turmas desta Corte.

6. Desnecessidade de se examinar a questão à luz do direito material ou do direito processual, mas, sim, acerca de quem foi o responsável pela parte adversa, e vencedora ao final, ter vindo a litigar em juízo.

7. Descabe, nas vias estreitas de embargos declaratórios, que a matéria seja reexaminada, no intuito de ser revista ou reconsiderada a decisão proferida. Não preenchimento dos requisitos necessários e essenciais à sua apreciação.

8. Embargos rejeitados.”

(STJ – EDAGA 431689 – MG – 1ª T. – Rel. Min. José Delgado – DJU 19.08.2002). (Grifos nossos).

De outro turno, entendo que não compete a este e. TRF da 5ª Região discorrer sobre cada um dos argumentos invocados nos presentes embargos declaratórios. De fato, as partes devem fundamentar seus pedidos, conforme exige o CPC, desenvolvendo teses jurídicas, combinando diversos dispositivos legais, doutrinas, jurisprudências, etc. Contudo, o Julgador pode perfeitamente decidir com alicerce em fundamentos outros, sem necessitar rebater uma a uma as teses levantadas pela parte recorrente. O que importa, realmente, é emitir pronunciamento acerca da existência (ou não) de direito sobre os pontos em litígio.

Assim, o Tribunal não está adstrito à argumentação trazida pela embargante, podendo decidir por fundamentos diversos daqueles que embasaram a pretensão da mesma, desde que a questão controvertida haja sido solucionada de modo fundamentado. Da mesma forma, tampouco está o Colegiado obrigado a se refe-

rir aos específicos dispositivos legais colacionados, se outros foram os preceitos, princípios e fundamentos nos quais restou assente a decisão ora objurgada. Decisão judicial não é laudo pericial, por meio do qual se analisam, minudentemente e item por item, todos os questionamentos levantados pelos litigantes.

Sobre o tema, confira-se julgado da lavra do c. STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADES NO ACÓRDÃO. MATÉRIA DE CUNHO CONSTITUCIONAL EXAMINADA NO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DO APELO EXTREMO, POR QUALQUER DAS ALÍNEAS DA CARTA MAGNA.

1. Inocorrência de irregularidades no acórdão quando a matéria que serviu de base à interposição do recurso foi devidamente apreciada no aresto atacado, com fundamentos claros e nítidos, enfrentando as questões suscitadas ao longo da instrução, tudo em perfeita consonância com os ditames da legislação e jurisprudência consolidada. O não acatamento das argumentações deduzidas no recurso não implica cerceamento de defesa, posto que ao julgador cumpre apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide.

2. Não está obrigado o Magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas, sim, com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.

3. O Acórdão *a quo* julgou improcedentes embargos à execução fiscal no que pertine à cobrança do ISSQN em serviços diversos daqueles constantes na lista do Decreto-Lei nº 406/68, relativo às instituições financeiras, pelo Município recorrido.

4. Não se conhece de recurso especial quando a

decisão atacada, via recurso especial, basilou-se, também, como fundamento central, em matéria de cunho eminentemente constitucional. No caso, o acórdão recorrido discutiu, como apoio à sua convicção, a aplicabilidade dos arts. 155, II, 148, 154 e 146, I, da CF/1988. A matéria cogitada como vilipendiada é de cunho predominante e meramente constitucional, competindo, apenas, ao augusto STF o seu exame.

5. Apesar de haver invocação, no apelo especial, de existência de dissídio jurisprudencial, não prevalece este em detrimento da abordagem central de natureza constitucional.

6. Embargos rejeitados.”

(STJ – EDAG 445.770 – GO – 1ª T. – Rel. Min. José Delgado – DJU 16.12.2002) (grifos nosso)

À vista das razões declinadas, rejeito os embargos de declaração opostos por CASAL – Companhia de Abastecimento de Água e Saneamento do Estado de Alagoas, mantendo incólume o acórdão vergastado.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 2.234-CE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (CONVOCADA)
Impetrante: DR. PAULO AUGUSTO DO CARMO GONDIM
Impetrado: JUÍZO DA 12ª VARA FEDERAL DO CEARÁ
Paciente: ROY KIMEN MOELJOSOERMARDJO

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 580, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXTENSÃO DO BENEFÍCIO DA CONCESSÃO DA ORDEM. CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. EXCESSO

DE PRAZO. NÃO CARACTERIZADO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

- Preliminarmente, entendo não haver óbice, sob o aspecto formal, no que tange à apresentação do pedido de extensão dos efeitos da decisão concessiva da ordem, proferida nos autos do HC nº 2.192/CE, na sessão de julgamento do dia 21.7.2005, em favor do paciente Johannes Petrus Martinus Van Osch, que figura como réu na mesma ação criminal que o ora paciente.

- Convém observar, contudo, que, a teor do próprio artigo 580 do Código de Processo Penal, somente se permite a extensão do benefício se houver a decisão se “fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal”. Desse modo, caso haja a decisão se arrimado em condições de caráter exclusivamente pessoal, não há de se deferir o pedido de extensão do benefício de habeas corpus. Precedentes.

- Torna-se imperioso, destarte, avaliar, se, no caso vertente, não teria a ordem de habeas corpus se arrimado em condições pessoais do co-réu Johannes Petrus Martinus Van Osch, hipótese em que não poderá a extensão do benefício ser admitida.

- Observa-se, a partir da leitura do acórdão então proferido, que o mesmo ostenta nuances de caráter pessoal, as quais obstam a extensão do benefício ao ora requerente.

- É importante que se esclareçam, aqui, as circunstâncias em que ocorrido o flagrante: na ocasião, estavam Célia Joaquina da Silva, Johannes Petrus Martinus Van Osch e Ruben Sylvester Kentharaj (a primeira, brasileira; os dois últimos, holandeses) a aguardar a chegada do ora requerente, Roy Kimen Moeljosoermardjo, no Aeroporto Pinto Martins, em Fortaleza. Agentes da Polícia Federal, ao constatar que a mala portada por este último continha substância entorpecente

em seu interior, prenderam-no em flagrante. Restaram presos, igualmente, as três pessoas acima nominadas (a brasileira e os dois holandeses), que o aguardavam no saguão, na área de desembarque.

- O relator do HC nº 2.192/CE, Des. Fed. Geraldo Apoliano, ao analisar a situação do co-réu Johannes Petrus Martinus Van Osch, enfatizou o argumento de que não haveria indicações concretas de que o paciente tivesse cometido o ilícito de tráfico internacional de entorpecentes, em face de ter ido ao aeroporto de Fortaleza receber uma pessoa, que por sua vez trazia drogas na bagagem.

- A situação que ora se enfrenta é inteiramente diversa, eis que, no caso do ora requerente, era o próprio quem trazia as drogas na bagagem. Era ele – requerente – o indivíduo pelo qual os outros três aguardavam no saguão do aeroporto.

- No que toca à concessão de liberdade provisória, importa ressaltar que, de acordo com o excelso Pretório, é absoluta a vedação à sua concessão no caso de que cuidam os autos (crimes hediondos), vedação esta aplicável mesmo nas hipóteses de não configuração dos requisitos autorizadores da prisão preventiva.

- No que tange ao alegado excesso de prazo, deve-se registrar que, consoante averbado pelo próprio requerente, está o processo a aguardar a oitiva das testemunhas de defesa arroladas por Célia Joaquina da Silva. É correto afirmar, assim, que o Judiciário não deu causa a nenhum retardamento no trâmite processual.

- A despeito de o requerente, em sua petição de fls. 168 usque 183, insistir na assertiva de que teria ocupação definida e residência fixa, não carregou aos autos qualquer documento destinado a comprová-la. Não há, nos autos, deveras, qualquer documento a indicar a profissão do

suplicante, ou a comprovar que o mesmo, efetivamente, reside na BR 18, Lelydorp, Paramaribo, Suriname.

- Denegação da ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório, voto da Desembargadora Federal Convocada e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como a lei.

Recife, 15 de setembro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA - Relatora Convocada

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (Convocada):

Cuida-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado por Paulo Augusto do Carmo Gondim, com fulcro no art. 580 do Estatuto Processual Penal, em favor de Roy Kimen Moeljosoermardjo, surinamês, com endereço na BR 18, Lelydorp, Paramaribo, Suriname, atualmente recolhido em cela na Superintendência da Polícia Federal em Fortaleza/CE, para que lhe seja estendido o benefício outorgado ao paciente Johannes Petrus Martinus Van Osch, ao qual foi deferida ordem de soltura através do acórdão proferido nos autos do HC nº 2192/CE.

Extrai-se, da peça inaugural, que o requerente foi preso em flagrante no dia 28 de abril do ano em curso, juntamente com os co-réus Célia Joaquina da Silva, Johannes Petrus Martinus Van Osch e Ruben Sylvester Kentharaj, pela suposta prática dos crimes previstos nos artigos 12, 14 e 18, inciso I, da Lei nº 6.368/76 (Lei de Tóxicos).

Relata-se ainda que o paciente fora preso por portar mala com substância entorpecente em fundo falso, cuja existência desconhecia (diz-se que a mala lhe fora entregue em Paramaribo sem informações quanto ao seu conteúdo).

Os outros denunciados foram postos em liberdade, a primeira em virtude de decisão do Juízo de Primeiro Grau, ao passo que o co-réu Johannes Petrus Martinus Van Osch foi posto em liberdade por ordem proferida nesta eg. Terceira Turma, aos 21 dias do mês de julho do ano em curso.

Alega o paciente que se encontra nas mesmas condições de ordem pessoal que os co-réus, vale dizer, são todos primários, de bons antecedentes, com ocupação definida e residência fixa, de modo que faria jus ao benefício previsto no art. 580 do Código de Processo Penal.

Outrossim, giza que o fato de ser estrangeiro não seria obstáculo à concessão de sua liberdade provisória, consoante precedentes dos Tribunais Regionais Federais e do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, aduz que o trâmite processual já dura mais de oitenta e um dias, a aguardar, na atualidade, a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa de Célia Joaquina da Silva, de modo que está a ser prejudicado por diligências requeridas por outrem.

A liminar foi denegada às fls. 74/82.

Notificada para prestar informações (fls. 87/94), a autoridade impetrada afirmou, em síntese, que: a) a ação penal destaca-se pela sua celeridade, uma vez que entre o recebimento da denúncia e a realização da audiência de instrução passaram-se apenas 3 meses; b) no momento, espera-se a devolução da carta precatória para oitiva das testemunhas arroladas pela própria defesa, e que residem no Mato Grosso, o que demanda tempo, inobstante ter consignado um prazo de 60 dias a fim de elidir um transcurso de tempo superior para realização do ato; c) a tese de excesso de prazo deve ser interpretada com parcimônia de acordo com o que ditam os precedentes do Superior Tribunal de Justiça; d) é vedada a concessão de liberdade provisória (com ou sem fiança), àqueles que participaram de crime de tráfico ilícito de entorpecentes ou

drogas afins; e) os elementos contidos nos autos recomendam que o paciente fique segregado da sociedade, situação que fundamenta a manutenção da prisão para assegurar a aplicação da lei penal, considerando a gravidade do delito e a sua nacionalidade estrangeira, sendo grande a possibilidade de fuga do País caso lhe seja deferida a liberdade.

Instada a se manifestar no feito, a douta Procuradoria Regional da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório. Em mesa para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (Relatora Convocada):

Com o habitual respeito aos que sustentam posicionamentos dissonantes, penso não merecer prosperar o pedido articulado na peça inicial. Adoto as considerações feitas por ocasião da apreciação do pleito preambular como razão de decidir, considerações estas que serão adiante reproduzidas.

Preliminarmente, entendo não haver óbice, sob o aspecto formal, no que tange à apresentação do pedido de extensão dos efeitos da decisão concessiva da ordem, proferida nos autos do HC nº 2192/CE, na sessão de julgamento do dia 21.7.2005, em favor do paciente Johannes Petrus Martinus Van Osch, que figura como réu na mesma ação criminal que o ora paciente.

Tal se me afigura possível em face do que dispõe o art. 580 do Código de Processo Penal:

“No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.”

O colendo Supremo Tribunal Federal tem se posicionado favoravelmente a tal extensão, como se extrai do precedente a seguir transcrito:

“HC. Extensão da Ordem. Co-réus. Possibilidade. No caso de concurso de agentes, a ordem é exten-

sível aos demais co-réus quando o móvel que a enseja não tem cunho exclusivamente pessoal”. (HC 68497-1-DF, rel. Min. Marco Aurélio – DJU 26-4-1991).

Convém observar, contudo, que, a teor do próprio artigo 580 do Código de Processo Penal, somente se permite a extensão do benefício se houver a decisão se “fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal”. Desse modo, caso haja a decisão se arrimado em condições de caráter exclusivamente pessoal, não há de se deferir o pedido de extensão do benefício de *habeas corpus*.

No próprio precedente do Supremo Tribunal Federal trazido à baila (refiro-me ao HC nº 68.497/DF, rel. o Min. Marco Aurélio), fez-se também averbar que a ordem somente é extensível aos demais co-réus “quando o móvel que a enseja não tem cunho exclusivamente pessoal”.

Torna-se imperioso, destarte, avaliar, se, no caso vertente, não teria a ordem de *habeas corpus* se arrimado em condições pessoais do co-réu Johannes Petrus Martinus Van Osch, hipótese em que não poderá a extensão do benefício ser admitida.

Trago à baila, no intuito de deslindar a controvérsia, fragmento do voto do Des. Fed. Geraldo Apoliano, proferido naquela oportunidade:

“A prisão em flagrante ocorreu em 28-4-2005 (fls. 45/55); de lá para cá, já transcorreram 85 (oitenta e cinco) dias, sem que tenha sido ultimada a instrução processual.

Penso, averbando a mais acendrada vênua aos que se posicionem em sentido divergente, que merece prosperar o pedido articulado na peça proemial.

Foram presos em flagrante Célia Joaquina da Silva, Roy Limen Moeljosoemardjo, Ruben Sylvester Kentharaj e Johannes Petrus Martinus Van Osch, este último ora paciente, no dia 28-4-2005, no Aeroporto Pinto Martins, na cidade de Fortaleza, sendo-lhes imputadas as condutas previstas nos artigos 12, 14

e 18, I, todos da Lei nº 6.368/76 – tráfico internacional de drogas –, ‘...pelo simples fato do mesmo ter ido ao aeroporto recepcionar uma pessoa a pedido de um conhecido seu do Suriname, de nome Pritjo (...) não tendo conhecimento que aquela pessoa que desembarcara, a qual sequer conhecia, trouxesse drogas na bagagem...’.

Afirma-se, que ‘... o simples favor prestado pelo paciente a um conhecido está sendo entendido equivocadamente, vez que já ofertada denúncia, como sendo o requerente co-autor de crime de tráfico de drogas, associação para o tráfico e tráfico internacional...’, eis que não teria praticado qualquer ato ilícito.

Foi concedida a liberdade provisória de Célia Joaquina da Silva (fls. 79/80), nos seguintes termos:

‘De fato, a Constituição Federal preceitua que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (CF: art. 5º, LXVI). Da mesma forma, a nossa lei adjetiva penal, seguindo o mesmo princípio da Lei Fundamental, determina que o juiz deve conceder liberdade provisória, sempre que não houver qualquer dos fundamentos previstos para decretação da prisão preventiva (CPP: art. 310, parágrafo único, c/c art. 312).

No presente caso, o requerente provou, mediante a documentação acostada ao pedido (certidões negativas), que não possui antecedentes criminais (fls. 25/31), alegando, também, que tem endereço certo (fls. 24 e 32, no caso, o endereço de seus pais, no Mato Grosso).

Observe-se, ainda, que não há notícia nos autos de que a indigitada tenha agido com violência ou grave ameaça à pessoa. Assim sendo, não me parece que a sua liberdade constitua ameaça à ordem pública ou à ordem econômica, nem tampouco prejudique

a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. Também não é fator impeditivo da concessão do benefício pleiteado a residência do indiciado em local diverso do distrito da culpa. Não há, portanto, fundamento juridicamente relevante para a manutenção de sua prisão.

Afastada a incidência da hipótese prevista no art. 312 do CPP, impõe-se a concessão da liberdade provisória.

Pelo exposto, não reconhecendo presentes qualquer dos fundamentos que autorizam a decretação da prisão preventiva, concedo a liberdade provisória a Célia Joaquina da Silva. Acautele-se, em cartório, seu passaporte. Expeça-se o respectivo alvará de soltura.'

Penso, com o devido respeito aos entendimentos dissonantes, que não transparecem indicações concretas de que o paciente tenha cometido o ilícito de tráfico internacional de entorpecentes, em face de ter ido ao aeroporto de Fortaleza recepcionar uma pessoa, que por sua vez trazia drogas na bagagem.

Outrossim, não me parece que o paciente, solto, possa obstaculizar a aplicação da lei penal, dificultar, por qualquer modo, a instrução criminal, ou investir contra a ordem pública.

Ao meu sentir, encontra-se ele na mesma situação da acusada Célia Joaquina, que fora presa em flagrante pelo cometimento do ilícito referido no início desta decisão, devendo lhe ser dado o mesmo tratamento jurídico.

Anoto que o paciente fez acostar aos autos certidões negativas de antecedentes criminais dos foros federais do Estado do Ceará, a saber: (a) Atestado de Antecedentes expedido pela Secretaria de Segurança Pública do Estado do Ceará, (fl. 38) e Certidão de Antecedentes Criminais e de Execuções

Penais (fl. 39) que não registram nenhum crime praticado pelo paciente; (b) Certidão de Antecedentes Criminais expedida pelo Departamento de Polícia Federal, no mesmo sentido (fl. 40); (c) Certidão de Distribuição Negativa da Justiça Federal (fl. 41); (d) Certidão da Justiça Militar da União (fl. 42); e (d) Certidão Negativa de Condenação por Crime Eleitoral (fl. 43).

Creio que o paciente, denunciado em 4-7-2005, se mantido preso, estará a cumprir pena, antecipadamente, não me parecendo haver, em princípio, e em face da cognição alígera que se há de empreender em situações como a de que se cuida, necessidade de se manter a constrição; afinal, 'ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança' (CF, artigo 5º, LXVI, c/c o artigo 312 do CPP).

Quanto ao argumento de que o crime de tráfico internacional de entorpecentes não comporta liberdade provisória, a teor do art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90, penso não merecer prosperar, embora não desconheça que a questão não é pacífica na jurisprudência; filio-me ao entendimento que admite a liberdade provisória, na hipótese de não estarem presentes os requisitos que autorizam a prisão cautelar; neste sentido, confirmam-se os seguintes arestos:

‘CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. INTERNACIONALIDADE CONFIGURADA. ESTADO DE FLAGRÂNCIA. DELITO PERMANENTE. CUSTÓDIA BASEADA NA HEDIONDEZ DO DELITO. AUSÊNCIA DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. Afasta-se a alegação de incompetência da Justiça Federal, se os autos demonstram o possível envolvimento do acusado em atividades de exportação de cocaína, caracterizador do tráfico internacional

de entorpecentes.

II. O crime de tráfico ilícito de entorpecentes tem caráter permanente, daqueles cujos efeitos se protraem no tempo.

III. O estado de flagrância evidencia-se em quaisquer de seus núcleos, ou seja, no momento da importação ou exportação, do depósito ou do transporte, de trazer consigo ou da guarda do entorpecente.

IV. Hipótese em que, após ter sido apontado como um dos responsáveis por operações de importação e exportação de entorpecentes, foram encontrados no escritório contíguo à residência do paciente materiais indicativos da prática do ilícito.

V. O simples fato de se tratar de crime hediondo não basta, por si só, para impedir a liberdade provisória, quando ausentes as hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Precedentes.

VI. Deve ser revogada a prisão efetivada contra o paciente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

VII. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.'

(STJ - Superior Tribunal de Justiça, HC - 40.946/SC, Quinta Turma, Decisão: 15/03/2005. DJ Data: 04/04/2005. Página: 334. Relator: Gilson Dipp).

'PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE CLORETO DE ETILA (LANÇA-PERFUME). LIMINAR QUE DEFERIU LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. LIMINAR MANTIDA.

- O comércio do cloreto de etila (lança-perfume), caracteriza, sim, o delito de tráfico de entorpecentes, tal qual afirmado na decisão atacada, nada obs-

tante o uso da referida substância desfrute de certa tolerância social.

- Nada obstante, consoante moderno entendimento jurisprudencial, o caráter hediondo do delito não justifica, por si só, a denegação da liberdade provisória do acusado, cabendo ao magistrado, em obséquio ao princípio da proporcionalidade, aferir, caso a caso, a necessidade ou não da prisão processual.

- Se a primariedade e os bons antecedentes não conferem, por si mesmos, o direito à liberdade provisória, a sua falta, por outro lado, não autoriza, isoladamente, a segregação antecipada do réu.

- Agravo regimental improvido.'

(Tribunal - Quinta Região, AGRHC - 2011/01/RN, Primeira Turma, Decisão: 13/01/2005, DJ - Data: 25/02/2005 - Página: 764 - nº: 38, Desembargador Federal Francisco Wildo).

Outrossim, foram colacionadas aos autos certidões atestando o comparecimento semanal do paciente ao Juízo da 12ª Vara Federal do Ceará, tendo confirmado o endereço onde pode ser encontrado na capital cearense (fls.), bem como cópia da ata da audiência de instrução, realizada em 8-7-2005, tendo o acusado comparecido, em cumprimento às condições determinadas na liminar.

Sob o influxo destas considerações, concedo a Ordem, ratificando integralmente a liminar anteriormente deferida. É como voto". (Grifos acrescidos)

Penso, a partir da leitura do inteiro teor do julgamento então proferido, que o mesmo ostenta nuances de caráter pessoal, as quais obstam a extensão do benefício ao ora requerente.

É importante que se esclareçam, aqui, as circunstâncias em que ocorrido o flagrante: na ocasião, estavam Célia Joaquina da Silva, Johannes Petrus Martinus Van Osch e Ruben Sylvester Kentharaj (a primeira, brasileira; os dois últimos, holandeses) a aguardar a chegada do ora requerente, Roy Kimen Moeljosoermardjo, no Aeroporto Pinto Martins, em Fortaleza. Agentes da Polícia Fe-

deral, ao constatar que a mala portada por este último continha substância entorpecente em seu interior, prenderam-no em flagrante. Restaram presas, igualmente, as três pessoas acima nominadas (a brasileira e os dois holandeses), que o aguardavam no saguão, na área de desembarque.

O relator do HC nº 2.192/CE, Des. Fed. Geraldo Apoliano, ao analisar a situação do co-réu Johannes Petrus Martinus Van Osch, enfatizou o argumento de que não haveria indicações concretas de que o paciente tivesse cometido o ilícito de tráfico internacional de entorpecentes, em face de ter ido ao aeroporto de Fortaleza recepcionar uma pessoa, que por sua vez trazia drogas na bagagem.

A situação que ora se enfrenta é, a meu ver, inteiramente diversa, eis que, no caso do ora requerente, era o próprio quem trazia as drogas na bagagem. Era ele – requerente – o indivíduo pelo qual os outros três aguardavam no saguão do aeroporto.

Ainda que se entendesse que a decisão proferida pela Turma em 21.7.2005, na qual se deferiu a ordem em favor de Johannes Petrus Martinus Van Osch, ostenta caráter objetivo e, portanto, extensível ao co-réu, ora requerente, entendo existir¹ óbice legal à outorga da liberdade provisória, óbice este constante do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072, de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), a seguir reproduzido:

“Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I – *omissis*;

II – fiança e liberdade provisória.”

Não desconhece esta Magistrada a existência de controvérsia, na jurisprudência, em torno da possibilidade de outorga de liberdade provisória nos casos de prática de crime hediondo. Há que se frisar, entretanto, a posição do colendo Supremo Tribunal

¹ Ainda que diversamente dos em. Desembargadores que participaram do julgamento do aludido HC nº 2.192/CE.

Federal sobre o tema, posição esta revelada em diversas ocasiões, das quais se destaca a ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 83.468 (rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 11.11.2003, DJ 27.2.2004, p. 27). Segue transcrição da ementa do aludido julgado:

“I. *Habeas corpus*: cabimento: decisão do STJ em recurso especial. Em tese, admite-se a impetração de *habeas corpus* ao Supremo Tribunal contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, pelo menos para rever as questões jurídicas, mesmo infraconstitucionais, decididas contra o réu no julgamento de recurso especial: vertentes do entendimento da Primeira Turma no HC 71097 (RTJ 162/612).

II. Crime hediondo: prisão em flagrante. Proibição da liberdade provisória: inteligência. Da proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos – contida no art. 2º, II, da L 8.072 e decorrente, aliás, da inafiançabilidade imposta pela Constituição –, não se subtrai a hipótese de não ocorrência no caso dos motivos autorizadores da prisão preventiva.”

De acordo com o excelso Pretório, dessarte, é absoluta a vedação à concessão de liberdade provisória nos casos de crimes hediondos, vedação esta aplicável mesmo nas hipóteses de não configuração dos requisitos autorizadores da prisão preventiva.

Do voto do relator – Min. Sepúlveda Pertence – se extrai o seguinte excerto:

“...a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais: como acentuou, com respaldo na doutrina, o voto vencido, no Tribunal do Espírito Santo, do il. Desemb. Sérgio Teixeira Gama, seria ilógico que, vedada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória sem fiança.”

No mesmo sentido, quadra trazer a lume os seguintes arestos, também do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“1. Agravo regimental: necessidade de impugnação dos fundamentos da decisão agravada (RISTF, art. 317, § 1º).

2. Liberdade provisória: proibição do seu deferimento a preso em flagrante por crime hediondo; legalidade da prisão do paciente afirmada pelo STF desde o HC 83.468 (1ª T., 11.09.03, DJ27.2.2004)”. (HC nº 85.711 AgR/ES, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 17.5.2005, DJ3.6.2005, p. 42.)

“*HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. APELAÇÃO EM LIBERDADE. Não tem direito a apelar em liberdade, réu condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes, por se tratar de crime hediondo (L. 8.072/90, art. 2º, II). O Pleno do Tribunal já declarou a constitucionalidade do referido artigo 2º da lei. *Habeas* indeferido”. (HC nº 81.871/MT, rel. Min. Nelson Jobim, julg. 11.6.2002, DJ21.3.2003, p. 72.)

No que tange ao alegado excesso de prazo, devo registrar que, consoante averbado pelo próprio requerente, está o processo a aguardar a oitiva das testemunhas de defesa arroladas por Célia Joaquina da Silva. É correto afirmar, assim, que o Judiciário não deu causa a nenhum retardamento no trâmite processual.

Realço, à guisa de conclusão, que, a despeito de o requerente, em sua petição de fls. 168 *usque* 183, insistir na assertiva de que teria ocupação definida e residência fixa, não carregou aos autos qualquer documento destinado a comprová-la. Não há, nos autos, deveras, qualquer documento a indicar a profissão do suplicante, ou a comprovar que o mesmo, efetivamente, reside na BR 18, Lelydorp, Paramaribo, Suriname.

Esforçada nessas razões, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 2.252-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Impetrantes: DRS. JOSÉ BONIFÁCIO DE MACEDO FILHO E OUTRO
Impetrado: JUÍZO DA 11ª VARA FEDERAL DO CEARÁ
Paciente: ANTÔNIO MARCOS ALVES (RÉU PRESO)

PENAL. PROCESSO PENAL. RÉU PRESO. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ESTELIONATO VIA INTERNET. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS PARA MANUTENÇÃO DA CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. EXCESSO DE PRAZO. DEMORA JUSTIFICADA. PROCESSO COMPLEXO. VÁRIOS RÉUS. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO BENEFÍCIO CONCEDIDO AOS CO-RÉUS. INEXISTÊNCIA DE IDENTIDADE DE SITUAÇÕES FÁTICO-PROCESSUAIS ENTRE OS CO-RÉUS. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

- Crimes graves cometidos via internet, com a utilização do programa de informática, pelo qual se capturavam informações daqueles que usassem os computadores infectados, sendo tais informações, em seguida, remetidas para contas de correios eletrônicos, causando prejuízos a várias instituições bancárias.

- Entendo que está presente o requisito de manutenção da prisão cautelar para garantia da ordem pública, pois é possível que o paciente em liberdade, diante dos seus conhecimentos e da facilidade de acesso à internet, volte a delinquir, bem assim o requisito de garantia da aplicação da lei penal, existindo, também, prova da materialidade e indícios suficientes de autoria.

- Condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si só, garantir a revogação da prisão

preventiva se há nos autos fundamentos suficientes a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar.

- O prazo de 81 dias para conclusão da instrução criminal não é absoluto, podendo ser ultrapassado quando a complexidade do processo criminal e a pluralidade de réus justificarem.

- Não havendo identidade de situações fático-processuais entre os co-réus, não cabe, a teor do art. 580 do CPP, deferir pedido de extensão de benefício de liberdade provisória obtido por um deles.

- Denegação da ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de HC 2.252-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em denegar o *habeas corpus*, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Custas na forma da lei.

Recife, 25 de outubro 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 *habeas corpus* liberatório, com pedido liminar, impetrado pelos ilustres Advogados José Bonifácio de Macedo Filho e Daniel Carneiro Duarte, em favor do paciente Antônio Marcos Alves, preso preventivamente desde 18 de dezembro de 2004, apontando-se como autoridade coatora o MM. Juiz Federal da 11ª Vara da SJ/CE, *que indeferiu o pedido de revogação de prisão preventiva apresentado naquela instância.*

2. Narra, a inicial, que inexistem nos autos da Ação Penal 2005.81.00.14550-0 os pressupostos e requisitos autorizadores da custódia cautelar, argumentando, neste sentido, que a instrução criminal **já se encontra finalizada e que não resta comprovada a real possibilidade de o réu furtar-se à aplicação da lei penal**; aduz, assim, que o paciente preenche todos os requisitos para obter a revogação de sua prisão preventiva, bem como que a sua permanência na prisão não encontra amparo legal, considerando que não restam presentes os requisitos previstos no art. 312 do CPP, justificadores da prisão preventiva.

3. Sustentam que o paciente Antônio Marcos Alves é primário e possui bons antecedentes, tendo a denúncia imputado ao mesmo a prática dos crimes capitulados nos arts. 171 (*estelionato*) e 288 (*quadrilha ou bando*) do CPB; desta forma, segundo os impetrantes, se o paciente vier a ser condenado, sua pena não ultrapassará a 4 anos de prisão em regime semi-aberto, já estando, portanto, com quase 1/3 da pena cumprido, sendo patente, assim, o constrangimento ilegal.

4. Ademais, relatam que restou configurado o excesso de prazo na prisão preventiva do paciente Antônio Marcos Alves, uma vez que transcorreram 335 dias desde a decretação de sua custódia cautelar.

5. Desta feita, afirma que não está devidamente comprovada a existência dos requisitos necessários para a prisão provisória, pleiteando a revogação da custódia preventiva, devendo o paciente aguardar seu julgamento em liberdade.

6. Às fls. 67/68 dos autos, *indeferi a medida liminar*, destacando que, naquela oportunidade, inexistiam elementos probatórios mínimos para que se decidisse pela ausência dos pressupostos e requisitos suficientes à decretação da prisão preventiva.

7. Às fls. 107/155 dos autos foi realizada a juntada de documentos apresentados pelos impetrantes.

8. As informações solicitadas ao MM. Juiz monocrático, tido como autoridade coatora, foram devidamente remetidas (fls. 143/146); nestas, relata os atos praticados na Ação Penal 2005.81.00.14550-0, afirmando que persistem os motivos da prisão preven-

tiva do ora paciente Antônio Marcos Alves, entendendo, assim, que deve o mesmo permanecer custodiado durante o processo criminal.

9. Em parecer, da lavra do Professor Sady D'Assunção Torres Filho, a douta Procuradoria Regional Federal *opina pela denegação da ordem*, afirmando que: (a) persistem os motivos que ensejaram a custódia cautelar do paciente, os quais não foram afastados pelos documentos acostados aos autos; (b) a primariedade, os bons antecedentes e a residência fixa não são suficientes para ilidirem o decreto de prisão processual, quando presentes seus fundamentos legais; (c) o prazo de 81 dias para o término da instrução criminal não é peremptório, podendo ocorrer diversos fatores, no curso da mencionada instrução, que justifiquem o excesso; (d) os princípios da razoabilidade e da complexidade justificam o excesso de prazo na instrução; e (e) a instrução criminal não está encerrada, seguindo o seu curso normal.

10. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

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

1. A finalidade precípua do *habeas corpus* consiste em fazer cessar o constrangimento ilegal ou a ameaça de ilegal constrangimento à liberdade de ir e vir. Diz-se que a coação é ilegal quando não houver justa causa; quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; quando o processo for manifestamente nulo ou quando extinta a punibilidade.

2. No caso em apreço, o paciente, Antônio Marcos Alves, *foi denunciado pela prática dos delitos de estelionato via internet, lavagem de dinheiro, violação de sigilos bancários e formação de quadrilha, em concurso de agentes, com desdobramentos nos Estados do Ceará, Pará, Maranhão e Goiás, estando preso preventivamente desde 18 de dezembro de 2004*; em razão disto, foi interposto o presente *habeas corpus*, com a finalidade de revogar

a prisão, mantida pela autoridade coatora, que indeferiu o pedido de liberdade provisória.

3. Primeiramente, a prisão preventiva do paciente foi decretada pelo douto Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Pará; este Magistrado, ao constatar que parte dos crimes aconteceu em Fortaleza, procedeu ao desmembramento do processo originário com mais de 50 réus, remetendo os autos para a Seção Judiciária do Ceará, o que originou a Ação Penal 2004.81.00. 025089-3, na qual o *Parquet* ratificou a denúncia, tendo o douto Juiz monocrático decretado a prisão preventiva do paciente.

4. De acordo com a denúncia, o paciente Antônio Marcos Alves, em co-autoria com outras pessoas, utilizou programas de informática para a prática de diversas fraudes, consistindo tais práticas em três condutas básicas: (a) espalhavam através da internet o programa denominado *Cavalo de Tróia* ou TROJAN, o qual uma vez aberto, capturava informações inseridas pelo usuário dos computadores infectados que, posteriormente, eram remetidas para contas de correio eletrônico criadas pelos membros da organização criminosa; (b) emitiam mensagens falsas do SERASA, com pedidos de informações de contas bancárias, agência e senha da vítima; (c) utilizavam *página clone* sobre as páginas das instituições bancárias para onde os usuários são direcionados após tentarem acessar os bancos por provedor que tenham sido infectados pelos membros da organização criminosa.

5. Alegam os impetrantes no *writ* que: (a) inexitem no processo os requisitos e pressupostos autorizadores da prisão cautelar; (b) persiste o excesso de prazo na conclusão da instrução criminal e na formação da culpa; (c) deve ser estendido ao paciente o benefício concedido aos co-réus. Sustenta, ainda, que o paciente possui bons antecedentes sociais, é primário e tem residência fixa, tudo isso suficiente a justificar a revogação de seu decreto prisional.

6. PRESSUPOSTOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR

7. Desde que preenchidos os pressupostos legais, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do Inquérito Policial e da Instrução Criminal, uma vez fundada em peças informativas que demonstrem a existência do crime e os indícios de auto-

ria. De acordo com o art. 312 do CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência de instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

8. Penso, reverenciando os entendimentos em contrário, que *a liberdade se configura como direito subjetivo de cada pessoa, não devendo ser obstaculizada, a não ser quando presentes os requisitos legais necessários à decretação da prisão cautelar; requisitos estes, como já afirmado acima, constantes no art. 312 do CPP, que assim dispõe:*

“Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

9. O Professor Fernando da Costa Tourinho Filho afirma o seguinte, acerca da prisão preventiva:

“Toda e qualquer prisão decretada antes da condenação é, realmente, medida odiosa, uma vez que somente a sentença, que põe fim ao processo, é a única fonte legítima para restringir a liberdade pessoal a título de pena.

(...).

Embora pondo em perigo um dos bens mais caros e apreciados pelo homem – a liberdade – que a Lei Maior protege e reconhece, justifica-se a prisão preventiva como uma necessidade para assegurar o império efetivo do Direito Penal”. (Processo Penal, v. 3, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 414).

10. De acordo com as informações prestadas pelo MM. Juiz Federal da 11ª Vara da SJ/CE e conforme se depreende da peça delatória inaugural, existem nos autos diversas provas da materialidade do delito e indícios fortes de autoria do paciente. Foram diversos os bens arrecadados na residência do paciente Antônio Marcos Alves, dentre eles, inúmeros equipamentos de informática

contendo o programa fraudador *Cavalo de Tróia*, TROJAN, ou seja, instrumentos para a prática de crimes cibernéticos, uma grande quantidade de arquivos contendo milhares de endereços de correio eletrônico (e-mail's), além de arquivos contendo dados bancários.

11. Eis o que constatou o Laudo de exame em mídia de armazenamento computadorizado, realizado nos equipamentos encontrados na residência de Antônio Marcos Alves (fls. 1.307 da Ação Penal 2005.05.00.033286-0):

“(...) foram encontrados alguns arquivos classificados como pestes computacionais do tipo Cavalo de Tróia (Trojan Horse) na memória portátil, FLASH DRIVE (...) que podem ser utilizados para envio de informações via internet (...) aquisição de dados (...). Foi encontrado o arquivo Manoel Alves.txt com informações sobre nomes de bancos, números de agências, contas correntes, saldos, datas: (...) Na pasta (...) há uma grande quantidade de arquivos contendo milhares de endereços de correio eletrônico (e-mail's) (...). Foi recuperado o arquivo (...) contendo dados bancários”. (fls. 74).

12. É certo que existem nos autos *prova sólida da materialidade do delito*, bem assim indícios suficientes de autoria, estando presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva; cabe agora analisar a existência dos requisitos, quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, uma vez que presente um deles, razão haverá para que se mantenha a custódia cautelar.

13. De acordo com os impetrantes está demonstrado que o paciente Antônio Marcos Alves não representa perigo à instrução criminal, tendo em vista que esta já alcançou o seu fim, não havendo mais testemunhas a serem ouvidas, tampouco representa perigo à ordem social, além de não significar perigo à ordem econômica.

14. Segundo as informações prestadas pelo Juiz *a quo* a instrução processual ainda *não se encontra encerrada*, tendo em vis-

ta que não foi localizada uma testemunha arrolada pela defesa de um dos co-réus, cuja intimação foi determinada para, no prazo de cinco dias, dizer se ainda tem interesse na sua oitiva, alertando que seu silêncio será interpretado como desistência da mesma testemunha; ademais, de acordo com o MM. Juiz, ocorreu, no último dia 31 de agosto, o reinterrogatório de outro co-réu; por outro lado, de acordo com o documento de fls. 198, trazido aos autos pelo réu, verifica-se que a instrução criminal já se encontra encerrada, não havendo como fundamentar a segregação na conveniência da instrução criminal, uma vez que não existe prova processual a ser produzida.

15. Por outro lado, entendo que está presente o requisito de manutenção da prisão cautelar para garantia da ordem pública, pois é possível que o paciente em liberdade, diante dos seus aguçados conhecimentos e da facilidade de acesso à internet, volte a delinquir, já que, segundo as informações prestadas pelo douto Juiz Monocrático, existem diversos indícios apurados na instrução criminal de que o paciente faz da atividade criminosa seu meio de sobrevivência; ademais, os delitos pelos quais responde o paciente foram praticados com extrema habilidade e usando artifícios de elevada gravidade, repercutindo até na segurança do Sistema Financeiro Nacional, uma vez que, de acordo com a denúncia e com as informações prestadas nos autos (fls. 173/182), trouxe prejuízos para instituições bancárias, dentre elas a Caixa Econômica Federal.

16. Vale transcrever trechos das informações prestadas pelo douto Juiz *a quo*:

“Monitoramento das conversa de José Carlos Pessoa Neto indica que o mesmo recebeu transferência fraudulenta em sua conta bancária, indicando as investigações que o patrimônio de Antônio Marcos Alves foi constituído com o dinheiro obtido de tais fraudes. Às fls. 255, Antônio Marcos Alves afirma que ‘está segurando um negócio para fazer rápido’, ou seja, uma operação de R\$ 500.000,00. No mesmo monitoramento, fica claro que Antônio Marcos Alves é responsável pela comercialização do Programa TROJAN, vez que interlocutor (homem não identifi-

cado) afirma querer um negócio 'que dê cada vez mais', bem como é membro de confiança de toda organização criminosa, vez que revela conhecer e participar das atividades dos demais componentes do grupo em Brasília, São Paulo, Manaus e Fortaleza. Antônio Marcos Alves também confessa sua participação nas atividades de Gordão, que vem a ser Marcos Mendonça (fls. 1280). Documento de fls. 915 (vol. 4) afirma que Antônio Marcos Alves, em conjunto com José Carlos Pessoa Neto, constituiu grande patrimônio com tais fraudes, tendo sido apreendidas em seu poder um *pen drive* e outras unidades de armazenamento de dados, com registro de grande quantidade de agências, contas e senhas capturadas pela internet". (Fls. 73).

"Da análise do conjunto probatório existente nos autos da ação criminal referida, verifiquei ser Antônio Marcos Alves pessoa afeita ao crime, envolvida com toda a rede criminosa praticante das condutas realizadas no Ceará, São Luiz e Pará, inclusive possuindo antecedentes criminais e com duas ações criminais em seu desfavor suspensas por ter sido citado por edital, o que, a meu ver, demonstra que, uma vez solto, poderá evadir-se do distrito da culpa, bem como realizar procedimentos tendentes a ocultar descoberta mais profunda de provas contra si, bem como voltar a delinqüir. Motivos esses que ensejaram o decreto de sua custódia preventiva". (Fls. 75).

17. Observa-se, também, que a liberdade do paciente representaria risco concreto à execução da lei penal, como bem se percebe dos autos, a organização criminosa, composta por diversos integrantes e pelo paciente, atua em vários Estados do País, sendo inteiramente possível que o paciente venha a se evadir e a praticar os delitos em outros lugares, bem assim e, principalmente, porque ao tentar provar sua residência certa (fls. 154), apresentou conta referente à Companhia Energética do Ceará, em nome de Cezarina Alves de Lima, a qual não identificou nos autos, datando

de 17/03/2005; diante de tudo isso, resta possível a fuga do distrito da culpa, sendo certa a necessidade da cautelaridade para assegurar a aplicação da lei penal.

18. Argüem os impetrantes que considerando as penas de 1 a 5 anos e de 1 a 3 anos impostas respectivamente aos crimes de estelionato e quadrilha imputados ao paciente (art. 171, parág. 3º e 288 do CPB), e as circunstâncias judiciais favoráveis ao mesmo, *difficilmente a pena definitiva ultrapassará 4 anos de reclusão, não havendo como justificar que o paciente em liberdade possivelmente se evadiria do distrito da culpa, tendo a seu favor o tempo de cárcere cautelar suficiente para obter uma progressão de regime e cumprir sua pena em um regime mais brando.*

19. Não há como prosperar tal alegação. Verifica-se que a denúncia imputa ao paciente, a prática do crime estelionato, art. 171 parág. 3º do CPB (pena de 1 a 5 anos de reclusão + 1/3) e do crime de formação de quadrilha, art. 288 do CPB (pena de 1 a 3 anos de reclusão), c/c o crime de violação de sigilo bancário, art. 10 da Lei Complementar nº 105/2001 (pena de 1 a 4 anos de reclusão e multa), as quais, em face das circunstâncias judiciais desfavoráveis, diante da conduta social do paciente, voltada à prática desses delitos, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, que, como já dito, atingiu diversas instituições bancárias, terá pena-base possivelmente fixada acima do mínimo legal, apontando para uma expectativa de pena definitiva fixada para além dos 4 anos aduzidos.

20. Por último, quanto às condições subjetivas do paciente, quais sejam, a alegada primariedade, os bons antecedentes, e o trabalho lícito, sabe-se que essas circunstâncias não impedem a decretação da prisão preventiva, quando presentes os pressupostos e requisitos necessários à sua execução, como aqui restou concluído.

21. Percebe-se, pois, que os pressupostos e os requisitos para segregação cautelar foram atendidos, na medida em que restou demonstrada a materialidade do delito e a existência de indícios de autoria, bem assim por restar claro que a liberdade do paciente acarreta risco eminente à ordem pública e à aplicação da lei penal.

22. EXCESSO DE PRAZO

23. É certo que o prazo de 81 dias para conclusão da instrução criminal não é absoluto, podendo ser ultrapassado quando a complexidade do processo criminal e a pluralidade de réus justificarem; assim, o prazo de 81 dias indicado para o término da fase instrutória serve apenas como um parâmetro geral, podendo variar conforme a particularidade de cada ação penal, motivo pelo qual a jurisprudência o tem mitigado.

24. Esse é o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça; veja-se:

“Consoante o princípio da razoabilidade, resta devidamente justificada a necessária dilação do prazo para conclusão da fase instrutória, mormente quando se tem em conta a complexidade do feito, que envolve vários réus. Precedentes do STJ”. (RHC 17.882/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, *DJU* 03/10/2005, p. 288).

“Por aplicação do Princípio da Razoabilidade, justifica-se eventual dilação de prazo para a conclusão da instrução processual, quando a demora não é provocada pelo Juízo ou pelo Ministério Público. O prazo de 81 dias para a conclusão da instrução criminal não é absoluto. O constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada”. (HC 44.216/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJU* 03/10/05, p. 305).

25. *In casu*, foram praticados, ao menos em tese, os delitos de estelionato via internet, lavagem de dinheiro, violação de sigilos bancários e formação de quadrilha, em concurso de pessoas, com desdobramentos nos Estados do Ceará, Pará, Maranhão e Goiás, envolvendo diversos acusados, tudo isso suficiente a legitimar a instrução criminal para além dos 81 dias.

26. Verifica-se que a demora no término da instrução não pode ser atribuída nem ao Juiz nem ao Ministério Público, tendo sido retardada pela complexidade do feito, pelo grande número de réus e pela observância das formalidades legais; de acordo com a de-

núncia, o processo em análise originou-se do desmembramento da ação penal que tramitava na Seção Judiciária do Pará, com mais de 50 réus, ensejando a distribuição dos autos para as Seções Judiciárias do Ceará e do Maranhão.

27. Ademais, o suposto excesso de prazo na instrução criminal restou superado pelo término da fase instrutória.

28. DA EXTENSÃO DO BENEFÍCIO CONCEDIDO AOS CO-RÉUS

29. Não havendo identidade de situações fático-processuais entre os co-réus, não cabe, a teor do art. 580 do CPP, deferir pedido de extensão de benefício de liberdade provisória obtido por um deles, qual seja, a concessão da liberdade provisória, veja-se:

“Art. 580 – No caso de concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.”

30. Forte nos argumentos expendidos denego a ordem requerida, para manter a custódia cautelar do paciente.

31. É como voto.

HABEAS CORPUS N° 2.257-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA

Impetrantes: DRS. MARIA ERBÊNIA RODRIGUES E OUTRO

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DO CEARÁ

Paciente: JOSÉ CHARLES MACHADO DE MORAIS

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. PRISÃO PREVENTIVA (GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL). AÇÃO PENAL INSTAURADA. DENÚNCIA RECEBIDA. INTERROGATÓRIO. REALIZAÇÃO. FORTES INDÍCIOS DE EVASÃO DO PACIENTE DO DISTRITO DA CULPA. CRI-

MES, EM TESE, DE LAVAGEM DE DINHEIRO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA – CONCURSO DE PESSOAS. RELAXAMENTO DE PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS JUSTIFICADORES PARA A MANUTENÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR – ARTIGO 312 DO CPPB. PEDIDO DE EXTENSÃO DO BENEFÍCIO CONCEDIDO AOS CO-RÉUS. IMPOSSIBILIDADE. DISPARIDADE DE CONDIÇÕES FÁTICAS E DIVERSIDADE DA PARTICIPAÇÃO DE CADA ACUSADO NOS CRIMES, EM TESE, PRATICADOS. IMPROCEDÊNCIA DO WRIT.

- O simples fato de ser o paciente primário, de bons antecedentes, com domicílio e ocupação fixos não obsta, por si só, a manutenção da custódia cautelar, se presentes as circunstâncias que autorizem o decreto ou manutenção da custódia preventiva – artigo 312 do CPP.

- A gravidade dos crimes narrados, em tese, na denúncia, já ofertada pelo Parquet Federal, quais sejam, furto qualificado, quadrilha, uso de documento falso e lavagem de ativos ilícitos, em concurso de pessoas, é daquela que, inclusive, nos termos do artigo 312 do CPPB, autorizam a manutenção da prisão preventiva, não só por conveniência da instrução criminal (a necessidade da cognição penal para verificar a ciente e voluntária colaboração dessas pessoas na prática dos crimes, em tese, perpetrados), ou para assegurar a aplicação da lei penal (evasão do distrito da culpa).

- Embora a Jurisprudência dominante entenda admissível a extensão do julgado em habeas corpus, é de observar-se que a decisão em favor de um réu só poderá ser estendida a outro se forem idênticas as situações no processo, hipótese que não se verifica nos autos, mormente quando noticia a denúncia haver disparidade de condições fáticas entre os acusados, e os fortes

indícios de serem diversos os graus de envolvimento e de participação de cada um nos crimes, em tese, por eles praticados – necessidade de se averiguar o concurso de pessoas.
- Ordem de habeas corpus denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à 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, 8 de novembro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de ação de *habeas corpus* liberatório, impedido pela Advogada, Dra. Maria Erbênia Rodrigues, inscrita na OAB/CE sob o nº 5853 e Dr. José Nogueira Granja Neto, OAB/CE nº 8918, em favor de José Charles Machado de Moraes, brasileiro, casado, empresário, residente e domiciliado na Rua Samuel Uchôa nº 96, Bairro Montese em Fortaleza/CE, atualmente recolhido à Superintendência da Polícia Federal/CE, em face da prisão preventiva decretada pelo Exmo. Juiz Federal da 11ª Vara/CE, Dr. Danilo Fontenelle Sampaio, nos autos do Inquérito Policial nº 786/2005-DPF/CE, atual Ação Penal 2005.81.00.014586-0, que apura crimes, em tese, de furto à Caixa-Forte do Banco Central do Brasil, sede local em Fortaleza/CE, de onde foi subtraída do dia 05 para o dia 06 do mês de agosto do corrente ano, a quantia de cento e sessenta e cinco milhões de reais, em cédulas de cinquenta reais.

Na denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal, o *Parquet* entendeu que o ora paciente movimentou bens provenientes, direta ou indiretamente, de crime praticado por organização crimi-

nosa, tipificando sua conduta nas penas do artigo 1º, § 2º, II, da Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro).

Objetiva-se no presente *writ* a extensão do benefício do relaxamento da prisão preventiva concedida em favor dos co-réus José Elizomarte e Francisco Dermival, com fundamento no artigo 580 do CPP, sob a alegação de que o ora paciente, também, ter sido denunciado em face dos mesmos fatos a que foram incursos aqueles co-réus.

Pugnou pela concessão da ordem para determinar o relaxamento do decreto cautelar, alegando ser o réu primário, possuidor de bons antecedentes, residência fixa no distrito da culpa e profissão fixa. Entendem os impetrantes inexistirem motivos para manutenção da prisão preventiva, pelo que pugnam pela extensão do relaxamento da prisão *ad cautelam*.

Ao final, pleiteiam a concessão da ordem com a expedição do competente Alvará de Soltura.

Nas informações, a autoridade apontada como coatora, o Exmo. Juiz Federal da 11ª Vara/CE, Dr. Danilo Fontenelle Sampaio, às fls. 72/77, fez todo um apanhado dos elementos indicativos que confluem pela responsabilização do paciente, razão porque entendeu, ainda, presentes os requisitos autorizadores à manutenção da prisão preventiva em foco. Informou, ainda, o Exmo. Magistrado, que concedeu o relaxamento da prisão preventiva aos co-réus José Elizomarte e Francisco Dermival, após a realização dos interrogatórios dos mesmos, e em face da anuência do MPF com o pedido de relaxamento, bem como por entender que os interrogatórios colhidos melhor esclareceram os fatos. Outrossim, em relação ao ora paciente, José Charles, o Exmo. Magistrado, embora reconhecendo os requisitos da residência certa, profissão definida e a inexistência de antecedentes criminais, indeferiu o pedido de relaxamento da prisão preventiva por verificar que o interrogatório do acusado José Charles foi contraditório, desencontrando-se com os vários indícios e provas constantes dos autos, daí decorrendo o temor de sua evasão do distrito da culpa, persistindo, assim, os requisitos autorizadores do decreto preventivo nos termos do artigo 312 do CPP.

Parecer do MPF (fls. 118/120) da lavra da Exma. Procuradora da República, Dra. Maria do Socorro Leite Paiva, opinando pela denegação da ordem deste *writ*, sob o entendimento de que os efeitos benéficos do *habeas corpus* estendem-se apenas aos co-réus que se encontram em idêntica situação processual.

É o relatório.

Em mesa, para julgamento.

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 – CE, fls. 13/26, o ora paciente José Charles Machado de Moraes “reservou, diligentemente, os veículos, na Brilhe Car, e novamente esteve lá com Alemão e Marcos Rogério, dando preferência àqueles cujas placas não eram do Ceará (fls. 383), chegando a dispensar a presença da funcionária Rafaela, encarregada do Serviço de Documentação, no sábado, 06/08/05, e, depois, transportou, da Rua 25 de março, os R\$ 980.000,00 em sacos de cereais (fls. 378 e 433), para despistar, até a Brilhe Car, onde, juntamente com Dermival, conferiu o dinheiro (cédulas de R\$ 50,00) no apartamento deste, por trás da referida empresa; transportou, no domingo seguinte, os veículos até a J. E. Transpostes Ltda., de sua responsabilidade, e recheou alguns carros com dinheiro, acolheu todo o grupo de delinqüentes em sua empresa, solicitando 3 táxis para levá-los ao Aeroporto (fls. 441), rumo a São Paulo, acompanhados da Silverado com a ‘bagagem’, diga-se o dinheiro do furto, acondicionado em malas e pacotes. A compra foi procedida em tempo célere (sábado), e retirados os veículos para a transportadora, no domingo. O motorista Rogério afirma que, quando saiu, sábado, da loja, não tinha carro no pátio, e quando chegou, no domingo, os carros estavam todos lá (fls. 276), o que demonstra a pressa da saída dos carros antes da descoberta do furto na segunda-feira e sua ciência do crime. Depois, viajou para São Paulo, juntamente com o motorista da empresa. Durante a viagem apresentou certa inquietação, como informa o motorista Rogério, e sempre ao celular ou

fazendo ligação de telefone público (fls. 190), além de ser a primeira viagem que, pessoalmente, fazia para entregar carro, como afirmam as pessoas de suas relações de trabalho – fls. 189 e 384. Este acusado afirma que faz tempo não vê o irmão, Marcos Rogério, o que não é verdade, pois, além de haver afirmação contrária, nos autos, por parte de Elizomarte, que tratou com os dois, uma de suas empregadas também diz que Marcos Rogério andava regularmente na empresa J. E. Transporte e, na semana que antecedeu o furto ao Banco Central, ele procurou Charles – fls. 440. Este acusado ‘lavou’ parte do numerário objeto dos crimes praticados pela organização criminosa, em significativo apoio à quadrilha da qual faz parte seu irmão.”

O Ministério Público Federal tipificou a conduta do acusado José Charles Machado de Moraes, ora paciente, nas penas do artigo 1º, § 2º, II, da Lei nº 9.613/98 – crime, em tese, de guarda de ativos ilícitos, ressalvada a aplicação do disposto no artigo 29 do CPB – concurso de pessoas – em relação aos co-autores.

Importa registrar o teor das informações prestadas pela autoridade coatora, Exmo. Juiz Federal Dr. Danilo Fontenelle Sampaio, da 11ª Vara Federal/CE, fls. 72/77, *in verbis*:

“(…)

15 - Por ocasião da audiência realizada no dia 21 do mês passado, e considerando o pedido de liberdade provisória por José Elizomarte e Francisco Dermal nos autos do procedimento criminal, manifestou-se o nobre Representante do *Parquet*, após a realização dos interrogatórios, opinando pela revogação da custódia cautelar decretada em seu desfavor, por entender melhor delineado o perfil de suas participações no delito, sendo que a concessão da liberdade não ofereceria riscos quanto aos pressupostos que sustentam a prisão preventiva.

16 - Entendo assistir razão ao Ministério Público Federal, uma vez que os interrogatórios colhidos melhor esclarecem os fatos, sendo os dois réus possuidores de residência fixa e bons antecedentes, não aparentando mais risco de evasão, tendo sempre

colaborado com a Polícia Federal na medida de suas capacidades, revoguei a prisão preventiva de José Elizomarte e Francisco Dermival Fernandes Vieira, determinando a expedição de Alvará de Soltura dos mesmos.

17 - Naquele mesmo ato requereu a Ilustre Defensora do acusado José Charles Machado de Moraes a concessão de sua liberdade, após o que foi dada a palavra à Procuradora da República presente, a qual, embora reconhecendo os requisitos da residência certa, profissão definida e inexistência de antecedentes criminais, opinou contrariamente à revogação de sua prisão, afirmando o seu alto grau de envolvimento com os fatos criminosos.

18 - Indeferi tal pedido de liberdade por verificar que o interrogatório de José Charles foi contraditório, desencontrando-se com os vários indícios e provas constantes dos autos, daí decorrendo o temor de sua evasão do distrito da culpa e persistentes os requisitos da custódia decretada..."

E, considerando os motivos que levaram o Exmo. Juiz Federal singular, Dr. Danilo Fontenelle Sampaio a **manter a prisão preventiva** do ora paciente, afigura-se-me oportuno a reprodução dos seguintes excertos das suas informações, fls.75, *in verbis*:

"(...)

19 - Registro, ainda, que, como resultado de diligências de busca e apreensão realizadas nos dias 28 e 29 de setembro nas residências de Antônio Edimar Bezerra nesta capital, em Caucaia-CE e em Boa Viagem/CE, quando recuperados R\$ 12.300.000,00 (doze milhões e trezentos mil reais) do dinheiro subtraído do Banco Central e presos cinco suspeitos de fazerem parte da quadrilha que perpetrou o crime (Antônio Edimar Bezerra, Flávio Augusto Mattioli, Marcos de França, Marcos Ribeiro Suppi e Davi Silvano da Silva), nos mesmos locais foram encontrados e também apreendidos documento e um veículo pertencentes a José Charles Machado de Mo-

rais – com informação, ainda pendente de confirmação de que em relação ao automóvel registrado em nome da Companhia Itaú Leasing de Arrendamento Mercantil, existe financiamento em nome do agora paciente, conforme autos lavrados pela Polícia Federal, robustecendo ainda mais a convicção deste magistrado sobre a necessidade da manutenção da custódia do paciente.

20 - Considerando, da análise das provas carreadas aos autos e das declarações dos réus quando ouvidos neste Juízo, os fortes indícios de serem diversos os graus de envolvimento e de participação de cada acusado nos crimes por eles em tese praticados, improcede a afirmação dos impetrantes de que houve desrespeito ao princípio constitucional da isonomia ao ser negado o pedido de liberdade provisória ao ora paciente, uma vez que a igualdade real consiste em tratar igualmente as situações iguais e diferentemente as desiguais, não havendo de se falar em igualdade de tratamento entre partes que apresentem disparidade de condições...”

Objetiva-se no presente *writ* a extensão do benefício do relaxamento da prisão preventiva concedida em favor dos co-réus José Elizomarte e Francisco Dermival, com fundamento no artigo 580 do CPP, sob a alegação de que o ora paciente, também, ter sido denunciado em face dos mesmos fatos a que foram incursores aqueles co-réus.

Pugnou pela concessão da ordem para determinar o relaxamento do decreto cautelar, alegando ser o réu primário, possuidor de bons antecedentes, residência fixa no distrito da culpa e profissão fixa. Entendem os impetrantes inexistirem motivos para manutenção da prisão preventiva, pelo que pugnam pela extensão do relaxamento da prisão *ad cautelam*.

Ao final, pleiteiam a concessão da ordem com a expedição do competente Alvará de Soltura.

De uma leitura das peças deste *habeas corpus*, bem como as peças colacionadas pelo Magistrado singular, na oportunidade das

informações prestadas, revelam e demonstram a gravidade dos crimes apontados aos acusados – seja o de formação de quadrilha, seja os daqueles partícipes do furto à caixa-forte do Banco Central, seja o de lavagem dos ativos ilícitos e do uso de documento falso, valendo registrar, ainda, o concurso de pessoas – tal gravidade é daquela que, inclusive, nos termos do artigo 312 do CPPB, fundamentaria a manutenção da prisão preventiva, não só por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, principalmente por entender noticiando, agora, a denúncia, o crime de lavagem de ativos ilícitos, o risco de evasão do distrito da culpa é evidente.

Em relação ao ora paciente, é de registrar-se que o mesmo, antes mesmo da prisão temporária, se distanciou do distrito da culpa, ao se associar a uma viagem num caminhão de transportadora para a qual não era comum recorrer. E isto foi confirmado pelo testemunho do seu empregado Francisco Rogério Maciel de Souza, que disse que o paciente iria acompanhá-lo durante a viagem, tendo o declarante estranhado mais ainda, posto que seu padrão nunca o havia acompanhado anteriormente, justamente no período em que as autoridades policiais estariam no encalço dos autores do delito.

É cediço que a Constituição Federal exige motivação por parte do juiz, para que o cidadão fique preso antes do trânsito em julgado de sua condenação. *In casu*, entendo que o Exmo. Juiz *a quo* invocou no seu decreto prisional preventivo os dispositivos ensejadores da prisão cautelar – artigo 312 do CPP, bem como demonstrou *in concreto* a necessidade da manutenção de tal prisão.

A instrução criminal iniciou-se já com o recebimento da denúncia e, nos interrogatórios dos co-réus José Elizomarte e Francisco Dermival, dia 21 do mês passado, o Magistrado singular deferiu o relaxamento da prisão preventiva, por entender melhor delineado o perfil de suas participações no delito, sendo que a concessão da liberdade não ofereceria riscos quanto aos pressupostos que sustentam a prisão preventiva.

Em relação ao pedido de extensão de tal benefício ao ora paciente, já nas informações prestadas, o Magistrado singular noti-

ciou que indeferiu tal pedido de relaxamento da prisão preventiva nos autos da ação penal por entender que existem fortes indícios de serem diversos os graus de envolvimento e de participação de cada acusado nos crimes por eles, em tese, praticados.

Ora, de uma leitura da denúncia, verifica-se que existe pluralidade de condutas – ou seja – o concurso de pessoas que de algum modo colaboraram para perfeição do crime. A instrução criminal faz-se, neste momento, imperiosa, necessária, no sentido de no juízo cognoscitivo penal verificar-se a relevância causal das condutas e o vínculo subjetivo entre os agentes, que dentre estes, está o ora paciente, que segundo o Magistrado singular, se houve em contradições no seu interrogatório – ato de defesa, inclusive, a demonstrar, ainda mais, a necessidade da instrução criminal para verificar a ciente e voluntária colaboração dessas pessoas na prática dos crimes, em tese, perpetrados, pelo que se impõe a manutenção do decreto preventivo em relação ao ora paciente.

Quanto ao pedido dos impetrantes de extensão ao ora paciente José Charles do relaxamento de prisão concedido aos co-réus José Elizomarte e Francisco Dermival, a interpretação teleológica (= finalidade da norma) e sistemática dos artigos 580 e 654, § 2º, do CPP é conducente a concluir-se pela viabilidade da extensão do provimento judicial que haja beneficiado co-réu, sendo de observar-se, por oportuno, que a decisão em favor de um réu só poderá ser estendida a outro se forem idênticas as situações no processo, hipótese que não se verifica nos autos, mormente quando noticia a denúncia disparidade de condições fáticas entre os acusados, e os fortes indícios de serem diversos os graus de envolvimento e de participação de cada um nos crimes, em tese, por eles praticados. O concurso de pessoas, em tese, norteou as condutas narradas na peça delatória, pelo que mister a cognição penal e a manutenção da prisão preventiva em relação ao ora paciente José Charles.

Entendendo demonstrada a necessidade da prisão preventiva – *ex vi* do artigo 312 do CPPB –, denego a ordem de *habeas corpus*.

É o meu voto.

REMESSA EX OFFICIO CRIMINAL Nº 588-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Parte Autora: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Parte Ré: EDUARDO PEREIRA DE SIQUEIRA CAMPOS
Remetente: JUÍZO DA 13ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Advs./Procs.: DRS. LAÉRCIO DE SOUZA RIBEIRO NETO E OUTRO (PARTE R.)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EX OFFICIO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ART. 121 DO CP. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. ART. 411 DO CPP. HIPÓTESE DE EXCLUDENTE DA CRIMINALIDADE. PATRULHEIRO RODOVIÁRIO FEDERAL. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL.

- Correta a decisão, inclusive com trânsito em julgado para a acusação, que absolve sumariamente da prática de homicídio tentado, neste caso, patrulheiro rodoviário federal cuja ação, exercida no estrito cumprimento do dever legal, revela-se no sentido de coibir a violação das normas de trânsito por parte de motorista de veículo que trafegava em alta velocidade, pondo em risco a vida das pessoas que conduzia e também de terceiros em outros veículos.

- Hipótese em que configurada a excludente da criminalidade.

- Recurso em sentido estrito ex officio não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso em sentido estrito nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 1º de dezembro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Cuida-se de recurso em sentido estrito *ex officio* da sentença de folhas 324/336, da lavra da MM^a. Juíza Federal da 13^a Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que, nos autos da Ação Criminal 2000.83.00.018248-5, ao entendimento de que configurada a excludente do estrito cumprimento do dever legal, restou por absolver, sumariamente, nos termos do disposto no artigo 411 do Código de Processo Penal, Eduardo Pereira de Siqueira Campos, acusado da prática do crime previsto no artigo 121, c/c artigo 14, II, do Diploma Material Penal, e, ainda, da acusação de haver ele cometido o delito de tortura, tipificado no artigo 1º, II, c/c § 4º, II, da Lei nº 9.455/97, com fundamento no artigo 386, II, do Código de Processo Penal, por reconhecer não inexistir prova suficiente do fato típico em referência.

O Ministério Público Federal e, igualmente, a defesa, não interpueram recurso contra a sentença.

Adoto, como parte integrante deste relatório, a parte expositiva dos fatos no parecer da Procuradoria Regional da República, subscrito pela Dra. Isabel Guimarães da Câmara Lima, às folhas 346/360:

“Os acusados Eduardo Pereira de Siqueira Campos e José Humberto Tavares de Melo são funcionários públicos federais, agentes de Polícia Rodoviária Federal, tendo sido denunciados pelo Órgão Ministerial pelo fato de no dia 24 de julho de 1999, no exercício de suas funções, perseguindo em uma viatura policial, dirigido pelo primeiro, um veículo Kombi, placa KFE-1513, guiado pelo Sr. Genilberto Santino da Silva, que transportava cerca de 12 (doze) pessoas, tendo o segundo denunciado disparado vários tiros contra o citado veículo, tendo dois deles atingido o seu pneu traseiro, forçando-o a parar e outro a porta dianteira esquerda, este último quando

o veículo já se encontrava parado, mirando como alvo a referida vítima Genilberto.

Aduz ainda a denúncia que a vítima teria sido agredida naquela mesma tarde a pontapés, pelos denunciados e depois de haver sido levada para o Posto da Polícia Rodoviária Federal do Botafogo, foi a mesma chicoteada pelo segundo denunciado, tendo ainda sido deixada no interior da viatura ao sol por cerca de 30 (trinta) minutos, sendo ainda a vítima ameaçada pelo segundo denunciado, José Humberto, através de um colega do Sr. Genilberto, a quem teria afirmado que caso voltasse a encontrar o acusado lhe quebraria o queixo de novo.”

O opinativo é pelo não provimento do recurso *ex officio*, mantendo-se a sentença absolutória em sua integralidade.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

O presente recurso de ofício é de sentença que sumariamente absolveu o patrulheiro rodoviário federal Eduardo Pereira de Siqueira Campos da acusação de homicídio tentado e também da acusação de tortura. De observar que em relação ao outro acusado, José Humberto Tavares de Melo, a sentença desclassificou a acusação para o crime do artigo 19, § 1º, I, do Código Penal (lesões corporais de natureza grave); este segundo acusado, foi absolvido da acusação de tortura, sendo, alfim, decretada a seu favor a extinção da punibilidade da imputação do crime descrito no artigo 147 do Código Penal (ameaça), em vista da ocorrência da prescrição.

No quanto importa ao deslinde do presente caso, do julgamento do recurso na parte em que foi o acusado Eduardo Pereira de Siqueira Campos absolvido sumariamente, porquanto teria agido no estrito cumprimento do dever legal, impõe-se ver o disposto no artigo 411 do Código de Processo Legal:

“Art. 411. O juiz absolverá desde logo o réu, quando se convencer da existência de circunstância que exclua o crime ou isente de pena o réu (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1º, do Código Penal), recorrendo, de ofício, da sua decisão. Este recurso terá efeito suspensivo e será sempre para o Tribunal de Apelação.”

Tal previsão se encontra em consonância com a disciplina contida no artigo 23 do Código Penal:

“Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”

Insta, pois, indagar acerca da decisão de primeiro grau.

A análise do conjunto fático-probatório revela claramente que a materialidade do ilícito, fazendo-se necessário, no particular, indagar sobre a participação do ora recorrido no evento delituoso.

Um breve relato dos fatos na denúncia descreve que os dois acusados, Eduardo Pereira e José Humberto Tavares, patrulheiros da Polícia Rodoviária Federal, em seu agir, no pleno exercício de suas atividades funcionais, no dia 24 de julho de 1999, na BR 101 – Norte, perseguiram e abordaram um veículo modelo Kombi, conduzido pela vítima Genilberto Santino da Silva, trafegando em alta velocidade e com superlotação. Na oportunidade, teria deixado a vítima de atender aos sinais dos patrulheiros (sinais intermitentes da sirene da viatura) para que parasse o veículo que conduzia, o que forçou a perseguição do mesmo; o primeiro denunciado dirigia a viatura policial, enquanto o segundo deles teria disparado dois tiros contra a Kombi, sendo que um desses tiros atingiu o seu pneu traseiro, forçando-a a parar, e o outro, a porta dianteira esquerda, quando já se encontrava parado o veículo. Encontrando-se parados os dois veículos, o policial José Humberto dirigiu-se à vítima, quando foi atingido pela porta da Kombi que havia sido por este empurrada do interior do veículo, tendo o patrulheiro rodoviário caído ao chão. O ora recorrido, o policial Eduardo Pereira, ven-

do a cena antes descrita, ainda conforme a denúncia, teria retirado à força a vítima do interior da Kombi e, como houve reação, desferiu-lhe murros. Ao recobrar a consciência, teria o acusado José Humberto partido a agredir a vítima, com quem teria travado embate corporal.

Ainda, conforme a denúncia, a vítima teria sido agredida a pontapés pelos acusados, na mesma tarde daquele dia, e, após ter sido levada para o posto policial, ameaçada de forma indireta pelo denunciado José Humberto e ainda por este.

Ao descrever os fatos na sentença, a magistrada reconhece que não houve prova de qualquer tratamento desumano sofrido pela vítima, como ter ela sofrido chicoteadas ou haver sido deixada por bom tempo no interior da viatura policial, exposta ao sol. Tal versão da vítima é rechaçada na própria sentença.

Quanto à participação do recorrido, faço a necessária menção aos termos da sentença, em que a douta magistrada bem cuidou de apreciar as provas dos autos, nas passagens seguintes:

“Quanto ao acusado Eduardo, a sua participação nos fatos foi apenas de dirigir a viatura policial, dando espaço para que o colega José Humberto atingisse mediante tiros o pneu traseiro do veículo Kombi e, após, o pneu dianteiro esquerdo. Em nenhum momento ficou demonstrado haver vontade de sua parte em anuir o eventual desígnio do colega matar a vítima, o que inclusive como demonstrado acima, não se verificou. Dessarte, entendo que o acusado Eduardo atuara no caso tão-somente no estrito cumprimento do seu dever legal, não participando de eventual tentativa de homicídio da vítima Genilberto.”

Noutro ponto da sentença, enfoca com precisão a conduta atribuída ao recorrido, quanto à acusação do crime de lesão corporal grave:

“(…) não há qualquer evidência contra ele de que tenha agredido a vítima além do necessário para o

cumprimento de seu dever e no exercício de seu direito de fazer valer uma ordem sua. Com efeito, ele próprio admite em seu depoimento... e no seu interrogatório judicial... que chegou a dar dois murros na vítima após haver tentado imobilizá-la e ela ter reagido, podendo-se constatar que a violência empregada prestou-se unicamente a que fosse a vítima, tida pelo Sr. Eduardo como agente violadora de ordem policial, rendida.

Importa realçar que a própria vítima admite não ter sido agredida pelo acusado Eduardo de forma desproporcional, como se confere do trecho de seu depoimento (...).”

Restou caracterizada a excludente do estrito cumprimento do dever legal, no que não tenho a menor dúvida, sobretudo, para afirmar que o recorrido agira sem excesso punível, quando saiu em defesa do outro policial; naquelas circunstâncias, exigia-se, sim, uma postura firme da parte dos patrulheiros acusados, no sentido de coibir a violação das normas de trânsito, quando a vítima punha em risco a vida das pessoas que conduzia e bem assim daquelas que trafegavam em outros veículos.

Como salientou a representante ministerial com atuação nesta Corte, “não pairam dúvidas quanto ao acerto da decisão recorrida, inclusive transitada em julgado para o Ministério Público, de que a absolvição sumária do acusado Eduardo Pereira de Siqueira Campos se impõe”.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso em sentido estrito *ex officio*.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

REVISTA Nº 63 – JANEIRO, FEVEREIRO E MARÇO/2006

DECISÃO

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

6546-CE Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti67

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA

4604-PE Rel. Des. Federal José Maria Lucena103

AGRAVO DE INSTRUMENTO

58234-PB Rel. Des. Federal Ridalvo Costa109

61138-AL Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho ..114

63047-PE Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho119

63819-PE Rel. Des. Federal Francisco Wildo127

AGRAVO REGIMENAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

64639-PE Rel. Des. Federal Hélio Sílvio Ourem Campos
(Convocado).....158

APELAÇÃO CÍVEL

324414-RN Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho ...182

336313-CE Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano191

341549-RN Rel. Des. Federal Marcelo Navarro199

343599-PE Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho
(Convocado).....206

349007-PE Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães221

361633-PE Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira226

364842-PE Rel. Des. Federal Paulo Gadelha239

368494-RN	Rel. Des. Federal Ridalvo Costa.....	244
370237-PE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	251
376602-PB	Rela. Desa. Federal Margarida Cantarelli	258

APELAÇÃO CRIMINAL

4296-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	268
---------	--	-----

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

74332-AL	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	274
----------	---	-----

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

58373-AL	Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante	289
----------	--	-----

HABEAS CORPUS

2234-CE	Rela. Desa. Federal Joana Carolina Lins Pereira (Convocada).....	298
2252-CE	Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho	313
2257-CE	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira	324

REMESSA EX OFFICIO CRIMINAL

588-PE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	334
--------	---------------------------------------	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

A

- Cv e PrCv Ação civil pública. Telefonia. Repasse do PIS/PASEP e da COFINS aos usuários através de aumento de tarifa. Legitimação ativa do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos. Relevante interesse social defendido. Adequação da via eleita e presença de interesse de agir. Não incidência de imunidade de pagamento do PIS/PASEP e da COFINS sobre o faturamento das empresas de telecomunicações. Atividade mercantil que pressupõe a busca do lucro. Normalidade da transferência ao consumidor final de todos os custos do prestador de serviços. Manutenção do equilíbrio na relação de custo do serviço de telefonia. AC 343599-PE 206
- Cv e PrCv Ação de nulidade. Contrato de mútuo – SFH. Majoração no preço. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade imediata. Saldo residual existente após o pagamento das 180 parcelas oriundas do contrato de mútuo. Pagamento exigido por cláusula contratual abusiva. Nulidade com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. AC 361633-PE 226
- PrCv, Cv e Adm Ação reivindicatória. Domínio útil. Conexão com usucapião extraordinário. Interesse da União. Sentença *ultra petita*. Nulidade parcial. Transferência do domínio útil regularmente registrada no cartório de imóveis. Procedência da reivindicação. Posse de terceiros não questionada de 1975 a 1988. Prescrição aquisitiva vintenual não caracterizada. Improcedência do usucapião. Oposição prejudicada. AC 370237-PE 251

Cv	Ação rescisória. SFH – Sistema Financeiro da Habitação. Compromisso de compra e venda. Terceiro adquirente de boa-fé. Pagamento integral do bem. Liberação da hipoteca. Alegação de violação a literal disposição de lei. Inocorrência. Improcedência da rescisória. AR 4604-PE 103
Adm	Acidente automobilístico. Responsabilidade objetiva do Estado. Ausência de culpa da vítima. Dano moral configurado. Indenização. Cabimento. Juros de mora. Honorários advocatícios. AC 368494-RN 244
PrCv	Agravo de instrumento. Indeferimento de efeito suspensivo. Execução fiscal. Penhora eletrônica dos ativos financeiros da devedora. Possibilidade. Excepcionalidade observada. Dívida não garantida. Manutenção da decisão. AgRg em AgTr 64639-PE. 158
Prev	Aposentadoria rural. Tempo de serviço. Prova material suficiente. Impugnação tardia de documentos acostados à exordial. Impossibilidade. Preclusão. Correção monetária. Súmula 148/STJ. Juros moratórios. Súmula 204/STJ. Honorários advocatícios. Súmula 111/STJ. AC 336313-CE 191
Pen	Apropriação indébita previdenciária. Autoria identificada apenas através do contrato social da empresa. Impossibilidade de condenação baseada em responsabilidade objetiva. Provas testemunhais que apontam outro agente como o autor dos ilícitos. Persistência de dúvida razoável quanto à autoria. ACr 4296-PE 268

C

PrCv e Adm	Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Decisão. Sujeição das cooperativas médicas. Cláusula de exclusividade. Afronta à Lei nº 9.656/98, art. 18, III. Ilegalidade. AC 376602-PB 258
Adm	Consumidor. Danos materiais. Responsabilidade objetiva de instituição bancária. Furto ocorrido dentro da agência bancária. Indenização devida apenas por danos materiais. AC 349007-PE 221
Cv e PrCv	Contrato de mútuo – SFH. Majoração no preço. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade imediata. Saldo residual existente após o pagamento das 180 parcelas oriundas do contrato de mútuo. Pagamento exigido por cláusula contratual abusiva. Nulidade com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. Ação de nulidade. AC 361633-PE 226
PrCv e Adm	Cooperativas médicas. Decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Sujeição. Cláusula de exclusividade. Afronta à Lei nº 9.656/98, art. 18, III. Ilegalidade. AC 376602-PB 258
Trbt	Crédito presumido. IPI. Litispendência. Inexistência de comprovação. Prescrição. Inocorrência. Pedido de suspensão à vista de compensação. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Causas previstas em <i>numerus clausus</i> . Compensação. Modalidade de extinção de crédito tributário que pressupõe liquidez e certeza dos créditos. Hipótese não configurada. AgTr 61138-AL . 114

D

- Adm Danos materiais. Consumidor. Responsabilidade objetiva de instituição bancária. Furto ocorrido dentro da agência bancária. Indenização devida apenas por danos materiais. AC 349007-PE 221
- PrCv, Cv, e Adm Domínio útil. Ação reivindicatória. Conexão com usucapião extraordinário. Interesse da União. Sentença *ultra petita*. Nulidade parcial. Transferência do domínio útil regularmente registrada no cartório de imóveis. Procedência da reivindicação. Posse de terceiros não questionada de 1975 a 1988. Prescrição aquisitiva vintenal não caracterizada. Improcedência do usucapião. Oposição prejudicada. AC 370237-PE 251

E

- Adm e PrCv Embargos declaratórios. Pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços exclusivos para o Estado. Pretensão de gozo dos privilégios do regime de precatório. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Rejeição dos embargos. ED no AgTr 58373-AL 289
- Trbt Empresa prestadora de serviços médicos e hospitalares. Não enquadramento da agravante nesta categoria empresarial. Retenção e recolhimento do PIS, da COFINS e da CSL. Tomadoras de serviços profissionais. Lei nº 10.833/03. Presunção de constitucionalidade. AgTr 58234-PB 109
- PrCv Execução fiscal. Penhora eletrônica dos ativos financeiros da devedora. Possibilida-

de. Excepcionalidade observada. Dívida não garantida. Agravo de instrumento. Indeferimento de efeito suspensivo. Manutenção da decisão. AgRg em AgTr 64639-PE 158

Trbt e Ct Execução fiscal. Sigilo de dados bancários. Direito fundamental à intimidade. Possibilidade de relativização em situações excepcionais. Quebra do sigilo bancário por ordem judicial. Expedição de ofício judicial ao BACEN. Possibilidade. AgTr 63047-PE .119

F

Adm Furto ocorrido dentro de agência bancária. Responsabilidade objetiva da instituição. Danos materiais. Consumidor. Indenização devida apenas por danos materiais. AC 349007-PE 221

G

Cv Garantia pignoratícia. Mútuo. Leilão indevido de jóias empenhadas. Ressarcimento do prejuízo material. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Avaliação unilateral dos bens pelo agente financeiro. Impossibilidade. Anulação de cláusula contratual. Danos morais. Cabimento. AC 341549-RN.199

Prev Genitora. Pensão por morte de filho. Prova da condição de segurado do *de cuius* e da dependência econômica. Perda da qualidade de segurado. Irrelevância. Comprovação do recolhimento de mais de 120 contribuições. AC 364842-PE 239

H

- Pen e PrPen *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Estelionato praticado via *internet*. Presença dos pressupostos e requisitos para manutenção da cautelar. Excesso de prazo. Demora justificada. Processo complexo. Existência de vários réus. Impossibilidade de extensão do benefício concedido aos co-réus. Denegação da ordem. HC 2252-CE 313
- Pen e PrPen *Habeas corpus* liberatório. Prisão preventiva. Ação penal instaurada. Denúncia recebida. Interrogatório. Realização. Fortes indícios de evasão do paciente do distrito da culpa. Crimes, em tese, de lavagem de dinheiro, formação de quadrilha, furto qualificado e uso de documento falso. Relaxamento de prisão. Impossibilidade. Existência dos fundamentos justificadores para a manutenção da medida cautelar. Pedido de extensão do benefício concedido aos co-réus. Impossibilidade. Improcedência do *writ*. HC 2257-CE 324

I

- Adm e PrCv Inventariança da SUDENE. Laudos constitutivos expedidos em desacordo com a legislação de regência. Anulação pela Administração. Alegação pela autora de malferimento aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé. Inocorrência. AgTr 63819-PE .127
- Trbt IPI. Crédito presumido. Litispendência. Inexistência de comprovação. Prescrição. Inocorrência. Pedido de suspensão à vista de compensação. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Causas previstas em

numerus clausus. Compensação. Modalidade de extinção de crédito tributário que pressupõe liquidez e certeza dos créditos. Hipótese não configurada. AgTr 61138-AL . 114

PrCv e Trbt IPI. Direito de creditamento. Operações anteriores. Aquisição de insumos. Micro e pequenas empresas. Optante do SIMPLES. Proibição de apropriação ou transferência de créditos relativos ao IPI e ao ICMS. Constitucionalidade. Preliminares. Sentença *extra petita*. Nulidade. Acolhimento. Inadequação da via eleita e inexistência de prova pré-constituída. Rejeição. AMS 74332-AL 274

L

Adm e PrCv Laudos constitutivos expedidos pela inventariança da SUDENE. Desacordo com a legislação de regência. Anulação pela Administração. Alegação pela autora de malferimento aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé. Inocorrência. AgTr 63819-PE . 127

Cv Leilão indevido de jóias empenhadas. Mútuo. Garantia pignoratícia. Ressarcimento do prejuízo material. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Avaliação unilateral dos bens pelo agente financeiro. Impossibilidade. Anulação de cláusula contratual. Danos morais. Cabimento. AC 341549-RN 199

M

Cv Mútuo. Garantia pignoratícia. Leilão indevido de jóias empenhadas. Ressarcimento do prejuízo material. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Avaliação unilate-

ral dos bens pelo agente financeiro. Impossibilidade. Anulação de cláusula contratual. Danos morais. Cabimento. AC 341549-RN.199

O

Pen e PrPen Ordem de *habeas corpus*. Concessão. Extensão do benefício ao co-réu. Existência de circunstâncias de caráter pessoal. Impossibilidade. Tráfico internacional de entorpecentes. Crime hediondo. Liberdade provisória. Vedação legal à concessão. Excesso de prazo. Não caracterização no caso em questão. HC 2234-CE 298

P

Prev Pensão por morte de filho. Genitora. Prova da condição de segurado do *de cujus* e da dependência econômica. Perda da qualidade de segurado. Irrelevância. Comprovação do recolhimento de mais de 120 contribuições. AC 364842-PE 239

Adm e PrCv Pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços exclusivos para o Estado. Pretensão de gozo dos privilégios do regime de precatório. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Embargos declaratórios. Rejeição. ED no AgTr 58373-AL 289

Trbt PIS, COFINS e CSL. Retenção e recolhimento. Tomadoras de serviços profissionais. Lei nº 10.833/03. Presunção de constitucionalidade. Empresa prestadora de serviços médicos e hospitalares. Não enquadramento da agravante nesta categoria empresarial. AgTr 58234-PB 109

- Cv e PrCv PIS/PASEP e COFINS. Serviços de telefonia. Repasse aos usuários através de aumento de tarifa. Ação civil pública. Legitimação ativa do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos. Relevante interesse social defendido. Adequação da via eleita e presença de interesse de agir. Não incidência de imunidade de pagamento do PIS/PASEP e da COFINS sobre o faturamento das empresas de telecomunicações. Atividade mercantil que pressupõe a busca do lucro. Normalidade da transferência ao consumidor final de todos os custos do prestador de serviços. Manutenção do equilíbrio na relação de custo do serviço de telefonia. AC 343599-PE . 206
- PrCv e Trbt Preliminares. Sentença *extra petita*. Nulidade. Acolhimento. Inadequação da via eleita e inexistência de prova pré-constituída. Rejeição. IPI. Direito de creditamento. Operações anteriores. Aquisição de insumos. Micro e pequenas empresas. Optante do SIMPLES. Proibição de apropriação ou transferência de créditos relativos ao IPI e ao ICMS. Constitucionalidade. AMS 74332-AL. 274
- Pen e PrPen Prisão preventiva. Ação penal instaurada. Denúncia recebida. Interrogatório. Realização. Fortes indícios de evasão do paciente do distrito da culpa. Crimes, em tese, de lavagem de dinheiro, formação de quadrilha, furto qualificado e uso de documento falso. Relaxamento de prisão. Impossibilidade. Existência dos fundamentos justificadores para a manutenção da medida cautelar. *Habeas corpus* liberatório. Pedido de extensão do benefício concedido aos co-

	réus. Impossibilidade. Improcedência do <i>writ</i> . HC 2257-CE 324
Pen e PrPen	Prisão preventiva. Estelionato praticado via <i>internet</i> . Presença dos pressupostos e requisitos para manutenção da cautelar. Excesso de prazo. Demora justificada. Processo complexo. Existência de vários réus. Requerimento de <i>habeas corpus</i> . Impossibilidade de extensão do benefício concedido aos co-réus. Denegação da ordem. HC 2252-CE 313

R

Pen e PrPen	Recurso <i>ex officio</i> . Tentativa de homicídio. Absolvição sumária. Hipótese de excludente da criminalidade. Patrulheiro rodoviário federal. Estrito cumprimento do dever legal. REOCR 588-PE 334
Adm	Responsabilidade objetiva do Estado. Acidente automobilístico. Ausência de culpa da vítima. Dano moral configurado. Indenização. Cabimento. Juros de mora. Honorários advocatícios. AC 368494-RN 244

S

Adm e PrCv	Servidor público aposentado. Transformação dos cargos efetivos do IBAMA. Vedação de discriminação entre servidores públicos ativos e aposentados. Enquadramento na carreira. Princípio da legalidade estrita. CF, art. 37, <i>caput</i> . Aumento de remuneração. Impossibilidade. Exigência de lei específica. Direito adquirido ao nível equivalente ao que ocupava na carreira anterior. Inexistência. AC 324414-RN 182
------------	--

Cv SFH – Sistema Financeiro da Habitação. Compromisso de compra e venda. Terceiro adquirente de boa-fé. Pagamento integral do bem. Liberação da hipoteca. Alegação de violação a literal disposição de lei. Inocorrência. Ação rescisória. Improcedência. AR 4604-PE 103

Trbt e Ct Sigilo de dados bancários. Direito fundamental à intimidade. Possibilidade de relativização em situações excepcionais. Execução fiscal. Quebra do sigilo bancário por ordem judicial. Expedição de ofício judicial ao BACEN. Possibilidade. AgTr 63047-PE . 119

T

Cv e PrCv Telefonía. Repasse do PIS/PASEP e da COFINS aos usuários através de aumento de tarifa. Ação civil pública. Legitimação ativa do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos. Relevante interesse social defendido. Adequação da via eleita e presença de interesse de agir. Não incidência de imunidade de pagamento do PIS/PASEP e da COFINS sobre o faturamento das empresas de telecomunicações. Atividade mercantil que pressupõe a busca do lucro. Normalidade da transferência ao consumidor final de todos os custos do prestador de serviços. Manutenção do equilíbrio na relação de custo do serviço de telefonia. AC 343599-PE 206

Prev Tempo de serviço. Aposentadoria rural. Prova material suficiente. Impugnação tardia de documentos acostados à exordial. Impossibilidade. Preclusão. Correção monetária.

	Súmula 148/STJ. Juros moratórios. Súmula 204/STJ. Honorários Advocatícios. Súmula 111/STJ. AC 336313-CE 191
Pen e PrPen	Tentativa de homicídio. Absolvição sumária. Hipótese de excludente da criminalidade. Patrulheiro rodoviário federal. Estrito cumprimento do dever legal. REOCR 588-PE.334
Pen e PrPen	Tráfico internacional de entorpecentes. Crime hediondo. Liberdade provisória. Vedação legal à concessão. Excesso de prazo. Não caracterização no caso em questão. Concessão de ordem de <i>habeas corpus</i> . Extensão do benefício ao co-réu. Existência de circunstâncias de caráter pessoal. Impossibilidade. HC 2234-CE 298
Adm e PrCv	Transformação dos cargos efetivos do IBA-MA. Servidor público aposentado. Vedação de discriminação entre servidores públicos ativos e aposentados. Enquadramento na carreira. Princípio da legalidade estrita. CF, art. 37, <i>caput</i> . Aumento de remuneração. Impossibilidade. Exigência de lei específica. Direito adquirido ao nível equivalente ao que ocupava na carreira anterior. Inexistência. AC 324414-RN 182