

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

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

Número 64 - Abril/Junho - 2006

R. TRF 5ª Região, nº 64, p. 1 - 397, Abril/Junho - 2006

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

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

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

Administração

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

GABINETE DA REVISTA:

Diretor

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO

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

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

Apoio Técnico e Diagramação
ARIVALDO FERREIRA SIEBRA JÚNIOR
ELIZABETH LINS MOURA ALVES DE CARVALHO
MARIA MADALENA SALSA AGUIAR

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

IOB Thomson

IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.
Síntese Publicações

Gilberto Fischel - Presidente

Elton José Donato - Diretor

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

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

Vendas e assinaturas: Fone: 0800-7072244

Assinaturas: Fone: (11) 2188-7478

www.iob.com.br

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

Trimestral

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

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

CDU 34(05)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00 -
Presidente

Desembargador Federal

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01 - Vice-Presidente

Desembargador Federal

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00 - Corregedor

Desembargador Federal

RIDALVO COSTA - 30.03.89

Desembargador Federal

PETRUCIO FERREIRA DA SILVA - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA - 29.04.92

Desembargador Federal

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS - 13.03.96

Desembargador Federal

UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - 03.12.97

Desembargadora Federal

MARGARIDA CANTARELLI - 09.12.99

Desembargador Federal

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - 03.07.00
Diretor da Revista

Desembargador Federal
NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - 03.07.00

Desembargador Federal
PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA - 19.09.01

Desembargador Federal
FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03

Desembargador Federal
MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

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

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

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

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

QUARTA TURMA (terças-feiras)

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

SUMÁRIO

I - Decisão	13
II - Jurisprudência	85
III - Índice Sistemático	383
IV - Índice Analítico	387

DECISÃO

PRECATÓRIO Nº 35.806-CE

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - PRESIDÊNCIA
Requerente: SINTUFCE - SINDICATO DOS TRABALHADORES
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
Requerida: UFC - UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO VALENTIM DE AMORIM NETO
E OUTROS

DECISÃO

Vistos etc.

Vislumbro impedimento absoluto à liberação dos valores atinentes ao presente precatório. Fundamento e decido.

A configuração da coisa julgada não pode ser agasalhada de forma absoluta. Nesse sentido, manifestei-me quando do julgamento da Ação Rescisória nº 4.730/PE, a teor da transcrição que segue:

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REAJUSTE DE 84,32%. AÇÃO RESCISÓRIA. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO DESTES JUÍZ PARA JULGAMENTO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 252 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343 DO STF. CONTROVÉRSIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. ENTENDIMENTO DO PRETÓRIO EXCELSO. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO DA AUTORA. REFORMADA, POR MAIORIA DE VOTOS, PELA SEGUNDA TURMA DESTES TRIBUNAL. PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO QUE RECONHECEU O DIREITO DOS SUBSTITUÍDOS AO REAJUSTE DE 84,32%. INTIMAÇÃO DA UNIÃO. LEI COMPLEMENTAR Nº 73, DE 10 DE FEVEREIRO DE 1993. INTIMAÇÃO POR PUBLICAÇÃO SEM INDICAÇÃO DO NOME DO PROCURADOR. ACÓRDÃO QUE DECIDIU ACERCA DA VALIDADE DA INTIMAÇÃO DA UNIÃO. DECISÃO IMPEDITIVA DO CONHECIMENTO DE UMA DECISÃO DE MÉRITO. CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA. ABRANDAMENTO PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DA EXPRESSÃO

‘SENTENÇA DE MÉRITO, TRANSITADA EM JULGADO’
CONSTANTE DO *CAPUT* DO ART. 485 DO CPC. ACO-
LHIMENTO DO PRIMEIRO PEDIDO DA AÇÃO RESCI-
SÓRIA. SEGUNDO PEDIDO DA AÇÃO. RESCISÃO DO
ACÓRDÃO DE MÉRITO DA SEGUNDA TURMA, O QUAL
RECONHECEU O DIREITO ADQUIRIDO DOS SERVI-
DORES À INCORPORAÇÃO NOS SEUS VENCIMEN-
TOS DO PERCENTUAL DE 84,32%, REFERENTE AO
MÊS DE ABRIL/90. CONHECIMENTO DA MATÉRIA. POS-
SIBILIDADE. ENSEJO QUE SE OFERECE. OPORTU-
NIDADE. EFETIVIDADE E INSTRUMENTALIDADE DO
PROCESSO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBU-
NAL DE JUSTIÇA, INCLUSIVE DA TERCEIRA SEÇÃO
DAQUELA CORTE. COISA JULGADA INCONSTITUCIO-
NAL. FUNDAMENTO DE VALIDADE DE LEI E DE SEN-
TENÇA. CONSTITUIÇÃO. ORIENTAÇÃO DOS JURIS-
TAS PORTUGUESES E DOUTRINADORES ALEMÃES
E HOJE TAMBÉM DOS PROFESSORES BRASILEIROS.
IDÉIA DE QUE DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO
NÃO PODE SER RECONHECIDA COMO INCONSTITU-
CIONAL. VALORIZAÇÃO DA NORMA PROCESSUAL IN-
FRACONSTITUCIONAL, EM DETRIMENTO DA CONS-
TITUIÇÃO. SISTEMA BRASILEIRO. LIMITE PARA AJUI-
ZAMENTO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONA-
LIDADE. NOVA CONSTITUIÇÃO. RELAÇÕES CONTI-
NUADAS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. DECISÕES DO
PLENÁRIO DESTA EG. CORTE. SENTENÇA PROFERI-
DA COM BASE EM LEI DECLARADA POSTERIORMEN-
TE INCONSTITUCIONAL PELO STF. CUMPRIMENTO DA
DECISÃO, A PARTIR DE ENTÃO. APLICABILIDADE IM-
PERIOSA NO RESPEITANTE À RELAÇÃO CONTINUA-
TIVA DE DIREITO ADMINISTRATIVO. ENTEDIMENTO
PACIFICADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
HIPÓTESE DOS AUTOS. COISA JULGADA. IMPOSSI-
BILIDADE DE RESISTIR À CONSTITUIÇÃO. HIERAR-
QUIA DAS NORMAS. LEI SUPREMA DO ESTADO. JUL-
GADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ‘PRE-
VALECIMENTO DE OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS CUJA
FONTE LEGAL FOI DECLARADA INCONSTITUCIONAL

PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL'. 'ILÓGICA JURÍDICA'. 'OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA IGUALDADE TRIBUTÁRIA'. TESE DANTES DEFENDIDA NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO. QUESTÃO APRECIADA À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA CONSTITUCIONALIDADE. REAJUSTE DE 84,32%. ENTENDIMENTO UNÍSSONO DO STF. PRECEDENTE DO TRIBUNAL PLENO DO PRETÓRIO EXCELSO (MS Nº 21216 - DF) DE 05.12.1990. REVOGAÇÃO DA LEI Nº 7.830, DE 28 DE SETEMBRO DE 89, PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 154, DE 16 DE MARÇO DE 1990, ANTES DE CONSUMADOS OS FATOS IDÔNEOS A AQUISIÇÃO DO DIREITO AO REAJUSTE, PREVISTO PARA 01.04.91. UNIFORMIZAÇÃO. JUSTIÇA DAS DECISÕES JUDICIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE SE SOBREPOR A COISA JULGADA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, MORALIDADE, ISONOMIA E, SOBRETUDO, O PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE. PECULIARIDADES DO PROCESSO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, CONFIRMADA PELO TRIBUNAL, FIXANDO OS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA À RELAÇÃO DE SUBSTITUÍDOS CONSTANTE DA INICIAL. EXECUÇÕES EM GRANDE QUANTIDADE E ALÉM DOS LIMITES FIXADOS. REFLEXO DE MILHÕES DE REAIS. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.984-19/2000. ADINMC Nº 2.251/DF. PROVIMENTO INTEGRAL DA AÇÃO RESCISÓRIA.

1. Nada obstante, tenha este Juiz prolatado a sentença de primeiro grau, não há impedimento para julgamento da presente ação rescisória, a teor da uníssona jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cristalizada pela Súmula nº 252 do Pretório Excelso.

2. Ação ordinária ajuizada pela Associação dos Servidores da SUCAM em Pernambuco – ASSUPE em face da União, cujo pedido fora julgado improcedente na primeira instância. Interposto recurso de apelação, a Segunda Turma deste eg. Tribunal, por maioria, deu provimento à apelação. Empós, o processo seguiu, retornando-se para a Primeira Instância, onde se discutiu a questão da publi-

cação do acórdão que reconheceu o direito dos substituídos ao reajuste de 84,32%, alegando a União que não teria sido intimada pessoalmente, eis que já em vigor, à época, a Lei Complementar nº 73 de 10/02/1993. Acostou-se, outrossim, cópia do Diário Oficial, na qual se verificava, inclusive, que não constava o nome de procurador, fato que foi apontado pelo então Juiz Federal Substituto da 5ª Vara, o qual proferiu despacho esclarecendo que não era apenas a questão da intimação, é que havia a intimação da União Federal sem a indicação do procurador. Esse fato gerou um agravo ao qual foi negado provimento. Opostos recurso especial e agravo regimental, a decisão do último transitou em julgado em 09 de março de 2000. O outro agravo interposto pela União foi perante o Supremo Tribunal Federal, cuja decisão denegatória transitou em julgado em 14 de maio de 2001. A presente ação rescisória foi proposta em 14 de maio de 2003.

3. De se afastar, *in casu*, a aplicação da Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal, porquanto é inaplicável quando a controvérsia for de ordem constitucional, restringindo-se, assim, a divergência de interpretação de texto legal, de acordo com o entendimento fixado pelo Pretório Excelso nos julgamentos dos Recursos Extraordinários nºs 103.880/SP e 101.114/SP. Rechaçada a preliminar.

4. Afastada a preliminar de inadequação da via eleita suscitada pelo réu, sob o argumento de que o acórdão, o qual decidiu acerca da validade da intimação da União, por não se tratar de decisão de mérito, não se presta a ação rescisória para desconstituir o aludido julgado.

5. É possível o conhecimento da rescisória apesar de não se tratar de decisão de mérito em sentido estrito, mas sim de decisão impeditiva do conhecimento de uma decisão de mérito. A jurisprudência e a doutrina têm atenuado o rigor da expressão 'sentença de mérito, transitada em julgado' contida no *caput* do artigo 485 do CPC.

6. '(...) a ação rescisória pode ser manejada para rescindir *decisum* transitado em julgado que não tratou de matéria de mérito, como no caso em epígrafe. Pelo panorama dos autos, negar o direito à rescisória é o mesmo que

fechar os olhos para o preceito estatuído no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal (...). REsp nº 395139/RS; Relator(a): Ministro José Delgado (1105). Órgão Julgador: T1 - Primeira Turma. Data do Julgamento: 07/05/2002. Data da Publicação/Fonte: *DJ* 10.06.2002, p. 00149, dentre outros precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

7. Não há qualquer dúvida quanto à possibilidade de conhecimento da rescisória e, em se conhecendo, já adentrado no mérito, eis que afastadas as preliminares, ela deve ser acolhida.

8. O acórdão que decidiu pela validade da intimação da União contém dois aspectos: um, consiste na questão da intimação pessoal da União à época, eis que quando da publicação da decisão de fls. 42/50 já estava em vigor a Lei Complementar nº 73/93, havendo, destarte, divergência quanto a esse aspecto. O outro diz respeito ao argumento de que, como até então a União não funcionava nos autos, não constava o nome do advogado e, sendo assim, a intimação era válida. Em se entendendo desta maneira, decerto, estar-se-ia violando uma regra processual. Há uma afronta expressa à lei. Tome-se uma hipótese em que o Juiz indefere a inicial – e se indefere não tem a outra parte no processo – e em função disso há uma apelação e aí se publica a intimação da parte contrária no Diário Oficial, Seção da Justiça, ninguém vai se apresentar, porquanto não tem advogado constituído e a intimação da parte por publicação no Diário da Justiça não faz com que ele tome conhecimento do processo.

9. Rescisória conhecida em relação ao segundo acórdão e seguindo a mesma linha do Relator, acolhido o pedido.

10. Quanto ao segundo pedido, o qual se refere ao acolhimento da rescisória no que tange ao acórdão de mérito que considerou haver direito adquirido à incorporação aos vencimentos dos servidores do percentual de 84,32% referentes ao mês de abril de 1990, razão não há, haja vista o ensejo que se oferece e tendo em conta o princípio da oportunidade e até mesmo por questão prática de

efetividade e instrumentalidade do processo, do não conhecimento da matéria.

11. 'Na nova ordem de relativização da coisa julgada material, contudo, é imperioso abrir os espíritos para a interpretação dos incisos do art. 485 do CPC, de modo a permitir a censura de sentenças ou acórdãos pelo prisma da constitucionalidade das decisões que contêm - ou seja, impõe-se a relativa e prudente flexibilização das hipóteses de admissibilidade da AR, para que ela sirva de remédio contra os males de decisões flagrantemente inconstitucionais'.

12. 'Os Tribunais não podem se furtar de, até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada, o que pode se dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução'.

13. O Pleno do Supremo Tribunal Federal já afirmou que 'lei inconstitucional não produz efeito, nem gera direito, desde o seu início [...] assim sendo, perfeitamente comportável é a ação rescisória'.

14. O Superior Tribunal de Justiça tem admitido, em sede de rescisória, a desconstituição da coisa julgada inconstitucional. 'Cabível a desconstituição, pela via rescisória, de decisão com trânsito em julgado que 'deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional ou a aplica por tê-la como de acordo com a Carta Magna'. AR 870 / Fonte *DJ* Data: 13/03/2000. PG: 00123. LEXSTJ VOL.: 00130. PG: 00012. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca (1106). Revisor Min. Fernando Gonçalves (1107).

15. A teor da orientação de professores como Paulo Otero, no 'Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional' e Marcelo Rebelo de Sousa, catedrático de Lisboa, em 'O Valor Jurídico do Acto Constitucional', os quais seguem a trilha dos bons autores alemães, não há nada que resista à constitucionalidade. E a explicação teórica é muito simples: o fundamento da validade de qualquer lei é a Constituição, assim como, o fundamento de validade de qualquer sentença.

16. Hoje já aceita parte da doutrina brasileira a relativiza-

ção da coisa julgada. Teresa Arruda Alvim Wambier possui trabalho sobre a matéria, mostrando que quando se apega à idéia de que uma decisão transitada em julgado não pode ser reconhecida como inconstitucional, estamos valorizando a norma processual infraconstitucional, seguindo a Constituição, porque quem fixou o prazo de dois anos para a rescisória foi a norma processual, e o fundamento da norma processual é a Constituição. Se se imaginar que esse decurso de prazo permitiria ou permitirá a afronta constitucional, estar se entendendo que pela lei processual há um permissivo de afronta constitucional por decurso de prazo. Ocorre que o sistema brasileiro não é esse: não há prazo para a propositura da ADIN, porque o que se entende é que, a qualquer tempo pode a mesma ser interposta, o único limite para o ajuizamento de uma ADIN é uma nova Constituição. Destarte, tudo aquilo que está abaixo da Constituição busca nela fundamento de validade e, conseqüentemente, o que afronta a Constituição tem que ser afastado.

17. '(...) é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto, branco e do quadrado, redondo. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a CF repudia'.

18. O Tribunal Pleno desta col. Corte reiteradamente vem decidindo nesse mesmo sentido, nas relações continuadas de direito tributário, a exemplo de um caso, onde o Tribunal tinha o entendimento de reconhecer a norma como toda inconstitucional e transitou em julgado. Depois o Supremo Tribunal Federal limitou a inconstitucionalidade. E qual é o entendimento? A decisão transitou em julgado, mas o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade fez com que se entendesse como válida e de boa-fé a forma de postura da empresa até a decisão do Supremo Tribunal Federal, devendo-se, portanto, cumprir o *decisum ex nunc*. Isso numa relação tributária. Impõe-se, no entanto, a indaga-

ção, onde é que no Código de Processo Civil diz que a decisão do Supremo Tribunal Federal posterior em matéria tributária modifica o efeito da coisa julgada e não modifica no campo do Direito Administrativo? São duas matérias de Direito Público em estado presente, aliás, o Direito Administrativo originariamente era quem tratava da questão tributária, e, depois, houve a especialização.

19. O Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de relação jurídica continuativa, tem admitido a revisão da coisa julgada, quando a mesma for arrimada em fonte legal declarada inconstitucional pelo STF, por afrontar o princípio da igualdade, no caso, tributária.

20. 'O prevailecimento de obrigações tributárias cuja fonte legal foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal constitui injúria à lógica jurídica, ofendendo os princípios da legalidade e da igualdade tributárias'. REsp 218.354/RS; Relator(a) Ministro José Delgado (1105). Órgão Julgador T1 - Primeira Turma. Data do Julgamento: 17/08/1999. Data da Publicação/Fonte: DJ 11.10.1999, p. 00049.

RSTJ VOL.: 00129, p. 00146.

21. Numa relação continuada de direito administrativo, a pacificação da posição do Supremo tem o efeito de fazer com que aquilo se aplique a todas as situações, também no direito tributário, porquanto não há norma tributária que excepcione. O posicionamento referente a esse caso ou a qualquer outro é que, a partir do entendimento firmado pelo Pretório Excelso, aquilo que foi recebido por força de uma coisa julgada é recebimento de boa-fé, no entanto, a partir de então, tem que se suspender. É que, a partir de então, nenhuma coisa julgada pode resistir à Constituição. A coisa julgada é apenas aparente ou assim se admitiria um 'monstrengo'. Destarte, se amanhã o legislador reduz o prazo da rescisória para quatro meses, só se teriam quatro meses para discutir a constitucionalidade e, desse ponto, absurdamente, qualquer inconstitucionalidade seria válida. Decerto, seria uma aberração. Por conseguinte, como se pode consentir que um mero decurso de prazo previsto na regra processual legal dá direito a

se afrontar a Constituição? E a hierarquia das normas, não existe? Decerto que sim.

22. Análise da questão da coisa julgada inconstitucional à luz do princípio da isonomia. 'O fato implica irretoquível agressão ao princípio constitucional da isonomia, macula os cânones máximos do Direito Administrativo (impessoalidade, indisponibilidade, legalidade fechada) e agride ao senso comum de justiça, daí porque desserve ao Direito. O respeito à coisa julgada não justifica tamanho sacrifício!!'.

23. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal, decisão (MS nº 21216-DF) do Tribunal Pleno do Pretório Excelso acerca da matéria, datada de 05.12.1990, e outras se seguiram em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, no sentido de não haver direito adquirido ao reajuste no percentual de 84,32% em março de 1990, conquanto não perfeitos todos requisitos fáticos à sua aquisição.

24. O Supremo Tribunal Federal no julgamento de ADINs declarou a inconstitucionalidade de resoluções, dando-as contornos de atos normativos, que mandavam aplicar aos vencimentos de servidores o reajuste da Lei nº 7.830, de 28/09/1990, por entender que a aludida lei foi revogada pela MP nº 154/90, posteriormente convertida na Lei nº 8.030/90, assentando, ainda, inexistir direito adquirido ao reajuste de 84,32% e a inocorrência de violação à garantia da irredutibilidade de vencimentos.

25. Uniformização das decisões judiciais, aplicação do entendimento do Pretório Excelso que se justifica em face do princípio da isonomia e da segurança jurídica, além de outro valor de imensa grandeza, garantido constitucionalmente, que é a justiça das decisões judiciárias.

26. O princípio da constitucionalidade impõe força vinculativa da lei e ato normativo à Constituição, enquanto Lei Fundamental da ordem jurídica.

27. Não há que se alegar, além disso, não se aplicarem as decisões do Supremo Tribunal Federal nas referidas ADINs, porquanto naquelas não se declarou a inconstitucionalidade da lei e sim de resoluções. Ocorre que, antes

mesmo de se produzirem, foram tolhidos os efeitos da Lei nº 7.830, de 28/09/1990, em face da revogação da mesma pela MP nº 154/90, posteriormente convertida na Lei nº 8.030/90. Por conseguinte, ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra a Lei nº 7.830/90, fatalmente, seria julgada prejudicada, haja vista a revogação da lei antes mesmo de vir a gerar efeitos.

28. A despeito da decisão de primeira instância, confirmada por este Tribunal, fixando os limites subjetivos da coisa julgada à relação de substituídos constante da inicial, as execuções foram opostas pelos exequentes em grande quantidade, além dos limites fixados e com reflexo de centenas de milhões de reais.

29. O Supremo Tribunal Federal, na ADinMC nº 2.251/DF, Relator Ministro Sydney Sanches, apreciando a MP nº 1.984-19/2000, inclusive o art. 10 que atribuía nova redação ao art. 741 do CPC, deferiu medida cautelar apenas para suspender o art. 4º da Medida Provisória nº 1.984, que alterou o artigo 4º e respectivos parágrafos da Lei nº 8.437/92.

30. Impõe-se invocar a prevalência da Constituição, porquanto se se entender que uma regra processual afasta a Constituição, o nosso sistema jurídico estará todo destruído. Com efeito, a coisa julgada não pode sobrepujar a lei, em se tratando de inconstitucionalidade, sob pena de torna-se instituto de maior valor que a própria Constituição.

31. Pela procedência integral da ação rescisória.

O JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI: Cuida-se de ação rescisória ajuizada pela União, pleiteando seja julgada procedente a ação, a fim de que seja rescindido o acórdão de fls. 352/356 e proferido novo julgamento declarando-se sem efeito a decisão rescindenda e chamando-se o feito à ordem, seja intimado o Representante Judicial da União, na pessoa da Procuradora Regional da Advocacia-Geral da União da 5ª Região, para apresentar o recurso cabível do acórdão de fls. 50/58 que lhe foi desfavorável e, conseqüentemente, declarados nulos os atos prati-

cados ao referido, por violação, segundo alegou, aos artigos 1º, 9º, 35 a 38 e 67 da Lei Complementar nº 73/93; art. 6º da Lei nº 9.028/95; Lei nº 8.682/93; artigos 145, incisos III, IV e V do Código Civil; artigos 126, 236, § 2º e 245 e seguintes do Código de Processo Civil; arts. 1º, 2º, II, e 9º da Lei nº 8.030/90; parágrafo 1º do artigo 29 do ADCT; artigo 131, incisos XXV e LV, e parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Alternativamente, requereu a procedência da ação, a fim de que seja rescindido o r. acórdão de fls. 50/58, sendo ao final proferido novo julgamento, invertendo-se o ônus da sucumbência. Alegou a União, em síntese, que não fora intimada do acórdão de fls. 50/58, nos termos em que dispõe a Lei Complementar nº 73 de 10 de fevereiro de 1993, vigente à época. Aduziu que todos aos atos processuais posteriormente praticados devem ser reputados nulos, assim com o próprio trânsito em julgado do processo, porquanto 'houve preterição de ato essencial, impossibilitando àquela pessoa jurídica de Direito Público a defesa de seus interesses em juízo'. Sustentou, em seguida, que o primeiro acórdão deve ser rescindido e proferido novo julgamento, conquanto, 'a invocação de direito adquirido a reajuste no percentual de 84,32% concedido no acórdão rescindendo, viola a Constituição Federal (art. 5º, XXXVI) não ocorrente o direito adquirido sem sua conceituação lídima, bem como viola os arts. 1º, 2º, II, e 9º da Lei nº 8.030/90'. Invocou, demais, precedentes do Supremo Tribunal Federal, rechaçando a tese da existência de suposto direito adquirido a reajuste remuneratório de servidor, em face da modificação na política salarial.

É de se ressaltar, de logo, que, nada obstante tenha este Juiz prolatado a sentença de primeiro grau, não há impedimento para julgamento da presente ação rescisória, a teor da uníssona jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cristalizada, outrora, pela Súmula nº 252 do Pretório Excelso, cujo enunciado ostenta a seguinte dicção:

'NA AÇÃO RESCISÓRIA NÃO ESTÃO IMPEDIDOS JUÍZES QUE PARTICIPARAM DO JULGAMENTO RESCINDENDO'.

Convém, neste momento, fazer breve histórico sobre este processo, embora a questão fática não tenha relevância, mas envolve uma ação de muitos substituídos.

Esse processo (Ação Ordinária nº 91.946-6) é deveras conhecido por este Juiz, haja vista ter proferido a sentença na Primeira Instância, julgando improcedente o pedido da autora, com espeque em decisões já existentes do Supremo Tribunal Federal.

Interposta a ação ordinária pela Associação dos Servidores da SUCAM em Pernambuco – ASSUPE, a União apresentou defesa, de uma única página, do Procurador da República, Dr. Miécio Uchoa, que dizia, basicamente o essencial: que a matéria já tinha sido decidida pelo Supremo Tribunal Federal, citando, inclusive, precedentes. Após o julgamento pela improcedência, a autora interpôs recurso de apelação, subindo, então, os presentes autos para este eg. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, quando a Segunda Turma, por maioria, deu provimento à apelação, vencido o MM. Desembargador Federal Lázaro Guimarães, que negou provimento ao recurso.

Empós, o processo seguiu, retornando-se para a Primeira Instância.

Intimada, por via postal, para dar início à liquidação, a autora não se manifestou. Em seguida, determinou-se que se aguardasse a manifestação da interessada por um ano. Após seis meses, a Associação dos Servidores Federais da Saúde (ASSERFESA) requereu a retificação da atuação do feito, sob o argumento de que era ‘sucédânia da fusão das seguintes Associações: Associação dos Servidores da SUCAM – PE (ASSUPE) – autora da ação ordinária em comento –, Associações dos profissionais e empregados da FUNDAÇÃO (APSESP), Associação dos Servidores do Ministério da Saúde (ASMIS) e a Associação dos Servidores da Fundação Nacional de Saúde’.

Em seguida, foi proferida decisão por este Juiz (*vide* fls. 281 dos autos da ação ordinária) definindo os limites subjetivos da coisa julgada, nos seguintes termos: ‘Examinando os autos verifica-se que só podem ser considerados como integrantes do pólo passivo, digo, ativo da rela-

ção processual p/substituição, aqueles associados na data da propositura da ação (momento em que foi externada vontade de litigar contra a Entidade-ré). Posteriores ingressos no quadro de associados da autora não têm o condão de ampliar o elenco dos beneficiários. P.I., após o que voltem os autos conclusos'. Em face da citada decisão, a autora interpôs agravo de instrumento perante este eg. Tribunal Regional Federal (AGTR 8260 PE), em relação ao qual a Segunda Turma, à unanimidade, negou provimento, confirmando, consequentemente, a decisão de primeiro grau, nos termos do relatório e voto do Relator. Transcrevo, por oportuno, excerto do voto do Relator, o citado AGTR 8260/PE, *ipsis verbis*:

'(...) Compulsando-se os autos, percebe-se que apesar de a agravante ter se refiliado à Associação antes da citação da Entidade-ré, em maio de 1991, somente requereu a sua inclusão no pólo ativo da relação processual, na condição de substituída processual, em setembro de 1995, não podendo, com isso, fazer parte do elenco de beneficiários já existente. Conclui-se, assim, que além da necessidade de o substituído fazer parte da Associação substituta, faz-se necessário, também, a inclusão do seu nome na lista de associados apresentada no momento da propositura da ação. Isto posto, nego provimento ao agravo'.

Discutiu-se, ainda, a questão da publicação do acórdão que reconheceu o direito dos substituídos ao reajuste de 84,32%, alegando a União que não teria sido intimada pessoalmente, eis que já em vigor, à época, a Lei Complementar nº 73 de 10/02/1993. Acostou-se, outrossim, cópia do Diário Oficial, na qual se verificava, inclusive, que não constava nome de procurador, fato que foi apontado pelo então Juiz Federal Substituto da 5ª Vara, Dr. José Manuel Zeferino Galvão de Melo, o qual proferiu despacho (fls. 328 dos autos da ação ordinária), esclarecendo que não era apenas a questão da intimação – que ele até falava da divergência jurisprudencial – é que havia a intimação da União Federal sem a indicação do procura-

dor. Observem-se, a propósito, os termos em que vazados o referido despacho, *litteris*:

‘Ainda que se possa dizer – como, de fato, parece-me vir prevalecendo ao nível jurisprudencial – que o art. 38 da Lei Complementar não determina a intimação pessoal do advogado da União (situação alterada e/ou definida com o advento do art. 6º da MP 460/94), é certo, pelo menos, que impõe a inclusão, nas publicações oficiais, do nome do profissional que atua no processo, a teor do art. 236, § 1º, do CPC.

Observe, no caso vertente, todavia, que, da publicação do v. acórdão de fls. 58/59 (cuja cópia faço acostar a esta decisão), datada de 02.04.93, não constou o nome do Advogado da União, então atuante junto à Corte Regional, razão pela qual, e atendendo aos reclamos das regras de competência, determino, em acolhimento às ponderações de fls. 258/259, sejam os autos remetidos ao MM. Relator da apelação incidente, com vistas a uma definitiva apreciação e/ou sanção da irregularidade’.

Esse fato gerou um agravo (Agravo Regimental na AC 12.471 PE), tendo o Presidente da Segunda Turma, à época, o MM. Desembargador Federal Lázaro Guimarães, proferido decisão negando provimento ao agravo, da qual se colhe:

‘(...) A regra é clara: as intimações devem ocorrer na pessoa do Procurador que atuar nos autos respectivos. Desse modo, a partir da vigência da norma legal torna-se indispensável para a validade das intimações dos Procuradores da Fazenda Nacional ou dos Advogados da União que as intimações registrem os nomes dos profissionais que estejam atuando nos autos respectivos. Entretanto, quem agora passou a atuar nos autos foi a Dra. Rosângela Maria C. Macedo. Dessarte, deverá constar o nome desta nas publicações respectivas.

No caso em tela, todavia, não há aplicação da regra geral. Nenhum Advogado da União vinha acompanhando o feito. Por isso mesmo, não havia como incidir a regra le-

gal específica. O legislador não estabeleceu regra transitória, determinando, por exemplo, que nessa hipótese deveria constar o nome do Advogado-Chefe. Em face do exposto, tornou-se plenamente válida a intimação feita à União pela mera publicação do acórdão, que, assim, validamente, transitou em julgado’.

Houve, demais disso, contra a aludida decisão a interposição de recurso especial e de recurso extraordinário. Ao recurso especial, no entanto, foi negado seguimento por decisão do então Vice-Presidente deste Tribunal, o MM. Desembargador Federal José Maria Lucena. Haja vista a negativa de seguimento do recurso por esta Corte, a União interpôs Agravo de Instrumento (AI nº 233.122), o qual não foi conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, porquanto a agravante não apresentou cópia da certidão de intimação do acórdão recorrido, documento essencial. Da decisão monocrática do Ministro Relator, a União interpôs Agravo Regimental, ao qual foi negado provimento. Eis o teor da ementa do Relator, Ministro Edson Vidigal:

‘EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALTA DE CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. AGRAVO REGIMENTAL.

1. Pacificada a jurisprudência desta Corte no sentido de que a certidão de intimação do acórdão recorrido é peça essencial à formação do instrumento do agravo – Súmula 223/STJ.
2. Cabe ao agravante, e não ao Relator, zelar pela correta formação do agravo de instrumento.
3. Agravo regimental não provido’.

De acordo com a certidão de fls. 129 dos autos do AI nº 233.122, a supracitada decisão transitou em julgado em 09 de março de 2000.

O outro agravo de instrumento (AI nº 302.127-6 PERNAMBUCO) oposto pela União foi perante o Supremo Tribunal Federal, cujo Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, negou-lhe provimento, por entender que: ‘(...) O RE é inviá-

vel: o acórdão recorrido, ao qual não se opuseram embargos de declaração, não cogitou da matéria constitucional suscitada no extraordinário (Súmula 282 e 356). Ademais, conforme assinalou a decisão agravada, das razões da recorrente – as mesmas deduzidas na interposição do REsp – verifica-se que as pretensas violações ao texto constitucional seriam reflexas, dependentes do exame da legislação infraconstitucional, o que não viabiliza o RE'. Esta decisão, conforme certidão de fls. 116 dos autos do AI nº 303.127, transitou em julgado em 14 de maio de 2001. A ação rescisória foi proposta em 14 de maio de 2003.

Impõe-se afastar, *in casu*, a aplicação da Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal, porquanto é inaplicável quando a controvérsia for de ordem constitucional, restringindo-se, assim, a divergência de interpretação de texto legal, de acordo com o entendimento fixado pelo Pretório Excelso nos julgamentos dos Recursos Extraordinários nºs 103.880/SP e 101.114/SP.

Passa-se a apreciar a preliminar de inadequação da via eleita suscitada pelo réu, sob o argumento de que o acórdão de fls. 68/72 (dos autos da rescisória), o qual decidiu acerca da validade da intimação da União, por não se tratar de decisão de mérito, não se presta a ação rescisória para desconstituir o aludido julgado.

Em relação ao acórdão rescidendo de fls. 68/72, o MM. Desembargador Federal Luiz Alberto, Relator desta rescisória, destacou bem a questão de, no caso, ser possível o conhecimento da rescisória apesar de não se tratar de decisão de mérito em sentido estrito, mas sim de decisão impeditiva do conhecimento de uma decisão de mérito.

Nessa esteira, em pesquisa realizada, colhe-se orientação na doutrina e na jurisprudência – não como regra, mas como situação excepcional, em relação a essas decisões que são impeditivas da apreciação do mérito – que há possibilidade de acolhimento da rescisória.

Sobre a matéria, aduziu, com percuciência Pontes de Miranda, em seu clássico Tratado das Ações:

‘A sentença não é rescindível somente por defeito oriundo da própria sentença, mas por algum defeito de ato processual anterior, inclusive a citação. (...) não só as sentenças de mérito são rescindíveis’.¹

Apreende-se, ademais, do artigo – ‘Ação rescisória. Possibilidade de cabimento contra acórdão que não admite recurso’ – da lavra do Juiz do TRT do Paraná, Ney José de Freitas:

‘(...) Pontes de Miranda inaugurou discussão ao sustentar que o uso da rescisória seria possível para que o Judiciário se pronunciasse sobre vício apreciável a qualquer momento e grau, e mesmo de ofício. (...) Medite-se na orientação condita em aresto do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, rescindindo acórdão de não conhecimento de recurso ordinário, por deserção, que, mais tarde, provou-se não ter ocorrido sem culpa do recorrente. Ainda que não faça coisa julgada material sobre a lide, a decisão que o acórdão do Tribunal paranaense rescindiu causou prejuízo à parte. (...) o Tribunal de Justiça de São Paulo julgou procedente a rescisória de acórdão que, fundado em errônea informação do cartório, não conheceu de agravo de instrumento e determinou que se conhecesse do recurso. O Tribunal de Alçada de Minas Gerais admitiu rescisória contra acórdão que não conheceu de apelação. (...) Pelo teor do art. 485, *caput*, não é cabível rescisória contra acórdão que julgou recurso interposto fora do prazo. Porém, a 1ª Seção do STJ já acolheu, por unanimidade, a rescisória, com fundamento no inciso IV, por ofensa à coisa julgada.² Não me parece que o julgamento de mérito, indevido nesta hipótese, represente verdadeiro permissivo para manejo da rescisória. Carece de

¹ MIRANDA, Pontes de. Tratado das Ações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 528.

² AR 169-GO. Relator Min. Américo Luz, j. 24.10.1989, v.u., DJ 27.11.1989, p. 17.560.

lógica, nesta linha de raciocínio, impedir a possibilidade de rescisão do acórdão que deveria ter julgado o mérito, mas não o fez por comprovado erro do cartório. O acesso à tutela jurisdicional é, não raro, bloqueado pela visão estreita do intérprete que se atém à letra, abstraído do espírito, não da norma, mas do sistema que ela integra’.

Estriba-se, o Juiz Ney José Freitas, no entendimento do Prof. Manoel Antônio Teixeira Filho, acrescentando:

‘Alertando que a lei deve servir aos apelos da realidade, o notável Manoel Antônio Teixeira Filho há muito sustenta a possibilidade de rescindir acórdão que não apreciou o mérito. São casos muito especiais em que, por exemplo, não se admitiu recurso por intempestividade ou por deserção. Comprovada a interposição no prazo, ou que houve o regular pagamento das custas, há que se admitir a ação rescisória para assegurar a supremacia da ordem legal. A lei não pode servir de obstáculo para a solução do litígio sob a alegação de que ainda restam outros instrumentos para buscar a satisfação da pretensão, pois não há coisa julgada material. (...) O inciso V do art. 485 permite que se rescindam sentenças proferidas em violação a literal disposição de lei. Perfilho do entendimento Manoel Antônio Teixeira Filho quanto à preeminência axiológica deste objetivo em relação ao fato de a decisão não haver apreciado o mérito. É isto porque, mesmo sem apreciar o mérito, violou o princípio constitucional do devido processo legal, inculpido, entre outros, no inciso LV do art. 5º da Carta de 1988: asseguram-se aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. A possibilidade de rescindir decisão que não conheceu do recurso regularmente interposto – e, portanto, violou literal disposição de lei – é a consagração da supremacia do ordenamento jurídico. Assim, dizer que esta defesa somente pode ser empreendida, pela ação rescisória, quando houver pronunciamento de mérito, contraria o princípio inculpido no inciso V do art. 485, asseverado, em diversas passagens, na Carta de 1988. (...) Entendo se

tratar de uma daquelas situações concretas que, aparentemente, escapou à previsão do legislador. Aparentemente porque, como já se disse, a dinâmica do Direito autoriza interpretação evolutiva. No fundo, o manejo da ação rescisória para corrigir erro jurisdicional, mesmo em decisão que não apreciou o mérito, é condizente com a tendência moderna de imprimir caráter sociológico ao processo civil. (...) A segurança da coisa julgada, então, é superada pelo apelo dramático do caso concreto, sem previsão expressa no ordenamento jurídico'.³

Acerca da matéria urge destacar precedentes do Superior Tribunal de Justiça, nos quais aquela Corte entendeu por abrandar o rigor da expressão 'sentença de mérito', constante do art. 485, *caput*, do CPC, *ipsis verbis*:

'SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REsp 562.334/SP;

RECURSO ESPECIAL 2003/0125916-3

Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO (1105)

Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento: 23/03/2004

Data da Publicação/Fonte: DJ 31.05.2004, p.00207

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO RESCINDENDO FUNDADO EM ERRO DE FATO (CONSIDEROU-SE INTEMPESTIVO RECURSO PROTOCOLIZADO EM COMARCA DO INTERIOR OPORTUNAMENTE). CORREÇÃO DO ERRO PELA VIA RESCISÓRIA. VIABILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 485, IX, DO CPC.

1. Há de ser reformado acórdão que entendeu não ser cabível a via rescisória com intuito de desconstituir julgado que não apreciou o mérito da demanda (apenas de-

³ Nery Jr., Nelson. Wambier, Teresa Arruda Alvim/Coordenadores. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 4. pp. 865-871.

clarou a intempestividade do agravo de instrumento interposto). Porquanto o acórdão rescindendo não tenha enfrentado o mérito, consoante pressupõe o *caput* do art. 485 do CPC, o seu inciso IX admite a rescisória fundada em erro de fato.

2. O erro constatado traduz-se no fato de que o recurso foi tempestivamente protocolizado em comarca do interior, mas tido como extemporâneo porque considerada a data constante da chancela do protocolo de segunda instância.

3. A melhor exegese a ser emprestada ao dispositivo legal em análise (art. 485, IX do CPC) é o de se reconhecer como erro de fato a informação equivocada sobre a tempestividade de peça processual, como ocorreu no presente caso. Esse atuar conforta a pretensão da recorrente, autorizando a correção do erro mediante o prosseguimento da rescisória.

4. Se de um lado é dever do advogado ser diligente, protocolizando oportunamente suas peças processuais, do outro é obrigação do julgador, na sua missão constitucional de dizer o direito ao caso concreto, utilizar-se de critérios conducentes à decisão mais justa possível, proporcionando ao jurisdicionado a certeza de que a tutela foi efetivamente prestada.

5. Recurso especial provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista) e Denise Arruda, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão e Luiz Fux (RISTJ, art. 162, § 2º, segunda parte) votaram com o Sr. Ministro Relator’.

‘SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REsp 395.139/RS;

RECURSO ESPECIAL 2001/0142825-8

Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO (1105)

Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento: 07/05/2002

Data da Publicação/Fonte: DJ 10.06.2002, p. 00149

Ementa

PROCESSO CIVIL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA QUE DECRETOU A EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO AO FUNDAMENTO DE COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA DE IDENTIDADE DE AÇÕES. AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO.

1. Inexiste identidade de ações quando ausente ao menos um dos três requisitos elencados no parágrafo 2º do artigo 301 do CPC, isto é, mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido.

2. A jurisprudência do STJ já pacificou entendimento no sentido de que não há identidade de causas, não se operando coisa julgada, quando uma ação busca a declaração de inconstitucionalidade da exigibilidade do FINSOCIAL, enquanto que a outra pleiteia a declaração de inconstitucionalidade da majoração de alíquotas desta mesma contribuição.

3. O rigor da expressão “sentença de mérito” contida no *caput* do artigo 485 do CPC tem sido abrandado pela doutrina e jurisprudência.

4. O acórdão confirmatório de sentença que decreta extinto o processo sob alegação de incidência de coisa julgada, quando esta não ocorreu, é passível de reforma via ação rescisória.

5. Recurso especial não provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator'. (Negrito nosso)

Por oportuno, é de se observar excerto do voto do Ministro José Delgado, Relator do REsp 395.139/RS, supracitado:

‘(...) O Ordenamento Jurídico brasileiro é um todo harmônico, onde as normas não devem ser interpretadas de per si, mas de acordo com os ditames de igualdade e justiça social.

A interpretação isolada de Norma Legal pode conduzir o Aplicador do Direito à aberração jurídica.

A não apreciação da matéria de fundo referente à segunda ação ajuizada pela recorrida não pode transformar-se em óbice à apreciação da ação rescisória.

Não obstante o Tribunal Estadual haver confirmado sentença que decretou extinto o processo sem julgamento do *meritum causae*, não é dado ao Poder Judiciário abster-se de reparar o próprio erro, sob pena de incorrer em erro maior.

Ademais, o rigor da expressão “sentença de mérito, transitada em julgado”, contida no *caput* do artigo 485 do Código de Processo Civil, tem sido abrandada pela doutrina e jurisprudência, conforme registra o ilustre professor Bernardo Pimentel de Souza, em sua obra Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória:

“a doutrina e a jurisprudência têm temperado *cum grano salis* a cláusula legal ‘sentença de mérito, transitada em julgado’.”

Assim, na doutrina: SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. A ação rescisória no Superior Tribunal de Justiça. In Recursos no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo. Saraiwa, 1991, pp. 260 e 261, nota 3: ‘Em alguns casos, pode-se admitir a ação rescisória em se tratando de acórdão que, por equívoco, extingue o processo sob o fundamento da coisa julgada (CPC, art. 267, V), uma vez que, em tal hipótese, não há possibilidade de renovar-se a causa em primeiro grau, por força do disposto no art. 268 do CPC.

(...)

De acordo ainda a doutrina: OTHON SIDOU. Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4ª ed.

Rio de Janeiro. Forense Universitária, 1997, p. 19: 'A expressão sentença de mérito deve ser tomada com reserva (admitindo portanto interpretação ampla) pois há casos em que o processo é extinto sem julgamento do mérito e, quando menos por equidade, a ação rescisória deve prevalecer'. Em seu Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões, PONTES DE MIRANDA defende que 'não só as sentenças de mérito são rescindíveis' (5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 144). Reitera o jurisconsulto a tese em seus Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo VI. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1988, pp. 162 e 166.

Ainda em sentido semelhante: HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (...). De acordo, na jurisprudência: AR nº 1.501/RJ. 2ª Seção do TFR, unânime, Relator Ministro EDUARDO RIBEIRO, *in* Diário da Justiça de 10 de abril de 1989, p. 5.004: 'Ação rescisória – impugnação de sentença que extinguiu o processo, a fundamento de existir coisa julgada. Embora não se trate de sentença de mérito, enseja ação rescisória já que inadmissível seja novamente intentada a ação (CPC, art. 268)'. Também é muito elucidativa a ementa do voto vencedor declarado pelo Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: 'Reconhecida a existência da coisa julgada, assim como de perempção e de litispendência, muito embora a decisão não seja de mérito, a ação não poderá ser renovada. Daí ser cabível a rescisória.' (p. 373) Ao meu julgar, excepcionalmente, a ação rescisória pode ser manejada para rescindir *decisum* transitado em julgado que não tratou de matéria de mérito, como no caso em epígrafe.

Pelo panorama dos autos, negar o direito à rescisória é o mesmo que fechar os olhos para o preceito estatuído no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, pois, mesmo ausente a tríplice identidade entre as ações ajuizadas, não é facultada à recorrida a propositura de nova demanda em face do disposto no parágrafo único do art. 268 do CPC'. (Grifos acrescidos)

Conseqüentemente, no que concerne ao acórdão de fls. 68/72, entendo não haver qualquer dúvida quanto à pos-

sibilidade de conhecimento da rescisória e, em se conhecendo, já adentrado no mérito, eis que afastadas as preliminares, ela deve ser acolhida.

Realce-se que a decisão do MM. Desembargador Federal Lázaro Guimarães, então Presidente da Segunda Turma, contém dois aspectos: um, consiste na questão da intimação pessoal da União à época, eis que quando da publicação da decisão de fls. 42/50 já estava em vigor a Lei Complementar nº 73/93, havendo, destarte, divergência quanto a esse aspecto. O outro diz respeito ao argumento de que, como até então a União não funcionava nos autos, não constava o nome do advogado e, sendo assim, a intimação era válida. Se nós entendermos desta maneira, decerto, estaremos violando uma regra processual. Há uma afronta expressa à lei. Tome-se uma hipótese em que o Juiz indefere a inicial – e se indefere não tem a outra parte no processo – e em função disso há uma apelação e aí se publica a intimação da parte contrária no Diário Oficial, Seção da Justiça. É, outrossim, o caso de alguns agravos que chegam ainda no nascedouro da relação processual e o caminho, a meu sentir, a ser percorrido é determinar que o Juiz intime a parte, porque se se publica 'intime-se o agravado para contrarrazões', ninguém nunca vai se apresentar, porquanto não tem advogado constituído e a intimação da parte por publicação no Diário da Justiça não faz com que ele tome conhecimento do processo.

Em face do exposto, conheço da rescisória em relação ao segundo acórdão (o de fls. 69/72) e seguindo a mesma linha do Relator, acolho o pedido.

Resta a questão do segundo pedido, o qual se refere ao acolhimento da rescisória no que tange ao acórdão anterior (o de fls. 50/57), o acórdão de mérito da Segunda Turma que teve como Relator o Desembargador Federal Nereu Santos e a Turma, por maioria de votos, deu provimento à apelação, considerando haver direito adquirido à incorporação aos vencimentos dos servidores do percentual de 84,32% referentes ao mês de abril de 1990.

Em relação a esse acórdão, é de se observar que ao se

ter o julgamento desse agravo e começar a fluir o prazo de rescisória, a parte, discutindo apenas essa matéria, correria o risco de não ter conhecida uma rescisória em relação ao primeiro, porque o acórdão não estaria sendo discutido. Destarte, razão não há, haja vista o ensejo que se oferece e tendo em conta o princípio da oportunidade e até mesmo por questão prática de efetividade e instrumentalidade do processo, do não conhecimento da matéria atinente ao primeiro acórdão.

Acerca da oportunidade de apreciação do primeiro acórdão, urge destacar os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior a respeito do decisório ofensivo à Constituição, *ad litteram*:

‘(...) É que a mácula da inconstitucionalidade torna absolutamente ineficaz o ato, seja ele uma lei, uma providência administrativa ou uma sentença judicial. Por isso, o parágrafo único do art. 741 do CPC, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, incluiu entre as defesas manejáveis por embargos à execução de título judicial a inexigibilidade da sentença proferida com base em lei inconstitucional ou com apoio em aplicação ou interpretação tida como incompatíveis com a Constituição Federal.

Embora não haja necessidade de se valer da ação rescisória para obter a parte prejudicada o reconhecimento da nulidade ou inexistência do julgado, no caso ora apreciado, não será correto omitir-se o tribunal de apreciar a questão, se a parte lançar mão da ação do art. 485 do Código de Processo Civil. É que as nulidades *ipso iure* devem ser conhecidas e declaradas independentemente de procedimento especial para esse fim, e podem sê-lo até mesmo incidentalmente em qualquer juízo ou grau de jurisdição, até mesmo de ofício, segundo o princípio contido no art. 146, e seu parágrafo, do Código Civil’.⁴ (Destques que não constam do original)

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1. p. 613.

Destaca, demais, Humberto Theodoro Júnior, 'Os Tribunais, com efeito, não podem se furtar de, até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada, o que pode se dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução'.⁵ (Negrito nosso)

Arremata, por fim, o professor Humberto Theodoro Júnior, 'a ação de rescisão do julgado, embora não necessária para desconstituir a sentença nula ou inexistente, pode servir de ensejo ou oportunidade para tanto, já que tais vícios são argüíveis e declaráveis em qualquer processo ou instância, e até mesmo *ex officio*'.⁶

Nessa esteira, o Pleno do Supremo Tribunal Federal já afirmara que 'lei inconstitucional não produz efeito, nem gera direito, desde o seu início [...] assim sendo, perfeitamente comportável é a ação rescisória'.⁷

É, ademais, a tese brandida pelo insigne processualista, Cândido Rangel Dinamarco, que leciona:

'(...) Outra legítima abertura ao reconhecimento da inconstitucionalidade da coisa julgada em casos extremos pode e deve ser o redimensionamento da ação rescisória e dos limites de sua admissibilidade. Ela é tradicionalmente apontada como um remédio rigorosamente extraordinário de infringência à coisa julgada material, reputada esta um valor a ser preservado a todo custo e sujeito a questionamentos apenas em casos verdadeiramente extraordinários. O rol das hipóteses de sua admissibilidade

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para o seu Controle. Coisa Julgada Inconstitucional. Coordenador Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. 3ª ed. p. 109.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença. Revista Juriscível do STF. Ano - VIII, novembro de 1980, nº 95. p. 39.

⁷ RE 89.108-60. Relator Ministro Cunha Peixoto. Ac 28.08.1980, RTJ 101/209.

é um *numerus clausus* (CPC, art. 485) e os tribunais brasileiros esmeram-se em afunilar a interpretação de cada um dos incisos que tipificam as hipóteses de sua admissibilidade, sempre assumida a premissa da prevalência do valor da segurança jurídica. Na nova ordem de relativização da coisa julgada material, contudo, é imperioso abrir os espíritos para a interpretação dos incisos do art. 485 do CPC, de modo a permitir a censura de sentenças ou acórdãos pelo prisma da constitucionalidade das decisões que contêm, ou seja, impõe-se a relativa e prudente flexibilização das hipóteses de admissibilidade da AR, para que ela sirva de remédio contra os males de decisões flagrantemente inconstitucionais, ou fundadas em prova falsa, na fraude ou no dolo de uma das partes em detrimento da outra, etc'.

Conforme asseverou, outrossim, o Ministro Teori Albino Zavascki, *litteris*:

'A coisa julgada não é um valor constitucional absoluto. Trata-se, na verdade, de um princípio, como tal, sujeito a relativização, de modo a possibilitar a convivência harmônica com outros princípios da mesma hierarquia existentes no sistema. Por exemplo: o da imparcialidade do juiz, o da boa-fé e da seriedade das partes quando buscam a tutela jurisdicional, o da própria coisa julgada e, mesmo o da justiça da sentença quando comprometida de modo manifesto. Nos casos em que tais valores possam ficar comprometidos, relativiza-se a imutabilidade das sentenças, propiciando a correção de injustiça. O instrumento processual para isso é a ação rescisória (...)'⁸

Frise-se, a propósito, que o Superior Tribunal de Justiça tem admitido, em sede de rescisória, a desconstituição da coisa julgada inconstitucional. Confirmam-se, no perti-

⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.126.

nente, os julgados que se seguem, inclusive da Terceira Seção, *verbis*:

‘SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
AR 870 / PE; AÇÃO RESCISÓRIA
1999/0006984-6

Fonte: *DJ*, DATA: 13/03/2000 PG:00123

LEXSTJ VOL.: 00130 PG: 00012

Relator Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106)

Revisor Min. FERNANDO GONÇALVES (1107)

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, CPC. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DE PRECEITO LEGAL NO QUAL SE LOUVARA O ACÓRDÃO RESCINDENDO.

Cabível a desconstituição, pela via rescisória, de decisão com trânsito em julgado que “deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional ou a aplica por tê-la como de acordo com a Carta Magna.

Ação procedente.

Data da Decisão 13/12/1999

Órgão Julgador S3 - TERCEIRA SEÇÃO

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Min. Relator. Votaram de acordo os Srs. Mins. FERNANDO GONÇALVES, FELIX FISCHER, GILSON DIPP, HAMILTON CARVALHIDO, JORGE SCARTEZZINI, EDSON VIDIGAL e FONTES DE ALENCAR. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. WILLIAM PATTERSON’. (Grifos acrescidos)

‘SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REsp 36017 / PE; RECURSO ESPECIAL

1993/0016816-9; Fonte: *DJ* DATA: 11/12/2000; PG: 00185

Relator Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (1094)

Ementa

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - INTERPRETAÇÃO DE TEXTO CONSTITUCIONAL - CABIMENTO - SÚMULA 343/STF - INAPLICABILIDADE - VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (CPC, ART. 485, V) - FNT - SOBRETARIFA - LEI 6.093/74 - INCONSTITUCIONALIDADE (RE 117315/RS) - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL SUPERADA - SÚMULA 83/STJ - PRECEDENTES.

- O entendimento desta Corte, quanto ao cabimento da ação rescisória nas hipóteses de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei, é no sentido de que 'a conformidade, ou não, da lei com a Constituição é um juízo sobre a validade da lei; uma decisão contra a lei ou que lhe negue a vigência supõe lei válida. A lei pode ter uma ou mais interpretações, mas ela não pode ser válida ou inválida, dependendo de quem seja o encarregado de aplicá-la. Por isso, se a lei é conforme à Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeita à ação rescisória ainda que na época os tribunais divergissem a respeito. Do mesmo modo, se o acórdão aplica lei que o Supremo Tribunal Federal, mais tarde, declare inconstitucional'. (Resp 128.239/RS)

- A eg. Corte Especial deste Tribunal pacificou o entendimento, sem discrepância, no sentido de que é admissível a ação rescisória, mesmo que à época da decisão rescindenda, fosse controvertida a interpretação de texto constitucional, afastada a aplicação da Súmula 343/STF (Resp. 155.654/RS, DJ de 23.08.99)

- Recurso especial não conhecido.

Data da Decisão: 19/10/2000

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Franciulli Netto'. (Grifos inexistentes no original)

‘SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REsp 132.314 / PE

RECURSO ESPECIAL 1997/0034242-5

Relator(a) Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS
(1096) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento 25/08/1998

Data da Publicação/Fonte: *DJ* 28.09.1998, p. 00010

Ementa

PROCESSUAL - AÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO DE
DISPOSITIVO LEGAL - NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA
LEI - INCONSTITUCIONALIDADE - SÚMULA 343 DO STF -
NÃO INCIDÊNCIA - CABIMENTO DA RESCISÓRIA.

I - Não constitui fundamento – para efeito da Súmula 283/
STF – tese enunciada por dois integrantes do tribunal, mas
ignorada pela maioria formadora do acórdão recorrido.

II - Se a lei foi ignorada por suposta inconstitucionalidade,
a ação rescisória é cabível. Nada importa a circunstância
de ter sido controvertida pelos tribunais a compatibilidade
entre a constituição e a lei: a restrição contida na Súmula
343 do STJ incide somente quando o acórdão enveredou
pela interpretação do dispositivo legal.

Acórdão

Por unanimidade, dar provimento ao recurso’.

Às vezes, até um trabalho antigo serve para mostrar a
coerência de um posicionamento e não um posiciona-
mento de oportunidade.

Há cerca de cinco anos atrás, este Juiz foi orientador do
MM. Juiz Federal Francisco de Barros Dias, do Rio Gran-
de do Norte, sobre sua dissertação de mestrado, com o
título de ‘Coisa Julgada Inconstitucional’. Naquela oportu-
nidade, seguiu-se exatamente a orientação de professo-
res como Paulo Otero, no ‘Ensaio sobre o Caso Julgado
Inconstitucional’ e Marcelo Rebelo de Sousa, catedrático
de Lisboa, em ‘O Valor Jurídico do Acto Constitucional’,
os quais seguem a trilha dos bons autores alemães, di-
zendo que não há nada que resista à inconstitucionalida-
de. E a explicação teórica é muito simples: o fundamento
da validade de qualquer lei é a Constituição, assim como,

o fundamento de validade de qualquer sentença, também no caso de Marcelo Rebelo de Sousa que examina o ato normativo inconstitucional, o ato administrativo inconstitucional e o ato jurisdicional inconstitucional. É, de fato, de se reconhecer a procedência dos argumentos desses doutrinadores.

Acerca do tema *sub examinem*, Marcelo Rebelo de Sousa, jurista lusitano, pontifica:

‘(...) a mesma função jurisdicional encontra-se obviamente vinculada à Constituição, devendo entender-se que a referência à garantia da legalidade vigente, incluída na sua definição, abrange, quer a legalidade em sentido restrito, quer a constitucionalidade. (...) Desses escassos dados parece legítimo inferir que a Constituição rege directa e imediatamente a função jurisdicional do Estado quanto aos elementos contidos na sua definição, quanto à orgânica competente para o seu exercício, e quanto a algumas outras matérias pontuais, como a fundamentação das decisões dos tribunais, a sua obrigatoriedade para todas as entidades públicas e privadas’.⁹

Bastante elucidativa, a propósito, a lição do doutrinador português, Paulo Otero, o qual nos diz:

‘(...) admitir, resignados, a insindicabilidade de decisões judiciais inconstitucionais seria conferir aos tribunais um poder absoluto e exclusivo de definir o sentido normativo da Constituição: Constituição não seria o texto formalmente qualificado com tal; Constituição seria o direito aplicado nos tribunais, segundo resultasse da decisão definitiva e irrecorrível do juiz. (...) A sentença violadora da vontade constituinte não se mostra possível de encontrar um mero fundamento constitucional indirecto para daí retirar a sua validade, ou, pelo menos, a sua eficácia na ordem jurídica com caso julgado. Na ausência de expressa

⁹ SOUSA, Marcelo Rebelo. O valor jurídico do acto inconstitucional. Alameda: Lisboa, 1988. pp. 317/320.

habilitação constitucional, a segurança e a certeza jurídicas inerentes ao Estado de Direito são insuficientes para fundamentar a validade de uma caso julgado inconstitucional¹⁰.

Hoje já se diz por vários doutrinadores brasileiros. Teresa Arruda Alvim Wambier possui trabalho sobre a matéria, mostrando que quando se apega à idéia de que uma decisão transitada em julgado não pode ser reconhecida como inconstitucional, estar se valorizando a norma processual infraconstitucional, em detrimento da Constituição, porque quem fixou o prazo de dois anos para a rescisória foi a norma processual, e o fundamento da norma processual é a Constituição. Assim, se se imaginar que esse decurso de prazo permitiria ou permitirá a afronta constitucional, estaria se entendendo que pela lei processual há um permissivo de afronta constitucional por decurso de prazo. E realce-se que o sistema brasileiro não é esse, porquanto não há prazo para a propositura da ADIN, pois o que se entende é que, a qualquer tempo pode ser interposta, o único limite para o ajuizamento de uma ADIN é uma nova Constituição. Destarte, tudo aquilo que está abaixo da Constituição busca nela fundamento de validade e, conseqüentemente, o que afronta a Constituição tem que ser afastado.

Aqui vale transcrever a lição de Cândido Rangel Dinamarco, que com muita propriedade defende a relativização da coisa julgada e sustenta não ser legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas:

‘(...) é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto, branco e do quadrado, redondo. A incorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucio-

¹⁰ OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional. LEX Edições Jurídicas: Lisboa, 1993.

nalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a CF repudia. (...) Onde quer que se tenha uma decisão aberrante de valores, princípios, garantias ou normas superiores, ali ter-se-ão efeitos juridicamente impossíveis e portanto não incidirá a coisa julgada material – porque, como sempre, não se concebe imunizar efeitos cuja efetivação agrida a ordem jurídico-constitucional. (...) Não me impressiona o argumento de que, sem a rigorosa estabilidade da coisa julgada, a vida dos direitos seria incerta e insegura, a dano da tranqüilidade social. Toda flexibilização de regras jurídico-positivas traz consigo esse risco, como já venho reconhecendo há mais de uma década; mas a ordem processual dispõe de meios para a correção de eventuais desvios ou exageros, inclusive mediante a técnica dos recursos, da ação rescisória, da reclamação aos tribunais superiores, etc. Além disso, não estou a postular a sistemática desvalorização da *auctoritas rei judicante*, mas apenas o cuidado para situações extraordinárias e raras, a serem tratadas mediante critérios extraordinários. (...) Não é lícito entrincheirar-se comodamente de trás da barreira da coisa julgada e, em nome desta, sistematicamente assegurar a eternização de injustiças, de absurdos, de fraudes ou de inconstitucionalidade. (...) A posição defendida tem apoio também no equilíbrio, que há muito venho postulando, entre duas exigências opostas, mas conciliáveis – ou seja, entre a exigência de certeza ou segurança, que a autoridade da coisa julgada prestigia, e a de justiça e legitimidade das decisões (...) Nessa linha, repito: a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretextos de não eternizar litígios¹¹. (Grifos acrescidos)

Ainda, no dizer o Ministro José Delgado, ‘a regra do respeito à coisa julgada é impositiva da segurança jurídica,

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 19 . SET-OUT/2002. pp. 22 e 29.

porém esta não se sobrepõe a outros valores que dignificam a cidadania e o Estado Democrático. (...) A coisa julgada é uma entidade definida e regrada pelo direito formal, via instrumental, que não pode se sobrepor aos princípios da legalidade, da moralidade, da realidade dos fatos, das condições impostas pela natureza do homem e às regras postas na Constituição. (...) A injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto. (...) Os valores absolutos de legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor da segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto esse é valor infraconstitucional oriunda de regramento processual¹².

Calha à justa trazer à baila o ensinamento do MD. Desembargador Federal Francisco Wildo Lacerda Dantas, em cujo artigo intitulado, 'Considerações sobre a desconstituição e a relativização da coisa julgada', discorre: '(...) considero inteiramente constitucional – com as vênias devidas a quem também pensa de modo diverso – o parágrafo único acrescentado ao art. 741 do CPC pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, muito embora abomine – pessoalmente – o fato de ele ter sido ali posto através de Medida Provisória. Acrescento, porém, que quando se admite que a sentença que ofenda norma constitucional – norma-regra constitucional, bem entendido – possa ser atacada por ação rescisória, à invocação do permissivo do art. 485, V, do CPC, implica também se aceitar que nada mais poderá acontecer quando a sentença rescindível se torna coisa soberanamente julgada, quando se ultrapassa o biênio decadencial a que alude o art. 495 do CPC. Nada disso acontece, porém,

¹² DELGADO, José Augusto. Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais. Coisa Julgada Inconstitucional. Coordenador Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. 3ª ed. pp. 50/52.

quando a sentença, ainda que trãnsita em julgado, agride norma-princípio constitucional porque, nessa hipótese, ter-se-á uma situação onde a desconstituição da coisa julgada radica na relativização desse instituto, cuja solução – como já demonstrado anteriormente – implica a solução de um conflito de princípios constitucionais: o da segurança que lastreia a coisa julgada e o outro princípio que se alega haver sido desobedecido pela sentença. (...) Considero, porém – como já mencionei – que a coisa julgada não é um valor absoluto e que quando a sentença se fundamenta numa lei que foi julgada constitucional pelo STF, em qualquer espécie de controle – concentrado ou difuso – pode-se muito bem rescindi-la à invocação da hipótese do art. 485, V, do CPC. (...) Por fim, quando se tratar de sentença que se funde em norma julgada inconstitucional ou constitucional pelo STF – conforme o caso – no exercício de qualquer dos controles, poder-se-á rescindir a sentença, com fundamento no art. 485 do CPC, por violação de literal disposição da lei constitucional¹³. (Negrito nosso)

Valho-me, ainda, da lição do eminente par, Desembargador Paulo Roberto de Oliveira Lima, no que tange à matéria em apreço, *ipsis verbis*:

‘No que respeita à coisa julgada, a própria legislação carece de alterações para dar ao instituto novas cores, sem o que se arrisca a própria eficiência do Direito. Às alturas a que se eleva o valor da isonomia, não permite mais que o sistema jurídico, em homenagem à segurança, mantenha decisões díspares para casos iguais, rompendo com cânones constitucionais, em holocausto à intangibilidade da coisa julgada. Magoa fundo a noção de justiça, *v.g.*, que determinado contribuinte pague certa exação, porque vencido em ação onde argüiu inconstitucionalidade

¹³ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Considerações sobre a desconstituição e a relativização da coisa julgada. Revista do Tribunal Regional Federal Quinta Região. N° 56. Abril/Junho, 2004. pp. 166/187.

do tributo, quando todos os demais venceram suas demandas. (...) Casos há, e não são poucos, onde servidores da mesma “repartição” e no exercício dos mesmos cargos e funções recebem remunerações diferentes, justo porque uns venceram e outros perderam suas demandas. Nestes casos, olvida-se o princípio constitucional da isonomia, maltrata-se a regra magna da prevalência do interesse público sobre o privado, aniquila-se o princípio de Direito Administrativo de que todos devem, na mesma medida, contribuir para a manutenção do Estado, espanca-se o valor psicossocial da justiça, tudo em louvor à coisa julgada. (...) O princípio da legalidade não pode ser sacrificado em homenagem à coisa julgada, tampouco o princípio da isonomia. No choque entre uns e outro, a imutabilidade tem de ceder passagem àqueles princípios basilares do constitucionalismo nacional. (...) O respeito da sociedade civil ao Direito, enquanto processo social de adaptação, o prestígio do Judiciário, enquanto instituição encarregada de realizar o bem supremo da Justiça, passa necessariamente pela urgente adoção da revisibilidade da sentença anti-isonômica¹⁴. (Grifei)

Afastando qualquer preconceito, este Plenário reiteradamente vem decidindo nesse mesmo sentido, nas relações continuadas de direito tributário. De fato, há algum tempo atrás discute-se no Tribunal Pleno caso da White Martins, referente à contribuição social sobre o lucro, onde o Tribunal tinha o entendimento de reconhecer a norma como toda inconstitucional e transitou em julgado. Depois o Supremo Tribunal Federal limitou a inconstitucionalidade. E qual é o entendimento? A decisão transitou em julgado, mas o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade fez com que se entendesse como válida e de boa-fé a forma de postura da empresa até a decisão do Supremo Tribunal Federal, devendo-se,

¹⁴ LIMA, Paulo Roberto Oliveira. Contribuição à Teoria da Coisa Julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais., 1997. pp. 10-11 e 116-117.

portanto, cumprir a partir dali. Isso numa relação tributária. Impõe-se, no entanto, a indagação, onde é que no Código de Processo Civil diz que a decisão do Supremo Tribunal Federal posterior em matéria tributária modifica o efeito da coisa julgada e não modifica no campo do Direito Administrativo? São duas matérias de direito público em estado presente, aliás, o Direito Administrativo originariamente era quem tratava da questão tributária, e depois houve a especialização.

Ressalte-se que no caso referido da White Martins (Embargos Infringentes na Ação Rescisória nº 310/PE) o voto condutor caminhou no sentido de não ser cabível a ação rescisória. Entrementes, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 132.314/PE, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, deu provimento ao recurso da Fazenda Nacional, reconhecendo o cabimento da ação rescisória no caso concreto, cuja ementa restou vazada nos seguintes termos:

‘SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REsp 132.314/PE;

RECURSO ESPECIAL 1997/0034242-5

Relator(a): Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096). Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento: 25/08/1998

Data da Publicação/Fonte: *DJ* 28.09.1998, p. 00010.

Ementa

PROCESSUAL - AÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA LEI - INCONSTITUCIONALIDADE - SÚMULA 343 DO STF - NÃO INCIDÊNCIA - CABIMENTO DA RESCISÓRIA.

I - Não constitui fundamento – para efeito da Súmula 283/STF – tese enunciada por dois integrantes do tribunal, mas ignorada pela maioria formadora do acórdão recorrido.

II - Se a lei foi ignorada por suposta inconstitucionalidade, a ação rescisória é cabível. Nada importa a circunstância de ter sido controvertida pelos tribunais a compatibilidade entre a constituição e a lei: a restrição contida na Súmula 343 do STJ incide, somente, quando o acórdão enver-

do pela interpretação do dispositivo legal.

Acórdão

Por unanimidade, dar provimento ao recurso’.

Trata-se, no dizer de Teresa Arruda Alvim ao apreciar a questão da sentença proferida com base em lei declarada posteriormente inconstitucional pelo STF, de hipótese bastante comum em matéria tributária. ‘Cogita-se, aqui, da possibilidade de tal sentença ser rescindida com base na alegação de violação a literal disposição de lei, quando a lei tenha sido, posteriormente, declarada inconstitucional pelo STF, em ação direta declaratória de inconstitucionalidade’.¹⁵

Frise-se que, se se considerar que numa relação continuada de direito administrativo a pacificação da posição do Supremo não tem o efeito de fazer com que aquilo se aplique a todas as situações, também no direito tributário seria por igual, porque não há nenhuma norma tributária que excepcione. Tem-se, na hipótese dos autos, um caso típico: o Supremo Tribunal Federal pacificou a matéria no sentido de que não são devidos os 84,32%. A relação é continuada, o servidor recebe todo mês.

Ora, o posicionamento referente a esse caso ou a qualquer outro é que, até a fixação da interpretação diversa pelo Pretório Excelso, aquilo que foi recebido por força de uma coisa julgada é recebimento de boa-fé, no entanto, a partir dali, tem que se suspender. É que, a partir de então nenhuma coisa julgada pode resistir à Constituição. A coisa julgada é apenas aparente ou então passaríamos a admitir um ‘monstrengo’. Assim, se amanhã o legislador reduz o prazo da rescisória para quatro meses, só se teriam quatro meses para discutir a constitucionalidade e, desse marco, absurdamente, qualquer inconstitucionalidade seria válida. Decerto, seria uma aberração. Por con-

¹⁵ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. O Dogma da Coisa Julgada. Hipóteses de Relativização. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. pp. 40/41.

seguinte, como posso consentir que um mero decurso de prazo previsto na regra processual legal dá direito a se afrontar a Constituição? E a hierarquia das normas, não existe? Decerto, que sim.

Sobre o ordenamento das normas, no pertinente, trago a lume a lição de Kelsen:

‘(...) O ordenamento jurídico não é, portanto, um sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado, mas um ordenamento escalonado de várias camadas de normas jurídicas. Sua unidade se deve à conexão, que acontece porque a produção e, desta forma, a validade de uma reverte para a outra, cuja produção novamente é determinada pela outra; um regresso que desemboca, finalmente, na norma fundamental, na regra fundamental hipotética e, conseqüentemente, no fundamento de validade mais alto’.¹⁶

Observe-se, a propósito, o escólio de José Afonso da Silva:

‘(...) a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. (...) Nossa Constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do Estado Brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Fede-

¹⁶ KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 2ª ed. rev. da tradução. p. 103.

ral são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal'.¹⁷

No que tange à relação jurídica continuativa tributária, tem assim se posicionado o Superior Tribunal de Justiça, *litteratim*:

‘SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REsp 218.354/RS;

RECURSO ESPECIAL 1999/0050275-2

Relator(a): Ministro JOSÉ DELGADO (1105)

Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento: 17/08/1999

Data da Publicação/Fonte: DJ 11.10.1999, p. 00049

RSTJ VOL.: 00129, p. 00146

Ementa

TRIBUTÁRIO. RESCISÓRIA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DOS “AUTÔNOMOS” E DOS “ADMINISTRADORES”. LEI Nº 7.787/89, ART. 3º, I.

1 - O prevailecimento de obrigações tributárias cuja fonte legal foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal constitui injúria à lógica jurídica, ofendendo os princípios da legalidade e da igualdade tributárias. A Súmula nº 343/STF nada mais é do que a repercussão, na esfera da ação rescisória, da Súmula nº 400, que se aplica a texto constitucional no âmbito do recurso extraordinário (RTJ 101/214). Se a lei é conforme a Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeita à ação rescisória ainda que na época os Tribunais divergissem a respeito. Do mesmo modo, se o acórdão aplica lei que o Supremo Tribunal

¹⁷ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2000. pp. 47/48.

Federal, mais tarde, declara inconstitucional (REsp 128.239/RJ - Rel. Min. Ari Pargendler). Multiplicidade de precedentes (ementa do REsp nº 154708/DF, Rel. Min. Milton Luiz Pereira).

2 - A coisa julgada, no caso em exame, afronta o princípio da igualdade tributária e está apoiada em lei declarada inconstitucional pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

3 - Não há que se entender, *data vênia*, a existência de decisões controvertidas quando a sentença e o acórdão foram prolatados e, posteriormente, a situação jurídica examinada mereceu declaração de inconstitucionalidade da lei aplicada, com efeitos *ex tunc*, alcançando as relações jurídicas passadas.

4 - O princípio da segurança jurídica, inspirador dos efeitos da coisa julgada, não pode ser levado ao extremo de ofender o princípio constitucional da igualdade tributária.

5 - Considerou-se, também, que, de acordo com as regras sistematizadoras do nosso ordenamento jurídico, somente ao Colendo Supremo Tribunal Federal é que cabe, com força definitiva, declarar a inconstitucionalidade de lei e sugerir ao Congresso Nacional a sua retirada do mundo jurídico.

6 - Precedentes: REsp nº 139.865/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, *DJU* de 15.12.97; REsp nº 122.477/DF, Rel. Min. Adhemar Maciel, *DJU* de 02.03.98; REsp 104.227/DF, Rel. Min. Hélio Mosimann, *DJU* de 09.03.98.

7 - Recurso provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na conformidade do relatório, votos, notas taquigráficas e certidão de julgamento constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado'. (Destaques que não constam do original)

'SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REsp 186.565/RS;

RECURSO ESPECIAL 1998/0062537-2

Relator(a): Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (1094); Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento: 19/10/2000

Data da Publicação/Fonte: *DJ* 09.04.2001, p. 00340

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADMINISTRADORES. AUTÔNOMOS E AVULSOS. LEI 7.787/89 (ART. 3º, I). DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POSTERIOR À AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SÚMULA 343/STF. INAPLICABILIDADE.

PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. A Súmula 343/STF é aplicável quando se trata de texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais e não de texto constitucional.

2. Admissível a ação rescisória contra decisão que julgou ação de repetição de indébito de contribuição social que, posteriormente, veio a ser declarada inconstitucional pelo Eg. STF.

3. Entendimento consagrado no STJ com o qual o acórdão recorrido não se concilia.

4. Recurso especial conhecido e provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Franciulli Netto'. (Negrito nosso)

‘SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REsp 281.209/GO; RECURSO ESPECIAL

2000/0101846-9 Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO (1105)

Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento: 07/06/2001

Data da Publicação/Fonte: *DJ* 27.08.2001, p.00227

Ementa

TRIBUTÁRIO. COISA JULGADA. EFEITOS. RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO.

1. A Lei nº 7.689, de 15.12.88, foi declarada constitucional, com exceção do art. 8º, pelo STF (RE nº 138284-8-CE).

2. Efeitos da coisa julgada que reconheceu, sem exame pelo STF, ser inconstitucional toda a Lei nº 7.689, de 15.12.88.

3. Superveniência da Lei nº 8.212, de 24.07.91, e da LC nº 70, de 30.12.1991. Reafirmação, nestas leis, da instituição da contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas.

4. Superveniência de situações jurídicas que afetam a imutabilidade da coisa julgada quando se trata de declaração de inconstitucionalidade não examinada, na situação debatida, pelo STF e proclamada na apreciação de relação jurídico-tributária de natureza continuativa.

5. Recurso provido que resulta em denegação da segurança impetrada pela empresa, obrigando-a a pagar a contribuição em questão devida, a partir da vigência da Lei nº 8.212/91, por respeito aos efeitos da coisa julgada nos exercícios de 1989 e 1990. Inexistência de ação rescisória.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira votaram com o Sr. Ministro Relator'. (Destques acrescidos)

'SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REsp 193.500/PE;

RECURSO ESPECIAL 1998/0079850-1

Relator(a): Ministro GARCIA VIEIRA (1082)

Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento: 06/05/1999

Data da Publicação/Fonte: DJ 13.09.1999 p. 00043

Ementa

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO INSTITUÍDA PELA LEI Nº 7.689/88 - MODIFICAÇÃO DO ESTADO DE FATO - APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 239/STJ.

Em se tratando de relação continuativa é possível rever decisão transitada em julgado, se ocorrer alteração no estado de fato.

Recurso improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exm^{os}. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencidos os Exm^{os}. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator Milton Luiz Pereira e José Delgado'. (Grifei)

Dos arestos supracitados, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de relação jurídica continuativa, tem admitido a revisão da coisa julgada, quando a mesma for arrimada em fonte legal declarada inconstitucional pelo STF, por afrontar o princípio da igualdade, no caso, tributária. É, aliás, a tese já defendida por este Juiz, no âmbito do direito administrativo, no julgamento da AC 325.323/CE, caso semelhante ao dos presentes autos, cuja matéria também consistia na percepção por servidores públicos do reajuste de 84,32%.

Analisando a questão da coisa julgada inconstitucional à luz do princípio da isonomia. Sobre o assunto, é de se destacarem os valiosos ensinamentos de Tereza Arruda Alvim Wambier:

‘O princípio da isonomia se constitui na idéia de que todos são iguais perante a lei, o que significa que a lei deve tratar a todos de modo uniforme e que correlatamente as decisões dos Tribunais não podem aplicar a lei de forma diferente a casos absolutamente idênticos, num mesmo momento histórico. De fato, de nada adiantaria a existência de comando constitucionalmente dirigido ao legisla-

dor, se o Poder Judiciário não tivesse que seguir idêntica orientação, e pudesse decidir, com base na lei, no mesmo momento histórico (ou seja, sem que fatores históricos possam influir no sentido que se deva dar à lei) em face de idênticos casos concretos, de modos diferentes. Esses princípios têm, portanto, aplicação, por assim dizer, “engrenada”, funcionando ambos como pilares fundamentais da concepção moderna de Estado de Direito. (...) Do contrário, se verão feridos de morte o princípio da legalidade e da isonomia¹⁸.

Especificamente acerca da matéria posta nos presentes autos, urge transcrever as considerações do MD. Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, às quais me filio por inteiro, constantes do livro *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*, *litteris*:

‘Volte-se a exemplo já analisado: a remuneração dos servidores públicos. Em face do momento em que foram propostas e julgadas, algumas ações terminaram com a concessão de 84,32% de reajuste, em março de 1990, aos autores, servidores públicos. Tendo o Supremo Tribunal Federal, mais tarde, cifrado o entendimento de que tal reajuste não era devido, outras tantas ações terminaram por negar aos autores servidores públicos, igual vantagem. Ironicamente, em muitos casos ambas as sentenças transitaram em julgado, tendo decorrido *in albis* o prazo da rescisória. Em face das regras hoje adotadas, disciplinadoras do instituto da coisa julgada, a situação será definitivamente mantida, ou seja, na mesma “repartição pública” servidores exercentes de cargo igual receberão eternamente remunerações diferentes. O fato implica irretorquível agressão ao princípio constitucional da isonomia, macula os cânones máximos do Direito Administrativo (impessoalidade, indisponibilidade, legalidade fe-

¹⁸ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada. Hipóteses de Relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. pp. 59/60.

chada) e agride ao senso comum de justiça, daí porque desserve ao Direito. O respeito à coisa julgada não justifica tamanho sacrifício!!¹⁹. (Grifos que não constam do original)

Ainda acerca do reajuste de 84,32%, o MM. Juiz Federal Francisco Barros Dias, em trabalho já referido, ensina:

‘(...) Invocaremos aqui algumas situações concretas que restaram conhecidas em todo território nacional, as quais dizem respeito à revisão de vencimentos de servidor público, sendo a primeira referente aos 84,32% e a segunda a 28,86%. Como se trata de matéria relativa ao servidor público federal, submetida, conseqüentemente, à competência da Justiça Federal, foi a primeira acolhida em primeiro e segundo grau de jurisdição, sob o argumento de existir direito adquirido previsto no texto constitucional, cuja tese chegou a ser abraçada pelo Superior Tribunal de Justiça. A segunda foi rejeitada em primeiro e segundo grau, sob o argumento de que os servidores civis não estavam abrangidos por esse percentual que havia sido concedido aos militares através da Lei nº 8.627/93, tendo, inclusive, recebido a chancela do Superior Tribunal de Justiça. O percentual de 84,32%, o qual deixou de ser concedido quando da elaboração do Plano de Governo que estava iniciando em março de 1990, que recebeu a adesão dos Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça. (...) Tempo depois, o Supremo Tribunal Federal analisou a mesma matéria, (manifestando-se contrariamente). (...) A disparidade dos julgados leva a uma grande injustiça ao se fazer uma comparação entre os mesmos. Vejamos os casos de dois servidores públicos, por exemplo, em que um obteve decisão favorável em segundo grau e até no Superior Tribunal de Justiça, vindo essa decisão de seu processo a transitar em julgado. Passou esse servidor a gozar de um benefício em

¹⁹ LIMA, Paulo Roberto Oliveira. Contribuição à Teoria da Coisa Julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais., 1997. p. 158.

seu salário que praticamente dobra seu ganho em relação ao outro funcionário. Esse privilégio se torna definitivo, caso venha a se consumir o prazo decadencial da ação rescisória por não ter o ente público utilizado esse instrumento hábil. Enquanto isso, o outro servidor que foi ao Judiciário e seu processo chegou ao Supremo Tribunal Federal, através do recurso próprio ou de uma ação rescisória interposta no lapso de tempo normal, teve como consequência o seu direito negado e passou, na prática, a receber um salário quase pela metade, em relação ao seu colega de trabalho. (...) Essa circunstância só pode ser vista com perplexidade. Não se concebe, nem se entende, como ocorre em alguns julgados, que, em tese, cabe ação rescisória para corrigir uma ilegalidade da decisão, porém não é possível se socorrer de um instrumento legal para desconstituir uma sentença inconstitucional, caso tenha decorrido o prazo decadencial dessa espécie de ação. Essas e outras situações parecidas levam ao total descrédito do Judiciário. Somente se pode entender uma situação dessas como de total desprestígio ao poder jurisdicional, motivando uma série de críticas, muitas vezes fundadas sobre a real finalidade dessa função estatal. (...) Os julgados conflitantes e contraditórios aqui trazidos à colação servem de exemplo para demonstrar a injustiça que os mesmos representam quando comparados entre si diante da situação concreta que restou aos seus destinatários, justificando, assim, a criação de um instrumento hábil a corrigir essa grave distorção do ordenamento jurídico'.²⁰

In casu, verifica-se que a ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DA SUCAM EM PERNAMBUCO - ASSUPE ajuizou ação ordinária em 1991 visando ao reconhecimento 'do direito dos associados da autora ao reajustamento de seus salários, no percentual de 84,32%, a ser aplicado no mês de abril/90, devendo ainda ser a demandada, con-

²⁰ DIAS, Francisco Barros. Coisa julgada inconstitucional. Dissertação de mestrado. UFPE/UFRN - NATAL/RN - AGOSTO/1999. pp. 124/129.

dena a implantar em folha de pagamento as diferenças salariais decorrentes dos reajustamentos, a partir do mês de abril/90'.

Em 12 de agosto de 1991, com já ressaltado, proferi sentença julgando improcedente a ação, julgamento reformado posteriormente pelo Segunda Turma desta colenda Corte, por maioria de votos.

Com efeito, à época do julgamento da ação era pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal, cuja primeira decisão, fundamento da sentença (MS nº 21216-DF) do Tribunal Pleno do Pretório Excelso acerca da matéria data de 05.12.1990 e outras se seguiram em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, conforme se atesta das ementas abaixo transcritas, no sentido de não haver direito adquirido ao reajuste no percentual de 84,32% em março de 1990, conquanto não perfeitos todos requisitos fáticos à sua aquisição.

São, nesse sentido, os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal, *ipsis verbis*:

'SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
MS 21216 / DF - DISTRITO FEDERAL
MANDADO DE SEGURANÇA

Relator(a): Min. OCTÁVIO GALLOTTI

Julgamento: 05/12/1990

Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO

Publicação: DJ DATA-28-06-1991 PP-08905 EMENT
VOL-01626-02 PP-00216 RTJ VOL-00134-03 PP-01112

Ementa

- Mandado de Segurança contra ato omissivo do Presidente do Supremo Tribunal, em virtude do qual ficaram privados os impetrantes, funcionários da Secretaria da Corte, do reajuste de 84,32% sobre os seus vencimentos, a decorrer da aplicação da Lei nº 7.830, de 28-9-89. Revogada esta pela Medida Provisória nº 154, de 16-3-90 (convertida na Lei 8.030-90), antes de que se houvessem consumados os fatos idôneos à aquisição do direito ao reajuste previsto para 1º-4-91, não cabe, no caso, a invocação da garantia prevista no art. 5º, XXXVI, da Cons-

tituição. Pedido indeferido, por maioria.

Observação

Votação: por maioria, vencidos os Mins. Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Paulo Brossard.

Resultado: indeferido.

Acórdãos citados: RE-77897, RE-99217 (RTJ-110/744), RE-94041

(RTJ-105/671),

RE-96458, RE-100007.

Partes

IMPRES.: ERALDO DA MOTA MACHADO E OUTROS

ADVDO.: INOCÊNCIO OLIVEIRA CORDEIRO

IMPDO.: PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL' (destaques acrescidos)

'SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ADI 577 MC / DF - DISTRITO FEDERAL

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Julgamento: 18/09/1991

Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO

Publicação: DJ DATA-18-10-91 PP-14549 EMENT VOL-01638-01 PP-00123 RTJ VOL-00138-01 PP-00070

Ementa

- Ação direta de inconstitucionalidade: decisão administrativa de Tribunal Regional Federal, que – além de propor a inclusão, no orçamento de 1992, da dotação necessária ao pagamento do reajuste de 84,32%, de acordo com a L. 7.830/89 e, não obstante sua revogação pela MP 154/90 (L. 8030/90), em cumprimento de decisões judiciais liminares – resolveu estender o mesmo tratamento a todos os juizes e servidores da Justiça Federal na Região, independentemente de ordem judicial; concorrência das condições da ação direta em relação à segunda parte da decisão administrativa questionada, que configura ato normativo de caráter geral e objeto de imputação de inconstitucionalidade imediata; suspensão cautelar deferida, à vista, sobretudo, do acórdão do STF no MS

21.216, 5.12.90, Octavio Gallotti, no qual se assentou a inexistência, no caso, de direito adquirido ao reajuste mencionado; considerações sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na uniformização de critérios de aplicação das leis comuns, sem prejuízo da autonomia administrativa e financeira dos diversos tribunais da União.

Observação

VOTAÇÃO: UNÂNIME.

RESULTADO: CONHECIDA EM PARTE E DEFERIDA A CAUTELAR.

Veja - ADIN-99, ADIN-201, ADIN-311, ADIN-365, ADIN-370, MS-21216'.

'SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
ADI 684 MC / RN - RIO GRANDE DO NORTE
MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. NERI DA SILVEIRA

Julgamento: 26/02/1992

Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO

Publicação: DJ DATA-26-06-92 PP-10104 EMENT VOL-01667-01 PP-00105

Ementa

- Ação direta de inconstitucionalidade. Resolução Administrativa de Tribunal Regional Eleitoral que determinou o pagamento do reajuste de 84,32% relativo à variação do IPC de março de 1990, a todos os servidores da Corte, inclusive inativos, a contar de abril do mesmo ano. Alegação de ofensa aos arts. 37, X, e 96, II, b, da Constituição. Natureza normativa da Resolução. Relevância dos fundamentos do pedido. Decisão em sentido contrário do STF, no Mandado de Segurança nº 21.216, quanto aos funcionários do Quadro de sua Secretaria. *Periculum in mora*. Medida cautelar deferida para suspender, *ex nunc* e até o julgamento final da ação, a eficácia da Resolução impugnada.

Observação

VOTAÇÃO: UNÂNIME.

RESULTADO: DEFERIDA.

Veja - ADIN-577, MS-21216-1, ADINMC-661, ADINMC-662".

'SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
ADI 658 MC / PE - PERNAMBUCO
MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Julgamento: 26/02/1992

Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO

Publicação: *DJ* DATA-29-05-92 PP-07834 EMENT VOL-01663-02 PP-00300 RTJ VOL-00140-03 PP-00788

Ementa

Vencimentos: Reajuste pela variação do IPC de março de 1990: sistema extinto pela M. Prov. 154/90, convertida na L. 8.030/90, cuja aplicação imediata, segundo decidiu o STF (MS 21.216, Gallotti), não ofendeu as garantias do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos: suspensão cautelar de ato normativo em contrário do TRF/5ª Região (precedente: ADIn 577, med. cautelar, 18.9.91, Pertence).

Observação

VOTAÇÃO: UNÂNIME.

RESULTADO: DEFERIDA.

VEJA MS-21216, ADINMC-577, ADINMC-661'.

'SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
ADI 683 MC / SC - SANTA CATARINA
MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 11/03/1992

Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO

Publicação: *DJ* DATA-10-04-92, PP-04796; EMENT VOL-01657-01, PP-00035

Ementa

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIMINAR. Mostra-se procedente o pedido de concessão de liminar quando no caso concorrem o sinal do bom direito e o risco decorrente de se manter com plena eficácia o preceito impugnado. É a hipótese de decisão administrativa de Tribunal Regional do

Trabalho, à qual conferem-se contornos normativos, no que revela a concessão de diferenças salariais resultantes da apuração do Índice de Preço ao Consumidor alusivo ao mês de março de 1990.

Observação

VOTAÇÃO: UNÂNIME.

RESULTADO: DEFERIDA.

VEJA MS-21216-1'.

'SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
ADI 666 MC / PE - PERNAMBUCO
MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Julgamento: 12/03/1992

Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO

Publicação: DJ DATA-22-05-92 PP-07214 EMENT VOL-01662-01 PP-00174

Ementa

Ação direta de inconstitucionalidade que tem por objeto decisão administrativa do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Pernambuco, a qual determinou o pagamento do reajuste de 84,32% relativo à variação do IPC de março de 1990, extinto pela Medida Provisória nº 154, de 15.03.90, convertida na Lei 8.030, de 12.04.90. Liminar. Concessão de medida liminar que se referenda por ocorrerem os requisitos da relevância jurídica do pedido e da conveniência da suspensão do ato impugnado.

Observação

VOTAÇÃO: POR MAIORIA. RESULTADO: DEFERIDA'.

Sabido é que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal tem efeitos vinculantes em relação aos próprios órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública. Assim, a decisão ditada pelo STF vinculará todos os órgãos dos Poder Judiciário e do Poder Executivo, vinculação esta decorrente da racionalidade do sistema concentrado de constitucionalidade, devendo os órgãos dos aludidos Poderes pausar o exercício de suas funções na interpretação constitu-

cional dada pela Corte Suprema, a quem compete, por disposição inserta na Constituição pelo legislador constituinte originário, a guarda da Constituição.

Verifica-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal no julgamento das aludidas ADINs declarou a inconstitucionalidade de resoluções, dando-as contornos de atos normativos, que mandavam aplicar aos vencimentos de servidores o reajuste da Lei nº 7.830, de 28/09/1990, por entender que a aludida lei foi revogada pela MP nº 154/90, posteriormente convertida na Lei nº 8.030/90, assentando, ainda, inexistir direito adquirido ao reajuste de 84,32% e a inocorrência de violação à garantia da irredutibilidade de vencimentos.

Apreende-se, destarte, que antes do julgamento da apelação por este Tribunal, o STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário, a quem cabe a missão primacial de guarda da Constituição e a interpretação da mesma, havia firmado o entendimento de que o sistema extinto pela Medida Provisória nº 154/90, convertida na Lei nº 8.030/90, com aplicação imediata, não ofendeu as garantias do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos.

Faz-se coro, neste aspecto, ao MD. Ministro CARLOS VELOSO, o qual em voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 557-DF – Medida Cautelar, afirmou, *litteris*:

‘Sr. Presidente, acompanho o voto do eminente Ministro Relator. Não deixo, entretanto, de reparar – (...) – como possa um Tribunal, agindo administrativamente, depois que a Corte Suprema, Corte Constitucional, Cúpula do Poder Judiciário, manifestou-se, interpretando um dispositivo da Constituição, opor-se a essa decisão’. (Negrito nosso)

Por conseguinte, da mesma forma, não caberia a órgão do Poder Judiciário decidir em desconformidade com a interpretação dada pelo Excelso Pretório à questão do pagamento do reajuste de 84,32% relativo ao IPC de março de 1990, aos servidores públicos federais. Tal uniformização justifica-se em face do princípio da isonomia e

da segurança jurídica, além de outro valor de imensa grandeza, garantido constitucionalmente, que é a justiça das decisões judiciais. Ademais, o princípio da constitucionalidade impõe força vinculativa da lei e ato normativo à Constituição, enquanto Lei Fundamental da ordem jurídica.

Como, então, se atribuir à coisa julgada carga imperativa a ponto de se permitir que se estipule obrigações para o Estado, não amparada pelo direito. De mais a mais, no Direito Administrativo os interesses públicos devem prevalecer sobre os privados. Verdadeiro absurdo seria se admitir dispor de dinheiro público para pagamento de valores reconhecidamente (pelo guardião da Constituição) indevidos em face da coisa julgada. Implicaria, por certo, sobrepor a coisa julgada aos princípios da legalidade, moralidade, isonomia e, sobretudo, o princípio da constitucionalidade. Ademais, “a moralidade administrativa como valor constitucionalmente proclamado e cuja efetivação é óbice a essa autoridade em relação a julgados absurdamente lesivos ao Estado”²¹, tal como no caso dos presentes autos.

Não há que se alegar, além disso, não se aplicarem as decisões do Supremo Tribunal Federal nas referidas ADINs, porquanto naquelas não se declarou a inconstitucionalidade de lei e sim de resoluções. Ocorre que, antes mesmo de se produzirem, foram tolhidos os efeitos da Lei nº 7.830, de 28/09/1990, em face da revogação da mesma pela MP nº 154/90, posteriormente convertida na Lei nº 8.030/90. Por conseguinte, ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra a Lei nº 7.830/90, fatalmente, seria julgada prejudicada, haja vista a revogação da lei antes mesmo de vir a gerar efeitos. Nesse sentido, tem decidido o STF: ‘Se a norma inquinada de inconstitucionalidade, em sede de controle abstrato, deixa de integrar o ordenamento jurídico, porque revogada, torna-se insub-

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 19 . SET-OUT/2002. p. 16.

sistente o interesse de agir. Conseqüência: Prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, por perda do seu objeto'.²²

Nesse processo há, outrossim, um aspecto interessante que aguça ainda mais a preocupação. Como já realçado, esse processado foi ajuizado pela Associação dos Servidores da SUCAM, em Pernambuco, quando posteriormente, houve a fusão de três associações, do que poderia se acrescer em termos de substituição. Para o fim de fixar e destacar os limites subjetivos da coisa julgada, em 1996 foi proferida decisão, de onde se lê: 'Examinando os autos verifica-se que só podem ser considerados como integrantes do pólo passivo, digo, ativo da relação processual p/substituição, aqueles associados na data da propositura da ação (momento em que foi externada vontade de litigar contra a Entidade-ré). Posteriores ingressos no quadro de associados da autora não têm o condão de ampliar o elenco dos beneficiários. P.I., após o que voltem os autos conclusos'. Em face da referida decisão, como já frisado, fora interposto agravo, o qual foi improvido. Impende chamar atenção para esse fato porque, não obstante a decisão da Segunda Turma confirmando a decisão deste Juiz em primeiro grau em 1996, as execuções foram opostas pelos exeqüentes em grande quantidade e vão muito além da relação de substituídos que consta da inicial. É, com efeito, um fato importante porque há um reflexo de centenas de milhões de reais.

Essa ação tem, ademais, algumas peculiaridades, por exemplo, a mesma foi ajuizada contra a União. A despeito de a FUNASA, autarquia, ter sido criada quando se iniciava a ação, a mesma só veio para o processo no acórdão inicial, no qual foi Relator o Dr. Nereu Santos. Assim, a FUNASA já existia e era a sucessora em relação à par-

²² ADI 254QO/GO - GOIÁS QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 05/11/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

te dos servidores, no entanto, não foi chamada a compor a relação processual. Nesse processo, por certo, há muitas particularidades.

Esquecendo as peculiaridades e voltando à tese jurídica, embora as peculiaridades também sejam jurídicas, entendendo, no caso concreto, destarte, de conhecer da rescisória e a conexão não só em relação ao segundo acórdão, mas também em relação ao primeiro, sobretudo por entender, em face do exposto, que em se tratando de questão constitucional os prazos estão afastados.

Nessa direção, a Medida Provisória nº 1.984-19, de 29 de junho de 2000, alterou o art. 741 do CPC, passando, então a vigorar acrescido o seguinte parágrafo único:

‘Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, é também inexigível o título judicial fundado em lei, ato normativo ou em sua interpretação ou aplicação declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal’.

Assim, o citado parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil reputa como inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Neste diapasão, a coisa julgada não obsta que se alegue em sede de embargos à execução a inconstitucionalidade da sentença trânsita em julgado.

O Supremo Tribunal Federal, na ADInMC nº 2.251/DF, Relator Ministro Sydney Sanches, apreciando a MP nº 1.984-19/2000, inclusive o art. 10 que atribuía nova redação ao art. 741 do CPC, deferiu medida cautelar apenas para suspender o art. 4º da Medida Provisória nº 1.984, que alterou o artigo 4º e respectivos parágrafos da Lei nº 8.437/92. Interessante seria ter tido o julgamento do mérito da ADIn pelo STF e, deste modo, a previsão de que nas execuções judiciais os títulos reputados inconstitucionais não seriam exeqüíveis. Infelizmente o STF terminou por ficar numa preliminar, apesar de que várias decisões terem entendido pela prevalência da Constituição sobre o argumento processual.

Não há dúvida, conseqüentemente, de que haverá uma apreciação da matéria, no sentido da prevalência da Constituição, porquanto se uma regra processual poderá afastar a Constituição, o nosso sistema jurídico estará todo destruído. A meu sentir, portanto, é constitucional a medida provisória no sentido de reconhecer que, tudo aquilo que é inconstitucional não é exequível. Tal se explica porque a coisa julgada não pode sobrepujar a lei, em se tratando de inconstitucionalidade, sob pena de torna-se instituto de maior valor que a própria Constituição. No dizer de Humberto Theodoro Júnior, 'O que se deduz do texto do parágrafo único do art. 741 do CPC é que se torna inquestionável o dever de recusar a execução da sentença quando a norma legal que lhe serviu de fundamento já tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Não caberá, portanto, ao juiz dos embargos recusar a interpretação a que chegou a Suprema Corte. A inexigibilidade do crédito exequendo será automática decorrência do pronunciamento da inconstitucionalidade do STF. (...) A invalidade da lei e, conseqüentemente, da sentença que a aplicou, é irrecusável, e não pode deixar de ser reconhecida, sob pena de colocar-se acima da Constituição um simples ato judicial'²³. Conseqüentemente, o vício de inconstitucionalidade torna inexigível o título executivo.

Em face do exposto, julgo totalmente procedente a ação rescisória.

É o meu voto.

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI”

Ademais, assim se pronunciou a Ministra Ellen Gracie, nos autos do AI 375011 AgR/RS – Informativo nº 365, de 20.10.2004 –, em que, apesar da ausência do requisito necessário ao conheci-

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para o seu Controle. Coisa Julgada Inconstitucional. Coordenador Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. 3ª ed. pp. 112/113.

mento do recurso extraordinário (prequestionamento), restou tal pressuposto específico dispensado, diante da existência de manifestação pacífica do STF sobre a questão de fundo, de modo que o recurso referido foi não apenas conhecido, mas também provido, para garantir que a prestação jurisdicional se adequasse perfeitamente ao posicionamento cristalizado pela Corte Maior:

“Ausência de Prequestionamento. RE. Provimento. Prevalência de Decisão do STF (Transcrições)

(v. Informativo 364)

AI 375011 AgR/RS*

RELATORA: MINISTRA ELLEN GRACIE

Relatório: Eis o teor do despacho agravado:

‘Não se encontram prequestionados os dispositivos constitucionais (artigos 2º; 18, *caput*; 29, *caput*; 34, VII, *c*; 37, XIII; 40, § 8º; 61, § 1º, II, *a e c*; 167, IV, e 169) em que busca apoio a petição de recurso extraordinário, pois embora suscitados na petição de apelação (fls. 35/44), não foram apreciados pelo acórdão recorrido, ao qual não foram opostos os competentes embargos de declaração, imprescindíveis a suprir eventual omissão (Súmulas 282 e 356).

Nego seguimento ao agravo’. (fl. 107)

Nas razões do presente regimental o Município de Porto Alegre alega, em síntese, que a matéria dos autos se encontra devidamente prequestionada, uma vez que, para a observância deste requisito, basta a veiculação do tema constitucional tido como violado, sendo desnecessária a menção expressa ao artigo da Constituição.

Aduz que o entendimento do acórdão recorrido foi rechaçado pelo Plenário desta Corte por ocasião do julgamento do RE 251.238, quando se julgou inconstitucional o art. 7º e parágrafos da Lei nº 7.428/94, com a redação dada pelo art. 2º da Lei nº 7.539/94, ambas do Município de Porto Alegre.

Requer, ao final, o provimento do presente agravo regimental e, desde já, do recurso extraordinário inadmitido na instância *a quo*.

É o relatório.

Voto: 1. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao prolatar o acórdão recorrido, aplicou ao caso dos autos o entendimento manifestado por seu Órgão Especial no julgamento da ADI nº 595.067.943, quando se declarou a constitucionalidade do disposto no art. 7º da Lei nº 7.428/94 do Município de Porto Alegre, com a redação da Lei nº 7.539/94, que previa o reajuste automático bimestral dos vencimentos dos servidores municipais pela variação de índice de entidade particular (ICV-DIEESE).

O Plenário desta Corte, entretanto, ao julgar o RE 251.238, rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim, *DJ* de 23/08/2002, entendeu, em decisão majoritária, que esta norma ofende o postulado da autonomia municipal, declarando a sua inconstitucionalidade.

Na decisão ora agravada, aponte a ausência de prequestionamento dos dispositivos constitucionais tido como violados, porquanto a Corte gaúcha tão-somente aplicou a orientação firmada na mencionada ação direta de inconstitucionalidade – cujo acórdão não consta do traslado do presente agravo de instrumento –, sem fazer referência aos fundamentos utilizados para chegar à declaração de constitucionalidade das referidas normas municipais.

2. A despeito de a questão de fundo estar pacificada no âmbito desta Suprema Corte em relação às demandas que tratem sobre o mesmo tema, ainda assim se exige a presença dos pressupostos específicos de conhecimento do recurso extraordinário, como é o caso do prequestionamento. Foi o que decidiu a Primeira Turma desta Corte no julgamento de caso idêntico ao presente: AI 383.617-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 27/09/2002.

Estou, entretanto, mais inclinada a valorizar, preponderantemente, as manifestações do Tribunal, especialmente as resultantes de sua competência mais nobre – a de intérprete último da Constituição Federal.

Já manifestei, em ocasiões anteriores, minha preocupação com requisitos processuais que acabam por obstaculizar, no âmbito da própria Corte, a aplicação aos ca-

sos concretos dos precedentes que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de normas. Ao votar, na Primeira Turma no RE 222.874-AgR-ED, de que fui relatora, expressei-me da seguinte forma:

‘Entendo que este Supremo Tribunal deve evitar a adoção de soluções divergentes, principalmente em relação a matérias exaustivamente discutidas por seu Plenário. Manifestei esta posição no julgamento da Ação Rescisória 1.713, de que fui relatora (Plenário, unânime, *DJ* 19/12/2003):

“Sobre a rescisória ajuizada com base no art. 485, V, do CPC, quando em jogo a violação de dispositivo constitucional, asseverou o eminente Ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto no RE 235.794-AgR, que ‘a manutenção de soluções divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, a fragilização da força normativa da Constituição’. No presente caso, da mesma forma, a manutenção da decisão proferida por esta Corte, permitindo a majoração de alíquotas do FINSOCIAL recolhido por empresa seguradora, fragilizaria a força normativa dos art. 195 da CF e 56 do ADCT.”

A adoção no âmbito desta Corte de decisões contraditórias compromete a segurança jurídica, porque provoca nos jurisdicionados inaceitável dúvida quanto à adequada interpretação da matéria submetida a esta Suprema Corte.’

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões.

Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar no RE 376.852, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, *DJ* de 27.03.2003). Naquela ocasião, asseverou Sua Excelência o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extra-

ordinário, como medida racionalizadora de efetiva prestação jurisdicional.

Registro também importante decisão tomada no RE 298.694, Rel. Min. Pertence, por maioria, *DJ* 23/4/2004, quando o Plenário desta Casa, a par de alterar antiga orientação quanto ao juízo de admissibilidade e de mérito do apelo extremo interposto pela alínea *a* do permissivo constitucional, reconheceu a possibilidade de um recurso extraordinário ser julgado com base em fundamento diverso daquele em que se lastreou a Corte *a quo*.

Esses julgados, segundo entendo, constituem um primeiro passo para a flexibilização do prequestionamento nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada. É preciso valorizar a última palavra – em questões de direito – proferida por esta Casa.

Destaco, outrossim, que o RE 251.238 foi provido para se julgar procedente ação direta de inconstitucionalidade da competência originária do Tribunal de Justiça estadual, processo que, como se sabe, tem caráter objetivo, abstrato e efeitos *erga omnes*. Esta decisão, por força do art. 101 do RISTF, deve ser imediatamente aplicada aos casos análogos submetidos à Turma ou ao Plenário. É essa a orientação firmada pela 1ª Turma desta Casa no RE 323.526, rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, *DJ* 31/5/2002, resumido na seguinte ementa:

‘Declaração, pelo Plenário do STF, no julgamento do RE 251.238-RS (rel. para acórdão Nelson Jobim, 7.11.2001, Inf. 249), de inconstitucionalidade do art. 7º e parágrafos da L. 7.428/94, com a redação dada pela L. 7.539/94, do Município de Porto Alegre, que previam o reajuste automático bimestral dos vencimentos dos servidores municipais pela variação do índice de entidade particular (ICV-DIEESE).

Aplicação do art. 101 RISTF, a teor do qual – salvo proposta de revisão por qualquer dos Ministros – a declaração plenária de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei será de logo aplicada aos novos feitos sub-

metidos à Turma ou ao Plenário: recurso extraordinário do Município conhecido e provido.’

Lembro que estamos a tratar de uma lide envolvendo inúmeros servidores do Município de Porto Alegre e causa espécie a possibilidade de alguns deles saírem vitoriosos, a despeito da inconstitucionalidade das leis municipais nas quais basearam sua pretensão. Isso porque estaríamos diante de uma situação anti-isonômica, em que entre dois funcionários que trabalhem lado a lado e exerçam iguais atribuições, exista diferença de vencimento, pelo fato de um deles restar vencedor na sua demanda, em virtude de falta de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no RE da municipalidade, enquanto que ao outro, em cujo processo estava atendido tal requisito de admissibilidade do apelo extremo, aplicouse a orientação do Supremo Tribunal Federal e rejeitou-se a sua pretensão. Esta Corte não pode admitir tal disparidade de tratamento de situações idênticas.

Existe ainda outra circunstância que demanda uma solução uniforme por esta Casa: o Ministro Nelson Jobim, em seu voto no já citado RE 251.238, demonstrou os prejuízos às finanças do Município de Porto Alegre, com a manutenção do art. 7º da Lei 7.428/94. Ou seja, a manutenção dos reajustes baseados na lei municipal impediria o atendimento das limitações impostas aos gastos com pessoal pela Lei Camata (LC nº 82/95).

Registro, por fim, que todos os argumentos lançados pelo Tribunal *a quo* para declarar a constitucionalidade da norma municipal em comento são conhecidos nesta Corte, pois foram exaustivamente debatidos na sessão que julgou o RE 251.238.

Por estas razões, entendo que o simples fato de constar do acórdão da origem a declaração de constitucionalidade do disposto no art. 7º da Lei nº 7.428/94 do Município de Porto Alegre, com a redação da Lei nº 7.539/94, mesmo que desacompanhadas do aresto que julgou o *leading case*, autoriza o conhecimento e o provimento do recurso extraordinário.

3. Diante do exposto, dou provimento ao presente agravo regimental, para, com fundamento no art. 544, § 4º, do CPC, conhecer do agravo e, desde logo, dar provimento ao recurso extraordinário. Invertam-se os ônus da sucumbência, ressalvada a hipótese de concessão de justiça gratuita.

Considerando que o STF já assentou posição, no sentido da constitucionalidade da contribuição para o SAT, bem como levando em conta que a coisa julgada não pode se superpor ao reconhecimento da constitucionalidade pela instância jurisdicional que tem a competência precípua de analisar e declarar a compatibilidade das normas jurídicas com o Texto Constitucional, é de se manter a decisão agravada, que reformou a sentença autorizadora de compensação tributária escudada em provimento judicial discrepante do entendimento adotado pelo STF.”

Outrossim, cumpre ressaltar a existência de vários institutos no âmbito dos quais se admite a defesa e o acatamento da tese da relativização da coisa julgada (a ação rescisória é um exemplo). Particular relevância, nesse contexto, tem o parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil (com a redação dada pela MP nº 2.180-35/2001):

“Art. 741. Na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre:

Omissis

II – inexigibilidade do título;

Omissis

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.”

A mesma medida provisória anteriormente referida implantou o art. 1º-E da Lei nº 9.494, de 10.09.97, que tem o seguinte teor:

“Art. 1º-E. São passíveis de revisão, pelo Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das par-

tes, as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor.”

In casu, trata-se de precatório expedido em sede de ação ordinária ajuizada com vistas à implementação do reajuste vencimental de 47,94%.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça e o Pretório Excelso já pacificaram, há muito, a jurisprudência, no sentido de não ser devido o referido percentual de reajuste. Filio-me, desde o início, a esse posicionamento.

Nesse sentido, observem-se os seguintes precedentes:

“Acórdão AGA – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 356.298/RS; Processo 2000.01.41166-7
Fonte: *DJ* Data:11/06/2001; PG: 00258; Relator(a):
Min. Edson Vidigal; Data da Decisão: 05/04/2001;
Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA
Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 47,94% - IRSM DE JANEIRO E FEVEREIRO DE 1994. EDIÇÃO DA MP Nº 434/94 ANTES DO TRANSCURSO DO PERÍODO AQUISITIVO. NÃO EXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.

1. Não é devido aos servidores públicos federais o reajuste de 47,94%, na forma da Lei 8.676/93, em face da incidência da MP 434, de 27/02/94, que modificou a política salarial dos servidores públicos federais, em vigor antes do transcurso do período aquisitivo à pretendida reposição. Decisão plenária do STF na ADIN 1614-8/MG.

2. Agravo Regimental não provido.

Acórdão REsp 259.505/PB; RECURSO ESPECIAL (2000/0049067-9); Fonte: *DJ* DATA: 19/02/2001; PG: 00207; Relator(a): Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106); Data da Decisão: 21/11/2000; Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

Ementa: RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. MEDIDA CAUTELAR. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO

DO ACÓRDÃO RESCINDENDO. IRSM - 47,94%. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS CAUTELARES ESPECÍFICOS, BEM COMO DA PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO NO PEDIDO RESCISÓRIO. VIOLAÇÃO CARACTERIZADA.

Presentes os requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, admite-se a concessão de medida cautelar com vistas a suspender a execução de acórdão rescindendo, cuidando-se de ações rescisórias ajuizadas pela Fazenda Pública, autarquias e fundações. A plausibilidade do direito invocado no pedido rescisório encontra-se escudada na jurisprudência desta Corte, que firmou entendimento no sentido da impossibilidade da concessão do referido reajuste de 47,94%.

Recurso provido para determinar a suspensão da execução do acórdão rescindendo até julgamento da rescisória.”

“Acórdão: REsp 230.073/AL; RECURSO ESPECIAL (1999/0082281-1)

Fonte *DJ* Data: 06/11/2000; PG: 00235

Relator(a): Min. FONTES DE ALENCAR (1086)

Data da Decisão: 19/09/2000. Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA

Ementa: SERVIDOR PÚBLICO. LEI 8.880/94. IRSM DE MARÇO/94.

- Os servidores públicos federais não têm direito a reajuste de 47,94%.

- Recurso especial não conhecido.

Acórdão RESP 251683/AL ; RECURSO ESPECIAL (2000/0025388-0)

Fonte *DJ* Data: 01/08/2000; PG: 00324

Relator(a): Min. FELIX FISCHER (1109)

Data da Decisão: 08/06/2000; Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

Ementa: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. LEI Nº 8.676/93. MP 434/94. LEI Nº 8.880/94.

- Em 28 de fevereiro de 1994, antes, portanto, de se verificar o período aquisitivo previsto na Lei nº 8.676/93 – março de 1994, o reajuste pleiteado com base na variação do IRSM – no percentual de 47,94% – foi expressamente extinto pela MP 434/94, reeditada, sucessiva e tempestivamente, pelas Medidas Provisórias 457/94 e 482/94, tendo sido esta convertida na Lei nº 8.880/94. Precedentes.

- Recurso provido.”

“Acórdão REsp 250.545/PB; RECURSO ESPECIAL (2000/0021686-0)

Fonte *DJ DATA*: 07/08/2000; PG: 00147

Relator(a): Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106)

Data da Decisão: 08/06/2000; Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

Ementa: RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 47,94%. LEI 8.676/93. MP 434/94. INEXISTÊNCIA DE DIREITO. Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que ‘...os servidores públicos federais não têm direito ao reajuste bimestral instituído pela Lei nº 8.676/93, no percentual de 47,96%, no mês de março de 1994, relativo à variação do IRSM no bimestre imediatamente anterior, em face da incidência da Medida Provisória nº 434, de 27.02.1994, em vigor antes do transcurso do período aquisitivo à questionada repositição...’ (REsp 185.973/PB, *DJ* 23.11.98).

Precedente do Eg. STF.

Recurso provido.”

“Acórdão REsp 204.481/PB; RECURSO ESPECIAL (1999/0015507-6)

Fonte *DJ Data*: 14/06/1999; PG: 00223

Relator(a): Min. EDSON VIDIGAL (1074)

Data da Decisão 18/05/1999

Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

Ementa: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 47,94% – IRSM DE JANEIRO E FE-

VEREIRO DE 1994. EDIÇÃO DA MP Nº 434/94 ANTES DO TRANSCURSO DO PERÍODO AQUISITIVO. NÃO EXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.

1. Não é devido aos servidores públicos federais o reajuste de 47,94%, na forma da Lei 8.676/93, em face da incidência da MP 434, de 27/02/94, que modificou a política salarial dos servidores públicos federais, em vigor antes do transcurso do período aquisitivo à pretendida reposição. Decisão plenária do STF na ADIN 1614-8/MG.

2. A jurisprudência do STF admite a reedição de medida provisória não votada pelo Congresso Nacional, com preservação de eficácia do provimento com força de lei, sem solução de continuidade, até que eventualmente se consume, sem reedição, o seu prazo de validade, ou seja ele rejeitado.

3. Recurso conhecido e provido.”

“Acórdão REsp 231.104/RN; RECURSO ESPECIAL (1999/0084215-4); Fonte: *DJ Data*: 14/02/2000; PG: 00085; Relator(a): Min. VICENTE LEAL (1103); Data da Decisão: 14/12/1999

Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA

Ementa: ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. VENCIMENTOS. REAJUSTE AUTOMÁTICO. IRSM DE MARÇO DE 1994. LEI Nº 8.676/93. MEDIDA PROVISÓRIA nº 434/94.

- A jurisprudência plenária do Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento de que os servidores públicos federais não têm direito ao reajuste bimestral instituído pela Lei nº 8.676/93, no percentual de 47,94%, no mês de março de 1994, relativo à variação do IRSM no bimestre imediatamente anterior, em face da incidência da Medida Provisória nº 434, de 27.02.1994, em vigor antes do transcurso do período aquisitivo à questionada reposição.

- Recurso especial não conhecido.”

“Classe/Origem RE-279.432/PE
RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Relator: Ministro ILMAR GALVÃO

Publicação: *DJ Data-02-02-01*; PP-00143; EMENT VOL-02017-20; PP-04421. Julgamento 10/10/2000 - Primeira Turma

Ementa: ADMINISTRATIVO. PROCURADORES DO TRABALHO. VENCIMENTOS. REAJUSTE DE 47,94% PREVISTO NA LEI Nº 8.676/93. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 434/94. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, II E XXXVI; E 62 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREQUESTIONAMENTO.

Ausência de prequestionamento das questões alusivas aos arts. 5º, II, e 62 da Carta Magna.

Reeditada a MP 434/94, conquanto por mais de uma vez, mas sempre dentro do trintídio, e, afinal, convertida em lei (Lei nº 8.880/94), não sobrou espaço para falar-se em reconstituição da Lei nº 8.676/93 por ela revogada e nem, obviamente, em aquisição, após a revogação, de direito nela fundado.

Recurso não conhecido.

Observação: Votação: Unânime.”

“Classe/Origem RE 237.412/CE
RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator: Ministro MARCO AURÉLIO

Publicação: *DJ DATA 27/04/2001*; PP-00100; EMENT VOL-02028-06; PP-01172; Julgamento: 13/02/2001 – Segunda Turma

Ementa: REVISÃO DE VENCIMENTOS – ÍNDICE DE REAJUSTE DO SALÁRIO MÍNIMO – JANEIRO E FEVEREIRO DE 1994. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reservas, mostram-se legítimas as reedições da Medida Provisória nº 434, convertida na Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994, ficando revogada a Lei nº 8.676/93. Precedente: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.612, Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, acórdão publicado no Diário da Justiça de 18 de junho de 1999.

Votação: unânime.”

Conseqüentemente, a coisa julgada não pode persistir quando configurados os matizes da interpretação defeituosa, cujo desvio ocasiona danos à ordem jurídica.

Entendo que a contrariedade à norma constitucional se enquadra na categoria de matéria de ordem pública, de modo que deve ser conhecida de ofício pelo Magistrado, em qualquer momento ou grau de jurisdição ou atuação, sob pena de desintegração do ordenamento jurídico, do qual se exige unidade e coerência.

Ressalto que contra o *decisum* que ensejou a expedição do precatório em comento houve o ajuizamento de ação rescisória (AR nº 2258/CE), cujo pedido foi julgado, inicialmente, improcedente. Contudo, em vista de recursos especiais interpostos por todas as partes, o STJ, em decisão monocrática do Ministro Relator, não conheceu do recurso interposto pela SINTUFCE, negou seguimento ao recurso da UFCE, mas conheceu parcialmente e deu provimento ao recurso promovido pela UNIÃO, afastando a Súmula 343 do STF e determinando o retorno dos autos a esta Corte Regional para apreciação de fundo da ação rescisória. É de se ver, mais ainda, que houve a interposição de agravo, não tendo sido ele ainda julgado.

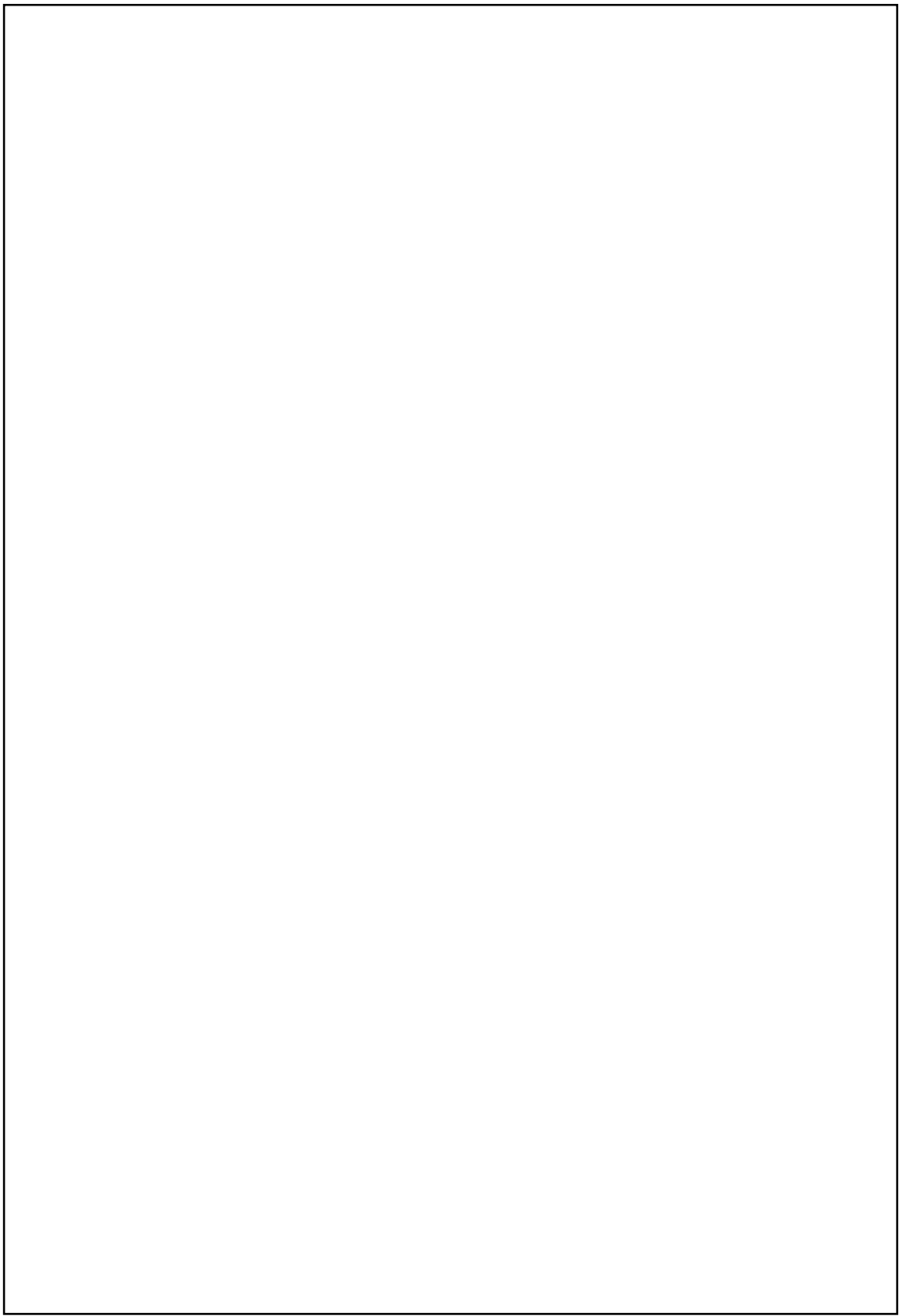
Escudado nessas razões e independentemente de manifestação do ente público, determino, com fundamento também no inciso II e parágrafo único do art. 741 do CPC, com a redação atribuída pela MP nº 2.180-35/2001, e no art. 1º-E da Lei nº 9.494/97, inserido pela mesma norma do Executivo com força de lei, **o não pagamento do precatório.**

P.I.

Recife, 02 de maio de 2006.

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI

Presidente



JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO PENAL PÚBLICA Nº 319-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Réu: B. A. B.
Advs./Procs.: DR. JOSIAS ALVES BEZERRA (RÉU)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. INOCORRÊNCIA DE LEGÍTIMA DEFESA. LESÃO CORPORAL. NÃO COMPROVAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME DE NATUREZA LEVE. PRESCRIÇÃO RETROATIVA.

- Não é crível a tese de legítima defesa quando, bem analisada as circunstâncias objetivas do caso concreto, constata-se que a excludente não está calcada em quaisquer elementos de comprovação, mínimos que fossem, de modo que, sendo certas a autoria e a materialidade delitivas, impõe-se haver a condenação do réu.

- A falta de exame complementar pode ser suprida através de prova testemunhal, para fins de demonstração de incapacitação por mais de 30 (trinta) dias, a gerar a qualificação do crime de lesão corporal, alçando-o ao patamar de grave. Tal, porém, não houve, in casu, pelo que é impossível falar-se em crime que não tenha sido o leve;

- Sendo de 06 (seis) meses de detenção a pena in concreto, e passados mais de 02 (dois) anos entre o fato apurado e o recebimento da denúncia, é forçoso o reconhecimento da prescrição retroativa, nos termos do CP, em seus art. 110 c/c 109, VI.

- Prescrição da pretensão punitiva aplicada ex officio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, julgar parcialmente procedente a ação penal, condenando o réu por lesão corporal de natureza leve, por maioria, à pena de 6 meses de detenção, reconhecendo, em seguida, a ocorrência da prescrição retroativa, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 5 de abril de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Cuida-se de ação penal proposta em desfavor de Sua Exa., o Dr. Bartolomeu Alves Bezerra, Juiz do Trabalho da 11ª Vara de Pernambuco, a quem a douta Procuradoria Regional da República imputou, em denúncia, o cometimento do crime de lesão corporal de natureza grave (qualificação a que se chegou mercê do fato de que a vítima teria ficado incapacitada, por mais de 30 dias, para o exercício de suas ocupações habituais, nos termos do CP, art. 129, § 1º, I).

Os fatos, apurados no inquérito que tramitou neste Regional, diriam de suposta agressão que ele teria cometido contra sua então esposa, no curso de uma discussão motivada por ciúmes.

A denúncia foi recebida na Corte, sendo certo que, uma vez instaurado o processo, este correu em segredo de justiça, dada a condição funcional ostentada pelo acusado.

Ouvido novamente em juízo, o réu ratificou as informações que antes já dera (por ocasião do inquérito). Após, foram ouvidas, de parte a parte, as testemunhas arroladas, não tendo sido solicitadas diligências complementares.

Alfim, vieram razões finais aos autos: as do MP, postulando a condenação pelo crime de lesão corporal de natureza leve (à falta de prova sobre a incapacitação por mais de 30 dias, da vítima, para o exercício das suas ocupações habituais); as do réu, postulando a absolvição por inexistência de crime (porquanto supostamente amparada a sua conduta pela excludente da legítima defesa, bem assim porque não estaria comprovada a materialidade na hipótese) ou, quando pouco, a ocorrência da prescrição retroativa.

É o relatório.

VOTO

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

É certíssima a materialidade no caso de que se cuida, porque os documentos trazidos ainda em inquérito (fls. 08 e 20) dão conta do edema traumático e equimose na região bucinadora esquerda da vítima, fato confirmado, inclusive, pelos depoimentos colhidos judicialmente (fls. 516/518 e 519/521).

A autoria da ação é igualmente indubitosa, porque nem mesmo o réu nega o golpe que realizara na sua então esposa, buscando em juízo, apenas, afastar o *animus leadendi* necessário, em caráter *sine qua non*, ao cometimento do crime de lesão corporal. Disse, em diversas oportunidades, ter havido gesto praticado sob o manto da legítima defesa.

Penso, todavia, que é absolutamente impossível falar-se em legítima defesa na hipótese de que ora se cuida.

Pondere-se, inicialmente, que é incontroverso o fato de que marido e mulher tiveram uma altercação, motivada por ciúmes que o varão passara a desenvolver (ele próprio o admite). Mesmo o réu não nega o calor da discussão, nem as agressões verbais que aconteceram na ocasião do fato que lhe é imputado. Foi neste cenário tenso, e compreensivelmente nervoso, que a lesão se deu.

Sequer a autoria do golpe o réu aventurou recusar, argüindo, todavia, a falta de intenção de lesionar que presidira os movimentos que fez. Tudo seria um acidente com um relógio de mergulho, dirigido ao rosto da vítima, ao ensejo de uma defesa contra as

agressões que ela estaria na iminência de praticar (fls. 35 e 488).

A versão, entretanto, não é crível.

Consoante já se disse, a motivação primária para o conflito era dele, porquanto dele eram os ciúmes desencadeadores da discussão (supostamente porque a vítima teria tido relacionamentos extraconjugais então descobertos).

Demais disso, graças inclusive ao fato de ser homem (não apenas por isso, é claro), o réu tem mais força que a vítima, podendo desvencilhar-se da cogitada investida sem a necessidade de lesioná-la.

Mas assim não o fez.

O mais importante, todavia, a guiar o meu entendimento em sentido contrário ao da legítima defesa, é que a excludente não está calcada em quaisquer elementos de comprovação, mínimos que fossem (o réu não apresentou um único sinal de agressão contra si praticado, do tal relógio de mergulho nada se sabe).

É apenas a palavra do acusado, pretendendo demonstrar um estado ânimo que lhe seria favorável, contra todas as evidências objetivas que pesam contra si (a motivação, desencadeada pelo ciúme; o calor da briga; a maior força que tem; e um tipo de lesão compatível com golpe feito à mão, que, no fim de contas, ele próprio desferiu).

Aliás, fosse em legítima defesa a ação debatida (consoante dito, às fls. 35 e 488), e não se poderia falar de “acidente” (conforme dito ainda fls. 488), porquanto este é *evento não querido*, enquanto aquela é *conscientemente praticada com o intuito de repelir a injusta agressão de que se está sendo vítima*.

A condenação, porque certas a autoria e a materialidade delitivas, e porque ausente causa excludente de antijuridicidade, é medida que se impõe, por tudo que se vê.

Nada obstante, não há nos autos o exame complementar necessário à verificação de que a vítima teria passado mais de 30 (trinta) dias sem exercer as suas ocupações habituais.

Sabe-se, porque assim o diz a jurisprudência mais abalizada,

que a falta do referido exame complementar pode ser suprida com prova testemunhal, para os fins de qualificação do crime de lesão corporal, alçando-o ao patamar de *grave*.

Tal, porém, não houve nos autos, sendo que a prova que foi feita, justo em contrário, orça favoravelmente em prol da leveza da lesão, pois que se chegou a dizer que a recuperação da vítima poderia ser dar “**em até 30 dias**” (depoimento de fls. 517) e que a estimativa anterior (de mais de 30) derivaria da análise sobre casos outros – e não do efetivamente que frequenta os autos (depoimento de fls. 519 e 520).

Não bastasse, o réu cuidou de trazer aos autos provas documental (fls. 522 e ss.) e testemunhal que dão conta da quase imediata recuperação da vítima, vista em *shopping center*, fotografada dirigindo automóvel e levando filhos ao colégio, atividades, aliás, que seriam as suas habituais.

Em cenário assim, é impossível falar-se de crime que não tenha sido o *leve* (CP, art. 129, *caput*), afirmação que se faz nos termos, inclusive, das razões finais apresentadas pela douta Procuradoria Regional da República.

Ação é de se julgar, deste modo, parcialmente procedente.

DOSIMETRIA DA PENA

Sendo as circunstâncias judiciais amplamente favoráveis ao réu (CP, art. 59), que tem bons antecedentes, personalidade não voltada para o crime, nada havendo de especial que justifique seja majorada a pena-base, deve a sanção, neste primeiro estágio, ser dosada no mínimo legal – 3 meses de detenção.

O crime foi praticado contra *cônjuge*, daí que existe a necessidade de agravamento da pena pela incidência do art. 61, II, e, do CP. Majorado-a em 3 (três) meses, chega-se, em 2ª fase, a 6 (seis) meses de detenção.

À falta de causas especiais de aumento e diminuição (e o ciúme, sentimento egoístico, não é, *data venia*, motivo de relevante valor social ou moral a permitir a incidência do § 4º do art. 129 do CP), consolida-se a pena, agora já em 3ª fase, neste patamar derradeiro, de 6 (seis) meses de detenção.

PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Sendo de 6 (seis) meses de detenção a pena *in concreto*, e passados mais de 2 (dois) anos entre o fato apurado (09 de abril de 2000) e o recebimento da denúncia (26 de abril de 2003), é forçoso o reconhecimento da prescrição retroativa, nos termos do CP, em seus art. 110 c/c 109, VI.

Assim, julgo parcialmente procedente a ação penal, condenando o réu por lesão corporal de natureza leve à pena de 6 (seis) meses de detenção, reconhecendo, em seguida, a ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva, a exintinguir a punibilidade que se pretendeu realizar.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 30.447-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (CONVOCADO)
Agravante: FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE – FUNASA
Repte.: UNIÃO
Agravado: FRANCISCO GLADSON ALENCAR MOURA
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCA LIDUÍNA RODRIGUES CARNEIRO E OUTROS (AGRDO.)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. EXONERAÇÃO. ALCOOLISMO CRÔNICO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INTIMAÇÃO DE MÉDICO PESSOAL.

- Nos termos do art. 132, inciso III, da Lei nº 8.112/90, a ausência injustificada na repartição pública, objetivamente, constitui causa bastante e suficiente para a incidência da pena de exoneração de cargo público, dispensando a aplicação prévia de sanção menos grave a título de advertência, por exemplo.

- O motivo pessoal das faltas ao serviço público

vincula-se ao mérito, cuja reapreciação pelo Poder Judiciário é incabível, em princípio, consoante inúmeros precedentes jurisprudenciais. Precedente: TRF da 5ª Região, Apelação Cível nº 351.911-CE, Relator o eminente Desembargador Federal Francisco Wildo, Primeira Turma, unânime, julgada em 31.03.2005, DJ de 05.05.2005.

- Sem embargo do exposto, não é qualquer quadro de dependência alcoólica que obsta a punição do servidor pela Administração, devendo verificar-se, caso a caso, a gravidade da situação e correlacioná-la proporcionalmente com o direito positivo, seja para dar guarida, seja para negar o direito subjetivo. Precedente, a título de paradigma: STJ, Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 673.013/RJ, Terceira Seção, Relator o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, julgados em 24.11.2005.

- A alegação de alcoolismo não se sustenta no caso concreto, eis que a causa preponderante das ausências, segundo se deduz do depoimento do próprio indiciado, teria sido uma relação amorosa.

- O princípio do due process of law abre uma via de mão dupla no campo das provas dentro do contencioso administrativo. Ao Poder Público cabe apresentar e sopesar os elementos, de seu conhecimento, determinantes de certo ato administrativo; ao pólo contrário, a faculdade de alegar, produzir ou solicitar a confecção de elementos a seu favor. Atribuir exclusivamente a um dos figurantes da relação o poder, dever ou ônus por todos os atos jurídicos representa, inquestionavelmente, o desvirtuamento do mencionado princípio.

- É ônus do indiciado peticionar por todos os meios de prova capazes, em tese, de proteger sua pretensão resistida. Rejeição da alegação de

nulidade por falta de intimação, por iniciativa da Administração Pública, de médico particular do funcionário, pois não foi requerida por este quando da apresentação de sua defesa escrita.
- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 16 de março de 2006 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (Convocado):

A Fundação Nacional de Saúde – FNS interpõe agravo de instrumento contra decisão da lavra do MM. Juiz Federal Augustino Lima Chaves, da 12ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

O douto Magistrado concedeu antecipação de tutela para determinar a imediata reintegração de Francisco Gladyson Alencar Moura, parte agravada, no cargo de Agente de Saúde Pública da Fundação Nacional de Saúde, além de sua reinclusão em programa de recuperação de dependência alcoólica.

Segundo o *decisum*, às fls. 11/19, o servidor sofreria de alcoolismo crônico, doença classificada como grave pela OMS – Organização Mundial de Saúde, acrescentando haver “indícios de irregularidade no processo administrativo disciplinar” que embasara a pena de exoneração.

Sem efeito suspensivo.

Contra-razões às fls. 146/150

O Ministério Público Federal opinou, segundo fls. 159/162, pelo desprovemento do agravo de instrumento.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (Relator Convocado):

Estabelece o art. 132 do Estatuto dos Servidores:

“Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

I - crime contra a administração pública;

II - abandono de cargo;

III - inassiduidade habitual;

IV - improbidade administrativa;

V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;

VI - insubordinação grave em serviço;

VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;

VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;

IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;

X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;

XI - corrupção;

XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.”
(Grifo nosso).

Portanto, a ausência injustificada na repartição pública, objetivamente, constitui causa bastante e suficiente para a incidência da pena de exoneração de cargo público, dispensando a aplicação prévia de sanção menos grave a título de advertência, por exemplo.

O motivo pessoal de tais faltas, parece-me, vincula-se ao mérito, cuja reapreciação pelo Poder Judiciário é incabível, em princípio, consoante inúmeros precedentes jurisprudenciais, inclusive

deste e. Colegiado, como exemplifico abaixo com o seguinte aresto:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS LEGAIS.

Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incurção no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade. Evidenciado o respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não há que se falar em nulidades do processo administrativo disciplinar, principalmente quando a ação é promovida como forma derradeira de insatisfação com o conclusivo desfecho do processo administrativo disciplinar.

A pretensão de obter a declaração de nulidade do ato de demissão, sob o fundamento de que fora praticado sem motivação e que não lhe fora dada oportunidade de formular defesa, não encontra sustentação, ante a prova de que a autora teve prévia notificação da instauração da sindicância e do processo administrativo para apuração de conduta ilícita, tendo, inclusive, acesso aos autos e às cópias de peças processuais, além de ter credenciado advogado que a assistiu durante todo o procedimento administrativo de apuração da infração em referência, não tendo ela produzido prova que lhe favorecesse, nem negado que tenha praticado atos que não eram de sua competência, como cancelar débitos da dívida ativa e/ou emitir certidões positivas com efeito negativo.

Apelação e remessa oficial providas”. (Grifo nosso). (TRF da 5ª Região, Apelação Cível nº 351.911-CE, Relator o eminente Desembargador Federal Francisco Wildo, Primeira Turma, unânime, julgada em 31.03.2005, *DJ* de 05.05.2005)

No entanto, o douto Juiz *a quo* considerou que o alcoolismo seria uma excludente da ilicitude por ser considerada grave doença pela OMS.

Gostaria de tecer duas considerações em relação a essa tese.

A **primeira** é a de não ser qualquer quadro de dependência alcoólica que colocaria o servidor a salvo de punição pela Administração Pública.

Apoiando-me em precedente da v. Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, a título de paradigma, qual seja, os Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 673.013/RJ, Relator o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, julgados em 24 de agosto de 2005, considero que há de se verificar, caso a caso, a gravidade da situação do funcionário e correlacioná-la proporcionalmente com o direito positivo, seja para dar guarida, seja para negar o direito subjetivo.

Filiando-se a essa linha de entendimento, eis o seguinte julgado deste e. Tribunal:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PENA DE DEMISSÃO POR INASSIDUIDADE HABITUAL. FALTAS INJUSTIFICADAS. REINTEGRAÇÃO AO SERVIÇO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE.

- **O direito à reintegração somente existe se houver motivos para ser invalidado o ato da demissão, cabendo ao Judiciário apreciar tão-somente a sua legalidade, não podendo adentrar no mérito.**

- **Tendo sido demitido por inassiduidade habitual (art. 132, III, da Lei nº 8.112/90), após regular processo administrativo disciplinar, o autor não faz jus à reintegração pleiteada com o argumento de que, porque estaria doente (de depressão e de alcoolismo), não teriam sido injustificadas as faltas que lhe foram imputadas, se, em contrapartida, a perícia médica realizada na esfera administrativa concluiu que estava apto ao exercício de suas atividades.**

- Tal conclusão se justifica, ainda, porque o autor, na ocasião, não se insurgiu contra o resultado daquela perícia, e, na presente ação, não solicitou a realização de nova prova técnica, tendo requerido o julgamento antecipado da lide.

- Apelação improvida”. (Grifo nosso)

(TRF da 5ª Região, Apelação Cível nº 333.566-CE, Relator o Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Segunda Turma, unânime, julgada em 22.05.2006, *DJ* de 22.04.2005)

Sem embargo de todo o exposto, porém, entendo que o alcoolismo não representou a causa preponderante das ausências do agravado.

Merece transcrição o seguinte excerto do termo de depoimento prestado pelo agravado perante a Comissão de Processo Administrativo Disciplinar da Coordenadoria Regional do Ceará da FNS, presente à fl. 79, *in verbis*:

“Prestado o compromisso legal de dizer a verdade, passou a ser inquirido pelo sr. Presidente. **Perguntado, disse que atribui a um caso amoroso com uma jovem o seu desequilíbrio emocional e funcional para com a instituição, originando suas assíduas faltas ao serviço de campo**; que assume neste transe que viveu (novembro/94 a novembro/95) a participação com a bebida alcoólica, causadora também de muitas das faltas ao serviço de campo; que omitiu por várias vezes a seus superiores (guarda chefe; inspetor de campo e inspetor geral), a verdade sobre as suas faltas ao serviço de campo”. (Grifo nosso)

Nessa moldura, num exame prefacial, a alegação de alcoolismo crônico não se sustenta, devendo se prestigiar a presunção de legalidade dos atos da Administração Pública.

Mas continuemos.

Depois de lavrado o termo de indiciamento, enquadrando esse comportamento nos artigos da Lei nº 8.112/90, pertinentes à inas-

siduidade por extrapolar a 60 faltas injustificadas, o funcionário foi citado para apresentar sua defesa escrita no prazo legal, consoante fls. 83/84.

Sua defesa conclui nos seguintes termos, à fl. 89:

“Diante do exposto e por existir culpa recíproca do indiciado e da FNS, que não o advertiu outrora de tais resultados [*jamaís teve consciência das conseqüências que poderiam trazer à sua vida funcional*] suas faltas ao serviço] e agora repentinamente e sem gradação o enquadra no art. 116, III e X, e 132, III, da Lei nº 8.112/90, requer a aplicação de pena de advertência como forma de inibir o servidor de faltar e como forma de punir e incentivar a solução dessa pendência funcional.”

Tais considerações, todavia, não sensibilizaram a Comissão, que concluiu pela pena de demissão por ter se ausentado injustificadamente por 73 dias no período de um ano, consoante parecer às fls. 90/96.

Irresignado, o servidor recorreu até a última instância administrativa, em Brasília, malogrando em todas as fases.

Alfim, o Ministro da Saúde, o Exmo. Sr. José Serra, o exonerou do cargo público, ato publicado no Diário Oficial da União em 21 de outubro de 1999, cujo traslado está presente à fl. 134.

Ora, isso nos remete ao segundo fundamento da decisão atacada: de afronta ao devido processo legal.

O Julgador *a quo* aponta à fl. 17 que “o médico terapeuta do autor, Dr. Pedro Paulo Cardoso de Melo, não foi intimado para depor no processo administrativo disciplinar”.

O princípio do *due process of law* abre uma via de mão dupla no campo das provas dentro do contencioso administrativo. Ao Poder Público cabe apresentar e sopesar os elementos, de seu conhecimento, determinantes de certo ato administrativo; ao pólo contrário, a faculdade de alegar, produzir ou solicitar a confecção de elementos a seu favor. Atribuir exclusivamente a um dos figurantes da relação o poder, dever ou ônus por todos os atos jurídi-

cos representa, inquestionavelmente, o desvirtuamento do mencionado princípio.

Fixados tais limites, julgo ser ônus do indiciado peticionar por todos os meios de prova capazes, em tese, de proteger sua pretensão resistida. É dizer, ao não ter requerido a intimação desse médico por ocasião da apresentação de sua defesa escrita, descabe agora se ventilar qualquer nulidade no procedimento administrativo em face da preclusão.

Por tais fundamentos, dou provimento ao agravo de instrumento.

Assim voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 51.845-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE
Agravante: UNIÃO
Agravados: MARGARIDA LAURA DA SILVA E OUTROS
Advs./Procs.: DRS. CARLOS ALBERTO ROMA E OUTROS (AGRDOS.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSIONISTAS DE EX-FERROVIÁRIOS. PRETENSÃO DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL AO PERCENTUAL PERCEBIDO POR SEUS EX-CÔNJUGES QUANDO EM ATIVIDADE (100%). LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. LEI Nº 8.186/91. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRESTAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA 85 DO STJ. TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE, EM SE TRATANDO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRECEDENTE DA SUPREMA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO.

- Trata-se de agravo de instrumento, interposto no bojo de ação ordinária por meio da qual pensionistas de ex-ferroviários objetivam, em sede

de tutela antecipada, seja determinada a implantação de 100% (cem por cento) do que perceberiam seus ex-maridos se vivos fossem.

- A agravante é parte legítima para figurar no pólo passivo da lide que tramita em primeiro grau, tendo em vista o que dispõe a Lei nº 8.186/91, de 21 de maio de 1991, que lhe atribuiu a responsabilidade pela complementação da aposentadoria dos ferroviários por determinação expressa em seu artigo 5º, e estabeleceu que a mesma continuará a ser paga pela autarquia previdenciária.

- “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação” (Súmula nº 85/STJ).

- Encontra-se pacificado em nossos tribunais o posicionamento no sentido da possibilidade de antecipação da tutela, sem que isso seja considerado violação ao artigo 475 do Código de Processo Civil, e que a proibição de antecipação de tutela prevista na Lei nº 9.494/97, reconhecida constitucional pelo STF, não se aplica aos benefícios previdenciários.

- A recorrente não coligiu aos autos elementos necessários à justificação de seu inconformismo, não merecendo guarida sua tentativa de infirmar a decisão monocrática.

- Agravo de instrumento conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, na forma do relatório, do voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante

do presente julgado.

Recife, 9 de março de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão proferida pelo MM. Juízo Federal que, em sede de ação ordinária proposta por Margarida Laura da Silva e outros contra a União Federal e outros, na qualidade de pensionistas de ex-ferroviários, visando à implantação integral dos 100% (cem por cento) do que perceberiam os seus ex-maridos se vivos estivessem, concedeu a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a imediata implantação da pretensão postulada.

Aduziu a agravante que a decisão vergastada foi de encontro à orientação do Supremo Tribunal Federal, que na ADC nº 4 decidiu, em medida cautelar, pela constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/97, suspendendo *ex nunc* e com efeito vinculante a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Acrescentou, ainda, que a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ADC nº 4 possui, conforme consta no acórdão desta ação, eficácia *erga omnes* e força vinculante para os órgãos do Judiciário e do Poder Executivo.

Alegou, ainda, que resta flagrante a impossibilidade de deferimento da tutela antecipada, tendo em vista que não estão presentes os pressupostos e requisitos legais para a concessão da tutela antecipada, conforme estabelece o art. 273, I e II, CPC¹.

¹ 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.

Suscitou, mais, em preliminar, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, cabendo ao INSS a legitimação para participar da relação processual, bem como argüiu prejudicial de prescrição do fundo de direito e, no mérito, argumentou que as agravadas não fazem jus à complementação das pensões vindicadas, por não se enquadrarem nas hipóteses previstas em lei, segundo sua interpretação acerca dos dispositivos legais que regem a matéria, trazendo julgados que deflagram entendimento favorável a sua tese.

A liminar foi indeferida (fls. 36-40).

Não foi ofertada contra-minuta (fl. 37).

O Juízo *a quo* prestou informações (fl. 43), asseverando que a parte agravante satisfaz o disposto no art. 526 do CPC.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

Reputando presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, conheço do agravo de instrumento interposto pela União.

A alegação de que não cabe a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, tendo em vista a decisão proferida na ADC nº 4, não merece prosperar, porquanto a vedação de que trata o art. 1º da Lei nº 9.494/97 para a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública não se aplica a benefício previdenciário, mas tão-somente a vencimentos e vantagens de servidores públicos, conforme já entendeu o Supremo Tribunal Federal, no julgado a seguir transcrito:

“EMENTA. Reclamação. A decisão na ADC-4 não se aplica em matéria de natureza previdenciária. O disposto nos arts. 5º, e seu parágrafo único, e 7º da Lei nº 4.348/1964, e no art. 1º, e seu parágrafo 4º, da Lei nº 5.021, de 9.6.1966, não concernem a benefício previdenciário garantido a segurado, mas, apenas, a vencimentos e vantagens de servidores públicos. Relativamente aos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº

8.437, de 30.6.1992, que o art 1º da Lei nº 9.494/1997 manda, também, aplicar à tutela antecipada, por igual, não incidem na espécie aforada no Juízo requerido. A Lei nº 8.437/1992 dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público. No art. 1º, interdita-se deferimento de liminar, ‘no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal’. Ocorrência de evidente remissão às normas acima aludidas, no que respeita a vencimentos e vantagens de servidores públicos, que prosseguiram, assim, em vigor. A inteligência desse dispositivo completa-se com o que se contém, na mesma linha, no art. 3º da Lei nº. 8437/1992. Não cabe emprestar ao § 3º do art. 1º do aludido diploma exegese estranha a esse sistema, conferindo-lhe, em decorrência, autonomia normativa a fazê-lo incidir sobre cautelar ou antecipação de tutela acerca de qualquer matéria. Reclamação julgada improcedente.”

(Rcl nº 1122/RS, Relator: Min. Néri da Silveira, julg. 30/05/2001. Tribunal Pleno, publ. *DJ* 06/09/01, p. 000008).

No mesmo sentido, colho precedentes desta egrégia Corte, sendo um de minha lavra, *verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO MATERNIDADE. TRABALHADORA RURAL. COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE ATRAVÉS DE PROVAS TESTEMUNHAIS, COLHIDAS COMAS DEVIDAS CAUTELAS DO JUÍZO, ASSOCIADA A INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. - **O colendo Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade da concessão de tutela antecipada contra a Administração Pública, não havendo qualquer restrição sobre a sua utilização**

em matéria previdenciária. (Rcl nº 1064/RS; Pleno; Rel. Min. Néri da Silveira, julg. 31.05.2001)

- É devido o salário maternidade à segurada especial, desde que comprove o exercício da atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores ao requerimento do benefício. Inteligência do parágrafo único do art. 71 da Lei nº 8.213/91, com alterações introduzidas pela Lei nº 8.861/94, e recepcionadas pelos arts. 91, § 2º, do Decreto nº 2.172/97 e 93, § 2º, do Decreto nº 3.048/99.

- A prova testemunhal, colhida com as devidas cautelas do juízo, associada a início razoável de prova material, faz prova da atividade rural.

- Apelação improvida”.

(TRF 5ª R. - AC 2005. 05.99.000872-1 - (361509) - CE - 3ª T. - Rel. Des. Fed. Paulo Gadelha - DJU 01.09.2005 - p. 632) (grifos nossos)

“PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS NECESSÁRIOS. TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE.

- Encontra-se pacificado em nossos tribunais o posicionamento no sentido da possibilidade de antecipação da tutela, sem que isso seja considerado violação ao artigo 475 do Código de Processo Civil, e que a proibição de antecipação de tutela prevista na Lei nº 9.494/97, reconhecida constitucional pelo STF, não se aplica aos benefícios previdenciários.

- Não há como se averiguar as alegações fundadas na ausência dos requisitos e pressupostos legais para a concessão da tutela antecipada, em agravo de instrumento, quando o agravante na interposição do recurso limita-se a trazer aos autos apenas as cópias das peças obrigatórias, previstas no art. 525, CPC, e deixa de instruir o processo com os documentos essenciais à verificação dos argumentos ar-

ticulados a fim de se examinar o acerto ou não da decisão agravada. Assim, ausente a relevância da fundamentação expressada pelo agravante, consubstanciada no *fumus boni juris* e no *periculum in mora* a ensejar a possibilidade de provimento do recurso interposto.

- Agravamento a que se nega provimento.”

(TRF 5ª R. - AGTR 2002.05.99.000031-9 - (40317) - SE - 1ª T. - Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde - DJU 10.08.2005 - p. 990) (grifos nossos)

Analisando, agora, a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* da União para participar da lide. Na hipótese, não se vislumbra tal ilegitimidade, tendo em vista o que dispõe a Lei nº 8.186/91, de 21 de maio de 1991, que atribuiu à União Federal a responsabilidade pela complementação da aposentadoria dos ferroviários, por determinação expressa em seu artigo 5º, e estabeleceu que a mesma continuará a ser paga pelo INSS.

Quanto à prejudicial de prescrição do fundo de direito levantada pela agravante, também se constata a inoccorrência, por se tratar de benefício de prestação continuada em que o prazo prescricional renova-se a cada mês pela omissão do pagamento. Isto é, o mesmo se renova continuamente, já que se refere a prestações de trato sucessivo, não começando a correr o prazo prescricional a partir da data do fato ou ato que originou o direito, bem assim apenas as parcelas vencidas anteriores aos 5 (cinco) anos antes do ajuizamento da ação é que são abrangidas pela prescrição quinquenal. Este entendimento se mostra pacificado pela jurisprudência, conforme se vê nos julgados a seguir:

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR REFORMADO. REVISÃO. PROVENTOS EQUIVALENTES AO SOLDADO DE MILITAR EM GRAU HIERÁRQUICO IMEDIATAMENTE SUPERIOR AO QUE OCUPAVA NA ATIVA. PRESCRIÇÃO. FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA Nº 85 DESTA CORTE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE ENTRE OS CASOS CONFRONTADOS.

- **Proposta ação de revisão de proventos com o fito de obter a equivalência dos proventos do autor com o soldo de militar em grau hierárquico superior imediato ao que ocupava quando na ativa (segundo o que dispõe o art. 113, *caput* e § 2º, da Lei nº 6.218/83), a relação jurídica é de trato sucessivo, de natureza alimentar, devendo a prescrição atingir somente as prestações vencidas antes do quinquênio que antecede a propositura da ação. Inocorrência da chamada prescrição do fundo de direito.**

- A divergência jurisprudencial não está configurada, se inexistir similitude entre as situações fáticas dos vv. julgados colacionados e o acórdão recorrido (art. 255 do RISTJ). Recurso desprovido.”

(STJ - REsp 200500445698 - (734002) - SC - 5ª T. - Rel. Min. Felix Fischer - DJU 01.07.2005 - p. 00623) (grifos nossos)

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MILITAR. PRE-QUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA - SÚMULA Nº 211/STJ. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 85 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO REGIMENTAL QUE SE NEGA PROVIMENTO.

- Inadmissível Recurso Especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*. Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça.

- **‘Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação’ (Súmula nº 85/STJ).**

- O recorrente não logrou comprovar a alegada divergência jurisprudencial, tendo se limitado a transcrever as ementas dos julgados, sem efetuar o necessário cotejo analítico, no sentido de identificar as

similitudes fáticas e o confronto das diferentes teses jurídicas.

- Agravo regimental a que se nega provimento.”
(STJ - AGA 200000312550 - (298862 SP) - 6ª T. - Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa - DJU 27.06.2005 - p. 00458) (grifos nossos)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TRANSFERÊNCIA. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. TRATO SUCESSIVO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 85/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. EFEITO INFRINGENTE. EXCEPCIONALIDADE. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

- Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade, não havendo qualquer um desses pressupostos, rejeitam-se os mesmos, mormente quando o ponto fulcral da controvérsia reside na insatisfação do ora embargante com o deslinde da controvérsia.

- Inviável, em sede de embargos declaratórios, a concessão do excepcional efeito infringente, quando a oposição dos mesmos cinge-se a repisar todos os fundamentos anteriormente já tecidos.

- O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência uniforme no sentido de que, não havendo negativa ao próprio direito reclamado, incorre a prescrição do fundo de direito, mas tão somente das parcelas vencidas antes do quinquênio que antecedeu a propositura da ação, conforme Enunciado da Súmula 85/STJ. Precedentes.

- É inviável o prequestionamento de matéria constitucional, em sede de recurso especial, em respeito à competência delineada pela Constituição, ao de-

signar o Pretório Excelso como seu Guardião. Neste contexto, a pretensão trazida no presente recurso exorbita os limites normativos do especial, que estão precisamente delineados no art. 105, III, da Constituição Federal.

- Embargos de declaração rejeitados.”

(STJ - EAREsp 200401154122 - (681978 PE) - 5ª T.

- Rel. Min. Gilson Dipp - DJU 20.06.2005 - p. 00361)

(grifos nossos)

No mérito, percebe-se que a agravante, utilizando-se de suas alegações, pretende desconstituir os fundamentos utilizados pelo Juiz singular ao configurar a presença dos pressupostos de admissibilidade da antecipação de tutela e, conseqüentemente, reformar a decisão concessiva. No entanto, essas alegações não restaram cabalmente demonstradas nos autos, uma vez que a agravante limitou-se a trazer aos autos apenas as cópias: da decisão agravada (fls. 19/21), da certidão de intimação da referida decisão (fl. 22) e das procurações (fls. 24/33), quando cabia à mesma tal ônus.

Neste sentido, confira-se os seguintes precedentes, *in verbis*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. MANUTENÇÃO.

- Não estando demonstrada a urgência apta a justificar a reforma da decisão que indeferiu a liminar, a mesma deve ser mantida. **Ao agravante incumbe o ônus de instruir o recurso com documentos necessários para análise do (des)acerto da decisão agravada.**

2-Agravo de instrumento desprovido.”

(TRF 4ª R. - AI 2004.04.01.016819-3 - 6ª T. - Rel.

Des. Fed. Luís Alberto D Azevedo Aurvalle - DJU

20.07.2005 - p. 696) (grifos nossos)

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS QUE

EMPRESTEM RELEVÂNCIA À FUNDAMENTAÇÃO.
- É ônus do agravante instruir o recurso com os documentos necessários à aferição de suas alegações de inconformismo.

(...)

- Agravo de instrumento improvido.”

(TRF 5ª, AGTR nº 35.967/SE, Relator: Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, julg. 26/02/2002, publ. DJ 13/11/2002, pág. 1229) (grifos nossos)

Por conseguinte, com fundamento nas razões acima alinhadas, nego provimento ao agravo de instrumento interposto pela União, de sorte a manter incólume a vergastada decisão de primeiro grau.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 62.716-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Agravante: HARMONY EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.
Agravada: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ – UFC
Repte.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDADE
Advs./Procs.: DRS. EMÍLIO FERNANDES DINIZ E OUTRO (AGRTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CIVIL. OBSTRUÇÃO UNILATERAL DE PROLONGAMENTO DE VIA PÚBLICA. AGRAVO PROVIDO.

- Embora os bens pertencentes às autarquias federais sejam impenhoráveis, indisponíveis e inalienáveis, não restam alcançados por essa imunidade aqueles que tenham sido por elas apropriados em desacordo com as normas do plano viário urbano; não tem a UFC legitimidade para incorporar ao seu patrimônio espaço desti-

nado a prolongamento da via pública.

- Os bens de uso comum do povo, afetos à Edilidade Municipal, também gozam daquelas mesmas imunidades, tornando indevida a apropriação dos mesmos pela UFC, se esta não se apresenta munida de autorização legal para tanto (art. 2º, parág. 2º, e art. 3º do DL 3.365/41). Precedente analógico desta Corte Regional.

- A servidão de passagem pública, representada por prolongamento de rua ou de avenida, não pode ser desconstituída por obstrução unilateral, ainda que praticada por Entidade Autárquica Federal, no caso, a UFC, não importando se tal via pública foi, ou não, implantada.

- O direito de passagem forçada, previsto no art. 1.285 do CC, também é garantido nos casos em que o acesso à via pública for insuficiente ou inadequado, consideradas, inclusive, as necessidades de exploração econômica (Enunciado 88 da Jornada I do STJ).

- Agravo de instrumento a que se dá provimento; extinção dos embargos de declaração, em face da perda do seu objeto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGTR 62.716-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 agravo, julgando prejudicados os embargos de declaração nele interpostos, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 21 de março de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBAGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Trata-se de AGTR interposto pela empresa Harmony Empreendimentos Imobiliários Ltda., em face da decisão prolatada pelo eminente Juízo Federal da 1ª Vara da SJ/CE (fls. 107/109), que *indeferiu o pedido de liminar pleiteado, em que a parte visava à autorização judicial para remover o obstáculo edificado pela UFC, que interrompeu as obras de prolongamento na Rua Gustavo Sampaio, na cidade de Fortaleza-CE, capital do Estado do Ceará.*

2. Entendeu o douto Magistrado que não se vislumbrava, no presente caso, *a plausibilidade do direito invocado, mostrando-se conflituosa a questão acerca da existência ou não de alegada servidão de passagem, além de haver risco de irreversibilidade da medida, dado o seu caráter satisfativo, com afetação do patrimônio público.*

3. Alega a agravante que: (a) o imóvel de sua propriedade confronta-se ao sul com imóvel da Universidade Federal do Ceará, ora em poder da agravada, *futuro prolongamento da Rua Gustavo Sampaio*; (b) teve parte do referido imóvel desapropriado para implantação de um elevador que se ligaria ao referido prolongamento; (c) encontra-se com projeto aprovado para edificação de prédio na área remanescente do imóvel; (d) a agravada bloqueou a referida via pública, fechando a faixa de terra correspondente ao prolongamento da Rua Gustavo Sampaio, transformando-a em um beco sem saída, o que impede a circulação de veículos e pessoas, desvaloriza fatalmente o seu empreendimento e impede o lançamento do mesmo; e (e) desde a aquisição da área pela ora agravada (UFC) através de desapropriação, ficou ali instituída a servidão de passagem que garantia ao terreno limítrofe (imóvel da agravante) o acesso ao prolongamento da Rua Gustavo Sampaio.

4. Devidamente intimada para contra-razoar, a UFC deixou correr *in albis* o prazo.

5. Pedido de tutela recursal liminar concedido (fls. 140/141).

6. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

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

1. Versa a presente demanda acerca da possibilidade da empresa remover muro edificado pela UFC, sob o argumento de que tal obstáculo estaria fechando a faixa de terra correspondente ao prolongamento da Rua Gustavo Sampaio, situada na cidade de Fortaleza-CE, *transformando-a em um beco sem saída*, além de desrespeitar a servidão de passagem, instituída quando da aquisição daquela área, que garantia o mais amplo acesso ao terreno da agravante, pela referida rua.

2. Realmente, compulsando os autos, verifica-se, às fls. 68, que o limite do terreno urbano, adquirido pela UFC, objeto da ação e deste recurso, *se extrema, pelo lado norte, com terreno situado no prolongamento da Avenida Gustavo Sampaio, como se vê na Certidão de fls. 469, do Registro de Imóveis da 3ª Zona da Comarca de Fortaleza.*

3. Às fls. 54, 55 e 56 dos autos, igualmente se vê que o Município de Fortaleza obstou a realização de edificação na área em litígio, *exatamente sob o fundamento de que a vedação do acesso à Avenida Gustavo Sampaio, graças ao muro levantado pela UFC, tornava sem saída para a via pública o dito imóvel, o que seguramente é motivo para a denegação de edificações na referida área, como fez a Prefeitura do Município de Fortaleza; veja-se o conteúdo de trechos dos referidos Ofícios, de números 181 e 1.976:*

“Ofício 181/2004/GS/SER III – Conforme é do conhecimento de Vossa Magnificência, no período de 2000/2001, a Prefeitura Municipal de Fortaleza, através da Secretaria Executiva Regional III, deu início aos serviços de construção de um mergulho, no cruzamento da Av. Mister Hull com a Av. Humberto Monte, mediante a implantação de uma alça, vide projeto anexo, hoje interditada.

Estando na programação de obras da Secretaria Executiva Regional III, para o ano de 2004, a conclusão dos serviços mediante a implantação do mer-

gulho propriamente dito, conforme planta também anexa, servimo-nos da presente para solicitar a autorização dessa Reitoria no sentido de que possamos promover a reabertura da alça já construída, ocasião em que a Prefeitura construirá o muro, sem ônus para a Universidade, no limite constante do projeto.

Ressaltamos que, no tocante à área remanescente, providenciaremos a competente avaliação da Prefeitura, após do que retornaremos os entendimentos com essa Universidade no sentido de concretizar a negociação da desapropriação pretendida.

Certos de que seremos atendidos, diante do grande significado da obra em apreço para a cidade de Fortaleza, ficamos no aguardo de uma resposta positiva por parte dessa Universidade, para que possamos dar início às obras com maior brevidade possível". (Fls. 56).

*"Ofício 1.976/2004/GS/SER III – (...). A Secretaria de Infra-estrutura-SEINF da Prefeitura Municipal de Fortaleza, **ciente da necessidade de dar uma solução técnica para o intenso fluxo de automóveis existente no cruzamento acima referenciado**, elaborou, juntamente com uma equipe multidisciplinar, um projeto para se construir um mergulho. Esse projeto prevê a criação de uma alça de retorno, justamente localizada entre a Av. Mr. Hull e o terreno da Universidade Federal do Ceará-UFC. A alça foi construída, porém a UFC, ao construir um muro, **impediu que a mesma seja utilizada**. Desde fevereiro deste ano, quando se iniciaram as negociações, a Universidade tem se mostrado irreduzível, o que frustrou o desenvolvimento dessa parte da obra. Segue em anexo cópias dos ofícios 181/2004/GS/SER III, de 05/02/2004, e 270/2004/GS/SER III, de 16/02/2004, que comprovam a nossa insistência junto àquela Universidade Federal do Cea-*

rá, no sentido de solucionar o problema.

Pelo motivo acima exposto nos vemos impossibilitados de dar continuidade ao trabalho iniciado”. (Fls. 54).

4. Ora, a Universidade Federal do Ceará, desde a aquisição do imóvel onde hoje é situado o seu *campus* acadêmico, **através de desapropriação registrada em 11.05.62 (fls. 46)**, já conhecia a limitação do seu bem pelo lado norte, *no prolongamento da Avenida Gustavo Sampaio*, conforme Certidão de fls. 46; conhecia, também, a UFC, futura destinação pública do terreno que constituiria o prolongamento daquela via pública, constante do Plano Viário do Município de Fortaleza, como demonstra o documento juntado pela própria UFC (fls. 97), *no qual a planta baixa de parte do Centro Urbano de Fortaleza demonstra que a área ocupada pela UFC encontrava-se pontilhada, o que indica a posterior construção de Rua ou Avenida no local, como projetado.*

5. Ademais, a própria arquiteta responsável pela Coordenadoria de Projetos e Obras da Universidade, Dra. Regina Lúcia S. Cunha, ao se manifestar sobre a presente questão, reconhece que a UFC se apropriou de terreno destinado à implementação de via pública (prolongamento da Avenida Gustavo Sampaio), constante do desenho urbano existente, onde se mostrava pontilhada a área indicada para construção da referida via:

*“Esta transcrição mostra que a Universidade do Ceará **adquiriu um terreno, limitando-se ao Norte com os transmitentes no prolongamento da Av. Gustavo Sampaio.** Nesta época, a área da via se constituía numa proposta dentro do desenho urbano existente, mas **ao ser incluída dentro dos limites do Campus do Pici**, passou a fazer parte de um terreno contínuo, sem a característica de via de tráfego interno, uma vez que não estava efetivamente construída”. (Fls. 98).*

6. Deixa-se claro, portanto, que a UFC tinha conhecimento de que o terreno por ela apropriado possuía destinação pública específica; e mais: sabia que aquela área pertencia à Edilidade Municipal, cujos bens gozam de proteção específica, tais quais a impe-

nhorabilidade, indisponibilidade e inalienabilidade, sendo fora de dúvida que o ser essa mesma área ainda não utilizada para o fim a que se encontrava destinada, não legitima a medida da UFC de apropriar-se do bem municipal.

7. Assim, torna-se inócua a afirmativa da Arquiteta da UFC de que, *ao ser incluída dentro dos limites do Campus do Pici, passou (a área da via pública) a fazer parte de um terreno contínuo, sem a característica de via de tráfego interno, uma vez que não estava efetivamente constituída.* Ora, a proteção especial acima referida não atinge apenas as vias públicas, mas todos os bens do Município de Fortaleza, mesmo os terrenos que ainda não tiveram implementada a sua destinação específica (bens dominicais).

8. Como se vê, a construção do muro foi realizada em terreno *que não era de propriedade da UFC*, fazendo uma verdadeira *apropriação indireta* de um bem público municipal, o que é vedado pelo art. 2º, parág. 2º, e art. 3º, ambos do DL 3.365/41, que exige autorização legal para que uma entidade da Administração Indireta possa fazer e um bem público possa se submeter a uma atividade expropriatória.

9. Neste sentido, já decidiu esta Corte Regional que não é possível a desapropriação de bem público, ainda que realizado por autarquia federal autorizada para tanto, ao apreciar processo de desapropriação movido pelo INCRA contra o INSS:

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. BEM PÚBLICO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. EXTINÇÃO DO FEITO EXPROPRIATÓRIO EM FACE DO NÃO PREENCHIMENTO DE CONDIÇÃO ESSENCIAL.

1. Os bens de domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e o dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder de autorização legislativa (art. 2º, parág. 2º, do Decreto-Lei 3.365, de 21.06.41).

2. Tratando-se de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, através da qual se objetiva expropriar bem público, pertencente ao Instituto Nacional de Seguro Social, é de se exigir, como condição de validade do procedimento expropriatório, a prévia autorização legislativa.

3. *Frente à inexistência de consentimento legal expresso à desapropriação do bem público, não sendo suficiente o decreto expropriatório, impõe-se a anulação da sentença, que julgou procedente o pedido, e a extinção do feito sem julgamento do mérito*". (AC 308.083-AL, Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti, DJU 21.11.03, p. 644).

10. Sobre o tema, o Professor José Cretella Júnior também chega à conclusão de que é necessário provimento do Poder Legislativo para que um bem público possa ser desapropriado:

*“Entre os sujeitos ativos da desapropriação dos bens públicos, o legislador de 1941 estabeleceu, para fins expropriatórios, tão-só, gradação, hierarquia ou primazia, decrescentes e irreversível de competências, no sentido das entidades públicas políticas de maior grau para as de menor grau, em nosso regime federativo, a saber: a União poderá desapropriar bens dos Estados, dos Município, do Distrito Federal e dos Territórios; os Estados-membros, por sua vez, podem desapropriar bens municipais, **supondo-se sempre autorização legislativa específica do expropriante**, não se possibilitando, porém, a reversão ascendente, nesse escalonamento.* (Comentários à Lei da Desapropriação, Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 121).

11. No que concerne à desapropriação procedida por ente da Administração Indireta, como é o caso das autarquias, ensina o Professor Roberto Mattoso Câmara Filho que o poder dos entes delegatários de promover a desapropriação requer autorização legislativa:

“A sistemática de nosso Direito Público e a correta interpretação da Lei 3.365/41 conduzem à conclusão de que o direito de desapropriar não é delegável ou concessível, sendo exercido, neste tipo de desapropriação, pelo Estado, que é titular da pretensão ao desapropriamento levado a juízo (ou feita pré-judicialmente).

(...).

A esta conclusão leva também o preceituado no art. 3º do Decreto-Lei 3.365/41, onde se diz que tal tipo de desapropriação depende de autorização expressa, e que as entidades só promoverão a desapropriação.

(...).

*O poder estatal, geralmente, outorga à entidade por lei ou por contrato a faculdade de representá-lo ou substituí-lo em juízo. Para a atribuição de tais poderes de representação ou substituição em juízo, entende Pontes de Miranda ser ‘indispensável o ato de direito público, que pode ser a lei, o decreto ou o negócio jurídico’. É o caso das autarquias encarregadas da execução de planos de obras específicas ou gerais. É o caso de certas empresas estatais. (A desapropriação por utilidade pública, *Lúmen Juris*, Rio de Janeiro, 1994, pp. 33/34)*

12. Diante do exposto acima, se o poder de desapropriar pertence única e exclusivamente à pessoa jurídica de Direito Público Interno, qualquer ato da UFC que vise à desapropriação de bem público tem que estar revestido de todas as formas legais, dentre as quais, a autorização do titular do direito de desapropriar, o que não ocorreu *in casu*; na verdade, o que houve foi uma tentativa de desapropriação indireta, mas que não é possível em face do ente desapropriador e do desapropriado.

13. Admitir que a UFC se aproprie de bem municipal é permitir que aquela autarquia federal usurpe a competência da União para tanto, o que não é aceitável dentro dos limites constitucionais impostos aos entes da Administração Indireta.

14. Outrossim, a construção do muro viola, ainda, a servidão pública a que estava afeto o terreno apropriado, não se podendo perder de vista que, no caso específico, ainda há uma outra particularidade: *o prolongamento da Avenida Gustavo Sampaio seria de extrema importância para o desenvolvimento imobiliário que está em andamento na região, e, segundo entendimento firmado no Enunciado 88 da Jornada I do STJ, o direito de passagem forçada, previsto no art. 1.285 do CC, também é garantido nos casos em que o acesso à via pública for insuficiente ou inadequado, **consideradas inclusive as necessidades de exploração econômica.***

15. A servidão de passagem pública, representada por prolongamento de rua ou de avenida, não pode ser desconstituída por obstrução unilateral, ainda que praticada por Entidade Autárquica Federal, no caso, a UFC.

16. Reconheço que os argumentos da UFC são *importantes e valiosos*, mas praticamente se resumem à sua qualidade de autarquia federal, cujos bens são, como se sabe, *excluídos de apropriação*; mas isso é distante de se lhe reconhecer a atribuição de obstruir a utilização de bem público de domínio comum do Município, que também goza das mesmas imunidades que aquela autarquia Federal, tais quais a impenhorabilidade, a indisponibilidade e a inalienabilidade de seus bens.

17. Daí porque o rigor do art. 2º, parág. 2º, do DL 3.365/41, já que somente uma lei pode afastar o caráter indisponível, impenhorável e inalienável de determinado bem público Municipal.

18. Ademais, pode se chegar à conclusão de que a impossibilidade de a UFC apropriar-se do terreno destinado ao prolongamento da Avenida Gustavo Sampaio se dá independentemente da existência de servidão pública (ou não) sobre os imóveis que lhe são limítrofes, pois, repita-se, nem mesmo uma autarquia federal pode proceder à desapropriação indireta de determinado bem, sobretudo quando esse bem pertence à Edilidade Municipal.

19. Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer que a necessidade de disciplinamento do tráfego urbano de automóveis naquele ponto da Cidade de Fortaleza e o interesse de edificações

no imóvel de propriedade da agravante, além de que *a obstrução do prolongamento da Avenida Gustavo Sampaio, embora seja útil à UFC, dissente do plano de urbanização da Capital, razão pela qual dou provimento ao agravo de instrumento, julgando prejudicados os embargos de declaração de fls. 146/149, interpostos contra a decisão indeferitória de tutela recursal liminar (fls. 140/141).*

20. É como voto, eminentes Pares.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 64.061-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA
Agravante: USINA UNIÃO E INDÚSTRIA S/A
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Repte.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDADE
Advs./Procs.: DRS. BRUNO COELHO DA SILVEIRA E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO REGIMENTAL. INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL - CONTA CORRENTE. APLICAÇÃO DO ART. 185-A DO CTN. OFERECIMENTO DE BENS EM GARANTIA NESTA INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE EXAME PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO DAS CONDIÇÕES DE GARANTIA DO JUÍZO DE TAIS BENS. LEVANTAMENTO DO BLOQUEIO SOBRE AS CONTAS ATÉ O JULGAMENTO FINAL DESTA AGRAVO. POSSIBILIDADE.

- Objetiva-se no presente recurso a concessão de liminar substitutiva para determinar o imediato desbloqueio das contas bancárias e aplicações financeiras da empresa executada.

- O MM. Juiz a quo, ao determinar a medida constritiva, fundou-se no art. 185-A do CTN, al-

terado pela Lei Complementar nº 118/2005, em vigor desde o dia 09/06/2005, e no art. 11 da Lei 6.830/80.

- Na hipótese, tendo o INSS ajuizado a execução fiscal desde 14 de julho de 2000, objetivando o recebimento da vultosa quantia R\$ 6.908.570,82, sem obter qualquer êxito, e inexistindo nos autos da execução fiscal a constrição judicial de qualquer bem, de modo a garantir a execução, e, ainda, tendo em vista o insucesso do INSS no recebimento do seu crédito público, não havia como a decisão singular ter deixado de determinar a efetivação da penhora em dinheiro, através do sistema BACEN-JUD.

- Há no entanto a registrar que tal penhora não poderia ter o caráter abrangente que teve, em relação a todo o ativo da empresa, de modo, inclusive, a inviabilizar a continuidade de sua existência, com prejuízo, inclusive no campo social, impossibilitando-lhe de honrar os direitos trabalhistas de seus empregados.

- Atendendo ter o agravante trazido aos autos notícia de existência de bens por ele apresentados como livres e desembaraçados, e ainda bastantes para garantir a execução, tal questão caberá ao exame mais acurado do próprio juízo da execução, que deverá neste sentido posicionar-se até o julgamento definitivo deste agravo, ora atacado regimentalmente.

- Enquanto examinados todos os elementos ora encaminhados ao Juiz de primeiro grau, determina-se, de imediato, o levantamento do bloqueio das contas da agravante.

- Agravo regimental provido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar parcial provimento ao agra-

vo regimental para, modificando o despacho do Relator, e concedendo o efeito suspensivo, de imediato, determinar o levantamento da indisponibilidade dos bens da executada e o encaminhamento da petição, na qual a executada indica bens em garantia do juízo, para apreciação do Juízo Originário, persistindo a suspensão ora deferida até a decisão do Exmo. Sr. Juiz de 1º grau quanto à petição que lhe é submetida, 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, 29 de novembro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de agravo regimental, interposto pela Usina União e Indústria S/A, contra despacho da minha lavra, constante às fls. 304/306, em que deneguei o efeito suspensivo requerido, à decisão do MM. Juiz Federal Edvaldo Batista da Silva Júnior, da 11ª Vara/PE, que, na Execução Fiscal nº 2000.8300011982-9, determinou a utilização imediata do sistema BACEN-JUD, do Banco Central do Brasil, com a finalidade de dar cumprimento à indisponibilidade patrimonial das contas bancárias da agravante, nos termos do art. 185-A da Lei nº 5.172/66, com a alteração dada pela Lei Complementar nº 118/05, por não vislumbrar o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, a embasar o pedido.

Aduz a Usina agravante em suas razões, em síntese:

- que a violenta medida constritiva que determinou a indisponibilidade patrimonial de suas contas bancárias, com fundamento no disposto no art. 185-A do CTN (Lei nº 5.172/66), com a alteração dada pela Lei Complementar nº 118/05, constitui evidente violação ao princípio estabelecido no art. 620 do CPC, que preconiza o procedimento da execução pelo modo menos gravoso ao executado;
- que o douto Relator, igualmente como o julgador singular,

lastrearam-se em premissa manifestamente equivocada, tudo para efeito de legitimar a aplicabilidade do disposto no art. 185-A do CTN, vez que, na hipótese, não se realizaram as “(...) inúmeras tentativas de constrição do patrimônio da parte executada.”;

- que em nenhum momento dos autos originários se verifica estar comprovada a inexistência de outros bens do contribuinte susceptíveis de penhora, tendo em vista que o INSS, nos referidos autos, em face da recusa genérica, jamais procedeu qualquer diligência no patrimônio do contribuinte visando a desapossar-lhe de outros bens, para neles fazer incidir garantia ao pagamento do crédito tributário reclamado;

- que desde a expedição da Carta Precatória, constante dos autos principais, foram penhorados bens do patrimônio do contribuinte, registrando-se que o INSS não aceitou tais bens, ao pretexto (genérico e impreciso e sem qualquer fundamentação ou prova) de que seriam os mesmos de difícil comercialização;

- que a Usina agravante jamais se esquivou à efetivação da penhora, vez que, quando instado a tanto, restaram gravados bens de seu patrimônio que foram avaliados em quantia bem superior ao suposto débito previdenciário reclamado na origem;

- ainda que se admitisse a dificuldade de comercialização dos bens oferecidos, conforme argumentação do INSS, deveria, em atenção à jurisprudência sobre a matéria, encetar-se nova tentativa de constrição, mas, jamais proceder-se ao bloqueio na forma em que fora procedido, inclusive, em respeito ao princípio disposto no art. 620 do CPC e, ainda, em função do silêncio do INSS que acarretou no não esgotamento da gradação legal;

- que passou despercebido, pelo Relator, a aparente iliquidez do título exequendo, por força de parcelamento realizado nos autos da Ação Declaratória nº 93.4376-5, que tramitou perante a 2ª Vara Federal em Pernambuco, o que acarretou em uma drástica redução da dívida que não mais reflete a realidade contida nas CDA's;

- entende como sendo o mais grave o fato da ordem de bloqueio questionada ter sido tomada de ofício pelo Magistrado, impulsionando a execução fiscal;

- que o art. 185-A do CTN somente em situações extraordinárias tolera o agir *ex officio* do Magistrado, quais sejam: a inércia do executado e, concomitantemente, a inexistência de outros bens passíveis de constrição, o que na hipótese não se encontram configurados, razão pela qual o bloqueio procedido caracteriza-se em uma verdadeira prática abusiva, atentatória ao devido processo legal;

- que a decisão ora agravada não valorou as repercussões negativas nas searas social e empresarial, uma vez que na folha de pagamento da agravante contam, aproximadamente, com 3.000 empregados, cujos pagamentos de suas remunerações encontram-se em atraso em face da medida ora agravada, e, ainda, por impossibilitar o pagamento das contribuições tributárias devidas pela empresa;

- que no caso presente, inexistente o chamado dano inverso, posto que não há nada nos autos originários que induza qualquer prejuízo que eventualmente poderá ocorrer ao INSS em lhe sendo concedida a suspensão dos efeitos do bloqueio procedido;

- ressalta precedente do Exmo. Des. Napoleão Nunes Maia Filho, membro da 2ª Turma, que no AGTR 64.031-PE, concedeu liminar de efeito suspensivo requerida, em face de idêntico bloqueio de contas bancárias determinadas pelo Juiz singular.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Conforme se verifica do relatório, cuida a hipótese de agravo regimental, interposto contra despacho por mim proferido, onde deneguei o efeito suspensivo requerido, por não vislumbrar o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, a embasar o pedido.

A decisão agravada está assim posta, *in verbis*:

“Rh.

Não se identificando, ao menos *prima facie*, hipótese que autorize negar-se seguimento ao presente recurso (art. 557, CPC), o recebo.

Cuida-se de agravo de instrumento contra decisão do MM. Juiz Federal Edvaldo Batista da Silva Júnior, da 11ª Vara/PE, que, na Execução Fiscal nº 2000. 8300011982-9, determinou a utilização imediata do sistema BACEN-JUD, do Banco Central do Brasil, com a finalidade de dar cumprimento à indisponibilidade patrimonial das contas bancárias da agravante, nos termos do art. 185-A da Lei nº 5.172/66, com a alteração dada pela Lei Complementar nº 118/05.

Requerida a concessão de efeito suspensivo, cumpre analisar a presença de seus requisitos autorizadores.

Dos autos denota-se que a agravante é devedora do INSS de cifra aproximada de R\$ 6.049.570,08 (seis milhões, quarenta e nove mil, quinhentos e setenta reais e oito 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, alegou a usina agravante a incompetência *ratione loci* do Juízo, na tentativa de remessa dos autos para a Comarca de Escada, onde se encontra a sede de seus empreendimentos.

Malgrado a tentativa de remessa dos autos à Justiça Estadual, deu-se continuidade ao executivo fiscal, requerendo o INSS a incidência da penhora sobre os subsídios a serem recebidos pela empresa agravante em decorrência do Programa de Equalização de Custos de Produção da cana-de-açúcar, repassados pela ANP – Agência Nacional de Petróleo, autorizando o MM. Juiz a penhora sobre tais valores.

Tendo sido interposta petição do Sindicato da Indústria do Açúcar e do Alcool – SINDAÇÚCAR, requerendo a reconsideração do despacho que autorizou a penhora sobre os valores a serem liberados pela ANP, revogou o MM. Juiz a decisão de indisponibilização dos referidos recursos, determinando a sua liberação livre de qualquer constrição.

O INSS atravessou petição, requerendo a continuação do feito com a citação dos co-responsáveis, o que fez

com que o MM. Juiz, posteriormente, determinasse a constrição objeto do presente agravo de instrumento. Inicialmente, ressalte-se que o MM. Juiz singular, ao proferir a vergastada decisão, fez a seguinte observação a qual cumpre aqui destacar:

‘Compulsando os autos, observo que, a despeito de inúmeras tentativas de constrição no patrimônio da parte executada, a presente demanda executiva não tem obtido sucesso no seu mister precípua, qual seja, a satisfação do crédito em execução.’

Ora, depreende-se do despacho agravado o insucesso das tentativas de penhora realizadas, presente o risco de insatisfação do crédito exequendo em face do elevado valor executado.

Destaque-se, outrossim, que o MM. Juiz *a quo*, ao determinar a medida constritiva, funda-se no art. 185-A do CTN, alterado pela Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005, em vigor desde o dia 09 de junho do mesmo ano.

Ocorre que, segundo as alterações trazidas pelo mencionado texto legal no campo do direito tributário e na disciplina das execuções fiscais, destaca-se a inovação contida 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, não tendo sido garantido o Juízo pelo executado, o juiz decretará a indisponibilidade daquilo que pertence ao devedor, até o valor do crédito cobrado. Proferida a decisão judicial, serão comunicados os 'órgãos e entidades que promovam registros de transferência de bens (departamentos de trânsito, Tribunal Marítimo), especialmente ao registro público de imóveis (cartório de registro de imóveis) e às autoridades supervisoras do mercado bancário (Banco Central) e do mercado de capitais (Comissão de Valores Mobiliários)'. Caberá a tais órgãos ou entidades efetivar o bloqueio dos bens até o limite do crédito executado, comunicando ao juiz essa efetivação.

Ora, com o advento da Lei Complementar nº 118/05, cujo objetivo foi trazer um mecanismo de imensa potencialidade, não mais se fala 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. A provocação por parte do INSS não é indispensável.

Ademais, afirma a agravante, em diversos trechos da peça exordial, ser detentora de lastro patrimonial suficiente a resguardar os interesses da autarquia previdenciária, no bojo do feito executivo originário, não havendo, desta feita, necessidade de bloqueio de suas contas bancárias e aplicações financeiras.

Entretanto, em nenhum momento de sua petição inaugural preocupou-se a agravante em arrolar bens disponíveis servíveis à constrição judicial. Em direito, principalmente ante vultosa conta executada, não basta alegar os fatos, deve-se prová-los e, *in casu*, poderia, ao menos, a agravante tentar provar a sua intenção na satisfação do crédito e no êxito da execução, relacionando bens de fácil comercialização no mercado financeiro, buscando atribuir maior celeridade ao adimplemento da dívida.

Outrossim, há de se lembrar que, por expresse imperativo legal, art. 11 da Lei nº 6.830/80, a penhora recairá preferencialmente sobre quantia em dinheiro.

Tais observações as faço, para, não identificando o *fumus boni juris* a embasar o pedido, negar o efeito suspensivo requerido.

Dê-se ciência de todo o teor deste despacho ao juiz de primeiro grau, oficiando-se-lhe, inclusive, para informar, no prazo de 10 (dez) dias, nos termos do art. 527,IV, do CPC. Intime-se o agravado, nos termos do art. 527,V, do CPC, para que o mesmo apresente a sua resposta ao agravo, no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe juntar cópias das peças que entender convenientes. Cumprase. P.I.”

Da análise dos presentes autos, registro, em síntese:

- que a inicial da execução fiscal, que objetiva o recebimento da quantia de R\$ 6.908.570,82, valor este atualizado até 04.07.2000, decorrente da falta de recolhimento de salário dos empregados, dívida esta que não restou paga de quando do parcelamento efetivado, inclusive, com confissão da dívida;

- citado o executado, isto em 31.10.2000, deixou o mesmo de apresentar bens passíveis de serem penhorados, vindo aos autos tão-somente em 29.10.2001, onde requereu a remessa dos autos à Comarca de Escada, tendo o Sr. Oficial de Justiça, em 04.09.2002, procedido à penhora da casa grande do Engenho Aurora, a um tanque vazio para armazenamento de álcool e a um alojamento para dormitório, de aproximadamente 1.000 funcionários, bens estes avaliados no total de R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais), fls. 130;

- referida penhora não restou aceita pelo INSS (fls. 231/233), conforme se verifica da petição datada de 12.09.2003, ao argumento de que referidos bens são de difícil comerciabilidade, por se tratarem de bens de uso exclusivo de usina; que o tanque dado em garantia é facilmente depreciável, dificultando, assim, a manutenção da garantia, argumentando, por fim, que não existe segurança de que os referidos bens pertencem à usina executada, ou se os mesmos estão gravados de ônus;

- ainda em relação à garantia, verifica-se, às fls. 94/102, que o INSS, no afã de receber seu crédito, em 29.08.2002, requereu ao juízo da execução a penhora, no valor de R\$ 5.281.300,27, incidente sobre os subsídios decorrentes do Programa de Equalização da cana-de-açúcar, oportunidade em que o julgador singular deferiu tal pedido, determinando, assim, a penhora sobre os valores liberados pela ANP (fls. 109/111), ocorrendo que, após a análise de petição atravessada pelo SINDAÇÚCAR (fls. 135/153), requerendo a reconsideração do despacho que determinou a referida penhora, o julgador singular, às fls. 154/159, reconsidera o despacho que determinou as penhoras dos valores do Programa de Equalização que haviam sido deferidas em vários processos de execução, inclusive, no processo onde reside o despacho agravado;

- às fls. 261, o MM juiz singular profere o despacho ora agravado sob o fundamento de que "(...) a despeito de inúmeras tentativas de constrição no patrimônio da executada, a presente demanda executiva não tem obtido sucesso no seu mister precípua, qual seja, a satisfação do crédito à execução". Consoante tal entendimento, e esposado no art. 11 da Lei 6.830, onde o dinheiro prefere a bens imóveis, e ainda com fundamento na Lei Complementar nº 118/2005, que acresceu o art. 185-A ao CTN, determinou o referido julgador a penhora em créditos dos executados – no caso, a usina e os co-devedores já regularmente citados –, através do sistema BACEN-JUD.

Importa observar, primeiramente, que o instituto da penhora, na feliz definição de Frederico Marques, "É ato inicial de expropriação do processo de execução, para individualizar a responsabilidade executória, mediante a apreensão material, direta ou indireta, de bens do patrimônio do devedor". Desta forma, sendo ato eminentemente construtivo, apenas se legitima com a estrita observância de seus requisitos legais, como sendo arts. 10 e 11 da Lei 6.830/90.

É inquestionável que a ordem preferencial do referido art. 11 não é rigorosa, neste sentido, doutrina Heraldo Garcia Vitta, *in* Execução Fiscal Doutrina e Jurisprudência, Editora Saraiva, fls. 228, *verbis*:

“O executado poderá nomear bens à penhora (penhora de nomeação), observada a ordem do art. 11 da LEF. Ocorre que essa ordem não é rigorosa e poderá ser desprezada, dependendo do caso concreto e da aquiescência do credor.”

Sobre a matéria, a jurisprudência, colacionada por Humberto Theodoro Junior e Alexandre de Paula em seus Códigos de Processo Anotado, assim vem se posicionando:

“A gradação estabelecida para efetivação da penhora (CPC, art. 656, I, Lei 6.830/80, art. 11) tem caráter relativo, já que seu objetivo é realizar o pagamento do modo mais fácil e célere. Pode ela, pois, ser alterada por força de circunstâncias e tendo em vista as peculiaridades de cada caso concreto e o interesse das partes, presente, ademais, a regra do art. 620, CPC.”

(Ac. Unânime da 2ª T. do STJ de 07.5.90, no RMS nº 47-SP, Rel. Min. Carlos Velloso; *DJU*, 21.5.90, p. 4.427)

“Se a execução puder realizar-se de mais de um modo, pode o credor indicar a espécie de execução que pretende, pois deve realizar-se pelo meio menos gravoso para o devedor, de modo a não causar prejuízo à alternatividade.”

(Ac. un. da 3ª T. do TJMS de 21.12.1994, no Ag. 41.152-5, Rel. Des. Hamilton Carli; *RJTJMS* 102/126).

Venho entendendo, inclusive, em diversos julgados, ser possível a realização da penhora, sobre outros bens do patrimônio do executado, para tornar-lhe menos gravosa a execução, ainda quando se trata de penhora sobre o faturamento da empresa, cuja constrição recai sobre parte da renda da empresa executada, tendo como fundamento, inclusive, na jurisprudência que caminha no sentido de que tal penhora deve obedecer a critérios casuísticos, como forma de garantir a sobrevivência da empresa, cuja necessidade de dispor de verbas disponíveis, a título de capital de giro, é notória.

Neste sentido, destaco a jurisprudência desta egrégia Corte, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESPACHO QUE DEFERIU SUBSTITUIÇÃO DE PENHORA. FATURAMENTO DA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Preliminar de intempestividade que se rejeita.

2. A penhora sobre o faturamento da empresa implica em graves danos à sua própria atividade, mormente quando já havia bens penhorados. Aplicação da regra do art. 620 do CPC (“Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o Juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”).

3. Ademais, a penhora em dinheiro supõe a disponibilidade deste, enquanto a penhora sobre o faturamento exige nomeação de administrador (art. 719 do CPC). Precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo provido.”

(AGTR nº 07685/PE, Relator Manoel Erhardt, julgamento, 15.05.97, decisão unânime).

Sobre a matéria, *mutatis mutandis*, o STJ, assim se houve, *in verbis*:

“EMENTA. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE OUTROS BENS QUE POSSAM SATISFAZER O DÉBITO EXEQÜENDO. COMPROMETIMENTO DAS ATIVIDADES. NECESSÁRIO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA Nº 07/STJ. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. Inexistindo bens passíveis de garantir a execução, é admissível a penhora sobre o faturamento da empresa executada. A presunção de legitimidade do crédito tributário, a supremacia do interesse público e o princípio de que a execução por quantia certa deve ser levada a efeito em benefício do credor, justificam a penhora sobre o faturamento, no módico percentual de 10% (dez por cento), à míngua de ou-

tros bens penhoráveis.

a. O patrimônio de uma sociedade é servil a suas obrigações, notadamente a tributária, que é *ex lege*, e destinada à receita pública, cuja função é satisfazer as necessidades coletivas. Cabe ao executado, nas instâncias ordinárias, comprovar que a penhora sobre faturamento compromete o desenvolvimento de suas atividades, matéria cujo reexame é insindicável pelo STJ, em razão da incidência do verbete sumular nº 7, desta Corte.

b. Da mesma forma, a análise da possível existência de outros bens que possam ser penhorados, sem que a constrição atinja o faturamento da empresa, à míngua de comprovação pelo exequente nas razões do recurso, demanda reexame das circunstâncias fáticas da causa, o que é vedado em recurso especial ante o disposto na Súmula 07/STJ.

c. Não obstante, em razão do princípio da proporcionalidade, e sem necessidade de reexame do conjunto fático-probatório, a redução do percentual da penhora sobre o faturamento para 10% (dez por cento) é medida que se impõe.

d. Agravo regimental desprovido.”

(AGREsp 50.380/SP. Min. Luiz Fux. DJ. 29.09.03).

Neste contexto, e como forma evitar a celeuma provocada tanto pela doutrina como pela jurisprudência o art. 185-A do CTN, com a inovação trazida pela Lei Complementar nº 118/2005 possibilitou ao juiz determinar a indisponibilidade de bens e direitos, por meio eletrônico, através do sistema BACEN-JUD, no caso, penhora sobre os valores depositados em conta corrente quando o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis

Na hipótese, tendo o INSS ajuizado a execução fiscal desde 14 de julho de 2000, objetivando o recebimento da vultosa quantia R\$ 6.908.570,82, sem obter qualquer êxito, e inexistindo nos autos da execução fiscal a constrição judicial de qualquer bem, de modo

a garantir a execução, e ainda, tendo em vista o insucesso do INSS no recebimento do seu crédito público, não havia como a decisão singular ter deixado de determinar a efetivação da penhora em dinheiro, através do sistema BACEN-JUD.

Há, no entanto, a registrar que tal penhora não poderia ter o caráter abrangente que teve, em relação a todo o ativo da empresa, de modo, inclusive, a inviabilizar a continuidade de sua existência, com prejuízo, inclusive, no campo social, impossibilitando-lhe de honrar os direitos trabalhistas de seus empregados.

É que, não se pode descurar que no sistema econômico em que vivemos, inobstante não se negue o direito do ente público a haver-se nos valores que lhe são devidos pelo empresariado, pois, da efetivação de seu orçamento dependerá a possibilidade de se assistir socialmente à população mais carente, não se pode, por outro lado, negar a co-responsabilidade do Estado no tocante à própria sobrevivência do seu empresariado, pois o desenvolvimento deste refletirá no desenvolvimento Estatal e, igualmente, na melhora de vida da população mais carente.

Por outro lado, quanto ao pedido deduzido pelo agravante, mediante a petição de fls. 384/495, de substituição da penhora incidente sobre dinheiro através do sistema BACEN-JUD, por bens imóveis que ora apresenta, avaliados pelo ora agravante/executado em R\$ 6.258.000,00, tendo o INSS se pronunciado quanto aos mesmos, às fls. 497/510, onde se posicionou por sua não aceitação ao fundamento de resguardar o interesse da Fazenda Pública, *prima facie*, seria o caso de indeferir-se tal pedido à vista de que tal matéria não restou discutida nas razões deste agravo de instrumento, nem tampouco foi objeto do pedido. Entretanto, entendendo que tal pleito deve ser deduzido no juízo da execução, e, acaso indeferido, ser objeto de novo agravo de instrumento, pois, entender-se a *contrario sensu* estar-se-ia suprimindo instância, razão pela qual deixo de me pronunciar quanto ao mesmo, facultando à parte formulá-lo no juízo da execução.

Some-se, por fim, a tais fatos que entender-se pela possibilidade de proceder-se à substituição pretendida em sede recursal, sem a análise primeira do juízo da execução, possibilitaria a ocorrência de prejuízo irreparável à Fazenda Pública, à vista de que a

avaliação procedida, o foi de modo unilateral, e, ainda, pela impossibilidade de, nesta instância, abrir-se o contraditório.

Diante do exposto, atendendo ter o agravante trazido aos autos notícia de existência de bens por ele apresentados como livres e desembaraçados, e ainda bastantes para garantir a execução, matéria esta que deixo ao exame mais acurado pelo próprio juízo da execução, que deverá neste sentido posicionar-se até o julgamento definitivo deste agravo, ora atacado regimentalmente, de tudo dando ciência a este Desembargador, dou provimento ao agravo regimental para determinar a suspensão – enquanto examinados todos os elementos ora encaminhados ao Juiz de primeiro grau – da decisão do juízo do primeiro grau atacada via este agravo de instrumento, de modo a levantar-se o bloqueio das contas da agravante, de imediato.

Oficie-se ao Juiz singular da presente decisão, para o seu devido cumprimento.

É o meu voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 65.300-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE
Agravante: MUNICÍPIO DO CABO DE SANTO AGOSTINHO - PE
Agravada: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - ANP
Repte.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDADE
Adv./Proc.: DR. SÓCRATES VIEIRA CHAVES (AGRTE.)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESPACHO DEFERITÓRIO EM PARTE. PEDIDO DE RESTABELECIMENTO DE REPASSES A TÍTULO DE ROYALTIES. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. PORTARIA Nº 29/2001. LEI Nº 7.990/89. COMPETÊNCIA. DEPENDÊNCIA. DESISTÊNCIA DA AÇÃO.

- O presente agravo de instrumento visa obter tutela recursal liminar, reconhecendo a competência do Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco para apreciar a Ação Ordinária nº 2005.83.00.009726-1, bem como restabelecer repasses a título de royalties ao Município agravante, declarando a inaplicabilidade da Portaria nº 29/2001, vez que impõe restrições não previstas na norma de regência, Lei nº 7.990/89.

- Apreciando-se liminarmente o feito, deferiu-se, em parte, a tutela recursal pleiteada no presente agravo de instrumento, tão-somente para declarar ser competente o Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco para apreciar a causa em testilha, entendendo não estar ausente o perigo de dano de difícil reparação em relação ao pleito subsequente.

- A causa deverá ser apreciada pelo Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, ao passo que, segundo depreende-se da própria decisão vergastada, o autor forneceu cópia da petição em que requereu a desistência da ação que ensejava a suposta dependência, assim como da sentença terminativa e da certidão de trânsito em julgado da ação 2004.51.01.023272-5, anteriormente distribuída à 26ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

- Afasta-se a aplicabilidade, in casu, do dispositivo contido no art. 253, II, do CPC, pelo fato de a causa ter sido primeiramente aforada em Juízo incompetente, na medida em que o autor, ora agravante, é um Município sediado em Pernambuco, litigando contra a Agência Nacional do Petróleo, com sede e foro no Distrito Federal, conforme dispõe o parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.478/1997. Assim, deveria ter sido a demanda ajuizada na Seção Judiciária de Pernambuco ou na Seção Judiciária do Distrito Federal, com fulcro no art. 109, I, § 2º.

- Desta feita, com as peculiaridades do caso ora tratado, não há o que se falar em dependência, se a causa anterior foi extinta por sentença terminativa transitada em julgado, ante o requerimento de desistência do autor.

- Entretanto, no que toca à tutela recursal liminar, consubstanciada no restabelecimento dos repasses a título de royalties ao Município agravante, verifica-se que a análise do perigo de dano de difícil reparação deverá ser primeiramente submetida ao Juízo Federal da 9ª Vara de Pernambuco, porquanto ainda não houve sequer manifestação deste sobre a matéria.

- Do contrário, este egrégio Tribunal Regional estaria se arvorando de competência que não lhe é própria, suprimindo instância, em malferimento ao preceito constitucional da inafastabilidade do Juiz Natural. Precedentes do TRF – 5ª Região.

- Agravo regimental provido em parte, tão-somente para tornar nula a parte do decisório atacado que decidiu sobre a ausência do perigo de dano de difícil reparação, mantendo-se a decisão atacada no tocante à declaração de competência do Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento em parte ao agravo regimental, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 15 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍ-
DE CAVALCANTE:

Trata-se de agravo regimental interposto em face de decisão monocrática proferida nos autos do agravo de instrumento em epígrafe, que deferiu, em parte, a tutela recursal liminar requestada pelo Município do Cabo de Santo Agostinho.

Nas razões do agravo de instrumento, o Município agravante atacou a decisão do Juízo Federal da 9ª Vara – PE proferida em ação ordinária que declinou da competência, determinando a remessa dos autos ao Juízo Federal da 26ª Vara – RJ, entendendo haver dependência em relação à ação 2004.51.01.023272-5, anteriormente distribuída.

Sendo, então, objeto do pedido de tutela recursal pelo recorrente, no presente agravo de instrumento, que fosse reconhecida a competência do Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco para apreciar a Ação Ordinária nº 2005.83.00.009726-1, na medida em que é inaplicável o art. 253, II¹, do CPC, quando o Juízo prevento é incompetente para julgamento da causa, bem como porque já foi providenciada a desistência da demanda anteriormente ajuizada, que, por sua vez, provocava a suposta dependência.

Pugnou, também, por provimento de urgência que restabelesse os repasses que vinha recebendo mensalmente da Agência Nacional do Petróleo, a título de *royalties*, nos termos da Lei nº 7.990/89, desde novembro de 1998, quando foi instalada no territó-

¹ Art. 253. Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

(...) *omissis*

II - quando, tendo havido desistência, o pedido for reiterado, mesmo que em litisconsórcio com outros autores. (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

(...) *omissis*.

rio do Município uma estação terrestre coletora de gás natural proveniente de Guamaré/RN.

Fundamentou tal pleito nas alegações de que teria sido surpreendida, em março de 2002, com o advento da Portaria ANP nº 29/2001, em que a Agência ré passou a entender que apenas os equipamentos de embarque e desembarque de gás natural, localizados no perímetro da área de concessão, seriam ensejadores do pagamento dos *royalties*. Afirmando, igualmente, que o cancelamento do repasse em questão se dá em descompasso com o que estabelece a legislação pertinente à matéria.

Defendeu, outrossim, que a ANP deveria manter os repasses nos termos preconizados pela Lei nº 7.990/89, tendo em vista que inexistia permissão legal que autorize a modificação dos critérios de distribuição através de Portaria, o que contraria o princípio da hierarquia das normas.

Apreciando liminarmente o feito, deferi, em parte, a tutela recursal pleiteada no presente agravo de instrumento, tão-somente para declarar ser competente o Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco para apreciar a causa em testilha, entendendo não estar presente o perigo de dano de difícil reparação.

No agravo regimental ora oposto, requer a agravante que seja determinado, desde já, o restabelecimento dos repasses que vinha recebendo mensalmente da Agência Nacional do Petróleo, a título de *royalties*, nos termos da Lei nº 7.990/89.

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

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

A decisão regimentalmente agravada foi por mim prolatada nos seguintes termos:

“(…)

A atribuição de efeito suspensivo a agravo de instrumento pressupõe a presença, concomitante, dos requisitos

de relevância dos fundamentos do recurso e a plausibilidade do direito alegado pelo recorrente, além da possibilidade de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação.

Inicialmente, no que tange à fixação do Juízo competente, perfilho o entendimento de que a causa deverá ser apreciada pelo Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, ao passo que, segundo depreende-se da própria decisão vergastada, o autor forneceu cópia da petição em que requereu a desistência da ação que ensejava a suposta dependência, assim como da sentença terminativa e da certidão de trânsito em julgado da ação 2004.51.01.023272-5, anteriormente distribuída à 26ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

Não obstante, é sabido que, quando se trata de repropositura da ação em que anteriormente o processo foi extinto por desistência, a distribuição terá que ser por dependência, tal regramento não incide na hipótese em que o Juízo ao qual foi primeiramente distribuída a causa for incompetente para apreciar o feito, sendo esta justamente a hipótese dos autos.

Ora, partindo de tal premissa, afasta-se a aplicabilidade, *in casu*, do dispositivo contido no art. 253, II, do CPC, pelo fato de a causa ter sido primeiramente aforada em Juízo incompetente, na medida em que o autor, ora agravante, é um Município sediado em Pernambuco, litigando contra a Agência Nacional do Petróleo, com sede e foro no Distrito Federal, conforme dispõe parágrafo único² do art. 7º da Lei nº 9.478/1997. Assim, deveria ter

² Art. 7º Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia. (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005)

Parágrafo único. A ANP terá sede e foro no Distrito Federal e escritórios centrais na cidade do Rio de Janeiro, podendo instalar unidades administrativas regionais.

sido a demanda ajuizada na Seção Judiciária de Pernambuco ou na Seção Judiciária do Distrito Federal, com fulcro no art. 109, I, § 2º, que prescreve nos termos a seguir:

‘Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

(...) *omissis*

§ 2º - As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.’

Desta feita, com as peculiaridades do caso ora tratado, não há o que se falar em dependência, se a causa anterior foi extinta por sentença terminativa transitada em julgado, ante o requerimento de desistência do autor.

No tocante ao pedido de tutela recursal liminar, consubstanciada na questão do restabelecimento dos repasses a título de *royalties*, não vislumbro a conjugação dos requisitos autorizadores da medida pleiteada pela agravante, máxime em face da ausência do *periculum in mora*, na medida em que a nova sistemática adotada pela ANP, sob a qual se insurge, já foi implantada desde o início do ano de 2002. Tal entendimento é corroborado pelo aresto que tem o seguinte teor:

‘AGRAVO REGIMENTAL - ATO ADMINISTRATIVO - INCLUSÃO DE MUNICÍPIO NA ZONA DE PRODUÇÃO PRINCIPAL DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL DA BACIA DE CAMPOS - ROYALTIES DE PETRÓLEO - SUSPENSÃO DE LIMINAR – LEGITIMIDADE ATIVA - TEMPESTIVIDADE - LESÃO À ECONOMIA,

À SAÚDE, À SEGURANÇA E À ORDEM PÚBLICA NÃO COMPROVADAS.

1. Tanto o Ministério Público quanto a pessoa jurídica de direito público podem formular pedido de suspensão de liminar.

2. Os Municípios, por força do Código de Processo Civil, artigo 188, possuem a prerrogativa da contagem do prazo recursal em dobro, sendo tempestivo o agravo interno protocolado no prazo de dez dias após a publicação da decisão recorrida.

3. A receita originada de royalties pagos pela exploração de petróleo recomenda especial cautela dos gestores público na sua destinação, diante da possibilidade de alteração da lei que a prevê, bem como por estar sujeita às variações resultantes das oscilações do preço de mercado e da produção mensal do petróleo e do gás natural.

4. Para deferimento da suspensão deve o requerente comprovar, à satisfação, a lesão a pelo menos um dos bens jurídicos tutelados pela norma de regência e o nexo de causalidade entre estas e a medida que pretende suspender.

5. Não estando preenchidos os requisitos legais, deve-se indeferir a suspensão.

6. Agravo Regimental não provido'. (Grifei)
(STJ. AgRg no AgRg na SL 79/RJ; Relator(a) Ministro Edson Vidigal; Órgão Julgador: Corte Especial; Data do Julgamento: 01/12/2004; Data da Publicação/Fonte: DJ 13.06.2005, p. 146)

Com essas considerações, defiro, em parte, a tutela recursal pleiteada no presente agravo de instrumento, tão somente para declarar ser competente o Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco para apreciar a causa em testilha". (Fls. 192/193).

Revedo os termos em que foi proferido o decisório hostilizado, entendo que, no que tange à fixação da competência, impen-de-se manter a decisão pelos seus próprios fundamentos.

Entretanto, no que toca à tutela recursal liminar, consubstanciada no restabelecimento dos repasses a título de *royalties* ao Município agravante, verifico a análise do perigo de dano de difícil reparação deverá ser primeiramente submetida ao Juízo Federal da 9ª Vara de Pernambuco, porquanto ainda não houve sequer manifestação deste sobre a matéria.

Do contrário, este egrégio Tribunal Regional estaria se arvorando de competência que não lhe é própria, suprimindo instância, em malferimento ao preceito constitucional da inafastabilidade do Juíz Natural.

Neste diapasão, em decisões de casos análogos, trago a lume precedentes desta Corte, *in verbis*:

“TRIBUTÁRIO. OFERECIMENTO DE CAUÇÃO PARA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MATÉRIA NOVA. NÃO CONHECIMENTO. CADIN. DISCUSSÃO JUDICIAL.

- O Tribunal não deve, no exercício de sua competência para julgar recurso, decidir matéria nova, ainda não examinada na primeira instância, sob pena de supressão do juízo originário.

- A decisão do STF na ADIN nº 1.454-DF suspendeu qualquer sanção legal decorrente da inscrição do nome do devedor no CADIN, passando esse ato a ser ilegal apenas na hipótese de estar sendo discutida em juízo a idoneidade do crédito gerador da inadimplência.”

(TRF – 5ª Região. AGTR 46888/SE; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator Des. Federal Ridalvo Costa; Data Julgamento: 03/02/2005; Fonte: DJ - DATA: 03/05/2005 – Pág. 978 - Nº: 83 – Decisão: Unânime) (Grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. VALOR DA CAUSA. PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 260 DO CPC. JUSTIÇA GRATUITA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

- O MM. Julgador de primeiro grau nada mais fez que aplicar à espécie a fórmula prevista no art. 260

do CPC, ao constatar que os ora agravantes perseguem isonomia com o cargo de especialista em políticas públicas e gestão governamental, criado por força da Lei nº 7.834/89, existindo eventuais 42 parcelas atrasadas (julho/2000 a setembro/2003), que devem ser somadas a 12 vincendas.

- Falece competência a esta Corte Regional para conhecer do pleito de justiça gratuita, porquanto não fora apreciado pelo e. Juiz a quo. Desta feita, o exame desta parte do pedido constituiria inegável supressão de instância, em flagrante ofensa ao cânone constitucional da inafastabilidade do júízo natural.

- Agravo desprovido.”

(TRF - 5ª Região. AGTR 60.722/PB; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator: Des. Federal José Maria Lucena; Data Julgamento: 30/06/2005; Fonte: DJ Data: 10/08/2005 - Pág. 899 - Nº: 153; Decisão: Unânime) (Grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. APREENSÃO E ARMAZENAMENTO DE ALIMENTOS ESTRAGADOS ENCONTRADOS EM ESCOLAS MUNICIPAIS. RECURSOS ADVINDOS DO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DE EDUCAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LITISCONSÓRCIO PASSIVO DAS AUTORIDADES RESPONSÁVEIS. QUESTÃO NÃO APRECIADA EM PRIMEIRO GRAU. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPROVIMENTO.

1. Cuida-se de agravo de instrumento em que o agravante se insurge contra decisão prolatada em sede de ação cautelar ajuizada pelo Ministério Público Federal, a qual determinou a apreensão e armazenamento de gêneros alimentícios estragados encontrados em algumas escolas municipais.

2. A tão-só presença do *Parquet* no pólo ativo da relação processual é suficiente para configurar a competência da Justiça Federal.

3. Demais disso, possível aplicação analógica da Súmula nº 282 do STJ, já que os recursos para a compra dos aludidos alimentos estão sujeitos à prestação de contas junto ao Tribunal de Contas da União;

4. No que respeita à alegação de litisconsórcio passivo necessário das autoridades que eventualmente venham a ser responsabilizadas pelo estrago dos alimentos, a questão não fora sequer debatida em primeiro grau, e a sua apreciação originariamente nesta Corte caracterizaria supressão de instância;

5. Agravo de instrumento improvido.”

(TRF - 5ª Região. AGTR 58.023/CE; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator: Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima; Data Julgamento: 15/02/2005; Fonte: *DJ*: 10/03/2005 - Pág. 684 - Nº: 47 - Decisão Unânime) (Grifei)

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO. REGULARIDADE. COMPETÊNCIA. DOMICÍLIO DO EXECUTADO.

1. Não tendo sido o tema alusivo à irregularidade do instrumento procuratório objeto de exame na decisão atacada, não merece ser conhecida tal prefacial, sob pena de supressão de instância.

2. A ausência da indicação do endereço da Procuradoria da Fazenda Nacional, na peça inicial, não ofende o disposto no art. 524, III, do CPC. Preliminar rejeitada.

3. A exceção de incompetência, no processo de execução, deve ser apresentada simultaneamente com o ajuizamento dos embargos.

4. A execução fiscal deve ser proposta, em regra, no foro do domicílio do devedor.

5. Agravo de instrumento provido.”

(TRF - 5ª Região. AGTR 47593/PE; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator Des. Federal Luiz Alberto

Gurgel de Faria; Data Julgamento: 10/06/2003; Fonte: *DJ*: 21/07/2003 - Pág. 344 - Decisão Unânime) (Grifei)

Assim, dou parcial provimento ao agravo regimental, tão-somente para tornar nula a parte do decisório atacado que decidiu sobre a ausência do perigo de dano de difícil reparação, mantendo-se a decisão atacada apenas no tocante à declaração de competência do Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, devendo o juiz a *quo* apreciar o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Comunicações imediatas, inclusive via *fax*.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 236.711-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelantes: UNIÃO E EVANGELITA CARVALHO DA NÓBREGA
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. ANDRÉ LÚCIO STUDART GURGEL DE OLIVEIRA E OUTRO

EMENTA: CONSTITUCIONAL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ERRO MÉDICO. DANOS MATERIAL E MORAL. RAZOABILIDADE DA REPARAÇÃO FIXADA NA SENTENÇA. APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.

- Em face da responsabilidade objetiva do Estado, de assento constitucional, cabe à vítima de erro médico em hospital público, não havendo culpa sua, concorrente ou exclusiva, indenização pelos danos materiais e morais que sofrer.

- A reparação dos danos físicos há de buscar, o quanto possível, o retorno à situação anterior ao evento, e basear-se na efetiva extensão e reper-

cussão das lesões e seqüelas, conforme apurado em perícia, não na simples afirmação de uma gravidade não de todo comprovada.

- É inviável indenizar alegados traumas psíquicos cuja demonstração não foi feita, muito menos uma perda de função – ainda mais de caráter íntimo – não constatada, mas apenas aduzida, sem suporte probatório.

- A indenização dos danos materiais há de incidir sobre as lesões patrimoniais efetivamente demonstradas, não se podendo perseguir valores, ainda mais de elevadíssimo valor, com base em especulações sem qualquer base concreta, muito menos no tocante a supostos lucros cessantes de uma carreira profissional inteiramente ainda em projeto.

- A indenização do puro dano moral não pode constituir-se em enriquecimento ilícito; conquanto imensurável, há de conter-se nos limites da razoabilidade, que se tem exteriorizado, na melhor, mais fundamentada e prevalente jurisprudência, por montantes que se ajustam à realidade do caso concreto.

- Tendo fixado reparação coerente com essas características, impondo ao Estado a obrigação de reparar o dano causado por imposição, de um lado, de obrigação de fazer (dar tratamento, cirúrgico e clínico, recuperar), e, de outro, de pagar (os danos materiais efetivamente apurados, e, em padrão aceitável, o dano moral), a sentença é de ser mantida.

- Apelações e remessa oficial às quais se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, na forma do

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

Recife, 24 de janeiro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se de apelações, tanto da autora acima identificada, como da ré União, mais a remessa necessária cabível, contra a r. sentença que julgou parcialmente procedente ação de indenização por danos pessoais e morais, movida pela primeira contra a segunda.

Trata-se de modelo em início de carreira que, em operação cirúrgica realizada em hospital público federal, para a extração de um pólipó anal, foi vítima de incidente no qual a utilização de bisturi elétrico, antes que se houvesse volatilizado inteiramente o álcool usado para a assepsia, causou-lhe queimaduras de 1° e 2° graus nas áreas perianal e perineal.

A autora, alegando seqüelas indelévels, prejuízos a sua vida sexual normal, perda do vestibular que ia à época realizar e a interrupção precoce de sua carreira de modelo e sérios sofrimentos psicológicos e emocionais, pleiteou, além da reparação plástica das lesões, R\$ 1.000.000,00 por danos pessoais (deformidades permanentes) e lucros cessantes, e mais R\$ 2.000.000,00 por danos puramente morais, tudo com juros e correção monetária.

A r. sentença condenou a União a realizar os procedimentos necessários a reparar as cicatrizes ou manchas que restaram na região atingida, quer por tratamento clínico ou cirúrgico, no domicílio da autora; a pagar indenização dos danos materiais relativos aos gastos pessoais e à extensão das lesões físicas a serem efetivamente apurados em liquidação e, no plano dos exclusivos danos morais, arbitrou-os em R\$ 10.000,00, mais juros de mora a partir da citação, bem assim correção monetária até a data do efetivo pagamento, e em honorários de 5% sobre o valor da con-

denação.

Em seu apelo, a autora alega que a União não contestou “precisamente” a ação, pedindo contra ela a aplicação do art. 302 e seu parágrafo único do CPC; afirma que a indenização imposta pela r. sentença é inexpressiva; insiste nos lucros cessantes, no tamanho de sua dor, vergonha etc., e assim pugna pela modificação da r. sentença com majoração da condenação, de molde a adequar-se ao pleiteado na exordial.

Por sua vez, a União apela, afirmando que a r. sentença adotou a tese da responsabilidade objetiva do ente público na versão mais extensa – a do risco integral –, que não é a que se aplica em nosso país, havendo de ver-se que a conduta administrativa não estaria, *in casu*, vinculada diretamente aos danos acontecidos, já que não haveria ficado inteiramente demonstrado o nexo de causalidade entre esta e o acidente.

Alega que a autora recebeu e vem recebendo, gratuitamente, todos os cuidados e tratamentos necessários à recuperação de suas lesões, já tendo tido alta como curada, até porque os ferimentos cicatrizaram satisfatoriamente e não tiveram a extensão nem a intensidade que fora propalada, conforme prova pericial.

Sustenta que a indenização por dano moral não deve gerar enriquecimento sem causa e que os supostos danos econômicos e lucros cessantes alegados jamais restaram devidamente provados.

Pede a reforma da decisão originária para que seja julgada improcedente a ação, com inversão dos ônus sucumbenciais, ou ao menos que haja redução no *quantum* indenizatório.

Sem contra-razões de nenhuma das partes.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Conheço de ambas as apelações, pelo adimplemento dos pressupostos de admissibilidade, bem assim da remessa neces-

sária, por ser o caso.

A análise dos autos dá resposta aos apelos contraditórios.

Primeiramente, tenho por indiscutível a responsabilidade da União. Documentos e testemunhos nos autos – e até a admissão em algumas peças processuais do próprio ente público – o confirmam.

Em segundo lugar, em contrapartida, está bem claro que o quadro – felizmente – não tem a gravidade descrita na inicial. Nem do ponto de vista da saúde, nem do ponto de vista financeiro.

Atestado médico emitido pouco tempo após o acidente (anexado pela própria peça vestibular) já esclarecia que não houve perda de órgão ou função e “as queimaduras não deixaram retrações cicatriciais e aparentemente sem lesão interna (a olho nu)”, cf. fls. 28/29. As fotos coloridas juntadas na mesma oportunidade não mostram muito além de manchas cutâneas (fls. 50).

O relatório da auditoria médica, apensado à contestação (fls. 64/70), afirma a fls. 68 que foi realizada, posteriormente, limpeza cirúrgica sob anestesia geral para a remoção das seqüelas (flictemas) das queimaduras, recebendo a paciente alta, como curada, segundo o prontuário médico, e diz que:

“as lesões remanescentes são apenas ‘manchas levemente hipocrômicas’ e que não constituem impedimento sob nenhum aspecto. Vale ressaltar que embora a paciente originalmente tenha sido internada em enfermaria, segundo o Diretor da instituição, após o acidente a mesma foi transferida para um apartamento privativo até sua completa alta.”

A mesma auditoria médica sustenta, às fls. 69, que:

“queimaduras de 1° e 2° grau não produzem deformidades permanentes, apenas lesões hipocrômicas mínimas, como declaradas pelo cirurgião plástico.

(...)

(...) as lesões foram superficiais e de pouca monta, não comprometendo órgãos internos, não impedin-

do vida sexual normal.”

De todo modo, ao final, a fls. 70, conclui que:

“As supostas ‘deformidades permanentes’, outros danos ‘privação de vida sexual normal’ etc., só poderão ser analisados após Perícia Médica Oficial. Esta deverá ser realizada por médicos especialistas em cirurgia plástica (queimaduras) e gineco-obstetrícia, para que, deste modo, se comprove a verdade.”

Arrolado pela autora, o cirurgião plástico que dela cuidou declarou que, de início, imaginou que seriam necessários enxertos da pele da própria paciente para corrigir as lesões, entretanto:

“o quadro patológico evoluiu satisfatoriamente, o que excluiu as enxertias de pele que seriam realizadas (...); que as áreas inicialmente lesadas epitelizaram (cicatrizaram) satisfatoriamente, deixando como seqüelas áreas de hipocromia (tecidos mais brancos) (...); que as áreas de hipocromia se localizavam no terço proximal da coxa direita e esquerda, região glútea direita e esquerda e região perineal; que, com relação à região pubiana, a mesma excluída, já que, com o crescimento dos pêlos, fica encoberta, não visível uma possível hipocromia; que não dispõe de elementos para afirmar que Evangelita Carvalho da Nóbrega tenha ficado prejudicada na atividade sexual; que, com relação a ser prejudicada na carreira de modelo, a mesma não poderia desfilhar em trajes íntimos; que, com relação a problemas psíquicos e espirituais, só um especialista na área poderia avaliar (...); que não percebeu qualquer sintoma de depressão da paciente, durante o tratamento realizado pelo depoente.”
(Fls. 114/115).

Também arrolada pela autora, uma sua colega de trabalho disse que ela:

“ganhava em torno de um a dois salários mínimos;

(...) não comentou sobre a sua impossibilidade de manter relações sexuais normais; que Evangelita pediu demissão da empresa (...) que não sabe informar se Evangelita ganhava dinheiro como modelo, mas que a mesma pretendia seguir a carreira de modelo, inclusive já havia tirado algumas fotos no interior onde a mesma residia no Maranhão.”
(Fls. 116/117).

Para encerrar, vem afinal a perícia médica e constata, singelamente, o seguinte:

“as lesões observadas na reclamante são **discretas** manchas **levemente** hipocrômicas, seqüelas de queimaduras localizadas principalmente numa **exígua** área da região glútea direita e esquerda, bem como região perineal.

A região pubiana **não apresentava lesões**, mostrando implantação de pelos normal.

(...) temos a acrescentar que as lesões informadas no processo tiveram uma **evolução bastante favorável**, com uma **recuperação tecidual satisfatória**.”

(Fls. 155. Grifei).

Por tais motivos, considero que a r. sentença andou bem. Dela transcrevo alguns trechos que me parecem dignos de traslado:

“Determinada a responsabilidade estatal pelos atos praticados (...) não há como rejeitar a necessidade de ressarcimento dos danos materiais comprovados (cicatrizes e gastos pessoais).

Assim sendo, cabe à pessoa jurídica de direito público lesionante reparar, mediante o procedimento cabível (cirurgia ou tratamento clínico necessário), as cicatrizes ou manchas verificadas, tudo a possibilitar o retorno ao *status quo ante* (...).

No entanto, afasto os lucros cessantes fundado no fato de que a autora estaria iniciando a carreira de modelo, já que somente um grupo seleto de mulheres atinge a condição de profissionais, podendo so-

breviver tão-só com os rendimentos de fotos, desfiles, compromissos profissionais etc.

Agrava-se a circunstância de que, sem vínculo com profissionais gabaritados e residência nos grandes centros do sul do país, dificilmente poderia ter a carreira de modelo consolidada como meio próprio de subsistência, além de que sequer provara a percepção de espécie em virtude dos desfiles de que participara.

Não é lícito estipular lucros que não decorram diretamente da situação em que se encontra a pretendente, inspirando-se em prognósticos falsos e distantes, totalmente desconectados da realidade.

Importante o uso do *caput* do art. 1.059 do Código Civil [*de 1916, vigente ao tempo da r. sentença*] para fins de interpretação: 'Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, **o que razoavelmente deixou de lucrar**'.

(...)

No mesmo sentido, não se pode atribuir ao evento danoso ocorrido o seu insucesso profissional na empresa em que trabalhava, já que a própria postulante requereu sua saída do emprego, tal como afirmou no depoimento de fls. 116 sua colega de trabalho (...).

Muito menos pode afirmar taxativamente que não lograra êxito no vestibular em virtude do acidente, ausente de quaisquer provas, sendo imprescindível salientar, ainda, que o seu período de internação foi reduzido, não repercutindo na sua preparação de modo a levá-la inexoravelmente à mencionada reprovação, tal como relatou na peça preambular.

Em contrapartida, inquestionável a reparação do dano moral (...), mormente pelas seqüelas psíquicas deixadas pelo evento trágico ocorrido, o qual sujeitou-a a tratamento penoso e vexatório (...).

(...)

No entanto, apesar de legítima a indenização, cumpre salientar que o montante requestado na inicial é excessivo, valor digno de qualquer prêmio de loteria, totalmente incompatível com a situação em exame.

Os danos pessoais haverão de ser apurados na liquidação de sentença, momento que considero oportuno para avaliar única e restritamente os gastos pessoais despendidos – haja vista a possibilidade de gastos supervenientes no transcurso da lide – e a extensão dos danos físicos, parâmetro para fixar os valores necessários a tornar a autora indene.

No referente aos danos morais, não obstante imensuráveis, não é permitido usá-los para auferir valores astronômicos, constituindo verdadeiro enriquecimento ilícito, vedado pelo ordenamento jurídico. Sabe-se que o *quantum* a ser perseguido deve corresponder proporcionalmente ao agravo sofrido, e considerando que a quantia pedida e os danos experimentados pela postulante são inconciliáveis, repilo o montante estampado na pretensão autoral, por serem os mesmos absurdos, até mesmo se apreciados objetivamente, não relacionados com qualquer situação, muito menos com as circunstâncias que permeiam o presente caso.”

(Fls. 166/167. Grifos do original).

O *decisum* originário reflete meu pensamento.

As lesões não tiveram o alcance e a repercussão alvitrados. Possíveis traumas psicológicos não foram provados pela autora, a quem cabia fazê-lo. Há seqüelas físicas, sim, mas de pequena monta – manchas levemente esbranquiçadas e numa região exígua do corpo, sem obstáculos, diferentemente do afirmado, para a vida sexual da paciente –, e a r. sentença condenou a União a tratá-las, operá-las, se preciso, enfim, fazer todo o ainda necessário para eliminá-las ou minorá-las ao máximo. E a pagar o que tiver sido ou ainda for gasto pela vítima do erro estatal com o problema.

Nada disso, decerto, chega nem perto do estratosférico valor

pleiteado.

Outrossim, não é possível imputar à União danos financeiros e muito menos lucros cessantes calculados sobre o nada, sobre uma mera conjectura de uma carreira que, francamente, nunca existiu, salvo na intenção ou na vontade de quem com ela sonhava.

A dor da autora com o vexame, os contratemplos e o sofrimento por que passou não é desprezível, mas o valor arbitrado está consentâneo com a jurisprudência prevalente de nossas cortes. Basta dizer que, em média, indeniza-se uma vida com algo em torno de 100 salários mínimos. Está-se dando à autora, por algo infinitamente menor, cerca de um terço disso, fora as reparações *in natura* e a recomposição dos danos materiais efetivos.

É razoável. Irrazoável foi o pedido, num total de R\$ 3.000.000,00 que, corrigidos desde abril de 1996 (época do ajuizamento da ação), com juros de mora e tudo o mais, alcançariam hoje o valor de uma mega-sena acumulada.

Assim sendo, considero que a r. sentença mantém-se por seus próprios e jurídicos argumentos, de modo que nego provimento a ambas as apelações e à remessa obrigatória.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 237.475-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelante: MARIA DE JESUS ARAÚJO ASFURI
Apelada: UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. JOÃO FERREIRA SOBRINHO E OUTROS (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR SUPOSTOS DANOS MATERIAIS E MORAIS. REMUNERAÇÃO E TEMPO DE SERVIÇO DE SERVIDORA ATINGI-

DOS POR AFASTAMENTO PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE. DESCABIMENTO DA REMOÇÃO REQUERIDA. TRANSFERÊNCIA, À ÉPOCA, IMPOSSÍVEL. LICENÇA INCONVENIENTE. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE NA CONDUTA ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO, E, POR CONSEQUENTE, DE DIREITO À INDENIZAÇÃO. SENTENÇA QUE O AFIRMA. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

- Se a Administração nega remoção a servidora, que a requer, para acompanhar cônjuge, porque era descabido fazê-lo, sendo impossível, àquela altura, transferi-la para o destino pretendido, à vista da ausência de vaga ali, e se, quando requerida licença para acompanhar o esposo, esta foi indeferida pela absoluta inconveniência ao serviço, essas denegações, atingindo a remuneração e o tempo de serviço da requerente, não geram para esta direito a indenização por alegados danos materiais ou morais, uma vez que foram feitas sem cometimento de qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade, antes pelo contrário.

- A sentença que julga improcedente pedido de indenização desse jaez, afirmando a legitimidade da conduta administrativa, também não pode, só por isso, ser considerada lesiva de dispositivos constitucionais e legais.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 24 de janeiro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Constituem-se estes autos de apelação contra a r. sentença originária que julgou improcedente ação da apelante em epígrafe contra a União, ora apelada, contra a qual pedia a primeira perdas e danos e os respectivos consectários, juros, correção etc., pela suspensão de sua remuneração, bem como a anotação, em sua ficha funcional, do tempo de serviço durante o qual permaneceu afastada de suas atividades por motivo de mudança de domicílio para acompanhar cônjuge transferido.

Contra-razões devidamente trazidas a Juízo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Conheço da apelação, que atende aos requisitos formais para tanto.

A base da argumentação da apelante é que requereu, nos termos do art. 36, parágrafo único, da Lei 8.112/90, transferência do TRE/RO para o TRE/PB em 18.12.90, para acompanhar o cônjuge, que tinha sido transferido da CEF/RO para a CEF/PB, e, após uma série de demarches administrativas, a partir da não-apresentação de declaração de vaga pelo Tribunal de destino, culminando com o indeferimento de seu pleito pela eg. Corte de onde provinha, e até do col. TSE, findou tendo de pedir licença para seguir com seu esposo (que a certa altura foi também indeferida), teve a transferência negada mais uma vez pela Justiça Eleitoral, e somente resolveu seu caso através de meios políticos, conseguindo ser lotada no TRT/PB, depois de ter buscado medida cautelar na esfera jurisdicional, sem sucesso. Mas com isso, além dos danos materiais e morais que alega ter sofrido, perdeu a remuneração e o tempo de serviço entre 01.10.91 e 22.05.94, enquanto durou o

problema, subtraídos que foram pelo Tribunal de Rondônia.

A União rebate, dizendo que não houve violação jurídica alguma, porque as negativas ao pleito administrativo da apelante foram legais e legítimas e as condutas de seus agentes incensuráveis.

A r. sentença mostra que a transferência – movimentação de pessoal estável oriundo de quadro diverso, atendido o interesse do serviço – não pode prescindir da existência de vaga, nos termos do art. 23 da Lei 8.112/90, diferentemente da remoção, que é a movimentação de servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, independentemente de vaga, para acompanhar cônjuge, companheiro ou dependente, e condicionada à comprovação por junta médica, conforme o art. 36 do mesmo diploma.

Em verdade, quando de seu requerimento administrativo originário ao TRE/RO, a apelante pedira remoção, que lhe era, por óbvio, inaplicável, já que os TREs de Estados diferentes, nada obstante serem tribunais de mesmo nível e do mesmo ramo do Judiciário, possuem autonomia constitucional e, portanto, quadros de pessoal distintos. Esse foi o fundamento para negar administrativamente a pretensão da apelante, já no Regional, já no TSE.

O caso era de transferência, mesmo. Mas aí, não havendo vaga no órgão de destino, não podia ser concedida. Isso para não mencionar o fato de que o interesse na mudança não era do serviço, mas da servidora. Ela só logrou transferir-se, ao fim e ao cabo, para o TRT, porque apareceu uma vaga naquela Corte.

O direito de a apelante acompanhar seu cônjuge, baseado no art. 226 da Constituição, não pode ser visto com o absolutismo que pretende ela emprestar a esse dispositivo. Ele tem de ser harmonizado com as demais disposições constitucionais acerca da Administração. Não fosse assim, seria o caos no serviço público, como se pode facilmente imaginar. A instabilidade do quadro de pessoal seria incontrolável, porque todo mundo, a todo momento, iria impor seus interesses e conveniências pessoais e familiares às regras que presidem à organização administrativa.

Esta, se não pode ser inflexível, pena de injusta, não há de converter-se, também, em geléia geral, sem resistência alguma, o

que a levaria a evidente colapso.

Se do ponto de vista do direito material as decisões tomadas administrativamente não merecem crítica, sob o ângulo do direito processual também não se afiguram equivocadas. Tudo foi fundamentado devidamente, e obedecidos os trâmites cabíveis, como facilmente se depreende da leitura dos autos.

Não se enxerga, portanto, violação jurídica apta a dar supedâneo a um pedido de indenização à apelante.

O apelo nada traz de novo à argumentação já apresentada em Juízo, na primeira instância, pela ora apelante. Apenas repete que fez-se contra ela uma injustiça, que a r. sentença deveria ter valorizado o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que desprezou as provas e os fundamentos jurídicos do pedido autoral, e que com isso negou jurisdição!

Prequestiona violações constitucionais e legais, pedindo que este Tribunal sobre elas se manifeste expressamente, para que fique claro se houve ou não ofensa – por parte da r. sentença, ao que se pode supor – aos incisos II e III do art. 1º; III, V, X, XXXIII, XXXIV e XXXV do art. 5º; e ao art. 37, todos da Constituição. Bem como aos arts. 1º, 23, 36 e 84 da Lei 8.112/90.

Não, a meu ver, não houve nenhuma dessas alegadas violações:

a) os incisos II e III do art. 1º da CF dizem que são fundamentos do Estado Democrático de Direito a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Não considero que a r. sentença tenha violado a cidadania da apelante, muito menos sua dignidade: ela apenas não concedeu o que a apelante pleiteara. Se entender-se que toda sentença de improcedência atenta contra a cidadania e a dignidade do autor da ação, para evitar essa “terrível violação constitucional” as sentenças haveriam de ser sempre procedentes. Mas aí, o que se diria da cidadania e da dignidade dos réus?

b) o inciso III do art. 5º da CF garante que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Não acredito que alguém, em sã consciência, ache que uma sentença, só por ter sido desfavorável a uma pretensão (pretensão essa, diga-se de passagem, contrária ao decidido, ainda que adminis-

tratativamente, por um Tribunal Regional Eleitoral e pelo TSE, e o decidido jurisdicionalmente por um órgão da Justiça Federal), tenha submetido a parte a tortura, desumanidade ou degradação. O exagero do argumento é tanto que o destrói;

c) os incisos V e X do mesmo dispositivo constitucional garantem – obviamente em tese – o direito à indenização por dano (material ou) moral. É claro, porém, que só se dará essa indenização, em cada caso concreto, conforme a Justiça aferir se houve realmente o dito dano, ou não. A não ser assim, toda ação de indenização teria de ser procedente (porque a Constituição a assegura...), o que, por óbvio e palmar, é inviável. Então, a r. sentença não afrontou esse inciso só por haver negado a indenização à agora apelante;

d) o inciso XXXIII, ainda do art. 5º da Lei Maior, cuida do direito de todos de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse, no prazo de lei, pena de responsabilidade. O que não significa que os pedidos feitos aos órgãos públicos tenham de ser atendidos. A informação dada pode não ser a desejada. Não consigo perceber como a r. sentença teria atropelado semelhante dispositivo;

e) o inciso seguinte a este, o XXXIV, assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, direito de petição e de obtenção de certidões. Da mesma forma que em relação ao anterior, pode-se dizer deste que assegurar a todos peticionar não significa que a petição será deferida. Garantir a todos certidão não equivale a dizer que a certidão terá o conteúdo que se pretende. E, seja como for, a invocação deste e do inciso anterior parece-me não só, como nas outras hipóteses, exagerada, mas também inadequada. O exercício do direito de ação (que conduz à obtenção de uma sentença) pode ser compreendido como uma modalidade do direito de petição, mas há um inciso próprio para esse especialíssimo direito (o inciso seguinte, também invocado), portanto há uma inadequação sob o ponto de vista do princípio da especialidade à presente arguição. De resto, comparar uma sentença a uma certidão é querer forçar demais o argumento;

f) o referido inciso subsequente, o XXXV do mesmo artigo, contém o princípio do amplo acesso ao Judiciário, ou da amplitude do direito de ação. Não o entendo malferido pela r. sentença, ao

contrário. A prolação dela é a prova de que a apelante teve assegurada sua vinda a Juízo. É certo, porém, que o direito de ação não assegura vitória na ação. Assim a apelante quer demais... Só porque não lhe foi favorável, a r. sentença violou esse princípio? Só porque lhe negou seu alegado direito, haver-lhe-ia negado jurisdição? Insisto: a apelante exagera, passa dos limites do razoável;

g) enfim, o art. 37 da CF estabelece os princípios da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade etc. O rol conhecido. Em que terá a r. sentença infringido tal estatuição constitucional, se nada mais fez do que decidir um caso conforme o que lhe pareceu mais correto, de acordo com a própria legalidade? Ou será que a moralidade administrativa que a apelante gostaria de ver seria apenas aquela que se adequasse aos interesses da sua personalidade – e, portanto, ela apelante, e não a r. sentença, estaria ferindo o art. 37 da Carta Magna?

h) agora, os dispositivos supostamente violados da Lei 8.112/90; primeiramente, o art. 1º, que diz que dita lei institui o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, suas autarquias e fundações. Em momento nenhum a r. sentença negou isso. Não considero que o haja infringido;

i) os arts. 23 e 36 do mesmo diploma regulam, como foi dito antes neste voto, um, a transferência (aliás, acha-se revogado pela Lei 9.527/97, não se sabendo como uma sentença pode ter-se chocado com dispositivo legal já objeto de revogação completa antes de ela haver sido prolatada), outro, a remoção. A r. sentença, em vez de os haver contrariado, analisou-os para mostrar – e a meu sentir o fez com muita propriedade – que quem não se enquadrava com perfeição neles era a apelante;

j) e o art. 84 da Lei 8.112/90 trata da licença para acompanhamento de cônjuge ou companheiro, que chegou a ser negada à apelante pela Administração, não pela r. sentença, e, pelo que se vê dos autos, a denegação foi impecável, até porque a licença em foco, como é fácil concluir da leitura da norma (“poderá ser concedida” e não “será concedida”), não gera uma obrigação administrativa, mas uma faculdade.

Assim, *maxima venia*, não se sustenta a argumentação do

apelo, que é – repito ainda uma vez – exagerada, oca, e inconveniente.

A r. sentença, ao contrário, parece-me razoável, justa, bem fundada e escoreita em suas conclusões.

Por todos esses motivos, nego provimento à apelação, proclamando, conforme prequestionado, que considero não ter havido, nem pela Administração Pública (tanto que não vejo fundamento na indenização pretendida pela apelante), nem muito menos pela r. sentença, qualquer violação jurídica, em especial, aos incisos II e III do art. 1º; III, V, X, XXXIII, XXXIV e XXXV do art. 5º; e ao art. 37, todos da Constituição, ou aos arts. 1º, 23, 36 e 84 da Lei 8.112/90.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 311.934-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelantes: DÉBORA PONTES DA SILVA CERSÓSIMO BATISTA E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS
Adv./Proc.: DRA. TATIANA MENDES CUNHA

EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E CIVIL. AERONAVE MILITAR. ACIDENTE AÉREO. MORTE. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA CARACTERIZADA. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. CABIMENTO. VALOR ARBITRADO COM RAZOABILIDADE. MAJORAÇÃO DO QUANTUM AFASTADA. APELAÇÃO DA AUTORA, DA UNIÃO E REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA, IMPROVIDAS.

- No caso em tela, diante das informações trazidas pelos relatórios preliminar e final do Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (CENIPA), não restam dúvidas de que houve falhas e equívocos procedimentais e operacionais no planejamento e execução da

missão, contribuindo de forma inequívoca para a colisão aérea e conseqüente queda da aeronave Bandeirante/P-95, matrícula FAB 7102, em razão da qual veio a falecer o cônjuge da autora, que na ocasião era simples passageiro.

- Caracterizada a responsabilidade civil objetiva da UNIÃO, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, uma vez que as condições meteorológicas não foram a causa determinante do evento danoso, o que afasta a tese da ocorrência de força maior (excludente da responsabilidade).

- O desaparecimento precoce do cônjuge da autora, decorrente do desastre aéreo provocado pela inobservância do planejamento prévio da missão e de regras de segurança de voo, é motivo suficiente para configurar os danos morais pleiteados, sendo cabível a respectiva reparação.

- Não merece reparo a sentença que fixou o montante da reparação por danos morais em R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), visto que obedeceu aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, evitando o arbitramento em valor excessivo, que pudesse causar enriquecimento sem causa de uma das partes em detrimento da outra, ou em quantia irrisória, incapaz de minorar, em certa medida, o sofrimento injustamente causado.

- A regra inserta no art. 20, § 4º, do CPC, não significa que, uma vez vencida a Fazenda Pública, a verba honorária advocatícia necessariamente deva ser arbitrada em valor inferior a 10% (dez por cento) do valor da condenação, motivo pelo qual o quantum estabelecido deve ser mantido, face à apreciação eqüitativa realizada pelo juízo a quo.

- Precedentes do STJ, desta Corte e do TRF da 2ª Região;

- Apelação da autora, da União e remessa obrigatória, tida por interposta, improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações e à remessa oficial, tida por interposta, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 4 de maio de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de apelações de Débora Pontes da Silva Cersósimo Batista e da União, bem como remessa oficial, tida por interposta, contra sentença, às fls. 128/140, que julgou procedente o pedido inicial, condenando esta última no pagamento à primeira, a título de reparação por danos morais, do montante equivalente a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), em virtude da caracterização da responsabilidade civil objetiva da União no acidente aéreo em que faleceu o cônjuge da autora, além dos honorários advocatícios, fixados, após o julgamento dos embargos declaratórios interpostos às fls. 142/149, em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Débora Pontes da Silva Cersósimo Batista, em seu apelo, às fls. 154/162, aduziu, em síntese, que o *quantum* estabelecido para a reparação não atendeu às peculiaridades do caso, mostrando-se insuficiente para atenuar os efeitos dos danos por ela suportados. Alegou ainda que o valor arbitrado seria irrisório, face à capacidade econômica da União. Ao final, requereu a reforma da sentença, para que seja majorado o montante da indenização por danos morais, fixado pelo juízo de 1º grau.

Por sua vez, a União, em seu recurso de apelação, às fls. 165/178, defendeu a tese de que o acidente aéreo foi provocado apenas pelas condições climáticas adversas, o que afastaria a sua

responsabilidade civil; alegou que o instituto da promoção *post-mortem* impediria o pagamento da indenização requerida, pois configuraria um *bis in idem*. Ao final, pugnou pelo provimento do apelo, com a reforma integral da sentença, a fim de ser julgado improcedente o pedido inicial, em razão dos motivos acima expostos, invertendo-se os ônus da sucumbência. Requereu ainda, em caso de provimento parcial do apelo, a redução do *quantum* indenizatório, uma vez que circunstâncias particulares foram desconsideradas na sua fixação, tais como: a promoção *post-mortem* do militar para o posto de 1º tenente-aviador, as assistências médico-hospitalar e odontológica asseguradas à autora (pensionista), e a inexistência de “ânimo de ofender”; e a minoração da condenação no pagamento de honorários advocatícios, adequando-os às prescrições do art. 20, § 4º, do CPC.

Contra-razões apresentadas pela União e por Débora Pontes da Silva Cersósimo Batista, às fls. 180/185 e às fls. 188/195, respectivamente.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Inicialmente, mister se faz relatar um pequeno resumo da dinâmica do acidente aéreo, ocorrido no dia 17/11/1996, no Município de São Caetano/PE, que envolveu duas aeronaves tipo Bandeirante/P-95B, matrículas FAB 7102 e FAB 7104. A esquadrilha, formada por quatro aeronaves provenientes de Salvador/BA, dirigia-se a Natal/RN. O vôo fora realizado em formação, sendo uma aeronave-líder (ás) e três alas. Por decisão do líder da formação, a esquadrilha ingressou momentaneamente numa nuvem, vindo a atravessá-la sem problemas. Logo em seguida, ao ingressar numa segunda nuvem, as alas 2 e 3 perderam a líder de vista, saindo da formação. A ala 4, por estar mais afastada, não ingressara na nuvem, permanecendo em condições visuais. Alguns segundos depois, dentro da nuvem, houve a colisão entre a aeronave-líder e o ala 2. Em face das avarias causadas na traseira da aeronave-líder, esta, sem controle, colidiu com o solo, vindo a falecer todos os

seus ocupantes (nove pessoas), dentre as quais o cônjuge da autora. A ala 2 conseguiu, em vôo monomotor, prosseguir até Recife/PE, pousando sem maiores problemas.

No caso em tela, diante das informações trazidas pelos relatórios preliminar e final do Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (CENIPA), acostados às fls. 56/83, não restam dúvidas de que houve falhas e equívocos procedimentais e operacionais no planejamento e execução da missão, contribuindo de forma inequívoca para a colisão aérea e conseqüente queda da aeronave Bandeirante/P-95B, matrícula FAB 7102, em razão da qual faleceu o cônjuge da autora, que na ocasião era simples passageiro.

Ora, da leitura da conclusão (item V) do relatório final do CENIPA, mais precisamente do subitem 2, às fls. 79/81, revelam-se os fatores contributivos para o acidente fatal, dentre os quais merecem ser transcritos os seguintes:

“a. Fator Humano

(1) Aspecto Psicológico – contribuiu pelas características individuais do piloto da aeronave líder, reveladas pela sua autodeterminação e comportamento, **prejudicadas por atitudes como: excesso de confiança em seu desempenho e no das alas; rigidez e excessiva determinação; improvisação e escolha de decisão errada; sentimento de invulnerabilidade; flutuação de senso crítico; distração ou flutuação de atenção e baixo nível de alerta situacional.**

Contribuiu pelas características dos pilotos alas, ditas por insegurança, **insuficiente comunicação, indecisão e elevado nível de ansiedade, resultantes de baixo nível de operacionalidade com reflexo direto na condução da pilotagem.** (Negritei)

(...)

c. Fator Operacional

(1) Deficiente Instrução – Contribuiu

- **Houve insuficiente nível de instrução da fase**

preparatória da missão ao *brifim*;

- Contribuiu pelo baixo nível de treinamento dos pilotos alas em vôo de formação, **especialmente para vôo com mais de três aeronaves...** (Negritei)

(2) Deficiente Supervisão – Contribuiu

- Contribuiu pela não elaboração de um anexo de segurança de vôo; e **pelo planejamento de um deslocamento em um tipo de formatura para o qual os pilotos, tanto o líder quanto as alas, não estavam suficientemente treinados;** (Negritei)

(...)

(7) Deficiente Planejamento

De acordo com a análise meteorológica, poderiam ser encontradas formações de nuvens. Mesmo sabendo do fato, o vôo foi planejado para um nível VFR* (FL 095). (*vôo visual)

Caracterizado pelo preparo inadequado da missão; pelo desconhecimento ou desconsideração dos preceitos básicos para o vôo de formatura... (Negritei)

(...)

(9) Indisciplina de Vôo

Apesar de ter sido preenchido um plano de vôo visual, o líder permitiu que sua esquadrilha ingressasse em condições IMC*, **contrariando as regras de tráfego aéreo.** (*vôo por instrumentos) (Negritei)

(10) Outros Aspectos Operacionais

- Deficiente Doutrina para o Vôo de Formatura

(a). o líder não seguiu os preceitos doutrinários para o vôo de formatura;

(b). foi adotada uma configuração de esquadrilha (quatro aeronaves) não prevista e não treinada em ambiente de elevada demanda operacional;

(c). não cumprimento, em vôo, do que foi previsto no *brifim* com relação aos procedimentos em caso de mau tempo; (Negritei)

(...)"

Com efeito, a meu sentir, está caracterizada a responsabilidade civil objetiva da União, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, uma vez que as condições meteorológicas não foram a causa determinante do evento danoso, como bem discorreu o juízo de 1º grau, à fls. 132/134, o que afasta a tese da ocorrência de força maior (excludente da responsabilidade). Ademais, houve descumprimento do planejamento de vôo, uma vez que os procedimentos adequados em caso de mau tempo não foram adotados, conforme se conclui da análise do subitem 10c, acima esposado. A meu ver, o desaparecimento precoce do cônjuge da autora, decorrente do desastre aéreo provocado pela inobservância de regras/procedimentos de segurança de vôo, é motivo suficiente para configurar os danos morais pleiteados, sendo cabível a respectiva reparação.

Por outro lado, entendo que não merece reparo a sentença que fixou o montante da reparação por danos morais em R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), visto que obedeceu aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, evitando o arbitramento em valor excessivo, que pudesse causar enriquecimento sem causa de uma das partes em detrimento da outra, ou em quantia irrisória, incapaz de minorar, em certa medida, o sofrimento injustamente causado. Ora, o ordenamento jurídico pátrio não estabeleceu parâmetros objetivos para a valoração do dano moral, dependendo essa tarefa da análise ponderada do magistrado. *In casu*, tenho que o juízo *a quo* agiu com prudente arbítrio, motivando adequadamente sua decisão. Por essa razão, há de ser também rejeitado o pedido de redução do *quantum* indenizatório, suscitado pela UNIÃO, até porque a reparação pelos danos morais não se confunde com o benefício da promoção *post-mortem* e com a condição de pensionista da autora, nem sofre, por ter fundamentos jurídicos distintos, qualquer influência em virtude do pagamento do auxílio-funeral.

Por sua vez, a regra inserta no art. 20, § 4º, do CPC, não significa que, uma vez vencida a Fazenda Pública, a verba honorária advocatícia necessariamente deva ser arbitrada em valor inferior a 10% (dez por cento) do valor da condenação, motivo pelo qual a verba honorária estabelecida deve ser mantida, face à apreciação equitativa realizada pelo magistrado de 1º grau.

Colaciono os seguintes precedentes, a fim de robustecer os entendimentos suso referidos:

“RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. HERDEIRO DA VÍTIMA. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. VALOR. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO.

I - Tendo encontrado motivação suficiente para fundar a decisão, não fica o órgão julgador obrigado a responder, um a um, os questionamentos suscitados pelas partes, mormente se notório seu caráter de infringência do julgado.

II – Na ação de reparação por danos morais, podem os herdeiros da vítima prosseguir no pólo ativo da demanda por ele proposta. Precedentes.

III – A estipulação do valor da reparação por danos morais pode ser revista por este Tribunal, quando contrariar a lei ou o bom senso, mostrando-se irrisório ou exorbitante, o que não se verifica na hipótese dos autos.

Recurso especial não conhecido”. (Negritei)
(STJ - REsp 577.787 - UF: RJ - Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA - DJ: 20/09/2004, página: 290 - Relator(a): Min. Castro Filho - Decisão: Unânime).

“MILITAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE DE SERVIÇO. FALECIMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PENSÃO. GENITORA.

1. Admite-se a condenação da União a indenizar a genitora por danos decorrentes de acidente com o filho militar durante a atividade no Exército.

2. Aplica-se aos militares o art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

3. Não é devida a pensão do art. 1537, II, CC, se já deferida na via administrativa a pensão militar, sob pena de provocar *bis in idem*.

4. Reexame necessário e recursos de apelação parcialmente providos”. (Negritei)

(TRF 2ª Região - AC - Apelação Cível - Processo: 200104010446684 - UF: RS - Órgão Julgador: Quarta Turma - DJU: 18/12/2002, página: 925 - Relator(a): Des. Federal Joel Ilan Paciornik - Decisão: Unânime).

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS ATIVOS E INATIVOS. LEI Nº 8.627/93. REAJUSTE DE 28,86% CONCEDIDO AOS SERVIDORES MILITARES. APLICABILIDADE. DIREITO À COMPLEMENTAÇÃO. PRECEDENTES. AUTARQUIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. LEGALIDADE.

1. (...)

2. (...).

3. O parágrafo 4º do art. 20 do CPC indica o critério de fixação dos honorários de advogado quando restar vencida na demanda a Fazenda Pública, abrangendo também as autarquias.

4. Segundo a regra insculpida no art. 20, parágrafo 4º, do CPC, esta não quer significar que, uma vez vencida a Fazenda Pública, os honorários de advogado devam ser necessariamente, arbitrados em montante inferior a dez por cento do valor da condenação; o juiz, nesse caso, fixa a verba honorária segundo apreciação equitativa, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo 3º do art. 20 do CPC. Legalidade da fixação dos honorários de advogado em 10% sobre o valor da condenação, em consideração ao trabalho do causídico, conforme o previsto na alínea *a* do parágrafo 3º do art. 20 do CPC, não obstante a simplicidade da causa. Precedentes jurisprudenciais.

5. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, improvidas”. (Negritei)

(Origem: Tribunal - Quinta Região - Classe: AC - Apelação Cível - 301727 - UF: CE - Órgão Julgador: Ter-

ceira Turma - Data da decisão: 12/06/2003 - Documento: TRF500072421 - Fonte DJ - Data: 03/09/2003, Página: 864 - Relator(a): Des. Federal Paulo Gadelha - Decisão: Unânime).

Ante o exposto, nego provimento à apelação de Débora Pontes da Silva Cersósimo Batista, ao apelo da União, e à remessa obrigatória, tida por interposta, mantendo integralmente os termos da sentença recorrida.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 334.914-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA IVONETE TABOSA LUZ
Advs./Procs.: DRS. MANOEL CESAR FERREIRA E SILVA E OUTROS (APTE.) E NORIVAL SEBASTIÃO RODRIGUES DE FRANÇA E OUTROS (APDA.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO PELAS DEMAIS PROVAS PRODUZIDAS. CONDIÇÃO DE SEGURADO ESPECIAL DO DE CUJUS. EXTENSÃO DA CONDIÇÃO DE RURÍCOLA DO CÔNJUGE VIRAGO AO CÔNJUGE VARÃO. POSSIBILIDADE.

- 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 juntou, dentre outras: cópia da Certidão de Casamento Civil e da Certidão de Óbito, nas quais consta como profissão do de

cujus, a de “agricultor”; da Notificação/Comprovante de pagamento do ITR referente ao ano de 1993; da Notificação de Lançamento do ITR referente ao ano de 1994, referentes ao imóvel rural “Sítio Onça”, de propriedade do genitor do de cujus. Provas que testificam, também, a condição de rurícola do cônjuge supérstite, e o fato de ser a propriedade do sogro o local do trabalho da apelada.

- O rol de documentos listados no parágrafo único do art. 106 da Lei nº 8.213/91 é meramente exemplificativo, admitindo, assim, outros tipos de provas.

- Cabimento da adoção de entendimento análogo ao assentado na jurisprudência: reconhecimento em favor do cônjuge varão da condição de rurícola da esposa. Situação de segurado especial do instituidor do benefício comprovada.

- O termo inicial do favor legal é a data do óbito – art. 74 da Lei nº 8.213/91 –, norma em vigor ao tempo da morte do instituidor do benefício – 1º/08/1994.

- Impossibilidade de aplicação do disposto na Súmula nº 71 do Tribunal Federal de Recursos, cujos critérios somente puderam ser adotados até o advento da Lei nº 6.899/81.

- Correção monetária dos débitos previdenciários vencidos após a vigência da Lei nº 6.899/91. Aplicação da Súmula 148/STJ. Juros moratórios à taxa de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data da citação válida - Súmula 204/STJ.

- Verba honorária de sucumbência mantida, respeitados os limites da Súmula 111/STJ.

Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimen-

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

Custas, como de lei.

Recife, 16 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelação interposta pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, em face da sentença de fls. 63/69, da lavra do MM. Juiz Federal da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, que julgou procedente a pretensão deduzida na peça pórdico e condenou a Autarquia Previdenciária a conceder o benefício de pensão por morte de rurícola à requerente, a partir da data do óbito do instituidor do benefício.

A Autarquia Previdenciária reconhece que o benefício de pensão por morte independeria de carência. Aduz, contudo, que para a sua concessão seria imprescindível que o falecido detivesse a condição de segurado especial, nos termos da Lei nº 8.213/91, o que não teria sido provado nos autos.

Nas contra-razões (fls. 79/83), pugna-se pela manutenção da sentença. Sentença sujeita ao reexame necessário. É, no que importa, o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Penso que a sentença deve ser mantida, pelos fundamentos a seguir delineados.

A autora, esposa do segurado falecido Vicente Paulo da Luz, pleiteou o benefício de pensão por morte, com efeitos retroativos à data do óbito, corrigido monetariamente e com a incidência de ju-

ros de mora, além de honorários advocatícios à razão de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

No caso concreto, entendo que restou comprovado que o falecido detinha a condição de segurado especial, nos termos do art. 11, VII, da Lei nº 8.213/91. Vejamos.

A autora acostou, dentre outras, cópia da Certidão de Casamento (fls. 11) e da Certidão de Óbito (fl. 12), nas quais consta como profissão de seu falecido esposo a de “agricultor”.

Ora, efetuando-se uma interpretação extensiva das disposições do parágrafo único do art. 106 da Lei nº 8.213/91, tais registros servem para caracterizar a existência de início de prova material, o que confirmaria que a autora-apelada faria jus ao benefício previdenciário pleiteado na petição inicial, eis que o rol dos documentos constante do citado dispositivo legal é meramente exemplificativo, podendo acolher-se, portanto, outras provas que sirvam para demonstrar, idônea e suficientemente, os fatos.

Anoto que a jurisprudência vem acolhendo provas que guardem similitude com as que fiz referência, conforme faz certo a ementa a seguir transcrita, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. COMPROVANTE DE PAGAMENTO DE ITR EM NOME DO EMPREGADOR DAAUTORA. DECLARAÇÕES DO EMPREGADOR E DO SINDICATO DOS TRABALHADORES RURAIS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONFIGURADO.

- A comprovação de atividade laborativa rurícola deve se dar com o início de prova material, ainda que constituída por dados do registro civil, com a certidão de casamento e assentos de óbito, ou mesmo declarações de sindicatos de trabalhadores rurais ou de ex-patrões, corroboradas por provas testemunhais.
(Grifei)

- O cadastro de contribuinte para fins de pagamento do ITR, expedido em nome da dona da propriedade onde a autora exerceu a atividade rural, constitui início razoável de prova material, corroborado pelas

Declarações da Empregadora e do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de que houve o exercício de atividade rural, para fins previdenciários, pelo período legalmente exigido. Precedentes do STJ.

- A carteira de filiação ao Sindicato de Trabalhadores Rurais de Formosa foi emitida em 1993, bem antes do ajuizamento desta ação, sendo contemporânea aos fatos alegados. Precedentes.

- Recurso especial conhecido em parte e desprovido”. (REsp 626.517-CE, Rel. Min^a Laurita Vaz, Quinta Turma, Julg. 25.05.2004, DJ 02.08.2004, pág. 561).

É certo que os depoimentos das testemunhas - fls. 58/60 -, anotados com o fim de corroborarem o contido no início de prova material, ratificaram a condição de rurícola da apelante; mas não fizeram alusão ao instituidor do benefício.

Penso, contudo, que não se pode desprezar o valor probante dos supracitados testemunhos, pois, se a jurisprudência tem entendido que em sendo o cônjuge varão afeiçoado às lides do campo, a esposa também a elas se devotará, auxiliando o marido na faina dura do dia-a-dia, por igual razão também há de ser assim, quando se assegura que o cônjuge virago “... *trabalha há mais de vinte anos na agricultura...*” – fls. 59 – ou que “... *a autora trabalha nas terras do seu sogro ...*” ou que “... *trabalhou em outros sítios não sabendo precisar o nome...*” – fls. 58; afinal, é comum que marido e mulher se apoiem reciprocamente na labuta diária, seja em relação ao trato da terra, seja no tocante ao amanho dos animais do campo; é isso o que **a experiência comum** põe ao conhecimento de quem quer que se debruce sobre questões como a de que se cuida.

É por isso que se faz mister que se preste, em lides que envolvam cidadãos brasileiros devotados ao labor rural, prestar especial atenção às particularidades de cada caso, mormente quando se trata de avaliar as provas coligidas, transcendendo-se os aspectos meramente formais da lide, em homenagem à situação fática que as provas descortinarem.

Com efeito, além das certidões do registro civil de casamento e de óbito carreadas aos autos, **que indicam como profissão do**

cônjuge falecido, a de agricultor, restou provado que o pai do instituidor, o Sr. José Idelmar Luz, é proprietário do imóvel rural denominado Sítio Onça, propriedade a que se referem, tanto a Notificação/Comprovante de pagamento do ITR referente ao ano de 1993 (fl. 20), como a Notificação de Lançamento do ITR referente ao ano de 1994 (fl.20).

Ora bem, sendo o pai do *de cuius* proprietário de imóvel rural, tendo inclusive firmado declaração (fl. 19) dando conta de que o filho trabalhava na sua propriedade e, também, por constarem nos termos de depoimentos das testemunhas (fls. 58 e 60) afirmações que indicam as terras do sogro como o local do trabalho de campo da apelada, a consequência lógica é reconhecer-se a condição de segurado especial ao *de cuius*; afinal, soaria ilógico sustentar que a apelada trabalhava como rurícola nas terras do sogro, e o filho deste último (o *de cuius*, reitero) **também ali não mouresse**.

E isso soa tanto mais verdadeiro quando se tem presente o fato de que, na prova oral produzida, não houve qualquer referência ao exercício pelo *de cuius*, de uma atividade distinta da exercida pelo cônjuge-apelada.

Assim, por entender que as provas apontam para a condição de segurado especial do falecido esposo da apelada, tal constatação me leva a examinar o pedido de pensão por morte, objeto da presente demanda.

Observa-se que, além de constar nos autos que o esposo da autora faleceu no dia 1º do mês de agosto de 1994 (Certidão de Óbito de fl. 12), está comprovada a existência do vínculo matrimonial por meio da Certidão de Casamento, acostada à fl. 11 dos autos.

A jurisprudência pátria, em situações assemelhadas, assim vem se pronunciando, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. VIÚVA DE RURÍCOLA. DEPENDÊNCIA PRESUMIDA. COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ.

- O cônjuge de rurícola é beneficiário da Previdência Social na condição de dependente econômico de

seu marido falecido, sendo presumida a sua dependência (artigo 16, parágrafo 4º, da Lei 8.213/91). (Grifei)

- Comprovada a qualidade de rurícola do *de cujus*, por meio de prova material corroborada por idônea prova testemunhal, inadmissível a sua negativa em sede especial, por força do óbice da Súmula 7 deste STJ.

- Recurso não conhecido.”

(STJ - Superior Tribunal de Justiça, REsp - 227707/SP, Sexta Turma, Decisão: 26/10/1999, DJ Data:29/05/2000 Página:200, Relator Hamilton Carvalhido).

“PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. CÔNJUGE DE FALECIDO SEGURADO. TRABALHADOR RURAL. CONDIÇÃO DE SEGURADO ESPECIAL DO *DE CUJUS*, À ÉPOCA DO ÓBITO, DEMONSTRADA MEDIANTE INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVAS TESTEMUNHAIS. CERTIDÃO DE ÓBITO. CERTIDÃO DE CASAMENTO CIVIL. CERTIDÕES DE NASCIMENTO DOS FILHOS HAVIDOS EM COMUM. PENSÃO POR MORTE. DIREITO. MANUTENÇÃO DO *DECISUM* MONOCRÁTICO ENGENDRADO.

- O benefício de pensão por morte é devido para cônjuge de falecido segurado, desde que comprovado o seu matrimônio com o *de cujus*, associado à comprovação de rurícola, segurado especial, do falecido em referência, o que se verifica nos presentes autos, através de provas materiais oferecidas aos autos, robustecidas por depoimentos de testemunhas colhidos em audiência judicial.

- A dependência econômica do cônjuge do segurado é presumida, nos termos do art. 16, § 4º, da Lei nº 8.213/1991. (Grifei)

- Apelação e remessa oficial improvidas.”

(Tribunal - Quinta Região, AC - 334193/RN, Terceira Turma, Decisão: 13/05/2004, DJ - Data:01/06/2004

- Página: 439 - Nº: 104, Desembargador Federal Paulo Gadelha).

À vista dos argumentos acima expendidos, estou em que a cópia da Certidão de Casamento Civil (fl. 11) e a Certidão de Óbito (fl. 12) são válidas como inícios de prova material e, em conjunto com as demais provas materiais e testemunhais trazidas à colação, prestam-se a comprovar que o *de cujus* efetivamente trabalhou como agricultor, sendo suficientes para a comprovação de sua condição de segurado especial; resta, portanto, configurado nos autos que a suplicante preenche os requisitos autorizadores da outorga benefício de pensão por morte, fazendo, pois, jus ao deferimento do seu pleito.

No tocante ao termo inicial do benefício, no caso dos autos, é de bom alvitre que se observe, ainda, a legislação de regência à época do falecimento do esposo da autora, o mês de agosto do ano de 1994. Confira-se, a propósito, o art. 74 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

“Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: do óbito, ou da decisão judicial, no caso de morte presumida.”

Destarte, tenho que andou bem o culto e zeloso julgador *a quo* quando definiu como termo *a quo* do benefício a data do óbito do instituidor.

No que tange à 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, então, os aplicáveis.

Outrossim, a Súmula 148 do e. STJ pacificou a questão referente aos débitos previdenciários vencidos, *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 tocante aos juros moratórios, a jurisprudência vem entendendo que são devidos a partir da citação válida no percentual de 1% (um por cento) ao mês, para os pagamentos de débitos de natureza alimentar efetuados tardiamente pelo Poder Público, conforme se observa *infra*, *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.

- 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.

- Recurso Especial parcialmente provido.”

(REsp - Recurso Especial - 478.036/PB, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, Julg. 18/03/2003, *DJU* de 28/04/2003, pág. 255).

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. EFEITOS DA CITAÇÃO. INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA. EFETIVAÇÃO DA CITAÇÃO VÁLIDA. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

- A sentença recorrida condenou o INSS ao pagamento dos juros moratórios a partir dos vencimentos das respectivas parcelas em atraso. Merece, nesse particular, ser reformado o julgado monocrático, eis que resta claro o comando do art. 219 do CPC, que dispõe que apenas com a citação válida é que se constitui em mora o devedor.

- No que tange ao pedido de afastamento da condenação do apelante em honorários advocatícios, também lhe assiste razão, pois, uma vez que ambas as partes foram sucumbentes, não há que se falar em condenação de honorários apenas para uma delas, nos termos do comando do art. 21 do CPC.

- Apelação e remessa oficial providas.”

(Tribunal - Quinta Região, AC - 284.496/CE, Segunda Turma, Decisão: 25/06/2002, *DJ* - Data: 28/03/2003 - Página:1236, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho).

Em relação aos honorários advocatícios, estou em que devem ser mantidos no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação imposta ao INSS, para pagamento em favor dos patronos da autora, nos termos definidos na sentença.

Ademais, é somente sobre as parcelas vencidas que incide a verba honorária, sendo considerado como termo final a data da prolação da sentença, não alcançando, portanto, as parcelas vencidas. É só ver o que diz a Súmula 111/STJ, *verbis*: “Os honorários advocatícios, nas questões previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas”.

A questão já foi analisada no e. STJ, que assim se pronunciou:

“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. (Grifei).

- Recurso conhecido e parcialmente provido.”

(REsp - Recurso Especial 424.973/PR (2002/0039619), Rel. Min. Jorge Scartezzini, 5ª Turma, julg. 01/04/2004, DJ 07/06/2004, pág. 00264.)

Diante do exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 350.375-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)
Apelantes: CONSTRUTORA CHRISTIANO CINTRA LTDA. E MUNICÍPIO DE MACEIÓ - AL
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, UNIÃO E MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
Advs./Procs.: DRS. ANTÔNIO DE PÁDUA CARVALHO PAES E DAVID FERREIRA DA GUIA E OUTROS (APTES.)

EMENTA: CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CESSÃO DE ACRESCIDO DE TERRENO DE MARINHA PELA UNIÃO AO MUNICÍPIO DE MACEIÓ/AL, COM DESTINAÇÃO À CONSTRUÇÃO DE UM COMPLEXO TURÍSTICO. CESSÃO A TERCEIRO PARTICULAR PARA CONSTRUÇÃO E EXPLORAÇÃO DE ESTACIONAMENTO ROTATIVO. DESVIO DE FINALIDADE. INFRINGÊNCIA DE CLÁUSULA CONTRATUAL. ANULAÇÃO DO CONTRATO ORIGINAL. CONCESSÃO DE OBRA PÚBLICA. MODALIDADE DE LICITAÇÃO. NULIDADE DO CERTAME. IMPOSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO POR PORTARIA MINISTERIAL, QUANDO VERIFICADA A NULIDADE DO CONTRATO DE CESSÃO ORIGINAL.

- Contrato celebrado entre a União e a Prefeitura de Maceió, cedendo a primeira uma vasta área de acréscidos de marinha destinada à construção de um complexo turístico, parte do projeto

de revitalização do bairro de Jaraguá, na capital alagoana.

- Vedação contratual, sob pena de nulificação da avença, de dar-se destinação diversa à área ou a fração dela.

- Realização de certame licitatório para a cessão de parte do terreno a construtora particular, para a construção e exploração de estacionamento rotativo, atividade não prevista no contrato original de cessão, incidindo a hipótese de decretação da nulidade.

- Escolha equivocada de modalidade licitatória, posto que não levada a termo a avaliação obrigatória pela Delegacia de Patrimônio da União, sendo possível aferir o valor pelo quantum despendido pela empreiteira para a realização da obra.

- Somente através de concorrência poderia ter sido licitada a contratação da concessão de obra pública de que se trata. Nulidade do certame, não bastasse já ter ocorrido a hipótese de nulificação da cessão por parte da União. O convite somente se aplica a obras de valor reduzido.

- Impossível a convalidação da cessão para construção do estacionamento através de Portaria Ministerial posterior ao ajuizamento da Ação Civil Pública, quando verificada a hipótese contratual de decretação da nulidade da avença original por desvio de finalidade.

- Apelação parcialmente provida, apenas e tão-somente para reconhecer como não caracterizada a má-fé da apelante.

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 maioria, em dar parcial provimento à apelação, apenas e tão-somente para reconhecer como não caracteri-

zada a má-fé da apelante Construtora Christiano Cintra Ltda., nos termos das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, e, no mais, negar provimento à apelação, por unanimidade. Vencido parcialmente o Relator.

Custas, como de lei.

Recife, 13 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 Estadual ajuizou, perante a 2ª Vara da Fazenda Pública de Maceió/AL, a presente Ação Civil Pública intentada contra o Município de Maceió/AL, com litisconsórcio passivo necessário da Construtora Christiano Cintra Ltda., pedindo a anulação do ato constante da celebração do contrato administrativo firmado entre as rés relativamente à cessão de área para a construção de estacionamento rotativo na área de Jaraguá, na capital alagoana.

Alega em favor de sua tese que a área em questão é um terreno acrescido de marinha, sendo proprietária a União, havendo sido celebrado, em 11.08.95, contrato de cessão, sob regime de aforamento da área à Prefeitura de Maceió, destinada à implantação de um complexo turístico incorporado ao projeto de revitalização do bairro Jaraguá.

Aduz que, ao alienar o domínio útil do imóvel sob comento, a Edilidade deveria ter utilizado o instituto do aforamento e não o da permissão de uso, adequada apenas para cessões por curto espaço de tempo e que, mesmo tendo utilizado a figura da permissão de serviço público com características de contrato de cessão, nenhuma das duas se coaduna com a real situação.

Defende o representante do *Parquet* Estadual que a utilização da modalidade “convite” foi inadequada ao caso, tendo em vista

que o valor do empreendimento totaliza R\$ 1.536.000,00 (um milhão e quinhentos e trinta e seis mil reais), ultrapassando em muito o limite legal para a espécie, devendo ter sido utilizada a concorrência.

Aponta como erros do certame licitatório a falta de qualificação econômico-financeira da construtora contratada, que precisou recorrer a empréstimo bancário para dispor dos recursos necessários à consecução da obra.

Pediu a antecipação da tutela com a suspensão da execução da obra atacada.

Liminar indeferida às fls. 723/728.

À fl. 754 foi proferida decisão do Juízo Estadual determinando a remessa dos autos à representação da União para dizer do seu interesse no feito, ao que esta pediu seu ingresso na lide na qualidade de assistente litisconsorcial, o que ensejou a remessa dos autos à Justiça Federal, cabendo, por distribuição, ao Juízo da 7ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas.

Admitida a presença do Ministério Público Federal, na qualidade de litisconsorte ativo, assim como admitido o ingresso da União como assistente litisconsorcial, em despacho de fl. 775.

Integração do pedido pelo Ministério Público Federal, às fls. 778/784, formulando novo pleito de concessão da antecipação da tutela jurisdicional, este no sentido de ver decretada a suspensão do contrato celebrado entre a Prefeitura de Maceió e a construtora-ré, com a posterior decretação da nulidade da dita avença, ainda pugnando pela declaração da inexistência de qualquer crédito da construtora para com a Prefeitura ou a União.

Deferido o pedido de antecipação da tutela em decisão de fls. 792/804.

Interposto agravo de instrumento pela Construtora Christiano Cintra Ltda.

Prolatada sentença pelo juízo *a quo* às fls. 1.098/1.133.

Apelação da Construtora Christiano Cintra Ltda, às fls. 1.156/1.166, postulando pela completa reforma da sentença, ao argumento de que a mesma não foi lastreada em provas suficientes

para a procedência da ação, tendo transformado um mero vício formal do certame licitatório em complexa rede de tipos penais. Afirma também que foram produzidas provas sem que fosse oportunizado às rés contraditá-las.

Assevera que a sentença vergastada tomou meros indícios como provas irrefutáveis, ressaltando que não houve qualquer dano ao erário. Argumenta que são dois os pontos que dão lastro à pretensão do *Parquet*, quais sejam, o erro na escolha da modalidade e o prévio conhecimento da empresa ré do objeto a ser licitado, antes mesmo da publicização do certame.

Aduz que com a revogação do Contrato de Adesão para Permissão de Uso e Prestação de Serviços celebrado entre o Município e a empresa apelante, cessou o interesse de agir do Ministério Público, o que deve ensejar a extinção do processo sem exame de mérito.

Expende ainda, como argumento, o fato de que não houve desembolso de verba por parte do Município, o que justifica a utilização da modalidade convite, posto que, de acordo com a Lei nº 8.666/93, é vedada a utilização de modalidade de licitação que não a prevista em lei.

Postula, por fim, pelo ressarcimento do valor investido.

Apelação do Município de Maceió postulando a modificação por completo da sentença proferida pelo juízo *a quo*, tendo em vista que, ao seu ver, teve lastro em premissas imprecisas e atreladas à subjetividade, tendo o decisório atacado dado valor excessivo às suposições levantadas pelo Ministério Público.

Aduz ser nula a sentença em função da incompetência da Justiça Federal, já que entende não haver interesse da União, o que também repele a atuação do Ministério Público Federal. Afirma, ainda, não haver interesse de agir por parte do MP, em razão de não ter sido causado qualquer dano aos cofres públicos.

Aventa o fato de ter sido expedida Portaria Ministerial de nº 134/02 pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, através da qual foi acrescida à cessão original a possibilidade de o Município, cessionário, promover a exploração terceirizada da área, sem necessidade de alienar o seu domínio útil. Com a expressa

anuência do Ministro de Estado, perde o MPF interesse em agir, posto que demonstrado o desinteresse da União, que não tornou a atuar no feito após a expedição da aludida portaria.

Aduz que falta interesse de agir ao Ministério Público Federal em razão de não ter sido, em momento algum, comprovada a existência de ato lesivo ao patrimônio público ou atentatório à moralidade administrativa. Refere-se, novamente, à Portaria nº 134/02, que, ao afastar o interesse da União, através de fato superveniente, afastou também a possibilidade de atuação do MPF. Por fim, argumenta que a falta de interesse de agir do MPF contamina o interesse de agir do Ministério Público Estadual, uma vez que este também alegou *vícios formais no processo licitatório que induziram à configuração da fraude*.

No que tange ao mérito da demanda, defende a legalidade do certame licitatório, porquanto, refutando também a alegação de ter sido violada a cessão de uso pactuada entre a União e o Município de Maceió.

Aduz que a cessão inicial da área em tela ocorreu através de Portaria de nº 413/95, exarada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que autorizou a alienação do domínio útil do imóvel para a instalação de um complexo turístico, que previa a construção de um estacionamento. Posteriormente foi expedida a Portaria nº 134/02, autorizando a exploração do estacionamento terceirizado no local. Não teria, ao seu ver, ocorrido qualquer desvio de finalidade, já que a área cedida pela União é maior do que a fração utilizada para o estacionamento, e que a portaria original utilizou conceito tão amplo de complexo turístico que é perfeitamente possível a interpretação de que pode ser destinada parte da área para a construção de um estacionamento.

Assevera que, de acordo com o contrato de cessão sob regime de aforamento celebrado entre a União e a Prefeitura de Maceió, que transferiu para a última o domínio útil da área, seria necessário para a alienação dela que, primeiro, a União permitisse ao cessionário alienar o domínio útil e que, após integrada ao patrimônio da Prefeitura, fosse dada autorização legislativa para efetivar a alienação. Afirma que, à época da cessão, não havia legislação federal que permitisse ao cessionário alienar o domínio útil da

área, o que somente foi possível a partir da edição da Lei nº 9.636/98.

Segundo alega, errou a sentença ao assentar a premissa de violação ao art. 12 da Lei nº 9.636/98, entendendo que somente por leilão ou concorrência seria possível a alienação do domínio útil da área. Entende que, se não havia autorização legislativa, deixou-se de optar pela alienação do domínio útil para apenas permitir o uso da área. Alega terem ocorrido três ganhos efetivos ao poder público, seja através do recebimento de percentual sobre a exploração do estacionamento, sem qualquer desembolso do erário para a construção do empreendimento, e pela aquisição gratuita das benfeitorias ali erigidas.

Quanto à questão da escolha da modalidade licitatória, afirma que a sentença foi assentada em quatro premissas, as de que a) *houve ofensa ao princípio da legalidade e da moralidade administrativa; b) a singeleza do convite inviabilizou a ampliação da participação de outros eventuais interessados; c) a construtora demandada teria suposta informação privilegiada sobre a licitação que seria aberta, tanto assim que se antecipou perante o Banco do Nordeste do Brasil com as diligências para obtenção de empréstimo para implantação do estacionamento público; d) a rapidez do processo licitatório indicava indícios de direcionamento ilícito do seu resultado.* Alega que não há como levar em conta a pretensão do *Parquet* de considerar o valor total da área do complexo turístico (dez milhões de reais) ou do empreendimento de implantação do estacionamento (R\$ 1.536.000,00), quando não houve dispêndio de verba pública.

Relativamente à possibilidade de ter a construtora vencedora do certame tido informações privilegiadas e à velocidade do certame, diz que o projeto de revitalização do bairro de Jaraguá vem sendo comentado pela comunidade local há pelo menos dez anos, e que era óbvia a possibilidade da construção de um estacionamento. Tendo sido acelerado o processo de revitalização, é razoável que a construtora tenha buscado obter recursos para fazer frente a uma possível licitação. Da mesma forma, não se pode imputar à celeridade do certame a indução à fraude, sob pena de se admitir que todo processo de licitação deveria, necessariamente, ser lento.

Afirma, ainda, a apelante, que a exploração de estacionamento não pode ser entendida como serviço público, sendo, isto sim, serviço de utilidade pública, razão pela qual não é aplicável a figura jurídica propugnada pela sentença, que entendeu tratar-se de concessão de obra pública. Lembra que foi licitada a exploração de área pública e não a realização de obra pública.

Afasta a tese de que, havendo ofensa à moralidade administrativa, a lesividade é presumida, a despeito de não ter sido demonstrada qualquer imoralidade e que foi posta de lado a presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Requer, ao final, que, como corolário da reforma da sentença, seja declarada a inexistência de qualquer ilícito cometido pelos agentes públicos referidos, tanto no certame licitatório, quanto no trâmite da ação judicial, devendo ser afastada ainda a imputação de litigância de má-fé.

Contra-razões do Ministério Público Federal às fls. 1.212/1.219, da União às fls. 1.221/1.239 e do Ministério Público Estadual às fls.1.230/1.239.

Colacionada, às fls. 1.246/1.250, a decisão, transitada em julgado, que negou provimento ao agravo de instrumento interposto contra a decisão que deferiu a liminar.

Vieram os autos a esta Corte, sendo-me conclusos por distribuição.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Relator Convocado):

Cumpre, antes de adentrar ao mérito da demanda, enfrentar as preliminares aventadas nas apelações da Construtora Christiano Cintra Ltda. e do Município de Maceió.

Afirma a Edilidade que a sentença atacada é nula, tendo em vista ser incompetente a Justiça Federal para julgar a presente lide. Lastreia a sua alegação no entendimento de que, com a edição da Portaria nº 134/02, em que a União anuiu com a terceiriza-

ção da área examinada, deixou de haver interesse do Ministério Público Federal e da União.

Não há como dar guarida à prefacial. A área em que foi construído o estacionamento em exame foi cedida pela União à Prefeitura de Maceió com o intuito de que ali se erigisse um complexo turístico. Por ser terreno de marinha, a titularidade é da União e somente ela é que pode dispor de seu domínio. Ora, se o nascedouro do negócio jurídico em comento é um contrato firmado entre a União e o Município e se debate, na presente demanda, a forma de ocupação da área objeto da avença por terceiro, não há como afastar o interesse da União e, por conseguinte, a competência da Justiça Federal.

Não se pode, na análise das prefaciais, adentrar ao mérito da demanda, como pretende a apelante. O advento da inúmeras vezes citada Portaria 134/02 não pode afastar a competência da Justiça Federal até mesmo por ser necessária uma análise mais acurada da sua eficácia em relação a negócio jurídico que poderia já estar nulificado, matéria afeta ao mérito.

Assim, não se há falar em incompetência, muito menos de nulidade da sentença.

Do mesmo modo, assentado que não se pode afastar a competência da Justiça Federal em função da edição da portaria pré-falada, que tentou convalidar a situação *sub judice*, não se pode retirar do Ministério Público Federal o interesse de agir, até mesmo pelo fato de que o único argumento apresentado para afastar a sua legitimidade é a vinda a lume da Portaria 134/02.

A respeito do interesse de agir do MPF, é de ver que a sua legitimidade está inscrita no art. 129 da Constituição Federal, que, em seu inciso III, preconiza caber ao *Parquet* “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Atua o Ministério Público na qualidade de guardião da moralidade administrativa e na proteção do patrimônio público. Novamente é de ser afirmado que, estando em dúvida a forma como se transferiu a particular a utilização de área pública, é evidente a legiti-

dade do MP, que ora atua conjuntamente, com a representação Estadual e a Federal, em busca do mesmo fim.

O argumento utilizado pelo Município de Maceió, quando de seu apelo, no sentido de que não houve a comprovação do ato lesivo ao patrimônio público, como sedimento da ilegitimidade do *Parquet*, também adentra ao mérito da ação. Se a demanda foi intentada justamente porque, aos olhos do Ministério Público, teriam sido detectadas irregularidades na cessão do terreno em que construído o estacionamento, somente após o término do julgamento é que se poderá afirmar se os autos foram municiados das provas necessárias a comprovar o alegado na inicial.

Por fim, a tese da contaminação da legitimidade do Ministério Público Estadual em face de ter formulado o mesmo pleito deduzido por seu equivalente federal, a despeito de prejudicada, soa absurda. Contaminar a legitimidade pela identidade do pedido é instituto sem precedentes em nosso ordenamento jurídico. Trata-se de exercício para tentar, por vias obtusas, extinguir a ação e evitar a análise do mérito da demanda.

O outro argumento levantado contra a legitimidade do MP foi o trazido pela construtora-ré, que aduziu que, tendo sido revogado o contrato celebrado entre as partes (Município e construtora), não mais haveria interesse no prosseguimento da demanda por parte do MP, ensejando a extinção do processo sem exame de mérito.

Aplicam-se os mesmos argumentos antes deduzidos para afirmar a legitimidade dos proponentes da presente Ação Civil Pública.

Legítima, pois, a participação do Ministério Público na lide, devendo ser refutada a preliminar argüida.

VOTO MÉRITO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Relator Convocado) :

São duas as apelações acostadas aos autos pugnando pela completa reforma da sentença.

A Construtora Christiano Cintra Ltda. aduziu que a sentença não foi lastreada em provas consistentes, tendo havido, na sua

expressão, *supervalorização* de indícios, além do que, alega que foram produzidas provas sem que as partes passivas tivessem ciência das mesmas.

No que se refere à alegação de ter sido cerceada a defesa das rés, com a juntada de provas aos autos sem que lhe fosse dada a oportunidade de contraditá-las, verifico que a apelante cinge-se a formular afirmação genérica, não apontando qual o documento que teria sido juntado sem a oportunização de defesa e em que fase do processo.

É assente que não basta apontar falhas do decisório de forma genérica. O mínimo que se espera da parte que afirma o cerceamento de defesa é que aponte de forma clara e inequívoca quando e onde este ocorreu. Não tendo se desincumbido deste ônus, desacolho a alegação.

Ademais, a única referência existente em relação ao possível cerceamento de defesa encontra-se na apelação do Município, que não a alega, verificada em nota de rodapé do item 143 da apelação, à fl. 1.204. Apenas para elucidar a suposta ocorrência de prejuízo aos demandados, merece ser abordada a alegação. E, mesmo assim, não merece guarida. Após terem sido colacionados os documentos de fls. 1.057/1.064, foi oportunizado às partes que falassem nos autos, à fl. 1.066, apresentando, no prazo de dez dias, as provas que pretendiam produzir e, caso não o fizessem, apresentando razões finais. Quanto à afirmação de que houve deliberada intenção de prejudicar o Município ao determinar a sua intimação pessoal à fl. 1.006 e depois desconsiderá-la, não há, na página indicada, qualquer apontamento neste sentido. Caso se trate do despacho de fl. 1.066, foi efetivamente determinada a intimação pessoal do Município (corretamente), estando acostada a peça processual de lavra da Edilidade às fls. 1.067/1.072. Evidente que a afirmação de que não houve apresentação de razões finais não prospera, já que estão ali consignadas.

No que respeita à afirmação de que a sentença atacada ateu-se apenas a indícios, é preciso ter em vista que as alegações do MP têm lastro em documentos carreados aos autos, além do que a principal divergência está na interpretação dos institutos jurídicos aplicáveis à espécie. Quanto aos fatos, houve aquiescência

dos demandados em relação à sua ocorrência.

Senão vejamos. Não foi, em momento algum, questionado o fato de ter sido celebrada avença entre o Município e a União cedendo a área que seria posteriormente destinada à construção do estacionamento. Há plena concordância das partes e da prova documental quanto ao fato de que foi realizada licitação na modalidade “convite”. Há elementos (fls. 323/377) que claramente comprovam que, em 31.12.99, foi apresentado pela construtora, junto a instituição financeira, o projeto de construção do estacionamento, no valor total de R\$ 1.536.231,00. Somente em 01.01.00 foi aberto o processo de licitação, na modalidade convite, sendo abertos os envelopes em 28.01.00.

Do mesmo modo, não foi apontada qual a assertiva da sentença que foi lastreada apenas em indícios.

Como acima expendido, resta claramente evidenciado que a construtora-ré tinha conhecimento de que seria construído o estacionamento em questão. Apenas alguns dias antes de ser aberta a licitação, apresentou complexo projeto de realização da obra com o intuito de levantar fundos suficientes à sua concretização. Caracteriza-se, assim, de forma evidente, a ocorrência de informação privilegiada.

A prova é efetiva e suficiente, não sendo possível que seja tomada como meramente indiciária, muito menos supervalorizada.

A empreiteira pede, ainda, em seu apelo, que seja determinada o ressarcimento do valor empregado. O pedido não encontra respaldo legal. O pleito poderia recair, ao máximo, na desconstituição da determinação contida no *decisum* de primeiro grau de que não lhe fosse restituído o valor empregado na construção do empreendimento, mas não lhe é permitido, em sede de apelação, formular pedido com teor de reconvenção.

Ocorre que não se pode utilizar as contra-razões como se reconvenção fossem, entendimento que trago com o aresto a seguir transcrito:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. IMÓVEL LOCADO/BENFEITORIAS FEITAS PELO LOCATÁRIO. VENDA DO IMÓVEL. REPARAÇÃO DE

DANO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOMINAÇÃO DA AÇÃO. ALTERAÇÃO DO PEDIDO. PROCURADOR DE AUTARQUIA FEDERAL/MANDATO. AUTENTICIDADE DE CÓPIAS. CARÊNCIA DE AÇÃO E ILEGITIMIDADE DE PARTE.

1. Inocorre cerceamento de defesa por indeferimento de colheita de prova testemunhal quando tudo o que se necessitava provar já estiver provado, inclusive pelo depoimento pessoal do denunciado à lide.

2. Irrelevante a contraditória nomeação da ação ('ordinária de rito sumaríssimo') mencionada na inicial, quer porque inexistente o requisito de se nominar corretamente a inicial (art. 282, CPC), quer porque já pacificada a jurisprudência no sentido de que o nome errado da ação não importa e sim aquilo que se ajuste aos termos da inicial e seu objeto. Preliminar de errônea nomeação da ação que se repele.

3. O pedido inicial de 'reparação de danos' uma vez contestado, não pode ser alterado sem consentimento do réu.

4. Procuradores de autarquia federal não são obrigados a exhibir mandato em cada processo, uma vez que, por força do vínculo funcional, já são investidos de poderes *ad judicium*.

5. A falta de autenticidade de cópias juntadas com a inicial não conduz a sua inépcia, quando tais documentos não forem essenciais à propositura da ação e nem for suscitado incidente de falsidade.

6. Por se confundir com o mérito, com este deve ser resolvida a preliminar de carência de ação e ilegitimidade de parte.

7. Se o imóvel foi adquirido sem as benfeitorias, como expressamente consta na escritura pública, o uso sem justa causa, se houve, foi do adquirente do imóvel, relativamente às benfeitorias. Não permitindo a retirada destas, cabe ao retentor pagá-las a seu proprietário legal.

8. Qualquer pretensão do réu contra o autor, que não se limite a meramente elidir o pedido no todo

ou em parte, somente através da *in jus vocatio* poderá ser exercitada. Inexistindo reconvenção aceita, toda a matéria de fundo do processo se acha circunscrita ao pedido do autor e à exceção do réu, sendo vedado ao juiz conhecer de pretensões não ajuizadas.”

(TRF 4ª Região, AC 9004188088/PR, Rel. Juiz. Doria Furquim, 2ª Turma, DJ 17/11/1993).

O apelo do Município de Maceió está fulcrado, basicamente, na impossibilidade de se exigir a modalidade de concorrência para a licitação, na inexistência de desvio de finalidade e na inocorrência de violação ao princípio da moralidade.

Verifico que, a despeito de ter sido travada uma larga discussão nos autos, abordando inclusive a temática da improbidade administrativa, o ponto central da lide foi claramente focalizado pela sentença recorrida, tratando-se de verificação da incidência das hipóteses contidas nas cláusulas contratuais da avença celebrada entre a União e a Prefeitura, bem como sobre qual o instituto jurídico relativo à cessão do espaço físico ao particular e a modalidade de licitação utilizada. As demais discussões têm caráter secundário.

Senão vejamos. Por primeiro, merece transcrição excerto do decisório (fls. 1.104/1.105) que, ao refutar preliminar de inépcia da inicial, balisa a lide:

“Procedendo-se a um atento exame da inicial, colhe-se que o Órgão Ministerial aponta flagrantes ofensas aos princípios constitucionais reitores da Administração Pública, assim como o desrespeito aos postulados da Lei de Licitações – dentre outras irregularidades perpetradas pelos réus –, quando se fez uso de uma modalidade de licitação inadequada, o convite, para contratação de um empreendimento de grande envergadura, cujo meio inarredável de licitação seria a concorrência.

Na verdade, que transparece das exordiais, o Ministério Público não se confundiu na concepção dos institutos de permissão, concessão ou permissão de uso, mas sim, flagrou a intenção dolosa dos réus de se servirem do

rótulo da permissão de uso – que configura ato unilateral e precário (salvo quando qualificada, ou seja, tenha prazo fixado), e, portanto, não demanda licitação na modalidade concorrência –, quando toda a situação fática denuncia que se está diante de caso típico de concessão de uso, na qual a licitação mediante concorrência torna-se imperativa.

Malgrado o acima exposto, não há se olvidar que os autores detectaram que o caso dos autos é de concessão de obra pública e não de concessão de bem público. E isso porque o fator preponderante do objeto da contratação é a construção de um estacionamento – que, segundo consta dos autos, demanda um investimento de mais de um milhão e meio de reais – e não o simples uso do terreno sobre o qual incidirá a edificação.

Para melhor elucidar o conceito de tais institutos, eis o escólio de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

*‘A **permissão de serviço público** é, tradicionalmente considerada, ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário.’*

*‘**Concessão de obra pública** é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona.’*

‘A diferença está na forma de constituição, pois a concessão decorre de acordo de vontade e a permissão, de ato unilateral; e na precariedade existente na permissão e não na concessão.’

*‘**Permissão de uso** é o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta a utilização pri-*

vativa de bem público, para fins de interesse público.’

‘(...) a permissão de uso, embora seja ato **unilateral**, portanto, excluído da abrangência do artigo 2º, às vezes assume a forma contratual, com características iguais ou semelhantes à concessão de uso; é o que ocorre na **permissão qualificada**, com prazo estabelecido. Neste caso, a licitação torna-se obrigatória. A Lei nº 8.666/93 parece ter em vista precisamente essa situação quando, no art. 2º, parágrafo único, define o contrato como todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, **seja qual for a denominação utilizada**.’

‘**Concessão de uso** é contrato administrativo pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a utilização privativa de bem público, para que a exerça conforme a sua destinação. Sua natureza é a de contrato de direito público, sinalagmático, oneroso ou gratuito, comutativo e realizado intuito personae.’

Arremata a renomada publicista que:

‘A **concessão** é o instituto empregado preferencialmente à permissão, nos casos em que a utilização de bem público objetiva o exercício de atividade de utilidade pública de maior vulto e, por isso mesmo, mais onerosa para o concessionário. Este assume obrigações perante terceiros e encargos financeiros elevados, que somente se justificam se ele for beneficiado com a fixação de prazos mais prolongados, que assegurem um mínimo de estabilidade no exercício de suas atividades. Em conseqüência, a forma mais adequada é a contratual, que permite, mediante acordo de vontades entre concedente e concessionário, estabelecer o equilíbrio econômico do contrato e fixar as condições em que o uso se

exercerá, entre as quais a finalidade, o prazo, a remuneração, a fiscalização, as sanções. A fixação de prazo, além de ser uma garantia para o concessionário, sem a qual ele não aceitaria a concessão, é exigência legal decorrente da Lei nº 8.666/93, de 21-6-93, cujo artigo 57, § 3º, veda contrato com prazo indeterminado.'

Donde concluir-se que, se os autores da presente ação entendem que o procedimento licitatório em questão transcorreu com violação aos requisitos norteadores dos contratos administrativos, em detrimento do patrimônio público e da moralidade administrativa, está dita *causa petendi* em perfeita harmonia com o pedido de nulidade do ato administrativo, caindo por terra a cogitação de inépcia da inicial."

Percebe-se que o delineamento da matéria da lide foi claro. Segundo os demandantes, utilizou-se o Município de forma de cessão equivocada, deixando de ser utilizada a modalidade correta de licitação. Este o objeto da ação.

E acerta a sentença vergastada em reconhecer que a transferência do imóvel por parte da Prefeitura à construtora tenha característica de concessão de obra pública, ressaltando, como a autora citada o fez, que o nome dado ao contrato não determina as suas características. A forma de cessão utilizada, mesmo sem que lhe tenha sido dado o nome correto, enseja a utilização do certame licitatório.

Há de se verificar, antes mesmo de ser analisada a questão da modalidade de licitação que foi utilizada, se o contrato celebrado entre a União e a Prefeitura de Maceió, cedendo o terreno onde deveria ser erigido um complexo turístico, permitia a cessão da forma como foi realizada.

No contrato colacionado às fls. 618/620 dos autos, celebrado em 11.08.95, está estabelecido, através da cláusula quarta, que o imóvel "destina-se à implantação de complexo turístico incorporado ao Projeto de Revitalização do bairro de Jaraguá e do Vale do Reginaldo, bem como à construção de uma marina".

O modo de alienação do domínio útil do imóvel restou insculpido na cláusula sétima da avença, quando ficou estabelecido que “O Outorgado Cessionário alienará o domínio útil do imóvel através de licitação, que terá como valor mínimo o da avaliação a ser promovida pela Delegacia do Patrimônio da União em Alagoas, com a destinação precípua da implementação do empreendimento a que se refere a presente Cessão”.

Ora, ao levar a termo a licitação na modalidade convite, sem levar em conta a necessidade de se proceder, via Delegacia do Patrimônio da União, à avaliação da área, o procedimento afrontou, também, o termo de convênio (fls. 622/625) firmado pela União, através da DPU e o Município de Maceió, o qual visava à “cooperação técnica no planejamento, desenvolvimento e implantação de projetos para regularização da ocupação de imóveis de propriedade da União”.

Derivado deste, o contrato celebrado entre a Municipalidade e a construtora foi destinado à construção de um estacionamento, em frontal desrespeito ao estabelecido pela cessão original. E não merece acolhimento o argumento da apelante de que o conceito de complexo turístico é vago e alberga a instalação de um estacionamento. Se foi discriminada a construção de uma marina, o mesmo teria de ser feito em relação a um estacionamento, mormente quando se trata de concessão para exploração da área com fins lucrativos.

E o desvio de finalidade ocorrido remete, de forma hialina, à Cláusula Décima Terceira do contrato firmado entre o Município e a União:

“Cláusula Décima-Terceira: que a presente Cessão tornar-se-á nula, independentemente de ato especial, retornando o imóvel à Outorgante Cedente, sem direito o Outorgado Cessionário a qualquer indenização, inclusive por benfeitorias realizadas, nos seguintes casos: a) se ao imóvel, no todo ou em parte, vier a ser dada utilização diversa da que lhe foi destinada; b) se houver inobservância das cláusulas e/ou condições estabelecidas no presente Contrato; c) se ocorrer inadimplemento de cláusula contratual.”

A nulidade é evidente. Se havia uma destinação e o contrato mesmo que culminou com a cessão da área restringia a utilização para fim diverso do avençado, não se há de questionar que incidiu a hipótese de nulidade prevista no contrato.

Tanto é que, depois de ajuizada a presente Ação Civil Pública, tentou-se, através de nova Portaria Ministerial 134/2002, convalidar a ilegalidade ocorrida na contratação da construção do estacionamento.

Um dos argumentos levantados pela Municipalidade é o de que a violação ao art. 12 da Lei nº 9.636/98 não poderia ser considerada pela sentença, uma vez que, ao tempo da cessão do terreno pela União, a legislação em comento sequer existia, razão pela qual não poderia ser efetivada a alienação do domínio útil, posto que inexistente lei federal que o permitisse. Aduz a recorrente que, em função disso, optou pela permissão de uso da área.

Entretanto, a licitação ora atacada ocorreu somente no início do ano 2000, ou seja, já em plena vigência da legislação que a apelante busca afastar. E por certo que aplicável à espécie a legislação vigente ao tempo do negócio jurídico examinado, qual seja, o contrato que transferiu à construtora o imóvel para a implementação de um estacionamento rotativo.

Como já fora expandido, não há, nos autos, a avaliação feita pela Delegacia do Patrimônio da União. Entretanto, ao estabelecer que esta seria levada a cabo em função da “destinação precípua da implementação do empreendimento a que se refere a presente Cessão”, o que se buscava era justamente avaliar o *quantum* de investimento necessário à concretização do empreendimento. É fácil de perceber que se o valor investido pela construtora, para a realização da obra, montou a mais de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e meio de reais), a avaliação da Delegacia do Patrimônio, se correta, indicaria um valor a este aproximado, o que remeteria, obrigatoriamente, à modalidade de concorrência, como acertadamente definiu a sentença ora apelada.

A inconveniência da modalidade convite é claramente perceptível. A lei criou a possibilidade de se levar a termo certames licitatórios de menor complexidade, através do convite a pelo menos três empresas, aliado à publicação e possibilidade de surgimento

de novos interessados. No caso de obras e serviços de engenharia, o art. 23, I, a, da Lei nº 8.666/93 estabelece que a modalidade somente pode ser utilizada até R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Deste modo, à evidência se percebe que a contratação feita entre a Prefeitura e a construtora está eivada de nulidade, a uma, por ter sido descumprida norma de avença anterior que determinava a anulação da cessão do imóvel da União para a Municipalidade; e, a duas, caso não fosse esta nulidade suficiente a macular a construção do estacionamento, a utilização de modalidade de licitação inadequada ao caso.

Há, ainda, a ser analisado, o argumento esgrimido pela apelante, que refuta a tese de que, em havendo ofensa à moralidade pública, é presumível a lesividade ao interesse público. A matéria não diz respeito à presente demanda, uma vez que não se trata de ação de improbidade, apesar de ter sido objeto de análise na decisão apelada – apenas tendo sido determinado pelo magistrado prolator da sentença de primeiro grau que se remetessem cópias da sentença a diversos órgãos, o que pode, em tese, redundar em um eventual questionamento judicial da probidade dos atos analisados.

De lembrar, ainda, que, de acordo com os ditames da Lei nº 8.987/95, art. 2º, III, seria a concorrência a modalidade utilizada:

“III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;”

Por fim, impende seja enfrentado o argumento exaustivamente repetido ao longo da apelação do Município de Maceió. Tange à Portaria Ministerial nº 134/2002, expedida pelo Ministro de Estado

do Planejamento, Orçamento e Gestão. Sem adentrar ao debate travado sobre a sua legitimidade – há nos autos referências desairosas ao processo que culminou com a sua edição – ocorre que, ao tentar convalidar a cessão do quinhão em que foi erigido o estacionamento, o ato ministerial não logrou alcançar êxito, uma vez não lhe ser possível revalidar o anterior ato de cessão, o qual, em razão da infringência de cláusula contratual, tornara-se nulo. Tornou-se, assim, totalmente sem efeito a aludida Portaria Ministerial nº 134/2002, já que nulificado o contrato sobre o qual estaria ampliando o objeto da cessão original, de modo a permitir a exploração, por terceiro, de atividade comercial constante da instalação de estacionamento rotativo.

Forte nessas razões, nego provimento ao apelo.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 353.262-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Apelantes: SINARA BATISTA DA SILVA E UNIÃO
Apealdos: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. ROSETE DE OLIVEIRA RODRIGUES SOARES

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA. PRETERIÇÃO DE POSSE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. RECONHECIDO POR MANDADO DE SEGURANÇA. FÉRIAS, TRABALHO EXTRAORDINÁRIO, AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO E IMPLANTAÇÃO DO ÍNDICE DE 11,98%. NÃO DEVIDOS. DANOS MORAIS NÃO COMPROVADOS.

- Incide, no caso, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, pois há nexos causal entre a não percepção das vantagens do cargo e o ato do presidente do TRE-PE, que negligenciou o direito líquido e certo da apelante particular durante 22 (vinte e

dois) meses, como consta dos autos. Destarte, justifica-se a pretensão do particular quanto à indenização de dano material decorrente da não percepção dos vencimentos do cargo.

- A apelante não faz jus à indenização de férias. As férias têm cunho higiênico e são adquiridas na constância do labor. A apelante não trabalhou, não consumiu energia na labuta, não sofreu fadiga ou cansaço.

- Se é certo que não houve sequer trabalho ordinário, não se pode cogitar de indenização do extraordinário, pois este é o que excede a jornada daquele e acontece normalmente com caráter eventual, incogitável para o caso da apelante.

- Não faz jus a particular apelante ao auxílio-alimentação que só é devido a quem efetivamente trabalha com o fim de ajudar a alimentação do trabalhador, qual o nome indica.

- Não faz jus a particular apelante aos 11,98% decorrentes da implantação do programa de estabilização econômica conhecido como Plano Real, através da Lei nº 8.880, de 27/05/94, posto que os efeitos de sua posse no cargo só retroagiram no tempo até o mês de agosto de 1996, quando o Plano Real já estava implantado.

- As alegações da particular quanto aos danos morais são jejunas de prova. Inexiste nos autos a mínima comprovação de indignidade, sofrimento, dissabor, ou qualquer outro matiz de dano moral que haja afetado psicossocialmente a particular apelante com o retardamento da sua posse.

- Apelação da União e a remessa oficial parcialmente providas e apelação da particular improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma

do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por maioria, dar parcial provimento à apelação da União e à remessa oficial e negar provimento à apelação do particular, para reformar a sentença nos termos do voto do Relator.

Recife, 2 de maio de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Trata-se de remessa oficial e apelações interpostas por Sinaia Batista da Silva e União, contra sentença que julgou parcialmente procedente a ação ordinária, condenando a ré a pagar a indenização por dano patrimonial equivalente ao montante das remunerações líquidas relativas aos meses em que a autora foi impedida de assumir o cargo de taquígrafo judiciário no Tribunal Regional Eleitoral – TRE-PE, acrescida de férias, 13º e auxílio-alimentação, computadas as respectivas progressões funcionais, em caráter retroativo, bem como a diferença do percentual de 11,98%, corrigidos monetariamente, juros de mora de meio por cento ao mês (0,5%) e verba honorária de 10% (dez por cento) sobre o valor apurado na condenação.

A demanda se originou no fato da autora, servidora pública federal, do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, ter pleiteado o ressarcimento de prejuízo materiais e morais pelo tempo em que foi nomeada e impedida de tomar posse, por ter prestado concurso público para o cargo de taquígrafo judiciário (atualmente analista judiciário) em 27/04/1996 (fls. 24), sendo nomeada em 21/08/1996, e, por culpa da administração, só veio a tomar posse em 08/07/1998, definitivamente por força de ordem concedida em mandando de segurança em 28/05/1998 (fls. 28/31).

A sentença motivou-se, em síntese, na responsabilidade objetiva do Estado, verificando o nexo de causalidade entre ato admi-

nistrativo da negativa da posse da servidora depois da nomeação, e os prejuízos suportados por ela. Os autos informam que a mesma só veio a tomar posse 22 (vinte e dois) meses depois.

Em suas razões recursais, Sinara Batista da Silva requer: o pagamento de remuneração resultante da defasagem do enquadramento funcional em face do reconhecimento da própria administração, em 16/01/2001, que fez retroagir os efeitos do tempo de serviço para 16/08/1998; o pagamento das médias das horas extras pagas aos servidores em exercício durante o período de impedimento do exercício funcional e pagamento de indenização por danos morais.

Por seu turno, a União alega em sua apelação que a servidora não faz jus a qualquer indenização, uma vez que os fatos se deram por culpa exclusiva da vítima, por não ter providenciado a documentação exigida a partir do edital, requerendo ao final, o provimento do seu recurso.

Foram apresentadas contra-razões.

É o relatório.

VOTO

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

Por envolverem os mesmos fatos, analiso conjuntamente a remessa *ex-officio*, a apelação da União e apelação da particular.

Empossada em cargo administrativo do quadro do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, por força de mandado de segurança que lhe foi concedido pelo próprio sodalício, não há mais o que discutir sobre a liquidez e a certeza do direito à posse que lhe fora preterida no cargo público em que foi serodidamente investida.

Segue que a preterição foi abusiva e ilegal, gerando evidente lesão ao patrimônio jurídico da apelante particular, em parte, já corrigida, administrativamente, com a retroação dos efeitos jurídicos da posse e as devidas progressões funcionais desde então apuradas, mas resta a reposição econômica relativa ao lapso temporal da omissão, pelo qual, sem concorrência de culpa, deixou de

perceber os estipêndios do cargo.

Incide, no caso, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, pois há nexos causal entre a não percepção das vantagens do cargo e o ato do presidente do TRE-PE, que negligenciou o direito líquido e certo da apelante particular durante 22 (vinte e dois) meses, como consta dos autos.

Destarte, justifica-se a pretensão do particular quanto à indenização de dano material decorrente da não percepção dos vencimentos do cargo.

Não sendo renda, a indenização deve apenas recompor a perda sofrida pela particular, sem a enriquecer sem causa.

Tal apelante não ganhou vencimentos, mas também deixou de gastar, como gastaria, se tivesse trabalhado, com transporte, vestuário, entre outras despesas usuais cobertas pelo salário, ou vencimento. E, obviamente, o que a apelante deixou de receber não foram os vencimentos brutos, mas líquidos, abatidos os descontos legais.

Logo na fixação da indenização não deve ser levado em consideração apenas o que a particular deixou de ganhar, mas também o que ela deixou de gastar.

Segue que os vinte e dois meses de vencimentos que deverão servir de parâmetro para a indenização devida levarão em conta os fatores acima referidos quando forem apurados em liquidação.

Além dos vencimentos propriamente ditos, deixou a apelante de perceber a gratificação natalina, mais conhecida como décimo-terceiro salário, que também lhe é devida, dada a natureza de salário diferido.

No entanto, não faz jus a particular apelante, obviamente, ao auxílio-alimentação que só é devido a quem efetivamente trabalha com o fim de ajudar a alimentação do trabalhador, qual o nome indica.

Também não faz jus a apelante aos 11,98% decorrentes da implantação do programa de estabilização econômica conhecido como Plano Real, através da Lei nº 8.880, de 27/05/94, posto que os efeitos de sua posse no cargo só retroagiram no tempo até o

mês de agosto de 1996, quando o Plano Real já estava implantado.

A retroação da posse da apelante a agosto de 1996, deu-se por ficção jurídica, não sendo um fato real, posto que entre tal data e a data real de sua posse no cargo de analista judiciário, em 08 de julho de 1998 (fls. 31), a apelante jamais trabalhou.

Ora, sem haver trabalhado, não faz jus às férias pretendidas.

O instituto de férias tem cunho higiênico, pois as férias possuem a finalidade de restaurar as energias vitais consumidas pelo trabalho diuturno a fim de debelar a fadiga ou o cansaço.

Assim, só se indenizam férias adquiridas na constância do labor.

A apelante não trabalhou; não consumiu energia no labor; não sofreu fadiga ou cansaço do labor; não faz jus à indenização de férias. Seria enriquecimento sem causa.

Já o trabalho extraordinário, como a própria denominação esclarece, não é o ordinário, o que costuma acontecer no cotidiano do trabalho. Por isso, ao contrário deste, não se presume.

Mesmo quando trabalhado – o que não é o caso – necessita ser provado por prova robusta, pois se cuida de exceção, e não, da regra, na relação de trabalho.

No caso, se é certo que não houve sequer trabalho ordinário, não se pode cogitar de indenização do extraordinário, pois este é o que excede a jornada daquele e acontece normalmente com caráter eventual, incogitável para o caso da apelante.

No que pertine aos danos morais, as alegações da particular são jejunas de prova.

Com efeito, inexistente nos autos a mínima comprovação de indignidade, sofrimento, dissabor, ou qualquer outro matiz de dano moral que haja afetado psicossocialmente a particular apelante com o retardamento da sua posse.

Ao contrário, consta dos autos farta prova documental que, ao invés de humilhada, a particular deu expansão a outras atividades, participando de programas, estudos, seminários, palestras, traba-

lhos, que não expressam qualquer dissabor.

Com estas considerações, nego provimento à apelação da particular e dou parcial provimento à apelação da União e à remessa oficial para reformar a sentença nos termos do voto e, ainda, diante da reciprocidade da sucumbência, determinar que cada parte suporte os honorários de seus advogados – art. 21 do CPC.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL 365.964-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SÍLVIO OURÉM CAMPOS (CONVOCADO)
Apelantes: COMPESCAL - COM/ DE PESCADO ARACATIENSE LTDA. E OUTROS
Apelada: UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. METON CESAR DE VASCONCELOS E OUTRO (APTES.)

EMENTA: APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DA UNIÃO. PARIDADE CAMBIAL. INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO. ATOS DO BANCO CENTRAL. LEGALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

- Trata-se de apelação cível (fls. 234/247) interposta contra sentença (fls. 223/228) do douto Juiz da 10ª Vara Federal do Ceará, Exmo Sr. Nagibe de Melo Jorge Neto, que julgou improcedente o pedido de indenização, por atos do Banco Central, referentes à paridade cambial e à sua “política de bandas”.

- No mérito, nestes autos, discute-se, basicamente, a possibilidade de se indenizar empresas, com fulcro na responsabilidade objetiva do Estado, devido à política econômica de intervenção da União, na fixação das taxas de câmbio, pelo regime de “bandas cambiais”.

- Primeiramente, ressalto que o art. 4º, XVIII, da Lei nº 4.595/64¹ possibilita ao Conselho Monetário Nacional a outorga ao BACEN do monopólio das operações de câmbio quando ocorrer grave desequilíbrio na balança de pagamentos ou previsão da iminência desta situação. Assim, não há qualquer ilegalidade nos atos do BACEN ao estabelecer taxas de câmbio.

- Acerca da possibilidade de se responsabilizar objetivamente a União, por preconizar a política de paridade cambial, no afã de regular o comércio exterior e manter a sua balança de pagamentos equilibrada, quanto à sua estabilidade, ao comércio externo e à política internacional, a 1ª Turma do egrégio STJ firmou entendimento de que a ingerência de fatores exteriores, aliada à possibilidade de o particular prevenir-se contra esses fatores alheios à vontade estatal, acrescido da mera natureza indicativa da política econômica, revela a ausência de responsabilização do Estado.

- Precedentes do STJ e do TRF da 4ª Região.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

¹ Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: (Redação dada pela Lei nº 6.045, de 15/05/74).

XVIII - Outorgar ao Banco Central da República do Brasil o monopólio das operações de câmbio quando ocorrer grave desequilíbrio no balanço de pagamentos ou houver sérias razões para prever a iminência de tal situação.

Recife, 10 de janeiro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SÍLVIO OUREM CAMPOS - Relator Convocado

RELATÓRIO

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

1. Trata-se de apelação cível (fls. 234/247) interposta contra sentença (fls. 223/228) do douto Juiz da 10ª Vara Federal do Ceará, Exmo. Sr. Nagibe de Melo Jorge Neto, que julgou improcedente o pedido de indenização, por atos do Banco Central, referentes à paridade cambial e à sua “política de bandas”.

2. Em suas razões, às fls. 234/247, as apelantes argumentaram, em suma, que: **a)** são empresas dedicadas à captura e comércio de produtos do mar, tendo suportado diversos prejuízos, resultantes da manipulação do câmbio pela União, uma vez que têm seu faturamento em moeda estrangeira, qual seja, o dólar americano; **b)** o Banco Central, quando da criação do Real, atribuiu ao seu valor cotação absolutamente divorciada da realidade, em relação ao dólar americano, valorizando, de maneira demasiada, a nossa moeda ao longo de 5 (cinco) anos, o que ocasionou diversas perdas ao setor de exportação; **c)** esta política de intervenção do Banco Central, pelo regime de “bandas cambiais”, entre os anos de 1990 e 1995, fixando tetos mínimos e máximos para a cotação do dólar, durante determinado período de tempo, ocasionou o esmagamento do setor econômico voltado à exportação; **d)** pugnam pela reforma da sentença, para que sejam indenizadas pelos prejuízos sofridos.

3. Em suas contra-razões à apelação (fls. 251/253), a parte apelada requereu, em suma, o improvimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

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

1. Trata-se de apelação cível (fls. 234/247) interposta contra

sentença (fls. 223/228) do douto Juiz da 10ª Vara Federal do Ceará, Exmo Sr. Nagibe de Melo Jorge Neto, que julgou improcedente o pedido de indenização, por atos do Banco Central, referentes à paridade cambial e à sua “política de bandas”.

2. No mérito, nestes autos, discute-se, basicamente, a possibilidade de se indenizar empresas, com fulcro na responsabilidade objetiva do estado, devido à política econômica de intervenção da União, na fixação das taxas de câmbio, pelo regime de “bandas cambiais”.

3. Primeiramente, ressalto que o art. 4º, XVIII, da Lei nº 4.595/64² possibilita ao Conselho Monetário Nacional a outorga ao BACEN do monopólio das operações de câmbio quando ocorrer grave desequilíbrio na balança de pagamentos ou previsão da iminência desta situação. Assim, não há qualquer ilegalidade nos atos do BACEN ao estabelecer taxas de câmbio.

4. Acerca da possibilidade de se responsabilizar objetivamente a União, por preconizar a política de paridade cambial, no afã de regular o comércio exterior e manter a sua balança de pagamentos equilibrada, quanto à sua estabilidade, ao comércio externo e à política internacional, a 1ª Turma do Egrégio STJ firmou entendimento de que a ingerência de fatores exteriores, aliada à possibilidade de o particular prevenir-se contra esses fatores alheios à vontade estatal, acrescido da mera natureza indicativa da política econômica, revela a ausência de responsabilização do Estado.

5. Convém transcrever as seguintes ementas de julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a matéria dos autos:

“Origem: STJ - Superior Tribunal de Justiça
Classe: REsp - Recurso Especial - 614048
Processo: 200302255470 UF: RS

² Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: (Redação dada pela Lei nº 6.045, de 15/05/74)

XVIII - Outorgar ao Banco Central da República do Brasil o monopólio das operações de câmbio quando ocorrer grave desequilíbrio no balanço de pagamentos ou houver sérias razões para prever a iminência de tal situação.

Órgão Julgador: Primeira Turma

Data da decisão: 15/03/2005

Documento: STJ000606870 DJ

Data:02/05/2005 Página:172

Rel. Min. Luiz Fux

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PARIDADE CAMBIAL. INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO. PRETENSÃO DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR FORÇA DE ALTERAÇÃO DA PARIDADE CAMBIAL. CONSEQÜENTE DEVER DE INDENIZAR À UNIÃO E AO BACEN. FATORES INERENTES À CONJUNTURA INTERNACIONAL QUE SE ASSEMELHAM AO FATO DO PRÍNCIPE. IMPROCEDÊNCIA.

1. A intervenção estatal no domínio econômico é determinante para o setor público e indicativa para o setor privado, por força da livre iniciativa e dos cânones constitucionais inseridos nos arts. 170 e 174 da CF.

2. Deveras, sólida a lição de que um ‘dos fundamentos da Ordem Econômica é justamente a “liberdade de iniciativa”, conforme dispõe o art. 170, o qual, em seu inciso IV, aponta, ainda a “livre concorrência” como um de seus princípios obrigatórios: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência”. Isto significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar a reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe falaria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida, assim como o *quantum* a ser produzido ou comercializado, resultam de uma decisão livre dos

agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do Texto Constitucional e descende mesmo da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados. No passado ainda poderiam prosperar dúvidas quanto a isto; porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles pode impor-se como obrigatório para o setor privado. É o que está estampado, com todas as letras, no art. 174: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

(...).’

(Celso Antônio Bandeira de Mello *in* ‘Curso de Direito Administrativo’, 14^a ed. Malheiros, 2002, p. 619-620).

3. No afã de regular o comércio exterior e manter a sua balança de pagamentos equilibrada, o Estado-Soberano pode preconizar a paridade cambial, previsivelmente sujeita, quanto à sua estabilidade, ao comércio externo e à política internacional, fatos inimputáveis ao Estado Nacional, quer à luz da responsabilidade objetiva, quer à luz da responsabilidade subjetiva, inerentes às hipóteses de atos omissivos, nos quais é imperioso detectar que a entidade pública tinha o dever de evitar o imprevisto que gerou dano a terceiros.

4. Consoante escorreitamente assentado no aresto recorrido ‘1. A União é parte ilegítima para figurar no pólo passivo das ações em que se discute direito à indenização por prejuízos decorrentes da súbita modificação da política cambial, estando legitimado, com exclusividade, o BACEN, que decidiu e implementou a liberação do mercado de câmbio. 1. (sic)

Ao contratar em moeda estrangeira, o empresário sabe e espera que sua obrigação seja quantificada segundo a variação cambial. O mercado de câmbio, por natureza, é variável. Tanto é assim que para livrar-se dos efeitos de uma valorização inesperada do dólar, existe a opção de contratação de operações de *hedge*. 2. Ainda que se pudesse considerar imprevisível a súbita liberação do mercado cambial, pelo BACEN, em 18/01/99, através do Comunicado 6565, e a correspondente máxidesvalorização do real, não é possível transferir ao Estado os prejuízos decorrentes da álea de negócio vinculado à variação futura do dólar norte-americano. A teoria da imprevisão aplica-se aos contratantes, não vinculando terceiros. 3. A liberação do mercado de câmbio, pelo BACEN, na ocasião, é tida por regular, pois surgiu como alternativa capaz de proteger as reservas cambiais do Brasil. A volatilização do mercado financeiro e de capitais, produto da globalização, é capaz de provocar súbitos desequilíbrios nas reservas cambiais, o que exige dos Governos modificações em sua política cambial, muitas vezes inesperadas ou mais drásticas que as esperadas, na tentativa de conter a liquidação da economia do país. (...)'

5. A existência de norma legal indicativa do exercício da intervenção no domínio econômico revela exercício regular de direito, mercê de não se inferir da norma jurídica qualquer atuar omissivo, posto inexistente o dever legal de manutenção da paridade, o qual, se existente, poderia conduzir à culpa *in ommittendo*.

6. O fato do príncipe é argüível intramuros entre os particulares e extraterritorialmente pelo Estado, desde que o suposto fato imprevisível e danoso dependa de conjunturas internacionais, imprevisíveis, *ad substantia*.

7. A ciência jurídica-econômica não é imutável e eterna, como não o são os ordenamentos voltados à

regulação das atividades econômicas, sujeitas estas às mais diversas espécies de injunções internas e internacionais, como guerras, estratégias de proteção de produtos alienígenas, rompimento de relações diplomáticas, etc.

8. O Estado responde objetivamente pelos seus atos e de seus agentes que nessa qualidade causem a terceiros e, por omissão, quando manifesto o dever legal de impedir o ato danoso, hipótese em que a sua responsabilidade é subjetiva, decorrente de imperícia ou dolo.

9. A ingerência de fatores exteriores, aliada à possibilidade de o particular prevenir-se contra esses fatores alheios à vontade estatal, acrescida da mera natureza indicativa da política econômica, revela a ausência de responsabilização do Estado.

10. O Recurso Especial não é servil ao reexame de matéria fático-probatória.

11. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, desprovido.”

“Origem: STJ - Superior Tribunal de Justiça

Classe: REsp - Recurso Especial - 549873

Processo: 200301064725 UF: SC

Órgão Julgador: Primeira Turma

Data da decisão: 10/08/2004

Documento: STJ000573353. DJ Data: 25/10/2004

Página: 224

Rel. Min. Luiz Fux

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PARIDADE CAMBIAL. INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO. PRETENSÃO DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR FORÇA DE ALTERAÇÃO DA PARIDADE CAMBIAL. CONSEQÜENTE DEVER DE INDENIZAR À UNIÃO E AO BACEN. FATORES INERENTES À CONJUNTURA INTERNACIONAL QUE SE ASSEMELHAMAO FATO DO PRÍNCIPE. IMPROCEDÊNCIA.

1. A intervenção estatal no domínio econômico é determinante para o setor público e indicativa para

o setor privado, por força da livre iniciativa e dos cânones constitucionais inseridos nos arts. 170 e 174 da CF.

2. Deveras, sólida a lição de que um ‘dos fundamentos da Ordem Econômica é justamente a “liberdade de iniciativa”, conforme dispõe o art. 170, o qual, em seu inciso IV, aponta, ainda a “livre concorrência” como um de seus princípios obrigatórios: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência”. Isto significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar a reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe falaria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida, assim como o *quantum* a ser produzido ou comercializado, resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do Texto Constitucional e descende mesmo da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados. No passado ainda poderiam prosperar dúvidas quanto a isto; porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles pode impor-se como obrigatório para o setor privado. É o que está estampado, com todas as letras, no art. 174: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor públi-

co e indicativo para o setor privado.”

(...)

(Celso Antônio Bandeira de Mello *in* ‘Curso de Direito Administrativo’, 14ª ed. Malheiros, 2002, p. 619-620).

3. No afã de regular o comércio exterior e manter a sua balança de pagamentos equilibrada, o Estado-Soberano pode preconizar a paridade cambial, previsivelmente sujeita, quanto à sua estabilidade, ao comércio externo e à política internacional, fatos inimputáveis ao Estado Nacional, quer à luz da responsabilidade objetiva, quer à luz da responsabilidade subjetiva, inerentes às hipóteses de atos omissivos, nos quais é imperioso detectar que a entidade pública tinha o dever de evitar o imprevisto que gerou dano a terceiros.

4. Consoante escorreitamente assentado no aresto recorrido ‘1. A União é parte ilegítima para figurar no pólo passivo das ações em que se discute direito à indenização por prejuízos decorrentes da súbita modificação da política cambial, estando legitimado, com exclusividade, o BACEN, que decidiu e implementou a liberação do mercado de câmbio. 1. (*sic*) Ao contratar em moeda estrangeira, o empresário sabe e espera que sua obrigação seja quantificada segundo a variação cambial. O mercado de câmbio, por natureza, é variável. Tanto é assim que para livrar-se dos efeitos de uma valorização inesperada do dólar, existe a opção de contratação de operações de *hedge*. 2. Ainda que se pudesse considerar imprevisível a súbita liberação do mercado cambial, pelo BACEN, em 18/01/99, através do Comunicado 6565, e a correspondente maxidesvalorização do real, não é possível transferir ao Estado os prejuízos decorrentes da álea de negócio vinculado à variação futura do dólar norte-americano. A teoria da imprevisão aplica-se aos contratantes, não vinculando terceiros. 3. A liberação do mercado de câmbio, pelo BACEN, na ocasião, é tida por regular, pois

surgiu como alternativa capaz de proteger as reservas cambiais do Brasil. A volatilização do mercado financeiro e de capitais, produto da globalização, é capaz de provocar súbitos desequilíbrios nas reservas cambiais, o que exige dos Governos modificações em sua política cambial, muitas vezes inesperadas ou mais drásticas que as esperadas, na tentativa de conter a liquidação da economia do país.(...)'

5. A existência de norma legal indicativa do exercício da intervenção no domínio econômico revela exercício regular de direito, mercê de não se inferir da norma jurídica qualquer atuar omissivo, posto inexistente o dever legal de manutenção da paridade, o qual, se existente, poderia conduzir à culpa *in ommittendo*.

6. O fato do príncipe é argüível *intra muros* entre os particulares e extraterritorialmente pelo Estado, desde que o suposto fato imprevisível e danoso dependa de conjunturas internacionais, imprevisíveis, *ad substantia*.

7. A ciência jurídica-econômica não é imutável e eterna, como não o são os ordenamentos voltados à regulação das atividades econômicas, sujeitas estas às mais diversas espécies de injunções internas e internacionais, como guerras, estratégias de proteção de produtos alienígenas, rompimento de relações diplomáticas, etc.

8. O Estado responde objetivamente pelos seus atos e de seus agentes que nessa qualidade causem a terceiros e, por omissão, quando manifesto o dever legal de impedir o ato danoso, hipótese em que a sua responsabilidade é subjetiva, decorrente de imperícia ou dolo.

9. A ingerência de fatores exteriores, aliada à possibilidade de o particular prevenir-se contra esses fatores alheios à vontade estatal, acrescida da mera natureza indicativa da política econômica, revela a ausência de responsabilização do Estado.

10. Recurso Especial desprovido.”

6. Acerca da legalidade das taxas de câmbio estipuladas pelo Banco Central, colaciono a seguinte ementa de julgado do egrégio TRF da 4ª Região:

“Origem: Tribunal - Quarta Região
Classe: AC - Apelação Cível - 480310
Processo: 199971080030890 UF: RS
Órgão Julgador: Terceira Turma
Data da decisão: 04/06/2002
Documento: TRF400084278
Página: 1026. *DJU* Data: 19/06/2002
Rela. Juíza Maria de Fátima Freitas Labarrere
CONTRATO DE IMPORTAÇÃO. VARIAÇÃO CAMBIAL. COMUNICADOS DO BACEN. REGIME DE BANDAS CAMBIAIS.

1. Não há obrigatoriedade de o Banco Central do Brasil em manter a paridade entre o Real e o dólar estadunidense para fins cambiais.
2. O art. 4º, XVIII, da Lei nº 4.595/64 possibilita ao Conselho Monetário Nacional a outorga ao BACEN do monopólio das operações de câmbio quando ocorrer grave desequilíbrio na balança de pagamentos ou previsão da iminência desta situação. Assim, não há ilegalidade no ato do BACEN estabelecer taxas de câmbio.
3. O risco decorrente da variação cambial corre à conta do contratante.
4. Apelo improvido.”

7. Desta forma, nos termos dos argumentos e precedentes acima transcritos, salvo melhor juízo, não merece reforma a sentença recorrida.

Isto posto, nego provimento à apelação, conforme os fundamentos acima expendidos.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 372.073-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Apelante: CONSTANÇA TELES TÁVORA
Apelada: UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ CAMINHA DE OLIVEIRA E OUTRO (APTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. EXTENSÃO AOS INATIVOS E PENSIONISTAS DOS EFEITOS FINANCEIROS DECORRENTES DE RECLASSIFICAÇÃO DOS CARGOS DOS SERVIDORES ATIVOS. POSIÇÃO CLÁSSICA DA DOUTRINA JURÍDICA. ART. 102 DA CARTA DE 1969. ART. 40, PARÁG. 8º, DA CARTA DE 1988, ANTES DA EC 41/03.

- O servidor público aposentado não tem o direito subjetivo de ser reclassificado, readaptado ou reposicionado funcionalmente, em nova colocação na carreira, quando o cargo em que se inativou é alterado ou modificado em razão de reestruturação do órgão em que serviu (Súmula 38 do STF), mas lhe assiste o de perceber proventos iguais à retribuição do cargo equivalente àquele em que se aposentou, e somente com as adições estritamente permitidas em lei.

- Mesmo antes do art. 40, parág. 4º, da CF/88, expressando que as vantagens pecuniárias concedidas aos servidores públicos em atividade devem ser estendidas aos aposentados, ainda que decorrentes de reclassificação ou transformação do cargo público em que se deu a aposentadoria, a doutrina jurídica já consagrara essa garantia, calcada em que as necessidades vitais dos inativos não diferem daquelas dos servidores em atividade. Lições clássicas do notável Pontes de Miranda, seguidas por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Diogo Figueiredo Moreira Neto, Diógenes

Gasparini e Hely Lopes Meirelles.

- Tal entendimento doutrinário, plasmado no ideal de equidade e justiça, forjou-se à luz da Carta Política de 1946, que deu estatura constitucional à revisão dos proventos dos inativos, o que se manteve nas Cartas de 1967 e 1969, apesar de editadas no auge do chamado regime de exceção.

- O valor da pensão de viúva de funcionário público do DNER que desempenhou alta direção de Distrito Rodoviário Federal (DRF) do DNER deve corresponder à retribuição auferida pelo exercente desse mesmo cargo na estrutura do novo órgão (Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes-DNIT), que substituiu aquele extinto Departamento do Ministério dos Transportes; contudo, o antigo servidor não será reclassificado ou reposicionado, mantendo-se-o na mesma denominação e simbologia do cargo em que se deu a sua passagem à inatividade, conforme a lei da época pretérita.

- A extinção do antigo DNER, com a criação do DNIT, ocorreu sob a égide da CF/88 e, portanto, quando já positivada a garantia da equiparação entre vencimentos (pessoal ativo) e proventos (aposentados), daí porque as melhorias daí decorrentes se estendem aos inativos (art. 40, parág. 4º, na redação originária); essa garantia tutela, também, os que se aposentaram antes de 1988, quando a mesma não estava expressa na Carta Constitucional, já que o direito adquirido pelos inativos de que suas aposentadorias sejam regidas pela Carta Constitucional vigente ao tempo de sua efetivação não se presta a impedir que eles, os inativos, beneficiem-se com as futuras melhorias instituídas pelos sistemas constitucionais posteriores.

- Honorários advocatícios de R\$ 1.000,00.

- Apelação a que se dá provimento parcial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 372.073-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em dar parcial provimento à presente apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgamento.

Custas na forma da lei.

Recife, 17 de janeiro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Trata-se de apelação cível interposta por Constança Teles Távora contra a sentença proferida pelo Juízo Federal da 10ª Vara da SJ/CE que, nos autos da Ação Ordinária 2004.81.00.022259-9, *julgou improcedentes os pedidos de condenação da União Federal no pagamento de pensão estatutária no valor das vantagens do DAS e dos quintos incorporados aos vencimentos de seu ex-marido, então ocupante do cargo de Chefe do 3º DRF-DNER, em substituição à pensão atualmente concedida na forma do art. 180 da Lei 1.711/52, bem como de condenação da mesma no pagamento dos valores correspondentes às pensões atrasadas, respeitada a prescrição legal de cinco anos.*

2. A sentença apelada pautou-se no argumento de que os proventos de aposentadoria regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o servidor reúne os requisitos exigidos para a concessão da aposentadoria, conforme determina a Súmula 359-STF.

3. Em suas razões recursais, sustenta a apelante que: (a) apesar de seu falecido marido, servidor público do extinto DNER há 36 anos, ter se aposentado quando ocupava o cargo de Chefia do 3º DRF do referido ente público, tal chefia não foi considerada quando do ato de inativação, que apenas levou em conta a catego-

ria do cargo efetivo no qual foi originariamente provido, a saber, a Classe C, referência 50; (b) em razão disso, o valor da pensão concedida a partir do falecimento do seu falecido marido tem sido equivocadamente concedido com base no art. 180 da Lei 1.711/52, quando deveria corresponder à vantagem *atualizada* do DAS correspondente ao cargo de Chefia do 3º DRF do DNER, cumulativamente com a vantagem dos quintos ou décimos então vigentes.

4. Instada a ofertar suas contra-razões, requereu a apelada a manutenção da sentença recorrida, invocando como fundamento o que dizem as Súmulas 38, 339 e 359 do STF.

5. É o que de mais relevante havia para relatar.

VOTO

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

1. Segundo alega a ora apelante, o seu falecido marido, Amílcar de Moraes Fernandes Távora, foi aposentado, em 1976, *no cargo comissionado de Chefe do 3º DRF do extinto DNER (atual DNIT)*, correspondente à referência mais alta de sua categoria funcional, passando, a partir de então, a perceber seus proventos de aposentadoria nos termos do art. 180, alínea *b*, do antigo Estatuto dos Funcionários Públicos (Lei 1.711/52), que assim dispunha:

“Art. 180 - O funcionário que contar com mais de 35 anos de serviço público será aposentado:

a) com as vantagens da comissão ou função gratificada em cujo exercício se achar, desde que o exercício abranja, sem interrupção, os cinco anos anteriores;

b) com idênticas vantagens, desde que o exercício do cargo em comissão ou da função gratificada tenha compreendido um período de 10 anos, consecutivos ou não, mesmo que, ao aposentar-se, o funcionário já esteja fora daquele exercício.”

2. Note-se que o antigo Estatuto do Funcionalismo Público Civil era, ao menos quanto a esse ponto, inteiramente diverso do atual, posto que garantia expressamente ao inativo a percepção, a título de proventos de aposentadoria, da *integralidade da remuneração*

a que fazia jus quando em atividade, aí se incluindo todas as vantagens e gratificações decorrentes de funções ou cargos comissionados que eventualmente ocupasse, desde que, por óbvio, res-tassem observados os requisitos legais. A respeito dessa regra, confira-se o que diz o jurista e Professor J. Guimarães Menegale, um dos mais acatados doutrinadores:

“Decorrido o tempo de 35 anos de serviço público, o funcionário logrará aposentadoria com as vanta-gens da comissão ou função gratificada em cujo exercício se encontre, sem interrupção, desde cin-co anos antes, ou desde que o exercício totalize 10 anos consecutivos, ou não. Nada importa, no últi-mo caso, que o funcionário, à época da aposenta-doria, já se ache fora do exercício. Deve-se, neste passo, acrescentar que tem direito a essas vanta-gens o funcionário não ocupante de cargo efetivo, uma vez que exerceu cargo em comissão, suposto o prazo estabelecido no art. 180.”

(O Estatuto dos Funcionários, Forense, São Paulo, 1962, p. 491).

3. A situação de favorecimento ao funcionalismo público ainda se evidenciava no fato de que, segundo dispunha o art. 180, parág. 1º, do antigo Estatuto, *caso o servidor exercesse mais de um car-go em comissão ou função gratificada, o cálculo das vantagens da aposentadoria seria baseado no padrão remuneratório mais alto, e não, simplesmente, no último deles:*

“Art. 180 – (...).

Parág. 1º – No caso da letra b deste artigo, quando mais de um cargo ou função tenha sido exercido, serão atribuídas as vantagens do maior padrão, des-de que lhe corresponda um exercício mínimo de dois anos; fora dessa hipótese, atribuir-se-ão as vanta-gens do cargo ou função de remuneração.”

4. Assim, volvendo-se ao caso dos autos, vê-se que, após o falecimento de Amílcar de Moraes Fernandes Távora, a sua viúva, a ora apelante, passou a receber, a título de pensão por morte, a *totalidade dos proventos até então devidos ao seu falecido mari-*

do, o que abrangia não apenas o vencimento padrão de seu cargo efetivo originário, mas também as vantagens próprias do cargo comissionado de chefia que ocupava.

5. Uma vez extinto DNER e criado o DNIT, os cargos públicos que integravam as carreiras pertencentes ao antigo DNER foram reestruturados mediante reclassificação, tendo ocorrido transformação, não apenas da nomenclatura de cada um deles, mas também o reajuste de seus respectivos padrões remuneratórios. Nesse contexto, o cargo em que se aposentou o falecido marido da ora apelante, a saber, o de Chefe do 3º DRF do DNER, passou a corresponder, segundo a nova tabela funcional, à Classe A, Padrão III, do Departamento de Engenharia do DNIT, sendo tal transformação (reclassificação) acompanhada de um reajuste em seu padrão remuneratório.

6. Acontece que, segundo se percebe dos autos, esse reajuste da remuneração decorrente da reclassificação dos cargos públicos integrantes das carreiras do extinto DNER não alcançou a pensão por morte que a ora apelante vinha recebendo, ou seja, o valor da pensão continuou a ser aquele pago antes da reclassificação, que correspondia ao antigo cargo de chefia ocupado por seu falecido marido, ao tempo do saudoso DNER.

7. Desse modo, o cerne da discussão trazida pelo presente recurso consiste, precisamente, em saber se a reclassificação dos cargos públicos pertencentes à determinada carreira, da qual derivou reajuste em sua remuneração, deve, ou não, ser estendida aos aposentados (e pensionistas) que, quando em atividade, ocuparam os cargos públicos reclassificados.

8. O deslinde dessa *questio iuris* poderia, à primeira vista, parecer residir na observância do entendimento jurisprudencial plasmado na vetusta Súmula 38 do STF, editada em Sessão Plenária ocorrida em 13/12/1962, cujo teor é o seguinte:

“Súmula 38 - Reclassificação posterior à aposentadoria não aproveita ao servidor aposentado.”

9. Como se vê da dicção desse texto sumular, consolidou-se no âmbito do STF o entendimento segundo o qual a reestruturação da carreira, ocorrida mediante a reclassificação dos cargos

públicos que a integram, *não alcança os servidores aposentados*, o que encontra esteio na premissa de que a situação funcional dos inativos deve ser regida pela legislação vigente na época em que se deu a inativação (Súmula 359 do STF).

10. Acontece que esse entendimento sumulado, fundado na premissa antes referida, *não parece ser plenamente aplicável às hipóteses em que a reclassificação, além de provocar a reestruturação dos cargos públicos envolvidos, inclusive mediante a mudança em sua nomenclatura, também acarreta vantagens pecuniárias para os servidores ocupantes dos cargos reposicionados ou transformados*. E isso porque, como se sabe, consolidou-se no espírito jurídico dos nossos tempos a noção de que aos inativos e aos seus respectivos pensionistas devem ser estendidas todas as vantagens que impliquem em aumento na remuneração dos funcionários públicos em atividade.

11. É oportuno observar, nesse ponto, que, desde a Constituição Federal de 1946, o sistema constitucional brasileiro alberga a regra de que os proventos de aposentadoria *devem ser revistos sempre que se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade*. É o que se observa dos arts. 193 da CF/46 e 100, parág. 2º, da CF/67. Essa regra se repetiu na Constituição de 1969, restando consolidada nos seguintes termos:

“Art. 102 - Os proventos de aposentadoria serão:
Parág. 1º - Os proventos de inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade.”

12. Fazendo recair as atenções, ao menos por ora, no dispositivo da CF/69 acima transcrito, *justamente por ser esse diploma constitucional o regente e regulador da situação jurídica da ora apelada enquanto pensionista*, é de se destacar que, *apesar de não estar expressa em sua literalidade a garantia de que as vantagens remuneratórias concedidas aos servidores públicos em atividade deverão ser estendidas aos inativos, tal garantia tem sido historicamente extraída de seu texto como um consectário direto dos ideais de equidade e justiça, estando tal interpretação consagrada, inclusive, pela clássica doutrina administrativista*.

13. Nesse passo, destaque-se que a CF/69, em seu art. 102, inc. I, a, assegurava ao servidor que se aposentasse com 35 anos de tempo de serviço, se homem, ou com 30 anos, se mulher, a percepção, como proventos de aposentadoria, *da integralidade dos seus vencimentos*, aí se incluindo, como antes mencionado, todas as vantagens pecuniárias decorrentes do exercício de cargo ou função comissionada.

14. Ora, o direito conferido ao aposentado de percepção, a título de proventos da inatividade, *da integralidade dos seus vencimentos* se explica em razão da idéia de que *as suas necessidades financeiras permanecem equivalentes àquelas existentes antes da inativação*, de modo que o seu padrão remuneratório deve continuar o mesmo a fim de que o inativo possa prosseguir fazendo frente às suas despesas; sendo assim, caso o Estado, tendo em vista eventuais mudanças na conjuntura econômica, decida elevar o padrão remuneratório de determinada categoria funcional, é de se concluir que as mesmas razões que justificam essa melhoria para os servidores em atividade justificam, igualmente, a sua extensão aos inativos.

15. Destarte, foi justamente essa idéia, plasmada na equidade, de equivalência das necessidades dos servidores em atividade e dos aposentados, que serviu de fundamento moral para a interpretação, conferida ao art. 102, parág. 1º, da CF/69, *no sentido de entender albergada em sua dicção a garantia da equiparação entre a remuneração dos ativos e os proventos dos inativos*, estendendo-se aos últimos todas as vantagens pecuniárias concedidas aos primeiros.

16. Em comentário ao mencionado dispositivo constitucional, confira-se lição do mestre Pontes de Miranda:

“A Constituição de 1967, art. 102, parág. 1º, não inseriu a regra jurídica cogente, segundo a qual o critério tenha de ser exatamente o mesmo (e.g., se o aumento para os funcionários públicos em atividade foi de 30%, teria de ser 30% o aumento para os inativos); impôs a revisão, sem impor equiparação. A revisão não pode ser em fraude do art. 102, parág. 1º, deixando de atender a que, em geral, as ne-

cessidades dos funcionários públicos inativos são as mesmas dos funcionários públicos em atividade, fora, portanto, as que decorrem da própria atividade.”

(Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1, de 1969, RT, São Paulo, 1973, p. 519).

17. A *garantia da equiparação*, originariamente concebida pela clássica doutrina administrativista como resultado de interpretação constitucional, já que, como visto, não se encontrava expressamente plasmada nas Cartas de 1946, 1967 e 1969, passou, a partir da Constituição Federal de 1988, a ter *proteção constitucional expressa*. Eis o teor do art. 40, parág. 4º, da CF/88 (em sua redação originária, antes da EC 41/03):

“Art. 40. - (...).

*Parág. 4º - Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, **sendo também estendidos aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.**”*

18. Essa norma, veio, tão somente, a explicitar o entendimento reiterado e consolidado no espírito jurídico já ao tempo em que vigorava a CF/69, segundo o qual *as vantagens pecuniárias concedidas aos servidores públicos em atividade devem ser estendidas aos aposentados*. É exatamente o que se colhe da lição de Hely Lopes Meirelles, em comentário ao art. 40, parág. 4º, da CF/88:

“O dispositivo em tela esclarece o que já é consequência do princípio da isonomia. Sua mens é a de evitar que Governos insensíveis venham a estabelecer tratamento desigual e injusto entre os inativos e pensionistas em face dos servi-

dores da ativa. Cabe lembrar antiga lição do TJSP, nestes termos: *‘A majoração de vencimentos decorrente das modificações ou alterações do poder aquisitivo da moeda há de aproveitar, nas mesmas bases, os inativos, sob pena de não se cumprir o preceito constitucional atinente.’*”

(Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, São Paulo, 2002, p. 430)

19. Note-se, portanto, que essa era a orientação consagrada mesmo antes de sua explicitação no texto da Carta de 1988, conforme se extrai dos ensinamentos de renomada doutrina administrativista, de que fazem parte Diógenes Gasparini (Direito Administrativo, Saraiva, São Paulo, 1992, p. 156), Diogo Figueiredo Moreira Neto (Curso de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 222) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Comentário à Constituição Brasileira, Saraiva, São Paulo, 1977, p. 176).

20. Tal entendimento – e eis aqui ponto essencial ao deslinde do caso concreto – vigora, como expressamente consignado no art. 40, parág. 4º, da CF/88 (em sua redação originária) ainda que as vantagens pecuniárias decorram de reclassificação ou de transformação do cargo em que se deu a aposentadoria; isso significa dizer que, embora as reclassificações propriamente ditas não aproveitem ao servidor público já aposentado, a suas eventuais repercussões pecuniárias, quando acarretem melhoria no padrão remuneratório, alcançam sempre os inativos. Confira-se, por oportuno, a perspicaz observação feita pelo ilustre Professor José Afonso da Silva ao respeito do art. 40, parág. 4º, da CF/88:

“O dispositivo corta o vezo maroto de rever vencimentos de servidores na atividade por meio de alteração (transformação ou reclassificação) de sua escala de referências numéricas, elevando-as, de tal sorte que a melhoria não fosse extensiva aos inativos. Essas alterações agora beneficiam igualmente os aposentados e pensionistas.”

(Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, São Paulo, 2001, p. 678).

21. Assim, seguindo a orientação contida na Súmula 38 do

STF, é correto se afirmar que os inativos não são reclassificados ou reposicionados em função das transformações dos cargos em que se inativaram, mantendo-se-os na mesma terminologia e simbologia, mas os efeitos financeiros respectivos os favorecem, pois, como sobejamente demonstrado, segundo o entendimento clássico da doutrina administrativista, presente já ao tempo em que vigorava a CF/69 e finalmente plasmado na CF/88 (em sua redação originária), *as melhorias pecuniárias concedidas aos funcionários públicos em atividade devem ser estendidas aos aposentados.*

22. Aplicando-se tal entendimento ao caso dos autos, vê-se que *não merece prosperar a pretensão da ora apelante de que a mencionada reclassificação alcance o cargo em que seu falecido marido se aposentou*, mudando a sua nomenclatura para aquela que, atualmente, corresponde ao cargo de Chefe do 3º DRF-DNER; entretanto, *as repercussões financeiras decorrentes da reclassificação devem beneficiá-la*, razão pela qual deve ser atualizado o valor da pensão por morte devida à ora apelante de acordo com o valor atualmente devido aos ocupantes da Classe A, padrão III, da respectiva carreira, sendo-lhe estendidas, portanto, todas as vantagens do cargo de DAS e quintos já incorporados.

23. Por fim, vale consignar que a reclassificação que deu ensejo ao reajuste que a ora apelante pleiteia ocorreu com a extinção do DNER e a criação do DNIT, **em momento em que já vigorava o art. 40, parág 4º, da CF/88.**

24. Como antes referido, a CF/88, absorvendo as idéias e diretrizes circulantes no mundo jurídico nacional, *apregooou que os reajustes remuneratórios dos servidores em atividade devem repercutir, em igual medida, nos proventos dos aposentados e nas pensões por eles instituídas*, garantindo, assim, expressa e inequivocadamente, a equiparação entre os vencimentos dos servidores em atividade e os proventos dos aposentados.

25. Sendo assim, tendo o reajuste a que se referem os presentes autos ocorrido quando já constava do texto constitucional, de forma expressa, a *garantia da equiparação*, faz-se imperiosa a extensão desse reajuste a todos os inativos que ocupavam, quando em atividade, os cargos públicos reclassificados.

26. Importa, nesse ponto, frizar que a essa mesma conclusão se chega ainda que a inativação tenha se dado sob a égide de sistema constitucional que, tal como o instaurado pela CF/69, não albergava *expressamente* a equiparação. E isso porque, embora seja entendimento já consolidado o de que a aposentadoria se rege pela legislação vigente à época de sua ocorrência, tal entendimento não exclui a possibilidade de o inativo se beneficiar com as futuras melhorias instituídas pelos sistemas constitucionais posteriores, que sejam fruto de evolução e amadurecimento jurídicos, ou que, simplesmente, sejam resultado das novas necessidades surgidas no seio de um novo contexto histórico.

27. Ora, se é certo que a garantia de que a aposentadoria se regulará pela Carta Constitucional em vigor na data da sua efetivação constitui verdadeiro *direito adquirido* do inativo, é igualmente certo, por outro lado, que essa garantia não possui o efeito de impedir que o mesmo desfrute dos avanços e melhorias que os sistemas constitucionais posteriores possam, eventualmente, albergar, ***devendo-se entender, apenas, que eles, os inativos, estão imunizados contra alterações que reduzam ou retirem ou eliminem direitos subjetivos.***

28. De fato, conforme preconiza a mais moderna doutrina constitucionalista, a garantia constitucional de proteção ao direito adquirido não se presta a impedir que as melhorias instituídas pela nova legislação, ou pela nova Constituição Federal, alcancem os titulares desse direito, beneficiando-os; ao contrário, se presta realmente é a evitar que retrocessos ou desvantagens forjados pela legislação ou pelo sistema constitucional posterior os prejudiquem, fulminando direitos obtidos e consagrados ao longo do tempo. Em suma, a garantia de proteção ao direito adquirido deve ser visualizada como um escudo contra os males que a nova legislação possa, eventualmente, instituir, em razão de maiorias parlamentares eventuais, ***mas não contra os seus benefícios.***

29. Assim, vale repetir, tendo o reajuste a que se referem os presentes autos ocorrido sob a égide de sistema constitucional que expressamente garantia a equiparação, é forçosa a sua extensão a *todos* os inativos e pensionistas, inclusive nas hipóteses em que a inativação se deu ao tempo em que vigorava Carta Cons-

titucional que não albergava, de forma expressa, tal equiparação, devendo, nesse toar, tal reajuste ser estendido à ora apelante.

30. De qualquer forma, quer porque a garantia da equiparação, apesar de não estar expressamente albergada na CF/69, sempre foi extraída do seu texto pela doutrina administrativista clássica como um consectário direto dos ideais de equidade e justiça, considerando-a uma verdadeira garantia implícita, quer porque a mesma já integrava o texto da CF/88 ao tempo em que ocorreu o reajuste de que tratam os autos, conclui-se que tal reajuste deve ser estendido à ora apelante.

31. Por todas as razões antes expostas, dou apenas *parcial* provimento à presente apelação, para condenar a União Federal à equiparação do valor da pensão por morte devida à ora apelante ao valor atualmente pago aos ocupantes da Classe A, padrão III, da carreira, no âmbito do DNIT, sendo-lhe estendidas, portanto, todas as vantagens do cargo de DAS e quintos já incorporados, bem como para condená-la ao pagamento das parcelas atrasadas relativas às pensões anteriormente pagas a menor, desde a reclassificação, observada a prescrição quinquenal, corrigindo-se os valores devidos de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal.

32. Honorários advocatícios de R\$ 1.000,00 em favor do advogado da apelante.

33. Este é o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 376.068-PE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelantes: UNIÃO E BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN
Apelados: MERCANTIL DE PERNAMBUCO EMPREENDIMENTOS S/A, ARMANDO DE QUEIROZ MONTEIRO FILHO E AMF EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.
Repte.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDADE
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ PAULO CAVALCANTI FILHO E OUTROS (APDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE BANCO. CONTRATOS DO PROER. OCORRÊNCIA DE SUPERÁVIT DURANTE A LIQUIDAÇÃO. CRITÉRIO DE PAGAMENTO DOS JUROS DOS CONTRATOS. APLICAÇÃO DA TR. LEI Nº 8.177/91.

- Apelações e remessa oficial contra sentença que julgou procedente o pedido dos autores, todos acionistas de instituição bancária em processo de liquidação extrajudicial pelo Banco Central do Brasil, para que o BACEN deixasse de provisionar juros contratuais superiores à TR (Taxa Referencial) no balanço patrimonial da massa liquidanda. Tais juros seriam relativos a 02 (dois) contratos de abertura de crédito firmados entre o banco já sob intervenção e o BACEN, dentro do denominado PROER. Caso em que, durante a liquidação, a massa registrou grande valorização dos seus títulos bancários, tornando-se superavitária.

- Os acionistas do banco liquidando têm legitimidade para litigar contra o BACEN, em função de seu interesse no resultado da liquidação extrajudicial. Não se aplica o prazo decadencial de 04 (quatro) anos para impugnar contratos com

vício de vontade, tal como previsto no art. 178, § 9º, V, b, do Código Civil de 1916, quando os autores interessados não poderiam sequer expressar sua vontade, nem firmaram os contratos, já que afastados do controle da instituição. Aplicação do art. 177 do anterior Código Civil, vigente à época.

- Não é imprescindível a reunião, decorrente de alegação de conexão, de processo que trata dos juros com o que discute a liquidação como um todo. Caso em que é mais conveniente o julgamento em primeiro lugar da ação referente aos juros, o que aplainará o andamento da liquidação. Art. 105 do CPC.

- Não há nulidade da sentença decorrente de declaração de nulidade de laudo pericial contábil, quando esta prova não foi determinante para a convicção do Magistrado. Constatação de que se trata de matéria unicamente de direito, qual seja a determinação de um critério legal de incidência de juros sobre os contratos do PROER.

- Preliminares rejeitadas.

- Se a instituição bancária sob intervenção do BACEN firmou com estes contratos de abertura de crédito sob os auspícios do PROER, e logo em seguida foi decretada a sua liquidação extrajudicial, os contratos tiveram o seu vencimento antecipado. Inteligência do art. 18, b, da Lei nº 6.024/74.

- A partir da decretação da liquidação extrajudicial não correm juros contratuais contra a massa liquidanda. Substituição destes pelo estabelecido no art. 9º da Lei nº 8.177/91, que estipula a incidência de juros moratórios equivalentes à variação da TR com relação a instituições em regime de liquidação extrajudicial.

- A TR deve ser usada como taxa de juros, máxime quando vinculada às hipóteses do art. 9º da Lei nº 8.177/91. Precedentes do STJ.

- **Ausência de enriquecimento ilícito da massa liquidanda, pois haverá o ressarcimento do custo financeiro da operação de empréstimo do PROER com base em um percentual de juros plausível (a TR, Taxa Referencial), já que calculado pelo próprio BACEN.**
- **Apelação da União e remessa oficial e apelação do BACEN parcialmente providas para eximir o BACEN do pagamento dos honorários do perito.**

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, dar parcial provimento às apelações da União e do BACEN e à remessa oficial, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 24 de janeiro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI -
Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA
CANTARELLI:

Trata-se de apelações da União Federal e do Banco Central do Brasil contra sentença proferida pelo Juízo Federal da 7ª Vara de Pernambuco, nos autos da Ação Declaratória nº 2002.83.00.012732-0, processo movido por AMF Empreendimentos e Participações Ltda., Mercantil Empreendimentos e Participações S/A, Armando de Queiroz Monteiro Filho e Rômulo Dourado de Queiroz Monteiro. Todos os autores mencionados eram acionistas do Banco Mercantil S/A (fl. 110), que esteve inicialmente sob intervenção e ainda está em processo de liquidação extrajudicial do BACEN desde 11/08/1995 (fl. 119).

Em sua petição inicial, esclarecem os autores, ora apelados, que o Banco Mercantil sofreu intervenção a partir do Ato nº 356 do Presidente do BACEN em 11/08/1995 (fl. 119), e sua liquidação extrajudicial foi decretada pelo Ato nº 562 em 09/08/1996. Na ocasião, o termo legal da liquidação foi fixado em 12/06/1995 (fl. 115).

A intervenção foi determinada pelo BACEN em virtude das dificuldades de liquidez e realização de créditos apresentadas pelo Banco Mercantil, como descrito no Ato nº 356. Ocorre que, entre as decretações de intervenção em 11/08/1995 e de liquidação extrajudicial em 09/08/1996, o BACEN e o Banco Mercantil firmaram dois contratos de abertura de crédito rotativo nos valores de R\$ 472.900.000,00 (quatrocentos e setenta e dois milhões e novecentos mil reais) e R\$ 57.235.000,00 (cinquenta e sete milhões, duzentos e trinta e cinco mil reais), dentro das medidas do denominado PROER – Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (fls. 121/131). Os dois contratos, ao mesmo tempo em que abriam os referidos créditos, fixavam o “custo financeiro” destes como sendo a variação da TR acrescida de 8,55% (oito vírgula cinquenta e cinco por cento) e 8% (oito por cento) ao ano, respectivamente (fls. 124 e 129).

Nos termos dos contratos do PROER, o Mercantil foi obrigado a adquirir grande quantidade de títulos bancários como garantia no valor correspondente a 120% do crédito composta por títulos da dívida externa brasileira nas modalidades de Par-Bonds e DCB – Debt Conversion Bonds, os quais o BACEN, em 1997, fez trocá-los pelos denominados NTNs-A3, indexados em dólar americano. Quando houve a grande desvalorização do real perante o dólar, entre o fim de 1998 e o início de 1999, o patrimônio do Mercantil cresceu de modo vertiginoso, tornando o banco superavitário durante a liquidação (ativos superiores aos passivos acumulados).

Os autores informam que, paralelamente ao presente processo, em Ação Ordinária, discutem a suposta morosidade do BACEN em finalizar a liquidação extrajudicial do Banco Mercantil, o que não se justificaria em face do superávit acumulado. Inobstante tal informação, restringem seu pedido nestes autos a um ponto específico. Alegam, em síntese, que o BACEN vem lançando no balanço patrimonial do Banco Mercantil, a partir de 2001, uma provi-

são – logo, um passivo – reservada ao pagamento de “juros capitalizados e retroativos” (fl. 23) referentes aos contratos do PROER.

Segundo a interpretação dos autores, isso prejudica sensivelmente o Banco Mercantil, já que haveria no caso um claro anatocismo na capitalização dos juros contratuais, além do que tal exigência exorbitaria os limites legais. Isso porque os contratos do PROER foram firmados entre o BACEN e o Banco Mercantil após a intervenção e antes do início da liquidação, situação em que, segundo o art. 9º da Lei nº 8.177/91, só poderia incidir a TR exclusivamente como critério de atualização monetária e juro legal. Ainda, nas palavras dos autores, o BACEN teria adotado essa prática dentro de uma estratégia mais ampla de protelar *ad infinitum* a liquidação do Banco Mercantil, em desfavor de seus interesses como acionistas.

Pedem, ao final, que seja declarada a ilegalidade da cobrança dos juros contratuais acima e além da TR, e com isso seja suspenso o provisionamento de valores, no balanço patrimonial do Banco, para o pagamento dos referidos encargos (fl. 53).

Além das cópias dos contratos questionados e dos atos de intervenção e liquidação, juntam aos autos laudo da auditoria independente Directivos S/C que atesta, a seu ver, a existência do anatocismo e do pagamento dos juros contratuais questionados (fls. 164/180).

Em 27/08/2002, o Juiz Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, da 7ª Vara de Pernambuco, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela. Tal decisão foi objeto de agravo do BACEN registrado como AGTR nº 44.927/PE, sendo suspensa por liminar do Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria (fls. 231/233), confirmada pela Turma.

O BACEN oferece contestação às fls. 255/276, em que refuta as alegações dos autores. Aduz, em preliminar, que o Banco Mercantil deveria ser chamado como litisconsorte passivo necessário. No mérito, defende a validade dos contratos firmados, que foram vitais para o processo de liquidação e estabilização patrimonial. Afirma ainda que o Banco Mercantil aderiu voluntariamente ao socorro governamental do PROER, pelo que não basta a mera atualização monetária pela TR, mas também o pagamento de ju-

ros para justificar o benefício concedido.

Além disso, alega que a aplicação de juros como encargos da massa liquidanda, nos limites de suas forças, está disciplinada pela Lei nº 6.024/74 e pelo Decreto-Lei nº 7.661/45 (antiga Lei de Falências), pelo que deve ser dada interpretação sistemática ao art. 9º da Lei nº 8.177/91. Por fim, questiona a legitimidade do laudo dos auditores independentes e nega que haja risco de prejuízo na liquidação judicial do Banco Mercantil.

Em sua réplica (fls. 314/334), os autores reiteram a tese da inicial, sustentando ainda que o não-pagamento dos juros contratuais e a restrição à variação da TR não acarretará qualquer prejuízo aos cofres públicos. Como complemento, juntam aos autos pareceres dos Profs. Drs. Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Neto (fls. 335/352) e do advogado e professor aposentado de Direito Comercial da Faculdade de Direito do Recife (UFPE) Roberto Magalhães (fls. 354/361), ambos a seu favor.

O Banco Mercantil, representado pelo seu interventor, oferece contestação às fls. 457/466, em que defende a lisura do processo de liquidação e o cumprimento integral dos contratos do PROER nos mesmos e exatos termos da contestação do BACEN.

Após requerimento de perícia contábil, deferida pelo Magistrado de 1º grau, o perito José Argemiro da Silva apresentou seu laudo às fls. 507/520, em favor da tese dos autores. Foram ainda juntados os laudos dos assistentes técnicos do Banco Mercantil (fls. 528/531), do BACEN (fls. 537/540) e dos autores (fls. 658/663), bem como petição do BACEN que pleiteia a nulidade do laudo pericial (fls. 641/647) e dos autores, que pedem esclarecimentos do perito (fls. 653/656).

Às fls. 664/665, a Magistrada Paula Emília Moura Aragão de Sousa Brasil deferiu o pedido de esclarecimento dos autores e indeferiu o pleito de nulidade do laudo formulado pelo BACEN.

O perito oficial apresentou seus esclarecimentos às fls. 668/672, após o que o assistente técnico do BACEN apresentou parecer contábil suplementar em sentido contrário (fls. 753/763), seguido por nova manifestação do assistente técnico do Banco Mercantil (fls. 798/802).

Em paralelo ao presente processo, o BACEN ajuizou exceção de suspeição do perito José Argemiro da Silva, que, a seu ver, foi parcial ao adotar a tese dos autores e não considerar a divergência jurídica contida nos autos. A exceção foi julgada improcedente em 1º grau, mas essa decisão foi reformada pela Turma no julgamento do Agravo de Instrumento nº 58.942/PE.

A sentença foi prolatada em 17/12/2004 pelo Juiz Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho (fls. 820/831). Entendeu, o Magistrado, superada a preliminar de chamamento do Banco Mercantil ao processo, posto que já houve a contestação voluntária, e também julgou idônea a participação do perito oficial. Ao examinar o mérito, deu razão aos autores por considerar que o crescimento do ativo do Banco Mercantil, provocado pela aquisição de títulos indexados em dólar conforme determinação expressa do BACEN, não pode ser apagado pela exigência ilegal do provisionamento dos juros contratuais.

O julgador entendeu, também, que a TR não é apenas um índice de correção monetária, pois também serve como taxa básica de juros. Assim, concluiu:

“Neste prisma, revela-se ilegal a cobrança simultânea da Taxa Referencial – TR e de taxa de juros, seja no percentual de 8,55% (oito vírgula cinqüenta e cinco por cento) ao ano, seja em qualquer outro dos percentuais mencionados nos autos, por contrariar, expressamente, o artigo 4º do Decreto nº 22.626/33, conhecido como ‘Lei da Usura’, que reza ser proibido contar juros dos juros, afastando, assim, a possibilidade da prática do anatocismo. Aliás, o pretório Excelso já pacificou o seu entendimento sobre o tema, no sentido de que ‘é vedada a capitalização dos juros, ainda que expressamente convencionalada’. O repúdio ao anatocismo se encontra manifestado, também, em precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça, da lavra dos insignes Ministros Waldemar Zveiter e Aldir Passarinho, transcritos nos autos”. (fl. 826)

Além disso, e ainda segundo o Juiz Federal Élio Wanderley, a decretação de intervenção extrajudicial implica o vencimento antecipado dos contratos e, por conseguinte, das obrigações contratuais da liquidanda. Ocorre que, a partir da intervenção, as obrigações decorrentes desse vencimento antecipado deixam de ser regidas estritamente pelo que foi contratado, e submetem-se a uma disciplina legal própria, que, no caso dos juros, é a do art. 9º da Lei nº 8.177/91. Se tal dispositivo prevê a TR como índice único, e já se decidiu que ela tem natureza de taxa referencial para juros, concluiu que qualquer outra cobrança será ilegal.

Com base nessas considerações, o Magistrado julgou procedente o pedido dos autores, “para determinar que incida sobre o passivo da entidade sob liquidação extrajudicial, exclusivamente, a variação da Taxa Referencial – TR” (fl. 831).

A sentença foi objeto de sucessivos embargos de declaração do BACEN (fls. 836/846 e 883/887), que não tiveram efeitos infringentes. Na mesma época, a União Federal requereu seu ingresso no feito como assistente simples (fls. 865/867), o que foi deferido (fls. 891/893).

A sentença foi objeto de duas apelações. Na primeira delas (fls. 903/908), a União Federal alega, em preliminar, a ilegitimidade ativa *ad causam* dos autores, a decadência do seu direito de impugnar a cobrança dos juros do Banco Mercantil, e a necessária conexão entre a presente ação e a Ação Ordinária nº 2002.83.00.013213-2. No mérito, defende a legalidade dos juros, bem como rejeita a imposição de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da causa e do ressarcimento dos honorários periciais.

Já a apelação do BACEN (fls. 909/938) repete as preliminares de decadência do direito e de conexão, acrescentando a de nulidade da sentença pela nulidade da prova pericial. No mérito, diz que a cobrança de juros está de acordo com a legislação específica do PROER – Leis nºs 9.447/97 e 9.710/98 e Medidas Provisórias nºs 1.179/95 e 1.604-38/98 – e com os termos estipulados nos contratos. Termina por pedir, além do provimento da apelação, a dispensa do pagamento do laudo pericial que é, a seu ver, nulo.

Os autores apresentaram suas contra-razões às duas apelações interpostas (fls. 959/992), quando rejeitam ponto por ponto cada recurso, e reforçam sua tese com a menção a outros precedentes jurisprudenciais.

Subiram-me os autos por prevenção aos Agravos de Instrumento nºs 44.927/PE e 58.942/PE, que me vieram por sucessão, em dezembro de 2005.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

De início, cabe-me apreciar isoladamente cada preliminar levantada pela União Federal e pelo Banco Central do Brasil, todas refutadas pelos autores ora apelados (fls. 964/977). São quatro alegações a serem examinadas: 1) a *ilegitimidade ativa ad causam dos autores*, posto que apenas o Banco Mercantil e não os seus acionistas poderiam litigar contra o BACEN; 2) a *decadência do direito de impugnar os juros*, uma vez que ultrapassado o prazo de 04 (quatro) anos para anular contratos firmados com vício de vontade (fl. 905); 3) a *existência de conexão* entre a presente ação e a Ação Ordinária nº 2002.83.00.013213-2, por tratarem ambas da liquidação extrajudicial do Banco Mercantil; e 4) a *nulidade da sentença* provocada pela nulidade da perícia que lhe deu fundamento.

Quanto à alegação de *ilegitimidade ativa ad causam*, saliento que os autores evidenciaram desde o início que seus nomes constavam do quadro acionário do Banco Mercantil na época da intervenção, do que fizeram prova que não é questionada pelos apelantes (fl. 110).

Para que não reste dúvida, delimito o interesse de cada uma das pessoas físicas e jurídicas envolvidas. Rômulo Dourado de Queiroz Monteiro é acionista minoritário do Banco Mercantil, diretamente e em nome próprio. Do mesmo modo, a Mercantil Empreendimentos e Participações S/A e a AMF Empreendimentos e

Participações Ltda., salientando-se, ainda, que a AMF Ltda. é sócia majoritária da Mercantil S/A. Por fim, Armando de Queiroz Monteiro Filho é sócio majoritário da AMF Ltda. e, por conseqüência, da Mercantil S/A., detendo assim o controle acionário indireto do Banco Mercantil.

É evidente que os acionistas podem demandar contra o BACEN toda vez que entenderem que o processo de liquidação extrajudicial do Banco está ameaçado, seja por má administração ou pela adoção de qualquer medida que, ao menos em tese, prejudique a massa. Afinal, eles perderam o controle, a gestão, mas não o vínculo patrimonial com a instituição financeira, e poderão ser beneficiados no caso de uma eventual e ainda controvertida devolução de valores após o fim da liquidação, ou prejudicados pela inocorrência dela. Há, portanto, interesse processual a partir do reconhecimento de que a discussão sobre a incidência de juros, quanto aos contratos do Banco Mercantil, pode acarretar, ao menos, ameaça de lesão à esfera patrimonial dos autores. Excluí-los da possibilidade de litigar contra o BACEN é bem mais sério do que a União Federal talvez tenha pretendido. Isto significaria também excluir o Poder Judiciário de apreciar possíveis violações a direitos de pessoas – físicas ou jurídicas –, desde que o Banco Central estivesse num pólo da demanda. Num Estado democrático e de direito é, pelo menos, estranho que a União venha argüir uma tese antidemocrática e contrária à Constituição Federal (art. 5º, XXXV).

Além do mais, seria até mesmo temerário adotar a tese contrária, em especial no caso concreto. Percebe-se, com suficiente clareza, que o Banco Mercantil, em sua contestação (fls. 457/466), repetiu *ipsis literis* e integralmente largos trechos da contestação do BACEN de fls. 255/276. Além de configurar um problema ético para os advogados envolvidos, a cópia pura e simples da petição mostra que não há a menor independência entre o BACEN e o liquidante do Banco Mercantil, que foi por ele nomeado. Se a questão é posta nessas bases, como poderia o Banco Mercantil ser a única parte legitimada à ação, se ele chega ao ponto de copiar a contestação da autarquia? Com base nessas considerações, rejeito a primeira preliminar.

Do mesmo modo, não acolho a alegação de decadência do

direito de impugnar o contrato com base no art. 178, § 9º, V, b, do Código Civil¹ de 1916, vigente à época.

De fato, o referido dispositivo diz que a parte interessada tem 04 (quatro) anos para pleitear a anulação de contratos fundados em vício de vontade (erro, dolo, simulação ou fraude). Ocorre que, não é esse o caso trazido nos autos. Em primeiro lugar, é de se afirmar que seria impossível falar nesse tipo de vício (vontade) se os contratos questionados foram firmados em 03/06/1996 e 07/08/1996, ou seja, quando o Banco Mercantil já estava sob intervenção do BACEN e os autores despojados do poder de gerir a instituição, por óbvio não foram parte na sua celebração.

Apenas para argumentar, já que não é este o aspecto principal para a análise desta preliminar, neste caso, se examinarmos a fundo a natureza dos dois atos jurídicos celebrados, embora formalmente tenham a aparência de contrato, mas na realidade, na sua essência, foram dois atos jurídicos unilaterais, impositivos, posto que a vontade era exclusivamente do BACEN, cabendo ao interventor e seu preposto apenas cumpri-la:

Como bem apreciou o julgador *a quo*:

“Na espécie, como assinalado pelos suplicantes, não há que se falar, sequer, em vício de vontade. Não se pode definir como livre manifestação de vontade a elaboração dos contratos ora comentados e a sua assinatura pelo interventor, considerando que se confundem, numa mesma entidade, ambos os pólos contratantes. Inexistindo a capacidade de o agente explicitar a sua intenção (entenda-se, da instituição), também não existe vontade propriamente dita, livre e apta a produzir efeitos, com relação às obrigações então assumidas. Era inverossímil que o interventor, nomeado pelo Banco Central do Bra-

¹ Art.178. Prescreve: *omissis*. Parágrafo 9º. Em quatro anos. V - A ação de anular ou rescindir os contratos, para o qual não se tenha estabelecido menor prazo; contado este: b) no erro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato.

sil – BACEN e agindo sob a supervisão desta autarquia, se opusesse aos juros pactuados”. (Fl. 829)

Mas, o que realmente interessa para efeito de fixação do prazo decadencial, é que os autores não tiveram qualquer participação nos contratos, embora se sujeitem de maneira reflexa aos seus efeitos. Se não apuseram suas assinaturas (nem sequer como testemunhas do ato), não foram consultados sobre seu interesse nas condições do empréstimo do PROER, não se pode falar em vício de vontade, em nenhuma de suas modalidades, justamente porque não houve a manifestação de vontade! É lógico, se não houve vontade, não há vício a maculá-la! Assim, o prazo decadencial de 04 (quatro) anos do art. 178, § 9º, V, *b*, do Código Civil de 1916, a eles não se aplica, devendo ser contada a prescrição vintenária para ações pessoais previstas no mesmo Código (art. 177) que, relembro, era vigente à época dos contratos e também da propositura da presente ação. Concluo, portanto, pela rejeição da segunda preliminar.

Também não é determinante que a conexão entre o presente feito e a Ação Ordinária nº 2002.83.00.013213-2 gere a obrigatoriedade de julgá-las simultaneamente. Como relatado pela própria União Federal em sua apelação, o outro processo trata do pedido de conclusão da liquidação extrajudicial do Banco, vez que os autores entendem que ela já deva ser finalizada pela ausência de outras providências a tomar. Enquanto nestes autos, discute-se, tão-somente, se os juros ditos contratuais do PROER devem ou não devem ser incluídos no balanço patrimonial do Banco Mercantil.

Embora ambas tenham as mesmas partes, entendo que não existe absoluta identidade entre objetos e causas de pedir, já que uma trata da impugnação de cláusulas contratuais e a outra do processo de liquidação como um todo. Estaria mais para continência do que para conexão. Todavia, não importa a figura processual porque não há obrigatoriedade de julgamento simultâneo das duas ações, *ex-vi* do art. 105 do CPC, que deixa a cargo do Magistrado o juízo de conveniência sobre tal possibilidade, mesmo havendo conexão. Transcrevo o dispositivo:

“Art. 105. Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.”

Trata-se de uma conveniência a ser estudada no caso concreto, mas não de uma imposição. Na verdade, chega-se neste processo, a um entendimento exatamente ao contrário do proposto na preliminar: é relevante que esta ação, em que se discute a incidência de juros, seja julgada em primeiro lugar, pois certamente aplainará o exame das outras questões relativas à liquidação como um todo. A reunião dos feitos é dispensável do ponto de vista jurídico-processual, redundaria numa medida prejudicial ao bom andamento da outra ação ordinária. À míngua de elementos que levem a outro convencimento para justificar a reunião, deixo de acolher a terceira preliminar.

O BACEN pleiteia, ainda, na quarta e última preliminar, a anulação da sentença em face da nulidade da perícia contábil produzida nos autos. Alega que o contador José Argemiro da Silva extrapolou sua função de auxiliar da Justiça ao entrar no mérito estritamente jurídico da discussão – saber se é ou não legal a capitalização de juros.

A perícia foi requerida pelos autores (fls. 364/373) e não determinada de ofício pelo Juiz, apenas deferida pelo Magistrado de 1º grau (fl. 406), sendo que o requerimento foi fundamentado exatamente na necessidade de pôr à prova o parecer da auditoria independente Directivos S/C. Entendo até que o deferimento da perícia seria um benefício para o BACEN, ao possibilitar que outro contador pudesse avaliar o caso e emitir parecer. Supõe-se que o BACEN, como um órgão público, queira encontrar a verdade e não impor a “sua verdade” às partes.

O laudo inicialmente apresentado confirma em poucas palavras o que o próprio BACEN já admitia, isto é, que vêm sendo contabilizadas provisões de pagamento dos juros legais e dos juros contratuais. (Fl. 511).

Após a discordância do assistente técnico do BACEN (fl. 540) e o deferimento de pedido de esclarecimento (fls. 664/665), o peri-

to José Argemiro da Silva afirmou, ao responder às alegações do assistente técnico, que “foram utilizados juros capitalizados, o que não é correto” (fl. 671). O pecado estaria no juízo de valor, de natureza jurídica, feito pelo perito, porquanto os fatos por ele apontados estão nas próprias afirmações do BACEN.

Cumpre-me informar que a Turma, noutra composição, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 58.942/PE, já havia declarado a nulidade da perícia, e em acórdão não unânime. Respeito esse posicionamento, com a ressalva do meu entendimento pessoal.

Acontece que a perícia terminou por não ser determinante no julgamento do processo principal. Entendeu o Magistrado de 1º grau, no que comungo inteiramente, que a questão não é de fato, mas tão só e puramente de direito – em resumo, saber se a massa liquidanda do Banco Mercantil está ou não obrigada a pagar os juros acrescidos da TR previstos nos contratos do PROER.

A meu sentir, pouco importa nesta sede e para o momento saber qual o montante já provisionado para o pagamento de juros, posto ser este um ponto posterior, uma vez que a presente ação tem natureza meramente declaratória – pretendem os autores ver declarada a não exigibilidade da cobrança dos juros contratuais. Enquanto na ação ordinária que versa sobre a liquidação, aí sim, será imprescindível a verificação de tais valores, mas esse é o outro processo que ainda está em curso na 1ª Instância. Para o deslinde desta ação declaratória, basta apenas saber se o BACEN pretende ou não incluir o pagamento dos juros contratuais exorbitantes da TR no passivo do balanço do Banco Mercantil, o que já tem resposta clara nos autos, independentemente de qualquer perícia. Para tanto, recorro à própria contestação do Banco Central, que diz:

“A melhor mens legis do artigo 18, d, da Lei nº 6.024/74 indica, destarte, que todas as vezes que a massa puder suportar a cobrança dos juros sobre seus encargos, esses serão devidos, como na hipótese tratada nos presentes autos.

Além disso, não obstante a apropriação de juros a partir da reversão do patrimônio do Liquidando ca-

racterizar mudança de critério (sob o ponto de vista contábil), essa apropriação decorre exatamente do preceito legal que os autores afirmam ter sido violado. Como já dito, prevê a Lei nº 6.024/74 o não pagamento de juros, enquanto o ativo existente não for bastante para pagar o principal. A contrario sensu, se o ativo é mais do que suficiente para pagar o principal, o que sobra deve ser destinado ao pagamento de juros, até então suspenso por força da Lei, na medida da capacidade de absorção da massa. É evidente também que o pagamento dos juros deve retroagir ao momento em que foi suspenso. Ou isso, ou a massa estaria enriquecendo em detrimento dos credores. O nosso ordenamento jurídico refuta veementemente o enriquecimento sem causa lícita” (fl. 272).

Assim, ao defender com tanta ênfase a incidência dos juros contratuais, e não apenas da TR, o BACEN reconhece e deixa claro que vem adotando esse critério nos balanços patrimoniais do Banco Mercantil desde 2001, o que justifica a pretensão dos autores em obter declaração judicial em sentido contrário. Esse fato independe de perícia, repito, que é plenamente dispensável neste caso. Deste modo, mesmo que a perícia tenha sido anulada, não eivará de nulidade a sentença que nela não se fundamentou, pelo que não deve subsistir a quarta preliminar levantada.

Todavia, ainda com relação à perícia, parece desaconselhável a indicação do assistente técnico dos autores neste processo, como perito do juízo na ação ordinária que versa sobre a liquidação extrajudicial, correndo na 7ª Vara-PE.

Ante o exposto, rejeito as preliminares argüidas pelos apelantes.

VOTO MÉRITO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Na passagem ao exame do mérito, tenho por bem esclarecer os limites do pedido formulado pelos autores a ser examinado e decidido, ficando claro que tem um objeto restrito, a saber:

a) declarar (com força de coisa julgada material) a ilegalidade da incidência de juros contratuais além da TR, incidentes nos contratos firmados entre o Banco Mercantil S/A – em liquidação extrajudicial – e o BACEN, sob o amparo do PROER, assim como a nulidade das cláusulas contratuais que expressamente convenionaram tais juros;

b) determinar que o BACEN se abstenha de provisionar, a título de encargos passivos, no balanço patrimonial do Banco Mercantil S/A, valor para pagamento de juros de 8,55% e 8% sobre (além da) a TR, considerando como anatocismo, retroativamente, ou seja, desde a data da liquidação extrajudicial, ou de fazer incidir sobre o passivo da instituição liquidanda qualquer outro tipo de juros que exceder a taxa legalmente prevista no art. 9º da Lei nº 8.177/91.

Isso quer dizer que nesta sede se discute a incidência ou não de juros superiores e diferentes da TR sobre os contratos firmados entre o Banco Mercantil e o BACEN, quando o primeiro já se encontrava sob intervenção, sendo o segundo ponto consectário do primeiro.

Assim, entendo desnecessário questionar agora as origens da intervenção, que já perfaz quase 11 (onze) anos, ou ainda o porquê da massa liquidanda ter sido obrigada a adquirir certos títulos bancários de baixa qualidade, mas que vieram, na ciranda da economia nacional/internacional, a ter expressiva valorização posterior. Saliento que este processo não se presta a discutir a peculiaridade do caso no direito bancário brasileiro – um banco em liquidação que se torna superavitário – nem, por conseqüência, quem será beneficiado com o saldo remanescente, se houver, ao fim da liquidação.

Não interessa em absoluto desvendar todos os impasses criados pelo BACEN durante a intervenção no Banco Mercantil e sua posterior liquidação extrajudicial, muito menos a responsabilidade que os acionistas tiveram para a fragilização do Banco ou a legalidade dos negócios por eles realizados. Não interessa o sensacionalismo dado em periódicos, nem cópia avulsa de peças de outros processos. Reconheço, tão-só, que embora se trate de matéria complexa, urge que se chegue a um final dessa liquidação que

se arrasta por anos, e alguns dos acionistas já são homens bem idosos.

Todos os pontos polêmicos da relação entre os acionistas, o Banco Mercantil e o BACEN merecem discussão rigorosa, mas cada um a seu tempo e na sede própria. Nesse sentido, aqui é de se enfrentar a questão dos juros nos contratos do PROER e, assim, dar mais um passo para o deslinde da liquidação. O que não é possível é arrastar-se *ad infinitum* uma liquidação extrajudicial em prejuízo dos acionistas, dos eventuais credores do Banco, da estabilidade do sistema financeiro e mesmo da credibilidade dos processos de liquidação extrajudicial como vêm se realizando em nosso país.

Lastreada nessas considerações, passo a discutir exclusivamente o problema da incidência dos juros contratuais superiores e estranhos à TR na execução dos contratos de empréstimo firmados entre o Banco Mercantil, já sob intervenção, e o BACEN, sob os auspícios do PROER (fls. 121/131).

O Banco Mercantil S/A, repita-se por clareza, sofreu intervenção a partir do Ato nº 356 do Presidente do BACEN, em 11/08/1995, justificada pela “insuficiência patrimonial, caracterizada por dificuldades de realização das principais operações de crédito deferidas pela instituição” (fl. 119). Na ocasião, o BACEN nomeou o interventor Marcos Antônio Siqueira Leite, substituído por mais de uma vez em menos de 01 (um) ano.

Em 03/06/1996 e 07/08/1996, o Banco Mercantil, sob intervenção, e o BACEN, que a decretara e, na prática, detinha as rédeas do Banco, firmaram dois contratos de abertura de crédito rotativo nos valores de R\$ 472.900.000,00 (quatrocentos e setenta e dois milhões e novecentos mil reais) e R\$ 57.235.000,00 (cinquenta e sete milhões, duzentos e trinta e cinco mil reais), dentro das medidas do denominado PROER – Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (fls. 121/131). Os dois contratos de abertura de crédito estabeleciam como contrapartida a prestação de garantia de 120% (cento e vinte por cento) do valor do crédito aberto, composta inicialmente por títulos da dívida externa brasileira nas modalidades “Par Bonds” e “DCB – Debt Conversion Bonds”. Além disso, fixavam o “custo

financeiro” dos contratos como sendo a variação da TR acrescida de 8,55% (oito vírgula cinqüenta e cinco por cento) e 8% (oito por cento) ao ano, respectivamente, sobre os montantes tomados em empréstimo (fls. 124 e 129).

A liquidação do Banco Mercantil foi decretada em 09/08/1996, pelo Ato nº 562 do Presidente do BACEN, sendo o termo legal da liquidação fixado em 12/06/1995, ou seja, 60 (sessenta) dias antes da intervenção. Isso quer dizer, em síntese, que, na ocasião da assinatura dos contratos, o Banco Mercantil não só estava sob intervenção do BACEN, como também já estava em “estado de liquidação”, nos termos do art. 15, § 2º da Lei nº 6.024/74.

Após a decretação da liquidação, o BACEN foi autorizado, pelo Decreto nº 2.414/97, a trocar os títulos da dívida externa brasileira (“Par Bonds” e “Debt Conversion Bonds”) por títulos da dívida interna. Uma medida de política monetária para internalizar e, com isso, mudar o perfil da dívida pública do país. Assim, o BACEN permutou os títulos do Mercantil que estavam em garantia por Notas do Tesouro Nacional, as NTNs-A3, que estavam indexadas pelo dólar. Ocorreu que, com a grande desvalorização do Real em 1999, os novos títulos foram catapultados para um patamar antes inimaginável, e em poucos dias o Banco Mercantil passou a registrar superávit em sua contabilidade – seu patrimônio em títulos era superior aos seus débitos na praça. Diga-se que tais operações não tiveram qualquer participação dos autores, deram-se por determinação do próprio Governo através do BACEN ao liquidante.

É por essa situação peculiar de uma massa liquidanda, mas superavitária que o BACEN julga devida e legal a cobrança da variação da TR acrescida dos juros pactuados nos contratos. Em seu entender, a recuperação da massa faz incidir o art. 18, *d*, da Lei nº 6.024/74, de seguinte teor:

“Art. 18. A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:

(...)

d) não fluência de juros, mesmo que estipulados, contra a massa, enquanto não integralmente pago o passivo;”

Ou seja, o BACEN defende a tese de que a massa, por ser superavitária, já pagou virtualmente todo o passivo e, portanto, pode arcar livremente com os juros de contratos anteriormente estipulados, inclusive retroativamente, fazendo os juros incidir mesmo no período que não era superavitária!

Acontece que a liquidação extrajudicial decretada em 09/08/1996 provocou o vencimento antecipado dos contratos do Banco liquidando, que foram firmados em 03/06/1996 e 07/08/1996. O mesmo art. 18 da Lei nº 6.024/74 traz tal conseqüência:

“Art. 18. A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:

(...)

b) vencimento antecipado das obrigações da liquidanda;”

Observe-se que esses contratos têm natureza de mútuo, no qual uma parte se compromete a emprestar dinheiro à outra. Se os contratos questionados foram de abertura de crédito com natureza de mútuo, e os contratos de mútuo, como de sabença geral, caracterizam-se por sua unilateralidade, justifica-se a incidência do item *b*, com maior pertinência que o item *d* do mesmo art. 18 da Lei nº 6.024/74, como se depreende da sua leitura:

“Art. 18. A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:

(...)

b) vencimento antecipado das obrigações da liquidanda;”

Ao admitir a incidência do item *d* do art.18 da Lei nº 6.024/74, chegar-se-ia a uma situação esdrúxula, de contratos que são mantidos em *prejuízo* da massa liquidanda e não em *benefício* dela. Isso porque havendo a fluência de juros, a longo prazo, voltaria a dificultar a liquidação por aumentar progressivamente o passivo. Nesse sentido, é preciso reconhecer que, se correm os juros contratuais, aí o BACEN é quem começaria a lucrar com o prolongamento do processo de liquidação, numa inversão completa de papéis, especialmente por ser ele e exclusivamente ele, autoritariamente, o “senhor do tempo” da duração da liquidação.

Mas o que é decisivo para o deslinde desta questão é que o muito citado item *d* do art. 18 da Lei 6.024/74 foi parcialmente modificado (ou revogado mesmo), com o advento de outra norma, posterior e de mesma hierarquia, onde determina o ônus que deveria recair sobre a massa em liquidação extrajudicial. Trata-se do art. 9º da Lei nº 8.177/91, com redação dada pela Lei nº 8.218/91, cujo teor é o seguinte:

“Art. 9º A partir de fevereiro de 1991, incidirão juros de mora equivalentes à TRD sobre os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional, com a Seguridade Social, com o Fundo de Participação PIS-PASEP, com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e sobre os passivos de empresas concordatárias, em falência e de instituições em regime de liquidação extrajudicial, intervenção e administração especial temporária.”

O art. 9º dá um tratamento igualitário aos débitos contra a Fazenda Nacional (que é o prisma financeiro do Poder Executivo Federal), das mais diversas naturezas – FGTS, PIS-PASEP, para com o INSS e também sobre os passivos de empresas concordatárias, em falência e de instituições em regime de liquidação extrajudicial. Assim, não há como fugir desta disposição legal expressa.

As instituições bancárias em liquidação extrajudicial podem sofrer a incidência de juros quanto às suas obrigações inadimplidas, mas tão-somente em percentual equivalente à variação da TR. Com isso, tornam-se inaplicáveis, posto que natimortas, as duas Cláusulas Quarta dos contratos (fls. 123/124 e 129) que previam, como critério de juros, a TR acrescida de 8,55% (oito vírgula cinqüenta e cinco por cento) e 8% (oito por cento) ao ano, respectivamente. Pouco importa o percentual acrescido, pois não pode haver nenhum outro além da TR que, segundo a Lei nº 8.177/91, já é suficiente para cumprir o papel de juros legal e de mora e, se assim o fizer, estará praticando o anatocismo, ou seja, juros sobre juros, o que não é permitido no ordenamento brasileiro, desde a velha Lei da Usura, e seguramente refutado pela jurisprudência dos nossos Tribunais.

Não há precedente específico sobre o caso, muito por conta

de sua peculiaridade fática. Mas saliento que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aplica rigorosamente o art. 9º da Lei nº 8.177/91 com relação a empresas concordatárias, hipótese que deve ter a mesma regência legal da prevista para bancos em liquidação extrajudicial. Além disso, já está pacificado o entendimento de que a TR é uma taxa de juros típica, o que dispensa a adoção de outros percentuais previstos nos contratos vencidos contra a massa.

Transcrevo os precedentes mais recentes sobre as duas questões de direito:

“PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. ÍNDICE APLICÁVEL.

1. A TR e a TRD são consideradas pelo STJ e pelo STF taxas remuneratórias, trazendo em seus componentes não só a correção monetária, mas a taxa de juros, sendo imprestáveis para mera atualização de débito fiscal.

2. Aplicação do IPC ou do INPC para a atualização.

3. Recurso especial provido.”

(REsp nº 492.792/RS, Segunda Turma, Min. Eliana Calmon, DJ 23/08/2004, p. 183)

“CONCORDATA. PAGAMENTO CREDITÍCIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. BTN. EXTINÇÃO. LEI Nº 8.177/91. TRD. APLICAÇÃO.

I. Extinta o BTN, indexador dos créditos em concordata, deve-se aplicar a TRD a partir de fevereiro de 1991 no cálculo do *quantum* devido, em virtude da Lei nº 8.177/91, modificada pela Lei nº 8.218/91.

II. Precedente da 2ª Seção.

III. Recurso especial não conhecido.

(REsp nº 79.045/MG, Quarta Turma, Rel. Aldir Pasarinho Júnior, DJ 11/12/2000, p. 205)

Essa interpretação não fere em nada a legislação específica do PROER, mencionada pelo BACEN em sua apelação (fls. 919/920). Nem a Lei nº 9.447/97 nem a Lei nº 9.710/98 afirmam que os contratos firmados sob a proteção do PROER poderão ou deverão impor um percentual certo de juros, nem que foi criado um

regime diferenciado do previsto no art. 9º da Lei nº 8.177/91. Além disso, as inúmeras resoluções, portarias e atos mencionados pelo Banco Central não teriam o condão ou o poder de revogar dispositivos legais como o já referido art. 9º, mesmo que assim o previssem, porque ainda vige no sistema jurídico brasileiro o princípio da hierarquia das normas.

Sem dúvida, é legítima e legal a imposição de encargos aos contratos, para que o empréstimo aos bancos em situação difícil não se convertesse em benefício injustificado; mas, no caso de liquidação promovida pelo próprio BACEN, o limite dos juros a serem contados é tão-somente o da variação da TR, nada além disso.

Não há aqui que se falar em enriquecimento e muito menos ilícito da massa liquidanda em detrimento do BACEN ou dos cofres públicos, como veementemente afirmam os apelantes. Afinal, é certo que a liquidação do Banco Mercantil só terminará quando forem pagos integralmente os valores recebidos em decorrência dos dois contratos de abertura de crédito firmados; e assim sendo, não há dúvida de que o patrimônio público ou o fundo de onde saíram os recursos do PROER será ressarcido integralmente. O fato da valorização dos títulos tornando superavitária a massa independeu de decisão dos autores (acionistas), até porque eles foram despojados de todo poder de mando nestes últimos dez anos, não tendo dado causa, a partir daí, nem ao bem nem ao mal da empresa. Não é correto que se venha agora apontar o resultado das transações celebradas sob a égide do próprio BACEN como enriquecimento ilícito da massa e que se busquem acrobacias para tentar elidi-la. Se houve imprevisão econômico-financeira de quem determinou tais trocas de títulos, sobre este ou estes é que cabe examinar-se a responsabilidade, o que até agora não vi uma linha sequer do BACEN sobre este assunto.

Em verdade, tomando o ponto nodal desta questão, ela gira entre duas formas de conduta, que se colocadas num placar seria: BACEN *versus* BACEN – ou seja, o procedimento do Banco Central até 2001 e o procedimento do Banco Central a partir de 2001. O que os autores pedem é a prevalência da primeira forma de procedimento do BACEN no primeiro quinquênio da liquidação.

O que se tem em debate aqui é apenas o critério de incidência dos juros, se exclusivamente pela variação da TR (art. 9 da Lei 8.177/91), ou pelo contratual de TR acrescida de outros percentuais, como passou a proceder no segundo quinquênio, a partir de 2001, numa interpretação do BACEN ao item *d* do art. 18 da Lei 6.024/74! Isto é o que se pode chamar de “efeito bumerangue”, volta para o BACEN o problema que ele mesmo deu causa!

Entre essas duas hipóteses, faço a opção pela primeira, que está adequada à interpretação conjunta dos art. 18, *b*, da Lei nº 6.024/74 *c/c* o art. 9º da Lei nº 8.177/91. Afinal, o Banco Mercantil é hoje uma massa liquidanda, e seria abusivo negar-lhe as proteções legais inerentes a esse estado.

A sentença do Juiz Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho não descuidou desse aspecto. Em suas palavras:

“O objetivo da mencionada liquidação não é o de proporcionar ganho a quem quer que seja, mas, tão-somente, assegurar, na medida do possível, o pagamento dos débitos e, caso exista saldo remanescente, destiná-lo aos acionistas. Em razão dos motivos já expostos, restou nitidamente abusiva a incidência de juros sobre a dívida, além daqueles já embutidos na Taxa Referencial – TR”. (Fl. 830)

Julgo, portanto, ser devida a incidência da Taxa Referencial - TR, qual seja, aplicar aos empréstimos contraídos, nos termos dos contratos de fls. 121/131, apenas e tão-somente a variação da TR, considerando-se incluídos os juros legais e de mora, mais que isto seria anatocismo, o que não é de se admitir. E assim, preserva-se o interesse público, pois haverá o ressarcimento do custo financeiro da operação com base em um percentual de juros plausível, já que calculado pelo próprio Banco Central a partir do rendimento mensal médio dos CDBs e RDBs. Do mesmo modo, não se prejudica a massa liquidanda com um acréscimo ilegal em seu passivo. E, ainda, como consequência, fica determinado que o BACEN se abstenha de provisionar, a título de encargos passivos no balanço patrimonial do Mercantil, os valores correspondentes aos juros de 8,55% e 8%, respectivamente, constantes das Cláusulas Quatro dos contratos de mútuo ou quaisquer outros valores

a título de juros, que os tenho como não aplicáveis.

Mantenho os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da causa atualizado.

Defiro, no entanto, o pedido da União e do BACEN para desobrigar este de pagar os honorários de perito considerado suspeito, no julgamento do AGTR nº 58.942/PE, invertendo os honorários periciais para os autores.

Ante o exposto, dou parcial provimento às apelações da União, do BACEN e à remessa oficial para o fim de desobrigar o BACEN do pagamento dos honorários do perito, conforme condenado na sentença.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 3.300-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO
Apelante: SEVERINA SIMÃO DA SILVA, MARIA JOSÉ SANTANA DE MELO E ISRAEL FRANCISCO DE SOUZA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Def. Públicos: DRAS. JACINTA DE FÁTIMA COUTINHO MOURA E ANA CRISTINA ANDRADE MOURA DE GOUVEA
Advs./Procs.: DRS. EDRISE AIRES FRAGÔSO JÚNIOR E OUTROS (APTE.)

EMENTA: PENAL. ART. 95, J, DA LEI Nº 8.212/91. NORMA PENAL SEM SANÇÃO. INAPLICABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SANÇÃO DO ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP. ESTADO DE NECESSIDADE. INOCORRÊNCIA. ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS. DEFERIMENTO CONDICIONAL. DELAÇÃO DE CO-RÉU. ADMISSIBILIDADE. EXCESSO NA DOSIMETRIA DA PENA. INOCORRÊNCIA. TRASMUTAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM

RESTRITIVA DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE POR AUSÊNCIA DOS REQUISITOS SUBJETIVOS REFERIDOS NO ART. 44, III, DO CP. AUTORIA E MATERIALIDADE POSITIVADAS.

- A norma incriminadora reclama a especificação da sanção, sem a qual não será possível ao Estado exercitar o jus puniendi. Inaplicabilidade, à espécie, do disposto no art. 95, j, da Lei 8.212, de 1991.

- Existência de um outro tipo penal, ao qual se subsume a conduta imputada à Ré Severina – o art. 171, § 3º, do Código Penal – e a dos demais acusados que, se assim não fora, estariam isentos de pena, em face da superveniência da Lei nº 9.983/00, que revogou o que se continha no art. 95, j, da Lei 8.212, de 1991 (abolitio criminis) e, porque, sem sanção, de ilícito não se poderia cogitar.

- Inocorrência da excludente de ilicitude – estado de necessidade – ante a ausência de prova da existência de dois ou mais bens jurídicos postos em perigo (no caso do furto famélico, a vida e o patrimônio), de modo que a preservação de um acarretaria a anulação do outro, não podendo se exigir conduta diversa.

- Eventual estado de precisão que não se confunde com estado de necessidade, tal como argüido pela Ré Severina. Precedentes.

- Descabimento da pretendida isenção ao pagamento da pena pecuniária, dado que não é possível afastar a incidência dessa reprimenda, sob o fundamento de ser pobre o réu. Ao juiz cabe, só, fixar a pena pecuniária em montante que seja condizente com as condições econômicas do agente, tal como ocorreu.

- Isenção condicional das custas do processo, que se reconhece em favor de Severina, respeitado o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50. Se

no quinquênio legal houver mutação na alegada hipossuficiência da ré, a Fazenda poderá exigir, pelas vias ordinárias, o que lhe for de direito. Precedentes.

- Admissibilidade da prova decorrente da delação de co-réu, para embasar o decreto condenatório do Réu Israel, eis que aquela não discrepou das demais provas dos autos. Precedentes.

- Dosimetria da pena que não discrepou dos parâmetros legais. Circunstâncias judiciais reputadas negativas, o que autorizou a fixação da pena base de Israel, acima do mínimo legal.

- Substituição da pena privativa de liberdade que não é juridicamente possível, em face do desatendimento ao disposto no art. 44, III, do Código Penal. Autoria e materialidade positivadas, em relação a todos os apelantes.

- Apelação interposta por Severina provida, em parte. Apelações manejadas por Israel e Maria José, desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento em parte à apelação criminal manejada por Severina Simão da Silva e negar provimento às apelações criminais desafiadas por Israel Francisco de Souza e por Maria José Santana de Melo, 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, 9 de março de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO:

Apelações criminais manejadas por Severina Simão da Silva, Israel Francisco de Souza e Maria José Santana de Melo, em face da decisão da lavra do MM. Juiz da 4ª Vara Criminal de Pernambuco, que, pela prática do delito tipificado no art. 171, § 3º, do Código Penal – CP, condenou-os à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto, cumulada com o pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa, à razão de um 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Segundo a denúncia, os apelantes teriam formado um conluio destinado à prática de fraudes, através de adulteração de documentos originais, visando à obtenção de benefícios previdenciários.

Tal fato teria se concretizado em 11 (onze) de outubro de 93, quando um dos denunciados, Hermínio Floriano dos Santos, absolvido pelo juiz *a quo* com fulcro no art 107, IV, c/c 115, ambos do Código Penal, teria sido flagrado tentando sacar uma parcela de benefício cuja titularidade era de Lino Ranulfo Carneiro, falecido, com o uso de documentação falsa.

Em suas razões recursais, Severina, clama pela absolvição, sob amparo dos seguintes argumentos: a) a sua conduta seria atípica, porquanto escudada na excludente de antijuridicidade – o estado de necessidade –, em face das dificuldades financeiras enfrentadas, pelo que requer, também, a dispensa do pagamento da multa e das custas processuais; b) caso a conduta fosse típica, estaria incursa no delito previsto no art. 95, j, da Lei nº 8.212/91, e não no art. 171, § 3º, do Código Penal – CP; ao crime previsto na lei previdenciária está cominada tão-somente a pena pecuniária, a qual, pelo decurso do tempo, estaria prescrita, nos termos do art. 114, I, do Código Penal.

Israel requer a absolvição, sob o fundamento de que não haveria provas nos autos, das quais se pudesse inferir o dolo no cometimento do ilícito em apreço; alega, ademais, que o decreto segregatório não poderia ter sido lastreado no depoimento de única

pessoa – Maria José Santana de Melo, envolvida no fato havido como criminoso e co-denunciada no presente processo.

Por fim, a apelante Maria fustiga a decisão condenatória, sustentando que o douto juiz *a quo* não teria observado o disposto no art. 59 do Código Penal, por ocasião da fixação da pena-base, que deveria ter sido fixada no mínimo legal.

Aduz ademais que, tendo sido condenada a 4 (quatro) anos de reclusão, faria jus à substituição de pena prevista no art. 44, I, do CP.

As contra-razões demoram às fls. 528/538 e 581/593, e todas louvam os termos da decisão atacada.

O opinativo da douta Procuradoria Regional da República foi no sentido do improvimento das apelações.

É, no que importa, o relatório. Ao eminente Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Examino a apelação interposta por Severina.

No que diz respeito à capitulação do delito, tenho que a conduta descrita na denúncia amolda-se, mesmo, à prevista no art. 171, § 3º, do Código Penal. Mas não me corro de declinar as razões pelas quais não se a pode ter (a conduta) como subsumida às disposições do art. 95, *j*, da Lei nº 8.212/91.

Para facilitar a análise, permito-me transcrever o dispositivo referido, *in verbis*:

“Art. 95. Constitui crime:

j) obter ou tentar obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo direto ou indireto da Seguridade Social ou de suas entidades, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, contrafação, imitação, alteração ardilosa, falsificação ou qualquer outro meio fraudulento”.

Observe-se, todavia, **que não há previsão de pena**, para o

cânone sob foco; cuida-se, pois, de norma penal “em branco”. Por isso que, em situações assim, há de se ter em mente as diretrizes do Direito Constitucional Penal, segundo as quais “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*” (art. 5º, XXXIX, CF/88).

A norma incriminadora necessita, pois, além do preceito, da previsão de uma sanção, isto porque, sem esta última, não será possível ao Estado exercitar o *jus puniendi* de que se acha investido.

No caso concreto, se não existisse um outro tipo penal que cuidasse da conduta a que alude o art. 95, *j*, da Lei nº 8.212/91, qual seja, o art. 171, § 3º, do Código Penal, a apelante e os demais acusados não poderiam ser sancionados, por duas razões: a primeira, porque em face da superveniência da Lei nº 9.983/00 o pre-citado dispositivo (falo do art. 95, *j*, da Lei nº 8.212/91 para que não sobrepaire dúvida) **fora revogado**, o que, ao menos em tese, importaria em *abolitio criminis*; e, a segunda razão seria porque, se não há sanção, de crime não se poderia cogitar.

A esse respeito, Bruno Cezar da Luz Pontes preceitua, *ad litteram*:

“Por isso, não está incorporado no Direito Punitivo, estando longe do Direito Penal, portanto, qualquer norma penal, salvo as não incriminadoras, que, simplesmente, descreve alguma conduta sem traçar a respectiva pena. Estas considerações sobre o antigo art. 95 da Lei 8212/91 são necessárias porque, a despeito da sua revogação pela Lei 9.983/00, ainda persistem alguns resquícios práticos que por vezes causam celeuma no ordenamento jurídico. (...) Em uma primeira e superficial análise, poder-se-ia imaginar que nem mesmo justa causa para a ação penal existiria, tendo-se em mente que ninguém poderia sofrer a carga de um processo penal contra si sabendo que a sua conduta não era punida. Certamente, dentro deste parâmetro, faltaria interesse ao Ministério Público de promover qualquer ação penal. No entanto, apesar de se enquadrarem no título

deste trabalho (crime sem pena) todas aquelas descrições já revogadas (alíneas do art. 95, salvo d, e e f, da Lei 8.212/91), outras normas penais completas, não truncadas, previam os mesmos comportamentos, porém de modo mais abrangente, por isso que na verdade não poderia se falar em aplicação das alíneas a, b, c, g, h, i e j do art. 95 referido, já que tais normas penais não tinham a autoridade estatal dita alhures por Aníbal Bruno. Elas sempre foram, desde o início, simulacro de norma penal, e em nenhum instante chegaram a entrar na essência punitiva do Direito Penal, não prevenindo ou reprimindo comportamentos. Cheguei a verificar alguma procedência no fato de que, em face do princípio da legalidade constitucional (art. 5º, inciso II e, no caso, inciso XXXIX - nulum crimem, nulla poena sine lege), e pelo fato das condutas estarem especificamente tipificadas, seria mais correto declarar a abolição do crime, diante da Lei 9.983/00, acabando com a absolvição dos acusados com condutas enquadradas nas alíneas revogadas do art. 95 da Lei 8.212/91. Porém, este pensamento, precipitado, não pode vingar, a par de uma visão mais cuidadosa e jurídica sobre o caso. Como foi dito, uma norma penal incriminadora só pode ser considerada quando ela não é truncada, adquirindo, assim, autoridade estatal. Quando uma conduta é tipificada, mas não é punida, tal conduta não é propriamente atípica, porém não chega a colidir com a repugnância jurídica estabelecida pelo legislador. Por isso, uma conduta abrangida por um tipo, porém sem pena alguma, certamente entra no escárnio público, ofendendo a moral societária, mas nunca chega a tangenciar qualquer castigo jurídico. Dentro desta visão é que não pode ser absolvido alguém que tem sua conduta especificadamente prevista em um tipo penal (que não tem pena), e concomitantemente em outro, mais abrangente, cuja pena existe. No caso de alguém

*que tinha sua conduta tipificada nas alíneas a, b, c, g, h e i do antigo art. 95 da Lei 8.212/91, a mesma conduta, certamente, estava englobada na Lei 8.137/91, cuja redação típica é muito mais abrangente que aquelas previstas nas alíneas”.*¹

Afastada a controvérsia no tocante à tipificação da conduta da apelante, cuida, agora, do exame da autoria e da materialidade criminosas, que o simples manuseio dos autos permite que se desprenda que uma (a autoria) e outra (a materialidade) despontam, sem reboços, e afastam o alegado estado de necessidade.

A prova é enfática no tocante à participação da apelante na empreitada ilícita.

Os depoimentos dos co-réus (fls.19/22 – Maria José Santana de Melo –, e fls. 70/73 – Israel Francisco de Souza), o material apreendido (fls. 37), e a sua confissão de iniciativa de formação de bando criminoso, com vistas a empreender fraudes como as de que se cuida (fls. 106), tendo sido, outrora, condenada, por delito da mesma espécie, à pena de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, só corroboram a tese da sua culpabilidade.

No tocante à alegada excludente de ilicitude (estado de necessidade), não há prova a testificar a presença de dois ou mais bens jurídicos postos em perigo (no caso do furto famélico, a vida e o patrimônio), de modo que a preservação de um acarretaria a anulação do outro, não podendo se exigir conduta diversa.

Só para relembrar, atente-se para o disposto no art. 24 da Lei Penal básica em vigor, *verbis*:

“Considera-se estado de necessidade quem pratica o fato para salvar perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”

¹ PONTES, Bruno Cezar da Luz. Crime sem pena . *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n° 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3044>>. Acesso em: 03 jun. 2005.

O eventual estado de *precisão* não se confunde com o **estado de necessidade**, consoante adverte, com propriedade, Mirabete:

“Não se pode confundir estado de necessidade com estado de precisão, sendo insuficiente, por exemplo, a alegação de dificuldades de ordem econômica para justificar o furto, o roubo, o estelionato etc. Já se tem decidido que dificuldades financeiras, desemprego, situação de penúria e doença não caracterizam o estado de necessidade. Para que a excludente seja acolhida, mister se torna que o agente não tenha outro meio ao seu alcance, senão lesando o interesse de outrem.”

Ainda sobre o tema, revisito o ensinamento de Fernando Capez:

*“A maioria da jurisprudência inadmite a mera alegação de miserabilidade do agente como causa excludente da criminalidade. Assim, dificuldades financeiras, desemprego, situação de penúria, por si sós, não caracterizam essa discriminante. **Do contrário, estariam legalizadas todas as condutas dos marginais ou mesmo de grande parte da população desempregada que, por não exercer qualquer atividade laborativa, apoderam-se do patrimônio alheio para sua subsistência.** Assim, para que se reconheça o estado de necessidade, por exemplo, nos casos de furto famélico, exige-se prova convincente dos requisitos do art. 24 do CP (atualidade do perigo, involuntariedade, inevitabilidade por outro modo e inexigibilidade de sacrifício do direito ameaçado)” – destaquei.*

No tocante à isenção ao pagamento da pena pecuniária, afigura-se descabido o pedido, mormente quando na norma penal a sanção prevista consiste na aplicação de pena privativa de liberdade **cumulada com a de multa**.

Por isso não é dado afastar a incidência dessa última sob o fundamento de ser o condenado pobre, posto que não compete ao

Judiciário legislar, criando ou concedendo isenções, em face do princípio da reserva legal.

Quanto ao pedido de isenção das custas processuais, penso que poder ser deferido, em face do preconizado no art. 4º, § 1º, da Lei nº 1.060/50², porquanto a alegação do estado de pobreza, usufrui da presunção *juris tantum*, (no tocante **às custas do processo** e aos honorários de advogado – veja-se a nota de rodapé).

A fruição dessa benesse é condicional. Em face do disposto no art. 12 da referida Lei³, a obrigação fica sobrestada durante 5 (cinco) anos; caso se altere, ao largo desse lapso de tempo, o estado de hipossuficiência do réu, as despesas poderão ser exigidas, e a Fazenda dispõe dos meios legais para reclamar o que lhe for de direito.

Nesse sentido, iterativa é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“RESP. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CUSTAS. RÉU POBRE. A LEI 1.060/1950 ESTABELECE A GRATUIDADE A PESSOA POBRE, NO SENTIDO JURÍDICO DO TERMO, OU SEJA, SEM CONDIÇÕES DE PAGAR AS CUSTAS E DESPESAS JUDICIAIS. A ISENÇÃO É CONDICIONAL, OU SEJA, SE NO CORRER DOS CINCO ANOS SEGUINTE, HOUVER MODIFICAÇÃO NA FORTUNA DO BENEFICIÁRIO, DE MODO A RETIRAR A QUALIFICAÇÃO, DEVERÁ EFETUAR O PAGAMENTO.”

² Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. (*Redação dada pela Lei nº 7.510, de 04/07/86*)

§ 1º. Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais. (*Redação dada pela Lei nº 7.510, de 04/07/86*)

³ Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.

(STJ - Superior Tribunal de Justiça, REsp - 90.431/DF, Sexta Turma, Decisão: 19/12/1996, DJ Data: 31/03/1997 Página: 9654, Relator Luiz Vicente Cernicchiaro).

Assentadas essas considerações, penso serem irretocáveis os fundamentos da decisão vergastada (no que tange a Severina); mas, atento à particularidade da afirmação por ela feita nos autos, no tocante à hipossuficiência, **dou provimento em parte à apelação criminal, só no tocante às custas do processo, e nos moldes referidos nos tópicos antecedentes.**

Passo à análise da apelação criminal manejada por Israel.

A tese básica é a de que o apelante não teria agido com dolo porquanto fora aliciado para a prática delitiva; outrossim, o decreto condenatório se teria lastreado em depoimento (temerário e parcial, assim se diz) da co-denunciada Maria José Santana de Melo.

Com respeito aos entendimentos dissonantes, essas asserções são desprovidas de fundamentação.

Revisito as provas: o depoimento dos co-réus às fls. 10/11 – Hermínio Floriano dos Santos, fls. 106 – Severina Simão da Silva, e 320/321 – Reginaldo Nascimento de Lima; as informações colhidas de Policiais Federais às fls. 333/336; a folha de antecedentes criminais (fls. 98); e a existência de condenação por delito de igual espécie (fls. 416/425), bastam para que me convença, sem embargo de equívoco, de que o dolo se faz presente na conduta imputada ao apelante Israel (o fato da condenação antecedente, por delito da mesma natureza, é revelador da opção do apelante por essa sorte de ilícito).

O depoimento da co-ré (Maria José) mostra-se em sintonia com as demais provas dos autos e, por ser assim, a ele se pode atribuir (sem glosa das posições jurisprudenciais) valor probante no tocante a uma eventual condenação, ainda que se cuidasse de um só depoimento (o que não é o caso dos autos) destaco desde logo.

É ilustrativo, a propósito, o fragmento da Jurisprudência do colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que a seguir reproduzo, *verbis*:

“PENAL. ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. AUTORIA, MATERIALIDADE DELITIVA E DOLO. COMPROVAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. DELAÇÃO DE CO-RÉU. VALIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.

- Há nos autos provas suficientes de que os apelados teriam falsificado assinaturas e carimbos para a obtenção de benefício previdenciário indevido para terceiros.

- Cabe ao réu a prova das causas excludentes de antijuridicidade, culpabilidade e da punibilidade, bem como das circunstâncias que impliquem em diminuição de pena ou concessão de benefícios penais.

- Reveste-se de validade a delação de co-réu que se apresenta em harmonia com o conjunto probatório trazido aos autos.

- Provimento do recurso, para condenar os apelados.”

(Tribunal - Terceira Região, ACR - 10.376/SP, Primeira Turma, Decisão: 18/05/2004, DJU Data: 08/06/2004, Página: 185, Juiz Luiz Stefanini – destaquei.)

Forte nessas razões, nego provimento à apelação criminal para manter os termos da decisão atacada.

Examino, agora, a apelação desafiada por Maria José.

Insurge-se ela contra o édito condenatório, sob o fundamento de que o perillustre Juiz *a quo* teria se excedido no que tange à dosimetria da pena, ao desconsiderar os parâmetros estabelecidos na Lei Penal Básica, na medida em que estabeleceria a pena básica, para além do mínimo legal aplicável à espécie.

Sustenta, também, fazer jus à substituição da pena privativa de liberdade, por restritiva(s) de direitos, em face do disposto no art. 44, I, do já mencionado Estatuto Repressor.

Na aplicação da pena, o julgador, sob os influxos do princípio da persuasão racional, deve formar a sua convicção no tocante à culpabilidade, apreciando não apenas o delito, mas, por igual, as disposições do art. 59 do Código Penal, de sorte a individualizar,

adequadamente, a reprimenda, atento aos reclamos consignados no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal em vigor.

Assim é que, ao lado dos aspectos objetivos do delito, toca ao juiz levar em conta a pessoa do agente, suas virtudes e defeitos, examinando os traços de sua personalidade, não olvidando, ainda, a possibilidade de vir o agente a tornar a delinqüir.

Essas diretrizes encontram-se estabelecidas no art. 59 do Código Penal, as quais foram adequadamente analisadas no Juízo *a quo*, tendo sido consideradas negativas pelo Julgador monocrático (conclusão da qual não me afasto). Por isso é que optou – justificadamente – por base uma pena básica para além do mínimo legal. Confira-se, a propósito, o excerto da sentença condenatória, *verbis*:

“Julgo procedente a presente ação criminal promovida contra Maria José de Santana, Israel Francisco de Souza e Severina Simão da Silva [...] quanto ao delito de estelionato, considerando que, apesar de primários tecnicamente na época dos fatos, esses acusados registram péssimos antecedentes criminais, considerando, ainda, suas personalidades voltadas para a prática de crimes de estelionato em que se especializaram, considerando sua conduta social de envolver terceiros para a consecução de suas finalidades criminosas, considerando os motivos extremamente egoísticos que os induzem à prática de delitos contra o patrimônio, considerando as circunstâncias e conseqüências dos delitos praticados, que colaboram eficazmente para as dificuldades por que passa o sistema previdenciário com prejuízo para toda a população, principalmente a classe trabalhadora, aplicar a pena-base de três (3) anos de reclusão para cada um [...].”

Outrossim, nada obstante tenha sido cominada ao apelante a pena de 4 (quatro) anos de reclusão, cumulada com o pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa, à razão de um 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, a mesma não satisfaz aos requisitos subjetivos encartados no art. 44 do Código

Penal, os quais correspondem às circunstâncias judiciais adrede mencionadas.

Eis o teor do mencionado dispositivo penal, *ipsis litteris*:

“Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência e grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”. (Destaquei).

Portanto, a transmutação da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos há de ser deferida, tão-somente, quando o apenado, simultaneamente, preencher todas as exigências legais.

Toante à matéria, pacífica é a jurisprudência pátria. Confira-se:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. LEI 9.714/98. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE REQUISITOS DO ART. 44, III, DO CP.

- **Não cabe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se não preenchidos os requisitos do artigo 44, III, do CP**, com a redação da Lei 9.714/98, *in casu*, mostra-se fundamentado que a substituição não seria suficiente.

- Recurso conhecido, mas desprovido (STJ - Superior Tribunal de Justiça, REsp 604.469/SP, Quinta Turma, Decisão: 16/09/2004, DJ Data:18/10/2004 Página: 326, Relator José Arnaldo da Fonseca) – *destaquei*.

Esforçado nessas considerações, e por não se fazerem presentes as condições de natureza subjetiva em favor da apelante

Maria José, em feitiço a permitir (a permuta) e o cumprimento de pena restritiva de direitos, nego provimento à apelação criminal, mantendo todos os termos da decisão atacada.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 4.155-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelantes: ROMERO MARANHÃO CARNEIRO E RICARDO JOSÉ RODRIGUES GOMES DE MATTOS
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Advs./Procs.: DRS. FERNANDO JOSÉ ALVES DE SOUZA E OUTROS (APTES.)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL E PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA QUE NÃO SE VERIFICA, JÁ QUE PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.¹ DESCAMINHO PRATICADO NA MODALIDADE DE VENDA E ESTOCAGEM. AUSENTE A COMPROVAÇÃO DA POSSE LEGAL DOS PRODUTOS DE ORIGEM ESTRANGEIRA, INSUBSISTEM OS ARGUMENTOS DOS APELANTES DE QUE NÃO HOUE ILÍCITO PENAL. SE OS AGENTES AGIRAM CONSCIENTES DA ILICITUDE E LIVRE DE COAÇÕES, CARACTERIZA-SE A PRESENÇA DO DOLO. HAVENDO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS A AUTORIZAR, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM ERRO NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LE-

¹ Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

GAL. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO.

- A denúncia expõe o fato criminoso com todas as suas circunstâncias, apontando a participação de cada réu no ilícito, de modo que não pode ser considerada inepta.

- Apesar de alegar possuir documentação comprobatória da regularidade fiscal das mercadorias de origem estrangeira, nada foi apresentado pela defesa, de modo que caracterizado está o descaminho.

- No crime de descaminho, o dolo é genérico, elemento subjetivo que se caracteriza pela vontade livre e consciente de tentar se eximir, no todo ou em parte, do pagamento de tributos.

- A pena-base em seu patamar mínimo deve ser aplicada se as circunstâncias judiciais assim o admitirem, não havendo direito subjetivo dos réus a ter a pena-base fixada sempre no mínimo legal.

- Preliminares rejeitadas.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 7 de março de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de recurso de apelação interposto por Romero Mara-

nhão Carneiro e Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos, inconformados com a sentença da lavra do Dr. Antonio Bruno de Azevedo Moreira, MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco que, entendendo provadas a materialidade e autoria do crime do artigo 334, § 1º, c, do Código Penal², condenou-os a dois anos e seis meses de reclusão em regime aberto.

A persecução penal se originou devido a diligências da Polícia Federal e da Receita Federal levadas a efeito nas empresas Bolsa Fone Comércio Ltda. e Mercantil Boa Vistense Ltda., onde foram encontradas mercadorias de origem estrangeira desacompanhadas de documentação legal. Apurou-se que a primeira empresa tinha como proprietário de fato o primeiro apelante, embora constasse no contrato social os nomes de empregados humildes da empresa, coagidos a aceitar esse comprometimento sob pena de perderem os seus empregos. Essa mesma empresa era gerenciada pelo segundo apelante, sabedor dos ilícitos ali perpetrados. Quanto à segunda empresa, o contrato social apresentava como proprietária a mãe do primeiro apelante, embora a administração de fato fosse dele mesmo.

Sustenta-se, nas razões recursais, que a denúncia é inepta, posto que não descreve, individualmente, com exatidão e clareza, a participação de cada agente nos fatos apontados como criminosos. Afirmam ainda os apelantes que suas condutas são atípicas,

² Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965).

(...)

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; (Incluído pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965).

já que não praticadas com dolo, não havendo portanto conduta ilícita a ser punida, até porque possuiriam toda a documentação fiscal das compras das mercadorias, de forma que não haveria qualquer irregularidade fiscal ou ato criminoso a ser punido.

Alternativamente à absolvição, pugnam pela fixação da pena no patamar mínimo, com a conseqüente decretação da extinção da punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva.

Em contra-razões ao recurso interposto, o Ministério Público Federal afirmou que, com acordo recíproco de vontades, os apelantes praticaram o crime de descaminho, na modalidade de venda e estocagem, prevista no artigo 334, § 1º, c do Código Penal, fato comprovado por diversas testemunhas e por prova pericial, já que as mercadorias eram de origem estrangeira e estavam desacompanhadas de documentação fiscal. Sustenta ainda que o dolo para o tipo é genérico, consistindo na vontade livre e consciente de iludir no todo ou em parte o pagamento de tributo. Por fim, afirma que as circunstâncias judiciais não autorizam a fixação da pena no patamar mínimo, pugnando pela confirmação da sentença em todos os seus termos.

Em parecer da lavra do Dr. Domingos Sávio Tenório de Amorim, a douta Procuradoria Regional da República opinou pelo improvimento do recurso, visto que a denúncia descreveria as elementares do tipo e apontaria corretamente a autoria do ilícito, além de ter a instrução comprovado as assertivas constantes na inicial. No que pertine à pena-base dos réus, sustenta que a sua fixação acima do mínimo legal está devidamente justificada, já que existiriam circunstâncias judiciais desfavoráveis aos mesmos.

É o relatório.

À revisão regimental.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

A denúncia tida pelos apelantes como inepta narra os fatos da seguinte maneira:

“Narram os autos que no dia 17 de abril de 1999, em

diligência realizada na empresa Bolsa Fone Comércio Ltda., agentes da Polícia Federal apreenderam grande montante de mercadorias de procedência estrangeira (mormente aparelhos de telefone celular, rádios de comunicação e respectivas baterias, discos rígidos para microcomputador) desprovidas de documentação legal (fls. 7/8).

De fato, comprovou o laudo de exame merceológico, às fls. 58/63, que as mercadorias apreendidas eram de origem estrangeira, atribuindo-lhes valor total de R\$ 345.575,00 (trezentos e quarenta e cinco mil, quinhentos e setenta e cinco reais).

Afiguram-se, por sua vez, como responsáveis pela manutenção e venda das mercadorias clandestinas o senhor Romero Maranhão Carneiro, proprietário de fato da mencionada empresa, e Ricardo José R. G. de Mattos, administrador desta.

Consoante declarações de três pessoas que constavam como sócias da firma em apreço (fls. 67/69, fls. 119/120, fls. 122/123), nas suas diversas alterações contratuais (fls. 30/31 e fls. 128/137), vislumbrou-se que estas eram na realidade empregados da empresa, que assinavam as alterações contratuais sob a ameaça de serem dispensados do emprego.

Tais ameaças, por sua vez, eram proferidas pelo primeiro denunciado, efetivo proprietário da empresa, que figurara como sócio da firma até a sexta alteração contratual.

(...)

No que tange ao segundo denunciado, constata-se sua participação nesta figura delitiva à medida que se cuidava do gestor da firma em comento, tratando dos assuntos pertinentes aos telefones celulares de procedência estrangeira: comparecia à sede da firma diariamente e supervisionava a chegada e conferência das mercadorias de origem estrangeira (fl. 223). Inclusive, foi o denunciado qualificado por uma das testemunhas como “braço forte de Romero, na distribuição dos celulares adquiridos” (fls. 68).

(...)

Consta também dos autos cópia do auto de infração e termo de apreensão de aparelhos de telefone celular e outros equipamentos de telefonia de procedência estrangeira (fls. 80/85), desprovidos de documentação fiscal, que se encontravam na sede da firma Mercantil Boa Vistense Ltda.

Por conseguinte, mediante exame merceológico realizado nas mercadorias apreendidas (fls. 94/99), verificou-se que 214 (duzentos e catorze) aparelhos celulares eram os mesmos apreendidos anteriormente na empresa Bolsa Fone Comércio Ltda. (ressalte-se que as mercadorias apreendidas na empresa Bolsa Fone haviam sido restituídas a esta firma).

Depreende-se que a empresa Mercantil Boa Vistense Ltda., autuada pela Receita Federal, também é de propriedade do primeiro denunciado. Isto porque figura como sócia da empresa a senhora Maria Dulce Maranhão Carneiro, genitora do primeiro denunciado (fls. 75/78), assim como consta da fl. 79 procuração em que esta outorga poderes especiais ao filho para gerir a firma. Desse modo, utilizou-se o denunciado de artifício para escusar-se da responsabilidade pela prática do crime em tela. Em suma, verifica-se que os denunciados, consciente e deliberadamente, praticaram a conduta prevista no art. 334, § 1º, c, do Código Penal Brasileiro, tanto no modo venda, como manter em depósito mercadoria clandestina, de procedência estrangeira, no exercício de atividade de comercial.” (Fls. 04/07)

A leitura da peça impugnada impele à conclusão de que a mesma preenche todos os requisitos legais para o seu recebimento, não apresentando dificuldades para o exercício do direito de defesa como alegado pelos apelantes, já que expõe circunstanciadamente o fato criminoso e qualifica os agentes responsáveis pelo ilícito. Assim, rejeito a preliminar de inépcia da denúncia.

A segunda preliminar aventada pelos apelantes diz respeito à atipicidade de suas condutas, por entenderem não estar comprovado o elemento subjetivo do ilícito.

No crime de descaminho, o elemento subjetivo se caracteriza pela vontade livre e consciente de tentar se eximir, no todo ou em parte, do pagamento de tributos. Ora, a conduta imputada ao primeiro apelante é a de ser o proprietário das empresas que, em tese, guardariam em depósito e venderiam mercadorias de origem alienígena, introduzidas em território brasileiro de modo irregular. Quanto ao segundo apelante, seria ele o gerente de fato, responsável por conferir a chegada e estocagem das mercadorias, sabedor, segundo as testemunhas, da origem irregular das mesmas.

Desse modo, está corretamente apontado o dolo nas ações dos apelantes, de modo que rejeito também essa preliminar.

Quanto ao mérito, verifica-se que o ilícito pelo qual respondem os apelantes é assim tipificado no Código Penal:

“Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)

a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei; (Redação dada pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)

b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho; (Redação dada pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; (incluído pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)

(...).”

A materialidade do ilícito foi comprovada através de laudo de

exame merceológico produzido por peritos da polícia federal (fls. 66/71), onde se atesta a origem alienígena das mercadorias. Apesar de a defesa alegar possuir documentos comprobatórios da regularidade fiscal de tais mercadorias, nada foi trazido aos autos e, conforme estabelecido no Código de Processo Penal³, cabe a quem alega, de tal fazer prova.

A autoria delituosa é também indubitosa. É que o primeiro apelante era o verdadeiro proprietário das empresas e o segundo era o gerente, responsáveis conjuntamente pela compra, conferência, estocagem e venda das mercadorias estrangeiras. A esse respeito, as provas testemunhais são fartas:

“QUE: ele depoente confirma na íntegra o depoimento de fls. 75/77 dos autos; que é verdade que Romero Maranhão Carneiro costumava pressionar os empregados para durante algum tempo aparecerem como sócios de suas empresas; que os empregados apontados como sócios nas várias alterações contratuais na verdade continuavam como simples empregados e ganhando o que produzissem; que todos sabiam da existência de aparelhos celulares contrabandeados (sic), mas Romero Maranhão não deixava nenhum empregado ter acesso aquela (sic) mercadoria;

(...)

que quem mandava na Bolsafone era Romero Maranhão e Ricardo Matos era uma espécie de gerente, embora não constasse nenhum documento com essa qualidade;

(...)

que sabe que tanto Romero Maranhão quanto Ricardo Matos viajavam constantemente para Miami, sendo que Ricardo Matos viajava mais constantemente; que também sabe que quando ele viajavam (sic) para Miami pouco tempo depois chegava a mercadoria na empresa.”
(Fls. 346)

³ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

“QUE: ele depoente confirma na íntegra o depoimento prestado na Polícia Federal de fls. 130/131; que começou a trabalhar na Bolsafone em 1992 como zelador e posteriormente passou a ser vendedor; que quem viajava para comprar os aparelhos era Romero Maranhão e depois Ricardo Matos; que inicialmente os aparelhos celulares chejava (sic) em carreta e depois em caminhão baú; que a mercadoria era normalmente desembarcada em finais de semana ou a (sic) noite; que Romero Maranhão mostrava os aparelhos aos empregados e os ameaçava para que nada dissessem sobre aquela mercadoria, que era para eles verem, ouvirem e calarem; que numa certa época Romero Maranhão chegou aos gritos para o depoente para que assinasse um documento em que passaria a aparecer como sócio da empresa, dando ao depoente vinte e quatro horas para assinar, sob pena de ser demitido, que, como o sustento dele, de sua mãe doente e de um irmão desempregado dependiam de seu emprego, concordou em assinar aquele contrato social; que, apesar de aparecer como sócio, não recebia nada mais do que seu salário de empregado; que, no dia da apreensão, a polícia entrou na empresa pouco depois da saída dele, depoente; que se encontravam na empresa, no momento, Antonio Carlos Trindade Melo, também laranja como ele depoente, e Amaury Vicente.

(...)

que Romero Maranhão também vendia na loja aparelhos de sons, televisão portátil (sic) estrangeira trazidas do Paraguai, tanto Romero Maranhão como Ricardo Matos; que, quando Romero Maranhão viajava para Miami, quem assumia era Ricardo Matos.” (Fl. 350)

Quanto à pena-base, o MM. juiz sentenciante realmente a fixou acima do mínimo legal, no entanto, o fez motivadamente, afirmando que *“embora sejam ambos os acusados primários tecnicamente, apresentam antecedentes criminais, bem como sua culpabilidade, sua conduta social de envolver, coercitivamente, empregados na responsabilidade legal de empresa montada para a prática do delito, suas personalidades voltadas para o crime,*

bem como as circunstâncias e motivos do delito, fixar a pena-base de dois (2) anos e seis (6) meses de reclusão, que, face à ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, e de causas especiais de aumento ou de diminuição da pena, torno definitiva”.

A esse respeito, a douta Procuradoria Regional da República assim se pronunciou:

“É difícil, ao ver do subscritor, compatibilizar a existência de ações criminais contra alguém como fator justificador da existência de maus antecedentes, tendo em conta a previsão constitucional da presunção de inocência.

No entanto, a forma de atuação dos réus para a realização da conduta criminosa – sempre com a utilização de terceiros inocentes, levados a tanto pela necessidade de manter o vínculo empregatício – demonstra desrespeito e total desconsideração para com o seu próximo, com o que fica patente o alto grau de periculosidade de que ambos são portadores, aspecto que justifica, por si só, o acréscimo à pena mínima cominada.

Daí, justificável se apresenta a manutenção da pena fixada na sentença.”

Perceba-se que os apelantes não impugnaram qualquer aspecto específico elencado pelo juiz para fixar a pena acima do mínimo, afirmando de forma genérica que a pena-base deveria ser fixada no mínimo legal.

Por todas essas razões, rejeito as preliminares e nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 4.278-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
Apelante: DANIEL SERRANO FIERRO
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Advs./Procs.: DRS. MARCIO ALEXANDRE CARVALHO E OUTROS (APTE.)

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ARTS. 12 E 18 DA LEI 6.368/76. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. PROVA DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE DO DELITO. CONFISSÃO. INOCORRÊNCIA DE DELAÇÃO PREMIADA. CRIME ASSEMELHADO A HEDIONDO. CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PERDÃO JUDICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA INDEFERIDOS.

- Rejeição da preliminar de nulidade. Tradução oral da denúncia por ocasião do interrogatório.
- Prova plena da materialidade e da autoria do réu, incurso nas penas dos arts. 12 e 18 da Lei 6.368/76, por transportar droga com a finalidade de enviá-la para o exterior e contribuir para incentivar ou difundir o tráfico ilícito de substância entorpecente.

- Entendimento do col. STJ de que “para a caracterização da atenuante inscrita no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, é necessário que a confissão seja espontânea, circunstância que não se configura na hipótese de prisão em flagrante de réu” (HC 10.017/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, pub. 23.10.2000, DJU, pág. 188)

- A simples menção de nomes singulares de supostos integrantes da quadrilha, que não auxiliam as investigações policiais, não acarreta a aplicação da redução da pena pela delação premiada prevista na Lei nº 10.409/02.

- Cumprimento da pena em regime fechado, sem direito à progressão, nos termos do art. 2º, caput e seu § 1º, da Lei 8.072/90, conforme entendimento majoritário pelo Col. Supremo Tribunal Federal.

ACÓRDÃO

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

Recife, 26 de janeiro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

O Ministério Público Federal denunciou Daniel Serrano Fierro, de nacionalidade espanhola, pela prática do crime tipificado nos arts. 12 e 18, I, da Lei 6.368/76, por trazer consigo substância entorpecente (cocaína), visando o tráfico para o exterior do país.

Narra a denúncia que Daniel Serrano Fierro fora preso em flagrante, no dia 5 de janeiro de 2005, quando se preparava, no Aeroporto Internacional Pinto Martins, no Ceará, para embarcar em vôo com destino a Lisboa, em Portugal, transportando 3.170kg (três quilos e cento e setenta gramas) de cocaína, acondicionada em pacotes plásticos inseridos em embalagens de produtos de higiene pessoal.

A sentença condenou o réu pela prática do crime do art. 12 c/c art. 18, I, da Lei 6.368/76, à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e 120 (cento e vinte) dias-multa, calculado cada dia-multa em um salário mínimo, a ser cumprida em regime fechado.

O réu interpôs apelação, sustentando, em preliminar, a nulidade dos atos processuais desde a citação, por cerceamento de defesa, requerendo que a denúncia seja traduzida para o espa-

nhol, a fim de que ele possa compreender a acusação, com o reinício de todos dos procedimentos processuais e a concessão da liberdade provisória por excesso de prazo na formação da culpa.

Sustenta que tem família, profissão definida, e que agiu como “mula” sem saber, em face das grandes dificuldades financeiras pelas quais passava, sem ter consciência do conteúdo das embalagens que transportava.

Salienta que colaborou com as autoridades, confessando o transporte e a posse das drogas e indicando e descrevendo o indivíduo chamado Bruno Moralez, residente na cidade de Badajoz, fronteira com Portugal, como o remetente da droga, requerendo o repasse das informações prestadas à Polícia Federal, requerendo a redução da pena ao mínimo legal, a aplicação da confissão espontânea, atenuante prevista no art. 65, inc. I, alínea *d*, do Código Penal, e a redução da pena prevista no art. 14 da Lei nº 9.807/99, relativa à delação premiada de outros integrantes da quadrilha de tráfico de entorpecentes.

Requer, ainda, o perdão judicial, para que seja extinta a punibilidade, e o provimento do recurso com o deferimento da progressão do regime prisional, ou seja, para que não cumpra a pena privativa de liberdade integralmente no regime fechado, como determinado na sentença recorrida.

As contra-razões foram apresentadas pelo MPF, que requereu o improvimento da apelação – fls. 267/280.

A douta Procuradoria Regional da República opina, em seu parecer, pelo improvimento do recurso, fundamentando-se na desnecessidade da tradução da denúncia para o idioma do réu, na prova plena da autoria e da materialidade do crime, da inaplicação do instituto da delação premiada ao réu, pois não foi revelada a existência de organização criminosa e as informações não se revelaram eficazes, além de não ter havido acordo entre o Ministério Público e o réu, na impossibilidade de progressão de regime e de substituição da pena ao condenado por crime de tráfico de entorpecentes, salientando, ao final, que a dosimetria da pena.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

Preliminarmente, examino a alegação de nulidade do processo por cerceamento de defesa porque a denúncia não está traduzida em espanhol.

Dispõe o art. 193 do CPP:

“Art. 193. Quando o interrogando não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete.”

A ausência de previsão legal sobre a tradução da denúncia para o idioma do réu não lhe acarreta qualquer prejuízo, porque, no interrogatório, o intérprete lê a inicial penal, cientificando o réu das acusações, a fim de possibilitar o direito de defesa.

De acordo com os autos, o intérprete leu a denúncia para o réu, dando-lhe ciência das acusações e ele compreendeu e respondeu às perguntas que lhe foram traduzidas e há clareza na transposição das respostas ao auto de interrogatório.

Inexiste, portanto, nulidade em face da ausência de prejuízo para o réu, que exerceu plenamente seu direito de defesa, devidamente assistido pelo advogado.

A sentença condenou o réu à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e 120 (cento e vinte) dias-multa, calculado cada dia-multa em um salário mínimo, a ser cumprida em regime fechado, pela prática do crime do art. 12 c/c art. 18, I, da Lei 6.368/76:

“Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.”

“Art. 18. As penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços):

I – no caso de tráfico com o exterior ou de extraterritorialidade da lei penal; (...).”

A autoria e a materialidade do crime estão provadas através da prisão em flagrante do réu, ora apelante, no momento de embarque no Aeroporto Internacional Pinto Martins, no Ceará, para embarcar em vôo com destino a Lisboa, em Portugal, transportando 3.170kg (três quilos e cento e setenta gramas) de cocaína, acondicionada em pacotes plásticos inseridos em embalagens de produtos de higiene pessoal, conforme atesta o laudo de exame em substância do Instituto Nacional de Criminalística (fls. 58/61).

O apelante, em seu interrogatório judicial, confessou o delito, do qual transcrevo o seguinte trecho:

“que é a primeira vez que aceitou o transporte da droga; (...) que foi Bruno quem ofereceu o transporte da droga ao depoente, devendo o depoente ir a Portugal e de lá a Fortaleza e daqui a Manaus, onde receberia a droga, realizando a rota inversa; que foi Bruno que ofereceu as passagens; (...); que receberia cinco mil euros para entregar as garrafas, cujas reproduções fotográficas se encontram às fls. 59; que o depoente imaginava que o interior de ditas garrafas continha ou cocaína, ou esmeraldas, ou outro produto proibido, sendo que, caso soubesse que era cocaína, mesmo assim teria realizado o transporte; (...) que realizou o tráfico apenas tendo em vista a necessidade financeira” – fls. 130.

O crime consumou-se com o elemento objetivo “ter em depósito”, portanto, não há que se falar em tentativa. Mais ainda, aplica-se a majorante prevista no art. 18, I, da Lei 6.368/76, por tratar-se de tráfico internacional de entorpecentes (origem: Manaus, Brasil;

destino: Lisboa, Portugal). Além disso, incabível a alegação do réu de que desconhecia o transporte da cocaína para o exterior, porque, em seu interrogatório, afirmou que “caso soubesse que era cocaína, mesmo assim teria realizado o transporte”, pois precisava do dinheiro, de forma que resta provado o dolo do apelante em praticar o delito – fls. 130.

Na fixação da pena, devem ser considerados a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima (art. 59, CPB).

Com relação à culpabilidade, ficou provado, através do auto de prisão em flagrante e da prova carreada aos autos, que o réu realizou, dolosamente, as condutas típicas descritas no art. 12 c/c o art. 18 da Lei nº 6.368/76. Para tanto, foi utilizado o artifício de acondicionar a droga em embalagens de produtos de higiene pessoal.

Com relação às conseqüências do delito, é cristalino o prejuízo econômico e social que as drogas acarretam, desagregando famílias e, especialmente, jovens em desenvolvimento, o que denota a alta reprovabilidade de suas condutas, que fica mais evidente quando observada a quantidade considerável de cocaína que seria exportada.

Pretende o apelante a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, *d*, por haver confessado judicialmente o crime.

O col. Superior Tribunal de Justiça considera a confissão do crime como atenuante quando presente o requisito da espontaneidade, ausente na hipótese de confissão após prisão em flagrante, tal qual o presente caso:

“EMENTA. *HABEAS CORPUS*. NULIDADE. DECISÃO CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA FUNDAMENTAÇÃO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE.

1. É legal a pena-base estabelecida acima do mínimo legal, com observância da norma que rege a individualização da pena (artigo 59 do Código Penal).
2. Para a caracterização da atenuante inscrita no artigo 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, é ne-

cessário que a confissão seja espontânea, circunstância que não se configura na hipótese de prisão em flagrante de réu que, além do mais, procura imputar ao co-réu a participação no fato.

3. Ordem denegada.”

(STJ, HC 10017/RJ; *HABEAS CORPUS* 999/0060780-5. *DJ*:23/10/2000. PG: 00188. Relator Min. Hamilton Carvalhido)

Também não se aplica ao caso a delação premiada prevista no art. 32, § 2º, da Lei nº 10.409/02:

Dispõem os §§ 2º e 3º do art. 32 da Lei nº 10.409/02:

“Art. 32.

(...)

§ 2º O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.

§ 3º Se o oferecimento da denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta do representante do Ministério Público, ao proferir a sentença, poderá deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), justificando a sua decisão.”

Da leitura dos parágrafos acima transcritos depreende-se que a obtenção dos benefícios da delação premiada exige que o indiciado ou o réu, em decorrência de acordo prévio com o Ministério Público, mediante informações verídicas e eficazes, revele a existência de organização criminosa, de forma que possibilite o desbaratamento da quadrilha ou a localização ou apreensão das drogas.

Não estão presentes os requisitos exigidos para a aplicação da delação premiada. Não houve prévio acordo entre o Ministério Público e o réu para a redução e as informações do apelante não se mostraram eficazes para o desbaratamento da suposta quadrilha de traficantes ou a apreensão de entorpecentes. A simples menção de nomes singulares, que não auxiliam as investigações policiais, não acarreta a aplicação da delação premiada prevista na Lei nº 10.409/02.

Desta forma, mantenho a pena do apelante em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e 120 (cento e vinte) dias-multa, calculado cada dia-multa em um salário mínimo.

Quanto à concessão do perdão judicial pretendido pelo apelante, leciona Mirabete que o perdão judicial é “o instituto por meio do qual o juiz, embora reconhecendo a prática do crime, deixa de aplicar a pena desde que se apresentem circunstâncias excepcionais previstas em lei e que tornam inconveniente ou desnecessária a aplicação da sanção penal”. Ele salienta que o perdão “pode ser concedido nos crimes previstos nos arts. 121, § 5º, 129, § 8º, 140, § 1º, incs. I e II, 176, parágrafo único, 180, § 3º, 240, § 4º, 242, parágrafo único, todos do CP, 186, parágrafo único, da Lei de Falências (Lei nº 7.661/45) e 22, parágrafo único, *a e b*, da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67)” (*Código Penal Interpretado*, ed. Atlas, 1ª ed., 1999, pag. 570).

Trata-se, portanto, de um instituto de aplicação excepcional e só nos casos previstos em Lei. No caso, o apelante, além de não se enquadrar em nenhuma das hipóteses legais, não apresenta qualquer circunstância que torne desnecessária a aplicação da lei penal, ao contrário, é altamente reprovável a conduta de quem transporta drogas, visando unicamente o lucro.

No tocante à conversão da pena privativa da liberdade em penas restritivas de direitos, dispõe o § 1º do art. 2 da Lei nº 8.072/90 que “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”.

A regra prevista no § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos impossibilita a concessão de penas alternativas e de suspensão condicional da pena ao indivíduo condenado por tráfico ilícito de

entorpecentes.

Finalmente, improcede a alegação de que deve ser garantido ao apelante o direito à progressão de regime previsto na Lei de Execução Penal.

Ora, a pena privativa de liberdade fora imposta em decorrência de tráfico de entorpecentes, por lei considerado assemelhado a crime hediondo, portanto, deve ser cumprida em regime fechado, sem direito à progressão, nos termos do art. 2º, *caput* e seu § 1º, da Lei 8.072/90, conforme entendimento consolidado pelo Col. Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. CRIME HEDIONDO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no entendimento de que a Lei 9.455/97 não derogou a L. 8.072/90, art. 2º, § 1º.

- A pena pelo crime de tráfico de entorpecentes, definido como hediondo, deve ser cumprida em regime integralmente fechado. *Habeas corpus* indeferido.”

(HC 79.444/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 9.11.1999, p. 12.4.2002, *DJU*, pág. 53, Ement. Vol. 2064, pág. 411).

Com essas considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

**APELAÇÃO EM MANDADO
DE SEGURANÇA N° 90.138-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: INSTITUTO DE ENDOSCOPIA DIGESTIVA DE NATAL
Advs./Procs.: DRS. MARGARIDA ARAÚJO SEABRA DE MOURA E OUTROS (APDO.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO. IMPOSTO DE RENDA – PESSOA JURÍDICA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. SOCIEDADE CIVIL PRESTADORA DE SERVIÇOS DE ENDOSCOPIA. LEI N° 9.249/95, ARTS. 15, CAPUT, E INCISO III, § 1º, E 20, COM A REDAÇÃO DA LEI N° 10.684/2003. EXEGESE. NATUREZA DA ATIVIDADE. SERVIÇOS HOSPITALARES. BASE DE CÁLCULO REDUZIDA MEDIANTE A APLICAÇÃO DE 8% SOBRE A RECEITA BRUTA AUFERIDA MENSALMENTE, PARA EFEITO DO IMPOSTO DE RENDA – PESSOA JURÍDICA, E DE 12%, PARA A CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO.

- A Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, prevê que a base de cálculo do imposto de renda – pessoa jurídica será determinada mediante a aplicação de 32% (trinta e dois por cento) sobre a receita bruta auferida mensalmente para a prestação de serviços em geral, exceto a de serviços hospitalares (parágrafo 1º, inciso III, do artigo 15), hipótese em que a base de cálculo fica reduzida mediante a aplicação de 8% (oito por cento) sobre a receita bruta auferida mensalmente (artigo

15, caput). Redução da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido de 32% para 12%, em idênticos termos (artigo 20 da Lei nº 9.249/1995 com a redação do artigo 22 da Lei nº 10.684/2003).

- Da observância dos atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas, que se reputam normas complementares das leis tributárias (CTN, artigo 100), só cabe excluir a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização monetária da base de cálculo do tributo, mas não decorre daí excluir o contribuinte de se beneficiar da redução da base de cálculo do tributo a pretexto de que não exerce atividade hospitalar sem que se leve em conta a natureza dos serviços por ele prestados.

- Exegese que não malhere o disposto no artigo 111 do CTN.

- Sociedade civil que realiza endoscopia não presta serviço em geral, mas sim especializado, portanto, seus serviços se reputam de natureza hospitalar.

- Reexame necessário e apelação aos quais se nega provimento para julgar devida a determinação da base de cálculo do imposto de renda – pessoa jurídica mediante a aplicação de 8% (oito por cento) sobre a receita bruta auferida mensalmente pela prestação de serviços médico-hospitalares do instituto apelado e de 12% (doze por cento), em idênticos termos, relativamente à contribuição social sobre o lucro líquido.

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, negar provimento à remessa oficial e à apelação, nos termos do voto do Relator e do que consta nas notas taquigráficas que integram o presente julgado.

Recife, 7 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Cuida-se de reexame necessário e de apelação interposta pela União (Fazenda Nacional) objetivando reformar a sentença prolatada pelo Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, que concedeu a segurança (Proc. nº 2004.84.00.005002-5) impetrada pelo Instituto de Endoscopia Digestiva de Natal, qualificado nos autos, no sentido de assegurar a este o direito de recolher o Imposto de Renda e a Contribuição Social sobre o Lucro com base nas alíquotas de 8% e 12%, respectivamente, na forma do artigo 15, *caput*, e III, alínea *a*, parte final, e 20, ambos da Lei nº 9.249/95.

Sustenta a recorrente que o impetrante, ora apelado, não desenvolve serviços de natureza hospitalar, porquanto não se enquadra como estabelecimento hospitalar segundo o Manual Brasileiro de Acreditação Hospitalar, editado pela Secretaria de Políticas de Saúde do Ministério da Saúde, e também porque o termo hospital, derivado do latim, significa hospedaria, ou seja, estabelecimento onde se hospedam, internam-se doentes para tratamento, além do benefício da base de cálculo reduzida dever ser interpretado restritivamente.

Ad argumentandum tantum, aduz que, se se admitisse que o impetrante fizesse jus à base de cálculo reduzida, esta somente poderia ser aplicada sobre suas receitas oriundas de serviços hospitalares e não sobre a totalidade de sua receita bruta.

Em resposta, o apelado contra-alega que o conceito jurídico moderno de serviço hospitalar é encontrado no estudo da atividade prestada pelo estabelecimento assistencial de saúde.

É o relatório.

VOTO

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

A sentença cuja matéria é devolvida a esta Corte, para reexame, assegura ao impetrante, ora apelado, o direito de recolher o Imposto de Renda e a Contribuição Social sobre o Lucro com base nas alíquotas de 8% e 12%, respectivamente, na forma do artigo 15, *caput* e III, alínea *a*, parte final, e 20, ambos da Lei nº 9.249/95, ao fundamento básico de que não se pode deixar de considerar como de natureza hospitalar a prestação de serviço de endoscopia e similares somente pelo fato de ser realizado em uma clínica e não em entidade organizada como hospital.

A Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, prevê que a base de cálculo do Imposto de Renda – Pessoa Jurídica será determinada mediante a aplicação de 32% (trinta e dois por cento) sobre a receita bruta auferida mensalmente para a prestação de serviços em geral, exceto a de serviços hospitalares (parágrafo 1º, inciso III, do artigo 15), hipótese em que a base de cálculo fica reduzida mediante a aplicação de 8% (oito por cento) sobre a receita bruta auferida mensalmente (artigo 15, *caput*).

No tocante à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das pessoas jurídicas tributadas pelo lucro presumido, para os fatos geradores ocorridos até agosto de 2003, a base de cálculo era determinada pela aplicação de 12% sobre a receita bruta, independentemente do tipo de atividade desempenhada. Isto porque a Lei nº 10.451, de 10 de maio de 2002, não manteve a redação da Medida Provisória nº 22, de 8 de janeiro de 2002, que em seu artigo 3º alterava o artigo 20 da Lei nº 9.249/95, introduzindo para a determinação da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido a distinção relativa à atividade hospitalar.

A partir de setembro de 2003, quando entrou em vigor a alteração introduzida pelo artigo 22 da Lei 10.684, de 30 de maio de 2003, no artigo 20 da Lei nº 9.249/95, é que para a determinação da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido foi estabelecida a vinculação ao tipo de prestação de serviços: 12% (doze por cento), na forma do *caput* do artigo 20 da Lei nº 9.249/95 com

a redação dada pelo artigo 22 da Lei nº 10.684/2003, ou 32% (trinta e dois por cento), segundo o dispositivo legal já mencionado c/c o parágrafo 1º, inciso III, a, do artigo 15, da Lei nº 9.249/95.

No entanto, o cerne da questão é idêntico: saber quando se considera um serviço como sendo hospitalar para efeito de se determinar a redução da base de cálculo do Imposto de Renda – Pessoa Jurídica e da Contribuição sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica que o presta.

Não se desconhece que os atos normativos das autoridades administrativas enfatizam o local de prestação dos serviços médicos, o quantitativo de leitos ou, ainda, a circunstância da internação de pacientes, para efeito de definir o que seja prestação de serviços hospitalares.

Todavia, da observância dos atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas, que se reputam normas complementares das leis tributárias (CTN, artigo 100), só cabe excluir a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização monetária da base de cálculo do tributo, mas não decorre daí excluir o contribuinte de se beneficiar da redução da base de cálculo do tributo, a pretexto de que não exerce atividade hospitalar, sem que se leve em conta a natureza dos serviços por ele prestados.

De outro lado, os elementos que para as autoridades administrativas caracterizariam uma sociedade civil como prestadora de serviços hospitalares não figuram em nenhum dispositivo de lei e os atos normativos emanados de tais autoridades não devem inovar os termos da lei ou do regulamento.

A propósito do tema, o saudoso tributarista Aliomar Baleeiro já lecionava:

“[...] Mas, como o regulamento em relação à lei (art. 99 do CTN), os atos normativos das autoridades administrativas não podem inovar, indo além do que está na lei ou no regulamento: subordinam-se a este e àquela, pois se destinam à sua fiel execução. [...]”.¹

¹ BALEEIRO, Aliomar – Direito Tributário brasileiro. 10ª ed. rev. e atual. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro. Forense, 1984, p. 416.

Neste sentido, a exegese dada ao artigo 15 da Lei nº 9.249/95, para abranger a sociedade que realiza procedimento de endoscopia como prestadora de serviços hospitalares, para efeito de fazer jus à redução da base de cálculo do Imposto de Renda – Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, ainda que não tenha a nomenclatura de hospital ou a estrutura diversificada deste, não malferem o disposto no artigo 111 do Código Tributário Nacional.

Embora enfatizando a questão da analogia, o Superior Tribunal de Justiça já reconhece as pessoas jurídicas prestadoras de serviços de hemodiálise como sendo prestadoras de serviços hospitalares para efeito de incidência do artigo 15, § 1º, inciso III, segunda parte, da Lei nº 9.249/95:

“[...] É cediço em brilhante sede doutrinária que: ‘Problema diferente é o da analogia que muitos autores apresentam como processo de interpretação. Não parecem estar com a razão os que assim pensam.

A analogia é meio de integração da ordem jurídica, através do qual, formulando raciocínios indutivos com base num dispositivo legal (analogia *legis*), ou em um conjunto de normas ou dispositivos legais combinados (analogia *juris*), se preenche a lacuna existente em determinada lei. Nesse caso, há criação de direito, ainda que o processo criador esteja vinculado à norma ou às normas preexistentes levadas em consideração.

Já agora, em homenagem ao princípio da legalidade dos tributos, cabe excluir a aplicação analógica da lei, toda vez que dela resulte a criação de um débito tributário.

A não ser nesse particular, o processo analógico é tão plausível em direito tributário quanto em qualquer outra disciplina, ressalvado, eventualmente, como em todos os demais ramos jurídicos, algum preceito de direito excepcional.

(...) Na exegese da lei fiscal, o intérprete levará em conta não só o elemento léxico, como o lógico (Amíl-

car Falcão. Introdução ao Direito Tributário. Rio de Janeiro. Forense, 1994, p. 65-71).

3. A Lei 9.249/95, que versa acerca do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica, dispõe no 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: (...) III – trinta e dois por cento, para as atividades de: (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004) a) prestação de serviços em geral, exceto a de serviços hospitalares;” (Lei nº 9.249, de 26.12.1995).

4. *In casu*, a controvérsia a ser dirimida gravita em torno da exegese do referido art. 15, inciso III, alínea a, da Lei nº 9.429/95 (*sic*), para fins de se definir se a atividade desenvolvida pelo instituto recorrido reveste-se do caráter de prestação de serviços, em geral, e portanto sujeita à alíquota do Imposto de Renda de 32% (alínea a, primeira parte), ou se os serviços de hemodiálise caracterizam-se como médico-hospitalares, que consoante a segunda parte da alínea a do preceito discutido, implicitamente, impõe a observância da alíquota prevista em seu *caput* é de 8% sobre a receita bruta mensal.

5. É cediço que as normas tributárias admitem interpretação analógica, bem como teleológica, por isso que, tributando a lei os “serviços em geral” e excluindo os médico-hospitalares, torna estreme de dúvida que toda e qualquer atividade médica, pessoal ou instrumental, em prol da saúde humana, está encartada no favor fiscal da redução de alíquota.

6. Hipótese em que o Tribunal *a quo*, com ampla cognição fática, assentou que os serviços de hemodiálise prestados pelo recorrido revestem-se de natureza de prestação de serviços médico-hospitalares e que, portanto, estariam sujeitos à alíquota do Imposto de Renda de 8% sobre a receita bruta men-

sal (precedentes das Turmas de Direito Público do STJ: REsp 380.087/RS; Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, *DJ* de 07/06/2004; REsp 280.584/RS; Rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, *DJ* de 25/03/2002).

7. As empresas prestadoras de serviços médico-hospitalares de hemodiálise, nos termos do art. 15, § 1º, inciso III, alínea a, segunda parte, da Lei nº 9.249/95, estão sujeitas à alíquota de 8% (oito por cento) incidente sobre a receita bruta mensal a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica.

8. Recurso Especial improvido.”²

Não fosse bastante toda a fundamentação já expendida, a Lei nº 9.249/1995 apenas exclui do benefício da redução da base de cálculo as prestadoras de serviço em geral, mas não afirma que só os hospitais fazem jus à redução.

O conceito de serviços hospitalares é construção empírica e como tal deve evoluir sempre, sobretudo hoje, com o constante avanço da ciência e da tecnologia, quando se tem até *home care* (hospital-residência) e se recomenda, para melhor controle das infecções hospitalares, que as internações durem o mínimo possível.

Relevante para a consideração de uma sociedade civil como sendo prestadora de serviços hospitalares deve ser, para tais efeitos, portanto, a natureza da atividade desempenhada.

Serviço em geral não comporta habilitação própria, nem especialização.

O procedimento de endoscopia não é daquele que pode ser realizado por qualquer pessoa, nem ao menos por qualquer profissional de saúde que não seja diplomado em Medicina e especializado. Requer cuidados médicos para respaldar diagnósticos de problemas do sistema digestivo e até resolver alguns deles, a

² Ementa de AC. da Primeira Turma do STJ, p. un., aos 23/08/2005, no REsp 673.033/RS, Rel.: Min. Luiz Fux, pub. no *DJ* de 12/09/2005, p. 225.

exemplo, a retirada de pólipos, de material para biópsia, etc.

Portanto, não se reputa, a rigor, como um serviço em geral.

Ora, *in casu*, à luz da prova carreada aos autos (fl. 63), constata-se que o objeto social do impetrante, ora apelado, é “a prestação de serviços médicos de endoscopia e atividades correlatas, em clínicas especializada e devidamente aparelhada” (*sic*), o que autoriza a consideração de que seja o impetrante prestador de serviço hospitalar para efeito de gozar da redução da base de cálculo do Imposto de Renda – Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Ante tais considerações, nego provimento ao reexame necessário e à apelação interposta pela União (Fazenda Nacional) para julgar devida a determinação da base de cálculo do Imposto de Renda – Pessoa Jurídica mediante a aplicação de 8% (oito por cento) sobre a receita bruta auferida mensalmente pela prestação de serviços médico-hospitalares do instituto apelado e de 12% (doze por cento), em idênticos termos, relativamente à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 92.351-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelada: DURAMETAL S/A
Advs./Procs.: DRS. LUIS CARLOS FROTA CAMPELO E OUTRO
(APDA.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE. ART. 149, § 2º, I, CF/88. RECEITAS DE EXPORTAÇÃO. VARIAÇÕES CAMBIAIS. BASE DE CÁLCULO DO PIS. COFINS E CSLL. COM-PENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN.

- O legislador constitucional pretendeu incentivar as operações de exportação, concedendo a

imunidade prevista no art. 149, § 2º, I, da CF/88, cingida às receitas de exportação. Entender que a referida imunidade aplicar-se-ia tão-somente às receitas de exportação, sem nelas incluir as receitas advindas da variação monetária (receitas financeiras) seria dar uma interpretação restritiva onde o legislador não o fez. As variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio, não podem servir de base de cálculo para as contribuições referidas no dispositivo constitucional supracitado, no caso, PIS e COFINS.

- Cabível a compensação do que fora recolhido indevidamente a título de PIS e COFINS, com os próprios PIS e COFINS, respectivamente, vez que a presente ação fora ajuizada antes da edição da MP 66/2002, convertida na Lei nº 10.637/02, quando tal instituto passou a ter contornos mais brandos.

- Incidência de correção monetária, devendo ser aplicada a taxa Selic.

- Observância da limitação inserida no art. 170-A do CTN, acrescida pela Lei nº 104/2001, que veda a compensação de créditos sob discussão judicial antes do trânsito em julgado da decisão que resolve a lide.

- A imunidade em tela não alcança a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, cuja hipótese de incidência é o lucro e não a receita, como fora preconizado no texto constitucional.

- As receitas financeiras são utilizadas por ocasião da aferição do que venha a ser o lucro líquido, em consonância com a legislação de regência.

- Apelação desprovida e remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 23 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Cuida-se de apelação e remessa oficial de sentença concessiva da segurança impetrada por DURAMETAL S/A, onde visava ver reconhecido o direito de não serem consideradas como base de cálculo do PIS, COFINS e CSLL as variações monetárias de seus direitos de crédito e obrigações em função da taxa de câmbio, como determinado na Medida Provisória nº 2.037-23. Sustentou, outrossim, que, caso se entenda tais variações como receita financeira, mesmo assim não poderiam servir de base de cálculo da COFINS e PIS, pois a incidência destas exações é sobre o faturamento de vendas, não devendo seguir os comandos da Lei nº 9.718/98. Requer, ainda, o reconhecimento quanto à compensação dos valores indevidamente recolhidos, com a incidência de correção monetária e juros moratórios.

O douto sentenciante rejeitou a preliminar de inadequação da via eleita e concluiu que a assertiva de ausência de direito líquido e certo se confundia com o próprio mérito. Entendeu não ser plausível a argumentação de que somente as receitas de exportação não seriam passíveis de tributação, reconhecendo que as variações monetárias não sejam consideradas para efeito de base de cálculo das contribuições sociais PIS, COFINS e CSLL. Assegurou, ainda, a compensação do que fora recolhido indevidamente com a incidência da taxa Selic.

Apelação da Fazenda Nacional alegando que a variação cambial faz parte da receita bruta, nos termos da legislação de regência do PIS e COFINS.

Contra-razões às fls. 107/121.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Discute-se na presente demanda a possibilidade de incidência de contribuições sociais, a saber, PIS, COFINS e CSLL sobre as variações cambiais advindas de operação de exportação.

Analisemos preambularmente a imunidade conferida às receitas de exportação preconizada no art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal, de teor:

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

§ 2º. As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo:

I – não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;”

(Grifei)

Pretendeu o legislador constitucional incentivar as operações de exportação, imunizando-as de determinadas exações. Tais transações apresentam reflexos diretos na economia do país, apurados através do desempenho da balança comercial.

Entender que a referida imunidade aplicar-se-ia tão-somente às receitas de exportação, sem nelas incluir as receitas advindas da variação monetária (receitas financeiras), seria dar uma inter-

pretação restritiva onde o legislador não o fez. Ademais, seria um contra-senso, pois acabaria por ser tributada receita decorrente de uma exportação, quando o espírito da norma é exatamente o de conceder vantagens a quem as realiza.

Destarte, entendo que as variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio, não podem servir de base de cálculo para as contribuições referidas no dispositivo constitucional supracitado, no caso, PIS e COFINS.

Nesta esteira colho excerto jurisprudencial emanado do TRF 4ª Região, a corroborar a tese esposada:

“RECEITAS FINANCEIRAS PROVENIENTES DE EXPORTAÇÃO. PIS/COFINS. ISENÇÃO. IMUNIDADE.

- A isenção do PIS e da COFINS das receitas produtos de exportação foi alçada à imunidade constitucional pelo art. 149, § 2º, I, não havendo neste ou em qualquer dispositivo infraconstitucional restrição às quais receitas não são abarcadas pelas normas. Desta forma, mesmo que receitas financeiras, se provenientes de variação cambial de produto de exportação, não podem sofrer as tributações em comento.”

(AMS 200271080077068-RS, Rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, *DJ* 15.12.20004, pág. 447)

Ademais, anoto, ainda, que não seria possível, outrossim, a incidência pretendida pela Fazenda Nacional lastreada na Lei nº 9.718/98, vez que o conceito de faturamento ali constante extrapolou os limites traçados pelo art. 195, I, da CF/88, violando o art. 195, § 4º c/c o art. 154, I, da mesma Carta.

Precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal entenderam, em diversas oportunidades, faturamento e receita bruta como expressões sinônimas para efeitos fiscais. À guisa de exemplificação, trago à colação o seguinte julgado:

“De efeito, o conceito de ‘receita bruta’ não discrepa do ‘faturamento’, na acepção que este termo é utili-

zado para efeitos fiscais, seja o que corresponde ao produto de todas as vendas, não havendo qualquer razão para que lhe seja restringida a compreensão, estreitando-o nos limites do significado que o termo possui em direito comercial, seja aquele que abrange tão-somente as vendas a prazo (art. 1º da Lei nº 187/36), em que a emissão de uma ‘fatura’ constitui formalidade indispensável ao saque da correspondente duplicata. Entendimento nesse sentido, aliás, ficou assentado pelo STF, no julgamento do RE 150.755” (trecho do voto do Min. Ilmar Galvão na ADC 1-1/DF, j. em 01.12.93).

Todavia, o próprio Supremo Tribunal Federal, recentemente, por ocasião do julgamento em Plenário do RE 357950-RS, em 09.11.2005, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, que entende “por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.”

O entendimento perfilhado pela excelsa Corte, ao declarar a inconstitucionalidade do indigitado dispositivo legal, restou amparado no fato de que ao ser ampliado o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita logrou em violar a noção de faturamento pressuposto no art. 195, I, b, da CF/88, na sua redação original, que equivaleria ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme vinha interpretando a reiterada jurisprudência daquele Tribunal. Destacou-se, ainda, no julgado que não haveria que se falar em convalidação nem recepção de texto legal eivado de nulidade original insanável, por pura incompatibilidade com o texto constitucional.

Sempre que possível, deve-se prestigiar as decisões proferidas pelos escalões superiores do Poder Judiciário dentro de uma visão mais abrangente de nossos julgamentos como integrantes de um sistema maior. Destarte, entendo que deve ser entendida a expressão “receita” nos limites da interpretação que o STF vinha dando, afastando, assim, o conceito previsto no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

Destarte, reconheço descabida a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS de verbas relativas a variação cambial decorrentes de operações de exportação. Cabível, portanto, a compensação do que fora indevidamente recolhido.

Passo a enfrentar a questão da compensação das quantias que foram recolhidas indevidamente.

Nos termos do art. 66, § 1º, da Lei nº 8.383/91, alterada pela Lei nº 9.069/95, passou a ser permitida a compensação de tributos recolhidos indevidamente, nos seguintes termos:

“Art. 66 – Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente.

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

Posteriormente a Lei nº 9.250/95 veio a ratificar a necessidade de identidade das espécies tributárias a serem compensadas.

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

O próprio STJ pacificou entendimento acerca da imprescindibilidade da identidade dos tributos objeto de compensação.

Todavia, a legislação de regência sofreu profunda modificação com a edição da Medida Provisória nº 66, de 29.08.2002, publicada em 30.08.2002, convertida na Lei nº 10.637, de 30.12.2002, que alterou o art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei 9.430/96, findando este com a seguinte redação:

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

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

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação”. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002).

A própria Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 210, de 1º.10.2002, que traz o seguinte comando em seu art. 21:

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

Como se depreende dos trechos dos diplomas legais acima transcritos, a compensação passou a ter contornos mais brandos, sendo despicienda a autorização da Secretaria da Receita Federal, ante requerimento do contribuinte, como dantes exigido.

In casu, todavia, como a ação fora ajuizada em 29.08.2002, antes da vigência da referida Medida Provisória, sob a égide da legislação de regência anterior, entendo que as parcelas recolhidas indevidamente a título de PIS e COFINS devem ser compensadas tão-somente com PIS e COFINS, respectivamente.

Por sua vez, o instituto da compensação há de obedecer à limitação inserida pela Lei nº 104/2001, que veda a compensação de créditos sob discussão judicial antes do trânsito em julgado da decisão que resolve a lide. Trago à colação aresto emanado da eg. Primeira Seção do STJ no julgamento dos Embargos de Divergência nº 498992/MG, em que restou consolidado o seguinte entendimento:

“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.

(...).”

(REsp 488992/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 26.05.2004, DJ 07.06.2004 p. 156)

A compensação em tela fica submetida à fiscalização e ao controle da Fazenda que, verificando a inexatidão dos valores compensados, poderá negar-se a homologar o ato do contribuinte e proceder ao lançamento de ofício.

No montante a ser compensado dever haver a incidência de correção monetária, devendo ser aplicada a taxa Selic. Noutro turno, os juros de mora do CTN à base de 1% (um por cento) só prevaleceram nos fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 9.250/95, instituidora da referida taxa, que apresenta caráter dúplice, con-

glomerando fator de correção monetária e juros de mora, excluindo-se, nesse período, outras incidências, sob pena de *bis in idem*.

A testificar tal juízo reproduzo ementas de julgados do c. STJ e desta e. Corte:

“TRIBUTÁRIO. PIS. COMPENSAÇÃO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

1. A Primeira Seção pacificou o entendimento de que os créditos advindos do pagamento a maior do PIS somente podem ser compensados com débitos do próprio PIS.

2. Na repetição de indébito ou na compensação, com o advento da Lei 9.250/95, a partir de 01/01/96, os juros de mora passaram a ser devidos pela taxa SELIC a partir do recolhimento indevido, não mais tendo aplicação o art. 161 c/c art. 167, parágrafo único do CTN.

3. Recurso especial provido em parte.”

(REsp nº 397893-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 01.07.2002, pg. 331, unânime).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA E PERDA DO OBJETO. INEXISTÊNCIA. DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE A REMUNERAÇÃO DOS ADMINISTRADORES, TRABALHADORES AUTÔNOMOS E AVULSOS. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO (ART. 89, PARÁGRAFO 3º, LEI Nº 8.212/91). OBSERVÂNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO.

(...)

6 - Na atualização do crédito, há de se observar a inflação realmente ocorrida, representada, *in casu*, em fevereiro/91, pelo IPC, pelo INPC, de março a dezembro/91; pela UFIR, a partir de janeiro/92, e, a contar de janeiro/96, pela Selic, taxa esta que já engloba os institutos da correção monetária e dos juros de mora, não havendo ensejo para a incidência dos juros moratórios previstos no CTN, sob pena de *bis in idem*.

(...).”

(AMS Nº 77985/RN, Rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria, *DJ* 20.08.2002, pg 734, unânime)

Noutra banda, passo a analisar a aplicação da referida imunidade à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL.

Com efeito, com a devida vênia dos que compartilham de entendimento em sentido contrário, defendo que a exação em referência não se encontra abrangida pela imunidade preconizada no art. 149, § 2º, I, da Lei Maior, acima transcrito.

Conquanto seja espécie do gênero “contribuições sociais”, enquadrando-se como contribuição destinada a financiar a Seguridade Social, submetida ao regime próprio do art. 195 da Constituição Federal, tem-se que sua hipótese de incidência é o **lucro**, que, por sua vez, não está elencado na regra imunizante cuja previsão expressa recai sobre as **receitas** decorrentes de exportação.

A respeito do tema trago à colação ementas de julgados emanados desta e. Corte e do TRF 4ª Reg.:

“TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - CSLL. CONSTITUCIONALIDADE. IMUNIDADE APLICÁVEL ÀS RECEITAS DE EXPORTAÇÃO. LUCRO. INCIDÊNCIA DA REGRA IMPOSITIVA.

A imunidade tributária criada com o advento da Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001, que previu o § 2º do artigo 149 da CF/88, não alcança a Contribuição Social sobre o Lucro – CSLL, uma vez que instituída a exação para financiamento da seguridade social e incidente sobre o lucro, dimensão econômica diferenciada da receita. Apelação improvida.”

(AMS Nº 88467-PE, Rel. Des. Fed. Paulo Machado Cordeiro – Substituto, *DJ* 29/09/2005, pág. 727, unânime)

“TRIBUTÁRIO. CSLL. BASE DE CÁLCULO. RECEITAS ORIUNDAS DE EXPORTAÇÃO.

As receitas decorrentes de exportações não compõem a base de cálculo da CSLL. Inteligência do art. 149, § 2º, da CF/88, com a redação dada pela EC nº 33/01. Precedente da Turma.”

(AGTR 55942-PE, Rel. Des. Federal Ridalvo Costa, DJ 08.10.2004, pág. 823, unânime).

“CSLL. IMUNIDADE. ART. 149, § 2º, I, DA CF. RECEITA. EXPORTAÇÃO. ABRANGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

- Os conceitos de receita e lucro podem ser confundidos. A imunidade em questão abrange as contribuições incidentes sobre receitas decorrentes de operações de exportação, ao passo que a CSLL tem como hipótese de incidência o lucro. Não se desvirtuar a norma constitucional derivada com o escopo de abranger outras exações.”

(AMS 200470000329479-PR, Rel. Des. Federal Vilson Darós, DJ 28.09.2005. pág. 962)

Cabe neste ponto uma análise quanto à incidência da CSLL nas receitas financeiras advindas da variação da taxa cambial nas operações de exportação. Anoto que a própria Lei nº 9.718/98 assim nominou tais variações monetárias, no seu art. 9º, de teor:

“Art. 9º As variações monetária dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis por disposição legal ou contratual, serão consideradas, para efeitos da legislação do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição PIS/PASEP, como **receitas ou despesas financeiras**, conforme o caso.”

(Grifei)

É cediço que para se chegar ao lucro líquido tem-se que operacionalizar algumas variantes contábeis, dentre outras, receita, despesa, adicionais, exclusões. As receitas financeiras, por sua vez, adentram neste cômputo. O RIR/99, em seus art. 375 e 378, assim preconiza:

“Art. 375. Na determinação do lucro operacional deverão ser incluídas, de acordo com o regime de competência, as contrapartidas das variações monetárias, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis, por disposição legal ou contratual, dos direitos de crédito do contribuinte, assim como os ganhos cambiais e monetários realizados no pagamento de obrigações (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 18; Lei nº 9.249, de 1995, art. 8º).

Parágrafo único. As variações monetárias de que trata este artigo serão consideradas, para efeito da legislação do imposto, como receitas ou despesas financeiras, conforme o caso (Lei nº 9.718, de 1998, art. 9º).

Art. 377. Na determinação do lucro operacional poderão ser deduzidas as contrapartidas de variações monetárias de obrigações e perdas cambiais e monetárias na realização de créditos, observado o disposto no parágrafo único do art. 375 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 18, parágrafo único; Lei nº 9.249, de 1995, art. 8º).

Art. 378. Compreendem-se nas disposições dos arts. 375 e 377 as variações monetárias apuradas mediante:

I - compra ou venda de moeda ou valores expressos em moeda estrangeira, desde que efetuada de acordo com a legislação sobre câmbio;

II - conversão do crédito ou da obrigação para moeda nacional, ou novação dessa obrigação, ou sua extinção, total ou parcial, em virtude de capitalização, dação em pagamento, compensação, ou qualquer outro modo, desde que observadas as condições fixadas pelo Banco Central do Brasil;

III - atualização dos créditos ou obrigações em moeda estrangeira, registrada em qualquer data e determinada no encerramento do período de apuração em função da taxa vigente.”

Logo, depreende-se que as receitas financeiras são utilizadas por ocasião da aferição do que venha a ser o lucro líquido. Todavia, há de se perceber que não mais podem ser consideradas como receita bruta no dizer do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, em consonância com tudo o que fora por mim dantes esposado.

Destarte, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa para reconhecer que as variações cambiais decorrentes de operação de exportação sejam entendidas como receitas de exportação, não devendo ser consideradas como base de cálculo, tão-somente, quanto ao PIS e à COFINS. Reconheço, ainda, a compensação das quantias indevidamente recolhidas com parcelas do próprio PIS e COFINS, respectivamente, observada a limitação do art. 170-A do CTN.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 92.390-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: VULCABRÁS DO NORDESTE S/A.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. RAFAELA OLIVEIRA DE ASSIS E OUTROS (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 812/94. LEI 8.981/95. LIMITAÇÃO DE 30%. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ANTERIORIDADE, DA IRRETROATIVIDADE E DO DIREITO ADQUIRIDO.
- O fato gerador do Imposto de Renda, assim como o da Contribuição Social sobre o Lucro, é complexivo, somente se considerando configurado no último dia do ano, daí a possibilidade de edição de lei ou medida provisória até o último

dia do ano, pois ainda não completado o fato gerador de tais tributos.

- Não há que se falar em violação ao princípio constitucional da anterioridade, relativamente ao Imposto de Renda, quando a Medida Provisória 812/94, que resultou convertida na Lei 8.981, de 20 de janeiro de 1995, foi publicada no exercício anterior ao da sua entrada em vigor, ou seja, em 31/12/94.

- Diversa é a situação da contribuição social, sujeita que está à anterioridade nonagesimal prevista no art. 195, § 6º, da CF, que não foi observada, mas que não beneficia a impetrante, no particular, uma vez que a empresa somente foi criada em 12/07/95, quando já estavam em pleno vigor as alterações promovidas pela Lei nº 8.981/95.

- A Lei 8.981/95 não proibiu a compensação dos prejuízos e não modificou ou instituiu contribuição ou tributo, havendo apenas imposto limites ao benefício, pois o instituto da compensação é uma prerrogativa autorizada pelo legislador, de forma que, observados os limites constitucionais ao poder de tributar, é perfeitamente legítima ao Fisco Federal a alteração do critério de fixação da base de cálculo dos tributos em análise, sendo constitucional a limitação da compensação dos prejuízos fiscais e da base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro. Precedente do STJ.

- É constitucional o art. 42 da Lei 8.981/95, que limitou a 30% o valor da compensação dos prejuízos na apuração da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da CSSL, no exercício financeiro de 1995.

- Não caracterização de violação a eventual direito adquirido da parte autora, ora apelante, mesmo porque houve o resguardo de se admitir que os valores não compensados poderão sê-lo

nos anos-calendário subseqüentes, respeitando-se o limite de 30% (trinta por cento), razão pela qual, observando-se os limites constitucionais ao poder de tributar, é legítima ao Fisco Federal a alteração do critério de fixação da base de cálculo dos tributos em tela.
- Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 15 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelação de sentença denegatória da segurança impetrada por Vulcabrás do Nordeste S/A. contra ato do Ilmo. Sr. Delegado da Receita Federal em Fortaleza, com o fito de afastar a limitação dos prejuízos, para efeito de base de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro, em até 30% (trinta por cento), imposta pelos artigos 42 e 58 da Lei nº 8.981/95 e pelo art. 15 da Lei nº 9.065/95.

O MM Juiz *a quo* denegou a segurança (fls. 286/294), ao fundamento de que não há incompatibilidade entre a limitação da compensação dos prejuízos fiscais referida na peça vestibular e o ordenamento jurídico pátrio em relação ao Imposto de Renda. No tocante à CSLL, considerou que a mudança na sistemática de dedução da base de cálculo, porque implica em majoração de tributo, poderia vigorar tão-somente a partir de noventa dias após a publicação da Medida Provisória nº 812/94, mas, como a empresa em caso só foi criada em 1995, julgou improcedente o pedido também em relação à CSLL.

Nas razões recursais (fls. 296/311), a apelante mantém os argumentos apresentados na peça exordial. Sustenta que a limitação em até 30% para compensação do prejuízo fere vários princípios constitucionais e tributários, tais como: da anterioridade da lei tributária, do direito adquirido, da capacidade contributiva, da vedação de instituição de tributos confiscatórios e da vedação de instituição de tributos com características próprias de empréstimo compulsório, bem como viola o art. 43 do CTN.

Contra-razões nas fls. 316/325.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

O ponto central da discussão reside na incidência ou não da limitação dos prejuízos, para efeito de base de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro, em até 30% (trinta por cento), imposta pelos artigos 42 e 58 da Lei nº 8.981/95.

É reiterado o entendimento jurisprudencial no sentido de que a Lei 8.981/95 não ofendeu os princípios constitucionais da anterioridade e da irretroatividade, nos termos do julgado que transcrevo:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 812, DE 31.12.94, CONVERTIDA NA LEI Nº 8.981/95. ARTIGOS 42 E 58, QUE REDUZIRAM A 30% A PARCELA DOS PREJUÍZOS SOCIAIS, DE EXERCÍCIOS ANTERIORES, SUSCETÍVEL DE SER DEDUZIDA NO LUCRO REAL, PARA APURAÇÃO DOS TRIBUTOS EM REFERÊNCIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ANTERIORIDADE E DA IRRETROATIVIDADE.

- Diploma normativo que foi editado em 31.12.94, a tempo, portanto, de incidir sobre o resultado do exercício financeiro encerrado.

- Descabimento da alegação de ofensa aos princípios da anterioridade e da irretroatividade, relativamente ao Imposto de Renda, o mesmo não se dan-

do no tocante à contribuição social, sujeita que está à anterioridade nonagesimal prevista no art. 195, § 6º, da CF, que não foi observada.

- Recurso conhecido, em parte, e nela provido.”

(RE 232.084/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 06/06/00, Primeira Turma, por unanimidade)

Por seu turno, é cristalizado o entendimento do egrégio STJ no sentido de que a limitação de 30% imposta pela MP nº 812/94, convertida na Lei nº 8.981/95, reveste-se de legalidade.

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CSSL. IMPOSTO DE RENDA. PREJUÍZOS FISCAIS. LIMITES DA COMPENSAÇÃO. LEI Nº 8.981/95. LEGALIDADE. PRECEDENTES.

1. O prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados constitui requisito indispensável à admissibilidade do recurso especial. Incidência das Súmulas nº 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

2. Não se encontra eivada de ilegalidade a limitação da compensação em 30% (trinta por cento) dos prejuízos fiscais acumulados em exercícios anteriores estabelecida nos arts. 42 e 58 da Lei n. 8.981/95, para fins de determinação da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro (CSSL) e do Imposto de Renda. Precedentes do STJ.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido”. (REsp 267.075/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª T., julgado em 04.10.2005, DJ 07.11.2005, p. 172, unânime)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS ACUMULADOS, IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 812/94. LEI Nº 8.981/95. LIMITAÇÃO DE 30%. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO COLENDO STF.

1. Agravo regimental contra decisão que conheceu de agravo de instrumento e deu provimento ao agravo de instrumento da parte agravada.

2. Acórdão recorrido que entendeu ser inconstitucional a limitação imposta à compensação de prejuízos, prevista nos arts. 42 e 58 da Lei nº 8.981/95, garantindo à recorrida o direito de pagar o Imposto de Renda - IR – e a Contribuição Social sobre o Lucro – CSL, a partir de janeiro/95, sem as modificações introduzidas pela referida lei.

[...]

7. Ocorre que, de modo diferente vêm entendendo as egrégias Primeira e Segunda Turmas desta Corte, conforme precedentes nos seguintes julgados: REsp nº 90.234, Rel. Min. Milton Luiz Pereira; REsp nº 90.249/MG, Rel. Min. Peçanha Martins, *DJU* de 16/03/98; REsp nº 142364/RS, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJU* de 20/04/98. Mesmo posicionamento externado pelo colendo STF (RE nº 232084/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão). Ressalva do ponto de vista do relator.

8. O fato de haver fundamento constitucional no acórdão *a quo* e não ter sido interposto recurso extraordinário não tem o condão de esbarrar a apreciação do apelo especial, visto que a matéria legal é, por si só, suficiente ao exame das questões inseridas nos autos.

9. Agravo regimental não provido.”

(Primeira Turma, AgRg no Ag n. 508.251/SP, Relator Ministro José Delgado, *DJ* de 1º/12/2003).

“TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS ACUMULADOS. LIMITAÇÃO DE 30%. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. MP 812/94. LEI 8.981/95. TEMA PACIFICADO NO ÂMBITO DO STJ.

1. O STJ tem entendido que há plena validade na limitação de 30% imposta pela MP 812/94, convertida na Lei 8.981/95.”

(AgRg no Resp 380290/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 24/11/03, Primeira Turma, por unanimidade)

Aquela Corte Superior, em reiterados julgados, também firmou a orientação de que as alterações promovidas pela Lei 8.981/95 não alteraram os conceitos de lucro e renda, bem como não houve violação ao direito adquirido, conforme precedente que transcrevo:

“TRIBUTÁRIO. DEDUÇÃO DOS PREJUÍZOS: LIMITAÇÃO DA LEI N° 8.981/1995. LEGALIDADE.

1. A limitação estabelecida na Lei n. 8.981/1995, para dedução de prejuízos das empresas, não alterou o conceito de lucro ou de renda, porque não se imiscuiu nos resultados da atividade empresarial.

2. O art. 52 da Lei n° 8.981/1995 diferiu a dedução para exercícios futuros, de forma escalonada, começando pelo percentual de 30% (trinta por cento), sem afronta aos arts. 43 e 110 do CTN.

3. A legalidade do diferimento não atingiu direito adquirido, porque não havia direito adquirido a uma dedução de uma vez. O direito ostentado era quanto à dedução integral.

4. Recurso especial não conhecido.”

(REsp 183155/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 26/06/00, p. 142, Segunda Turma, por unanimidade)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CSSL. IMPOSTO DE RENDA. PREJUÍZOS FISCAIS. LIMITES DA COMPENSAÇÃO. LEI N. 8.981/95. LEGALIDADE. PRECEDENTES.

1. O prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados constitui requisito indispensável à admissibilidade do recurso especial. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

2. Não se encontra eivada de ilegalidade a limitação da compensação em 30% (trinta por cento) dos prejuízos fiscais acumulados em exercício anteriores

estabelecida nos arts. 42 e 58 da Lei n. 8.981/95, para fins de determinação da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro (CSSL) e do Imposto de Renda. Precedentes do STJ.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.”

(REsp 267.075/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2ª T., julgado em 04.10.2005, DJ 07.11.2005, p. 172)

Impende apenas registrar que a compensação, como modalidade de extinção do crédito tributário, depende de lei que a autorize, podendo, perfeitamente, serem estabelecidas restrições ou condições à medida, nos termos do artigo 170 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.”

Nessa linha de raciocínio, a Medida Provisória nº 812/94, posteriormente convertida na Lei nº 8.981/95, determinou restrições à compensação dos prejuízos apurados pela pessoa jurídica, tanto no caso do Imposto de Renda quanto na Contribuição Social sobre o Lucro, o que foi posteriormente confirmado no artigo 15 da Lei nº 9.065/95, até 31 de dezembro de 1995.

Como se sabe, são dois os sistemas existentes para apuração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica. Durante muito tempo, o sistema adotado no Brasil foi o da verificação do lucro após a realização das operações da empresa durante determinado espaço de tempo, normalmente vinculado ao ano-calendário. A partir da edição e vigência da Lei nº 7.713/88 foi alterado tal sistema, com a introdução das Declarações de Reajustes Anuais, consolidando os resultados mensais.

Com o advento da Medida Provisória nº 812/94, todavia, o artigo 37 veio novamente a alterar a sistemática existente, passando a determinar que: “as pessoas jurídicas obrigadas ao regime de

tributação com base no lucro real e as pessoas jurídicas que não optarem pelo regime de tributação com base no lucro presumido deverão, para efeito de determinação do saldo do imposto a pagar ou a ser compensado, apurar o lucro real em 31 de dezembro de cada ano ou na data da extinção”.

Em conseqüência, o sistema voltou a ser o de apuração anual quanto à periodicidade, independentemente dos pagamentos mensais do imposto.

À luz da melhor doutrina, tenho que o fato gerador do Imposto de Renda, como o da Contribuição Social sobre o Lucro, é complexo, somente se considerando configurado no último dia do ano, daí a possibilidade de edição de lei ou medida provisória até o último dia do ano, pois ainda não completado o fato gerador de tais tributos.

Destarte, não há que se falar em violação a eventual direito adquirido da parte autora, ora apelante, mesmo porque houve o resguardo de se admitir que os valores não compensados poderão sê-lo nos anos-calendário subseqüentes, respeitando-se o limite de trinta por cento, razão pela qual, observando-se os limites constitucionais ao poder de tributar, é legítima ao Fisco Federal a alteração do critério de fixação da base de cálculo dos tributos em tela.

Em relação à contribuição social, todavia, houve tão-somente violação ao princípio da anterioridade nonagesimal, prevista no art. 195, § 6º, da Constituição da República, devendo a nova regra ser aplicada em relação aos resultados apurados a partir de 01/04/95.

Entretanto, como corretamente asseverado pelo ilustre Magistrado *a quo*, tal assertiva não beneficia a impetrante no particular, uma vez que a empresa somente foi criada em 12/07/95, quando já estavam em pleno vigor as alterações promovidas pela Lei nº 8.981/95, razão pela qual não deve ser concedida a segurança almejada pela impetrante também em relação à CSLL.

Em face do exposto, nego provimento à apelação.

Assim voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 313.223-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
Embargante: UNIÃO
Embargado: JOSÉ DE RIBAMAR SOUZA GARCIA
Advs./Procs.: DRS. MINERVINO DE CASTRO NETO E OUTRO
(EMBDO.)

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. COMPOSIÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR. PARTICIPAÇÃO DE JUÍZES CONVOCADOS PARA SUBSTITUIR DESEMBARGADORES.

- Nos afastamentos superiores a trinta dias, o membro de Tribunal Regional pode ser substituído por Juiz de Primeiro Grau, cuja escolha, a partir da LC nº 54/86, passou a ser “por decisão da maioria absoluta do Tribunal respectivo” (LOMAN, art. 118).

-Provimento, em parte, dos embargos de declaração do apelado, apenas para esclarecer a participação de desembargadores convocados no julgamento do acórdão embargado.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos de declaração da União e dar provimento, em parte, aos embargos de declaração do apelado, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 23 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

José de Ribamar Souza Garcia opõe embargos de declara-

ção a acórdão desta Turma, sintetizado na seguinte ementa:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ACÓRDÃO DO TCU. DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS.

- Não se conhece da apelação que não ataca fundamento por si suficiente para justificar a sentença.
- O servidor condenado, por sentença criminal, a repor recursos públicos fraudulentamente desviados, não se exime de cumprir determinação do TCU para que devolva também aqueles não abrangidos pelo julgado, por falta de provas.”

Vislumbrando na composição da Turma por desembargadores convocados violação à garantia do juiz natural e negação de vigência ao disposto nos artigos 117, 118 e § 1º da LOMAN, pede sejam certificados nos autos:

“a data do afastamento do Relator, Desembargador Ridalvo Costa; a data do sorteio do nome do Dr. Élio Siqueira; a data da publicação da decisão da maioria absoluta do Tribunal convocando-o; Requer seja explicitado o fundamento LEGAL, seja a partir do regimento interno ou de resolução do Tribunal, que, ao tratar da composição da Turma de Julgamento, considere válido o julgamento feito por turma de julgadores em que a maioria seja de juízes convocados, vez que estes só exercem FUNÇÃO, em caráter provisório, de modo que o suplicante possa argüir a inconstitucionalidade dessa norma, caso haja, ao tempo em que argüirá a nulidade do julgamento tanto em sede de recurso especial, quanto em sede de extraordinário” – fl. 559.

Alega, também, omissão do acórdão sobre fatos incontroversos, evidenciadores do cerceamento de defesa no processo de Tomada de Contas, a saber:

a) realização da Tomada de Contas Especial por um major e por um tenente-coronel, apesar de serem os ordenadores de despesa tenentes-coronéis e coronel, quando deveriam ter sido toma-

das “por funcionários dos órgãos da Auditoria Financeira e Orçamentária do Tribunal de Contas ou, mediante contrato, por firmas especializadas ou por especialistas em auditoria financeira” – fl. 563; e

b) julgamento da Tomada de Contas em sessão secreta para a qual não fora intimada a advogada de defesa.

O acórdão teria, ainda, violado diversos dispositivos legais:

a) ao permitir que o conteúdo da sentença penal fosse ampliado na esfera administrativa;

b) ao desconsiderar documentos que, embora não constantes dos embargos, instruem a execução; e

c) ao não reconhecer a prescrição referente aos juros e encargos, apesar do comportamento desidioso da Administração de retardar o andamento do processo.

Também a União embarga de declaração o acórdão para que a Turma expressamente justifique a não aceitação da TR como parâmetro de atualização monetária no período de 01/02/91 a 01/01/92.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

Questionada a participação do Juiz Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho no julgamento do acórdão embargado, cumpre esclarecer que o referido magistrado encontrava-se, na oportunidade, substituindo este relator, então de férias.

Para tanto, fora convocado por decisão do Pleno deste Tribunal, proferida na sessão do dia 27/07/05, cuja Ata foi publicada na edição do dia 11/08/05 do Diário da Justiça da União, Seção 2, p. 325-331 (PA 2005.00.662-3).

Todo o procedimento, portanto, seguiu à risca o disposto no art. 39 do Regimento Interno deste Tribunal, assim redigido:

“Art. 39. Em caso de vaga ou afastamento de Desembargador Federal, por prazo superior a 30 (trin-

ta) dias, poderá ser convocado, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, Juiz Federal vitalício para substituição.”

Este, por sua vez, guarda estrita consonância com o art. 118 da Lei Orgânica da Magistratura, com a redação dada pela Lei Complementar nº 54/86:

“Art. 118. Em caso de vaga ou afastamento, por prazo superior a 30 (trinta) dias, de membro dos Tribunais Superiores, dos Tribunais Regionais, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais de Alçada, (vetado) poderão ser convocados Juízes, em Substituição (vetado) escolhidos (vetado) por decisão da maioria absoluta do Tribunal respectivo, ou, se houver, de seu Órgão Especial.”

Neste ponto, revela-se flagrante o equívoco dos embargos ao se reportarem à redação original do dispositivo, suscitando, inclusive, a realização de sorteio, procedimento este incompatível com a alteração procedida pela Lei Complementar nº 54/86 – fl. 555.

Esta questão, por sinal, foi uma das enfrentadas pela Quarta Turma do STJ, no julgamento do AgRg no Ag nº 7.406/RS, sob a relatoria do Ministro Barros Monteiro, restando esclarecido no voto condutor que:

“As convocações de juízes de primeira instância, antes da Lei Complementar 54, eram procedidas processo a processo, onde houvesse necessidade de completar o *quorum* legal de julgamento, em casos restritos e de rara ocorrência (suspeição ou impedimento de membros do Tribunal, em número tal que não fosse possível a composição do colegiado para julgamento). Exatamente por isso, cuidando-se de convocação para atuação em feito(s) específico(s), é que o legislador, visando garantir maior transparência na escolha do convocado, dispôs que ela se daria através de sorteio público (§ 1º do art. 118). Assim, além de se abrir aos interessados a possibilidade de fiscalizar o sorteio, evitava-se a escolha

deste ou daquele Juiz, que talvez pudesse já ter inclusive manifestado seu ponto de vista jurídico em feitos semelhantes àquele para o qual se daria a convocação. Em suma, afastava-se, pelo sorteio, qualquer possibilidade de se vir a alegar que a escolha do Juiz implicaria em direcionar o julgamento do feito.

(...)

Com a nova redação, passou o Juiz convocado a exercer substituição de forma ampla, já não mais específica para determinado processo e sem a restrição de funcionamento apenas como vogal. Desapareceu, assim, o caráter extremamente excepcional e efêmero da convocação. Passou o juiz convocado a exercer a substituição plena, praticando todos os atos que poderiam ser praticados pelo substituído. Em vista disso, perdeu sentido o sorteio, mesmo porque, destinando-se a convocação ao pleno exercício da substituição, não havia mais partes de um processo determinado diretamente interessadas na escolha.”

Digno ainda de registro se apresenta o acórdão proferido pela Sexta Turma do STJ no julgamento do HC 2.182/SP, cuja ementa afirma:

“Ao juiz convocado aos Tribunais, não inibe a lei as funções de relator e revisor” (Min. Hamilton Carvalhido, *DJ* 01/07/02 p. 440).

Também não se encontra na lei qualquer restrição à participação, numa mesma seção de julgamento, de mais de um desembargador convocado na hipótese e na forma do citado art. 118.

Afora estes esclarecimentos, nada mais a acrescentar ao acórdão embargado, restando nele enfrentadas todas as questões pertinentes e relevantes ao desenlace da lide.

Com efeito, sobre a instauração da Tomada de Contas Especial e a designação dos servidores para procedê-la, ficou consignado:

“O dever de prestar contas não se restringe aos dirigentes dos órgãos da Administração, estendendo-se a ‘todos os responsáveis por bens ou valores públicos’ (Lei nº 4.320/64, art. 78).

(...)

De acordo com o apurado no processo criminal, o embargante, mesmo não sendo ordenador de despesas, nem tesoureiro, teve participação ativa nos desvios de recursos públicos, sendo beneficiário, ao menos, de parte deles. Daí sua sujeição à Tomada de Contas” – fls. 496-497;

“A aprovação das contas da unidade militar, de cujo orçamento provinham os recursos desviados, em nada impedia a instauração da Tomada de Contas Especial contra o embargante, mormente se o nome deste não constava do rol de responsáveis a que se referiam as prestações de contas aprovadas” – fl. 496.

“Tampouco é de se estranhar que a Tomada de Contas Especial tenha sido levantada por servidores da unidade administrativa diretamente atingida pelos desvios, pois esta era a regra (Decreto-lei nº 199/67, art. 40, I), como ainda é (Lei nº 8.443/92, art. 8º). Só a inércia administrativa justificaria a instauração do processo pelo TCU. A este compete, em qualquer das hipóteses, o julgamento das contas, garantindo-se, assim, a isenção do resultado” – fl. 497.

Especificamente sobre as peculiaridades do processo de tomada de contas e a defesa nele exercida, esclareceu o acórdão embargado:

“Não se pode, com efeito, confundi-lo com inquérito administrativo, tampouco com processo disciplinar. Nele o que prevalece não são depoimentos que precisem ser presenciados por aquele de quem se tomam as contas, mas documentos, dos quais só se faz necessário dar vista ao interessado quando indicativos de alguma irregularidade da qual este se

deva defender.

O próprio embargante admite haver apresentado defesa escrita – fl. 13.

Nela não demonstra desconhecimento das faltas que lhe estavam sendo atribuídas, nem mesmo reclama qualquer óbice ao exercício de sua defesa – fls. 412-414.

Confirma, ainda, haver sido ‘pessoalmente cientificado de que o julgamento de seu processo se achava EM PAUTA ESPECIAL, DE CARÁTER RESERVADO’, e, em face disso, ‘juntou documentos, nos quais demonstrou o *quantum* que a sentença penal condenatória o havia responsabilizado e informando já da ação de consignação em pagamento que promovera’ (destaques do original) – fl. 14.

Como se vê, nem mesmo o caráter reservado emprestado à sessão de julgamento comprometeu a defesa oportunamente apresentada” – fls. 493-494.

Quanto ao julgamento da Tomada de Contas e sua relação com as sentenças proferidas no juízo criminal e na ação consignatória, ficou dito:

“O desfecho da Tomada de Contas, por sua vez, só estaria atrelado ao julgamento proferido na esfera penal militar, acaso neste restasse, ‘categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato’ (CPP, art. 66).

Não foi o que ocorreu. A sentença criminal, que condenou o embargante, pelo desvio, mediante fraude, de recursos públicos, devidamente constatado entre setembro/84 e julho/85, só o absolveu das demais acusações por falta de provas, não impedindo que estas viessem, mais tarde, a ser produzidas na esfera civil ou administrativa.

(...)

A possibilidade de esclarecer, no âmbito administrativo, as dúvidas remanescentes do juízo penal não desaparece com a propositura da ação de consignação, que, a rigor, tal como formulada, só poderia

dizer respeito ao objeto econômico da condenação criminal. A pretensão consignatória, com efeito, foi julgada procedente ‘apenas para declarar extinta a obrigação prevista no art. 109, I, do Código Penal Militar’ – fl. 117” – fl. 494-496.

Prosseguindo o raciocínio, o acórdão embargado fez questão de registrar:

“A decisão, ao final proferida pelo TCU, não foi imotivada. Fundamentou-se, dentre outros, em sucessivos pareceres de suas Inspetorias de Controle Externo, em especial do constante às fls. 282/289, da Tomada de Contas, e nos levantamentos documentados às fls. 129/229, daquele mesmo processo – fl. 435.

Apesar de questionar tais fundamentos, a inicial dos embargos sequer se faz instruir com cópia da decisão do TCU; menos ainda com a dos documentos nela referenciados, frustrando, assim, qualquer iniciativa tendente a neles detectar eventuais equívocos.

Os elementos trazidos pela embargada são insuficientes para suprir, inteiramente, a inércia do embargante. A partir deles, porém, é possível, não só conhecer os termos da decisão do TCU, como constatar que os levantamentos a que ela se reporta correspondem à relação das diárias e ajudas de custo emitidas em favor dos oficiais fictícios, nascidos da criatividade do embargante.

Este, em momento algum, nega seu comportamento ardiloso; apenas afirma não haver sido o único beneficiado do esquema, sem disto apresentar, no entanto, um indício concreto sequer.

Nestas circunstâncias, não há como deixar de atribuir ao embargante a responsabilidade, pessoal e exclusiva, pelos desvios, lembrando que o ‘ordenador de despesa, salvo conivência, não é responsável por prejuízos causados à Fazenda Nacional decorrentes de atos praticados por agente subordina-

do que exorbitar das ordens recebidas' (Decreto-Lei nº 200/67, art. 80, § 2º).

Especificamente sobre a apuração da dívida cobrada, o embargante também não se dispôs a instruir os embargos com as cópias das planilhas apresentadas com a inicial da execução, impossibilitando aferir o suposto 'erro crasso' incorrido na sua elaboração" – fls. 497-499.

Ao tecer esta última observação, o acórdão embargado nada mais fez senão prestigiar remansosa jurisprudência do STJ que reconhece a autonomia entre a execução e os embargos a ela opostos, inclusive para efeito de instrução.

Neste sentido, destaco:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EMBARGOS DO DEVEDOR. APELAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. INSTRUÇÃO PROCESSUAL DEFICIENTE. INDIVIDUALIDADE PROCESSUAL. CPC, ART. 745.

I. Os embargos do devedor, conquanto oponível como defesa, constitui processo autônomo em relação à execução, pelo que sua instrução deve se fazer de forma independente dos autos principais, contendo, ele próprio, os elementos fáticos necessários ao exame das teses nele debatidas pelo embargante.

(...)”

(REsp nº 195.239/SP, 4ª Turma, Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 03/09/01 p. 226);

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUTOS PRINCIPAIS. APENSAÇÃO.

I – Conquanto a autuação em apenso seja recomendável e conveniente, não há vedação da desapensação dos autos dos embargos dos autos principais, cabendo às partes, em face da natureza autônoma dos embargos, colacionar, desde a inicial, as peças que se fizerem necessárias ao deslinde da causa. Precedente.

(...)”

(REsp nº 363.182/RJ, 5ª Turma, Min. Gilson Dipp, DJ 18/03/02 p. 294);

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DESAPENSAMENTO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 736 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOCORRÊNCIA.

1. O desapensamento dos autos principais dos embargos à execução, por ocasião da interposição do recurso de apelação, não viola o disposto no artigo 736 do Código de Processo Civil, sendo ônus da parte a instrução do feito com as cópias indispensáveis à solução da controvérsia, por meio da juntada às razões ou contra-razões de recurso das peças necessárias ao deslinde das questões postas. Precedentes da 5ª Turma.

(...)”

(REsp nº 660.222/RJ, 6ª Turma, Min. Hamilton Carvalho, DJ 19/12/05 p. 488).

A alegação de prescrição tampouco passou despercebida, firmando o acórdão embargado o entendimento de que:

“Também não cabe falar em prescrição, quando a pretensão deduzida diz respeito a ressarcimento de prejuízos causados ao Erário (art. 37, § 5º, da CF/88)” – fl. 497.

À falta de ressalva expressa, é de se considerar não excepcionadas desta conclusão as parcelas cobradas a título de juros e encargos.

Por fim, o acórdão foi categórico ao afirmar que:

“O uso da TR como parâmetro de atualização monetária, no período de 01/02/91 a 01/01/92 (...) não pode ser aceito, pois a natureza reconhecida àquele índice, inclusive no período discriminado, é a de taxa de juros” (Lei nº 8.177/91, art. 9º, com a redação dada pela Lei nº 8.218/91).

Eventual discordância das partes quanto às conclusões assim firmadas pela Turma não justifica a oposição do presente re-

curso integrativo.

Ante o exposto, nego provimento aos embargos da União e dou provimento, em parte, aos embargos do apelado, apenas para esclarecer a participação de desembargadores convocados no julgamento a que se refere o acórdão embargado.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 2.367-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA
Impetrante: DRS. ISAAC MINICHILLO DE ARAÚJO E OUTROS
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DO CEARÁ
Paciente: MARCOS RIBEIRO SUPPI (RÉU PRESO)

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. CRIME, EM TESE, DE TENTATIVA DE LAVAGEM DE DINHEIRO EM RELAÇÃO AO PRODUTO DO CRIME DO FURTO QUALIFICADO À AGÊNCIA DO BANCO CENTRAL EM FORTALEZA. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. INDÍCIOS DE EVASÃO DO PACIENTE DO DISTRITO DA CULPA. PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MANUTENÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO WRIT.

- Necessária a manutenção da prisão preventiva, porquanto está presente a real necessidade de garantia da ordem pública, diante de uma ação implementada por agentes em concurso que, de fato, demonstram alguma organização para o crime. Ademais, manter-se a custódia do paciente atende ao requisito legal de se 'assegurar a aplicação da lei penal', diante da possibilidade de fuga do mesmo do distrito da culpa, em face

da frágil alegação de locação de imóvel na cidade de Fortaleza com o fim de abrigar o acusado durante o processo.

- Presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva para garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal. Inteligência do art. 312, CPP.

- Afasta-se a alegação de excesso de prazo na conclusão da instrução criminal, em face da pluralidade de agentes e complexidade do processo, mormente quando a autoridade coatora noticiou que as atuais diligências são no sentido de expedição de cartas precatórias a residentes em outra cidade, para ouvida das testemunhas arroladas pela defesa do paciente.

- Ordem de habeas corpus denegada.

ACÓRDÃO

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

Recife, 14 de março de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de ação de *habeas corpus liberatório*, com pedido liminar, impetrado pelos advogados Isaac Minichillo de Araújo, OAB/SP nº 94357; Nunes Ramos de Lima, OAB/CE 8427, e Francisco de Castro Menezes Jr., OAB/CE 15500, em favor do paciente Marcos Ribeiro Suppi, brasileiro, separado, comerciante, residente na Capital do Estado de São Paulo, na Avenida Rio das Pedras, 148, Jardim Aricanduva, comprometendo-se a fixar resi-

dência no distrito da culpa, num imóvel locado pelos impetrantes, na Rua Tereza Hinko, 50, apto. 202, Fortaleza/CE, atualmente recolhido à Superintendência da Polícia Federal/CE, contra ato do Exmo. Sr. Juiz Federal da 11ª Vara Federal do Ceará. Objetiva-se no presente *writ* a revogação da prisão preventiva decretada em desfavor do ora paciente Marcos Ribeiro Suppi, nos autos da Ação Criminal nº 2005.81.00.018960-8, onde se apura crime de tentativa de lavagem de dinheiro, referente ao envolvimento do crime de furto qualificado à caixa-forte da agência do Banco Central do Brasil localizada em Fortaleza, de onde foram subtraídos, aproximadamente, R\$ 164.000.000,00 (cento e sessenta e quatro milhões de reais), em agosto de 2005. Postulam os impetrantes a concessão de alvará de soltura em benefício do paciente, aduzindo, para tanto, o constrangimento ilegal a que ele tem sido submetido, em decorrência do atraso no encerramento da instrução processual. Sustentam, ainda, que a primariedade e os bons antecedentes do paciente, aliados ao fato de ele possuir residência fixa em Fortaleza – em imóvel alugado justamente com o objetivo de abrigar o acusado durante o processo a que responde, consoante, contrato de locação de fls. 208/211 – e de responder a crime, em tese, tentado, cuja pena privativa de liberdade, eventualmente aplicada em sentença condenatória, poderá, ao final, ser substituída por uma pena restritiva de direito, autorizariam a revogação da prisão preventiva. O paciente foi denunciado pelo Ministério Público Federal por crime de tentativa de lavagem de dinheiro, em face de ter sido preso em flagrante, num apartamento, com mais quatro pessoas, onde foram encontrados em torno de doze milhões de reais, objeto do furto nacionalmente conhecido do Banco Central em Fortaleza. Narra o MPF que a participação do réu consistiria no transporte de valor determinado e produto do furto até a cidade do Recife/PE para depósitos diversos. Tal conduta restou frustrada na sua consumação em face da prisão em flagrante do mesmo. Às fls. 533 verso, foi indeferido o pedido liminar pelo Exmo. Des. Federal Presidente deste TRF, em face do autos terem sido distribuídos no plantão. Em despacho da minha lavra, fls. 539, manteve referido despacho. Informações prestadas, fls. 379/405, pelo Exmo. Juiz Federal Substituto da 11ª Vara Federal, Dr. Ricardo Ribeiro Campos. No parecer de fls. 371/378, a Exma. Procuradora da República, Dra. Eliane Recena, opinou pela concessão da ordem no sen-

tido de deferir-se ao paciente o direito de aguardar o julgamento do processo em liberdade, registrando que, em que pese tenha o MPF se manifestado, recentemente, em outros *habeas corpus*, impetrados em favor de outros réus que integram a mesma ação penal, o caso em exame guarda dessemelhanças, em face do ora paciente não responder pela prática do furto, mas, segundo a denúncia, pela tentativa de lavagem de dinheiro, uma vez que seria responsável pelo transporte de ativos ilícitos até a cidade do Recife, conduta essa cuja consumação restou frustrada. Entendeu, ainda, o Ministério Público, que restam ausentes, na hipótese do ora paciente, os requisitos que justificam a manutenção da prisão preventiva, ganhando relevo as condições pessoais do acusado, isto é, o fato do acusado, ora paciente, ser primário, gozar de bons antecedentes, bem como o de possuir residência fixa no distrito da culpa. Finalmente, entendeu que o argumento do impetrante relativo à possibilidade de eventual substituição da pena privativa de liberdade, a ser cominada ao acusado numa futura sentença condenatória, em pena restritiva de direito, merece prosperar, uma vez que em vista das condições pessoais do réu (ser primário, gozar de bons antecedentes, bem como o de possuir residência fixa no distrito da culpa), bem como das penas cominadas aos delitos – aplicada a pena mínima – que podem ser reduzidas de um a dois terços, reconhecida a tentativa, se encontram dentro dos padrões do artigo 44 do CPB.

É o relatório. Em mesa para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Postulam os impetrantes a concessão de alvará de soltura em benefício do paciente, aduzindo, para tanto, o constrangimento ilegal a que ele tem sido submetido, em decorrência do atraso no encerramento da instrução processual. Sustentam, ainda, que a primariedade e os bons antecedentes do paciente, aliados ao fato de ele possuir residência fixa em Fortaleza – em imóvel alugado justamente com o objetivo de abrigar o acusado durante o processo a que responde, consoante, contrato de locação de fls. 208/211 – e de responder a crime, em tese, tentado, cuja pena privativa de

liberdade, eventualmente aplicada em sentença condenatória, poderá, ao final, ser substituída por uma pena restritiva de direito, autorizariam a revogação da prisão preventiva.

Noticiam os autos que o paciente foi denunciado pelo Ministério Público Federal pela prática do crime de lavagem dinheiro, na sua forma tentada, após ser preso em flagrante, com mais quatro pessoas, num apartamento localizado na capital cearense, onde foram encontrados em torno de 12 milhões de reais, quantia essa que seria objeto do furto nacionalmente conhecido e de que foi vítima o Banco Central na cidade de Fortaleza.

Noticiam os autos que a atuação do ora paciente consistiria em transportar valores determinados do produto do crime de furto até a cidade do Recife, o que faria mediante o recebimento da quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

O Ministério Público Federal que atua e acompanha o processamento do feito no primeiro grau, às fls. 279/286, pugnou pela liberdade provisória do ora paciente, entendendo entre outras: “A participação deste acusado apresenta-se de somenos importância, e como não residente no distrito da culpa sugere ficar nesta Capital, se liberado for. **Reconhece-se que contra MARCOS RIBEIRO SUPPI não viceja a rigidez da relevante participação nas atividades da quadrilha até então conhecidas, a obstatar a concessão da liberdade provisória, com as cautelas da lei**”.

No Parecer de fls.371/378, a Exma. Procuradora da República, Dra. Eliane Recena, opinou pela concessão da ordem no sentido de deferir-se ao paciente o direito de aguardar o julgamento do processo em liberdade, registrando que, em que pese tenha o MPF se manifestado, recentemente, em outros *habeas corpus*, impe-trados em favor de outros réus que integram a mesma ação penal, o caso em exame guarda dessemelhanças, em face do ora paciente não responder pela prática do furto, mas, segundo a denúncia, pela tentativa de lavagem de dinheiro, uma vez que seria responsável pelo transporte de ativos ilícitos até a cidade do Recife, conduta essa cuja consumação restou frustrada. Entendeu, ainda, o Ministério Público, que restam ausentes, na hipótese do ora paciente, os requisitos que justificam a manutenção da prisão pre-

ventiva, ganhando relevo as condições pessoais do acusado, isto é, o fato do acusado, ora paciente, ser primário, gozar de bons antecedentes, bem como o de possuir residência fixa no distrito da culpa. Finalmente, entendeu que o argumento do impetrante relativo à possibilidade de eventual substituição da pena privativa de liberdade, a ser cominada ao acusado numa futura sentença condenatória, em pena restritiva de direito, merece prosperar, uma vez que em vista das condições pessoais do réu (ser primário, gozar de bons antecedentes, bem como o de possuir residência fixa no distrito da culpa), bem como das penas cominadas aos delitos – aplicada a pena mínima – que podem ser reduzidas de um a dois terços, reconhecida a tentativa, se encontram dentro dos padrões do artigo 44 do CPB.

Como já mencionei nos outros *habeas corpus* impetrados, o crime em tela, além de gravíssimo, caracteriza-se como de particular repercussão social, apto a propiciar àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e insegurança.

De fato, os autores do crime não mediram esforços para a concretização do delito, desafiando as instituições do Estado e a própria polícia. Basta ressaltar que fora escavado pelos acusados um túnel de acesso ao interior da agência do Banco Central. Ademais, não é irrelevante frisar que a quantia furtada é extremamente considerável (em torno de R\$ 164.000.000,00). Tais circunstâncias, resumidas no binômio gravidade da infração – repercussão social, são suficientes para, aliadas à prova de existência do crime e a indícios suficientes de autoria, autorizar o Judiciário a determinar o recolhimento do agente.

Ora, é cediço que a primariedade e os bons antecedentes de que eventualmente goze o réu, bem como o fato de possuir residência fixa, não são, por si sós, suficientes a ensejarem a revogação da prisão preventiva, mormente quando se encontram presentes os motivos que levaram à decretação da segregação provisória. Nesse sentido, inclusive, entende este Tribunal e os nossos tribunais superiores.

O paciente não responde pelo crime de furto, mas, pela tentativa de lavagem de dinheiro, uma vez que seria responsável pelo

transporte dos ativos ilícitos até a cidade do Recife, conduta essa, entretanto, cuja consumação restou frustrada. É certo que estamos na via estreita do *habeas corpus*, onde descabe dilação probatória a se inferir se o crime, de fato, foi tentado ou não.

Tem-se que o crime pelo qual o paciente foi denunciado tem pena cominada de 3 a 10 anos de reclusão, e que, consoante o disposto no artigo 59 do Código Penal, o juiz observará, para a fixação da pena-base, além dos antecedentes do agente, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime, os quais, em tese, militam em favor do paciente. Acontece, porém, que é prematura a conclusão de que o juiz singular, quando da aplicação da pena, cominará a básica, que, reduzida da tentativa, ensejaria a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito.

Não restam dúvidas quanto ao espectro restrito que configura as custódias processuais. A Ordem Constitucional vigente traz latentes princípios que fazem valer o Direito Penal utilizado como garantia de liberdade. Explico-me. A descrição das condutas típicas atende à reserva e à anterioridade legais requeridas constitucionalmente como pressupostos indispensáveis ao cerceamento do direito à liberdade; dessa forma, apenas nos casos excepcionais tem-se por constitucional e legal a restrição da liberdade. Na hipótese, outra não é a conclusão, senão, de que restam presentes as condições de caso excepcional de restrição de liberdade, qual seja, a prisão processual do tipo preventiva, nos termos do estabelecido no art. 312 do CPP.

Em relação ao paciente Marcos Ribeiro Suppi, que tem a favor do seu pedido parecer Ministerial em primeira e segunda instâncias, que entenderam militar a favor do mesmo a ausência de rigidez da relevante participação nas atividades da quadrilha até então conhecidas no furto qualificado à agência do Banco Central em Fortaleza, uma vez que sua participação, segundo a denúncia, seria de transporte de ativos ilícitos (produto do crime de furto) até a cidade do Recife, conduta essa cuja consumação restou frustrada, por circunstância alheia à vontade do agente, o que determinou que a peça exordial do processo-crime delineasse sua conduta no campo da tentativa, tenho que, inobstante tal conduta, se restar comprovada no juízo cognoscitivo penal, mereça reprimen-

da da lei, dada a gravidade da mesma, levando em consideração, no entanto, que, em termos da aplicação da pena, por cuidar a espécie de crime tentado, é daquela espécie, inclusive, que a possibilitaria a substituição da mesma por uma medida restritiva de direito.

Entendo prematura a conclusão de que a pena-base, a ser cominada, poderia ser a básica do crime de lavagem de dinheiro, quando poderá o juiz dar definição jurídica diversa aos fatos (artigo 383 do CPP) ou mesmo o disposto no artigo 384, parágrafo único, do CPPB.

Identifico, *prima facie*, indícios de co-participação na empreitada dos demais autores, que levam a convencer-me como presentes os requisitos autorizadores da manutenção da custódia *ad cautelam*, seja pela garantia da ordem pública, seja pela da instrução criminal.

Acho, com todo respeito aos nobres advogados signatários da exordial, que o fato do réu, ora paciente, não residir no distrito da culpa, e a frágil alegação de que foi locado imóvel em Fortaleza com o fim de abrigar o acusado durante a instrução, **não garante, não dá certeza a este juiz de que o réu permanecerá no distrito da culpa**, mormente quando ainda se têm presentes os requisitos da preventiva, seja pela garantia da ordem pública e da própria instrução penal, pois, analisando os demais *habeas corpus* já impetrados pelos demais réus, não posso analisar isoladamente a conduta do ora paciente, quando os fatos convergem para uma ação conjunta, associada no agir das condutas dos réus. (Destaquei)

Necessária a manutenção da prisão preventiva, porquanto está presente a real necessidade de garantia da ordem pública, diante de uma ação implementada, em tese (via estreita do *habeas corpus*), por agentes em concurso que, de fato, demonstram alguma organização para o crime. Ademais, manter-se a custódia do paciente atende ao requisito legal de se ‘assegurar a aplicação da lei penal’, diante da possibilidade de fuga do mesmo do distrito da culpa, em face da frágil alegação de locação de imóvel na cidade de Fortaleza com o fim de abrigar o acusado durante o processo.

Afasta-se a alegação de excesso de prazo na conclusão da

instrução criminal, em face da pluralidade de agentes e complexidade do processo, mormente quando a autoridade coatora noticiou que as atuais diligências são no sentido de serem localizadas as testemunhas arroladas pela defesa do paciente. E, existindo ainda testemunhas do processo a serem inquiridas, não há que se falar em encerramento de instrução, quando poderá o juiz *a quo*, na dicção do artigo 502 do CPP, converter o feito em diligência para ouvida de outras testemunhas para o esclarecimento da verdade material.

Com tais considerações, denego a ordem de *habeas corpus*.

É o meu voto.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 91.437-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Impetrantes: A. C. CELESTINO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. E OUTRO
Impetrado: DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE DO TRF - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. CLÊNIO PACHECO FRANCO JÚNIOR E OUTROS (IMPRES.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PRECATÓRIO. MEIO COERCITIVO INDIRETO DE COBRANÇA DE TRIBUTO. CONDIÇÕES PARA RECEBIMENTO – ART. 100 DA CF/88 VERSUS ART. 19 DA LEI Nº 11.033/04. INCONSTITUCIONALIDADE.

- A exigência de certidões negativas de tributos federais, estaduais, municipais, bem como certidão de regularidade para com a Seguridade Social, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e a Dívida Ativa da União para o recebimento de valores decorrentes de precatório judicial constitui meio coercitivo indireto de cobrança de tributo.

- A Fazenda Pública dispõe de meios legais para assegurar o recolhimento dos créditos fiscais, seja através de execução ou de medida cautelar fiscal.

- Precedentes do STF pela impossibilidade de tal mecanismo.

- A Constituição Federal de 1988, em seu art. 100, regulamenta diretamente o mecanismo de pagamento dos créditos oriundos de sentença judiciária devidos pela Fazenda Pública, seja federal, estadual ou municipal, não se admitindo, portanto, a criação de novos obstáculos por normas infraconstitucionais.

- Inconstitucionalidade do art. 19 da Lei nº 11.033/04 reconhecida pelo pleno desta Corte, por ocasião do julgamento do incidente de inconstitucionalidade no MSPL 91364-CE, Rel. Des. Federal César Carvalho (convocado), julgado em 15/03/2006.

- Concessão da segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar procedente o pedido, concedendo a segurança, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 29 de março de 2006 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida

liminar, impetrado por A. C. Celestino Indústria e Comércio Ltda. contra ato do Desembargador Federal Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, objetivando a sustação do bloqueio do pagamento parcelado do Precatório nº 49.080, liberando-se os respectivos valores.

Os impetrantes alegam, em síntese, que: a) são detentores de créditos tributários, que vinham sendo pagos, de forma parcelada, através do Precatório nº 49.080; b) foram intimados, em 04/07/2005, através de seu advogado, para apresentar, perante o juízo de origem, as certidões exigidas pela Lei nº 11.033/04; c) a Portaria nº 560/2005, editada pela Presidência desse Eg. Tribunal, que disciplina os procedimentos relativos aos precatórios não alimentares, em virtude das alterações promovidas pela Lei nº 11.033/04, determina que o levantamento ou o depósito em conta bancária de valores decorrentes de precatório judicial fica condicionado à apresentação de certidão negativa de tributos federais, estaduais, municipais, bem como de certidão de regularidade para com a Seguridade Social, o FGTS e a Dívida Ativa da União; d) que o *caput* do art. 19 da Lei nº 11.033/04 ofende o art. 5º, *caput*, XIII, XXXVI, LIV e LV, o art. 100 e o art. 170, parágrafo único, todos da CF/88, uma vez que tais dispositivos não estabelecem quaisquer restrições ao recebimento de valores decorrentes de precatório judicial; e) a Fazenda Pública detém instrumento processual célere e benéfico para a cobrança de seus créditos, a Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80), não se admitindo a cobrança por meio indireto; f) a discussão acerca da constitucionalidade do art. 19 da Lei nº 11.033/04 está sendo tratada nos autos da ADIn nº 3453 em tramitação no Supremo Tribunal Federal, com parecer da Procuradoria-Geral da República pela procedência do pedido.

A liminar foi indeferida em decisão de fl. 64, tendo em vista não ter sido vislumbrada a existência do *periculum in mora*.

Regularmente intimada, a autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 67/71.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação do *mandamus* às fls. 74/78.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator):

Pretendem as impetrantes assegurar o recebimento das parcelas relativas ao Precatório nº 49.080, independentemente da apresentação de certidões negativas de tributos federais, estaduais, municipais, bem como de certidão de regularidade para com a Seguridade Social, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e a Dívida Ativa da União.

A controvérsia tem origem na Lei nº 11.033, de 21/12/04, art. 19, *caput, in verbis*:

“Art. 19. O levantamento ou a autorização para depósito em conta bancária de valores decorrentes de precatório judicial somente poderá ocorrer mediante a apresentação ao juízo de certidão negativa de tributos federais, estaduais, municipais, bem como certidão de regularidade para com a Seguridade Social, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e a Dívida Ativa da União, depois de ouvida a Fazenda Pública.”

O preceito legal supracitado inova o ordenamento jurídico pátrio ao exigir a regularidade fiscal da pessoa física ou jurídica credora da Fazenda Pública por precatório regularmente expedido e com saldo financeiro já especificamente destinado.

Inicialmente, vislumbro ser tal iniciativa uma criação de via oblíqua para compensação compulsória de tributos. Tal postura, no entanto, não se coaduna com as próprias características do instrumento jurídico da compensação. Como se sabe, tal mecanismo apenas pode ser efetuado, em regra, entre tributos de uma mesma espécie, de uma mesma esfera de competência.

Por outro lado, a exigência de completa regularidade fiscal da pessoa física ou jurídica para o recebimento de precatório constitui ainda uma maneira indireta de coagir o contribuinte a quitar os débitos existentes, para enfim conseguir sua regularidade.

A jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal tem se manifestado, ao longo da história, em várias circunstâncias distin-

tas, no sentido de não admitir a cobrança indireta de tributos. As decisões têm rechaçado os instrumentos restritivos de direitos que tenham sido criados com o fito de coagir o pagamento de determinados tributos.

Coleciona-se na jurisprudência do citado Tribunal amplo repertório de súmulas e decisões que adotam referido posicionamento. Transcrevo, nesta oportunidade, importantes marcos deste entendimento.

“Súmula nº 70. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula nº 323. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Súmula nº 547. Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.”

Inúmeros julgados deste Tribunal Regional Federal também esposam a proibição de meios indiretos de cobrança de tributos. Vejam-se, a exemplo, os seguintes julgados desta Corte: AGTR 44.590, julgado pela 3ª T. em 07/10/2004; AMS 81.082 julgado pela 3ª T. em 25/09/2003; AMS 75981 julgado pela 4ª T. em 05/11/2002; AMS 71.878 julgado pela 2ª T. em 07/11/2000.

Esta postura adotada relaciona-se diretamente com o fato de a Fazenda Pública dispor de meios legais específicos para assegurar o recolhimento dos créditos fiscais, seja procedendo à execução, seja lançando mão de medida cautelar fiscal.

Não se trata, na verdade, como alegam os impetrantes, de tratamento isonômico às partes, pois que o Estado, no exercício do seu poder de império, dispõe de mecanismos específicos e privilegiados de atuação. No entanto, tais prerrogativas estão presentes justamente nos instrumentos processuais específicos acima indicados, não se devendo admitir que ele esteja na restrição de um direito já adquirido pelo contribuinte.

Ademais, no caso *sub judice*, discute-se o direito ao recebi-

mento de valores provenientes da coisa julgada. Esta, por sua vez, constituída com base num processo em que a própria Fazenda Pública utilizou-se de suas prerrogativas.

Em uma situação hipotética, os débitos do contribuinte junto às Fazendas Públicas, por sua vez, poderiam estar ainda sujeitos a processos administrativos, ou mesmo a demandas judiciais. Assim, de certa forma, estar-se-ia privilegiando a presunção relativa do ato administrativo frente à coisa julgada material.

Ora, o precatório trata-se de mero procedimento administrativo de que se vale a administração pública para fins de organização orçamentária e administração dos recursos públicos. Admitir que seja cobrada a regularidade fiscal do contribuinte em todas as esferas políticas no momento do pagamento do precatório é admitir que a coisa julgada está à mercê de fato futuro, qual seja, o total adimplemento de débitos fiscais em todas as esferas no momento de seu pagamento.

Entendo que nada impede que a Fazenda Pública utilize-se dos meios próprios no âmbito judicial para fazer valer seu crédito, inclusive dos próprios créditos dos impetrantes, se for o caso (postulando a penhora dos valores, por exemplo), mas a exigência de certidões leva de volta à esfera administrativa uma discussão já instaurada no âmbito judicial.

Registro, ainda, que a própria Constituição Federal pátria valorizou o instituto do precatório, ressaltando a importância de seu cumprimento, ao prever no art. 100, § 6º, o crime de responsabilidade do Presidente do Tribunal que retarde ou tente frustrar a liquidação regular do precatório, sendo, portanto, clara a preocupação em garantir a coisa julgada e o direito subjetivo do contribuinte de recebimento deste crédito.

Além de todas as ponderações já feitas, a nova condição imposta ao recebimento de valores referentes a precatório contraria o preceituado na Constituição Federal pátria, especialmente em seu art. 100. Senão, vejamos.

O disposto no referido artigo constitucional descreve de maneira minuciosa o processamento dos pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença

judiciária. À sua leitura, e de seus respectivos parágrafos, percebe-se que o constituinte optou por regular diretamente todos os requisitos para o trâmite do precatório.

Especificamente no § 1º do citado artigo, constata-se a obrigatoriedade de inclusão, no orçamento das entidades de direito público, da verba necessária para o pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado e constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, devendo-se o pagamento ser feito até o final do exercício seguinte, quando os valores serão atualizados monetariamente. Percebe-se, assim, que não há qualquer autorização para a restrição do direito do contribuinte de receber seu crédito já anteriormente discutido, comprovado e objeto de uma decisão transitada em julgado.

Desta forma, o art. 19 da Lei nº 11.033/04 afronta o art. 100 da Constituição Federal/88, ao criar novas condições para o recebimento de valores a título de precatório judicial pelas pessoas físicas e jurídicas credoras da Fazenda Pública.

Nesse sentido, recentemente, esta e. Corte, em sessão plenária ocorrida no dia 15 do mês em curso, acolheu o incidente de inconstitucionalidade suscitado nos autos do MSPL 91.364-CE acerca do dispositivo legal supracitado, *in verbis*:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE JUNTO À FAZENDA PÚBLICA. PRECATÓRIO. ART. 19 DA LEI Nº 11.033/2004. APLICAÇÃO.

- Esta e. Corte, em sua composição plenária, acolheu o incidente de inconstitucionalidade suscitado nestes autos, restando assentado que o comando do art. 19 da Lei nº 11.033/2004 não se harmoniza com a Carta Política de 1988, pelos fundamentos ali expostos.

- Ato legal imputado coator que resta, diante deste fato, destituído de fundamento legal válido.

- Segurança concedida.”

(MSPL nº 91.364/CE; Rel. Des. Federal César Carvalho –convocado; Pleno; Julg. 15/03/2006).

Com essas considerações, julgo procedente o pedido formulado na inicial, suspendendo o bloqueio do pagamento do Precatório nº 49.080, determinando a liberação da parcela devida.

Sem honorários (Súmulas 512 do STF e 105 do STJ).

Custas, na forma da lei.

É como voto.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 836-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Recorrentes: JOSÉ BARBOSA DOS SANTOS E JOÃO CAMPOS DA SILVA
Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Assistida: MARIA JOSÉ DO AMARAL
Adv./Proc.: DR. MICHAEL MARY NOLAN (RECTES.)

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ARTIGO 121, § 2º, I E IV, DO CP. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ARTIGO 109, XI, DA CF. MATERIALIDADE COMPROVADA. FORTES INDÍCIOS DA AUTORIA DELITIVA. LEGALIDADE DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ARTIGO 381 E 408 DO CPP. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO. NÃO CONFIGURADO EXCESSO DE LINGUAGEM. INOCORRÊNCIA DE VÍCIOS PROCESSUAIS. - Competência da Justiça Federal (artigo 109, inciso IX, da Constituição Federal) para processar e julgar o presente feito, cuja prática do crime de homicídio imputado aos recorrentes, ao menos em tese, teria por motivação disputa por interesses indígenas, identificados com dissidência e animosidade existentes entre caciques, como a retomada, liderada pela vítima e índios de seu grupo, de terras desapropriadas e, igualmente, por acusações de desvio de recursos fe-

derais para projetos que beneficiariam o povo da comunidade Xukuru, localizada no Município de Pesqueira, em Pernambuco.

- Impera no processo penal o princípio de não ser decretada a nulidade do ato que, sem influir na apuração da verdade substancial, não causar qualquer prejuízo para a acusação ou para a defesa, na precisa dicção do artigo 563 do Código de Processo Penal.

- A sentença de pronúncia, subordinada à estrita observância da regra normativa do artigo 381 do Código de Processo Penal, não padece de quaisquer dos vícios referidos nas razões do recurso, em prefacial ou no mérito, não havendo questão alguma a se reparar, porquanto não configurado excesso de linguagem, cerceamento de defesa por ausência de documento essencial e impossibilidade de apresentar provas documentais durante o inquérito policial.

- O magistrado de primeiro grau limitou-se a expor os motivos de seu livre convencimento, a partir das provas da materialidade coligidas e diante das evidências da autoria delitiva, sem comprometer o limite da admissibilidade da acusação.

- Preliminares rejeitadas. Recurso em sentido estrito não provido.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, rejeitar as preliminares e, no mérito, por unanimidade, negar provimento ao recurso em sentido estrito 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, 9 de março de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Cuida-se de recurso em sentido estrito que interpõem José Barbosa dos Santos e João Campos da Silva contra a sentença de folhas 1.125/1.153, da lavra de MM. Juiz da 16ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, Dr. César Arthur Cavalcanti de Carvalho, que recebeu a denúncia e julgou procedente o pedido para pronunciar os recorrentes, cuja conduta criminosa a eles imputada encontra-se tipificada nos artigos 121, § 2º, I e IV (homicídio qualificado por motivo torpe e pelo emprego de emboscada), c/c os artigos 29 e 61, II, *h*, do Código Penal, e, quanto ao primeiro recorrente ainda, artigo 62, I, do referido diploma legal.

Narra a denúncia que, em 21 de agosto de 2001, dois dias antes da ocorrência do delito, havia sido marcada uma reunião entre administradores da FUNAI e os índios Xukurus, encontro que se realizaria em Recife, e que, no entanto, foi transferida para a Aldeia São José, em reserva de referido povo indígena. Sucede que, no dia 23/08/2001, por volta das 10:30 h., enquanto se dirigia para aquela reunião, em companhia do índio Djalma Pereira dos Santos, nas imediações da Aldeia Goiabeiras, foi mortalmente ferida em uma emboscada a vítima Francisco de Assis Santana, conhecido por “Chico Quelé”, líder indígena da tribo Xukuru.

A acusação aponta como mandante o denunciado José Barbosa dos Santos, vulgo “Zé de Santa”, e como executor material do homicídio o também denunciado João Campos da Silva, também conhecido por “Dandão”.

Porquanto necessário, transcrevo segmentos do relatório da sentença de pronúncia, em que se apresenta assaz delineada a narrativa dos fatos:

“(…)”

2. Registrou o órgão ministerial que a vítima fora atingida em uma emboscada ocorrida na altura da Aldeia Goiabeiras (Sítio Afetos), no interior da reserva indígena, quando era levada pelo também índio Djalma Pereira dos Santos, vulgo ‘Cirilo’, para uma reu-

nião que se realizaria na Aldeia São José, com os administradores da Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Essa reunião havia sido marcada para ocorrer em Recife/PE, sendo alterado o seu lugar apenas dois dias antes. A emboscada, por sua vez, consistiria, segundo a acusação, em permanecer o executor material do homicídio em uma tocaia, aguardando a passagem da vítima, para então atirar contra sua pessoa.

(...)

4. O motivo do delito, segundo a exordial acusatória, teria sido torpe, pois consistiria em desavenças entre os denunciados e a vítima Chico Quelé, decorrentes (i) da retomada da Fazenda Santa Rita, por ele liderada, o que alegadamente causou descontentamento em Zé de Santa, que pretendia destinar aquelas terras a pessoas suas, e (ii) em face de Chico Quelé propagar que possuía documentos que poderiam incriminar algumas lideranças indígenas, dentre elas ‘Zé de Santa’, referentes a desvios de verbas destinadas aos Xukurus.

5. Acrescentou o *Parquet* que DJALMA teria sido orientado por ‘Zé de Santa’, dois dias antes do crime, a convencer a vítima a seguir, na sua companhia, pelo caminho mais curto que conduzia ao local da reunião, exatamente aquele onde ocorrera a emboscada, devendo sempre permanecer alguns metros atrás dela, em especial quando passasse pela porteira existente exatamente no local do óbito.”

Em suas razões recursais, a defesa dos recorrentes sustenta a ocorrência de ilegalidades na sentença de pronúncia, alegando em sede preliminar: excesso de linguagem, pois o MM. Juiz teria entrado no mérito da demanda, firmando antecipadamente a condenação dos recorrentes e influenciando na análise do caso pelo júri; cerceamento de defesa, pois o processo foi suspenso em relação ao acusado José Barbosa dos Santos, e ainda assim o advogado do mesmo participou dos interrogatórios e da instrução criminal, fazendo, inclusive, perguntas que seriam prejudiciais à defesa do acusado João Campos da Silva; ausência de documen-

to essencial, pois o auto de acareação entre o indígena Djalma e o acusado João Campos não teria vindo aos autos, de tal sorte não podendo a defesa contradizê-lo por falta de conhecimento do seu conteúdo; e impossibilidade de apresentar provas documentais na fase policial, posto que não foram juntados aos autos os depoimentos prestados por alguns índios Xukurus, relatando as ameaças de fazendeiros e posseiros na aldeia e, ainda, explicando o assassinato do índio Chico Quelé à 6ª Câmara do Ministério Público Federal na Procuradoria Geral da República, em Brasília.

No mérito, opõe-se a defesa contra a sentença de pronúncia ao argumento de restar configurada violação ao princípio de inocência, pois o Juiz teria demonstrado incerteza quanto à autoria dos delitos, e bem assim demonstrada a ausência de motivação do crime.

Aduz, na mesma linha de irresignação, que a motivação do crime apontada seriam os possíveis desvios de recursos de verbas, então destinada à tribo Xukuru; ainda, que o procedimento administrativo nº 1.26.000.000877/2001, instaurado perante a Procuradoria da República em Pernambuco com o objetivo de apurar o suposto desvio de tais verbas, foi arquivado porque nada foi demonstrado.

Pugnam pela nulidade da sentença de pronúncia e a instauração de novo procedimento investigatório.

Contra-razões apresentadas pelo representante ministerial, para ser mantida a sentença de pronúncia hostilizada.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se, com opinativo que subscreveu a lavra da Dra. Regina Coeli Campos de Meneses, pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Os recorrentes foram denunciados como incurso nas sanções preconizadas nos artigos 121, § 2º, I e IV, c/c os artigos 29 e 61, II, *h*, do Código Penal.

Sustenta-se o recurso em que teria o Juiz incorrido no uso excessivo de linguagem, alegando-se, ainda, cerceamento de defesa, ausência de documento essencial e impossibilidade de apresentar provas documentais durante o inquérito policial. No mérito, opõe-se a defesa contra a sentença de pronúncia ao argumento de restar configurada violação ao princípio de inocência.

Pelas razões que passo a considerar, tenho firme o entendimento de que não prospera a pretensão deste recurso.

Inicialmente, incumbe reconhecer a competência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito, a teor do artigo 109, inciso IX, da Constituição Federal, pois, a meu sentir, restou subsistente a existência de direito indígena.

A questão de competência, conquanto não tenha sido suscitada pelas partes, bem a distinguiu o magistrado de primeiro grau, considerando da motivação para a prática do crime de homicídio, cujos fatos envolveriam disputa por direitos indígenas. Por primeiro, a retomada, liderada pela vítima e índios de seu grupo, de terras desapropriadas (Fazenda Santa Rita), e, por segundo, as acusações contra o acusado, vice-cacique “Zé de Santa”, por desvio de recursos federais para projetos que beneficiariam o povo Xukuru.

Revela-se, dessarte, que o crime praticado teve como pano de fundo a dissidência existente na comunidade indígena, donde se originou a animosidade entre os seus caciques.

A propósito, colho do *decisum* os seguintes trechos, de onde se inferem:

“(…)

32. No caso em tela, observa-se que a motivação apresentada para a prática do homicídio em questão refere-se exatamente à disputa por direitos indígenas. Com efeito, alega a exordial acusatória, como narrado acima, que o mandante do crime, Zé de Santa, tinha desavenças com a vítima Chico Quelé, em razão principalmente de dois fatos.

33. O primeiro desses fatos consistia em que Chico Quelé costumava falar em alto e bom som para quem quisesse ouvir que tinha conhecimento de

desvios de verbas estarem ocorrendo em relação aos projetos que beneficiariam o povo Xukuru, sendo responsável por esses desmandos o grupo ligado ao Cacique. Nesse grupo, um dos integrantes de maior expressão é exatamente o vice-Cacique Zé de Santa. Narrou, ainda, a denúncia, que a vítima alardeou possuir documentos que comprovavam os desvios e a responsabilidade dos envolvidos.

34. Essa divulgação, como se observa pela leitura de vários depoimentos constantes da denúncia, ocorreu exatamente dias antes da morte de Chico Quelé, quando um grupo de indígenas Xukurus estavam sendo transportados entre Recife e Pesqueira logo após uma reunião com administradores da FUNAI, quando se discutiram direitos dos índios, criando-se um clima tenso entre o grupo de Zé de Santa e o de Chico Quelé, que eram adversários. Registram aqueles depoimentos, inclusive, que chegou a ocorrer discussão entre Chico Quelé e um dos integrantes do grupo de Zé de Santa e que este último chegou a 'puxar um toré' no próprio ônibus, que rimava da seguinte forma: 'a língua que fala muito o corpo é que vai' (fls. 465).

35. Esse toré foi entendido como uma ameaça a Chico Quelé pelos integrantes do seu grupo.

36. O segundo fato apontado como motivação do crime consiste em que Chico Quelé havia liderado a retomada das terras da Fazenda Santa Rita, favorecendo pessoas suas, inclusive um filho, com as casas daquelas terras, o que teria chateado o grupo do Cacique, dentre eles especialmente o vice-Cacique Zé de Santa, que desejava que parte daquelas terras fosse destinada a sua filha.

37. Vários depoimentos colhidos durante as investigações policiais e a instrução criminal confirmam essas desavenças entre o acusado Zé de Santa e a vítima Chico Quelé, especialmente motivadas por aqueles dois fatos acima trazidos à colação.

38. Ainda que outros depoimentos colacionados aos

autos as desmintam, não se pode desconsiderar aqueles, devendo-se ponderar a possibilidade de essas desavenças realmente terem existido e justificado o homicídio da vítima Chico Quelé.
(...).”

A meu ver, apresenta-se evidente o interesse da União e, mesmo, da própria Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

Com estas breves considerações sobre os fatos, passo à análise das razões do recurso.

Ao contrário da tese sufragada pela defesa, verifico que sólidos fundamentos embasam a sentença guerreada, na estrita observância da legalidade, pois atendidos os requisitos que a subordinam à regra normativa do artigo 381 do Código de Processo Penal.

Em nosso ordenamento jurídico prevalece o princípio do livre convencimento, de que é o juiz livre quanto aos elementos que motivam o seu convencimento. Inegável, pois, encontrar-se o juiz sujeito ao dever de motivar os seus atos.

A sentença de pronúncia atende ao princípio consagrado no artigo 93, IX, da Constituição Federal, que impõe a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais como elemento essencial de sua validade.

No caso, a pronúncia não padece de quaisquer dos vícios processuais e legais referidos nas razões do recurso, em prefacial ou no mérito, não havendo questão alguma a se reparar. Não há ilegalidade nos fundamentos da pronúncia dos recorrentes, porquanto, na sentença, o Juiz expôs os seus próprios motivos para pronunciar os acusados, fazendo-o sem comprometer o limite da admissibilidade da acusação, como determina o artigo 408 do Código de Processo Penal:

“Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciará-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.”

Ora, convencido da materialidade e dos indícios da autoria

delitivas, o magistrado recebeu a denúncia e pronunciou os acusados, sem qualquer excesso de linguagem nos termos da sentença, de onde não se infere certeza alguma quanto à autoria do homicídio.

Há, sim, uma manifesta análise, precisa e detalhada, ponto a ponto, dos elementos da livre convicção do juiz.

“(…)

42. De outro lado, no que concerne à preliminar suscitada pela defesa do acusado João Campos da Silva (‘Dandão’), de nulidade da tramitação processual por cerceamento de defesa, passo a apreciá-la, para demonstrar que não merece acolhimento.

43. Argumenta a defesa que durante os depoimentos colhidos na instrução processual, quando o feito encontrava-se suspenso em relação ao co-réu ‘Zé de Santa’, ao advogado representante deste foi possibilitado intervir nos atos processuais, inclusive reperguntando as testemunhas, o que, segundo sustenta, teria sido prejudicial a ‘Dandão’. Além disso, aduz que documento essencial, referenciado, inclusive, para justificar a decretação da prisão preventiva de ‘Dandão’, não constava dos autos: o auto de acareação entre ele e Djalma. Por fim, alega que não foram juntados oportunamente pela autoridade policial os depoimentos prestados junto à 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, tampouco foram investigadas versões deles constantes, que eram favoráveis ao réu.

44. O sustentado cerceamento de defesa não procede. Com efeito, o fato de o advogado do co-réu ‘Zé de Santa’ haver reperguntando testemunhas nas audiências, que ocorreram enquanto o processo estava suspenso em relação a sua pessoa, não acarreta, por si só, qualquer cerceamento de defesa. Ao contrário, tratou-se de medida de cautela de Juízo, no que tange à ampla defesa que deveria ser também assegurada ao co-acusado ‘Zé de Santa’. Registre-se que a defesa de ‘Dandão’ sequer justificou

qual o pretense prejuízo sofrido, decorrente dessas ocorrências.

45. Dessa forma, mesmo que se admitisse, a princípio, a ocorrência de qualquer nulidade, não poderia ser declarada porque não comprovado o prejuízo dela decorrente e, como se isso não bastasse, acaso houvesse alguma parte de suscitar nulidade no caso, haveria de ser aquela adversária da parte pretensamente beneficiada, qual seja, o órgão ministerial, o que, contudo, não foi feito. Por conseguinte, nos termos do art. 565, parte final do Código de Processo Penal, não deve ser acolhida, por esse aspecto, a pretensa nulidade por cerceamento de defesa deduzida pelo réu 'Dandão'.

46. Por outro lado, no que concerne à ausência neste processo do auto de acareação entre 'Dandão' e Djalma, é razoável admitir-se que essa acareação não foi formalizada, como mencionada pelo *Parquet* em suas razões finais, mas sim consistiu em medida de investigação da autoridade policial que, ciente da versão dos fatos trazida ao seu conhecimento pelo acusado 'Dandão', passou a decliná-la a Djalma para saber se ele a confirmava ou refutava, ou ainda se mantinha aquela que até então vinha sustentado. Não se vislumbra, pois, qualquer nulidade ou cerceamento de defesa decorrente da não formalização dessa acareação.

47. Por fim, no que tange à alegação de defesa de 'Dandão' de que a não consideração pela autoridade policial, em suas investigações, dos depoimentos colhidos junto à 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, comprometeu a sua ampla defesa, mais uma vez não foi indicada com precisão qual o prejuízo decorrente dessa suposta falha do Delegado encarregado do caso. Não se pode, pois, reconhecer nulidade que não tenha gerado comprovado prejuízo.

48. Ratifique-se, nesse diapasão, que a maior parte dos aludidos depoimentos referem-se a fatos rela-

cionados à morte do ex-Cacique Chicão e não à de Chico Quelé, além do que muitas das informações prestadas naqueles depoimentos relativas ao óbito deste foram reiteradas por testemunhas ouvidas em Juízo, mormente quanto ao que consideram como motivação do crime. É que naqueles depoimentos e nos prestados por testemunhas de defesa deste processo criminal busca-se atribuir a autoria dos delitos a fazendeiros da região.

49. Em face das considerações retro, rejeito o alegado cerceamento de defesa que teria, em tese, sofrido o réu 'Dandão' durante as investigações policiais e a instrução criminal deste feito.

50. Superadas as preliminares que precisariam ser enfrentadas, passo à análise do *meritum causae*.

(...)

A) DA MATERIALIDADE DELITIVA

54. No presente caso, a perícia tanatoscópica de fls. 97 e verso do vol. 01, à qual se referem as fotografias cadavéricas de fls. 236/238 do mesmo volume, comprovam irrefutavelmente a ocorrência da morte da vítima Francisco de Assis Santana, conhecido como Chico Quelé. Segundo se depreende da leitura do laudo pericial, a morte foi provocada por instrumento perfuro-contundente (carga de chumbo), que causou choque decorrente de ferimento penetrante na cabeça e no tronco.

55. Observe-se que, na realização da autópsia, foram observadas todas as exigências previstas no Diploma Processual Penal (arts. 159, 160, 161, 162 e 164), na medida em que o laudo foi assinado por dois peritos oficiais, foi fotografado o cadáver e foram respondidos a contento todos os quesitos formulados.

56. Cumpre registrar, ainda, o resultado do laudo de exame em elementos de munição, de fls. 225/230 do vol. I, que comprova que os projéteis de chumbo encontrados no corpo da vítima são capazes de provocar lesões em profundidade (perfuro-contundentes) e são utilizados em cartucho, geralmente em

espingardas calibre 12, que expelle cargas e projéteis múltiplos.

57. Por fim, o laudo de exame de reconstituição de fls. 200/224 do vol. I registra exatamente a dinâmica provável do crime, de onde partiram os tiros, a localização da vítima no momento do disparo e a do executor material, bem como por onde este empreendeu fuga.

58. Está provada, pois, a ocorrência do delito contra a vida do indígena Francisco de Assis Santana, conhecido como Chico Quelé, atestada ainda pela certidão de óbito de fls. 240 do 1º volume.

59. Provada a ocorrência do delito imputado aos réus na denúncia, passo a apreciar se existem ao menos indícios de terem sido eles os autores do crime.

B) DOS INDÍCIOS DA AUTORIA DELITIVA

60. Inicialmente, cumpre registrar que foram produzidas no caso provas testemunhais que ora asseveram qualidades negativas dos réus, então indicados como pessoas temidas na região por sua crueldade e que mantinham sérias desavenças com a vítima, ora os indicam como pessoas calmas e que estabeleciam ótima relação com Chico Quelé.

61. Além disso, algumas testemunhas atribuem genericamente a autoria do homicídio a fazendeiros da região, outras às desavenças criadas entre a vítima e os acusados, decorrentes de atitudes daquela como haver liderado a retomada da Fazenda Santa Rita e estar disposta a denunciar, inclusive com provas documentais, desmandos relacionados a projetos que beneficiariam o povo Xukuru e teriam sido, em tese, desviados em favor do grupo de Zé de Santa.”

Reconheceu Sua Excelência que se faziam demonstrados indícios da autoria delitiva, suficientes a conduzir os recorrentes a julgamento pelo corpo de jurados.

Apontou como o primeiro desses indícios de autoria depoimentos prestados por Djalma Pereira dos Santos, testemunha ocular

do delito praticado, “que nele foi envolvido, até onde se apurou, de forma inconsciente”. Destacou o fato dessa testemunha, em depoimentos anteriores, haver apresentado versões diferentes para o caso, sob a justificativa de que, inicialmente, temia declinar a verdade dos fatos, receava por sua vida, por represálias da parte dos recorrentes; inclusive, somente após ser incluída no programa de proteção do governo federal é que passou a colaborar com a Justiça.

À vista de declarações prestadas nos autos, o magistrado reconheceu de desavenças entre a vítima e o grupo do cacique Marcos, do qual fazia parte o recorrente “Zé de Santa”.

Não procede, pois, a alegação de cerceamento de defesa, principalmente quando se verifica que os próprios recorrentes não logram demonstrar os alegados prejuízos em face da participação do advogado de José Barbosa dos Santos, “Zé de Santa”.

Impera no processo penal o princípio de não ser decretada a nulidade do ato que, sem influir na apuração da verdade substancial, não causar qualquer prejuízo para a acusação ou para a defesa. Ato algum deve ser anulado se não traz prejuízo à parte. Princípio que coincide com a regra *pas de nullité sans grief*, de consonância prescrita no artigo 563 do Código de Processo Penal.

“Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para defesa.”

Dadas as circunstâncias próprias do caso, tenho que os argumentos do recurso não motivam o reconhecimento da nulidade argüida.

Por oportuno, acolho o opinativo da ilustre Procuradora Regional da República, favorável à manutenção do *decisum* recorrido.

Reproduzo trechos de seu parecer, cujas razões adoto a fundamentar o meu voto.

“Era imprescindível que MM. Juiz declinasse, de forma fundamentada, as razões pela pronúncia dos réus, sob pena, aí sim, de nulidade em face da violação do princípio de motivação das decisões judiciais.

Nulidade de sentença por cerceamento de defesa. Aduz a Defesa que o processo foi suspenso em relação à José Barbosa dos Santos tendo o seu advogado, no entanto, participado do interrogatório e depoimentos, inclusive fazendo perguntas que acabaram prejudicando o outro Réu, João Campos da Silva.

Verifica-se a ausência de qualquer prejuízo em relação à defesa de João Campos da Silva, não restando demonstrado no presente recurso, quais os prejuízos acarretados ao mesmo.

Em nenhum momento conseguiu o recorrente elencar os prejuízos advindos da participação do advogado de José Barbosa dos Santos na instrução processual, apenas alegando, de forma diluída, sem fundamentação, o suposto prejuízo causado à Defesa.

Vigora no Direito Processual Penal pátrio, o princípio de que nenhum ato será anulado acaso não traga prejuízo a parte (art. 563, CPP). Dessa forma, uma vez que não demonstrado o prejuízo causado, não há que se cogitar de qualquer nulidade nesse sentido.

(...)

Nulidade de sentença por ausência de documento essencial.

O auto de acareação entre Djalma e João Campos da Silva realmente não foi juntado aos autos. No entanto, constata-se que o mesmo não foi realizado de forma formal, tendo sido elaborado no Ministério Público Federal, Procuradoria da República no Estado de Pernambuco por ocasião da tomada de alguns depoimentos naquele órgão.

É válido, ainda ressaltar que o advogado da parte encontrava-se presente nessa acareação promovida no Ministério Público Federal tendo o mesmo inclusive, assinado o referido auto de acareação, conhecendo, portanto, o seu conteúdo (fls. 307/309). Ademais, verifica-se que não foi o auto de acarea-

ção peça fundamental no desenvolvimento do presente processo, tendo o MM. Juiz, em sua sentença de pronúncia, se baseado em outros elementos de prova, como ouvida de testemunhas e laudo realizado pela perícia tanatoscópica.

Mais uma vez não se vislumbra qualquer prejuízo ocasionado à defesa dos recorrentes, não existindo razão para nulidade da sentença.

Nulidade de sentença por impossibilidade de apresentar provas na fase policial.

O fato dos depoimentos prestados à 6ª Câmara do Ministério Público Federal – Procuradoria Geral da República e que não foram juntados aos autos, também não acarreta qualquer nulidade à sentença de pronúncia.

É cediço na doutrina e na jurisprudência pátria que a nulidade ocorrida na fase do inquérito policial não contamina a ação penal, posteriormente intentada. Dessa forma, encontra-se descaracterizada qualquer nulidade consistente na ausência de juntada de documento na fase do inquérito policial.

(...)

Compulsando os autos, constata-se a presença de indícios suficientes de autoria e materialidade do delito, fatos que restaram bem embasados na sentença de pronúncia. No tocante à materialidade, existe o laudo da perícia tanatoscópica à fl. 97, juntamente com as fotos às fls. 236/238 e, em relação à autoria o depoimento de diversas testemunhas apontam indícios suficientes direcionados aos dois Réus, José Barbosa dos Santos e João Campos da Silva. No tocante à ausência de motivação, uma vez que o Procedimento Administrativo 1.26.000.000877/2001-39, instaurado na Procuradoria da República em Pernambuco, foi arquivado ante a ausência de qualquer desvio ocorrido nos recursos repassados aos índios Xukurus, não merece prosperar.

Depreende-se dos autos que esta não seria a única

motivação do crime, existindo brigas entre os vários grupos e, inclusive disputas em relação às terras desapropriadas. Logo, nesse juízo de admissibilidade, não se pode formar juízos de valor acerca de fatos isolados, como quer demonstrar a Defesa. A prova da ausência de motivação tem que ser feita na instrução processual, e não na fase da pronúncia.”

Ante o exposto, e considerando que, reconhecidamente, nenhuma ilegalidade se verifica na sentença de pronúncia, rejeito as preliminares e, no mérito, nego provimento ao recurso em sentido estrito.

É como voto.

REPRESENTAÇÃO Nº 62-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Repte.: LIBRA AGÊNCIA DE VIAGENS E CÂMBIO LTDA.
Repdo.: BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN
Advs./Procs: DRS. JOSÉ CÂNDIDO LUSTOSA BITTENCOURT
DE ALBUQUERQUE E OUTROS (REPTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINSITRATIVO. REPRESENTAÇÃO PARA ASSEGURAR AUTORIDADE DE ACÓRDÃO PROLATADO PELO PLENÁRIO DESTES TRIBUNAL NO INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 30.571/CE (2000.05.00.028951-8/01) E NO ACÓRDÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 54.034-CE. INADMISSIBILIDADE. VOTO VISTA. ACRÉSCIMO. - A representação pode ser entendida, com base em precedente jurisprudencial firmado em respeito à Reclamação (ADJ 2212/CE) como exercício do direito de petição que, no entanto, exige, para ser admitida, que se aponte a decisão do

Tribunal respeitante ao reclamante, que deixou de ser obedecida. Hipótese não presente no caso.

- Não se caracteriza descumprimento à decisão deste Tribunal o descredenciamento do mercado de câmbio e taxas flutuantes por alega afronta a decisão tomada pelo Plenário no incidente de uniformização de jurisprudência em Agravo de instrumento nº 30.571/CE (2000.05.00.028951-8/01), ainda que se refira que, também no caso presente, não se obedeceu ao devido processo legal como ali reconhecido, por haver-se operado em processo sumário, tendo em vista que aquela decisão se aplica tão-somente inter partes, não tendo sido dirigida a outras situações estranhas ao julgamento.

- Contra-argumentos do parecer do ministério público apresentado através de petição atravessada nos autos, à alegação da incidência do princípio da cooperação processual, existente no CPC português, sem a extensão que se procurou dar à espécie, que se examina, minudentemente, em suprema homenagem ao direito de postular, para rejeitá-los.

- Representação, cuja apreciação se admitiu em tese, mas que não se dirige à eficácia objetiva e subjetiva do provimento jurisdicional desta Corte, não merece ser conhecida à míngua de causa de pedir.

- Voto vista solicitado para esclarecer dúvidas lançadas por ocasião do voto de Desembargador Federal, lançado em sessão do Pleno, em que se fornecem as informações faltantes e se acrescenta o reconhecimento do direito de a representante recorrer à via própria para discutir a incorreção do novo descredenciamento da empresa Libra Agência de Viagens e Câmbio Ltda., pela alegada não obediência ao devido processo legal.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, não admitir a reclamação, nos termos do Relatório, Voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 22 de março de 2006 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de Representação apresentada por Libra Agência de Viagens e Câmbio Ltda., com fulcro no art. 5º, V, do Regimento Interno deste Tribunal Regional, contra o Banco Central do Brasil – BACEN.

A representante se insurge contra ato administrativo do BACEN – do qual fora notificada em 11/11/2005, consistente no descredenciamento da representante para atuação no mercado de câmbio e taxas flutuantes, acompanhado de ordem para que procedesse à imediata venda do saldo de moeda estrangeira em poder da empresa a instituição financeira autorizada a realizar operações de câmbio.

Alega que o ato administrativo de descredenciamento afronta o acórdão cuja cópia encontra-se às fls. 19-23, prolatado pela Primeira Turma deste Regional no Agravo de Instrumento nº 54.034/CE, em voto de minha lavra.

Em suas razões, a representante parece indicar também violação do *decisum* prolatado por este e. Tribunal Pleno (fls. 24-26) no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência em Agravo de Instrumento (turma) Nº 30.571/CE, relatado pelo Exmo. Des. Federal Convocado Edílson Nobre. Observe-se que tal incidente surgiu no Processo nº 2000.05.00.028951-8/01, em que figurava como parte outra pessoa atuante no mercado de câmbio, que não a ora representante.

No acórdão proferido no incidente de uniformização supracitado, esta Corte firmou o entendimento de que antes de encerrado processo administrativo em que se assegure a ampla defesa, não se admite o descredenciamento de empresa regularmente autorizada para operação de câmbio, dando, assim, guarida ao entendimento então esposado pela douta 1ª Turma.

Na esteira do *decisum* acima comentado, argúi a representante que o descredenciamento ora vergastado deu-se à mingua do devido processo legal, já que, consoante seu relato de fl. 05, fora ela vítima de “descredenciamento sumário, sem que tenha sido-lhe (*sic*) dada a oportunidade para o exercício da ampla defesa”.

Ressalto que a pessoa jurídica representante fora objeto de anterior ato de descredenciamento realizado pelo BACEN em 20/07/2000. Contra referido ato, ingressou com a Ação Cautelar nº 2000.81.00.14440-6, da qual obteve decisão liminar de fls. 28/30 suspendendo o descredenciamento até o julgamento do *meritum causae*.

Sobreveio a sentença de mérito (fls. 109-111), prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, que julgou improcedente o pedido cautelar e cassou os efeitos da liminar obtida. Interposta apelação, a mesma foi recebida apenas no efeito devolutivo.

A representante interpôs agravo de instrumento para conferir efeito suspensivo à apelação. Foi concedido, liminarmente, efeito suspensivo ao agravo, por força da decisão reproduzida às fls. 34-35, via de que foi restabelecido o credenciamento da empresa reclamante. Julgado o mérito do agravo, lavrou-se o acórdão de fls. 19/23 (o qual a representante reputa violado pelo novel descredenciamento) por força do qual manteve-se suspenso o ato de descredenciamento até solução final da apelação aviada.

Informações apresentadas pelo representado, no sentido de julgar-se improcedente a presente reclamação, visto que não há se falar “*em descumprimento de ordem judicial, tendo em vista que a reclamante foi descredenciada para operar no MCTF em virtude de **fato novo**, com instauração de Processo Administrati-*

vo (PT0201162968), tendo havido, inclusive, recurso voluntário (sic) da empresa ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional – CRSFN que negou provimento ao recurso interposto (fl. 95 do Processo Administrativo 0201162968). Ademais, o acórdão proferido nos autos do agravo de instrumento mencionado, não afasta o Poder de Polícia exercido pelo Banco Central do Brasil no exercício de suas atribuições legais”.

Aplicando subsidiariamente o Regimento Interno do STF (RIS-TF), por força do art. 354 do Regimento Interno desta Corte, determinei a remessa dos autos à douta Procuradoria Regional para emissão do respectivo parecer, vindo aos autos o pronunciamento de fls. 215-224, onde se levanta a preliminar de inadequação da via processual eleita para a tutela do direito alegado pela representante, pelo que não se deve conhecer da mesma e, no mérito, por entender-se evidente que a representante não foi descredenciada sumariamente, mas antes foi beneficiária da ampla defesa na esfera administrativa, opina pela improcedência da presente apresentação.

Com vistas dos autos, a empresa reclamante atravessou a petição de fl. 226-234, em que, à invocação do princípio da cooperação e sob a alegação de que o referido parecer não poderia deixar de ser submetido ao crivo do contraditório, terminou por impugnar as razões ali apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Inicialmente, importa fazer referência a duas questões, por oferecem situações novas, tanto que, em minha curta experiência neste Tribunal, é a primeira vez que as enfrento, não tendo sido encontrado – na cuidadosa pesquisa que realizei - nenhum precedente em que pudesse me socorrer: o fato mesmo de dirigir-se representação a esta Corte, o que implica saber-se se ela deve ser ou não admitida e o atravessamento da petição de folhas 226-234, em que, à invocação do princípio da cooperação processual, se impugna os argumentos apresentados no douto parecer do Mi-

nistério Público Federal, em atendimento à determinação que se lhe fizera por força da aplicação analógica do art. 160 do Regimento Interno do STF (RISTF).

Penso, pois, que se deva, inicialmente, apreciar a preliminar da admissibilidade ou não, em tese, da representação perante este Tribunal.

VOTO PRELIMINAR

O douto Procurador Regional sustenta, às fls. 217, que não se deve conhecer da presente representação e se acaso superada a preliminar, não se a deve admitir.

Trata-se de matéria nova em razão do que consultei o eminente colega Des. Federal Marcelo Navarro Ribeiro Dantas com livro editado a respeito de semelhante assunto posto em debate, mais precisamente a reclamação, o qual me comunicou que em seu pensamento inicial a reclamação somente seria cabível perante o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, entendimento que se confirma pela ementa da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990: “Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal”.

Realmente, na obra “Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro”, correspondente à tese denominada “Reclamação Constitucional”, com que obteve, brilhantemente, o grau de doutor perante banca da pontifícia Universidade Católica de São Paulo, o eminente Desembargador assentou, em respeito à pretensa competência das cortes Regionais para processar e julgar reclamações:

“Então, se não houve previsão constitucional – sequer transitória – dessa medida (reclamação, observe) junto às cortes Regionais Federais, nem autorizadora de lei que o fizesse, sequer existindo norma legal que, mesmo carente de permissão constitucional, a tenha instituído em tal âmbito, pode-se dizer que não é dado aos TRFs competência para a espécie”.

(Cf. “Reclamação Constitucional no direito Brasileiro”, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto alegre, 2000, p. 276).

Penso, no entanto, que quando este Tribunal incluiu no seu Regimento Interno, artigo 5º, inc. V, como competência do Plenário julgar as representações para garantia de suas decisões, na forma da lei, incorporou essa competência como se dessume de uma interpretação mais extensiva e sistemática, de que é cabível representação para preservar decisões de outros órgãos deste Tribunal, que, no art. 354, parágrafo único, estabelece que os Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça são fontes subsidiárias do Regimento Interno desta Corte.

Além do mais, entendimento recente do colendo Supremo Tribunal Federal, a cuja fonte tive acesso por nímia gentileza do mesmo Des. Fed. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, passou a considerar a reclamação, o que me parece instituto semelhante a presente representação, como exercício de direito de petição, amparado pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIV. Não obstante o r. aresto fazer menção pela sua aplicação ao Estado-membro, não antevejo óbice para sua aplicação a esta Corte.

É ler:

“ADI 2212/CE. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Julgamento: 02/10/2003. Tribunal Pleno. Publicação: *DJ* 14/11/2003. P. 00011. Decisão: Por maioria. Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 108, inciso VII, alínea *i*, da Constituição do Estado do Ceará e art. 21, inciso VI, letra *j* do Regimento do Tribunal de Justiça local. Previsão, no âmbito estadual, do instituto da reclamação. Instituto de natureza processual constitucional, situado no âmbito do direito de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea *a* da Constituição Federal. Inexistência de ofensa ao art. 22, inciso I, da Carta.

1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente pro-

cessual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em conseqüência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF).

2. A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconveniente quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local.

3. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais.

4. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente”. (Dei ressaltos).

Além disso, destaco excerto do voto da eminente Relatora:

“Como ensina Ada Pellegrini Grinover no mencionado artigo, a natureza jurídica da reclamação está mais próxima do direito de petição, constitucionalmente assegurado ao cidadão e à cidadã, do que ao direito de ação ou ao direito de recorrer que tem a parte no bojo de uma relação processual. O objetivo desse instrumento é o de proporcionar à parte ou ao terceiro interessado um meio hábil de, nas palavras de Ada Pellegrini: *‘postular perante o próprio órgão que proferiu uma decisão o seu exato e integral cumprimento’*. Evita-se, por essa via, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, decorrente, por exemplo, de uma interpretação que extravase os seus limites, o caminho tortuoso e demora-

do dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva, transitada em julgado.”

Voto, pois, por considerar superada essa preliminar e reconhecer ao reclamante o direito de reclamar, em tese, perante esta Corte.

VOTO MÉRITO

No mérito, entendo que muito embora possa se aceitar reclamação na forma anteriormente sustentada, pelas razões já alegadas, não se pode admitir a presente reclamação pela justificativa de ofensa a julgamento proferido pelo Plenário, segundo os judiciosos fundamentos apresentados no parecer do douto Procurador Regional, fls. 218/219, que passo a transcrever:

“Com efeito, a representante alega que seu descredenciamento do Mercado de Câmbio e Taxas Flutuantes, ato praticado pelo BACEN em expediente supostamente sumário, implicou afronta à decisão tomada pelo Plenário no Incidente de Uniformização de Jurisprudência em Agravo de Instrumento (turma) nº 30571-CE (Processo nº 2000.05.00.028951-8/01).

Razão, entretanto, não lhe assiste, vez que o supracitado julgamento apenas gerou efeitos inter partes, obrigando o BACEN a restabelecer o credenciamento da agência de câmbio que figurava como agravante no processo em que se suscitou o Incidente, agência esta diversa da que ora postula como representante.

Mesmo que a hipótese ali decidida se assemelhasse ao presente ato de descredenciamento sofrido pela representante em 11/11/2005 – tese esta que iremos profligar adiante -, entender que à representante deve ser dado igual provimento jurisdicional valendo-se da Representação tratada no art. 5º, V, do Regimento Interno desta Corte significaria catastrófico desvirtuamento desse instituto processual.

Para que seja cabível a Reclamação ou a Repre-

sentação, não é bastante que a decisão judicial ou o ato administrativo contrarie a orientação adotada pelo Tribunal em determinado julgamento, é mister que o ato ou a decisão contrarie o núcleo dispositivo e coercitivo do julgado-paradigma. Tal núcleo, em que reside a força coercitiva do julgado, não é constituído de uma tese jurídica aplicável a todos os casos – pois aí a função jurisdicional se confundiria com a legislativa – mas sim por um comando condenatório, declaratório ou constitutivo de relações jurídicas, destinado a sujeitos determinados e eficaz somente em face de fatos também determinados.

Ou seja, é imprescindível para o cabimento da Representação que o ato ou a decisão guerreados estejam abrangidos pela eficácia objetiva e subjetiva do provimento jurisdicional pretensamente violado, o que não ocorre in casu. O julgamento do aludido Incidente de Unificação de Jurisprudência só possui carga de coercitividade perante o BACEN para aquela específica agência – que não é a representante – e em relação àquele específico ato de descredenciamento, abrangido na causa petendi daquela ação”. (Destaquei).

Resta apreciar, ainda, a outra questão apontada no início deste julgamento: mais precisamente a que diz respeito à admissibilidade das alegações levantadas pela empresa reclamante através da petição que atravessara, à invocação do princípio da cooperação processual e da necessidade imperiosa do contraditório.

Observo que tal princípio – considerado mesmo uma “trave mestra do processo civil moderno”, no dizer de José Lebre de Freitas, célebre processualista português, se encontra albergado no CPC daquele país¹, mais precisamente no art. 266º, com a seguinte redação:

¹ - Cf. “Introdução ao Processo Civil (Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto)”, Coimbra Editora, 1996, esse autor esclarece que a progressiva afirmação desse princípio, “... leva freqüentemente a falar numa *comunidade de trabalho (Arbeitsgemeinschaft)* entre as partes e o tribunal para a realização da função processual”, como se lê à p. 153.

“Artigo 266º

Princípio da cooperação

1. Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.
2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto (*sic*) ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.
3. As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no nº 3 do artigo 519º.
4. Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus (*sic*) ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.”

No dizer de Miguel Teixeira de Sousa – outro consagrado processualista português – esse princípio pode ser conceituado como o dever que têm as partes e o tribunal de colaborar entre si na resolução do conflito de interesses subjacente à ação, pondo ênfase na existência, não só do dever de cooperação das partes com o tribunal, quanto no poder-dever deste – do tribunal, como é óbvio – com as partes, em que identifica pelo menos duas formas em que este poder-dever se divide:

“Um destes é o dever de esclarecimento, isto é, o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo (cfr. Art.º 266º, nº 2). Este dever visa evitar que a sua decisão tenha por base a falta de informação e não a verdade apurada.

Um outro dever que decorre para o tribunal do princípio de cooperação é o dever de prevenção, ou seja, o dever de o tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos (cfr. Art/s 508°-A, n° I al. c). 690°, n° 4, e 701°, n° 1; cfr STJ-1/10/1998, BMJ 480, 348; STJ-11/5/1999, BMJ 487, 244). Trata-se de um dever do tribunal perante as partes com uma finalidade assistencial, pelo que não implica qualquer dever recíproco das partes perante o tribunal”².

Ainda que existisse a consagração explícita desse princípio entre nós – e não existe – jamais se poderia atribuir a ele a extensão desejada pela reclamante: a de se impor ao magistrado o dever de apreciar os contra-argumentos apresentados, pois apesar de o nosso CPC estabelecer – implicitamente – um dever de cooperação entre as partes³, ao definir, no art. 14°, os deveres das partes e de seus procuradores, não contém dispositivo semelhante ao Código português, pois não atribui, especificamente, nenhum dever assistencial como o refere o art. 266° do CPC luso. Antes, o nosso CPC confere ao juiz o poder-dever de dirigir o processo, como se lê no *caput* do art. 125 do CPC: “*O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe ...*).

Embora se reconheça que este é um poder-dever e que se o juiz não conduz o processo como um ditador – um führer – tampouco atua como mero espectador, já se concluiu, na melhor doutrina, que o juiz conduz o processo como um diretor, por haver-se reconhecido que:

“O juiz atua no processo como autoridade, vale dizer, como personificação do Estado, como personi-

² - Cf. “introdução ao Processo Civil”, Ed. LEX, 2000, Lisboa, 2ª ed., pp. 57-58.

³ - Nesse sentido, Vicente Greco Filho ao comentar o art. 14° do nosso CPC observou, com precisão: “O Código partiu da idéia de que as partes em conflito, além do interesse material da declaração de seus direitos, *exercem também importante função de colaboração com a justiça no sentido da reta aplicação da ordem jurídica*”. Cf. “Direito Processual Civil Brasileiro”, 1° vol., Ed. Saraiva, São Paulo, 2003, 17ª edição, atualizada, p. 106.

ficação de um dos três Poderes da República, o judiciário, fazendo valer coativamente seus comandados ao longo da relação processual: há sujeição das partes à autoridade judiciária, que, atuando nos limites da lei, *ordena e comanda a marcha dos atos processuais dos demais sujeitos do processo* (dei ressalto)⁴.

Creio, portanto, que a empresa reclamante não poderia atravessar a petição, como o fez, para impor o exame de seus contra-argumentos pelo magistrado, em nome do princípio da colaboração que, na forma em que foi invocado, se revela como uma tentativa de imposição pela parte de uma obrigação de o magistrado apreciar suas alegações, antes de decidir. Considero, no entanto, que muito embora não me sinta obrigado a proceder a esse exame, nada impede que o faça, por mera liberalidade. Penso que é mais razoável pecar-se por excesso para apreciar os argumentos apresentados do que pecar por omissão, se o não fizesse e, por isso, passo a enfrentar as alegações apresentadas pela empresa reclamante em oposição ao raciocínio desenvolvido pelo douto Procurador Regional que, como já se disse, foram adotados por este relator como fundamentos deste julgamento.

Os contra-argumentos apresentados na petição que foi atravessada a esta reclamação podem ser resumidos aos seguintes, como se lê às fls. 227-229:

a) afastamento da preliminar de não cabimento da representação;

b) impropriedade do argumento desenvolvido no parecer de que o ato administrativo do Banco Central – apontado como desobediência a julgamento desta Corte – não havia sido objeto de julgamento deste Tribunal, por entender que, ainda que não fosse o mesmo ato, no aspecto temporal, tal descredenciamento se identificava, no efeito material, a desrespeito a julgamento desta corte;

⁴ - Cf. Vicente Miranda “Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro”, Ed. Saraiva, São Paulo, 1993, p. 148.

c) irrisignação contra a alegação do parecerista de que a autora da representação não havia sido parte no incidente de uniformização de jurisprudência – julgamento desta corte apresentado como o que havia sido desobedecido na espécie - por haver-se alegado que a lei não exige identidade de partes, na forma do entendimento de Menezes Vigliar, transcrito às fl. 229;

d) discordância, também, com a afirmação do mesmo parecerista de que a representação careceria do interesse-adequação porque não se teria invocado, nesta representação, nenhuma força vinculante da decisão que julgara o incidente de uniformização de jurisprudência, mas que o ato administrativo havia usurpado a competência deste Tribunal, tendo em vista que havia sido editado após haver-se aplicado multa à reclamante, com o que já se teria encerrado o processo administrativo respectivo (cf. fl. 229).

Afora o primeiro contra-argumento – afastamento da preliminar do não cabimento, em tese, da preliminar, objeto do voto preliminar - tenho que nenhuma das alegações subseqüentes e acima sumariadas tem procedência, como demonstro a seguir.

O julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência – como se vê às fls. 24-26 –, se deu em causa que teve como partes o Banco Central do Brasil – BACEN – de um lado e, de outro, IIB Câmbio e turismo Ltda., sendo certo, pois, que tal julgamento não dizia respeito a reclamante Libra Agência de Viagens e Câmbio Ltda., logo não se pode invocá-lo como julgamento que a houvesse beneficiado porque se trata de terceiro.

Desprocede a alegação de que ainda que não fosse o mesmo ato, no aspecto temporal, o descredenciamento contra o qual se insurge a Reclamante se revelou como um desrespeito ao julgamento desta Corte, em virtude do efeito material desse julgamento. Como é de sabença comum desde os ensinamentos de LIEBMAN, deve-se distinguir a eficácia natural da sentença, da autoridade da sentença, que decorre da aplicação do brocardo jurídico *res inter alios iudicata alii nec nocet nec prodest* (a coisa julgada em relação a terceiros nem prejudica nem beneficia).

Segundo as lições desse autor com base em BETTI, combinando-se o princípio negativo - de que a decisão proferida em res-

peito às partes é irrelevante em respeito a terceiros - e, portanto, não se aplica a eles, com o princípio positivo, em que “a decisão pronunciada entre as partes tem valor também em relação a determinados terceiros (pus ressalto), como coisa julgada que se formou entre essas partes”⁵, pode-se classificar os terceiros em respeito à autoridade da coisa julgada em três categorias:

“A) *terceiros juridicamente indiferentes*, estranhos à relação e sujeitos da relação compatível com a decisão; para estes logram aplicação combinada e atenuada ambos os princípios, de tal modo que é a sentença juridicamente irrelevante para eles, mas vale como coisa julgada para outrem, e pode produzir mero prejuízo de fato;

B) *terceiros juridicamente interessados, não sujeitos à exceção da coisa julgada*, são os titulares de relação incompatível com a sentença; para estes logra aplicação exclusiva o princípio negativo e, em consequência, podem desconhecer a coisa julgada que se formou entre as partes;

C) *terceiros juridicamente interessados, sujeitos à exceção da coisa julgada*, **são os que se encontram subordinados à parte com referência à relação decidida; para estes logra aplicação exclusiva o princípio positivo, e a coisa julgada que se formou entre as partes pode estender-se-lhes como sua própria**⁶.

Fácil perceber que a relação jurídica de que cuidou o julgamento no Agravo de Instrumento n° 54034/CE (2004.05.00.003374-8), julgado pela Turma por este mesmo relator não era uma relação subordinada à relação decidida no incidente de jurisprudência. A

⁵ - Cf. Enrico Tullio Liebman, “Eficácia e Autoridade da Sentença – e outros escritos sobre a coisa julgada”, como nota relativas ao Direito Brasileiro vigente por Ada Pellegrini Grinover, tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1984, 3ª ed., pp. 79-91, mais precisamente p. 91.

⁶ - O ressalto em itálico é do original e, em negrito, é nosso. *Idem, ibidem*, p. 92.

reclamante e o Banco Central podem ser identificados, pois, na forma da classificação acima transcrita, como terceiros juridicamente interessados, não sujeitos à exceção da coisa julgada, tendo incidência a parte inicial do art. 472 do CPC: A sentença (aqui incluído o acórdão, naturalmente) faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

Em uma palavra, como a reclamante é terceiro em respeito à relação jurídica decidida no incidente de uniformização de jurisprudência, não pode invocar a aplicação do princípio positivo – ou seja, a autoridade da coisa julgada – para beneficiar-lhe.

Em face do que se acabou de dizer, também não encontra nenhum amparo a alegação de que muito embora a reclamante não houvesse sido parte no incidente de uniformização de jurisprudência – julgamento desta corte apresentado como o que havia sido desobedecido na espécie – poderia beneficiar-se com o referido julgamento, sob a alegação de a lei não exige identidade de partes, na forma do entendimento de Menezes Vigliar, transcrito às fl. 229, com o que se rejeita a terceira alegação.

Resta, pois, o último contra-arrazoado: rejeição do argumento de que a reclamante careceria do interesse-adequação porque não se teria invocado, nesta representação, nenhuma força vinculante da decisão que julgara o incidente de uniformização de jurisprudência, à alegação de que o ato administrativo havia usurpado a competência deste Tribunal, tendo em vista que havia sido editado após haver-se aplicado multa à reclamante, com o que já se teria encerrado o processo administrativo respectivo.

O interesse-adequação de que a reclamante é carecedora diz respeito, exclusivamente, à satisfação do requisito que o nosso CPC exige, na forma do art. 3º, c/ art. 267, VI do CPC, para a propositura da reclamação, aqui entendida como uma das formas do direito de petição, segundo o precedente da ministra Ellen Gracie, do STF, acima transcrito. A alegação de que o ato de descumprimento não poderia ser aplicado juntamente com a aplicação da multa porque uma mesma infração “não pode dar lugar à punição administrativa e a (*sic*) punição criminal, já que aquela é um *minus* em relação a esta” (cf. fl. 230) é, sem dúvida um bom argumento para instruir uma outra ação jurisdicional, no foro pró-

prio, mas não se revela como um interesse processual que autorize a utilização da via reclamatória. Não é, pois, como bem concluiu o douto parecer, mais uma vez seguido neste voto, um interesse adequado à utilização dessa via.

Por tais judiciosos argumentos, acompanho o parecer do douto Procurador Regional da República para, no caso concreto, não admitir a presente representação, embora reconheça, em tese, nos exatos termos do voto preliminar, o direito em proceder à reclamação.

É como voto.

VOTO VISTA

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Já tendo relatado e proferido voto – inicial, em respeito à preliminar que levantara e, no mérito – no curso da tomada de votos dos demais Desembargadores desta Casa – observei, com muita atenção, um questionamento suscitado por alguns colegas e bem expresso no voto do Desembargador Napoleão Nunes Maia Filho, que segundo as notas taquigráficas, por mim consultadas, foi expresso nestes termos – naturalmente que sem nenhuma correção do prolator do voto:

“REPRESENTAÇÃO N° 62-CE VOTO

‘O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO: Sr. Presidente prestei muita atenção ao voto do eminente Relator, ao relatório e às sustentações orais. Se percebi erradamente a controvérsia, peço a V. Exa. que me desculpe e se possível me corrija. Pareceu-me que houve dois processos contra essa empresa. Um primeiro processo em que foi alegada a omissão do devido processo legal e essa alegação veio a ser reconhecida por este Tribunal. Em recurso de agravo, cuja cópia do acórdão aqui disponho e diz, claramente, o seguinte: *“Plausível, pois, é suspender os efeitos da sentença dentro do perigo, dano irreparável à agravante, se privada dessas atividades até o trânsito em*

julgado do processo”. Ainda mais diz o acórdão da Turma, envolvendo esta empresa, a Libra: *“Ainda mais quando é incontroversa a falta de atendimento a requisitos básicos no ato de descredenciamento da agravante*”. Tem um acórdão do Tribunal restabelecendo as operações dessa empresa e é contra o descumprimento desse acórdão que foi manejada a reclamação. A questão da uniformização, que realmente envolve outras partes, não tem nada a ver. O que se está questionando aqui é a autoridade da decisão da Turma. O Relator deste acórdão foi o Desembargador Francisco Wildo Lacerda Dantas. Há um acórdão da Primeira Turma afirmando que o descredenciamento, neste caso, não se deu por inobservância do justo processo e anulou o descredenciamento. O segundo processo, que a empresa perdeu na via administrativa, resultava de infração sancionada com multa e não com descredenciamento. E a multa foi aplicada. Se a sanção cabível nesse segundo processo era descredenciamento e não multa, e a autoridade monetária aplicou por equívoco a sanção errada. Não poderia, penso, aplicar a sanção que fora devida e não aplicada. Seria realmente sancionar com multa um descredenciamento. Sabe-se que não é possível aplicarem-se sanções diversas pelo mesmo fato.

O ilustre procurador do Banco Central disse que esta empresa “tem uma tendência à contumácia na prática de atos infracionais”. É provável que seja verdade. Será que a reputação da empresa faz ter mais ou menos direito? Essa contumácia na prática de atos infracionais deve ser reprimida, deve ser apurada pela autoridade monetária através das mais adequadas medidas administrativas e das mais exemplares sanções administrativas. A quebra da relação de confiança provoca realmente o descredenciamento. Claro que provoca e deve ser descredenciada a empresa que opera nesse setor, mas sem a confiança do Banco Central. *Mas o descredenciamento, por decisão da 1ª Turma, tem que observar o devido processo legal. Esta que é a questão, Dr. Petrucio Ferreira. Não é a questão de uniformização, quem foi*

parte e quem não foi. É questão de autoridade do julgado do Agravo nº 54.034 ser ou não mantida. Esta é a questão que está posta nesta reclamação. **Eu penso – embora isso não se aplique no caso vertente – que uma decisão em outro processo que obrigou a autoridade monetária à prática de certos atos deve servir de roteiro para a autoridade em todos os processos semelhantes para evitar a repetição desnecessária de novos processos. Mas não se pode obrigar ao Banco Central a cumprir em relação à empresa “X” uma decisão que foi dada em relação a uma empresa “Y”. Embora ache que devesse ser assim. Acho que cada decisão do Tribunal é educativa, é pedagógica, é orientadora, é paradigmática. Mas não se pode, realmente, neste caso, obrigar o Banco Central a cumprir esse acórdão. Ele, sendo obrigado a cumprir este acórdão, como penso que é, não está impedido de fazer e continuar fazendo outras investigações em outros processos. É o seu dever. E penso que não pode essa decisão da 1ª Turma ser deixada ao relento. O acórdão foi dado com esse conteúdo e nesse conteúdo penso que deva ser cumprido. Isso não quer dizer nem de longe que se esteja proibindo o Banco Central de fiscalizar as instituições que (Ihe) são subordinadas, na via administrativa. Mas este acórdão, como fica? Cai ao relento, finda sem nenhuma autoridade? Não interessa o que foi decidido?**

Penso que essa discussão sobre uniformização veio à baila agora de maneira indevida. O que deveria ter vindo à baila era a autoridade do acórdão, dado no agravo nº 54.034, onde se afirmou que é incontroversa a falta de atendimento a requisitos básicos no processo legal no ato de descredenciamento da agravante. *Portanto, ela foi descredenciada. Poderá ser descredenciada no futuro? Claro que sim. Deverá, se cometer os tais atos infracionais com contumácia ou não. Penso, Sr. Presidente, com a devida venia da maioria que já se vem formando, que neste caso, o foco da atenção é a decisão dada no agravo. E sendo assim, eu entendo que esta*

decisão está sendo afrontada pelo Banco Central.

Poderá ter motivos ou não para fazer isto. Se os tem, não apresentou. Se foram outros, se fez novo PA's Exa., novas investigações, novas auditorias, novas diligências, tudo isso poderá ser feito, mas dentro dos limites do devido processo legal como a 1ª Turma afirmou e o Pleno confirmou no incidente, se bem que envolvendo outra parte. **Peço vênia aos doutos votos que me antecederam, inclusive ao do Relator, por quem tenho a mais reverencial admiração, para dele discordar e entender que uma decisão deste Tribunal dada pela 1ª Turma não poder ser desobedecida por nenhuma autoridade, nem mesmo pelo Banco Central. Dou provimento à reclamação para determinar que o Banco Central cumpra a decisão da 1ª Turma como nela se contém, sem prejuízo de continuar fazendo suas obrigações e tudo o mais. É assim que voto.**”

O voto de S. Exa. – por quem tenho o maior respeito e acatamento, por sua fecunda formação jurídica e, também, na admirável inspiração poética – provocou o pedido de vista, não apenas porque dissenteu do voto por mim prolatado – até porque não são raras as vezes que o reformulo para acompanhar a manifestação melhor ajustada porque mais justa e melhor fundamentada de S. Exa. – mas porque, a despeito dos argumentos que apresentou – não posso seguir-lhe na senda do voto proferido.

E não posso, porque assentada em alguns equívocos que não tinha condições de apontar na ocasião do julgamento e que só agora, em virtude da vista que me foi concedida, isso se tornou possível.

O brilhante voto do nosso poeta jurista ou do nosso jurista poeta, toma como lastro da decisão, o fato de a reclamação investir contra o não cumprimento do acórdão da Primeira Turma – de que honrosamente faço parte – e que teria sido confirmado por este Pleno e de não ter nada que ver com o incidente de uniformização de jurisprudência, para insistir que a decisão desta Corte deveria ser cumprida.

Nisso, o equívoco, que só posso debitar ao fato de não ter

bem relatado o processo. Em resumo: o equívoco não foi cometido por S. Exa., mas por mim e eu assumo a responsabilidade e, desde logo, rogo a S. Exa. e a todos demais colegas deste Pleno, minhas sentidas desculpas.

Para bem se entender o julgamento da presente reclamação é necessário fazer-se um resumo dos processos que a ora reclamante – Libra Agência de Viagens e Câmbio Ltda. – respondeu perante o Banco Central do Brasil – BACEN – e quais as atuações desta Justiça a respeito.

Ressalte-se bem: a empresa ora reclamante respondeu, na esfera administrativa, segundo noticiam os autos, a vários processos administrativos (0001013544, 0001036230, 0001034821, 0001064821, 0201162968, 0301183290), dentre os quais destacamos, por interessar a presente demanda, os processos de nº 0001013544 e nº 0201162968 perante o Banco Central do Brasil – BACEN – cujo resumo se procede a seguir:

1º Processo Administrativo: nº 0001013544.

I - Motivo: violação à consolidação das normas cambiais

II – Agravo interposto nesta Corte, em 15.08.2000.

III – Fundamentos da decisão administrativa:

“a) Nas mesmas instalações da Libra Agência de Viagens e Câmbio Ltda., funcionava uma *factoring* – Nova América – pertencente ao mesmo grupo empresarial, caracterizando ‘realização de operações não previstas no Mercado de Câmbio de Taxas Flutuantes (MCTF)’;

b) Realização de vendas para turismo no exterior, a um mesmo cliente, em dias seqüenciais, registradas em boletos de até US\$ 3.000,00 (três mil dólares), configurando fracionamento de valores mais elevados, com o propósito de burlar o disposto na Consolidação das Normas Cambiais (CNC) 2-1-36, utilizando-se a exceção prevista na CNC 2-1-37;

c) Captação de recursos estrangeiros mediante pagamentos de juros, ou seja, utilização de moeda estrangeira como instrumento de captação de re-

cursos financeiros. Tal prática, segundo a autoridade monetária, configura, também, *utilização dos recursos em moeda estrangeira adquiridos em mercado de câmbio de taxas flutuantes, em finalidades não previstas no respectivo regulamento, com desvirtuamento de seus objetivos*, práticas vedadas pela Consolidação das Normas Cambiais, no Capítulo 2º, Título 1, Itens 26 e 27;

d) Desvirtuamento dos objetivos que fundamentaram seu credenciamento para operar no Mercado de Câmbio de Taxas Flutuantes (MCTF), uma vez que o movimento de compra-e-venda de moeda estrangeira entre março/99 e julho/99 foi muito superior ao da prestação de serviços no ramo turístico, *o que evidencia a transformação de atividade acessória em principal.*”

IV – Data do descredenciamento: 20.07.2000

V – Atuação desta Corte a respeito: em razão da decisão proferida no AGTR nº 54.034/CE, recuperou o credenciamento em 01.03.2004.

2º Processo Administrativo: nº 0201162968

I – Motivo: denúncia de novas infrações cometidas pela mesma empresa Libra Agência de Viagens e Câmbio Ltda., formulada pelo Sr. Detlef Leibinger, em 12.08.2002, de que teria depositado a importância de US\$ 11.800,00 (onze mil e oitocentos dólares), pelo prazo de 90 dias, como expressamente consta do Certificado de fl. 59 dos autos. Contudo, após seu retorno da viagem, a mesma empresa Libra Agência de Viagens e Câmbio Ltda. lhe propôs devolver a importância que havia depositado em 24 (vinte e quatro) meses, em razão das condições financeiras que atravessava a empresa, na forma do que se apurou em depoimentos colhidos no processo administrativo respectivo.

II – Não há nenhuma manifestação jurisdicional desta Corte a respeito porque não lhe foi dirigido nenhum recurso.

III – Nos autos tem-se a íntegra do processo administrativo, onde o BACEN aplicou à empresa Libra Agência de Viagens e

Câmbio Ltda. a multa de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), como se vê às fl. 99.

IV – No mesmo processo administrativo o Banco Central do Brasil – BACEN – informou à empresa Libra Agência de Viagens e Câmbio Ltda. que esta havia sido descredenciada a partir de 11.11.2005, cuja notificação foi recebida pela referida empresa em 16.11.2005, conforme se vê às fls. 159-161.

V – Por sua vez, a empresa Libra Agência de Viagens e Câmbio Ltda. protocolou junto ao Banco Central do Brasil – BACEN – expediente, em 17.11.2005, em que se revela a irrisignação com o novo descredenciamento, sustentando possuir, em seu favor, decisão judicial que lhe permitia a manutenção do credenciamento, como se vê às fl. 163-166.

VI – o Banco Central do Brasil – BACEN – apreciou expediente e concluiu que se tratava de duas situações diferentes:

1º - a primeira, já descrita anteriormente, em que a referida empresa - Libra Agência de Viagens e Câmbio Ltda. – estava amparada pela decisão judicial proferida no AGTR Nº 54.034/CE, de referência ao processo administrativo nº 0001013544;

2º - a segunda, relativa a fatos novos apurados em novo processo administrativo (02011622968), no qual foi possibilitado à empresa defender amplamente seus interesses, restou decidido pelo novo descredenciamento, concluindo que em decorrência da apuração de novas infrações poderia ser imposta nova sanção.

No presente processo, como se lê às fl. 206-209, a mesma empresa Libra Agência de Viagens e Câmbio Ltda. investe contra o Banco do Brasil – BACEN – com uma reclamação, à invocação do art. 5º, V, do Regimento Interno desta Corte, por afirmar que:

a) foi recredenciada pelo Banco Central do Brasil – BACEN – em virtude da decisão judicial proferida no Agravo de Instrumento nº 54.034 (2004.05.00.003374-8);

b) tal decisão havia reconhecido que a decisão administrativa de descredenciamento do Banco Central do Brasil – BACEN – somente poderia se dar através do devido processo legal, em que se assegurasse o direito de defesa, em decisão que havia divergi-

do da 2ª Turma deste Tribunal, em que se aceitava que o descredenciamento fosse sumário;

c) em decorrência disso, foi suscitado o Incidente de Uniformização de Jurisprudência, no Agravo de Instrumento nº 30571 (2000.05.00.028951-0/01), tendo o Pleno desta Corte, em processo que teve como Relator o Desembargador Federal Convocado Edilson Pereira Edilson Pereira Nobre Júnior, acolhido o entendimento da Primeira Turma, para reconhecer que “Antes do encerramento de processo administrativo não se admite o descredenciamento de empresa regularmente autorizada para operação de câmbio”;

d) havia sido notificada pelo Banco Central do Brasil – BACEN – através do documento Decic/GTFOR-2005/060, de 11.11.2005, de que havia sido descredenciada, com base no disposto no Título 1, Capítulo 2, item 6 do RMCCI, entendendo que fora, novamente, descredenciada sumariamente, sem que se lhe houvesse sido dada oportunidade para o exercício de ampla defesa;

e) em conseqüência, entende que essa nova decisão caracteriza desobediência às decisões desta Corte de Justiça, em razão do que manifestou a presente representação.

Logo, força concluir, com base nos novos elementos que, já agora, neste voto vista, se traz ao conhecimento dos doutos Desembargadores Federais integrantes deste Pleno que:

1º - não se investe contra decisão desta Corte referente a ora reclamante - Libra Agência de Viagens e Câmbio Ltda. e o Banco Central – BACEN – porque, em respeito àquela decisão, essa empresa havia sido recredenciada;

2º - alega-se que o novo descredenciamento se dera em novo processo que também se argüi de sumário, em que não se dera oportunidade de defesa à mesma empresa ora reclamante, a multicitada empresa Libra Agência de Viagens e Câmbio Ltda.

3º - pretende-se que esta Corte considere que esse novo descredenciamento havia operado em desrespeito à decisão desta Corte proferida no Incidente de Uniformização de Jurisprudência em que se reconhecera que “Antes do encerramento de processo administrativo não se admite o descredenciamento de empresa

regularmente autorizada para operação de câmbio”. Não vejo assim: o novo descredenciamento decorreu de novo processo em que se reconheceu à mesma empresa amplo direito de defesa, terminando por descredenciá-la, novamente, em face da perda da confiança entre ela empresa e o Banco Central do Brasil, relação que deve ser mantida enquanto houver o credenciamento.

4º - Acrescente-se que, o STF, no julgamento final do Ag. Reg. Nº 1.890/CE, que teve como Relator o então Min. Pres. – Min. Carlos Mário Velloso –, já reconheceu que a autorização para funcionamento concedida pelo Banco Central do Brasil à empresa corretora possui caráter precário, pronunciando-se nos seguintes termos: “Com efeito a autorização para funcionamento concedida pelo Banco Central do Brasil à empresa Corretora de Câmbio Hexagon Ltda. tem caráter precário, podendo ser revogada a exclusivo critério do Banco, quando este verificar que a empresa não vem exercendo devidamente as suas operações”. Isso explica porque o Banco Central do Brasil – BACEN – alegou que o descredenciamento não é uma punição, e que o novo descredenciamento da empresa Libra Agência de Viagens e Câmbio Ltda., se deveu, tão-somente, à perda de confiança existente entre o Banco Central do Brasil BACEN e a empresa Libra Agência de Viagens e Câmbio Ltda. De algum modo, isso também se ajusta ao voto do eminente Des. Fed. Napoleão Nunes Maia Filho de que o Banco Central do Brasil – BACEN – poderia descredenciar novamente a empresa, desde que baseado em fato novo, em processo administrativo em que se obedecesse ao devido processo legal.

5º - Não há dúvida de que o fato novo ocorreu. O Banco Central do Brasil – BACEN – afirma que puniu a empresa LIBRA ao cabo de regular processo administrativo e que a descredenciou em virtude de perda da confiança. Saber se isso aconteceu, ou não, em outro processo administrativo, exige nova provocação do Poder Judiciário. Não pode ser feita à simples invocação de desrespeito a decisão desta Corte, pronunciada em outro processo.

6º - Posto isto, com todo o respeito e veneração que o lúcido voto do eminente vate e jurisconsulto ou insuperável jurisconsulto e inspiradíssimo aedo me merece, mantenho o meu voto inicial, no sentido de reconhecer à empresa reclamante o direito, em tese,

à reclamação, em caráter excepcional, para considerar que, no caso presente, este direito não se configura por não se identificar qual a decisão relacionada com a empresa Libra Agência de Viagens e Câmbio Ltda. e o Banco Central do Brasil – BACEN – que teria sido desrespeitada.

7º - Acrescento ao meu voto anterior, no entanto, que se a reclamante sustenta que o novo descredenciamento se dera em processo sumário, em que não se lhe reconheceu o direito de defesa, o que contraria o que a esse respeito afirmara o mesmo Banco Central do Brasil – BACEN, conforme se lê às fl. 182-185, poderá ingressar com nova ação contra a referida autarquia, no foro próprio, descabendo-lhe, porém, arrimar-se em mera reclamação, por não ser esta a via adequada.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

REVISTA Nº 64 – ABRIL, MAIO E JUNHO/2006

DECISÃO

PRECATÓRIO

35806-CE Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti 13

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO PENAL

319-PE Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima..85

AGRAVO DE INSTRUMENTO

30447-CE Rel. Des. Federal Cesar Carvalho (Convocado).....90

51845-PE Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante98

62716-CE Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho 108

AGRAVO REGIMENAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

64061-PE Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira 118

65300-PE Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante..... 132

APELAÇÃO CÍVEL

236711-CE Rel. Des. Federal Marcelo Navarro..... 143

237475-PB Rel. Des. Federal Marcelo Navarro..... 152

311934-RN Rel. Des. Federal Paulo Gadelha..... 159

334914-CE Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano..... 168

350375-AL Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho
(Convocado)..... 178

353262-PE Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho.. 198

365964-CE Rel. Des. Federal Hélio Silvio Ourem Campos
(Convocado)..... 204

372073-CE Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho.....216

376068-PE Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli.....229

APELAÇÃO CRIMINAL

3300-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano.....	252
4155-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães.....	266
4278-CE	Rel. Des. Federal Ridalvo Costa.....	276

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

90138-RN	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho..	285
92351-CE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo.....	293
92390-CE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena.....	306

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL

313223-CE	Rel. Des. Federal Ridalvo Costa.....	315
-----------	--------------------------------------	-----

HABEAS CORPUS

2367-CE	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira.....	325
---------	--	-----

MANDADO DE SEGURANÇA

91437-AL	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria.....	333
----------	---	-----

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

836-PE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha.....	340
--------	--------------------------------------	-----

REPRESENTAÇÃO

62-CE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo.....	355
-------	--	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

JURISPRUDÊNCIA

A

- Cv Ação civil pública. Cessão de acrescido de terreno de marinha pela União ao Município de Maceió/AL destinado à construção de um complexo turístico. Cessão a terceiro particular para construção e exploração de estacionamento rotativo. Desvio de finalidade. Infringência de cláusula contratual. Anulação do contrato original. AC 350375-AL 178
- Ct, Adm e Cv Acidente aéreo. Aeronave militar. Ocorrência de morte. Responsabilidade civil objetiva da União caracterizada. Reparação por danos morais. Cabimento. Razoabilidade do valor arbitrado. AC 311934-RN 159
- Ct, Adm e Cv Aeronave militar. Acidente aéreo. Ocorrência de morte. Responsabilidade civil objetiva da União caracterizada. Reparação por danos morais. Cabimento. Razoabilidade do valor arbitrado. AC 311934-RN 159

B

- PrCv e Bancário Banco. Liquidação extrajudicial. Contratos do PROER. Ocorrência de superávit durante a liquidação. Critério de pagamento dos juros dos contratos. Aplicação da TR. Lei nº 8.177/91. AC 376068-PE 229
- Trbt Base de cálculo. Redução. Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. Sociedade civil prestadora de serviços de endoscopia. Natureza da atividade. Serviços hospitalares. Base de cálculo reduzida mediante a aplicação

de 8% sobre a receita bruta auferida mensalmente para efeito do IRPJ e de 12% para a CSLL. AMS 90138-RN 285

Trbt Bloqueio das contas bancárias e aplicações financeiras da empresa executada. Impossibilidade de continuação das atividades da sociedade. Determinação do levantamento do bloqueio sobre as contas até o julgamento final do agravo. Possibilidade. Execução fiscal. AgRg no AgTr 64061-PE 118

C

Cv Cessão de acrescido de terreno de marinha pela União ao Município de Maceió/AL destinado à construção de um complexo turístico. Cessão a terceiro particular para construção e exploração de estacionamento rotativo. Desvio de finalidade. Infringência de cláusula contratual. Anulação do contrato original. Ação civil pública. AC 350375-AL 178

Trbt Compensação de prejuízos fiscais. Imposto de Renda. Contribuição Social sobre o Lucro. MP nº 812/94. Lei nº 8.981/95. Limitação de 30%. Constitucionalidade. AMS 92390-CE 306

PrCv e Adm Composição do órgão julgador. Participação de Juízes convocados para substituir Desembargadores. Embargos de declaração. ED na AC 313223-CE 315

Pen e PrPen Crime de tráfico internacional de entorpecentes. Cerceamento de defesa. Não configuração. Prova da autoria e da materiali-

dade do delito. Confissão. Inocorrência de delação premiada. Cumprimento da pena em regime integralmente fechado. ACr 4278-CE 276

Pen e PrPen Crime, em tese, de tentativa de lavagem de dinheiro em relação ao produto do crime do furto qualificado à Agência do Banco Central em Fortaleza. Revogação da prisão preventiva. Impossibilidade. Presença dos requisitos autorizadores da manutenção da medida cautelar. Excesso de prazo na instrução. Inocorrência. *Habeas corpus* liberatório. Denegação da ordem. HC 2367-CE 325

D

PrPen e Pen Descaminho praticado na modalidade de venda e estocagem. Ausência de comprovação da posse legal dos produtos de origem estrangeira. Dolo caracterizado. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Presença dos requisitos do CPP, art. 41. Presença de circunstâncias judiciais que autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal. ACr 4155-PE 266

Pen e PrPen Disputa por interesses indígenas. Homicídio qualificado. Competência da Justiça Federal. Materialidade comprovada. Fortes indícios de autoria delitiva. Legalidade da sentença de pronúncia. Inocorrência de vícios processuais. RcCr 836-PE 340

E

PrCv e Adm Embargos de declaração. Composição do órgão julgador. Participação de Juízes con-

	vocados para substituir Desembargadores. ED na AC 313223-CE 315
Ct, Cv e Adm	Erro médico. Responsabilidade do Estado. Indenização por danos materiais e morais. Razoabilidade da reparação fixada na sen- tença. AC 236711-CE 143
Trbt	Execução fiscal. Bloqueio das contas ban- cárias e aplicações financeiras da empre- sa executada. Impossibilidade de continua- ção das atividades da sociedade. Determi- nação do levantamento do bloqueio sobre as contas até o julgamento final do agravo. Possibilidade. AgRg no AgTr 64061-PE 118
PrCv e Prev	Ex-ferroviários. Pensionistas. Pretensão de equiparação salarial ao percentual percebi- do por seus ex-cônjuges quando em ativi- dade. Legitimidade passiva da União. Pres- crição. Inocorrência. Tutela antecipada con- tra a Fazenda Pública. Possibilidade quan- do se trata de benefício previdenciário. AgTr 51845-PE 98
Ct e Adm	Exigência de certidões negativas de tribu- tos e de certidões de regularidade para com a seguridade social, o FGTS e a dívida ati- va da União para o recebimento de valores decorrentes de precatório judicial. Meio co- ercitivo indireto de cobrança de tributo. Lei nº 11.033/04, art. 19. Inconstitucionalidade. MS 91437-AL 333

H

Pen e PrPen	<i>Habeas corpus</i> liberatório. Crime, em tese, de tentativa de lavagem de dinheiro em re-
-------------	---

	<p>lação ao produto do crime do furto qualificado à Agência do Banco Central em Fortaleza. Revogação da prisão preventiva. Impossibilidade. Presença dos requisitos autorizadores da manutenção da medida cautelar. Excesso de prazo na instrução. Inocorrência. Denegação da ordem. HC 2367-CE 325</p>
Pen e PrPen	<p>Homicídio qualificado. Disputa por interesses indígenas. Competência da Justiça Federal. Materialidade comprovada. Fortes indícios de autoria delitiva. Legalidade da sentença de pronúncia. Inocorrência de vícios processuais. RcCr 836-PE 340</p>
I	
Trbt	<p>Imposto de Renda. Contribuição Social sobre o Lucro. Compensação de prejuízos fiscais. MP nº 812/94. Lei nº 8.981/95. Limitação de 30%. Constitucionalidade. AMS 92390-CE 306</p>
Trbt	<p>Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. Redução da base de cálculo. Sociedade civil prestadora de serviços de endoscopia. Natureza da atividade. Serviços hospitalares. Base de cálculo reduzida mediante a aplicação de 8% sobre a receita bruta auferida mensalmente para efeito do IRPJ e de 12% para a CSLL. AMS 90138-RN 285</p>
Trbt e Ct	<p>Imunidade. Receitas de exportação. Variações cambiais. Base de cálculo do PIS. COFINS e CSLL. Compensação. AMS 92351-CE 293</p>

Ct, Cv e Adm	Indenização por supostos danos materiais e morais. Remuneração e tempo de serviço de servidora atingidos por afastamento para acompanhar cônjuge. Descabimento da remoção requerida. Ausência de inconstitucionalidade ou ilegalidade na conduta administrativa. Inexistência de direito à indenização. AC 237475-PB 152
PrPen e Pen	Inépcia da denúncia. Inocorrência. Presença dos requisitos do CPP, art. 41. Descaminho praticado na modalidade de venda e estocagem. Ausência de comprovação da posse legal dos produtos de origem estrangeira. Dolo caracterizado. Presença de circunstâncias judiciais que autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal. ACr 4155-PE 266
Adm e Ct	Intervenção estatal no domínio econômico. Paridade cambial. Atos do Banco Central. Legalidade. Responsabilidade civil da União. AC 365964-CE 204

L

Pen e PrPen	Legítima defesa. Inocorrência. Lesão corporal. Não comprovação da existência de circunstância qualificadora. Desclassificação para crime de natureza leve. Prescrição da pretensão punitiva. APn 319-PE 85
Pen e PrPen	Lesão corporal. Não comprovação da existência de circunstância qualificadora. Desclassificação para crime de natureza leve. Legítima defesa. Inocorrência. Prescrição da pretensão punitiva. APn 319-PE 85

PrCv e Bancário Liquidação extrajudicial de banco. Contratos do PROER. Ocorrência de superávit durante a liquidação. Critério de pagamento dos juros dos contratos. Aplicação da TR. Lei nº 8.177/91. AC 376068-PE 229

M

Adm Município. Pedido de restabelecimento de repasses a título de *royalties*. Agência Nacional do Petróleo. Competência do Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco para apreciar a causa. AgRg no AgTr 65300-PE 132

N

Pen Norma penal sem sanção. Inaplicabilidade. Incidência da sanção do CP, art. 171, § 3º. Estado de necessidade. Inocorrência. Isenção do pagamento de multa. Impossibilidade. Isenção de custas processuais. Deferimento condicional. Delação de co-réu. Admissibilidade. Excesso na dosimetria da pena. Inocorrência. ACr 3300-PE 252

P

Adm e Ct Paridade cambial. Intervenção estatal no domínio econômico. Atos do Banco Central. Legalidade. Responsabilidade civil da União. AC 365964-CE 204

Adm Pedido de restabelecimento de repasses a título de *royalties*. Município. Agência Nacional do Petróleo. Competência do Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco para apreciar a causa. AgRg no AgTr 65300-PE 132

Prev	Pensão por morte. Início de prova material corroborado pelas demais provas produzidas. Condição de segurado especial do <i>de cuius</i> . Extensão da condição de rurícola do cônjuge virago ao cônjuge varão. Possibilidade. AC 334914-CE 168
PrCv e Prev	Pensionistas de ex-ferroviários. Pretensão de equiparação salarial ao percentual percebido por seus ex-cônjuges quando em atividade. Legitimidade passiva da União. Prescrição. Inocorrência. Tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Possibilidade quando se trata de benefício previdenciário. AgTr 51845-PE 98
Adm	Posse. Preterição. Servidora pública. Direito líquido e certo a indenização por dano material. Férias, trabalho extraordinário, auxílio-alimentação e implantação do índice de 11,98% não devidos. Danos morais não comprovados. AC 353262-PE 198
Ct e Adm	Precatório. Exigência de certidões negativas de tributos e de certidões de regularidade para com a seguridade social, o FGTS e a dívida ativa da União para o recebimento de valores decorrentes de precatório judicial. Meio coercitivo indireto de cobrança de tributo. Lei nº 11.033/04, art. 19. Inconstitucionalidade. MS 91437-AL 333
Adm	Processo disciplinar. Servidor público. Exoneração. Alcoolismo crônico. Alegação de violação ao devido processo legal. Rejeição. Falta de intimação de médico particular do funcionário. Ausência de requerimento quando da apresentação da defesa escrita. AgTr 30447-CE 90

Adm e Cv Prolongamento de via pública. Servidão de passagem. Obstrução unilateral praticada por autarquia federal. Ausência de legitimidade. AgTr 62716-CE 108

R

Trbt e Ct Receitas de exportação. Imunidade. Variações cambiais. Base de cálculo do PIS. COFINS e CSLL. Compensação. AMS 92351-CE 293

Adm e Ct Reclassificação dos cargos dos servidores públicos ativos. Extensão dos efeitos financeiros aos inativos e pensionistas. Posição clássica da doutrina jurídica. AC 372073-CE 216

PrCv e Adm Representação para assegurar autoridade de acórdão prolatado pelo Plenário do TRF 5ª Região no Incidente de Uniformização de Jurisprudência em Agravo de Instrumento nº 30.571-CE e no acórdão no Agravo de Instrumento nº 54.034-CE. Inadmissibilidade. Voto vista. Acréscimo. Rep 62-CE 355

Adm e Ct Responsabilidade civil da União. Paridade cambial. Intervenção estatal no domínio econômico. Atos do Banco Central. Legalidade. AC 365964-CE 204

Ct, Cv e Adm Responsabilidade do Estado por erro médico. Indenização por danos materiais e morais. Razoabilidade da reparação fixada na sentença. AC 236711-CE 143

S

Adm e Cv	Servidão de passagem. Prolongamento de via pública. Obstrução unilateral praticada por autarquia federal. Ausência de legitimidade. AgTr 62716-CE 108
Adm	Servidor público. Processo disciplinar. Exoneração. Alcoolismo crônico. Alegação de violação ao devido processo legal. Rejeição. Falta de intimação de médico particular do funcionário. Ausência de requerimento quando da apresentação da defesa escrita. AgTr 30447-CE 90
Adm	Servidora pública. Preterição de posse. Direito líquido e certo a indenização por dano material. Férias, trabalho extraordinário, auxílio-alimentação e implantação do índice de 11,98% não devidos. Danos morais não comprovados. AC 353262-PE 198
Adm e Ct	Servidores públicos ativos. Reclassificação dos cargos. Extensão dos efeitos financeiros aos inativos e pensionistas. Posição clássica da doutrina jurídica. AC 372073-CE 216
Ct, Cv e Adm	Supostos danos materiais e morais. Pedido de indenização. Remuneração e tempo de serviço de servidora atingidos por afastamento para acompanhar cônjuge. Descabimento da remoção requerida. Ausência de inconstitucionalidade ou ilegalidade na conduta administrativa. Inexistência de direito a indenização. AC 237475-PB 152

T

Pen e PrPen Tráfico internacional de entorpecentes. Cerceamento de defesa. Não configuração. Prova da autoria e da materialidade do delito. Confissão. Inocorrência de delação premiada. Cumprimento da pena em regime integralmente fechado. ACr 4278-CE 276