

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

JURISDIÇÃO

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

Número 52 - Abril/Junho - 2003

R. TRF 5ª Região, nº 52, p. 1 - 330, Abril/Junho - 2003

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

Diretor da Revista
JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI

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

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI

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

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

Apoio Técnico

ARIVALDO FERREIRA SIEBRA JÚNIOR

NIVALDO DA COSTA VASCO FILHO

PEDRO AUGUSTO ESCOREL DINIZ

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

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

Trimestral

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

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

CDU 34(05)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargadora Federal

MARGARIDA CANTARELLI - 09.12.99 - Presidente

Desembargador Federal

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - 03.07.00 - Vice- Presidente

Desembargador Federal

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - 03.07.00 - Corregedor

Desembargador Federal

RIDALVO COSTA - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ DE CASTRO MEIRA - 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

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00

Diretor da Revista

Desembargador Federal
LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00

Desembargador Federal
PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01

Desembargador Federal
PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA - 19.09.01

Desembargador Federal
MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Convocado

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

Presidente: Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI
Vice-Presidente: Desembargador Federal NAPOLEÃO MAIA FILHO
Corregedor: Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA FILHO

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA - Presidente
Desembargador Federal CASTRO MEIRA
Desembargador Federal UBALDO CAVALCANTE

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES - Presidente
Desembargador Federal PETRUCIO FERREIRA
Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal PAULO GADELHA - Presidente
Desembargador Federal RIDALVO COSTA
Desembargador Federal ÉLIO WANDERLEY (Convocado)

QUARTA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL - Presidente
Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI
Desembargador Federal MANOEL ERHARDT (Convocado)

SUMÁRIO

I - Doutrina

CPIs: Interpretação e Síntese
Desembargador Federal Paulo Gadelha 13

II - Jurisprudência 23

III - Índice Sistemático 311

IV - Índice Analítico 317

DOUTRINA

CPIs: INTERPRETAÇÃO E SÍNTESE

PAULO GADELHA
Desembargador Federal do
Tribunal Regional Federal da 5ª Região

A sociedade política, nos tempos modernos, cultua o princípio da transparência como axioma inafastável.

Assim, os atos, as decisões, os fatos, tudo deve ser esclarecido, explicado, convincentemente detalhado, especialmente quando a matéria tem vinculações com o sentimento popular.

Esta digressão, entenda-se, tem por objetivo justificar um dos instrumentos mais ativos do Poder Legislativo: as Comissões Parlamentares de Inquérito.

Criação do Parlamento da Inglaterra, no século XIV, as CPIs nasceram como mecanismo típico do sistema parlamentar de governo.

A evolução, porém, das Casas Legislativas, levou a que as referidas Comissões Parlamentares de Inquérito se amoldassem ao figurino do sistema presidencialista.

No Brasil a atribuição de investigar surgiu com a Carta Constitucional de 1934, na dicção que lhe foi dada pelo artigo 36.

A regulamentação das Comissões Parlamentares de Inquérito é determinada pela Lei nº 1979, de 18 de março de 1951, portanto com mais de meio século de existência. A utilização do Código de Processo Penal, como norma subsidiária, é imperativo legal.

No atual texto constitucional brasileiro, o artigo 49 baliza a competência exclusiva do Congresso Nacional. Entre estas atribuições limito-me a traduzir duas: a contida no inciso V, do citado artigo 49, que susta os Atos Normativos do Poder Executivo que venham a exorbitar do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa e a atribuição descrita no inciso X do mesmo artigo, consis-

tente em “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas casas, os Atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.

Depois, o artigo 58 e seu parágrafo terceiro da Constituição Federal dispõem:

“Artigo 58 – O Congresso Nacional e suas casas terão comissões parlamentares e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

(...)

§ 3º - As Comissões Parlamentares de Inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas casas, serão criadas pela Câmara Federal e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

Assim, são pressupostos básicos para a formalização das Comissões Parlamentares de Inquérito:

a) requerimento de pelo menos um terço dos membros de cada uma das casas congressuais, ou de ambas, para as chamadas comissões mistas;

b) a existência de um fato determinado que justifique a sua investigação;

c) prazo certo para seu pleno funcionamento;

d) conclusão do procedimento investigatório com envio, se for o caso, do relatório final para o Ministério Público adotar as medidas cabíveis do fato concreto.

A existência de fato concreto, ensejador da instauração de CPI, é condição *sine qua non* para a sua instrumentalização, ou como

o disse o Jurista Francisco Campos:

“O poder de investigar não é genérico ou indefinido, mas eminentemente específico, ou há de ter um conteúdo concreto, suscetível de ser antecipadamente avaliado na sua extensão, compreensão e alcance pelas pessoas convocadas a colaborar com as comissões de inquérito”. (Comissão Parlamentar de Inquérito – Poderes do Congresso – direitos e garantias individuais – *Revista Forense* nº 195, p. 86)

Depois, no que tange à locução “prazo certo”, o professor Alexandre Moraes doutrina: *“Ressalte-se que a locução ‘prazo certo’, prevista no § 3º do art. 58 da Constituição, conforme jurisprudência do STF, não impede prorrogações sucessivas dentro da legislatura, nos termos da Lei nº 1.579/52. Observe-se, porém, que o termo final de uma CPI sempre será o término da legislatura”.* (Direito Constitucional – Primeira edição – p. 382).

Da estrutura técnico-legal das CPIs

Para o desempenho de suas atribuições, as Comissões Parlamentares de Inquérito terão os mesmos poderes cometidos aos magistrados durante a instrução do processo penal.

É lógico que o exercício de tais poderes tem limites impostos pela ética e pelos padrões definidos na Lei Maior. As CPIs não podem exorbitar dos valores e espaços que lhes são delimitados. Não pode haver, assim, abuso no seu direito de investigar. Há régua e compasso para o seu desempenho.

Embasando tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal, pelo seu colendo Pleno, julgando o Mandado de Segurança nº 23960, sendo o Relator o Ministro Maurício Correa, decisão publicada no *DJU* de 16.11.2001, assim jurisprudenciou:

“1. Os poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias de que as CPIs são constitucionalmente investidas (CF, artigo 58, § 3º) não são absolutos. Imprescindível a fundamentação dos atos

que ordenam a quebra dos sigilos bancários, fiscais e telefônicos, visto que, assim como os atos judiciais são nulos se não fundamentados, assim também os das Comissões Parlamentares de Inquérito. 2. A legitimidade da medida excepcional deve apoiar-se em fato concreto e causa provável, e não em meras conjecturas e generalidades insuficientes para ensejar a ruptura da intimidade das pessoas (CF, artigo 5º, X). 3. Segurança concedida”.

Ou como, igualmente, entendeu o STF, no voto magistral, do Ministro Celso de Melo:

“A quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico de qualquer pessoa sujeita a investigação legislativa pode ser legitimamente decretada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que esse órgão estatal o faça mediante deliberação adequadamente fundamentada e na qual indique, com apoio em base empírica idônea, a necessidade objetiva da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes”.
MS 23.452 – RJ (Pleno).

Como já abordado anteriormente, um dos pontos mais controversos no universo das comissões parlamentares é o entendimento a respeito do fato determinado, isto é, como apontá-lo, se ele, o fato determinado, tiver desdobramento com outros fatos.

Também é de difícil exegese a locução “prazo certo”, inserta no parágrafo 3º do artigo 58 da Constituição Federal.

No julgamento do *Habeas-Corpus* nº 71231-2, o Supremo Tribunal Federal, pela sua 2ª Turma, sendo Relator o Eminentíssimo Ministro Carlos Velloso, assim jurisprudenciou:

“I. A Comissão Parlamentar de Inquérito deve apurar fato determinado. CF, art. 58, § 3º. Todavia, não está impedida de investigar fatos que se ligam, intimamente, com o fato principal.
II. Prazo certo: o Supremo Tribunal Federal, julgando o HC nº 71.193-SP, decidiu que a locução ‘prazo certo’, inscrita no § 3º do artigo 58 da CF, não impe-

de prorrogações sucessivas dentro da legislatura, nos termos da Lei nº 1.579/52.

III. A intimação do paciente, que é advogado, para prestar depoimento à CPI, não representa violência ao disposto no art. 133 da CF nem às normas dos artigos 87 e 89 da Lei nº 4.215, de 1963, 406, CPC, 154, CP e 207, CPP. O paciente, se for o caso, invocará perante a CPI, sempre com possibilidade de ser requerido o controle judicial, os direitos decorrentes de seu status profissional, sujeitos os que se excederem ao crime de abuso de autoridade”. (STF – HC 71231-2 – 2ª T. DJU 31.10.1996)

Arma das chamadas democracias representativas, as Comissões Parlamentares de Inquérito têm, todavia, limites formais e éticos medindo o território de sua competência investigatória. Extrapolar do universo de sua área de ação é violar os padrões da legalidade, ou como muito bem o situou o Eminentíssimo Ministro Nelson Jobim:

“No exercício desses poderes, tais comissões devem respeitar os mesmos limites formais a que estão submetidos os membros do Poder Judiciário, quando da instrução de processo criminal”. (MS nº 79790-3-SP. Relator Ministro Nelson Jobim. Publicado no Diário da Justiça, seção I, 26 de novembro de 1999, p. 137).

Sem maiores digressões, chega-se à ilação de que, como doutrinou com muita percuciência o professor Alexandre de Moraes:

“As Comissões Parlamentares de Inquérito, portanto e em regra, terão os mesmos poderes instrutórios que os magistrados possuem durante a instrução processual penal, inclusive com a invasão das liberdades públicas individuais, mas deverão exercê-los dentro dos mesmos limites constitucionais impostos ao Poder Judiciário, seja em relação ao respeito aos direitos fundamentais, seja em relação à necessária fundamentação e publicidade de seus atos, seja, ainda, na necessidade de resguardo de

informações confidenciais, impedindo que as investigações sejam realizadas com a finalidade de perseguição política ou de aumentar o prestígio pessoal dos investigadores, humilhando os investigados e devassando desnecessária e arbitrariamente suas intimidades e vidas privadas”. (Obra Citada – p. 385).

Para o exercício integral de seu mister, as Comissões Parlamentares de Inquérito podem se arrimar nos mais variados e complexos meios de provas existentes na legislação brasileira, como, por exemplo, quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados, oitiva de testemunhas, inclusive usando de procedimentos coercitivos para a sua condução ao local de audiência, perícias, busca e apreensão de documentos, sem olvidar a oitiva do investigado, respeitando-lhe o direito ao sigilo.

Com referência ao instituto da quebra do sigilo bancário, como meio de prova admitido no processo de Comissões Parlamentares de Inquérito, trago à colação voto do Ministro Otávio Galotti, assim proferido:

“O Tribunal indeferiu Mandado de Segurança impetrado contra ato do Presidente da CPI do Narcotráfico que decretara a quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico do impetrante. Considerou-se não haver qualquer ilegalidade no ato impugnado, uma vez que a CPI exerceu a sua competência investigatória prevista no art. 58, § 3º, da CF, de forma fundamentada, cumprindo o disposto no art. 93, IX, da CF”. (STF – MS 23.556/DF – Pleno – Informativo STF nº 202)

Depois, o respeito ao princípio do silêncio, concedido ao investigado, além de comportamento garantido pelo vigente texto constitucional, é norma de caráter internacional, encartada no Pacto de São José da Costa Rica – Convenção Americana sobre Direitos Humanos – que recita, pela dicção do artigo 8º, § 2º, o postulado, assegurando que “o direito a toda pessoa acusada de delito não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

Em resumo, a formação de Comissões Parlamentares de Inquérito é da essência dos legislativos livres, desde que a sua criação se faça dentro dos valores constitucionais, respeitados dois princípios básicos e impostergáveis: a reserva legal e o contraditório.

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 2.428-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE
Autor: EDÍLSON SANTINO DA SILVA
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogados: DRS. JANET ELIANE WELTER LOPES E OUTRO (AUTOR) E ROGER SALES SOBRINHO E OUTROS (RÉU)

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. QUESTÃO DE MÉRITO. AUXÍLIO-DOENÇA. TRANSFORMAÇÃO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ATUALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO PELO ART. 58 DO ADCT/88. IMPOSSIBILIDADE. BENEFÍCIO CONCEDIDO NO CHAMADO BURACO NEGRO. REAJUSTE DE 147,06% (SETEMBRO/91). APLICAÇÃO. COMPENSAÇÃO.

- A ocorrência ou não de violação de literal disposição de lei por parte da decisão rescindenda é o próprio mérito da questão, não podendo dele ser separada.

- Mesmo reconhecendo tratar-se de benefícios previdenciários autônomos, é indiscutível que a eventual defasagem do auxílio-doença, concedido em 02/08/1989 e transformado em aposentadoria por invalidez em 31/10/1993, refletiu sobre o valor deste último, tendo em vista a regra contida no § 5º, do art. 29, da Lei nº 8.213, de 24/06/91.

- A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que “a equivalência salarial preconizada no art. 58 do ADCT, no caso da aposentadoria por invalidez, deve considerar como data do início do benefício a data da concessão do auxílio-doença, se a aposentadoria resultou de

mera transformação do auxílio-invalidez”. (AC nº 82654/RN, Rel. Des. Federal Castro Meira, *judg. em 06/02/1997, publ. DJ de 28/02/1997, pág. 10941*). *Precedentes*.

- *No entanto*, “não se aplicam aos benefícios concedidos após a CF/88 os critérios do art. 58 do ADCT, devendo-se observar, tendo presente a data da concessão do benefício previdenciário, o disposto na Lei nº 8.213/91 e legislação posterior, o que não ofende a garantia de preservação do valor real do benefício”. (STJ, EDRESP nº 321335/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, *judg. em 23/10/2001, publ. DJ de 19/11/2001*). *No mesmo sentido*: STF, RE nº 201045/SP, Rel. Min. Celso de Melo, *publ. DJU de 23/10/1998*; STJ, REsp nº 234647/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *publ. DJ de 15/04/2002*).

- “O abono de 147,06%, referente ao mês de setembro de 1991, é devido no cálculo do reajuste dos benefícios, conforme orientação remansosa deste Superior Tribunal de Justiça”. (REsp nº 207925/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *judg. em 24/06/1999, publ. DJ de 06/09/1999, pág. 147*).

- “Eventuais pagamentos de parcelas relativas ao reajuste de 147,06% devem ser deduzidas em liquidação de sentença”. (REsp nº 219726/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, *judg. em 02/09/1999, publ. DJ de 27/09/1999*).

- *Violação do art. 41, II, da Lei nº 8.213/91, em sua redação original*.

- *Ação rescisória julgada procedente em parte, assegurando-se ao autor as diferenças decorrentes da aplicação percentual de 147,06% sobre o seu benefício previdenciário no mês de setembro/91, compensando-se os valores porventura já pagos a este título pela Administração*.

- *Sucumbência recíproca (CPC, art. 21)*.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, julgar procedente, em parte, o pedido de rescisão, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 12 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

Cuida-se de ação rescisória visando à desconstituição de acórdão da egrégia Terceira Turma deste Tribunal, mantenedor da sentença que julgou improcedente o pedido de pagamento de diferenças do benefício previdenciário do autor, decorrentes *“do reajuste integral de sua renda mensal percebida durante o período compreendido entre 05 de outubro de 1988 e dezembro de 1991, lapso de tempo popularmente conhecido como “buraco negro”, e período subsequente até maio de 1992, observando-se a equivalência vinculada de tais benefícios aos salários mínimos então vigentes”, além “do reajuste de 147% (cento e quarenta e sete por cento) sobre a renda mensal do benefício percebido em setembro de 1991”*. (Fls. 27).

O autor sustenta que o r. *decisum* rescindendo violou o disposto no art. 41, inciso II, e no art. 144, *caput* e parágrafo único, todos da Lei nº 8.213/91, afirmando textualmente que *“encontrava-se em auxílio-doença desde 02 de agosto de 1989, tendo tal benefício se convertido em aposentadoria por invalidez somente a partir de 31/10/93”*. Ou seja, a situação do autor encontra-se dentro do universo de aposentados que passou à inatividade entre 05/10/88 e 31/05/91, abrangidos pela revisão capitulada no artigo 144 da Lei nº 8.213/91, conhecida vulgarmente como *“buraco negro”*.

Prossegue o autor alegando que “o exarado na sentença do primeiro grau, onde diz que o autor ‘não se encontrava aposentado em setembro de 1991’, não condiz com a realidade, razão pela qual deve ser revisto o pedido”. (Fls. 05).

Contestando o feito, o INSS defende seja rejeitada *in limine* a inicial, considerando que a decisão rescindenda não violou literal disposição de lei; além disso, pugna pela improcedência do pedido, asseverando que “a regra contida na Lei nº 8.213/91, relativa ao reajustamento dos benefícios previdenciários, se mostra inteiramente compatível com as normas que asseguram a preservação do valor real das prestações pecuniárias”. (Fls. 81).

Após as razões finais do autor, o Ministério Público Federal opinou pela improcedência do pedido, argumentando que “embora originária do auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez é direito individualizado, não se confundindo com aquele”, e que “não se encontrando o autor na inatividade, no período entre a promulgação da Constituição e dezembro de 1991, não faz jus ao reajuste pleiteado”. (Fls. 89).

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

Na r. decisão rescindenda foi julgado improcedente o pedido de pagamento de diferenças do benefício previdenciário do autor, decorrentes “do reajuste integral de sua renda mensal percebida durante o período compreendido entre 05 de outubro de 1988 e dezembro de 1991, lapso de tempo popularmente conhecido como ‘buraco negro’, e período subsequente até maio de 1992, observando-se a equivalência vinculada de tais benefícios aos salários mínimos então vigentes”, além “do reajuste de 147% (cento e quarenta e sete por cento) sobre a renda mensal do benefício percebido em setembro de 1991”. (Fls. 27).

O autor sustenta que o r. *decisum* rescindendo violou o dis-

posto no art. 41, inciso II¹, e no art. 144, *caput* e parágrafo único², todos da Lei nº 8.213/91, afirmando textualmente que “*encontrava-se em auxílio-doença desde 02 de agosto de 1989, tendo tal benefício se convertido em aposentadoria por invalidez somente a partir de 31/10/93*”. Ou seja, a situação do autor encontra-se dentro do universo de aposentados que passou à inatividade entre 05/10/88 e 31/05/91, abrangidos pela revisão capitulada no artigo 144 da Lei nº 8.213/91, conhecida vulgarmente como “*buraco negro*”.

Prossegue o autor, alegando que “*o exarado na sentença do primeiro grau, onde diz que o autor ‘não se encontrava aposentado em setembro de 1991’, não condiz com a realidade, razão pela qual deve ser revisto o pedido*”.(fls. 05).

Contestando o feito, o INSS defende seja rejeitada *in limine* a inicial, considerando que a decisão rescindenda não violou literal disposição de lei; além disso, pugna pela improcedência do pedido, asseverando que “*a regra contida na Lei nº 8.213/91, relativa ao reajustamento dos benefícios previdenciários, mostra-se inteiramente compatível com as normas que asseguram a preservação do valor real das prestações pecuniárias*”. (Fls. 81).

¹ “Art. 41. O reajustamento dos valores de benefícios obedecerá às seguintes normas:

(...)

II - Os valores dos benefícios em manutenção serão reajustados, de acordo com as respectivas datas de início, com base na variação integral no INPC, calculado pelo IBGE, nas mesmas épocas em que o salário mínimo for alterado, pelo índice da cesta básica ou substituto eventual”. (Redação original).

² “Art. 144. Até 10 de junho de 1992, todos os benefícios de prestação continuada concedidos pela Previdência Social, entre 5 de outubro de 1988 e 5 de abril de 1991, devem ter sua renda mensal inicial recalculada e reajustada, de acordo com as regras estabelecidas nesta lei.

Parágrafo único. A renda mensal recalculada de acordo com o disposto no *caput* deste artigo substituirá para todos os efeitos a que prevalecia até então, não sendo devido, entretanto, o pagamento de quaisquer diferenças decorrentes da aplicação deste artigo referentes às competências de outubro de 1988 a maio de 1992”.

Primeiramente, ressalto que a ocorrência ou não de violação de literal disposição de lei por parte da decisão rescindenda é o próprio mérito da questão, não podendo dele ser separada como pretende o INSS. Com efeito, o reconhecimento da violação dos dispositivos legais retrorreferidos representa o acolhimento da própria pretensão rescisória que, à evidência, ocorrer sem a análise mais aprofundada da matéria.

O MM. Juiz Federal prolator da r. decisão rescindenda, considerando que o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez são benefícios previdenciários autônomos e independentes e que a transformação do primeiro no segundo somente ocorreu em 31/10/1993, indeferiu o pedido de revisão, no que tange à aplicação do critério da equivalência do número de salários mínimos previsto no art. 58 do ADCT, bem como da aplicação do índice de 147%, referente ao reajustamento do salário mínimo no mês de setembro/91.

Mesmo reconhecendo que os benefícios previdenciários em questão são autônomos, é indiscutível que a eventual defasagem do auxílio-doença, que foi simplesmente transformado em aposentadoria por invalidez, refletirá sobre o valor desta última, tendo em vista a regra contida no § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213, de 24/06/91, *verbis*:

“Art. 29. O salário-de-benefício consiste na média aritmética simples de todos os últimos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses.

(...);

§ 5º. Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não po-

dendo ser inferior ao valor de 1(um) salário mínimo”.
(Destaquei).

Os reajustamentos e as revisões que porventura hajam deixado de ser aplicados ao auxílio-doença do autor, percebido desde 02/08/89, sem dúvida implicaram na redução da Renda Mensal Inicial da aposentadoria por invalidez, na qual o auxílio foi transformado em 31/10/93.

As três Turmas desta egrégia Corte Regional vêm decidindo nesse mesmo sentido, consoante extrai-se dos seguintes precedentes:

“PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ART. 58, ADCT.

- A equivalência salarial preconizada no art. 58 do ADCT, no caso da aposentadoria por invalidez, deve considerar como data do início do benefício a data da concessão do auxílio-doença, se a aposentadoria resultou de mera transformação do auxílio-invalidez. (...). (AC nº 82654/RN, Rel. Des. Federal Castro Meira, julg. em 06/02/1997, publ. *DJ* de 28/02/1997, pág. 10941).

“CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL. APLICABILIDADE. ART. 58 DO ADCT. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ATUALIZAÇÃO PELO NÚMERO DE SALÁRIOS MÍNIMOS DA DATA DA CONCESSÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA Nº 71 - EXTINTO TFR. INDEXAÇÃO PELO SALÁRIO MÍNIMO. INAPLICABILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI Nº 6.899/81. INDEXAÇÃO DE ÍNDICES CONTEMPORÂNEOS. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. NATUREZA ALIMENTAR DEVIDOS DESDE O DÉBITO.

1. (...).

2. Tendo o benefício do auxílio-doença sido transformado em aposentadoria por invalidez, considerar-se-á como termo *a quo* para fins de

atualização, nos termos do art. 58 do ADCT, a data da concessão do referido auxílio, tomando-se como base o valor de sua renda mensal, expresso em número de salários mínimos. Princípio da conservação do valor real do benefício de natureza continuada. Precedentes.

(...)”. (AC nº 198011/CE, Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira, julg. em 24/04/2001, publ. *DJ* de 26/04/2002, pág. 1014).

“PREVIDENCIÁRIO. ABONO DE 54,60%, JÁ INCLUÍDOS NOS 147,06%. PAGAMENTO ADMINISTRATIVO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AUXÍLIO-DOENÇA TRANSFORMADO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DATA DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PARA APLICAÇÃO DO ARTIGO 58 DO ADCT.

1. (...).

2. Tendo em vista que a aposentadoria por invalidez decorre da transformação do auxílio-doença, sendo concedida para dar continuidade ao amparo do trabalhador incapacitado para o labor, deve-se considerar, para efeito da revisão preconizada no artigo 58 do ADCT, a data de concessão do aludido auxílio.

3. Faz jus o apelante a que seja realizada uma nova revisão de seu benefício, nos moldes insculpidos no referido artigo 58, utilizando-se, desta feita, o número de salários mínimos a que correspondia o valor inicial do auxílio-doença, a fim de que perceba as diferenças decorrentes dessa nova revisão.

4. Apelação provida”. (AC nº 88201/RN, Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, julg. em 06/10/1998, publ. *DJ* de 05/02/1999, pág. 239).

No entanto, também é certo que *“não se aplicam aos benefícios concedidos após a CF/88 os critérios do art. 58 do ADCT, devendo-se observar, tendo presente a data da concessão do benefício previdenciário, o disposto na Lei nº 8.213/91 e legislação posterior, o que não ofende a garantia de preservação do valor real do benefício”*. (STJ, 5ª Turma, EDRESP nº 321335/RJ, Rel. Min. Félix

Fischer, julg. em 23/10/2001, publ. *DJ* de 19/11/2001). No mesmo sentido: STF, Primeira Turma, RE nº 201045/SP, Rel. Min. Celso de Melo, julg. em 04/02/1997, publ. *DJU* de 23/10/1998, pág. 09; STJ, Sexta Turma, Resp nº 234647/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julg. em 14/12/1999, publ. *DJ* de 15/04/2002, pág. 267.

Assim, não assiste razão ao autor com relação à pretendida manutenção da equivalência do benefício com o número de salários mínimos da concessão, tendo em vista que o auxílio-doença somente foi concedido em 02/08/1989.

Com efeito, mesmo admitindo que o benefício do autor foi concedido em 02/08/1989, dentro, portanto, do chamado *buraco negro*, há de ser aplicado o disposto no citado artigo 144 da Lei nº 8.213/91 e não os critérios do art. 58 do ADCT, como pretende o autor. Nesse sentido, trago à colação o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO CONCEDIDO APÓS A CF/88 E ANTES DA LEI Nº 8.213/91. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. CF, ART 202. NÃO AUTO-APLICÁVEL. LEI 8.213/91, ART. 144, CAPUTE PARÁGRAFO ÚNICO. CONSTITUCIONALIDADE. SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO. LIMITE MÁXIMO. LEI 8.213/91, ART. 29, § 2º, E 136.

1. Por decisão plenária, o STF concluiu pela não autoaplicabilidade da CF, art. 202, cuja eficácia foi adquirida apenas com a edição da Lei 8.213/91. Tem-se, pois, como perfeitamente aplicável o art. 144, da referida lei (RE nº 193.456-5/SP, *DJ* de 05/03/97).

2. Todos os benefícios de prestação continuada concedidos pela Previdência Social, entre 05 de outubro de 1988 e 05 de abril de 1991, devem ter sua Renda Mensal Inicial recalculada com a correção dos 36 (trinta e seis) últimos salários-de-contribuição, bem como os reajustes posteriores, pelos critérios do INPC, com efeitos financeiros a partir de junho de 1992. Inaplicabilidade da equivalência salarial (ADCT art. 58).

(...)”. (REsp nº 238397/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, julg. em 17/02/2000, publ. DJ de 20/03/2000, pág. 110).

No tocante ao restante do pedido, ressalto que “*o abono de 147,06%, referente ao mês de setembro de 1991, é devido no cálculo do reajuste dos benefícios, conforme orientação remansosa deste Superior Tribunal de Justiça*”. (REsp nº 207925/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julg. em 24/06/1999, publ. DJ de 06/09/1999, pág. 147).

Portanto, mesmo considerando que “*o pagamento do reajuste de 147,06% nos benefícios previdenciários, referente ao período de setembro/91 a julho/92, em cumprimento à Portaria nº 302/92, é fato público e notório, amplamente veiculado pelos meios de comunicação em todo o País*” (AC nº 260144/PE, Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, julg. em 11/06/2002, publ. DJ de 04/07/2002, pág. 379), o pedido do autor, neste particular, merece acolhida, tendo em vista que na r. sentença rescindenda encontra-se expressamente consignado que “*o autor, Edilson Santino da Silva, não faz jus ao reajustamento de 147,06%, porquanto não se encontrava aposentado em setembro de 1991*”. (Fls. 50).

A r. decisão rescindenda, assim, violou o disposto no inciso II do art. 41 da Lei nº 8.213/91 (em sua redação original), ao negar a revisão do benefício previdenciário do autor pela variação do salário mínimo.

Há de ser considerando, ainda, que “*eventuais pagamentos de parcelas relativas ao reajuste de 147,06% devem ser deduzidas em liquidação de sentença*”. (REsp nº 219726/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, julg. em 02/09/1999, publ. DJ de 27/09/1999).

Por todo o exposto, julgo procedente em parte a pretensão rescisória, de forma a condenar o INSS a pagar ao autor as diferenças decorrentes da aplicação percentual de 147,06% sobre o benefício previdenciário do autor no mês de setembro/91, compensando-se os valores porventura já pagos administrativamente a este título.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 27.647-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Agravante: GRANJA ANA MELO LTDA.
Agravado: BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES
Advs./Procs.: DRS. FÁBIO JOSÉ DE OLIVEIRA OZÓRIO E OUTROS (AGRTE.) E FÁTIMA LUÍZA DE FARIA COSTA DIAS E OUTROS (AGRDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 2º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE ADESAÇÃO. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DO FORO.

- A legislação consumerista não faz qualquer distinção entre pessoa física ou jurídica ao definir a figura do consumidor, subsumindo-se a seu conceito mesmo uma coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis (CDC, art. 2º). Por conseguinte, o critério subjetivo não se presta a conferir ao adquirente de produto ou serviço a condição de agraciado com as prerrogativas protetivas erigidas pelo CDC, antes se fazendo necessária a análise do pressuposto objetivo, qual seja, a condição de destinatário final do contratante.

- Caso em que a empresa agravante não está presente na relação jurídica contratual na qualidade de destinatária final, mas sim de agente consumidor, que busca angariar recursos para cobrir os custos de suas atividades no comércio agropecuário, custos estes que eventualmente poderão ser repassados, agora sim, aos destinatários finais que com ela pactuarem suas obrigações.

- Não obstante, conquanto a matéria escape à seara consumerista, há de ser reconhecida a

abusividade da cláusula que fixa o foro de eleição na Seção Judiciária de São Paulo. Isso porque a referida disposição fora lançada em típico contrato de adesão, posta, ou melhor, imposta - conforme sói ocorrer nos presentes casos -, sem qualquer discussão e de modo unilateral pela entidade financeira, acarretando, nessa direitura, sérios prejuízos à empresa hipossuficiente, que terá o acesso ao Judiciário inequivocamente dificultado, porquanto domiciliada no Estado do Ceará.

- Precedente do e. STJ (CC 31227/MG, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, decisão unânime da Segunda Seção em 25/04/2001, publicada no DJ de 04/06/2001, pág. 54).

- Agravo 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, 5 de dezembro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se de agravo interposto pela Granja Ana Melo Ltda. em contrariedade à decisão da lavra do MM. Juiz Federal da 10ª Vara, Seção Judiciária do Ceará, a de acolher a Exceção de Incompetência nº 99.00122293-3, determinando a remessa dos autos, juntamente com o feito principal (Ação Ordinária nº 99.008789-5), à Justiça Federal do Rio de Janeiro.

Entendera o e. Julgador de primeiro grau que, versando a causa acerca de contrato de financiamento concertado pela recorrente com o BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, portanto, entre duas pessoas jurídicas, não deveriam ser aplicadas as regras da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), mas sim o disposto no artigo 111 do Código de Processo Civil, que confere liberdade às partes para pactuar o foro de eleição que lhes aprouver.

Aduz a agravante que a legislação consumerista não distingue entre pessoa física ou jurídica ao definir a figura do consumidor. Outrossim, a jurisprudência seria remansosa em submeter as entidades financeiras e os contratos bancários ao regime jurídico do CDC.

Assevera, ademais, ser abusiva a cláusula imposta em contrato de adesão que, promovendo o desequilíbrio sinalagmático, dificulte o acesso aos órgãos judiciários.

Requer, alfim, seja declarada competente a Justiça Federal do Estado do Ceará para processar e julgar a ação.

Em decisão preambular, o e. Desembargador Federal Convocado Hélio Sílvio Ourem Campos, recebeu a inconformidade em ambos os efeitos (fls. 47/48).

Contram minuta coligida às fls. 54/66.

Informações prestadas pelo MM. Juiz *a quo* (fls. 52).

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

De início, testifico que a questão posta em discussão, em verdade, escapa às prescrições da Lei nº 8.078/90.

Decerto, a legislação consumerista, ao definir a figura do consumidor, não faz qualquer distinção entre pessoa física ou jurídica, subsumindo-se a seu conceito mesmo uma coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis. Eis o que reza o art. 2º do CDC,

in verbis:

“Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo ou se encontre sujeita ou propensa a intervir nas relações de consumo”.

Vê-se, por conseguinte, que o critério subjetivo não se presta a conferir ao adquirente de produto ou serviço a condição de agraciado com as prerrogativas protetivas erigidas pelo CDC. Antes, contudo, se faz necessária a análise do pressuposto objetivo, qual seja, a condição de destinatário final do contratante.

Na hipótese, há que se perquirir, portanto, se a empresa agravante, Granja Ana Melo Ltda., é destinatária final dos recursos oriundos do Contrato de Abertura de Crédito Fixo com Recursos do BNDES Automático – CI nº 026/96 (fls. 20/35).

Compulsando os autos, constato que o indigitado instrumento contratual fora concertado visando ao seguinte objetivo (fls. 29):

“VII PROJETO:

O objetivo do projeto é promover a integração da agricultura de sequeiro/irrigada e a pecuária bovina e bufalina de leite, de aves, de suínos e a criação de peixes.

OS INVESTIMENTOS SERÃO:

1 - NA AGRICULTURA - Existem 40ha de área desmatada onde se desenvolve o plantio de milho para sementes, 4ha de laranja tipo ‘Bahia’ e 1ha de acerola. Serão desmatados mais 419ha com o seguinte destino: 200ha para plantio de milho para semente e para alimentação dos animais, sendo 40ha irrigados com aspersão. Outras áreas serão desmatadas como 150ha para plantio de capim andropogom para pisoteio e pastejo do gado de leite. Outras áreas se destinarão a dar suporte à pecuária como 20ha de cana forrageira, 5ha de leucena, mais 20ha de

capim elefante para silagem, 5ha de sorgo forrageiro e 10ha de mandioca. Também serão plantados mais 4ha de laranja tipo 'Bahia', 5ha de graviola e 5ha de banana.

2- NA PECUÁRIA - Serão adquiridas 150 matrizes da raça 'SCHWITZ' e 6 reprodutores, todos PO, devidamente registrados. A empresa vai desenvolver a avicultura de corte, através de 42.000 frangos e 11.555 aves para produção de ovos claros e escuros. Será explorada também a criação de suínos, através de recria de 300 porcos em engorda permanente. A criação de peixes será em cativeiros, com tanques e redes que serão colocados nos açudes”.

Salta aos olhos, pois, que a empresa agravante não está presente na aludida relação jurídica contratual na qualidade de destinatária final, mas sim de agente insumidor, que busca angariar recursos para cobrir os custos de suas atividades no comércio agropecuário, custos estes que, eventualmente, poderão ser repassados, agora sim, aos destinatários finais que com ela pactuam suas obrigações.

A embasar o entendimento ora esposado, colho da jurisprudência do e. TRF-4ª Região o seguinte aresto, exarado pela Segunda Seção, Relator o e. Ministro José Luiz B. Germano da Silva, de ementa:

“ADMINISTRATIVO. CONTRATO BANCÁRIO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. EMPRESA 'INSUMIDORA'.

1. O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, somente se aplica às relações típicas de consumo, quais sejam, aquelas entre consumidor e fornecedor, admitindo a própria lei que pessoa jurídica figure como consumidor, se destinatária final. No caso presente, tal situação não se afigura, pois a empresa embargante não pode ser considerada consumidora, porque ausente a característica de destinatária final.

2. Claro está que na atividade profissional da em-

bargante, os custos dessa captação de dinheiro, insumo para o gerenciamento de suas atividades, é repassado aos seus clientes, quando da venda de seus produtos. Logo, não é destinatária final, não é consumidora, é insumidora, não sendo aplicável ao caso, portanto, o Código de Defesa do Consumidor.

3. Quanto ao mais, tendo em vista que não houve embargos por parte da CEF e, ainda, considerando os limites da devolução do recurso ora em julgamento, mantém-se o voto condutor do acórdão embargado.

4. Embargos infringentes improvidos.” (EIAC 9504632378/RS, julgamento em 14/10/1998, publicado no *DJ* de 25/11/1998, pág. 327).

Não obstante, conquanto a matéria escape à seara consumerista, há de ser reconhecida a abusividade da cláusula contratual nº 23, que fixa o foro de eleição na Seção Judiciária de São Paulo (fls. 35).

Isso porque a referida disposição fora lançada em típico contrato de adesão, posta, ou melhor, imposta - conforme sói ocorrer nos presentes casos -, sem qualquer discussão e de modo unilateral pela entidade financeira, acarretando, nessa direitura, sérios prejuízos à empresa hipossuficiente, que terá o acesso ao Judiciário inequivocamente dificultado, porquanto domiciliada no Estado do Ceará.

Sob esse prisma, vale transcrever o escólio apresentado pelo e. Professor Guilherme Fernandes Neto no artigo intitulado *Cláusulas Abusivas*, publicado sob a coordenação de Carlos Alberto Bittar, in *Os Contratos de Adesão e o Controle de Cláusulas Abusivas*, Ed. Saraiva, 1991, págs. 82/83:

“2.3. A cláusula sobre a eleição do foro.

Essa típica cláusula faz-se presente na grande maioria dos contratos, não escapando à regra os de adesão; assim, através de uma análise perfunctória, dificilmente se possa talvez imaginar que denote alguma manifestação abusiva.

Todavia, tal análise, justamente pela sua perfunctória-

idade, não visualiza o verdadeiro escopo que possa estar subjacente a tal dispositivo contratual.

A abusividade de algumas das cláusulas contratuais gerais não gravita somente na órbita da responsabilidade civil (a saber, as cláusulas analisadas neste e nos nºs 2.1 e 2.2), mas inúmeras vezes tem por desiderato onerar o ajuizamento de uma ação por parte do aderente, visando dificultar ou mesmo impedir que a prestação da função jurisdicional ponha fim ao conflito e restabeleça a justiça.

Inexorável é a assertiva de que tal cláusula pode servir a um desvio de finalidade do contrato, onerando o aderente caso tenha que recorrer ao Judiciário.

Ademais, antecedentes legislativos denotam a possibilidade da manifestação do abuso do direito; assim soa o art. 19º do Decreto-lei nº 446/85, de Portugal, em seu *caput* e letra *g*: ‘São proibidas, consoante o quadro negocial padronizado designadamente, as cláusulas contratuais que: g) estabeleçam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem’.

E, em muitas ocasiões, se o utente realmente tivesse ciência de que recorreria a juízo e a cláusula de eleição do foro o oneraria extremamente, seria muito provável que não aderisse; preferiria privar-se do bem ou serviço a, em buscando justiça, ser levado à bancarrota. (...)”

Por último, trago à colação paradigma proferido à unanimidade pela c. Segunda Seção do e. STJ, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao conhecer do Conflito de Competência 31227/MG:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FORO DE ELEIÇÃO. CONTRATO DE ADESÃO. PARMALAT. PRODUTOR DE LEITE. LOCAÇÃO DE TANQUE.

- A cláusula de eleição do foro de São Paulo em contrato de adesão para locação de tanque de armazenamento de leite *in natura*, celebrado entre indústria de laticínios e o produtor rural domiciliado no

interior de Minas Gerais, pequeno fornecedor do leite *in natura*, evidencia a nítida desigualdade entre as partes e cria para o agricultor dificuldade insuperável para o acesso à Justiça. Competência do foro de domicílio do réu.

- Conflito conhecido e declarada a competência do Dr. Juiz de Direito de Bom Sucesso, Minas Gerais.” (Julgamento em 25/04/2001, publicado no *DJ* de 04/06/2001, pág. 54).

Com essas considerações, dou provimento ao agravo, para declarar írrita a cláusula 23 do suso referido contrato de adesão, determinando a permanência dos autos na Seção Judiciária do Ceará.

Assim voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 31.815-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Agravante: NORDESTE SEGURANÇA DE VALORES LTDA.
Agravadas: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E SENA VIGILÂNCIA INTELIGENTE LTDA.
Advogados: DRs. MARCOS AUGUSTO DE SÁ PEREIRA FREIRE FILHO E OUTROS (AGRTE.) E MARIA CLEIDE GALVÃO DORNELAS E OUTROS E RIVADÁVIA BRAYNER CASTRO RANGEL E OUTROS (AGRDAS.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE VIGILÂNCIA.

- A formação do Quadro de Vigilância da empresa vencedora goza de cursos específicos na área de segurança bancária, relações humanas no trabalho e prevenção e combate a incêndio, tudo em atendimento à solicitação da CEF.

- Idoneidade do certificado de habilitação.

- Atos administrativos gozam de presunção de

legitimidade.
- Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e examinados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que integram o presente.

Custas, como de lei.

Recife, 2 de abril de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

A Nordeste Segurança de Valores Ltda. agrava de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, ante decisão que concedeu liminar em ação cautelar para determinar a suspensão dos efeitos do contrato de serviço de segurança.

Alega, em resumo, que a empresa escolhida para realizar os trabalhos de vigilância junto à Caixa Econômica Federal é desqualificada para a execução do objeto licitado, expondo, assim, os destinatários do serviço (funcionários e clientes) ao risco de se colocarem sob a guarda de pessoas inexperientes e despreparadas, do ponto de vista de treinamento e qualificação profissional.

Agravo inominado interposto e julgado improvido.

Resposta da parte contrária.

É o relatório. Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Mantenho, em todos os seus termos, a decisão proferida pelo ilustre Juiz Francisco Wildo, a qual adoto como razão de decidir:

“Sena Segurança Inteligente Ltda. e a Caixa Econômica Federal - CEF – através do presente agravo regimental – contra decisão que, em agravo de instrumento interposto pela Nordeste Segurança de Valores Ltda., firma com quem havia concorrido em certame realizado pela Caixa Econômica Federal - CEF para prestação de serviços de vigilância, tinha concedido efeito suspensivo à decisão do MM. Juiz Federal Titular da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, que, revendo decisão semelhante anterior, em que se havia suspenso os efeitos do contrato celebrado entre a ora agravante e a referida CEF para, novamente, suspender o referido ajuste.

Sustenta aquela empresa – a Sena Segurança Inteligente Ltda. – que todos os argumentos expendidos pela Nordeste Segurança de Valores Ltda. eram fruto do inconformismo com a perda do certame, mas que nenhum deles tinha razão de ser, por considerá-la, mesmo, como litigante de má-fé, atribuindo-lhe a provocação de incidentes infundados, no sentido de provocar tumultos processuais no sentido de impedir o cumprimento do contrato. Enfrentou cada uma das alegações levantadas pela Nordeste, para impugná-las – nomeadamente o número de vigilantes por postos de acordo com o Edital; o salário a ser pago aos vigilantes, de acordo com o Edital; do salário dos vigilantes em respeito ao salário normativo; da proposta comercial, precisamente, com a alegação de que – em uma delas, pelo menos – mais precisamente, a alegação de inexequibilidade dos preços ofertados na proposta comercial que apresentara – que a questão havia sido superada perante o juízo de primeiro grau, tendo a referida agravante – a Nordeste Segurança de Valores Ltda. – trazido nova reclamação, diversa da

apresentada na inicial, em inovação não compatível com as normas processuais.

Além disso, rebateu – como já se disse – as demais alegações apresentadas pela empresa que fora vencida no referido certame – Nordeste Segurança de Valores Ltda. –, nomeadamente em respeito à aquisição de equipamentos de rádio-telecomunicações para garantia da execução dos serviços tomados; e, por fim, a alegação em respeito à falta de “rendeiros de almoço”, na Capital e no interior do estado.

Tal matéria exige exame mais detido, em sede própria - no processo principal -, descabendo exauri-la no juízo de delibação, de conhecimento sumário, próprio das liminares.

Reexamino, apenas, o aspecto que havia influenciado este Magistrado na decisão anterior, precisamente em respeito à contratação de vigilantes des-preparados.

A referida empresa alegou não ser verdade que os 108 (cento e oito) vigilantes que haviam sido contratados para a prestação de seus serviços não teriam a qualificação indispensável. Afirmou – peremptoriamente – não ser verdadeira tal alegação, pois todos eles haviam sido formados na empresa Perfomance, como se pode observar dos certificados de habilitação que fizera juntar.

Ao cabo dessa argumentação, ressaltou que a reforma da decisão era imperiosa.

A CEF – por sua vez – argúi não serem verdadeiras as alegações de que não haviam sido cumpridas as normas regedoras do certame de que participaram as empresas Sena e Nordeste, tendo sido rechaçadas todas as alegações desta última, afirmando - ela própria, a CEF - que todas as alegações feitas pela firma vencida foram rejeitadas e que se teria que observar o princípio de que os atos administrativos gozam da presunção de legitimidade.

Requer, por fim, que se reveja a questão, para que

se reconsiderar a decisão.

Observo, por primeiro, que a Sena demonstrou não existir aquilo em que fundamentou a decisão anterior. Os vigilantes por ela contratados receberam curso de formação específico ministrado pela empresa Performace – Formação de Vigilantes Ltda. –, a qual havia ajustado prestar treinamento aos vigilantes a serem empregados pela Sena, ‘de acordo com as exigências da Caixa Econômica Federal de Pernambuco para especializar os vigilantes em Relações Humanas no Trabalho e Prevenção e Combate a Incêndio e, de acordo com a solicitação de V. Sa. (no caso a Sena, acrescento), o Curso de Segurança Bancária’ (cf. fls. 1206).

Tem-se, assim, que os certificados juntados às fls. 698 usque 962, constantes do III vol. destes autos, longe de representar uma desqualificação do pessoal utilizado na vigilância, significa o atendimento de precisa recomendação da tomadora de serviços da Sena, no caso, a CEF.

Convenço-me de que, nada obstante o registro nos certificados de que os vigilantes receberam formação nos cursos de Relações Humanas no Trabalho e Prevenção e Combate a Incêndio, isso diz respeito à especialização, e de que também receberam uma formação geral básica e necessária – reclamada pela Sena – de vigilância bancária. Considero, pois, que, ao contrário do que se argumentou, longe de parecer um minus em respeito à formação recebida pelos referidos vigilantes, representa um plus. Foram eles treinados para vigilância bancária, como solicitado pela Sena, e, mais ainda, receberam aulas de Relações Humanas no Trabalho e Prevenção e Combate a Incêndio, em atendimento à solicitação da CEF.

Demais disso, estou atento à dificuldade que a CEF – empresa tomadora dos serviços e principal interessada no desfecho final das questões jurídicas – terá em cumprir a decisão anterior que este juízo

havia tomado. Suspendendo-se, de novo, os efeitos do contrato já celebrado e em plena execução com a Sena e já se tendo extinto o contrato anterior que havia celebrado, a título precário, com a Nordeste, o sistema bancário da referida empresa bancária simplesmente ficará sem nenhum vigilante e poderá entrar em colapso.

Entendo, pois, que não se pode suspender a prestação de serviço de vigilância contratado pela CEF – com consideráveis prejuízos para esta empresa – quando ela própria vem a juízo para também defender a regularidade do contrato anteriormente celebrado. Não me parece razoável que se privilegie o interesse de uma das concorrentes – exatamente a que restou vencida no certame – e se prejudique a empresa que patrocinou a licitação, causando-lhe sérios prejuízos.

Concluo, pois, não haver razão para manter a decisão anterior – suspensiva dos efeitos do contrato já celebrado entre a CEF e a Sena Segurança Inteligente Ltda. –, até porque eventuais questões em derredor do referido ajuste poderão ser resolvidas a seu tempo, sem privá-la dos serviços essenciais de que depende para o regular exercício de suas atividades.

Por tais fundamentos, no exercício do juízo de retratação, reconsidero a decisão anterior deste juízo, revogando o efeito suspensivo anteriormente deferido para restabelecer a decisão agravada do juízo do primeiro grau, de modo a que o contrato volte a produzir os regulares efeitos”.

Com estas considerações, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 39.631-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA

Agravante: PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS

Agravados: UBERLÂNDIA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO DO TRIÂNGULO LTDA. E MAX PETRÓLEO DO BRASIL LTDA.

Advogados: DRS. STELLA MARIS DE LIMA MACHADO E OUTROS (AGRTE.) E DORIS CARNEIRO LEÃO DE SOUZA (AGRDOS.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PIS/PASEP E COFINS. DISTRIBUIDORAS DE PETRÓLEO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DISFARÇADA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ALTERAÇÃO DA LC Nº 70/91 POR LEI ORDINÁRIA. POSSIBILIDADE.

- O prejuízo ocasionado pela decisão judicial a terceiro que não é parte no processo lhe legitima a interpor recurso (CPC, art. 499). Preliminar rejeitada.

- As alterações feitas nas Leis Complementares nºs 07/70 e 70/91 pela Lei nº 9.718/98 são plenamente possíveis, pois o primeiro diploma legal mencionado cuida, na verdade, de matéria a ser disciplinada ordinariamente, podendo, assim, ser modificado por uma simples lei ordinária.

- Com a nova sistemática de pagamento dos referidos tributos, instituída pela Lei 9.718/98, com as modificações introduzidas pela Lei nº 9.990/00 e pela Medida Provisória nº 1991-15, não há, em princípio, que se falar em substituição tributária disfarçada, pois a hipótese é de mera fixação de alíquotas diferenciadas para as diversas fases do ciclo econômico a que se submetem os derivados do petróleo.

- Agravo de instrumento provido e regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o regimental, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que pas-sam a integrar o presente julgado.

Recife, 19 de novembro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Petrobrás, na qualidade de terceiro prejudicado, contra decisão que deferiu liminar, autorizando as recorridas a voltarem a recolher o PIS/PASEP e a COFINS sob a égide das Leis Complementares nºs 07/70 e 70/91, bem como impondo multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para o caso de descumprimento do ali determinado.

A recorrente alega, em síntese, a impossibilidade de ser declarada a inconstitucionalidade de lei em sede de mandado de segurança. Argumenta que a parte agravada é ilegítima para questionar a matéria, pois somente as refinarias são sujeito passivo na relação jurídico-tributária decorrente da obrigação de recolher a contribuição para o PIS e a COFINS. Aduz, ainda, que não estão presentes os requisitos que autorizam a concessão da liminar.

O pedido para atribuir efeito suspensivo ao agravo foi deferido em decisão de fls. 207/208, contra a qual foi interposto agravo regimental (fls. 215/230).

Regularmente intimadas, as recorridas apresentaram contra-razões às fls. 258/273, ocasião em que argüiram, preliminarmente, a ilegitimidade da Petrobrás para recorrer. No mérito, pugnam pelo improvimento do recurso.

É o relatório

VOTO - PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator):

Antes de adentrar no âmago da questão a ser dirimida, necessário se faz apreciar a preliminar argüida.

A presente preambular é suscitada sob o fundamento de ilegitimidade da Petrobrás para, na qualidade de terceiro prejudicado, interpor o presente recurso.

A prefacial não merece acolhimento.

Com efeito, o deferimento da liminar pelo juízo *a quo*, autorizando as recorridas a efetuarem o pagamento das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS no regime das Leis Complementares nºs 07/70 e 70/91, causa inegável prejuízo à Petrobrás, vez que, apesar dos valores referidos não serem pagos pelas distribuidoras, a obrigação da recorrente de recolher os tributos à União permanece.

Desse modo, havendo interesse jurídico do terceiro na causa, pois a decisão recorrida afetou diretamente seu direito, é de reconhecer a sua legitimidade para interpor o agravo.

Ante tais argumento rejeito a preliminar.

É como voto

VOTO - MÉRITO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator):

A pretensão da agravante é formulada no sentido de obter a reforma da decisão que autorizou o recolhimento do PIS/PASEP e da COFINS sob a égide das Leis Complementares nºs 07/70 e 70/91, impondo multa diária para o caso de descumprimento.

Em análise perfunctória da questão, própria das decisões proferidas em sede de agravo de instrumento, não vislumbro ilegalidade na nova sistemática de pagamento dos tributos acima referidos, instituída pela Lei 9.718/98, com as modificações introduzi-

das pela Lei nº 9.990/00 e pela Medida Provisória nº 1991-15.

Primeiramente, entendo possíveis as alterações feitas nas Leis Complementares nºs 07/70 e 70/91 pela Lei nº 9.718/98, pois os diplomas legais mencionados cuidam, na verdade, de matéria a ser disciplinada ordinariamente, podendo, assim, ser modificados por uma simples lei ordinária. A propósito, transcrevo o magistério de Moreira Alves na ADC 1-1-DF:

“... essa contribuição poderia ser instituída por lei ordinária. A circunstância de ter sido instituída por lei formalmente complementar - a Lei Complementar nº 70/91 - não lhe dá, evidentemente, a natureza de contribuição social nova, a que se aplicaria o disposto no § 4º do artigo 195 da Constituição, porquanto essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída – que são objeto desta ação –, é materialmente ordinária, por não tratar, nesse particular, de matéria reservada, por texto expreso da Constituição, à lei complementar”. (Fls. 123/124 - ADC 1-1-DF).

No mesmo sentido, esta eg. Corte, na sua sessão plenária do dia 15/08/2001, nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade suscitada no REOMS nº 69896-SE, cuja relatoria para o acórdão coube a este Magistrado, sufragou o entendimento de que a Lei nº 9.718/98 não contraria a norma constitucional, bem como que as alterações feitas nas Leis Complementares nºs 07/70 e 70/91 são plenamente possíveis.

Ademais, o argumento da recorrente de que com a nova redação da Lei nº 9.718/98 extinguiu-se o regime de substituição tributária nas operações do ciclo produtivo dos derivados de petróleo, havendo, tão-só, o pagamento por parte das refinarias, merece, em princípio, acolhimento.

Com efeito, na hipótese, não há que se falar em substituição tributária disfarçada. Na verdade, o que ocorre é a chamada tributação concentrada, em que a exação é recolhida integralmente em uma das fases da cadeia produtiva (no caso, as refinarias), estabelecendo-se para as restantes (distribuidoras, comerciantes varejistas etc.) a alíquota zero.

Nesse sentido, destaco trecho da decisão proferida no colendo Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Segurança nº 1962/RJ:

“(...) não se trata de dissimulada substituição tributária ‘para a frente’, como vislumbrado, a atrair a aplicação do art. 150, § 7º, da Constituição - por omissa a legislação de regência no tocante à forma de restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. A hipótese é, iniludivelmente, de mera fixação de alíquotas diferenciadas para as diversas fases do ciclo econômico a que se submetem os derivados do petróleo, por mais que a atribuição do regime de ‘alíquota zero’ às etapas seguintes à comercialização do produto pelas refinarias possa sugerir uma semelhança entre essa sistemática e aquele instituto de fonte constitucional. (...)”.

Ressalte-se que, apesar da notícia (fls. 221) de que houve reconsideração, pelo Min. Marco Aurélio, da referida decisão, prefiro me filiar a linha de entendimento do Min. Carlos Veloso, adotada no *decisum* acima exposto (SS nº 1962), mormente levando-se em consideração que a Corte Constitucional ainda não se pronunciou quanto ao mérito da matéria.

Finalizando, cumpre esclarecer que, quanto ao argumento de que é incabível mandado de segurança contra lei em tese, bem como à alegação de ilegitimidade das distribuidoras para ajuizarem a referida ação, observo que os mencionados temas não foram suscitados no juízo *a quo*, desse modo não merecem ser aqui conhecidos, sob pena de supressão de instância.

Necessário se faz registrar que, em face do julgamento do recurso ora em apreço, resta prejudicado o regimental.

Com essas considerações, dou provimento ao agravo de instrumento, revogando a decisão recorrida, e julgo prejudicado o regimental.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.393-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA
Agravante: UNIÃO
Agravado: HÉLIO LEITE CAVALCANTI JÚNIOR
Advogados: DRS. NORMA CYRENO ROLIM E OUTROS (AGR-
TE.) E AUDÍZIO FERREIRA LIMA (AGRDO.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO A VAGA NA ÁREA DE DIREITO. LIMITAÇÃO DE IDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

- A limitação de idade não agride o princípio constitucional da isonomia, pois a natureza da função e as atribuições inerentes ao cargo de militar necessitam de aptidão física ao exercício da função que é compatível com determinada faixa etária.

- Se o requerente, entretanto, almeja participar da seleção de vagas oferecidas exclusivamente para bacharéis em Direito, não se apresenta plausível a exigência de limite máximo de idade, sob pena de afronta ao princípio da razoabilidade, bem como ao livre acesso aos cargos públicos.

- Agravos de instrumento e regimental improvidos.

ACÓRDÃO

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

Recife, 6 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA:

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela União em face de *decisum* que, nos autos de ação ordinária, assegurou ao requerente, ora agravado, a inscrição no Concurso de Admissão ao Curso de Formação de Oficiais do Quadro Complementar do Exército para o ano de 2002, sem a exigência do limite de idade.

Alega a agravante que a atividade militar é específica, tendo uma natureza diferenciada, motivo pelo qual a Carta Magna separou o servidor público do militar, que é regido por regras próprias.

Sustenta que a vida militar é exaustiva, pois exige prontidão e preparo para o exercício de tal atividade, motivo pelo qual não se pode admitir um militar, na graduação de soldado, que não possa executar suas tarefas por conta da idade avançada.

Às fls. 35, indeferi o efeito suspensivo ao presente recurso, por não ter vislumbrado o perigo de lesão grave e de difícil reparação. De tal decisão, a recorrente intentou agravo regimental, alegando, em suma, que a idade é requisito primordial na organização militar.

Apesar de devidamente intimado, o agravado não apresentou contraminuta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA (Relator):

Insurge-se a União contra decisão que, nos autos da Ação Ordinária nº 2002.81.00.12166-0, concedeu antecipação de tutela para assegurar ao requerente, ora agravado, a sua inscrição no Concurso de Admissão ao Curso de Formação de Oficiais do Quadro Complementar do Exército para o ano de 2002, sem a exigência do limite de idade.

O ilustre Juiz Federal *a quo* entendeu que, embora não seja inconstitucional a imposição de limite máximo de idade para in-

gresso nas Forças Armadas, a exigência de tal limite, na hipótese dos autos, fere, de fato, o direito ao livre acesso aos cargos públicos, já que a natureza do cargo almejado pelo autor, ora recorrido, não requer capacidade física diferenciada.

Não merece reparos o ato judicial objurgado.

A limitação de idade para a inscrição e a participação nas provas do Concurso de Admissão ao Curso de Formação de Oficiais do Quadro Complementar do Exército para o ano de 2002, decerto, é razoável, pois a natureza da função e as atribuições do cargo de militar requerem aptidão física para o bom desempenho da função, que é compatível com determinada idade.

Neste sentido já decidiu a 1ª Turma desta Corte quando do julgamento dos AGTRs nºs 34143/CE e 35613/CE, nos quais figurei como Relator.

Entretanto, o recorrido que, ressalto, já é militar, não objetiva concorrer a cargo de função própria das fileiras do Exército. Pretende, na verdade, tal como se infere da inicial acostada aos autos, às fls. 13/21, participar da seleção de vagas oferecidas exclusivamente para bacharéis em direito.

Assim, diante da análise do caso concreto, acredito que a exigência de limite máximo de idade (37 anos até o dia 1º de março de 2003) afronta o direito ao livre acesso aos cargos públicos. Se a natureza do cargo almejado pelo autor não requer capacidade física diferenciada, não seria cabível a exigência de um limite máximo de idade, respeitando-se, dessa forma, o princípio da razoabilidade.

Compartilhando do mesmo entendimento, assim já decidiu o eg. STJ:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO. LIMITE MÍNIMO DE IDADE EM RAZÃO DA NATUREZA DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

- O limite mínimo de idade imposto por lei para ingresso em cargo público justifica-se apenas se a natureza das atribuições do cargo a ser preenchido impuser tal exigência.

- O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça firmaram-se no sentido da adoção do princípio da razoabilidade, levada em consideração a natureza do cargo pretendido, a situação do candidato e a sua faixa etária.

- *In casu*, não se afigura razoável limitar o ingresso na magistratura de candidatos que não tenham 25 anos de idade no momento da inscrição no certame, ao entendimento de que o cargo exige maturidade, sendo certo que no momento da posse no referido cargo tal exigência restará atendida.

- Recurso ordinário provido. Segurança concedida". (ROMS - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 14156/PE, j. 27/08/2002, DJ 16/09/2002, p. 234, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma.)

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTÉRIO ESTADUAL. LIMITAÇÃO DE IDADE. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO RAZOÁVEL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

(...)

4. O Plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos Recursos Ordinários em Mandado de Segurança 21.033/DF e 21.046/RJ, firmou entendimento no sentido de que, salvo nos casos em que a limitação de idade possa ser justificada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido, não pode a lei, em face do disposto nos artigos 7º, inciso XXX, 37, inciso I, e 39, parágrafo 2º, da Constituição da República, impor limite de idade para a inscrição em concurso público.

5. Da análise dos deveres e responsabilidades impostos ao membro do Magistério Público Estadual

do Rio Grande do Sul (artigo 120 da Lei 6.672/74), não se mostra razoável a exigência do limite de 45 anos de idade para provimento no cargo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

6. Recurso ordinário provido”. (ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 6159/RS, j. 09/10/2001, DJ 25/02/2002, p. 443, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma).

Como a decisão agravada assegurou ao recorrido a sua participação no concurso público promovido pela Escola de Administração do Exército, apenas para concorrer aos cargos ofertados na área de Direito, entendo não se mostrar cabível a sua suspensão imediata.

Isso posto, nego provimento aos agravos de instrumento e regimental.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.834-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Agravante: UNIÃO
Agravados: RENÊ GARCEZ MOREIRA E CÔNJUGE
Advogado: DR. PAULO FERREIRA ROLIM (AGRDOS.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA, INCOMPETÊNCIA RELATIVA E ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. REMOÇÃO A PEDIDO. PRINCÍPIO DA UNIDADE FAMILIAR. AGRAVO INOMINADO CONTRA A NEGATIVA DE EFEITO SUSPENSIVO.

- O douto Juiz Federal, ao despachar no feito sem declinar da competência, deu-se por competen-

te para decidir a lide. Os autores, ora agravados, ingressaram em juízo com uma ação ordinária contra a União, ora agravante. Nesse passo, o art. 109, § 2º, da Constituição, faculta que as causas contra a União sejam ajuizadas “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”. Trata-se, pois, de regra de competência absoluta que não pode ser derogada por lei.

- Já as preliminares de incompetência relativa e de ilegitimidade ativa para a causa não foram objeto de apreciação na interlocutória sub judice, pelo que não podem ser apreciadas em sede de agravo de instrumento.

- Preliminares rejeitadas.

- A remoção a pedido é um direito do servidor, desde que verificada qualquer das hipóteses dos incisos II e III do art. 36 da Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela Lei nº 9.527/97, o que não ocorre in casu.

- O princípio da unidade familiar (CF, art. 226) não pode ser interpretado de forma isolada, antes deve sê-lo em conjunto com os demais princípios e normas constitucionais, tais como os princípios da independência dos poderes e da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, além do princípio da legalidade. Ademais, o art. 36 da Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela Lei 9.527/97, dá albergue ao princípio da unidade familiar, compatibilizando, nos casos previstos no inciso III, os interesses e conveniências familiares com os interesses e conveniências da Administração.

- Precedente do STF.

- Agravo de instrumento provido e agravo inominado prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, por maioria, dar provimento ao agravo de instrumento, julgando prejudicado o agravo regimental, vencido o Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 5 de novembro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União em face dos cônjuges Renê Garcez Moreira e Emília Maria de Lavor Garcez, a fim de reformar a decisão que, com fulcro no art. 36 da Lei nº 8.112/90, sem as alterações dadas pela Lei nº 9.527/97, e no princípio da unidade familiar (CF, art. 226, *caput*), deferiu a tutela antecipada em ação ordinária, objetivando a remoção do agravado da AGU em Brasília - DF para a AGU em Fortaleza - CE, onde residem sua mulher e dois filhos menores.

Argüiu, preliminarmente, incompetência absoluta, incompetência relativa e ilegitimidade *ad causam* ativa dos agravados. No mérito, ausência de requisito para a antecipação da tutela, inexistindo a verossimilhança do direito alegado pelos agravados, ante a falta de amparo jurídico para a pretensão, sendo-lhe inaplicável o art. 36, parágrafo único, III, a, da Lei nº 8.112/90.

Negado o efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Inconformada, a União interpôs agravo inominado.

Os agravados apresentaram contraminuta, pugnando pela manutenção da decisão do MM. Juízo *a quo*.

É o relatório.

VOTO - PRELIMINAR

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

1. Incompetência absoluta

O douto Juiz Federal, ao despachar no feito sem declinar da competência para outro juízo, nada obstante a omissão em declarar, deu-se implicitamente por competente para decidir a lide.

Inconformada, a agravante alega que, da conjugação do art. 1º da Lei nº 9.494/97 com o art. 1º, § 1º, da Lei 8.437/92, exsurge a assertiva de que não é cabível a antecipação de tutela no juízo de primeiro grau quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal e que, conforme o art. 105, I, *b*, da Constituição, combinado com o art. 28, parágrafo único, do Decreto 4.118/02, quando o fato impugnado for de atribuição do Advogado-Geral da União, que tem *status* de ministro de estado, a competência é do Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, é de se notar que os autores, ora agravados, ingressaram em juízo com uma ação ordinária contra a União, ora agravante, e não com um mandado de segurança contra a autoridade administrativa máxima da AGU. Nesse passo, o art. 109, § 2º, da Constituição, faculta que as causas contra a União sejam ajuizadas “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”.

Trata-se, pois, de regra de competência de Direito Processual Constitucional que não pode ser derogada por lei processual ordinária.

2. Incompetência relativa e ilegitimidade ativa *ad causam*

Já as preliminares de incompetência relativa e de ilegitimidade ativa para a causa, também suscitadas pela agravante, não foram objeto de apreciação na interlocutória *sub judice*, noticiando os autos, inclusive, que a incompetência relativa foi alvo de exceção própria, pendente de apreciação no juízo de primeiro grau, pelo que não

podem ser apreciadas em sede de agravo de instrumento, sob pena de supressão de instância.

Com esses fundamentos, voto pelo não acolhimento das preliminares suscitadas no agravo regimental.

VOTO - MÉRITO

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

A questão gira em torno do pedido de um Advogado da União e sua mulher, ora agravados, objetivando a remoção do primeiro da AGU em Brasília - DF para a AGU em Fortaleza - CE, embasada no art. 36 da Lei nº 8.112/90 e no princípio da unidade familiar (art. 226 da Constituição), remoção esta indeferida administrativamente.

A remoção a pedido é um direito do servidor, desde que verificada qualquer das hipóteses dos incisos II e III do art. 36 da Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela Lei nº 9.527/97, *in verbis*:

“Art. 36. A remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidade de remoção:

I - de ofício, no interesse da Administração;

II - a pedido, a critério da Administração;

III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração:

a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração;

b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial;

c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for su-

perior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados”.

A remoção a pedido a critério da Administração (inciso II do art. 36 da Lei nº 8.112/90) é subordinada ao juízo discricionário de conveniência e oportunidade da Administração, constituído mérito administrativo, impossível de determinação pelo Judiciário.

No caso, haja vista o indeferimento do requerimento administrativo e as razões do agravo de instrumento, não há interesse da Administração na remoção do agravado, que, assim, não pode se beneficiar da remoção prevista no inciso II do artigo supratranscrito.

A remoção a pedido independentemente do interesse da Administração (inciso III do art. 36 da Lei nº 8.112/90) também não pode ser deferida ao agravado, que pretende sua remoção para acompanhar cônjuge que, juntamente com os filhos do casal, mudou de residência a fim de assumir cargo de professor em virtude de aprovação em concurso público, não configurando, portando, servidor público deslocado no interesse da Administração.

No que pertine ao dito princípio da unidade familiar expresso no art. 226 da Constituição, este não pode ser interpretado de forma isolada, antes deve sê-lo em conjunto com os demais princípios e normas constitucionais, tais como os princípios da independência dos poderes e da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, além do princípio da legalidade, posto que o método de interpretação constitucional não deve ser tópico, mas sim sistemático.

Não me parece razoável, pois, que o princípio da unidade familiar tenha por consequência deixar o funcionamento da Administração Pública à mercê da disponibilidade dos servidores casados de serem lotados apenas nos órgãos administrativos situados no âmbito territorial de suas residências.

Ademais, o art. 36 da Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela Lei nº 9.527/97, dá albergue ao princípio da unidade familiar, compatibilizando, nos casos previstos no inciso III, os interesses e conveniências familiares com os interesses e conveniências da

Administração. Destarte, somente nas hipóteses de remoção previstas nas alíneas *a*, *b* e *c* desse inciso, atendidos os requisitos legais, é que o princípio da unidade familiar condiz com o princípio da supremacia do interesse público, posto que só por má exegese é dado perceber conflito entre princípios constitucionais, com supremacia de um sobre o outro, o que seria apenas aparente, e não verdadeiro.

Outro não foi o entendimento da egrégia Corte Constitucional ao apreciar a aplicação do art. 36 da Lei nº 8.112/90, **na redação anterior à Lei nº 9.527/97**, e do princípio da unidade familiar (Cf, art. 226) em casos semelhantes ao presente. É o que revela a ementa do julgamento, unânime, proferido pelo seu Tribunal Pleno no Mandado de Segurança nº 21893/DF, a seguir colacionada:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REMOÇÃO. ACOMPANHAMENTO DE CÔNJUGE OU COMPANHEIRO. AUSÊNCIA DE VAGAS. INDEFERIMENTO DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. Diante da impossibilidade de serem conciliados, como se tem na espécie, os interesses da Administração Pública, quando a observância da lotação atribuída em lei para seus órgãos, com os da manutenção da unidade familiar, é possível, com base no art. 36 da Lei nº 8.112/90, a remoção do servidor-impetrante para o órgão sediado na localidade onde se encontra lotada a sua companheira, independentemente da existência de vagas. Mandado de segurança deferido”. (STF, Tribunal Pleno, MS-28193/DF, Rel. Ilmar Galvão, julg. 29/09/94, unân., *DJ* 02/12/94, p. 33198).

Cumpre trazer à baila, ainda, os seguintes excertos do voto do Ministro Relator do indigitado mandado de segurança:

(...) O impetrante requereu sua remoção em vista de sua companheira encontrar-se no exercício do cargo de Auditora do Tesouro Nacional em Fortaleza, após ter sido transferida de Uruguaiana, em virtude das condições de saúde dos filhos do casal,

que não se adaptaram ao clima frio do sul do país. A autoridade impetrada indeferiu o pedido, com base na alegação fundamental de que a Secretaria de Controle Externo - SECEX, sediada em Fortaleza/CE, encontrava-se sem vagas e já com excesso de servidores, além de pendência de pedidos de remoção anteriores ao do próprio impetrante, indicando-lhe como opção a cidade do Recife.

(...)

A douta Procuradoria-Geral da República questiona esta interpretação do ato impetrado, aduzindo os seguintes argumentos (fls. 78/81):

‘Neste passo, a signatária deste Parecer deve dizer que, em caso precedente semelhante – o MS 21.779-5/160-DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, no qual se cuidava da remoção por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente, condicionada à comprovação por junta médica (art. 36, parágrafo único), parte final, da Lei nº 8.112/90) –, teve o ensejo de emitir manifestação assim erentada:

“Parágrafo único, parte final, do art. 36 da Lei nº 8.112/90: disposição em que o legislador, uma vez satisfeito o requisito exigido – ‘comprovação por junta médica’ –, optou por proteger a saúde da família do servidor, ainda que em detrimento dos interesses e das conveniências da Administração Pública”.

Outra não parece ser a situação relatada nestes autos, embora aqui se trate da hipótese prevista na primeira parte do **parágrafo único do art. 36 da Lei nº 8.112, de 1990:**

“Parágrafo único. Dar-se-á a remoção a pedido, para outra localidade, independentemente de vaga, para acompanhar cônjuge ou companheiro, ou por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente, condicionada à comprovação por junta médica”’.

(...)

A controvérsia forma-se em meio a um confronto entre os princípios da tutela à família e da supremacia do interesse público, calcado na observância das normas de lotação criadas para o atendimento das necessidades de serviço.

Cada uma das partes invoca a precedência do princípio que a favorece para pôr à sombra a eficácia do outro, **sendo a situação do impetrante adotada pelo duto parecer, que tem como argumento essencial o reconhecimento pelo próprio legislador da supremacia da unidade da família, a prescrever que a remoção, para acompanhamento do cônjuge ou companheiro, não depende da existência de vagas (parágrafo único do art. 36 da Lei nº 8.112/90).**

Embora a tutela à família, num conceito mais estrito, fosse expressa também na Constituição anterior (art. 175), não teve a legislação estatutária vigente sob sua égide alcance tão amplo como a atual, já que a remoção era admitida apenas no caso do outro cônjuge ter sido transferido *ex officio* e no novo local de lotação houver repartição do serviço público centralizado ou de autarquia federal, sendo que, ausente este último requisito, cabível apenas a licença sem vencimento ou remuneração (art. 115 da Lei nº 1.711/52 com a redação da Lei nº 4.854/65).

Na Lei nº 8.112/90, o legislador foi além, ao deixar de exigir a transferência compulsória do outro cônjuge e de fixar, como regra geral, a licença sem vencimentos, pois possibilitou que a remoção fosse deferida, independentemente de vagas naquele local para onde foi deslocado o cônjuge ou companheiro a quem pretende acompanhar.

Com isto, consagrou-se, como afirmado pelo parecer, a prevalência da tutela à família sobre o interesse público, que se consubstancia na observância

da lotação atribuída em lei para cada órgão, em vista às necessidades e condições de eficiência do serviço público.

Ante o exposto, o meu voto é no sentido de acolher o parecer, para o fim de deferir a segurança". (Grifos nossos).

Observe-se que o caso apreciado na oportunidade pelo Supremo guarda perfeita pertinência com a legislação vigente à época (art. 36, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90), mas não com a atualmente modificada pela Lei nº 9.527/97.

Logo, pelo método histórico-sistemático acima dissertado, impõe-se a interpretação restrita do direito questionado, concluindo-se que o servidor, para fazer jus à remoção a pedido, deve se enquadrar nos incisos II ou III do art. 36 da Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela Lei nº 9.527/97, o que não é o caso do agravado.

Por essas razões, dou provimento ao agravo de instrumento e julgo prejudicado o agravo regimental.

É o meu voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 44.980-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA

Agravante: UNIÃO

Agravada: LUCÍDIA HELENA MATOS FONTENELE

Advogado: DR. MARCOS MACHADO FIÚZA (AGRDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO. ART. 36, III, DA LEI 8.112/90. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. PRECEDENTE DO STF E STJ.

- A remoção a pedido do servidor se dá em duas hipóteses: uma, a critério da Administração, e a outra, para localidade diversa, independentemente do interesse da Administração, atendidos

os requisitos externados nas alíneas do inciso III do artigo 36 da Lei nº 8.112/90.

- Hipótese em que a decisão atacada não deferiu a remoção, tão-somente, determinou, como medida de cautela, que a servidora exercesse suas atividades no TRT da 7ª Região em Fortaleza/CE.

- Ressalvado o entendimento pessoal do Relator, que atribui ao dispositivo citado, em face da supremacia do interesse público sobre o privado, interpretação restritiva, há que ser assegurado à servidora, provisoriamente, o exercício de suas atividades junto ao TRT da 7ª Região, por motivo de saúde, em conformidade com inteligência esposada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal. Precedente jurisprudencial.

- Agravo de instrumento improvido e regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, negar provimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o regimental, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 19 de novembro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

A União interpôs agravo de instrumento contra decisão que concedeu parcialmente antecipação de tutela para que a recorrida possa provisoriamente prestar serviços junto ao TRT da 7ª Re-

gião, em Fortaleza/CE.

A recorrente alega, em síntese, que os requisitos ensejadores da medida de urgência encontram-se ausentes, pois a lei de regência não permite a remoção de servidor entre diferentes Quadros de Pessoal. Aduz, ainda, que a decisão ofende os princípios constitucionais insculpidos nos arts. 2º, 61, § 1º, II, c e 96, I, e, f, da CF/88, bem como no art. 36 da Lei nº 8.112/90.

Em decisão de fls. 33/34, foi indeferido pedido para emprestar efeito suspensivo ao recurso, contra a qual foi interposto agravo regimental de fls. 36/38.

Devidamente intimada, a recorrida apresentou contra-razões (fls. 40/49).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator):

O pedido da recorrente é no sentido de ver reformada decisão que concedeu tutela antecipada assegurando à recorrida o direito de prestar provisoriamente serviços junto ao TRT da 7ª Região, em Fortaleza/CE.

O instituto da remoção está disciplinado no art. 36 da Lei nº 8.112/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.527/97, que assim dispõe:

“Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidade de remoção:

(...)

III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração:

a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da

Administração;

b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial;

c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados”.

Conforme já tive oportunidade de me pronunciar ao analisar matéria semelhante, em sede de agravo de instrumento, o referido dispositivo deve ser interpretado restritivamente, de forma a não ferir o princípio da primazia do interesse público sobre o particular.

In casu, a recorrida pleiteou a sua remoção do TRT da 19ª Região, com sede em Maceió-AL, para o TRT da 7ª Região, em Fortaleza/CE, em virtude de ali residir junto com sua família, bem como pelo fato de sofrer de um mal (diabetes *mellitus* tipo I - fls. 50/55), cujos instrumentos de tratamento deverão ser administrados pelo especialista que os implantou na paciente, podendo ser prejudicado, caso haja necessidade de mudança para a cidade de Maceió/AL.

Na verdade, a opção da recorrida situa-se entre atender ao reclamo da Administração e exercer suas atividades na cidade de Maceió/AL, caso em que ganharia o interesse público em detrimento do tratamento de saúde, que restaria danificado em razão de sua interrupção, ou abdicar do serviço público para salvar a continuidade da terapia em comento, caso em que os prejuízos econômicos seriam visíveis e insuportáveis diante da conhecida dificuldade de se conseguir colocação no mercado de trabalho.

A saúde, nos termos do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, foi assentada como direito social fundamental do cidadão, merecendo proteção do Estado. Entretanto, a proteção ali conferida visa primordialmente à garantia de mecanismos governamentais que possibilitem uma satisfatória assistência terapêutica aos necessitados, não podendo ser aplicada de forma absoluta, mas em harmonia com os demais preceitos constitucionais, mormen-

te aqueles referentes à supremacia do interesse público e demais princípios que norteiam a administração pública.

Embora sejam esses, em síntese, os argumentos que lastreavam o entendimento por mim já adotado, curvo-me a inteligência esposada pelo colendo Supremo Tribunal Federal e pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, os quais, em casos que tratavam da proteção ao direito constitucional da unidade familiar, perfilharam opiniões opostas, senão vejamos:

“CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REMOÇÃO. ACOMPANHAMENTO DE CÔNJUGE OU COMPANHEIRO. AUSÊNCIA DE VAGAS. INDEFERIMENTO DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Diante da impossibilidade de serem conciliados, como se tem na espécie, os interesses da Administração Pública, quanto à observância da lotação atribuída em lei para seus órgãos, com os da manutenção da unidade da família, é possível, com base no art. 36 da Lei nº 8.112/90, a remoção do servidor-impetrante para o órgão sediado na localidade onde já se encontra lotada a sua companheira, independentemente da existência de vagas.

2. Mandado de segurança deferido”. (STF, Pleno, MS 21893-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 02/12/1994, p. 33198).

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REMOÇÃO DE SERVIDORA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE, TAMBÉM SERVIDOR DO PODER JUDICIÁRIO. PREVISÃO LEGAL. ART. 814 DA LEI Nº 5.256/66. ATO VINCULADO. UNIDADE FAMILIAR COMO BEM TUTELADO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. O art. 814 da Lei Estadual nº 5.256/66 (Estatuto dos Servidores da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul) prevê, expressamente, que será ‘removida,

para a sede onde residir o marido, a funcionária pública casada com servidor da Justiça, sem prejuízo de quaisquer direitos e vantagens'. Logo, não tem a mesma natureza discricionária e sequer exige que a transferência do cônjuge se dê *ex officio*. Ao contrário, é objetiva e cogente, resultando na vinculação da Administração.

2. Não há que se falar, no caso *subjudice*, em prevalência do interesse público sobre o particular, porquanto o bem maior a ser tutelado é a união e a manutenção da própria instituição familiar, esta tida como *fons vitae* e organização *mater*, devendo se sobrepor a qualquer outra forma de organização existente. Inteligência do art. 226 da Constituição Federal.

3. Precedentes do STF (MS nº 21.893, Rel. Min. Ilmar Galvão).

4. Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão *a quo*, conceder a ordem e determinar a remoção da impetrante-recorrente para a Comarca de Pelotas, no cargo de Assistente Social Judiciário, independentemente de vaga, observando-se, neste caso, o parágrafo único do art. 814 da Lei nº 5.256/66.

5. Custas *ex leges*. Sem honorários a teor das Súmulas 512/STF e 105/STJ". (STJ, 5ª Turma, ROMS 11767//RS, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 16/04/2001). (Grifei).

Com efeito, a Suprema Corte abraçou tese favorável de que se deve proteger a família do servidor, ainda que em detrimento do interesse e da conveniência da Administração Pública, independentemente de vaga, para, assim, manter a unidade familiar consagrada na Lei Ápice.

Destarte, uma vez conferida ao art. 36 da Lei nº 8.112/90 uma interpretação extensiva, o risco de lesão irreparável é inegável, haja vista que a recorrida é portadora de diabetes *mellitus* tipo I, necessitando de acompanhamento médico (fls. 50/55), sendo salutar a continuidade do tratamento pela equipe que já a acompanha, bem

como a assistência de sua família.

Assim sendo, ressaltando meu ponto de vista acerca da matéria, entendo que a medida antecipatória deve ser mantida, como medida de cautela, de modo a garantir a proteção constitucional à família e, por extensão, à saúde, diante dos pronunciamentos favoráveis da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça.

Registre-se que a decisão atacada não ordenou a remoção da servidora, tão-somente, determinou que, provisoriamente, a mesma pudesse exercer sua atividade no órgão para o qual manifestou sua pretensão, de modo que ostenta caráter cautelar, mostrando-se razoável sua permanência até o julgamento final da ação.

Outrossim, não vislumbro ofensa aos princípios constitucionais inculpidos nos arts. 2º, 61, § 1º, II, c e 96, I, e, f, da CF/88, pois o *decisum sub examine*, como afirmado acima, não enfrentou a matéria de modo definitivo. Portanto, em princípio, não há atrito entre a ordem contida naquele comando judicial e os dispositivos da Lei Maior aqui elencados, mormente considerando a referida interpretação extensiva que o colendo STF conferiu ao art. 36 da Lei nº 8.112/90.

Necessário se faz registrar que, em face do julgamento do recurso ora examinado, resta prejudicado o agravo regimental.

Com essas considerações, nego provimento ao agravo de instrumento e julgo prejudicado o regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO
Nº 3.041-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLI-
ANO
Agravante: UNIÃO
Agravado: ÁLVARO LUIZ PEREIRA
Advogados: DRS. ALEXANDRE AUGUSTO SANTOS DE VAS-
CONCELOS E OUTRO (AGRDO.)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO ENTRE ATO DA PRESIDÊNCIA, QUE SUSPENDEU OS EFEITOS DE LIMINAR PROLATADA NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO, E DECISÕES POSTERIORES DO RELATOR E DA TURMA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO, QUE MANTIVERAM OS EFEITOS DE ATO LIMINAR DO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. PREVALÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS, EM DETRIMENTO DA DECISÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DO PRESIDENTE DO COLEGIADO. ORIENTAÇÃO PACIFICADA NO TRIBUNAL PLENO.

- “As decisões do Relator, da Turma ou do Pleno são judiciais, prevalecendo sempre sobre as decisões do Presidente em Suspensão de Segurança ou Petição de Presidência que são de natureza administrativa ou política”. (Diretriz fixada pelo Pleno na sessão realizada no dia 21/08/2002).

- Prevalência das decisões proferidas pelo Relator e pela Turma no Agravo de Instrumento nº 43154/PE, mercê das quais foram restabelecidos os efeitos da liminar outorgada no Primeiro Grau de Jurisdição, em detrimento de ato posterior da Presidência que suspendera os efeitos daquele mesmo ato.

- Questão de ordem rejeitada. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide o Plenário do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, vencido o Relator, rejeitar a questão de ordem e, no mérito, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 30 de outubro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

A União maneja agravo regimental contra decisão da Presidência que reconsiderou a decisão de fls. 108/110, para revigorar os efeitos da medida liminar prolatada no Primeiro Grau de Jurisdição (que assegurara a permanência do agravado - militar da ativa - em Pernambuco, subtraindo, portanto, os efeitos do ato administrativo que determinara sua remoção para o Rio de Janeiro).

A decisão de fls. 108/110 havia restabelecido os efeitos da decisão proferida na petição em epígrafe, pelo então Presidente deste Tribunal, Desembargador Federal José Maria Lucena, mercê da qual foram suspensos os efeitos da já referida medida liminar monocrática.

A egrégia 2ª Turma do Tribunal negou provimento ao AGTR nº 33751/PE, que havia sido desafiado, simultaneamente, pela União, para suspender a liminar, reconhecendo, portanto, a legalidade e juridicidade da decisão monocrática favorável ao ora agravado.

Confrontando-se com duas decisões aparentemente conflitantes (a da 2ª Turma, que mantivera a liminar e a da Presidência, que suspendera os efeitos daquele mesmo ato), a Juíza Federal da 12ª Vara de Pernambuco decidiu prestigiar a última.

Irresignado com tal decisão, o ora agravado interpôs o AGTR

nº 43154/PE, ao qual se fez emprestar, pelo Relator, efeito suspensivo positivo, de sorte a garantir-se ao militar agravado o retorno e a permanência em Pernambuco, até o deslinde final da pendência (essa decisão, ao depois, veio de ser confirmada pelo colendo Órgão Fracionário).

Em louvor às orientações emanadas do egrégio Plenário desta Corte, na sessão realizada em 21/08/2002, relativas aos conflitos de decisões, nas quais se entendeu que as decisões de Relator ou de Órgão Fracionário deste Sodalício prevaleceriam sempre sobre as decisões da lavra do Presidente, prolatadas em suspensão de segurança ou em petições, optei por reconsiderar a decisão dantes proferida, de sorte a que prevalecessem os efeitos do ato do Relator lançado no agravo de instrumento.

Pugna a União pela reforma do *decisum* sob enfoque e, em conseqüência, pela reforma das orientações do Pleno sobre os conflitos de decisões, com arrimo nas seguintes teses:

a) o agravo de instrumento e o pedido de suspensão são instrumentos legais distintos, que podem ser manejados simultaneamente contra decisão interlocutória concessiva de liminar, porque possuem requisitos próprios, têm campos de análise e atuação diferentes, a teor do art. 4º, §§ 5º e 6º, da Medida Provisória nº 2.180/2001;

b) a decisão do Presidente do Tribunal que suspende a liminar deve prevalecer porque se ocupa da perspectiva de grave lesão à ordem pública, independentemente da discussão sobre a legalidade ou ilegalidade do ato judicial singular, que será travada no agravo de instrumento;

c) as orientações oriundas do eg. Plenário, inicialmente referidas, afrontam diversos dispositivos da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001, que vige com força de lei, dentre os quais os do § 9º do art. 4º, que estabelece: “a suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal”.

É, no que importa, o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO (Relator):

Cumpra saber se subsiste eficaz o ato da Presidência, em face da decisão proferida pelo Relator do Agravo de Instrumento nº 43154/PE, desafiado pela ora agravante, na qual foram restabelecidos os efeitos do ato praticado no primeiro Grau de Jurisdição.

O egrégio Plenário deste Sodalício, em sessão realizada em 21/08/2002, fixou orientações relativas aos conflitos de decisões, entendendo que **“As decisões do Relator, da Turma ou do Pleno são judiciais, prevalecendo sempre sobre as decisões do Presidente em suspensão de segurança ou petição de presidência, que são de natureza administrativa ou política”**.

E, ainda, que **“Prevalecerá a decisão do Relator, da Turma ou do Pleno mesmo que posterior à do Presidente”**.

Portanto, e em que pese o entendimento que sustentei na questão de ordem rejeitada pelo eg. Plenário, parece-me não merecer qualquer reproche a decisão agravada, que reconsiderou a decisão de fls. 108/110 e revigorou, portanto, os efeitos da medida liminar lavrada no Juízo monocrático, afirmação que faço, reinsisto, em louvor às diretrizes fixadas pelo Plenário, sobre conflitos de decisões.

Afinal, se as análises feitas pelo Relator e pela Turma concluíram pela presença dos pressupostos autorizativos da outorga da medida liminar que veio de beneficiar o ora agravado – e essas decisões ostentam, não há dúvida, natureza eminentemente jurídica –, não de prevalecer, tal como decidiu o Pleno do Tribunal, sobre quaisquer outras que enverguem natureza distinta, inda quando oriundas da Presidência do Colegiado.

Portanto, em face de tais orientações, repriso, por vez derradeira, deve ser prestigiada a decisão do Relator e da Turma no Agravo de Instrumento nº 43154/PE, desafiado pelo ora agravado, nas quais foram restabelecidos os efeitos da liminar deferida no Primeiro Grau de Jurisdição, em detrimento do ato anterior da Presidência. Tanto basta, é o que se deve concluir, para que se negue,

tal como estou a fazer, provimento ao agravo regimental.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 45.510-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
Agravante: USINA SANTA CLOTILDE S/A
Agravada: FAZENDA NACIONAL
Advogados: DRS. PAULO HENRIQUE FALCÃO BREDA E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. PROGRAMA DE EQUALIZAÇÃO DOS CUSTOS DE PRODUÇÃO DA CANA-DE-AÇÚCAR DA REGIÃO NORDESTE. BLOQUEIO DA VERBA. ATIVO CIRCULANTE DA EMPRESA. INDISPONIBILIDADE VEDADA. EXECUÇÃO JÁ GARANTIDA.

- Inexistência de ato da devedora em fraude à execução, ou que demonstre real intenção de eximir-se do pagamento do débito.

- A verba recebida do programa de equalização dos custos de produção da cana-de-açúcar do Nordeste visa a recompor o ativo circulante da agroindústria canavieira nordestina, que sofreu perdas nas safras 1999/2000, 2000/2001 e 2001/2002, em virtude dos preços praticados pela política econômica governamental.

- Cautelar fiscal incabível.

- Agravo regimental provido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 12 de dezembro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

A Usina Santa Clotilde S/A interpõe agravo regimental contra a decisão proferida neste agravo de instrumento, que indeferiu pedido de liminar substitutiva, visando ao desbloqueio do valor depositado à conta do Juízo, na importância de R\$ 5.294.782,88 (cinco milhões, duzentos e noventa e quatro mil, setecentos e oitenta e dois reais e oitenta e oito centavos), que seria creditada em favor da agravante, por conta do Programa de Equalização dos Custos da Produção na Cana-de-Açúcar da Região Nordeste, cuja indisponibilidade fora determinada pelo MM. Juiz Federal Substituto, respondendo pela 5ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas, na medida cautelar fiscal ajuizada pela Fazenda Nacional.

Alega que a concessão de medida cautelar fiscal, prevista na Lei nº 8.397/92, tem por fundamento a proteção da Fazenda contra atos do devedor, que importem fraudar a execução ou comprometer o seu patrimônio, a ponto de impossibilitar a cobrança do crédito tributário.

Sustenta, ainda, que referido crédito constitui ativo circulante da empresa, e a referida Lei nº 8.397/92 só prevê a indisponibilidade dos bens que compõem o ativo permanente da pessoa jurídica devedora.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

A Lei nº 8.397/92, que instituiu a medida cautelar fiscal, dispõe:

“Art. 2º. A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou

não tributário, regularmente constituído em procedimento administrativo, quando o devedor:

I - sem domicílio certo, intenta ausentar-se ou alienar bens que possui ou deixa de pagar a obrigação no prazo fixado;

II - tendo domicílio certo, ausenta-se ou tenta se ausentar, visando a elidir o adimplemento da obrigação;

III - caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr seus bens em nome de terceiros ou comete qualquer outro ato tendente a frustrar a execução judicial da Dívida Ativa;

IV - notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal vencido, deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se garantida a instância em processo administrativo ou judicial;

V - possuindo bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembaraçados, de valor igual ou superior à pretensão da Fazenda Pública”.

A situação em exame não se enquadra em nenhuma das hipóteses de incidência da norma acima, considerando, ainda, que elas são exaustivas.

Inexiste qualquer ato da devedora que caracterize fraude à execução, ou que demonstre, concretamente, sua intenção de eximir-se do pagamento do débito, pelo que descabe a medida cautelar fiscal prevista na referida Lei nº 8.397/92.

Foram opostos embargos a todas as execuções fiscais ajuizadas pela Fazenda Nacional contra a agravante, o que leva a concluir estar seguro o Juízo, com a penhora de bens garantindo-as - fls. 49.

O crédito repassado pela União, mantido indisponível pela decisão ora agravada, é decorrente da política de equalização de custos da produção da cana-de-açúcar da Região Nordeste, desenvolvida para amenizar os efeitos das más condições climáticas, de relevo e até estruturais existentes em relação à produção

da cana-de-açúcar em outras regiões brasileiras, visando à diminuição das desigualdades regionais observadas na Federação Brasileira.

Tal crédito resulta da equalização dos custos de safras passadas (1999/2000, 2000/2001 e 2001/2002 - Decreto nº 4.267/2002, que regulamentou os arts. 7º e 8º da Lei nº 10.453/2002), e constitui ativo circulante da empresa, responsável pelo funcionamento de suas atividades, e, portanto, fora da regra de indisponibilidade prevista no art. 4º, § 1º, da Lei nº 8.397/92:

“Art. 4º A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação.

§ 1º. Na hipótese de pessoa jurídica, **a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente**, podendo, ainda, ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, ao tempo:

- a) do fato gerador, nos casos de lançamento de ofício;
- b) do inadimplemento da obrigação fiscal, nos demais casos”. (Grifei).

Esta Terceira Turma, em acórdão recente lavrado pelo Des. Federal Auxiliar Élio Siqueira, assim decidiu:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REPASSE DE RECURSOS DO PROGRAMA DE EQUALIZAÇÃO DE CUSTOS DA CANA-DE-AÇÚCAR. CRÉDITO PRESUMIDO. BLOQUEIO. DÉBITO GARANTIDO POR PENHORA. PRINCÍPIO DA EXECUÇÃO MENOS GRAVOSA.

1. Considerando que a execução deve ser conduzida da forma menos gravosa para o devedor, não se justifica que a penhora de equipamentos da executada seja objeto de substituição por numerário alusivo a repasses do Programa de Equalização de Custos da Cana-de-Açúcar, quando não se demons-

trou que o valor de tais bens, quando da constrição, não era suficiente para a garantia do Juízo, nem que são de difícil alienação.

2. Igualmente não se cuida de hipótese que dê ensejo à indisponibilidade do patrimônio da executada, via medida cautelar fiscal, já que a empresa se encontra em funcionamento, podendo o Fisco lançar mão de outros mecanismos para buscar os seus créditos, sem inviabilizar o empreendimento.

3. Alguns dos débitos elencados pela agravante ainda não são líquidos, certos e exigíveis, estando em cobrança administrativa ou tendo sido parcelados, inexistindo prova de que, quanto àqueles que já foram inscritos em Dívida Ativa e estão sendo cobrados judicialmente, não há garantia por penhora ou depósito em dinheiro, nem o risco de insolvência.

4. Não se pode olvidar que o citado Programa foi criado com o objetivo de viabilizar a concorrência entre as usinas do Nordeste e as do Centro-Sul, permitindo, assim, a sobrevivência do setor, que, bem ou mal, tem assegurado milhares de empregos e movimentado a economia de cidades inteiras, não podendo ser desvirtuado com o emprego dos recursos com outros objetivos, que não o de reduzir as desigualdades regionais.

5. Agravo de instrumento improvido. Agravo regimental prejudicado". (AGTR nº 45.275 – AL, jul. 26/11/2002).

Essa mesma linha vem sendo adotada pelos Srs. Desembargadores Federais Paulo Roberto de Oliveira (AGTR nº 45.628 -AL) e Paulo Machado Cordeiro (Convocado) (AGTR nº 45.630 - AL).

A concessão de efeito suspensivo a agravo de instrumento impõe-se quando relevante a fundamentação e presente o perigo da demora com a possibilidade de lesão grave de difícil reparação, nos termos do art. 527, II, c/c o art. 558, *caput*, ambos do Código de Processo Civil.

Com essas considerações, presentes os requisitos, dou pro-

vimento ao agravo regimental e defiro o pedido de efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 120.071-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
Apelante: UNIÃO
Apelada: MARIA CILENE DOS SANTOS
Advogados: DRS. VERA LÚCIA DE ORANGE LINS DA FONSECA E SILVA E OUTROS (APDA.)

EMENTA: USUCAPIÃO DE DOMÍNIO ÚTIL. TERRENO DE MARINHA. PRELIMINAR REJEITADA. EXISTÊNCIA DE REGIME DE OCUPAÇÃO.

- Preliminar rejeitada: carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido.

- O domínio útil de terreno de marinha, sob o regime de aforamento pela União Federal, pode ser objeto de usucapião. Matéria sumulada – Súmula nº 17/TRF 5ª Região.

- Inexistente a enfiteuse, regularmente constituída, sendo o imóvel utilizado em regime de ocupação, improcede aquisição de domínio útil via usucapião, em razão da própria natureza precária e características do instituto.

ACÓRDÃO

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

Recife, 2 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

Trata-se de apelação da União Federal contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que julgou procedente ação de usucapião de imóvel urbano edificado em terreno de marinha (domínio útil).

Argumenta, em síntese, preliminarmente, a carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido de usucapião de terreno da União, e, no mérito, a improcedência da aquisição do domínio útil do terreno de marinha, de propriedade da União, mediante usucapião, principalmente por estar o bem imóvel em questão sob o regime de simples ocupação.

Houve apresentação das contra-razões.

A douta Procuradoria Regional da República, em seu parecer, opina pelo provimento do recurso.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

A União suscitou a preliminar de carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido de usucapião de terreno acrescido de marinha. Rejeito-a, porque, na verdade, o que pretende a presente ação é o usucapião de domínio útil de terreno acrescido de marinha, pertencente à União Federal, e não usucapir bem público.

Este eg. Tribunal Regional Federal, em inúmeros casos, já se posicionou no sentido de ser possível o usucapião de domínio útil de terreno de marinha:

“EMENTA: USUCAPIÃO DE DOMÍNIO ÚTIL DE TERRENO DE MARINHA JÁ SUBMETIDO AO REGIME DE AFORAMENTO PELA UNIÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

Não é juridicamente impossível o pedido formulado visando a usucapião do domínio útil de terreno de marinha aforado pela União.

A constituição de enfiteuse em favor do usucapiente é feita contra o particular até então enfiteuta. A pessoa jurídica de direito público (União) continua na condição de nua proprietária.

Apelação a que se dá provimento, para que, superada a extinção do processo sem exame do mérito, venha o feito a ter prosseguimento, com a realização de audiência de justificação prévia, a instrução regular do processo e o julgamento do mérito da causa”. (AC nº 62742-PE, Rel. Des. Federal Rivalvo Costa, j. 17.11.1994).

Inclusive editou o seguinte verbete de Súmula:

“Súmula nº 17. É possível a aquisição do domínio útil de bens públicos em regime de aforamento, via usucapião, desde que a ação seja movida contra particular, até então enfiteuta, contra quem operar-se-á a prescrição aquisitiva, sem atingir o domínio direto da União”.

Passo ao exame do mérito.

Argumenta a União que não há, nos presentes autos, qualquer prova da existência de aforamento relativo ao imóvel em questão. Assiste-lhe razão.

Foi certificado pela Gerência Regional do Patrimônio da União em Pernambuco o regime de ocupação do imóvel que se pretende usucapir, nos seguintes termos - fls. 143/144:

*“c) o Lote 11 da Quadra B, tratado no referido processo, tem como titular Argemiro Ramos Falcão;
d) o imóvel é acrescido de marinha (lote 11 total de marinha), em regime de ocupação, inscrito na GRPU/PE”.*

Assim, infere-se que o terreno em causa está registrado em regime de ocupação.

Inafastável o entendimento de que usucapião de domínio útil de terreno de marinha só é possível se realmente existir a dualidade dominial, regularmente estabelecida através do regime de aforamento.

A ocupação caracteriza-se pela precariedade e pela discricionariedade. Com base nesse instituto, não há que se falar em transferência de direito real ao particular. Não há que se perscrutar sobre domínio útil e domínio direto.

A existência de regime de ocupação constitui óbice à aquisição do domínio útil, via usucapião, como se pretende, em razão da própria natureza e característica do instituto.

Nesse sentido, esta eg. 3ª Turma decidiu recentemente:

“USUCAPIÃO DE DOMÍNIO ÚTIL DE TERRENO DE MARINHA. INEXISTÊNCIA DE AFORAMENTO. REGIME DE OCUPAÇÃO. MANUTENÇÃO DO *DECISUM*.

1. Admissível o usucapião do domínio útil de bem público utilizado sob regime de aforamento.

2. Caracterizada a mera ocupação, como é o caso dos autos, fica impossível a aquisição por usucapião.

3. Precedentes (TRF 5ª Região, 3ª Turma, AC 109723/PE, Rel. Des. Federal Ridalvo Costa, julg. 04/09/97, unân.; AC 077564/PE, Rel. Des. Federal Ridalvo Costa, julg. 04/05/95, unân. e STJ, 4ª Turma, REsp 149445/PE, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. 07/06/01, unân.).

4. Apelação improvida”. (AC 82.137-PE, Rel. Des. Federal Nereu Santos, j.18/12/2001, p. 21/05/2002, *DJU*, pág. 858).

Assim, por não haver registro de enfiteuse, prevalece a prova consubstanciada na certidão da Gerência Regional do Patrimônio da União, já citada, que indica a existência de regime de ocupação, não sendo possível, portanto, o usucapião pleiteado.

Com essas considerações, dou provimento à apelação e à remessa, e condeno a recorrida ao pagamento da verba honorária.

ria, no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (art. 20, § 4º, do CPC), observando-se as disposições do art. 12 da Lei 1.060/50, por ser a autora, ora apelada, beneficiária da gratuidade judiciária.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 136.139-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: ASCEDINO JOSÉ DOS SANTOS
Advogados: DRS. VALTER SANTOS E OUTROS (APTE.) E ERIVALDO GOMES OLIVEIRA E OUTROS (APDO.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE ESPOSA. ÓBITO OCORRIDO NA VIGÊNCIA DA ATUAL CONSTITUIÇÃO E ANTERIOR À LEI Nº 8.213/91. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA DO MARIDO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. DECRETO Nº 89.312/84. ARTS. 5º, I, E 201, V, DA CARTA MAGNA DE 1988.

- A distinção contida no Decreto nº 89.312/84, quanto à concessão de pensão previdenciária apenas a marido inválido, não foi recepcionada pela nova ordem constitucional, já que contraria expressamente o princípio constitucional da igualdade, albergado no art. 5º, I, corroborado no seu art. 201, V, ambos da CF/88, no que se refere às questões da Previdência Social.

- A dependência econômica do marido em relação à esposa é presumida. Não tendo o INSS produzido prova em sentido contrário, prevalecerá a regra constante do art. 12 do Decreto nº 89.312/84, c/c os arts. 5º, I, e 201, V, da Constituição Federal de 1988, fazendo jus o apelado à pensão por morte de sua ex-esposa.

- Ocorrido o óbito da esposa na vigência da Constituição de 1988, ante o disposto no seu art. 201, inciso V, assiste ao marido o direito a perceber a respectiva pensão previdenciária.**
- Precedentes jurisprudenciais do eg. TRF 1ª R e desta eg. Corte.**
- Apelação e remessa oficial improvidas.**

ACÓRDÃO

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

Recife, 14 de março de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA:

Trata-se de apelação cível interposta pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social contra sentença que julgou “procedente o pedido, reconhecendo do direito do autor de perceber a pensão requerida, a partir do óbito de sua esposa, condenando o réu no pagamento das prestações devidas e não atingidas pela prescrição quinquenal, acrescidas de correção monetária, na forma da Lei nº 6.899/81, e juros moratórios calculados a partir da citação, nos termos do art. 219 do Código de Processo Civil”. Condenou ainda o Instituto no pagamento de honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o total das prestações devidas.

No recurso, alega que “o pedido do requerido é completamente fora de propósito, tanto ao referir-se ao percentual que demonstra querer receber, quanto à sua pretensão de obter um benefício que não lhe pode ser concedido”; que, “tendo em vista o óbito da mesma ter ocorrido em julho de 1989, na vigência do Decreto nº 89.312 (RBPS), o percentual de pensão, se acaso fosse devido,

seria de 50% + 10% = 60%"; que "o benefício foi negado por falta de amparo legal, já que para o cônjuge do sexo masculino a pensão é devida para óbito ocorrido a partir de 05.04.91"; que o art. 201, V, da Carta Magna, "não é auto-aplicável, tendo sido regulamentado pela Lei nº 8.213/91, a qual é posterior ao óbito da segurada, não podendo, portanto, o recorrido se valer desse argumento para alcançar sua pretensão".

Nas contra-razões, o apelado afirma que "trata-se de um direito perfeitamente agasalhado pela Constituição Federal de 1988, seu art. 201, inciso V, e da superveniência da Lei nº 8.213/91, em seu art. 16 (...)".

A r. sentença está submetida ao reexame necessário, de acordo com o art. 10 da MP nº 1.561, de 19/12/96, e reedições, convertida na Lei nº 9.469, de 10/07/97.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA (Relator):

Trata-se de apelação cível contra sentença que julgou procedente o pedido do autor, concedendo-lhe o direito de receber a pensão por morte de sua ex-esposa.

A decisão monocrática não merece reforma.

Depreende-se dos autos que autor, ora apelado, pretendendo obter a pensão por morte de sua esposa, que faleceu em 08/07/89 (fls. 09), propôs a presente demanda, através da qual o Magistrado monocrático julgou procedente o pleito formulado, no sentido de que o INSS lhe concedesse a pleiteada pensão. Não se conformando com a decisão prolatada, o Instituto interpôs recurso para este egrégio Tribunal.

Com o intuito de demonstrar o seu direito ao benefício, o demandante juntou documentos idôneos para tal, ou seja: certidão de casamento (fls. 06), documento que vincula a falecida ao INSS (fls. 07) e a certidão de óbito (fls. 09).

Os artigos 10, I, e 12 do Decreto nº 89.312/84 estabeleciam

que:

“Art. 10. Consideram-se dependentes do segurado: I. a esposa, o marido inválido, a companheira mantida há mais de cinco (5) anos, o filho de qualquer condição menor de 18 (dezoito) anos ou inválido e a filha solteira de qualquer condição menor de 21 (vinte e um) anos ou inválida.

(...)

Art. 12. A dependência econômica das pessoas indicadas no item I do artigo 10 é presumida e a das demais deve ser provada”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ficou assegurada a igualdade de direitos entre homens e mulheres, desaparecendo, nas normas recepcionadas, as distinções exclusivamente de gênero, conforme estabelecem os arts. 5º, I, e 201, V, da Carta Magna, *in verbis*:

“Art. 5º (...)

I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

(...)”.

“Art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

(...);

V. pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no parágrafo 5º e no art. 202”.

Portanto, ficou demonstrado que a falecida era segurada da Previdência Social e que o apelado era seu esposo. Diante disso, e atentando-se para a correta interpretação das normas mencionadas, conclui-se que o direito à pensão foi demonstrado pela farta documentação colacionada aos autos, circunstância esta que admite prova em contrário.

Por outro lado, a Previdência se limitou apenas a afirmar que “o benefício foi negado por falta de amparo legal” e que “agiu dentro das suas normas internas, não indo de encontro ao art. 201, V,

da Lei Maior, como afirma o recorrido, pois o referido artigo não é auto-aplicável, tendo sido regulamentado pela Lei nº 8.213/91, a qual é posterior ao óbito da segurada, não podendo, portanto, o recorrido se valer desse argumento para alcançar sua pretensão”.

Em prol da tese esposada pelo autor, já decidiu o colendo TRF da 1ª Região, nos seguintes termos:

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DA ESPOSA. ÓBITO OCORRIDO NA VIGÊNCIA DA CF/88 E ANTERIOR À LEI Nº 8.213/91. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. APELAÇÃO IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

I. ‘Há direito do cônjuge sobrevivente de receber pensão por morte de sua esposa, a partir do falecimento ocorrido na vigência da CF/88 e anterior à edição da Lei nº 8.213/91, forte na regra constitucional do inciso I do art. 5º, assecuratória de igualdade entre os sexos e dotada de eficácia imediata indiscutível, por força, inclusive, do parágrafo do mesmo artigo, presumindo-se a ajuda mútua que caracteriza o vínculo matrimonial e a respectiva dependência econômica apenas pela comprovação de sua qualidade de de esposo’. (AC nº 95.04.13023-2/SC e AC nº 95.04.22659-0/RS).

II. A dependência econômica do marido em relação à esposa é presumida. Não tendo o INSS produzido prova em sentido contrário, prevalecerá a regra constante do art. 12 do Decreto nº 89.312/84, c/c os arts. 5º, I, e 201, V, da Constituição Federal de 1988, fazendo jus o apelado à pensão por morte de sua ex-esposa. (AC nº 95.04.13023-2/SC).

III. Apelação improvida.

IV. Sentença mantida”. (TRF-1ª R, AC nº 01189781/MG, Rel. Juiz Amílcar Machado, 1ª Turma, j. 02/06/2000, DJ 29/06/2000, pág. 19).

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE SEGURADA. MARIDO NÃO-INVÁLIDO. CF/88, ART. 201, INCISO V. LEI Nº 8.213/91.

1. Se a segurada faleceu após a vigência da CF/88, o marido não faz jus à percepção do benefício de pensão por morte, devendo as prestações correspondentes ser pagas a partir da Lei nº 8.213/91, quando regulamentada e prevista a fonte de custeio.
2. Apelo do INSS improvido”. (TRF-1ª R, AC nº 01138838/MG, Rel. Juiz Jirair Aran Meguerian, 2ª Turma, j. 23/04/98, DJ 09/11/98, pág. 229).

No mesmo sentido: TRF-1ª R, AC nº 01357580/MG, Rel. Juiz Leite Soares, 1ª Turma, j. 05/11/97, DJ 01/12/97, pág. 103830.

Não é outro o entendimento das 1ª e 2ª Turmas desta egrégia Corte. a teor das seguintes ementas:

“PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PENSÃO POR MORTE DA ESPOSA. ÓBITO ANTES DA LEI Nº 8.213/91, MAS NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A norma anterior à Lei nº 8.213/91 que assegurava a pensão por morte apenas ao marido inválido e indistintamente à esposa não foi recepcionada pela nova ordem constitucional instaurada com a Carta Magna de 1988.

2. Ocorrido o óbito da esposa na vigência da Constituição de 1988, ante o disposto no seu art. 201, inciso V, assiste ao marido o direito a perceber a respectiva pensão previdenciária, porém, com efeitos financeiros a partir da Lei nº 8.213/91.

3. Precedentes jurisprudenciais.

4. Apelação parcialmente provida”. (TRF-5ª, AC nº 119264/PB, Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde Cavalcante, 1ª Turma, j. 17/12/98, DJ 07/05/99, pág. 571).

“PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE PENSÃO. MARIDO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. ART. 5º, I, C/C ART. 201, V, DA CF/88. APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.213/91 E SUAS ALTERAÇÕES POSTERIORES. POSSIBILIDADE.

1. A distinção contida no Decreto nº 89.312/94, quanto à concessão de pensão previdenciária apenas a

- marido inválido, contraria expressamente o princípio constitucional da igualdade, albergado no art. 5º, I, corroborado no seu art. 201, V, ambos da CF/88, no que se refere às questões da Previdência Social.
2. Não obstante o óbito da ex-segurada, instituidora da pensão, ter ocorrido antes da vigência da Lei nº 8.213/91, bem como da Lei nº 9.032/95, o benefício em questão deverá ser concedido nos seus termos, por ter sido requerido em data posterior àquelas e estas terem trazido alterações mais vantajosas aos beneficiários e dependentes, não criando disparidades no mesmo sistema e numa mesma classe previdenciária, adequando-se aos princípios da universalidade e uniformidade, segundo o art. 194 da CF/88.
3. Tal aplicação não é meramente retroativa, mas o reconhecimento de que a norma tem efeito imediato, alcançando as relações em curso, com exceção das previsões restritivas ou menos favoráveis aos segurados e dependentes.
4. Apelação e remessa oficial improvidas". (TRF-5ª, AC nº 132214/PB, Rel. Des. Fed. Araken Mariz, 2ª Turma, j. 31/08/99, DJ 01/11/99, pág. 580).

Ressalto, por fim, que o benefício deve ser calculado de acordo com as regras da época do óbito, isto é, pela CLPS-84, observando-se, posteriormente, o artigo 144, da Lei nº 8.213/91.

Isto posto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 169.208-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (CONVOCADO)
Apelantes: CARLOS JOSÉ DA SILVA E CÔNJUGE
Apelada: MARIA ESPÍNDOLA FALCÃO
Advogados: DRS. FÁBIO HENRIQUE DE ARAÚJO URBANO E OUTROS (APTES.) E JOSÉ ANTÔNIO ALVES DE MELO E OUTROS (APDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE USUCAPIÃO DE DOMÍNIO ÚTIL DE TERRENO DE MARINHA. LITISCONSÓRCIO DA UNIÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. BAIXA DOS AUTOS.

- É agravável a decisão que, de ofício, reconhece a incompetência. Recurso de apelação que se recebe como agravo de instrumento.

- É competente a Justiça Federal para julgar ação onde se pretende usucapir domínio útil de terreno de marinha.

- Precedentes (TRF5ª Região, 2ª TURMA, AC 10323/SE, Rel. Des. Fed. LÁZARO GUIMARÃES, julg. 22/10/91, unân.; 2ª TURMA, AC 11025/CE, Rel. Des. Fed. LÁZARO GUIMARÃES, julg. 11/02/92, unân. e 1ª TURMA, AC 119964/PE, Rel. Des. Fed. CASTRO MEIRA, julg. 19/08/99, unân.).

- Apelação que se conhece como agravo de instrumento. Recurso provido para anular a sentença, determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem, para que tenha o processo o seu regular prosseguimento.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, conhecer da apelação como agravo de instrumento e lhe dar provimento para determinar a reinclusão da União Federal no feito e o prosseguimento no Juízo Fe-

deral, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 3 de outubro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT – Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (Convocado):

Cuida-se de ação de usucapião de domínio útil ajuizada por Carlos José da Silva e cônjuge contra Maria Espíndola Falcão, objetivando usucapir o domínio útil de imóvel de propriedade da União.

Contestação apresentada pela União, alegando, em preliminar, impossibilidade jurídica do pedido em razão do bem em questão ser de domínio público e, como tal é, não pode ser adquirido por usucapião; que não há distinção na lei entre domínio útil e domínio pleno e que o imóvel se encontra sob o regime de ocupação, e não de aforamento, conforme cópia das informações prestadas pela Delegacia de Patrimônio da União em Pernambuco.

Também a ré Maria Espíndola Falcão ofertou defesa, alegando a clandestinidade da posse dos autores, bem como a impossibilidade jurídica do pedido, por não serem os bens da União usucapíveis, com a conseqüente extinção do feito sem julgamento de mérito.

Em réplica à contestação da ré, aduzem os autores restar comprovada, pelos depoimentos colhidos na audiência de justificação prévia, a posse dos demandantes por tempo superior ao exigido pelo art. 183 da Constituição Federal. Também esclarecem que não pretendem usucapir bem público, visto buscarem apenas e tão-somente adquirir o domínio útil do imóvel em questão.

Impugnando a contestação da União, os autores declaram que a situação do bem não é a de ocupação e sim a de existência de

aforamento, alegando menções expressas de domínio útil no assentamento registral imobiliário.

Parecer do Ministério Público Federal entendendo ser juridicamente impossível o pedido de usucapião de domínio útil, por pertencer à União Federal a área pretendida, opinando pela sua improcedência.

O MM. Juiz da 2ª Vara Federal da Seccional de Pernambuco reconheceu a falta de interesse da União Federal, excluindo-a da relação processual, bem como a incompetência absoluta do Juízo Federal para apreciar o feito, extinguindo o processo sem o exame de mérito. Declinou a competência para a Justiça Estadual, onde deverá o feito ser retomado apenas entre os particulares indicados na inicial.

Inconformados, apelam os autores para que seja reformada a sentença, declarando-se tanto a legitimidade da União Federal para figurar na demanda como a conseqüente declaração da competência do Juízo Federal *a quo* para processar e julgar o feito, a ele retornando os autos para que o processo tenha normal seguimento até prolação de sentença de mérito.

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

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (Relator Convocado):

Como se observa, o MM. Juiz *a quo*, de ofício, reconheceu a incompetência da Justiça Federal para apreciar o presente processo, uma vez inexistir interesse da União Federal.

Cumpre, inicialmente, reconhecer a natureza do ato recorrido.

Discordo do entendimento de que se trata de sentença. Na verdade, trata-se de decisão, que não põe termo ao processo.

A propósito, esta nota de Theotonio Negrão, *in verbis*:

“De outro lado, a jurisprudência é no sentido de ser

agravável a decisão:

(...)

- que, de ofício, reconhece a incompetência (v. art. 113, nota 4);” (in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Editora Saraiva, 30ª edição, p. 539).

E mais:

“Art. 113: 4. É agravável a decisão pela qual o magistrado, de ofício (RJTJESP 48/198, 107/386) ou não, declina de sua competência. Cf. art. 309, nota 2”. (Mesma obra, p. 205).

Em sendo assim, recebo o recurso como agravo instrumento e passo a examiná-lo.

O tema tratado nos autos diz respeito ao usucapião de domínio útil de terreno da marinha - pertencente à União Federal.

A questão acerca da competência da Justiça Federal para processar ditas ações já se encontra pacificada nesse eg. Tribunal, consoante se observa das ementas de julgados a seguir transcritas:

“PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO. TERRENO DE MARINHA. SITUANDO-SE O IMÓVEL EM TERRENO DE MARINHA, COMPETENTE PARA A CAUSA É A JUSTIÇA FEDERAL, SALVO EM USUCAPIÃO ESPECIAL PROMOVIDA EM COMARCA QUE NÃO SEJA SEDE DE VARA FEDERAL (LEI 6.969/81, ART. QUARTO).

- Sentença anulada, remetendo-se os autos a uma das Varas Federais em Aracaju. Apelo provido”. (2ª Turma, AC 10323/SE, Rel. Des. Fed. Lázaro Guimarães, julg. 22/10/91, unân.).

“CIVIL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. TERRENO DE MARINHA. SITUAÇÃO DE QUE DECORRE O LITISCONSÓRCIO DA UNIÃO FEDERAL E A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

- Não tendo o autor sido parte em ação de reintegração na qual os proprietários de parte da área litiga-

vam com terceiros, inexistente quebra no exercício normal da posse. Prova da ocupação vintenária. Apelo improvido”. (2ª Turma, AC 11025/CE, Rel. Des. Fed. Lázaro Guimarães, julg. 11/02/92, unân.).

“ADMINISTRATIVO, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO DE DOMÍNIO ÚTIL DE TERRENO DE MARINHA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Em se tratando de feito no qual a União Federal alega estar em perigo direito patrimonial seu, não há como se abstrair a competência da Justiça Federal para o seu processamento e julgamento.

2. É competente a Justiça Federal para julgar ação onde se pretende o usucapião da enfiteuse de terreno de marinha.

3. Apelações providas”. (1ª Turma, AC 119964/PE, Rel. Des. Fed. Castro Meira, julg. 19/08/99, unân.).

Fixo meu posicionamento consoante os entendimentos jurisprudenciais acima transcritos.

Com essas considerações, conheço da apelação como agravo de instrumento e dou provimento ao recurso, para anular a sentença, determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem, para que tenha o processo o seu regular prosseguimento.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 184.789-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE
Apelados: MATERNIDADE NOSSA SENHORA DE FÁTIMA LTDA. E OUTRO
Advogados: DRS BRENO GUSTAVO VALADARES LINS E OUTROS (APTE.) E MÁRIO GIL RODRIGUES NETO E OUTROS (APDOS.)

EMENTA: CIVIL. LICITAÇÃO. INDENIZAÇÃO. PREJUÍZOS CAUSADOS AOS AUTORES. ADJUDICAÇÃO REALIZADA. NOVA LICITAÇÃO. VALOR DO PREÇO MÍNIMO. NULIDADE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM PARTE. IMPROVIMENTO DO APELO.

- Preliminares de nulidade da sentença e de prescrição rejeitadas. A sentença abordou convenientemente sobre a indenização reconhecida, deixando para a fase de liquidação por artigos a fixação do valor da liquidação. No que tange à prescrição, também a rejeito, porque o direito de ação somente exsurgiu a partir da publicação do Edital nº 19/95.

- Evidenciada a vitória dos autores na licitação levada a efeito em 1972, através do Edital nº 01/72, não há direito subjetivo reconhecido pelo ordenamento jurídico a se compelir a entidade pública a promover a alienação do imóvel objeto de licitação, mas tem direito o licitante vencedor ao ressarcimento dos prejuízos a si causados, em face dos comprovados danos relativos aos diversos investimentos realizados.

- A falta de indicação no edital do preço mínimo exigido acarreta inexoravelmente a anulação da licitação.

- Apelação e remessa improvidas.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 26 de novembro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Cuida-se de ação ordinária ajuizada por Maternidade Nossa Senhora de Fátima Ltda. e Thomé Izidoro Dias da Silva Sobrinho contra a Universidade Federal de Pernambuco - UFPE e a União Federal, pelo fato do descumprimento do pactuado no Edital de Concorrência Pública nº 01/72, datado de 01/05/72, para alienação do prédio de nº 89 da Av. Portugal, Boa Vista, nesta Cidade.

Após realização do procedimento próprio sentenciou o feito o MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que acolheu, parcialmente, o pedido inicial, condenando a ré à restituição da quantia de Cr\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros), convertida em moeda atual, corrigida monetariamente a partir de maio de 1972 e acrescida de juros moratórios no percentual de 0,5% ao mês, bem como a indenizar-lhes as perdas e danos que comprovadamente tenham sofrido e a anulação do Edital de Licitação nº 19/95.

Recorre o vencido alegando, em preliminar, a nulidade da sentença por conter condenação incerta e, em preliminar de mérito, a prescrição do direito de ação dos autores, alegando a falta de direito da autora à devolução da caução e a impossibilidade de responsabilização da ré pelas perdas e danos alegadas.

Existem contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

A preliminar de nulidade da sentença não deve ser acatada porque nos casos de indenização para ressarcimento de danos é possível a condenação da ré e a liquidação dos danos, portanto, o acertamento do valor do ilícito gerado no patrimônio do autor pode ser fixado no procedimento próprio de liquidação. Há de se mencionar, outrossim, a demonstração no processo de conhecimento e o reconhecimento desse fato na sentença da ocorrência de prejuízos acarretados aos autores pela ré, restando, na fase de liquidação, apenas a apuração do valor certo.

Rejeito a preliminar.

A prescrição também não deve ser acatada, realmente, é elemento da prescrição a existência de uma ação exercitável, portanto, é necessário que fique caracterizada a violação do direito, em dado momento, para a existência de uma ação exercitável. No caso presente, a Maternidade Nossa Senhora de Fátima foi vitoriosa na licitação aberta pela UFPE, através do Edital nº 1/72, para alienação do prédio nº 89, da Avenida Portugal, Boa Vista, Recife, Pernambuco.

Importante ressaltar que a Universidade Federal de Pernambuco não celebrou o contrato de compra e venda que decorreria da referida licitação, tampouco expediu o ato administrativo no sentido de anular ou revogar a referida licitação.

Em 28 de janeiro de 1975, a UFPE expediu correspondência à referida maternidade, solicitando informar acerca da persistência do seu interesse na aquisição do imóvel, obtendo resposta afirmativa (fls. 41/42). Somente com a expedição do Edital de Concorrência nº 19/95, referente à alienação do imóvel objeto da demanda, é possível afirmar que, por contraposição, foi revogada a licitação aberta pelo Edital nº 2/72.

Destarte, o direito de ação somente exsurgiu a partir da publicação do Edital nº 19/95.

Rejeito a preliminar de prescrição.

No mérito, importante gizar não ter sido aventada nos autos qualquer circunstância que denote a existência, no caso, de exercício do poder discricionário. Em verdade, os autores querem fazer valer direito subjetivo consistente no título adquirido a partir do momento em que venceram a licitação, procedida com base no “Edital de Concorrência nº 01/72”, e também por terem externado, em diversas ocasiões, o interesse em adquirir o imóvel objeto da demanda. É evidente que tal circunstância não pode caracterizar a discricionariedade alegada pela parte recorrente.

A esse respeito, importante transcrever o teor da sentença que toca no direito dos apelados à indenização e à declaração da anulação do Edital de Licitação nº 19/95, conforme se nota a seguir:

“Inicialmente, entendo que a proposta apresentada pela Maternidade N. S. de Fátima Ltda. não desatendeu às exigências do Edital nº 01/72.

A referência à entrega do imóvel desocupado não caracterizou proposta condicional.

A alienação de imóvel integrante do domínio público pressupõe a sua desafetação.

É evidente que tal alienação é incompatível com a persistência no imóvel de atividade ligada à Administração.

A Universidade Federal de Pernambuco, ao expedir o Edital nº 01/72, tacitamente se obrigou a retirar dos imóveis oferecidos à venda os serviços que porventura ali estivessem funcionando.

Não há notícia de que o procedimento de licitação se tenha completado.

Inexiste prova de que a concorrência tenha alcançado as fases de homologação e adjudicação.

Sabe-se que o vencedor da licitação não adquire direito à celebração do contrato.

O proponente vitorioso faz jus à adjudicação do objeto da licitação.

Tal adjudicação se realiza por ato administrativo

unilateral e é inconfundível com o contrato.

Atribui ao adjudicatário o direito à prioridade para celebrar o contrato, quando a Administração decidir contratar.

Pode a Administração revogar a licitação, por motivo de interesse público.

Anteriormente à Lei nº 8.666/93, a discricionariedade para revogar era mais ampla.

Após a atual Lei de Licitações, a revogação deve fundamentar-se em fato superveniente e o respectivo ato não pode prescindir de fundamentação.

No entanto, a licitação em causa foi celebrada à época em que a matéria estava regida pelo Decreto-lei nº 200/67, que ensejava maior liberdade ao administrador para a revogação.

No caso apreciado, a revogação da licitação aberta com o Edital nº 1/72 ficou demonstrada, implicitamente, no momento em que a UFPE expediu o Edital nº 19/95.

Conforme já se ressaltou, ainda que houvesse adjudicação, não poderia a maternidade N. S. de Fátima compelir a UFPE a alienar-lhe o imóvel em causa.

A adjudicação não possui efeitos reais.

No entanto, a revogação do procedimento faz surgir para o proponente vitorioso o direito à indenização dos prejuízos sofridos.

No presente, caso, a autora recolheu a caução exigida pelo Edital nº 1/72, no valor de Cr\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros), em moeda da época.

Alegou que, confiante na concretização da compra do imóvel, vizinho àquele em que funciona, realizou investimentos em projetos, aquisição de bens, equipamentos, móveis, utensílios, mão-de-obra etc., com a finalidade de ampliar as suas atividades.

Está demonstrado que a Administração protelou, indefinidamente, o seu pronunciamento sobre a venda do imóvel que ofereceu em licitação.

Certamente, assim procedeu por não haver encon-

trado outro local para alojar os estudantes que residiam no referido imóvel.

No entanto, é princípio do Estado de Direito a responsabilidade da Administração pela indenização dos prejuízos que ocasionar.

O valor dos prejuízos sofridos pela autora poderá ser apurado mediante liquidação por artigos.

Relativamente à licitação aberta, mediante o Edital de Concorrência nº 19/95, ficou evidenciada que o valor correspondente ao preço mínimo do imóvel não constou do respectivo Edital.

Sabe-se que o Edital é a lei interna da licitação e deve abranger todos os requisitos indispensáveis ao oferecimento de propostas.

Logo, o aludido valor deveria constar do Edital.

Omitido tal requisito, a licitação deve ser anulada, a partir do Edital”.

A sentença é consistente e foi capaz de trazer um juízo de convencimento sobre as nefastas conseqüências trazidas ao patrimônio pessoal dos autores pelo ato da UFPE.

Assim, a sentença de primeiro grau há de ser confirmada.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo e à remessa.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 212.219-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ALCIDES SALDANHA (CONVOCADO)

Apelantes: MUNICÍPIO DE NATAL - RN, MUNICÍPIO DE PARNAMIRIM - RN, URBANA - CIA. DE SERVIÇOS URBANOS DE NATAL E UNIÃO

Apelados: OS MESMOS E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Advs./Procs.: DRS. NERIVAL FERNANDES DE ARAÚJO E OUTROS, ARMANDO ROBERTO HOLANDA LEITE E OUTROS, REGINALDO MEDEIROS GOMES E OUTROS E RICARDO WAGNER DE S. ALCÂNTARA E OUTROS

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRATIVO. DEPÓSITOS DE LIXO OFICIAIS E CLANDESTINOS NAS PROXIMIDADES DE INSTALAÇÕES AEROPORTUÁRIAS. VIOLAÇÃO ÀS NORMAS DE SEGURANÇA DO TRÁFEGO AÉREO E AO MEIO AMBIENTE. LEI Nº 7.565/86 E RESOLUÇÃO Nº 04 DA CONAMA. INTERDIÇÃO. DETERMINAÇÃO PARA CONSTRUÇÃO DE ATERRO SANITÁRIO. OS ATOS ADMINISTRATIVOS PODEM SER OBJETO DO CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO. PENA PECUNIÁRIA E VERBA HONORÁRIA FIXADAS EM JUSTO VALOR.

- A utilização de áreas próximas às instalações aeroportuárias como depósito de lixo atrai aves de rapina que colocam em risco a segurança dos vôos, infringindo a norma de regência inserta na Lei nº 7.565/86 e na Resolução nº 04 do CONAMA, que estabelecem restrição de uso às áreas circunscritas num raio de até 20 km das instalações aeroportuárias, além de comprometerem o meio ambiente e a saúde pública. Interdição.

- O armazenamento e tratamento do lixo urbano há de ser processado em aterros sanitários, conforme a melhor recomendação técnica, motivo pelo qual o Poder Público Municipal deverá

construí-lo.

- O diminuto tamanho do Município não é óbice à construção do aterro sanitário na distância legalmente determinada, já que pode ser construído em outro Município, mediante convênio, atendendo, mesmo, às demandas de diversos outros Municípios circunvizinhos.

- Os atos praticados pela Administração Pública podem e devem sofrer o controle pelo Poder Judiciário, não se constituindo em intervenção de poderes e nem em violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.

- Cabimento e justeza na fixação da pena pecuniária aplicável em caso de descumprimento da decisão judicial.

- Verba honorária fixada pelo critério de equidade.

- Improvimento das apelações e remessa oficial.

ACÓRDÃO

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

Recife, 17 de outubro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ALCIDES SALDANHA - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ALCIDES SALDANHA (Convocado):

Trata-se de apelações da sentença que julgou procedente em parte os pedidos da União, condenando os demais apelantes na construção de aterro sanitário, observadas as normas técnicas pertinentes e respeitado o limite de 20 km de distância do Aeroporto Internacional Augusto Severo, fixando o prazo de 1 (um) ano

para que entre em funcionamento, a partir da data de 02.01.2000, além de interditar os lixões oficiais utilizados pelos Municípios apelantes e outros clandestinos localizados dentro do raio de 20 km do mencionado aeroporto, determinando, ainda, a implementação, por parte dos Municípios, de ações fiscalizadoras e educativas relativas à proteção ambiental, além de coleta fina e regular de lixo na área do entorno do aludido aeroporto, estabelecendo multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada réu, em caso de descumprimento da decisão.

Fundamenta-se a sentença recorrida na evidente violação da legislação de regência, colocando-se em risco o tráfego aéreo, o meio ambiente e a saúde pública, ante a constatação de irregular acumulação e manuseio do lixo urbano em área circunvizinha ao Aeroporto de Natal-RN, por ato dos Poderes Públicos Municipais já referidos.

O feito subiu à instância revisional.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ALCIDES SALDANHA (Relator Convocado):

O Juízo *a quo*, com arrimo na Lei nº 7.565/86, que delimitou como áreas sujeitas a restrições especiais de uso aquelas vizinhas aos aeroportos e às instalações de auxílio à navegação aérea, e na norma regulamentadora da mencionada lei - a Resolução nº 04/95 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, que delimitou a aludida área num raio de até 20 km, decidiu pela interdição dos lixões existentes na área de segurança do Aeroporto de Natal-RN, fixando prazo para que os Municípios apelantes construam aterros sanitários em local apropriado e dentro das recomendações técnicas.

Os mencionados depósitos do lixo urbano coletado naqueles Municípios restaram classificados com a denominação de “lixões” pela prova pericial realizada no feito (fls. 1702), descrevendo os peritos que *“lixão é uma forma inadequada de disposição final de resíduos sólidos, que se caracteriza pela simples descarga sobre o solo, sem medidas de proteção ao meio ambiente ou à saúde*

pública”, indicando como processo mais adequado ao tratamento do lixo em análise o aterro sanitário (fls. 1701 e 1707, respectivamente).

Registre-se que a forma inadequada de acumulação e tratamento desses dejetos vem atraindo diversas aves que buscam neles seus alimentos, tendo provocado, ao longo dos anos, inúmeros incidentes e/ou acidentes aéreos, conforme amplamente divulgado pela imprensa e demonstrado nos autos.

O apelante Município de Natal-RN insurge-se contra a sentença, argüindo que: a) reveste-se de uma intervenção federal na esfera administrativa municipal; b) afrontou o princípio constitucional da separação dos poderes, anulando o poder discricionário daquela Administração quanto à escolha do melhor local para destinação do lixo; c) é impossível de ser executada a decisão qual tal prolatada em virtude de questões de natureza física e legal; d) ocorreu uma intromissão do Poder Judiciário no mérito do ato administrativo do Executivo Municipal, citando como exemplo a determinação para que seja implementado programa de educação ambiental de manejo de lixo; e) inexistente relação de causa/efeito entre o depósito de lixo e a ocorrência de aves de rapina nas proximidades do Aeroporto de Natal e da Base Aérea; f) o valor da multa diária cominada é exorbitante para a realidade financeira do Município. Requereu o total provimento ao apelo.

O apelante Município de Parnamirim suscitou que existem dúvidas sobre qual depósito de lixo está a atrair as aves que põem em risco a segurança dos vôos; se o pertencente ao apelante ou aquele outro de propriedade do Município de Natal, afirmando que o seu lixão estaria sob controle. Alegou também a impossibilidade de cumprir a determinação quanto à construção do aterro sanitário, asseverando que o Município é de tamanho diminuto e não há como construí-lo dentro de sua área territorial. Quanto à penalidade pecuniária cominada, reputou-a violenta e descabida.

A apelante Urbana - Cia. de Serviços Urbanos de Natal, sustentando a impossibilidade de se construir aterro sanitário em Natal respeitando-se a distância de 20 km dos aeroportos, haja vista sua pequena área territorial e que, de acordo com a Convenção de Basiléia de 1989, ratificada pelo Governo Brasileiro através do

Decreto nº 875/93, publicado no *DOU* de 19.03.93, os resíduos gerados em determinada localidade deverão ser depositados nela própria, requereu a reforma da sentença.

A apelante União ataca a sentença apenas no que tange ao valor dos honorários advocatícios arbitrados, requerendo que este seja, pelo menos, três vezes superior àquele que restou fixado.

A União, na qualidade de apelada, apresentou suas contra-razões aos apelos interpostos pelos Municípios de Natal e de Parnamirim e, bem assim, ao recurso da empresa Urbana, pugnando pela manutenção da sentença recorrida em todos os seus termos.

O apelado Município de Natal contra-arrazoou os apelos da União e do Município de Parnamirim, requerendo, quanto ao primeiro recurso, a manutenção do valor da verba honorária de advogado, alegando que os advogados da União já são remunerados e que, em consonância ao disposto no art. 20 do CPC, quando vencida a Fazenda Pública, o Juiz fixa a mencionada verba segundo apreciação equitativa. Em relação ao apelo do Município de Parnamirim, pugnou pela manutenção da responsabilidade deste apelante, ante a prova pericial realizada nos autos.

O Ministério Público Federal apresentou suas contra-razões aos apelos dos mencionados Municípios e da empresa Urbana, requerendo sejam estes improvidos.

Por fim, o Município de Natal e a empresa Urbana manifestaram-se através da petição protocolada sob o nº 123758, em 19.12.2000, equivocadamente juntada ao primeiro volume destes autos, requerendo dilação prazal de onze meses, com fins de conclusão do procedimento administrativo que envolve diversos órgãos, no que tange à escolha de novo local para a construção do aterro sanitário da região metropolitana de Natal, tendo em vista que a área anteriormente eleita restou prejudicada em face da construção do novo aeroporto de carga de Natal.

Não se vislumbra êxito nos argumentos tecidos no apelo do Município de Natal-RN, já que a sentença atacada determina obrigações de fazer ao apelante com vista a resolver as questões de segurança do tráfego aéreo, do meio ambiente e da saúde pública,

que requerem soluções urgentes e inadiáveis, como muito bem observado pelo Juízo monocrático, ante a forma inadequada e inoportuna com que o lixo urbano produzido naquela capital vinha sendo armazenado e tratado, conforme a robusta prova técnica colacionada aos autos. A apelada União moveu a ação com o intuito de defender seu patrimônio, vítima de diversos incidentes e/ou acidentes aéreos decorrentes de colisões das aeronaves com as aves atraídas pelo lixão, assim como de defender os interesses difusos e coletivos da sociedade como o meio ambiente e a saúde pública.

Desta forma, as determinações judiciais ali contidas buscam, tão-somente, proteger os interesses patrimoniais da União e interesses coletivos da sociedade, inquestionavelmente agredidos e/ou ameaçados, não se caracterizando, em absoluto, na alegada intervenção federal na esfera administrativa municipal.

Gize-se que a defesa e preservação do meio ambiente é dever do Poder Público, conforme preceito constitucional expresso, e, no caso em comento, o dever compete ao Executivo Municipal, que, iniludivelmente, não o vinha exercitando.

De igual modo, não se observa afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes. O Poder Judiciário, verificando que a área eleita pela Administração Pública Municipal para depositar e tratar o lixo produzido por sua comunidade, além de ferir flagrantemente a legislação de regência, violava direitos de terceiros e da coletividade, pondo em risco inclusive a vida de cidadãos, deliberou pela sua imediata interdição e fixou prazo razoável, com base em dados constantes dos autos, para que fosse construído pelo apelante aterro sanitário tecnicamente adequado e em local apropriado. Atos administrativos que violem a lei e atentem contra direitos individuais e coletivos são ilícitos e não adentram a esfera de discricionariedade do poder. Portanto, não vislumbro a ocorrência de qualquer intromissão do Poder Judiciário no mérito do ato administrativo do Executivo Municipal. O Judiciário pode e deve exercer controle sobre os atos administrativos.

No que tange à citada determinação para que a coleta de lixo na área de segurança das instalações aeroportuárias seja realizada de forma mais intensa e regular, considerando que a compe-

tência administrativa para efetuar a referida coleta de lixo é do Poder Público Municipal e que a prestação inadequada desse serviço acarretaria, decerto, os mesmos problemas provocados pelo lixo irregular, mantendo-se as devidas proporções, evidente que o comando judicial em comento é legítimo e não consiste em qualquer invasão no âmbito da competência administrativa do apelante.

Igual entendimento há de ser externado quanto à determinação para implementação de programa de educação ambiental de manejo de lixo, já que fundamental e necessário para maximizar o serviço de limpeza pública na área em questão.

Em relação à alegada inexistência de relação de causa/efeito entre o depósito de lixo e a ocorrência de aves de rapina nas proximidades do Aeroporto de Natal e da Base Aérea, registre-se que a matéria é de amplo conhecimento público. Qualquer cidadão de mediana compreensão sabe que o acúmulo de lixo a céu aberto, como ocorre nos denominados lixões, atrai aves, ratos, insetos e outros animais que para ali deslocam-se em busca dos alimentos que compõem os resíduos depositados.

O recurso do apelante Município de Parnamirim, no que se refere às dúvidas sobre qual depósito de lixo está a atrair as aves que põem em risco a segurança dos vôos; se o pertencente ao apelante ou àquele outro de propriedade do Município de Natal, não tem o menor fundamento. O próprio apelante afirmou, às fls. 505/506, que locou uma determinada propriedade para fins de armazenar o lixo coletado, imóvel este localizado nas proximidades do aeroporto de Natal, em flagrante desrespeito à legislação aplicada à espécie. Quanto à alegação de que o respectivo depósito é um “aterro controlado”, verifica-se que o apelante não logrou êxito em demonstrar a alegação, já que não trouxe aos autos os documentos legalmente exigidos hábeis a classificar o depósito de lixo na modalidade pretendida por ele. Resta, portanto, inquestionável a sua responsabilidade pelos danos causados pelo depósito irregular de lixo em tela.

A arguição de inexistir tamanho suficiente do Município de Parnamirim a fim de possibilitar a construção do aterro sanitário preservando-se a distância legalmente exigida das instalações aeroportuárias, mesmo argumento tecido pela apelante Urbana,

esta referindo-se ao Município de Natal, também não é merecedora de êxito. Os mencionados Municípios pertencem à mesma região metropolitana, poderiam muito bem buscar solução conjunta para o problema, construindo aterro sanitário metropolitano que, além de representar redução de custos para os cofres públicos, permitiria a utilização de técnicas mais adequadas para o tratamento do lixo produzido pelos diversos Municípios que integram a citada região, garantindo melhor qualidade de vida aos seus munícipes, conforme eles próprios já sugeriram às fls. 253 e 148, e o Município de Natal peticionou a esta Corte de Justiça, requerendo dilação de prazo para conclusão dos procedimentos administrativos pertinentes.

Em face da gravidade do problema em análise, que requer solução imediata e urgente, e, bem assim, considerando que os Municípios apelantes de Natal e de Parnamirim, desde o ano de 1996 e 1998, respectivamente, já haviam iniciado procedimentos tendentes à resolução da questão e até a presente data ainda não levaram a cabo as determinações técnicas recomendadas, não vejo motivação suficiente para alterar o valor da pena pecuniária cominada.

A apelante União requereu a reforma da sentença apenas em relação aos honorários advocatícios ali fixados. Entretanto, considerando que o Juiz, quando sucumbente a Fazenda Pública, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, fixa o valor da verba honorária consoante apreciação eqüitativa, mantenho a decisão por entender justa e adequada.

Quanto à petição do Município de Natal, equivocadamente juntada ao volume nº 01 dos autos, determino a correção do procedimento pela Secretaria, acostando-a ao derradeiro volume do feito. Em relação ao pedido ali formulado, tenho-o como prejudicado, já que a referida peça foi protocolada em dezembro de 2000, requerendo a parte a dilação de prazo por mais onze meses para conclusão de procedimentos administrativos pertinentes à construção do aterro sanitário metropolitano, ante o decurso do lapso temporal requestado.

Diante do exposto, nego provimento às apelações e à remessa oficial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 242.338-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(CONVOCADO)
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC
Apelada: LUCIANA DE VASCONCELOS MENEZES
Advogados: DRs. MARIA AUXILIADORA BRAGA CASTELO
BRANCO E OUTROS (APTE.) E JOSÉ ARIMA RO-
CHA BRITO (APDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO OCORRIDO EM AULA PRÁTICA DE UNIVERSIDADE. CONDUTA OMISSIVA DO PROFESSOR. AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO QUANTO AO USO DE EQUIPAMENTOS DE SEGURANÇA. PERDA DA FUNÇÃO VISUAL DO OLHO ESQUERDO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS.

- O aprendizado reclama o acompanhamento rigoroso dos estudantes, inclusive nas aulas práticas, exigindo a fiscalização efetiva e permanente acerca da correta utilização dos equipamentos de segurança, não sendo suficiente a orientação apresentada no início do semestre letivo, acerca da necessidade de aquisição e uso dos aludidos equipamentos.

- Se a autora, aluna do Curso de Odontologia, sofreu a perda da função visual do olho esquerdo, atingido por fragmentos de uma broca, em razão do fato da mesma, em aula prática, não estar utilizando os óculos de proteção, a Universidade deve ser responsabilizada pela omissão de seus agentes, quanto à fiscalização acerca das medidas de segurança recomendáveis no caso concreto.

- Os valores requeridos e deferidos, a título de indenização, por danos morais e materiais, estão compatíveis com as despesas empreendidas com procedimentos cirúrgicos, viagens a cen-

tros clínicos mais adiantados e medicamentos e os lucros cessantes, em face da natureza da atividade profissional exercida pela autora, bem como em razão da angústia por ela suportada, na expectativa de recuperação, e do estigma resultante da deficiência.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, negar provimento à apelação e à remessa oficial, 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 novembro de 2002 (data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA - Relator
Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA (Convocado):

Luciana de Vasconcelos Menezes ajuizou ação de indenização por perdas e danos em decorrência de evento ocorrido em novembro de 1996, durante uma aula prática na UFC - Universidade Federal do Ceará.

Era estudante do Curso de Odontologia. Foi atingida por um fragmento da broca que utilizava em seu treinamento. O objeto alojou-se em seu olho esquerdo, o que foi presenciado por diversos colegas e pelo professor. Levada com urgência à clínica oftalmológica “Leiria de Andrade”, foi submetida a uma cirurgia, para a retirada do corpo estranho, e, posteriormente, a uma outra, para remoção da catarata traumática.

Foi a estudante obrigada a trancar o seu curso, tendo em vista que mais 02 (duas) cirurgias se sucederam, estas últimas realizadas no Centro Brasileiro de Cirurgia de Olhos – CBCO, em Goiânia/GO, especialista em problemas de retina. Tendo havido a per-

da da visão de seu olho esquerdo e sentindo-se em desvantagem em relação aos outros profissionais que não apresentam problemas de visão, bem como pretendendo ser ressarcida das despesas decorrentes do acidente sofrido, pleiteou a autora o pagamento de indenização, por danos materiais, no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), e, por danos morais, no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

A ré sustentou, na contestação, que a responsabilidade objetiva do Estado, constante do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, não é irrestrita, pois admite o abrandamento em caso de culpa da vítima. Afirmou, ainda, que os alunos estão cientes de seus deveres e o evento danoso teria resultado da ação negligente da própria autora.

Foi julgado procedente o pedido da autora. A sentença foi submetida ao duplo grau de jurisdição.

Irresignada com a referida decisão, a UFC interpôs apelação, alegando que as orientações para o uso dos equipamentos eram suficientes para que um aluno, de grau de instrução elevado, não deixasse de utilizá-los nos locais de aula prática. Afirmou que o evento danoso não poderia ter sido previsto, muito menos evitado, pela Universidade, bem como que teria resultado da ação negligente da própria recorrida. A autora apresentou contra-razões à apelação.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA (Relator Convocado):

Compulsando os autos, verifico que a sentença, submetida a este Tribunal por força de remessa oficial e de apelação, deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Constato que restou demonstrado, no presente feito, que a autora, ao se submeter a aula prática de Odontologia, sofreu lesões em razão do fragmento de uma broca ter se soltado do equipamento, atingindo o seu olho esquerdo, o que resultou na perda da função visual, de acordo com a perícia produzida nos autos,

com evidente embaraço ao pleno exercício da função para a qual se habilitou. Não há controvérsia acerca da ocorrência do incidente, dentro das instalações da Universidade, no horário em que estava sendo ministrada a mencionada aula.

Procura a apelante se isentar do ônus do pagamento da indenização em tela, sob o argumento de que a própria vítima seria a culpada, por não ter se utilizado dos equipamentos de segurança, mais precisamente, dos óculos que protegeriam os seus olhos. Lembrou o fato de que o professor responsável pela disciplina, no início do semestre letivo, advertiu os alunos sobre a necessidade do uso dos ditos óculos.

No meu entender, os argumentos da UFC não devem ser acolhidos. A responsabilidade objetiva do Estado está prevista no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

“Artigo 37 (...)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Segundo Rui Stoco, *in Tratado da Responsabilidade Civil*, 5ª edição, atualizada e ampliada, pág. 751, Ed. Revista dos Tribunais:

“(...) *Consiste a responsabilidade subjetiva na obrigação do Estado em indenizar em razão de um procedimento contrário ao Direito, de natureza culposa ou dolosa, traduzido para um dano causado a outrem, ou em deixar de impedi-lo, quando deveria assim proceder (...)*”.

Penso que a ré não poderia se limitar a exigir ou pedir aos alunos, no início do semestre letivo, a aquisição dos óculos em tela. Aliás, é até questionável o procedimento de atribuir aos acadêmicos o ônus de tal aquisição, por se cuidar de uma universidade pública, sendo possível que alguns deles não tenham condi-

ções financeiras para fazê-lo. Deveria a instituição fornecer os equipamentos, gratuitamente, para que a efetiva participação nas aulas práticas fosse viabilizada. De qualquer modo, percebe-se que admite a própria Universidade que os seus professores, tão-somente, pugnavam, quando da indicação do material necessário para freqüentar o curso, pela dita aquisição. Não comprovou, sequer, se havia, nas suas normas internas, alusão à obrigatoriedade do emprego dos equipamentos em tela.

Não vislumbro no fato de se cuidar de uma aluna “*inteligente, responsável e que possuía condições de ter comprado os óculos de proteção*” um álibi, que importe na exclusão da responsabilidade da Universidade. Cabe a esta zelar pelo aprendizado de seu corpo discente, o que abrange, obviamente, também, as orientações necessárias para que os alunos possam desempenhar as funções para as quais estão se preparando, de conformidade com as regras aplicáveis à espécie, inclusive no que pertine aos equipamentos de segurança. Entendo que cabia, sim, ao professor da disciplina verificar a forma como estava se portando a aluna e, identificando o seu erro, adverti-la para o risco. Caso, mesmo assim, ela insistisse em manejar as brocas sem o emprego dos óculos, aí sim, poderia se falar em isenção da responsabilidade. Não foi o que aconteceu no caso concreto, conforme as provas colacionadas.

É evidente a imaturidade inerente à condição de estudante, ainda que universitário. Notadamente em face da faixa etária, é bastante comum que não tenha a exata noção acerca de determinados riscos. Era imperioso que o professor, também nas aulas práticas, checasse se a conduta da acadêmica estava de acordo com o recomendável. Houve, iniludivelmente, a omissão da Universidade e de seus agentes, sem a qual não teria ocorrido o lamentável acidente. A referência ao uso dos óculos, no início do semestre letivo, é insuficiente, já que, como é público e notório, o conhecimento é transmitido através da repetição, razão pela qual, a cada aula, deveria o mestre insistir na indispensabilidade do emprego dos equipamentos de segurança.

O Presidente do Conselho Regional de Odontologia do Ceará - CRO/CE afirmou, às fls. 116, que, para implementar ações alusi-

vas ao corte e ao desgaste necessários aos procedimentos clínicos, cirúrgicos e laboratoriais praticados por um dentista, devem ser utilizadas brocas de alta e baixa rotação, que *“são fixadas nas peças de mão por pinças elásticas ou mecânicas que exercem o desgaste ou corte na área a ser trabalhada”*. Ao elencar as barreiras e equipamentos de proteção individual, estabelecidos por normas universais de biossegurança e proteção individual, ele se reportou, explicitamente, aos *“óculos ou protetores faciais com vedação periférica para proteção dos olhos”*.

Foram colhidos os depoimentos das testemunhas Vanilde Belo Aragão, Leiliane Maria Ferreira Noronha, Viviane Coelho Noronha e Roberta Ventura Pessoa, todas alunas do Curso de Odontologia, que presenciaram o referido acidente. A primeira disse que *“nenhum aluno deixa de fazer a aula prática, se não tiver levado os óculos, bem como a Universidade não oferece tal tipo de equipamento”* e *“não existe cobrança, por parte da Universidade, na utilização de equipamentos de proteção”*. A segunda destacou, também, que o aluno *“pode freqüentar a aula prática sem tal equipamento”*, referindo-se, ainda, especificamente, aos alunos da disciplina de prótese fixa. A terceira afirmou que *“não havia uma preocupação da Universidade, através de seus professores, com a utilização do equipamento de proteção, antes do início de cada aula”*. Finalmente, a quarta testemunha assinalou que *“não havia qualquer tipo de vigilância por parte dos professores ou orientadores, para a utilização obrigatória de tais óculos”* e *“a autora era uma excelente aluna e uma excelente profissional, tendo extremo cuidado com a utilização do material, durante as aulas práticas”*.

A ausência de um orientador durante a aula prática, que fiscalizasse a utilização dos equipamentos de segurança, sem dúvida, possibilitou a ocorrência do lamentável acidente. A alegação de falta de previsibilidade do acidente registra o descaso que é conferido pela Universidade às normas de segurança que devem nortear os procedimentos técnicos daqueles que um dia estarão atuando em hospitais e consultórios, zelando pela saúde da população.

Com a Constituição garantindo a reparação por dano moral, a violação aos aspectos morais do ser humano passou a gerar efeitos no campo do direito obrigacional, não apenas no tocante à res-

ponsabilidade civil, mas também nas relações contratuais, de consumo e até familiares.

As despesas decorrentes do infortúnio abrangeram, entre outros itens, as viagens para a realização das cirurgias, a hospedagem e os medicamentos. Englobaram, ainda, os lucros cessantes, já que, obviamente, o fato de ser desprovida da visão esquerda tem afastado significativa parcela da eventual clientela. É bastante razoável a fixação da indenização em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), tendo em vista, inclusive, a faixa etária da autora e o período durante o qual a mesma ainda poderia exercer atividade laborativa, com maior sucesso, se totalmente saudável.

No que se refere à concomitância do dano moral com o dano material, a Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça assim se reporta:

“São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (in Código de Processo Civil de Theotonio Negrão, pág. 379, 32ª edição).

Da coletânea de jurisprudência do STJ, destaco o seguinte julgado:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE SOFRIDO POR PASSAGEIRO. PRESCRIÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FATO DE TERCEIRO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. LIMITE TEMPORAL DO PENSIONAMENTO. DANO MORAL. LUCROS CESSANTES. SEGURO OBRIGATÓRIO. PRECEDENTES DA CORTE.

1 a 5 (...)

6. O valor do dano moral, como reiterado em diversos precedentes, deve ficar ao prudente critério do Juiz, considerando as circunstâncias concretas do caso. (...). (REsp nº 174.382 - SP, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, jul. 05/10/99, publ. 13/12/99).

É importante, ainda, salientar que o STJ vem entendendo ser dispensável a liquidação de sentença para apuração do valor da

indenização por dano moral, que pode, perfeitamente, ser fixado já quando da prolação da sentença, no processo de conhecimento, como se percebe com a leitura da seguinte ementa:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. ARBITRAMENTO, DESDE LOGO, COM DISPENSA DA LIQUIDAÇÃO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. RECURSO DESACOLHIDO.

I - A fixação do valor indenizatório por dano moral pode ser feita desde logo, independentemente de liquidação, buscando o juiz dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional.

II – No caso, o valor encontrado pelo Tribunal de origem para a indenização não se deu de modo aleatório, mas razoavelmente justificado”. (REsp 175.955 – MA, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, jul. 18/08/98, publ. 03/11/98).

As provas pericial e testemunhal constantes dos autos demonstram o dano físico sofrido pela suplicante, com perda de considerável percentual da capacidade laborativa e comprometimento estético.

Desta forma, o nexo de causalidade entre os danos sofridos (perda da visão no olho esquerdo) pela apelada e a conduta omissiva da pessoa jurídica de direito público (ausência de fiscalização quanto à utilização dos equipamentos de segurança), acarreta a responsabilidade civil da Universidade Federal do Ceará - UFC.

Os valores requeridos a título de indenização por danos morais e patrimoniais estão situados, insista-se, em patamar bastante razoável, considerando que a acuidade visual é extremamente importante para o exercício da profissão de odontóloga.

Por todo o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial. Sentença mantida incólume. É o meu voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.052-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA
Apelante: JOSÉ REGINALDO DA SILVA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Advogada: DRA. IZA MARIA ROCHA BIONE (APTE.)

EMENTA: PENAL. ESTELIONATO. SAQUE FRAUDULENTO DO PASEP CONSUMADO. BANCO DO BRASIL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CONDENAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO TRATADA NO PARÁGRAFO 3º DO ARTIGO 171 DO CPB.

- Se de um exame dos autos resta comprovado que o acusado tenha agido com dolo pré-ordenado, em detrimento do Programa do Governo Federal - PASEP e do Banco do Brasil - sociedade de economia mista, por inexistir prova inquestionável, é de concluir-se pela perfeição do crime de estelionato.

- Restando inequívoca a prova de saque fraudulento do PASEP e não sendo o Banco do Brasil entidade de direito público ou instituto de economia popular, assistência social ou beneficência, não há como aplicar-se a hipótese de causa especial de aumento do parágrafo 3º do artigo 171 do CPB.

- Desconsiderando o aumento da pena pela aplicação do § 3º do art. 171 do CPB e reformando a sentença, nesta parte, reduzir a pena aplicada ao réu de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses para 2 (dois) anos de reclusão, reconhecendo em favor do acusado a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa.

- Apelação do réu parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, também à unanimidade, dar parcial provimento à apelação para reduzir a pena a 2 (dois) anos de reclusão e, em consequência, declarar em favor do réu a prescrição retroativa da pena punitiva, 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, 21 de maio de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA -
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de novo julgamento, por força da v. decisão da 6ª Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do *Habeas Corpus* nº 20.427-PE, que, à unanimidade, concedeu a ordem de *habeas corpus* para anular o acórdão de fls. 408 e determinar a soltura do acusado José Reginaldo da Silva até o novo julgamento, conforme se verifica do teor do telex de fls. 434.

Para maior esclarecimento, determinei a juntada, aos presentes autos, do relatório, voto e acórdão prolatados pela Superior Instância (fls. 4431445).

Nos fatos, trata-se de apelação criminal interposta por José Reginaldo da Silva contra a r. sentença prolatada pelo Exmo. Juiz Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, quando na titularidade da 7ª Vara da Seção Judiciária neste Estado, que condenou o ora apelante, embasado no art. 171, § 3º, do CPB, às penas de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e de 30 (trinta) dias-multa, pela prática do crime de estelionato. Nos fatos, conforme consta da peça exordial "(...) O fato delituoso *sub oculi* trata da retirada fraudulenta, em 10/12/86, de valores referentes ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP, mediante uso de cer-

tidão de casamento falsa, conforme comprova laudo nº 5859 de fls. 21.

Ditos valores, depositados à conta da primeira acusada, foram irregularmente sacados por ela juntamente com o denunciado José Reginaldo, o qual efetuou as diligências para falsificação dos documentos utilizados, como lhe era costume atuar com diversos outros participantes do Programa, segundo atestam sua própria confissão, às fls. 125, e folha de antecedentes, às fls. 136/137.

Alega o apelante, em suas razões, a excessividade da pena que lhe foi imposta, sob o argumento de que aquela pena é fruto de uma simplória sentença condenatória, "... sem ao menos uma ligeira análise de sua tipicidade, sem ao menos ser apreciado numa discussão do fato em consonância, com a conduta anterior do denunciado e do Direito, sem um mínimo debate de provas, e finalmente, sem débil apreciação conceitual da antijuridicidade dos fatos à vista da lei, da doutrina e da jurisprudência...".

Contra-razões apresentadas às fls. 348/350.

O ilustre representante da Procuradoria Regional da República, Dr. Humberto de Paiva Araújo, ofertou Parecer de fls. 382/385, opinando pelo improvimento da apelação interposta. Seguiram estes autos ao Exmo. Des. Fed. Lázaro Guimarães, para revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Tratam os presentes autos de retirada fraudulenta de valores referentes ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP, mediante uso de certidão de casamento falsa, cujos valores depositados à conta da acusada Rita Maria Rosendo foram irregularmente sacados por ela, com a colaboração do também acusado e ora apelante José Reginaldo, o qual, segundo notícia a peça vestibular, efetuou as diligências para falsificação dos documentos utilizados.

No que diz respeito à proteção do direito patrimonial e considerando a imputação ao apelante da conduta descrita no art. 171, § 3º, CPB – estelionato qualificado –, pelo *dominus litis*, encontramos na doutrina abalizada do mestre Damásio de Jesus, em seu *Curso de Direito Penal*, vol. 2, Editora Saraiva, pág. 370, em relação ao *caput* quanto à sua qualificação que:

“O estelionato é delito material. Crime material é aquele cujo tipo descreve o comportamento e menciona o resultado, exigindo a sua produção. Na espécie, o legislador define o comportamento do sujeito, empregando fraude no induzimento ou na manutenção de alguém em erro, e o resultado, vantagem ilícita em prejuízo alheio. O núcleo do tipo é o verbo ‘obter’. Desta forma, para a existência do delito é imprescindível que o sujeito obtenha vantagem ilícita. Em outros termos, o CP exige a produção do resultado duplo (vantagem ilícita em prejuízo alheio). Por isso, exigindo o tipo a produção do resultado, o crime é material e não formal”.

No tocante à conceituação e objetividade jurídica da referida modalidade de crime contra o patrimônio, assim se veja do *caput* do art. 171, CP, onde se lê:

“Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento”.

Reproduzo a seguir, para uma melhor análise do caso, o interrogatório do réu perante o juízo de primeiro grau, colhido nos seguintes termos:

“Que, na época da ocorrência do fato relatado na peça de denúncia, ou seja, dezembro de 1986, o Interrogando encontrava-se desempregado e por conta própria negociava com redes (de dormir) nas praias; que o Interrogando sabe o que significa PASEP, porque é cadastrado como beneficiário desse Programa, tendo conhecimento dos motivos determinantes dos saques nas respectivas contas do

PASEP, inclusive esclarecendo o interrogando que chegou a sacar da sua conta PASEP, por motivo de casamento, em 1976; que, por volta do ano de 1985, o interrogando, estando desempregado, costumava dirigir-se ao Sindicato dos Tecelões, na Manoel Borba, e, numa dessas idas, conheceu um senhor chamado Milton Ferreira da Silva, que se prontificou a arrumar um emprego para o Interrogando no IAA, tendo sido entregues ao referido senhor documentos pessoais, pelo Interrogando, e este dele recebeu apostila por conta do curso que teria de fazer para o emprego; que o referido Sr. Milton ficava “cozinhando” o Interrogando, a dizer-lhe que o emprego ia sair, mas tal não aconteceu; que, mais adiante, o referido Sr. Milton disse ao Interrogando que se ele soubesse de pessoas que estivessem precisando de sacar o PASEP, levasse para ele, ou as pessoas ou os documentos para a retirada, dizendo ao Interrogando que não dava nenhum problema; que, a partir daí e já por volta de 1986, o interrogando, conheceu a Sra. Sebastiana, que também figura neste processo como acusada e de quem ele era vizinho, recebeu da referida senhora os documentos (identidade, ou xerox da identidade, CPF e o extrato do PASEP e xerox da certidão de casamento) destinados a proceder ao saque na conta do PASEP, pois a Sra. Sebastiana prontificara-se a tal porque precisava do dinheiro para fazer conserto na sua casa; que Dona Sebastiana compareceu ao Cartório Costa Lima e passou procuração para o Interrogando, tendo este procedido ao saque na conta no PASEP em nome da Sra. Sebastiana, por motivo de casamento; que, na época dessa retirada efetivada pelo Interrogando em nome da Sra. Sebastiana, ele já a conhecia havia cerca de 06 (seis) anos, sabendo o Interrogando que a referida Sra. Sebastiana vivia em companhia de um senhor, não sabendo, contudo, se com ele era casada; que, depois do saque realizado na conta PASEP da Sra. Sebastiana

na, esta indicou mais 04 (quatro) pessoas que trabalhavam no Colégio Carlos de Lima Cavalcanti, em Casa Amarela, as quais manifestaram desejo de também sacar valores das suas contas PASEP; que a Sra. Sebastiana deu ao Interrogando os nomes dessas 04 pessoas, escritos num papel, no momento não se recordando o Interrogando quais eram esses nomes, dado o tempo já transcorrido; que, no mesmo dia em que o Interrogando recebeu o papel com os nomes dessas pessoas, procurou por elas na escola que lhe foi indicada pela Sra. Sebastiana; que, nessa ocasião, o Interrogando chegou a falar com essas 04 (quatro) pessoas, cujos nomes não se lembra, e falou-lhes da possibilidade de saque nas contas PASEP, tendo sido por elas indagado se tais retiradas ‘não davam bronca’, ao que o Interrogando respondeu que ‘até agora, nunca deu bronca pra ninguém’, pois o Sr. Milton Ferreira da Silva dizia ao Interrogando que não havia problemas nas retiradas, pois os documentos eram tirados em cartório e as certidões de casamento ele pegava no Palácio da Justiça... o Interrogando, novamente, insiste em afirmar que apenas recebeu os documentos e procedeu às retiradas nas contas PASEP relativas à Sra. Sebastiana e à Sra. Eliegem, tudo o mais tendo ocorrido conforme declarações agora prestadas; (...); que o Interrogando, além deste processo, responde a mais outros, mais ou menos em número de cinco, já tendo sido condenado em dois deles, em relação aos quais acha-se cumprindo pena (num processo – dois anos e oito meses; outro processo – dois anos e quatro meses), na Colônia Agrícola de Itamaracá”.

Colhe-se os seguintes enxertos no interrogatório da acusada Rita Maria Rosendo, em juízo (fls. 171 a 174):

“Que, à época do fato noticiado na peça de denúncia, ou seja, em 10/12/86, a interroganda trabalhava na Escola Carlos de Lima Cavalcanti, sendo que,

há aproximadamente 02 (dois) anos, mudou de local de trabalho, passando a desempenhar as suas atividades de serviços de limpeza na Escola Dona Maria Correia, onde permanece até hoje; que a interroganda sabe bem o que significa PASEP, pois é servidora estadual e beneficiária do referido Programa, recebendo periodicamente valores referentes ao seu PASEP; que, sobre os fatos narrados na denúncia, da parte da interroganda, o que aconteceu foi ter ela entregue documentos seus (cartão de Identificação do PASEP, que todo ano recebe quando vai efetuar o saque, e outro documento que não se lembra qual foi) a um senhor conhecido da sua colega Sebastiana, cujo nome não se recorda precisamente, mas lhe sendo lido o nome do terceiro acusado neste processo, José Reginaldo da Silva, lembra-se ter sido para ele que fez a entrega dos seus documentos; que a interroganda nada sabe sobre a certidão de casamento falsa que foi usada para o saque na sua conta do PASEP, pois, após ter entregue os seus documentos ao Sr. Reginaldo, este desapareceu, não tendo a interroganda o encontrado mais, a não ser quando foi chamada pela Polícia, oportunidade em que, juntamente com as suas outras colegas, Onófrea, Sebastiana, Eliege e Severina, ali compareceu para reconhecer o referido Sr. Reginaldo; que a interroganda tomou conhecimento do saque feito na sua conta PASEP quando recebeu o extrato respectivo e constatou a retirada, mas afirma não ter sido ela a realizar o referido saque; que, lhe sendo mostrada a certidão de casamento (cópia) existente às fls. 11 dos autos, a interroganda afirma nunca ter visto o referido documento, nem dele ter feito uso, apesar de ali constar a sua pessoa como sendo casada com José Fernandes de Melo, esclarecendo que este não era o nome de seu marido (atualmente falecido) (...); que a interroganda aceitou entregar os seus documentos ao Sr. Reginaldo, porque este lhe foi apresentado por sua

colega Sebastiana, que lhe disse ser possível o saque do PASEP, sem esclarecer o motivo desse saque, apenas dizendo que o Sr. Reginaldo podia retirar; que a interroganda, confiando na sua colega e mesmo porque estava precisando do dinheiro, aceitou entregar os seus documentos ao Sr. Reginaldo para que ele efetivasse o saque da sua conta PASEP, mas não sabia que tal seria feito com certidão de casamento falsa; que a interroganda chegou a pensar como seria possível o referido Senhor fazer a retirada sem a sua assinatura, tendo procurado a sua colega Sebastiana para esclarecer o fato, ao que lhe foi dito pela sua colega Sebastiana que não seria necessário assinar, pois o Sr. Reginaldo poderia efetuar o saque normalmente; que a interroganda, confiando na sua colega, não se preocupou mais com o fato, só mais tarde vindo a saber sobre a ocorrência (...)”.

De uma leitura dos interrogatórios dos acusados (fls. 171/174 e 176 e 180) e das provas testemunhais colhidas (fls. 219, 220, 221, 222, 223, 224 e 225), referidos elementos de convicção se prestam a gerar certeza acerca da autoria e materialidade da conduta descrita na peça vestibular imputada ao apelante, convergindo todas as provas para um único ponto, o de identificar na pessoa do réu e na conduta por ele praticada os elementos do tipo objetivo e subjetivo na perfeição do crime de estelionato.

Dentre as razões de recorrer do apelante, cinge-se a primeira delas à alegação de que a conduta pelo mesmo praticada se deu pelo envolvimento do mesmo com pessoas do seu relacionamento cotidiano, que se diziam amigas, e pela necessidade de obter sustento para sua família (mulher e quatro filhos), impelindo-o a agir de forma impensada. Referido argumento não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico, considerando que o art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil homenageia o princípio da inescusabilidade da ignorância da lei.

Outro argumento defendido pelo apelante assenta-se na alegativa de que S. Exa. “não se houve bem quanto ao ‘ônus proban-

do””, em face de ter derivado a sanção que lhe foi imposta de uma “simplória sentença condenatória”, insurgindo-se contra tal *decisum* à luz dos ensinamentos doutrinários de Magalhães Noronha, em citando Florian, Darci Arruda Miranda e citação de Cícero, quanto à necessidade de uma ampla análise da prova no oriente de um decreto condenatório. Em trabalho de minha lavra intitulado *Estrutura da Sentença Penal*, levando em consideração que a sentença é um ato do pensamento, assim exponho:

“Nominaliter, como doutrina Caetano Foschini, a palavra sentença vem do latim sentire, apreender com os sentidos, perceber, sentir; no momento em que a mesma consiste exatamente no sentir, mais do que mesmo apreender, como justa a solução indicada pela res judicanda, ou seja, sentir e fazer sentir os fundamentos, os motivos, o próprio direito, o porquê da justiça verso o ato de juízo por excelência, no caso um ato do pensar, que, como tal, em relação a qualquer coisa, se forma e se desenvolve na mente do que há de julgar, mas que, para ser sentido, percebido e eventualmente participado, precisa exteriorizar-se e assim tornar-se perceptível, tal qual ocorre com todo e qualquer pensamento. Justamente por esta razão que se fala da edição ou prolação da sentença ou ainda do ato de sentenciar. Consiste, por seu turno, a sentença, segundo lições deste Mestre, em uma conclusão fundamentada, ou, caso se queira, em concludentes conclusões, na real motivação que levou o Juiz a solucionar a lide, decidindo sobre o seu próprio mérito”.

Reportando-me à prova, ainda dentro do trabalho acima citado, assim o faço nos seguintes termos:

“Falta e insuficiência de prova - as hipóteses dos incisos II (não haver prova da existência do fato) e IV (não haver prova de autoria) são diferentes da do inciso VI (não existir prova suficiente para a condenação). Nas duas primeiras não há prova alguma contra o réu; na última, existe um princípio de pro-

va, apenas não suficiente para autorizar a condenação. Cabe ao acusador (Ministério Público, nas ações públicas; ofendido, seu representante legal ou seu sucessor, nas ações privadas) provar a acusação. Essa prova pode vir também aos autos por qualquer outra via: por ato do juiz ou do próprio réu. Mas se, afinal, não foi feita a prova do fato (inc. III) ou da autoria (inc. IV), deve entender-se que a acusação não tem fundamento. No último caso (inc. VI), a prova foi parcialmente produzida, pode ensejar a suspeita de culpabilidade do réu, talvez a ponderosa suspeita, mas ainda assim apenas a suspeita. Essa é suficiente para a denúncia e para a queixa; jamais para a condenação”.

No tocante à motivação ou fundamentação da sentença, fiz constar no trabalho já mencionado que:

“Oportuna uma pequena meditação sobre o fenómeno da sentença-juízo, no quanto compreende ela a formação específica da motivação de tal decisum. Compõe ela o seu próprio conteúdo, devendo, por isto, segundo lições de Foschini, abranger totalmente a matéria do juízo e também sempre exaurir a res judicanda em função de sua própria complexidade, justamente porque esta permite que se cinda tal res judicanda, por um lado em uma situação de fato e uma situação de direito e, por outro lado, em uma situação preceptiva em relação ao dolo ou culpa lato sensu e uma situação dispositiva, relativa à responsabilidade, isto, precisamente, no quanto a motivação a corporificar, o conteúdo da sentença deve abrigar os fundamentos atinentes ao juízo do direito, ao juízo do dolo ou culpa lato sensu e igualmente aqueles relativos ao juízo da responsabilidade penal. Disto decorre, com relação ao âmbito da motivação, que não deve tão-só dizer respeito à correlação com a matéria integrante da acusação, mas também à relação com a defesa em sua totalidade, de tal modo que a motivação deve conter, concreta-

mente, a defesa em toda sua amplitude e complexidade.

No tocante à situação fática, é o mesmo autor que lembra não se tratar de um dado pacífico diante do qual o juiz se quedará unicamente a aplicar as normas jurídicas, mas deverá tratá-la como sendo a própria matéria do juízo, ou seja, que há de ser assim erigida e cujos elementos de construção são as provas, vale dizer outros juízos de valores. Assim, pois, o juiz, de modo a evitar que pronuncie o seu juízo de modo arbitrário, julgará segundo a justiça e a verdade, resolvendo a questão da situação de fato em sua complexidade, realizando um juízo fundado nas argumentações probatórias.¹

Da mesma forma a situação de direito não se apresenta já delineada nem por uma norma legislativa abstrata e preestabelecida, nem tampouco por um conjunto de normas legislativas preestabelecido que o juiz aplica ao fato concreto, como freqüente e simplesmente se tem entendido, de tal modo a resolver-se o caso através de uma operação automática despida de qualquer motivação, mas, ao contrário, é constituída tal fase por um juízo de valoração jurídica do fato, ou seja, por uma reconstrução sob a specie juris, atendendo à sua qualificação jurídica, e, assim, pois, por sua própria qualificação e enquadramento no sistema dos valores jurídicos aceito e válido pela comunidade, tudo tendo por base normas, vale dizer, princípios de valor jurídico, que se constituem em instrumentais para tal

¹Caetano Foschini, op. cit.

“La situazione di fatto non è un dato pacifico al quale il giudice è chiamato sol ad «applicare» le norme giuriche, ma è esa stessa materia di guidizio cioè di ricostruzione. Gli strumenti della ricostruzione sono le prove, cioè altri giudizi (strumentali)- Il giudice, pertanto, per non decidere in modo arbitrario ma per giudicare secondo giustizia e verità, deve inquadrare la situazione di fatto nel suo complesso e nei suoi particolari che interessano in un discorso ragonevole, deve cioè esprimere un giudizio fondato su argomentazioni (probatorie)”.

fim. Eis porque o encontro e, pois, a seleção das normas jurídicas aplicáveis à hipótese, no tocante à sua própria utilização, orientada pela qualificação e valoração jurídica do fato, e, pois, pela sua construção segundo o tipo, in specie, constituem um complexo juízo que, para corresponder à justiça e não espelhar o arbítrio, devem traduzir-se em um discurso harmônico que exprima seus próprios fundamentos e desta forma cristalizar razão do juízo valorativo².

Por fim, a situação preceptiva guarda a própria essência de todos os requisitos e a existência (ou inexistência) do dolo, pressuposto da responsabilidade penal. Já a situação dispositiva, por seu turno, encerra os requisitos e as condições relativas à responsabilidade, na qual (mediante o juízo) haverá de traduzir-se o dolo, guardando, assim, o se, o como

² Caetano Foschini, op. cit.

“La situazione di diritto ugualmente non è già costituita – come frequentemente e semplicisticamente si ritiene – da una prestabilita astratta norma legislativa o da un prestabilito complesso di astratte norme legislative che il giudice «aplica» al fatto concreto, nel qual caso si tratterebbe di una operazione automatica nella quale non vi sarebbe posto per una motivazione, la ratio della applicazione esaurendosi unicamente nella stessa mera «esistenza» della norma legislativa. Essa è costituita invece da un giudizio di valutazione giuridica del fatto, cioè da una sua ricostruzione sub specie juris, cioè da una sua qualificazione giuridica, quindi da una sua qualificazione ed inquadramento nel sistema dei valori giuridici accettati e validi per la comunità, e tutto ciò in base a norme, cioè pur sempre in base a principi di valore giuridico che, a tale fine, hanno valore strumentale. Ecco perché tanto il reperimento e così la scelta delle norme giuridiche (scritte e non scritte), quanto la loro stessa utilizzazione per la qualificazione e valutazione giuridica del fatto e così per la sua costruzione quale fattispecie giuridica, costituiscono un complesso giudizio che, per corrispondere a giustizia (e non ad arbitrio) deve tradursi in un discorso argomentativo che ne esprima le ragioni e così la ragionevolezza”.

e o quanto da punição”.³

Registre-se, por oportuno, que o MPF não se insurgiu contra a absolvição, com base no art. 386, VI, do CPP, das acusadas Rita Maria Rosendo e Sebastiana de Lourdes de Oliveira.

Analisando a sentença proferida pelo Juiz *a quo*, nela não encontrei a ausência de qualquer formalidade essencial – art. 381 do CPP. O MM Juiz condenou o acusado com base num conjunto de provas colhidas na instrução processual e não apenas com base na confissão do acusado (fls. 130). Acrescente-se que o artifício utilizado pelo réu para obter a vantagem ilícita foi eficaz na obtenção do fim colimado, a materialidade e autoria comprovadas à vista das provas coligidas, e, ainda, a pacífica jurisprudência no sentido de que o estelionato absorve o *falsum* quando este é o meio fraudulento empregado para a prática do crime-fim utilizado para a obtenção da vantagem ilícita. E, mais, não sendo o Banco do Brasil entidade de direito público ou instituto de economia popular, assistência social ou beneficência, não há como se aplicar à hipótese a causa especial de aumento do parágrafo terceiro do art. 171 do CPB.

Quanto à preliminar de prescrição, acolho o Parecer Ministerial ofertado oralmente pela Dra. Eliane Recena, conforme se verifica das notas taquigráficas acostadas a este voto, e afasto a prescrição, considerando a pena aplicada, no julgamento anterior desta Turma, o qual foi anulado pelo c. STJ, que, desconsiderando o aumento da pena pela aplicação do § 3º do art. 171 do CPB e reformando a sentença *a quo*, nesta parte, reduziu a pena aplicada ao réu de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. E, considerando que, segundo o artigo 117, IV, do CPB, a sentença condenatória interrompe a prescri-

³ Caetano Foschini, ob. cit.

“La situazione precettiva, riguarda l’esistenza di tutti i requisiti e l’esistenza (o inesistenza) di tutte le condizioni obiettive e subiettive, cioè il complesso di quanto necessario affinché possa ritenersi sussistente la situazione di concreta colpevolezza penale del reo quale presupposto della sua penale responsabilità. La situazione dispositiva riguarda invece i requisiti e le condizioni relative alla responsabilità nella quale (mediante il giudizio) deve tradursi la colpevolezza, riguarda quindi il se, il come e il quando della punizione”.

ção, não se tem o lapso temporal de 8 anos, previsto no artigo 109, IV, do CPB, entre a data do fato (10 de dezembro de 1986) e a do recebimento da denúncia (20/04/1994), tampouco entre a data da prolação da sentença condenatória (07 de outubro de 1997) e a data do presente julgamento. A prescrição, mantendo-se a pena de 3 anos e 6 meses, só ocorreria no ano de 2005.

Quanto à preliminar de ausência de defesa, não há que prosperar, mormente quando se verifica que a defesa foi efetiva no curso do processo, inclusive chegando nas barras do c. STJ, no sentido de anular-se decisão anterior proferida por esta Turma. A defesa foi tão eficiente ao ponto de submeter este processo a nova apreciação deste Tribunal, possibilitando o reconhecimento da matéria posta no recurso de apelação, tanto pelo Ministério Público Federal, presente a esta sessão do dia 21 de maio, e dos Srs. Desembargadores presentes. Outrossim, o reexame da matéria, posto pela eficiência da defesa, propiciou ao acusado um pronunciamento favorável, conforme adiante exposto.

Considerando o douto Parecer Ministerial, conforme acostado nas notas taquigráficas a este voto, a Dra. Eliane Recena reconhece que na verdade a pena anteriormente fixada por esta Turma, no julgamento anterior, anulado pelo c. STJ, foi excessiva.

Uma das coisas com que me preocupo muito e não aceito é laborar-se em excessiva pena só para o efeito de afastar a prescrição. Muitas das vezes, os processos demoram nas prateleiras do 1º grau e os juízes, preocupados com a situação junto à comunidade, muitas vezes não aplicam exatamente a metodologia necessária em termos de correspondência da pena em relação ao crime e a sua efetivação pessoal em relação ao réu. Porque a pena de fato para compensar o atraso do juiz e evitar a ineficácia da pena, o juiz, ao final, fixa uma pena para evitar a prescrição.

Sem preocupar-me com a primariedade, mas, exatamente, dentro dos tópicos do processo e diante da anulação do julgamento anterior, da sustentação oral atravessada pela i. defensora do réu e do próprio Parecer Ministerial, acostados a este voto, sinto-me autorizado a manter a sentença do Juiz *a quo*, exceto no tocante ao aumento da pena pela aplicação do § 3º do art. 171 do CPB, reformando a sentença nesta parte, reduzir a pena aplicada ao réu

de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses para 2 (dois) anos de reclusão, que tenho como pena definitiva, considerando, ainda, que a absolvição dos outros réus, em tese, milita e labora em favor do próprio acusado-apelante.

Atendendo terem decorrido entre a data dos fatos (10 de dezembro de 1986) e a data do recebimento da denúncia (20 de abril de 1994) mais de 7 (sete) anos, e da data da sentença condenatória *a quo* (07 de outubro de 1997) até a data do presente julgamento (21 de maio de 2002) mais de 4 (quatro) anos e considerando a pena *in concreto*, ora confirmada em 2 (dois) anos de reclusão, declaro extinta a punibilidade do acusado José Reginaldo da Silva, para todos os fins de direito, com base nos artigos 107, IV; 109, V; 117 e 61 do CPPB.

Ex positis, rejeito a preliminar de nulidade processual e, no mérito, dou parcial provimento à apelação do réu, reconhecendo, outrossim, a seu favor, a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa da pena *in concreto*.

É o meu voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.708-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA
Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelados: NIVALDO MARQUES DA SILVA, LUCIANO DE SIQUEIRA JÚNIOR E ALEXANDRE DIONÍSIO DE SOUZA
Advogada: DRA. JACINTA DE FÁTIMA COUTINHO MOURA (APDOS.)

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO PELO RESULTADO. LESÃO CORPORAL GRAVE E MORTE. EFETIVO EMPREGO DA VIOLÊNCIA. INOCORRÊNCIA DA SUBTRAÇÃO. ARTIGO 157, § 3º, IN FINE, C/C 29 DO CPB. CRIME DE LATROCÍNIO. CON-

SUMADO. SÚMULA 610 DO STF. APLICAÇÃO. CO-AUTORIA. UNIDADE DE AÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. VALORAÇÃO DAS PROVAS COLHIDAS NA ESFERA POLICIAL. SINTONIA COM OS DEMAIS FATOS APURADOS. REFORMA DO DECRETO ABSOLUTÓRIO SINGULAR. CONDENAÇÃO. PENA DE RECLUSÃO E MULTA. REGIME FECHADO. CRIME HEDIONDO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1º, II, DA LEI Nº 8.072/90.

- Autorizando os autos a se afirmar que a ação eleita pelo bando (os ora réus e os demais co-autores, que, conforme noticiam os autos, restou extinta a punibilidade pelo evento morte) era o ASSALTO àquela agência da Caixa Econômica Federal e, dentro da unidade da ação eleita, escolheram realizá-la à mão armada, aceitando logicamente usar de tais armas para conseguir o intento determinado de tal ação – no caso, as quantias encontradas em tal agência –, donde, inegavelmente, tem-se como verdade inconteste que os oito (8) réus autores de tal ação se dirigiram à Caixa Econômica Federal com o intuito de assaltá-la, para tanto usando, como na verdade usaram, de suas armas, com as quais feriram gravemente um policial militar ali presente, e, inclusive, resultou na morte de uma das clientes da agência.

- Restando comprovadas a autoria e a materialidade delituosas, impõe-se a reforma do decreto absolutório singular para ter os réus, ora apelados, como condenados nas sanções do artigo 157, § 3º, in fine, do CPB – crime de latrocínio na forma consumada (aplicação da Súmula 610 do STF).

- Apelação do Ministério Público provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Fe-

deral da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação para condenar os réus pela prática do crime de latrocínio, fixando a pena em 23 (vinte e três) anos, 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, 21 de maio de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA -Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal (fls. 683/692) contra sentença da lavra do Exmo. Juiz Federal, Dr. Frederico José Pinto de Azevedo, da 13ª Vara, Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, que, julgando improcedente o pedido desta ação penal, restou por absolver os acusados, por não vislumbrar a caracterização da autoria criminosa e sob o entendimento de que as provas dos autos, seja a policial como a judicial, foram insuficientes para fundamentar uma condenação.

Nos fatos, os acusados foram incursos nas penas do artigo 157, § 3º, c/c 14 do CPB, narrando a peça exordial que a conduta criminosa dos acusados se deveu a tentativa de assalto a agência bancária da Caixa Econômica Federal, localizada em Afogados-Recife/PE, na data de 06 de julho de 1990.

A acusação insurge-se contra o decreto monocrático absolutório, alegando, em suas razões de apelação (fls. 683/692), em síntese, que dos autos constam elementos suficientes para a comprovação da autoria criminosa. No mérito, pugna pela reforma da sentença recorrida com a condenação de todos os acusados.

Contra-razões apresentadas pelas defensoras dativas dos acusados, ora apelados, às fls. 694/697; 698/701; 703/707; 710/712, que, em síntese, alegaram que as provas colhidas unicamente na fase policial não constituíram um harmonioso conjunto probatório a ensejar a condenação dos réus, pelo que, pugnaram, o

mérito, pela manutenção da sentença absolutória – aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

O Ministério Público Federal, nesta instância, através da Exma. Procuradora da República, Dra. Maria do Socorro Leite de Paiva, ao ofertar o Parecer de fls. 716/719, opinou pelo provimento do recurso de apelação interposto.

Os autos seguiram ao Exmo. Desembargador Federal Lázaro Guimarães, para revisão, nos termos do Regimento Interno desta Corte.

É relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Conforme consta do relatório acima, cuida a hipótese de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal (fls. 683/692) contra sentença da lavra do Exmo. Juiz Federal, Dr. Frederico José Pinto de Azevedo, da 13ª Vara, Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, que, julgando improcedente o pedido desta ação penal, absolveu os acusados, por não vislumbrar a caracterização da autoria criminosa e sob o entendimento de que as provas dos autos, seja a policial como a judicial, foram insuficientes para fundamentar uma condenação.

Nos fatos, segundo narra a peça acusatória, em síntese, os denunciados, ora apelados, em co-autoria com Hélio Bernardo de Souza, Drailton dos Santos, Carlos Alberto Oliveira e Gutemberg José Xavier, estes falecidos, cujas punibilidades foram extintas pelo evento morte, tentaram assaltar a agência da Caixa Econômica Federal, localizada no bairro de Afogados, Recife/PE. Da referida peça acusatória, destaca-se:

“(...) No dia 06/07/90, os indivíduos acima qualificados, em co-autoria com Hélio Bernardo de Souza (Nego Hélio), Drailton dos Santos (Dadaí), Carlos Alberto Oliveira (Carlos Chapinha) e Gutemberg José Xavier, tentaram assaltar a agência da Caixa Econômica Federal, localizada no bairro de Afoga-

dos, Recife/PE, o que resultou na morte de uma cliente daquele estabelecimento, Edilene do Espírito Santo, e provocou lesões corporais graves em Carlos Antônio da Silva, soldado da Polícia Militar de Pernambuco.

Do procedimento inquisitório, denota-se que o crime foi planejado no dia 05/07/90, quando, com esta finalidade, reuniram-se no restaurante Espigão, em Casa Caiada, Olinda, os indivíduos Drailton dos Santos, Carlos Alberto Oliveira, Alexandre Dionísio de Souza, Gilson de Oliveira, Luciano Siqueira Júnior e Gutemberg José Xavier.

Iniciados os atos executórios, Carlos Alberto Oliveira e Gutemberg Xavier ficaram posicionados dentro de dois automóveis, junto à entrada da agência bancária situada na Avenida Sul, preparados para a fuga.

Pela mesma via, adentraram no local do crime Drailton dos Santos, Luciano Siqueira Júnior e Gilson Oliveira, sendo que o primeiro ficou encarregado de “receptionar” os clientes que chegavam à agência no momento do delito, enquanto que os dois outros desarmaram os vigilantes e deveriam ter recolhido o dinheiro.

Na entrada que tem acesso pela Rua da Paz, permaneceu posicionado Alexandre Dionísio, ao passo que Nivaldo Marques e Hélio Bernardo de Souza por ela entraram na agência, com o fito de dar cobertura aos seus comparsas que lá já se encontravam.

Inadvertido sobre os sucessos daquele momento, o policial militar Carlos Antônio da Silva aproximou-se da entrada do banco, onde iria realizar operações particulares, porém, naquela ocasião, temendo uma possível investida do militar, o assaltante Gutemberg Xavier disparou sua arma contra o mesmo, ferindo-o gravemente.

Os demais assaltantes, pensando tratar-se da chegada da polícia, dispararam suas armas e rapida-

mente evadiram-se do local, deixando fatalmente ferida a vítima supramencionada (Edilene do Espírito Santo), sem contudo, levarem consigo qualquer valor patrimonial que não o revólver do policial ferido (...)”.

Observe-se que, conforme noticiam os autos, os co-réus, não denunciados, Carlos Alberto Oliveira (fls. 303); Drailton dos Santos (fls. 326), Hélio Bernardo de Souza (fls. 301) e Gutemberg Xavier (fls.302), são falecidos, e tiveram extinta a punibilidade pelo evento morte.

O douto Juiz Federal sentenciante, Dr. Frederico José Pinto de Azevedo, da 13ª Vara, Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, entre outras, assim se houve nas suas razões de decidir:

“(...) A materialidade do delito encontra-se inequivocamente comprovada, pelos laudos de fls. 11/12 e 62/62v., pelos depoimentos prestados pelas testemunhas e por outros documentos constantes nos autos.

Quanto à autoria, não diviso a existência nos autos de prova suficientemente robusta para embasar um decreto condenatório.

O Juízo condenatório requer prova idônea, que demonstre efetivamente a autoria do delito, não contendo validade jurídica a sentença condenatória que tem como único fundamento as declarações prestadas pelos denunciados na fase policial. Desta feita, a incriminação feita por co-réu ou mediante confissão, na fase policial, permanecendo isoladas no quadro informativo, sem confirmação em juízo e sem apoio nas demais provas, não são suficientes para respaldar uma sentença condenatória...

Observe-se que, no caso dos autos, inexistem provas judiciais de que os réus tenham praticado os fatos descritos na denúncia. Logo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a acusação não conseguiu comprovar a efetiva participação dos denunciados no evento delituoso.

Ademais, considerando as provas extrajudiciais, existem apenas delações e confissões efetuadas nos interrogatórios na polícia, que, como visto, são insuficientes para fundamentar uma condenação. Pelo exposto, impõe-se a absolvição dos denunciados”.

Nos fatos tem-se que os réus foram denunciados nos termos do artigo 157, § 3º, c/c 14 do CPB. Tratando-se de crime complexo, o objeto jurídico do roubo é o patrimônio, tutelando-se, assim, a integridade corporal, a liberdade. No roubo qualificado, pelo emprego de arma de fogo, denota-se não só maior periculosidade do agente como uma ameaça maior à incolumidade física da vítima. O concurso de duas ou mais pessoas também qualifica o roubo, dada a maior periculosidade dos agentes, que se unem para a prática do crime, dificultando a defesa da vítima.

De uma análise dos documentos de fls. 11 *usque* 22 – perícia em local de ocorrência do assalto, bem como da perícia tanatoscópica, extrai-se a prova da materialidade dos fatos descritos na exordial.

No tocante à autoria, observa-se que o *modus operandi* em que se houveram os réus estava relacionado com o dos co-réus, falecidos, cujas punibilidades foram extintas pelo evento morte. Os depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação, Sr. Carlos Antônio (na fase policial, fls.166/167 e 203 e em juízo, fls. 447/448); Sr. Helbe Correia (na fase policial, fls.186/187 e em juízo fls.469/470); Sr. Reginaldo Aciole (na fase policial, fls. 93/94 e em juízo, fls. 449/450) e Sr. Amaro Manoel (na fase policial, fls. 91/92 e em juízo, fls. 579/580), não são uníssonos em identificar as pessoas dos acusados dentre os assaltantes que tentaram investir contra o patrimônio da Caixa Econômica Federal. Tal fato é comum nos crimes desta natureza, em face das circunstâncias em que ocorreu o crime.

No mais, dos interrogatórios dos réus, apelados, Alexandre Dionísio (na fase policial, fls.196/197 e em juízo, fls. 968/969); Nivaldo Marques (na fase policial, fls. 249/250 e em juízo, fls. 403/404) e Luciano Siqueira (em juízo, fls. 612/613), colhem, com certeza e convicção, elementos que confirmam a autoria do crime

narrado na exordial, em relação aos réus apelados. A certeza da autoria revela-se sobre o co-autor Drailton dos Santos (vulgo Dadaí); Carlos Alberto Oliveira (vulgo Carlos Chapinha) e Gutemberg Xavier, todos falecidos e cujas punibilidades já foram extintas. O Laudo de Áudio Grafação de fls. 215/224 registra o *iter criminis* percorrido pelos acusados, revelando pela força probante do inquérito policial a participação dos acusados, ora apelados.

O próprio Drailton afirmou em seu depoimento na Polícia Federal “que os pilotos do assalto seriam Chapinha e Gutemberg”, confirmando, ainda, a participação dos acusados, ora apelados. Do depoimento de Drailton dos Santos, fls. 235/236, extrai-se a seguinte narrativa:

“(...) que, de fato, o assalto foi planejado no dia anterior, no Espigão, que fica nas imediações do Quartel da PE, na praia de Casa Caiada, em Olinda/PE, onde ali se reuniam, além do interrogado, Carlos Chapinha, já falecido, Luciano, Alexandre, Gilson e Gutemberg, este também já falecido, lembrando o interrogado que ficou acertado nesse planejamento que os pilotos seriam Chapinha e Gutemberg; que ficou também acertado que o interrogado, Gilson e Lucinho seriam os homens responsáveis pelo desarmamento dos vigilantes, bem como pela execução do assalto propriamente dito, enquanto que Alexandre, Vado e Negro Hélio ficariam encarregados de dar cobertura à execução do crime; que, assim, por volta das 12:00 h do dia 06/07/90, antes de executarem o assalto, o grupo de reuniu numa parada de ônibus, próxima à referida agência da CEF, quando passaram a agir, sendo o grupo distribuído da seguinte maneira: o interrogado, Lucinho e Gilson entraram na agência pela porta que dá acesso à Av. Sul, onde estavam posicionados dentro dos veículos, um Escort e um Opala, os comparsas Carlos Chapinha e Gutemberg, ao passo que do lado da Av. da Paz entraram Alexandre, Negro Hélio e Vado, cujo nome é Nivaldo Marques (...)”.

Colhe-se do depoimento do réu Alexandre Dionísio de Souza, fls. 196/197, a seguinte narrativa:

“(...) que o interrogado diz que sua tarefa no assalto era a de ficar posicionado do lado de fora da Caixa, próximo à porta de entrada, a que fica do lado da rua da Paz, enquanto que Dadaí, Gilson e Lucinho eram os homens encarregados de entrarem na agência e executarem o assalto propriamente dito, que assim foi distribuído o pessoal, sob a orientação de Lucinho e por volta do meio dia, quando começaram a executar o assalto, e mal o interrogado se posicionou no local acertado anteriormente, viu quando ocorreu uma correria dentro da agência, isto imediatamente após ter ouvido um disparo de arma de fogo, quando então o interrogado viu, porque também correu para o lado da Av. Sul, um PM caído no chão; que o Policial Militar, segundo soube depois, através de Gutemberg, foi atingido pelo próprio Gutemberg (...); que no dia da tentativa do assalto, o interrogado, na verdade, portava uma pistola 9mm que havia conseguido numa troca que fez com Dadaí, por um revólver que possuía (...); que o interrogado finaliza dizendo que esta é a 3ª vez que está sendo preso, por cometimento de assaltos, sendo que num deles tomou como refém, junto aos comparsas, o repórter da TV Globo Francisco José, fato este que foi divulgado a nível Nacional, pela própria Televisão (...)”.

Referido depoimento aponta os co-autores Luciano Siqueira e Gilson Silva, que tiveram suas qualificações realizadas pela Polícia Federal – via indireta (fls. 270) e em juízo à revelia (fls. 419). Em relação ao depoimento do acusado Luciano Siqueira, fls. 612, em juízo, o mesmo nega a sua participação no assalto. Tal fato é negado pelo co-autor Nivaldo Marques, que, em seu depoimento de fls. 249 e 403/404, confirma que Luciano e Gilson praticaram o delito, noticiando, inclusive, a ocorrência de outros assaltos.

Percebe-se, desta forma, inquestionável, a participação dos

acusados, ora apelados. Neste sentido, o próprio MPF, nas razões de apelação (fls. 687), afirma: “(...) É de se ressaltar que todos os interrogatórios prestados pelos réus, além de se manterem interligados por um fio condutor lógico, veraz, estão em consonância com todos os depoimentos prestados por aqueles que presenciaram, sentiram, viram, ouviram e temeram o que se passou, quando da tentativa de execução do crime (...)”. (Grifei).

Nas suas razões de apelação, o Ministério Público Federal, às fls. 683/692, insurge-se contra o decreto monocrático absolutório, alegando, em síntese, que dos autos constam elementos suficientes para a comprovação da autoria criminosa. No mérito, pugna pela reforma da sentença recorrida com a condenação de todos os acusados.

Ora, não se olvida que o juiz há de atender, quando do julgamento, ao seu livre convencimento a ser formado de acordo com as provas dos autos, as quais, se não se apresentam suficientes para autorizar um juízo de condenação, dentro da inteligência do art. 386, VI, do CPB, impõem sejam absolvidos os acusados, pela aplicabilidade do princípio *in dubio pro reo*.

Havendo dúvida razoável sobre a participação, não se admite a condenação. Dúvida razoável é aquela que permanece, mesmo depois da verificação dos elementos probatórios constantes do processo. Ocorre quando não é possível conduzir à certeza de que os acusados tenham participado do crime. Hipótese, *data venia*, que não se aplica aos presentes autos, pois, diante da gravidade dos fatos, e, mais ainda, pelo relato da própria peça exordial – denúncia ofertada pelo *Parquet* Federal, embasada em elementos demonstrativos da existência do fato criminoso e de indícios de sua autoria, há de ser valorada a prova colhida no inquérito policial –, procedimento preparatório, mas não de todo indispensável, posto que, na busca da elucidação dos fatos tidos como transgressores da norma jurídica e sua autoria, com a investigação policial, o Estado desenvolve atividade intensa, típica, à propositura da ação penal.

Verifica-se que as provas colhidas nos autos, seja pelas confissões dos réus, na esfera policial, devem ser valoradas no próprio juízo de convicção a embasar um decreto condenatório. O

próprio *Parquet* Federal registra, às fls. 689, “(...) é de se reconhecer, assim, uma relativa importância aos elementos constantes do inquérito policial, principalmente no que toca aos depoimentos, às confissões, às provas periciais e documentais, mesmo quando elas, por um motivo qualquer, não venham a ser renovadas na fase judicial. Ressalte-se, contudo, que a aceitação dessa relatividade das informações constantes do inquérito policial na formação do convencimento do juiz deverão ser consideradas caso a caso, considerando-se principalmente o contexto no qual se encontrem, não se podendo, assim, proceder à sua aplicação indistintamente aqui e ali. A atualizada jurisprudência, inclusive, dando um passo à frente, já reconhece algumas concessões, que, em casos especiais, devem ser abertas ao aproveitamento de elementos do inquérito policial, sem a necessidade de sua ‘jurisdicionalização’ (...)”.

E conclui a douta Representante do MPF: “os interrogatórios (inclusive as confissões) policiais conferem, sim, validade jurídica à sentença condenatória, quando em sintonia com as demais provas e fatos apurados”.

E o meio de prova é tudo o que possa ser utilizado para a demonstração da ocorrência dos fatos alegados e perseguidos no processo. São os instrumentos necessários para comprovar a existência não da verdade de um fato. O CPP enumera alguns meios de prova e suas peculiaridades; entre outros, destacam-se o interrogatório e a confissão do acusado (arts. 185 a 200 do CPP). Neste sentido, a confissão poderá ser divisível – artigo 200 do CPP, podendo o Magistrado analisar o todo da declaração do acusado e, em confronto com as demais provas, acreditar na confissão relativa à autoria. A confissão, como meio de prova, será analisada pelo juiz segundo o critério do livre convencimento – artigo 200, CPP. O Magistrado aferirá o valor da confissão em confronto com os outros elementos de prova – artigo 197, CPP.

A confissão não é inconciliável com a ilicitude do fato – por exemplo: matei, mas em legítima defesa. Hélio Tornaghi, *in Curso de Processo Penal*, volume 1, Saraiva, esclarece-nos que “o objeto da confissão, portanto, é a autoria do fato. O réu confessa quando se diz autor do fato criminoso, causador do resultado punível,

seja esse um dano ou apenas um perigo. À confissão se opõe a negativa da autoria”.

E isso há de ser valorado, vez que, na hipótese dos autos, o que ocorreu foi uma unidade de ação, esta como o próprio crime – unidade de crime e pluralidade de agentes. A co-autoria resta incontestada, mormente no tocante à divisão de trabalho, mas tendo como base da ação – ASSALTAR À MÃO ARMADA UMA AGÊNCIA BANCÁRIA – tal ação foi a eleita pelos réus e co-réus. Na co-autoria, é essencial que o comportamento do co-autor seja relevante e eficaz no sentido da realização da ação ou na obtenção do resultado, sendo mister, também, a existência de vínculo subjetivo ou psicológico, pelo qual cada concorrente tem consciência de dar sua contribuição para a atividade criminosa de outrem.

Em relação ao concurso de pessoas, o artigo 29 do CPB assim dispõe, *in verbis*:

“Artigo 29 do CPB. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

É cediço que um dos requisitos para a configuração do concurso de pessoas é o **vínculo subjetivo entre os agentes** (a consciência de que os participantes cooperaram, contribuem para uma ação comum) e a **identidade de infração penal** (a infração penal deve ser a mesma, objetiva e subjetivamente, para todos os agentes). Este último requisito evidencia a adoção, pelo Código Penal, da chamada teoria monística ou monista, segundo a qual a pluralidade de agentes, assim como a diversidade de condutas, não impede a **unidade do crime** (sem prejuízo de cada co-autor ou partícipe ter sua conduta valorada individualmente, no momento da aplicação a pena – artigo 29, *caput*, última parte).

De uma leitura dos autos, verifica-se que a ação eleita pelo bando (os ora réus e os demais co-autores, que, conforme noticiam os autos, restou extinta a punibilidade pelo evento morte), era o ASSALTO àquela agência da Caixa Econômica Federal e, dentro da unidade da ação eleita, escolheram realizá-la a mão armada, aceitando logicamente usar de tais armas para conseguir o intento determinado de tal ação – no caso, as quantias encontradas em

tal agência, donde, inegavelmente, tem-se como verdade inconteste que os oito (08) réus autores de tal ação se dirigiram à Caixa Econômica Federal com o intuito de assaltá-la, para tanto, usando, como na verdade usaram, de suas armas, com as quais feriram um Policial Militar ali presente, e, inclusive, com a morte de uma das clientes da agência.

Estivéssemos diante de um crime contra a vida e não haveria como falar-se em tentativa, mas sim de um crime consumado, no entanto, considerando que a hipótese é de crime contra o patrimônio com a qualificadora da violência com resultado morte, mas sem que lograssem os réus haver-se em quantia alguma daquela agência, está-se diante do crime de LATROCÍNIO – situação esta que abrange tanto aqueles réus que diretamente agiram no interior da agência como aqueles que no seu exterior davam cobertura à referida ação, pois não há como, em termos de escolha de conduta, deixar de ver a ação dentro de sua unidade – ASSALTO À MÃO ARMADA a um banco com vítima fatal, inobstante o crime contra o patrimônio não tenha se consumado em face de atos estranhos à vontade dos agentes, determinando-se que se identifique, na hipótese, com toda precisão, atendendo o preceito da Súmula 610 do STF, o crime de latrocínio, e, mais precisamente, em face de ter resultado da violência uma morte – o crime de latrocínio na modalidade do parágrafo 3º, *in fine*, do artigo 157 do CPB.

O colendo Supremo Tribunal Federal, através da Súmula nº 610, entende que *“há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração dos bens da vítima”*.

Vale observar, ainda, que a ação dos réus foi fruto de uma associação de mais de 03 (três) pessoas (oito na hipótese, no mínimo), donde na verdade se identifica na ação dos mesmos terem eles perfeito, de modo, consumado, o crime de quadrilha ou bando, de que cuida o artigo 288 do CPB, isto inclusive sobre a qualificadora do parágrafo único daquele artigo, vez que a quadrilha se encontrava armada.

Assim tivesse se apresentado ao MPF e os ora réus estariam respondendo por crimes cujas penas cominadas seriam de 20 a 30 anos de reclusão – crime de latrocínio – e de 02 a 06 anos de

reclusão – crime de quadrilha ou bando qualificado.

Atendendo, no entanto, à inadmissibilidade, em segunda instância, da *mutatio libelli*, deixo de aplicar à hipótese o disposto no artigo 384 do CPPB, de modo a manter a definição do crime segundo os termos da denúncia, que entendeu terem os réus incorrido nas penas do artigo 157, § 3º, do CPB, na forma tentada.

Levando em consideração terem restado incontestes a autoria e materialidade, dou provimento à apelação do Ministério Público Federal para, julgando procedente a denúncia, condenar os réus Nivaldo Marques da Silva, Luciano de Siqueira Júnior, Alexandre Dionísio de Souza e Gilson Oliveira da Silva nas penas do artigo 157, § 3º, *in fine*, do CPB, aplicando-lhes como pena básica, levando em conta a primariedade dos mesmos, mas sem desconsiderar suas culpabilidades; suas personalidades (capazes de associarem-se em quadrilha ou bando para fins de cometerem crimes graves, demonstrando uma periculosidade com grau de alta potencialidade de ofensa à comunidade); os motivos determinantes da conduta (os mais baixos, que normalmente se encontram na origem dos crimes contra o patrimônio); as circunstâncias de como se perpetrou tal crime (que autorizam a identificar de tal conduta, também, o crime de bando ou quadrilha, pelo qual não se encontram respondendo em face de omissão da denúncia) e as conseqüências do crime (o crime narrado na denúncia, conforme disposição do artigo 1º, II, da Lei nº 8.072/90, há de ser considerado como hediondo, mormente quando se teve como resultado da violência usada pelos réus lesão corporal em um policial militar e morte de uma das vítimas que estava no interior da agência da CEF no dia do assalto), a pena de **23 (vinte e três) anos de reclusão**, pena esta que, inexistindo circunstância agravante ou atenuante e/ou causa especial de aumento ou diminuição da pena a militar a favor dos réus, transformo em definitiva. Aplicando-se, ainda, a pena pecuniária que arbitro para cada um dos réus no montante de **130 (cento e trinta) dias-multa**, no valor, o dia, de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Os réus deverão cumprir as penas em **regime fechado**, em face das circunstâncias do artigo 59, do artigo 33, § 3º, do CPB, e do artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos - Lei nº 8.072/90), no estabelecimento adequado e nas condições que vie-

rem oportunamente a ser fixadas pelo MM. Juiz das Execuções Penais. Ausentes os requisitos para a substituição da pena (artigos 44, 54 e 60, § 2º, do CPB), bem como para sua suspensão condicional (artigo 77 do CPB). Assegurado o princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVIII), lance-se os nomes dos réus no ROL DE CULPADOS (CPP, art. 393, II) somente após o trânsito em julgado.

Expeça-se o competente **mandado de prisão** para o réu revel (fls. 419), ora condenado, **Gilson Oliveira da Silva**, que deverá ser recolhido ao Presídio Professor Aníbal Bruno, nesta cidade do Recife/PE, para o cumprimento da pena. Encaminhe-se cópia do referido mandado de prisão ao Ilmo. Superintendente da Polícia Federal local, para o devido cumprimento.

Em relação aos réus Nivaldo Marques da Silva, Luciano de Siqueira Júnior e Alexandre Dionísio De Souza, que já se encontram recolhidos ao Presídio Professor Aníbal Bruno, com prontuários, respectivamente, às fls. 656, 614 e 645, expeçam-se as competentes **cartas de guia** (art. 107 da Lei nº 7.210/84 - Execução Penal).

É o meu voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 71.860-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (CONVOCADO)
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE
Apelado: CRISTIANO TEIXEIRA COELHO
Advogados: DRS. EDGAR COSTA NETO E OUTROS (APTE.) E IVANILDO BERARDO C. DA CUNHA NETO (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. EXAME NACIONAL DE CURSOS. EXCLUSÃO DE ESTUDANTES CONCLUINTEs.

- Legitimidade da instituição de ensino reconhecida, desde que é a responsável pelo envio ao MEC da relação dos possíveis estudantes concluintes para inscrição no exame.**
- A Lei 9.131/95, ao estabelecer o Exame Nacional de Cursos, condicionou a expedição de diploma à participação do estudante concluinte no referido exame.**
- A existência de falha na relação não pode prejudicar o estudante concluinte.**
- Apelação e remessa oficial improvidas.**

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, 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, 20 fevereiro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT – Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (Convocado):

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Cristiano Teixeira Coelho contra ato do Diretor da Faculdade de Direito do Recife - Centro de Ciências Jurídicas da UFPE e do Delegado do Ministério da Educação e do Desporto em Pernambuco, objetivando sua participação no Exame Nacional de Cursos, ao fundamento de ser aluno concluinte do curso de Direito da Faculdade de Direito do Recife.

A MMA. Juíza sentenciante concedeu a segurança, fundada na Jurisprudência dos Tribunais de “que é arbitrária e ilegal a omissão no envio dos dados dos estudantes e ex-estudantes vinculados à instituição de ensino, prejudicando-os pela não realização

do provão, com o conseqüente impedimento da obtenção do diploma no Curso Superior”.

Irresignada, apela a UFPE, argüindo, em preliminar, sua ilegitimidade passiva, perda de objeto do *mandamus*, em razão do caráter satisfativo da liminar; caso ultrapassadas essas preliminares, pugna pela denegação da segurança.

Sem contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (Relator Convocado):

A MMA. Juíza da 12ª Vara de Pernambuco, Dra. Nilcéa Maria Barbosa Maggi, ratificando a liminar, concedeu a segurança, assegurando ao impetrante sua participação no Exame Nacional de Cursos.

Afirma a UFPE, em suas razões recursais, que é parte ilegítima para figurar no pólo passivo do presente processo, já que não tem ingerência sobre o exame a ser realizado pelo MEC.

Tenho, contudo, que não assiste razão à apelante. É que o que pretende o impetrante é ter seu nome na relação enviada ao MEC para realização do Exame Nacional de Cursos, e esta é atribuição específica da instituição de ensino, conforme se verifica do inciso II do art. 6º da Portaria nº 963/97 do Ministério da Educação e do Desporto, que estabelece:

“Art. 6º. Compete às instituições de ensino superior que oferecem os cursos a serem avaliados:

(...)

II - providenciar e encaminhar ao INEP, anualmente, até 70 (setenta) dias antes da realização do ENC, observado o disposto nesta Portaria e demais instruções emitidas pelo INEP, o cadastro de seus graduandos e graduados que irão participar do mesmo, sendo vedada a inscrição de alunos que não estejam em fase de conclusão do curso de graduação naquele ano”.

Rejeito, pois, a preliminar.

Quanto à alegação de ocorrência de perda de objeto do presente *mandamus*, tenho que também não assiste razão ao apelante.

Transcrevo, por oportuno, trecho da sentença que trata da matéria:

“A liminar, mesmo tendo conteúdo satisfativo, não obsta a análise da legalidade ou não do ato dito coator. Ademais, vislumbra-se evidente a utilidade da presente demanda, a fim de esclarecer possível agressão a direitos individuais suscitados, servindo posteriormente até como meio de prova para interposição de possível ação ordinária de reparação de danos acaso ocorridos”. (Fls. 39).

Rejeito, também esta preliminar.

Passo, agora, à análise do mérito do presente *mandamus*.

A Lei 9.131/95, em seu art. 3º, estabelece:

“Art. 3º. Com vistas ao disposto na letra e do § 2º do art. 9º da Lei 4.024, de 1961, com a redação dada pela presente lei, o Ministério da Educação e do Desporto fará realizar avaliações periódicas das instituições e dos cursos de nível superior, fazendo uso de procedimentos e critérios abrangentes dos diversos fatores que determinam a qualidade e eficiência das atividades de ensino, pesquisa e extensão. § 1º. Os procedimentos a serem adotados para as avaliações a que se refere o *caput* incluirão, necessariamente, a realização, a cada ano, de exames nacionais com base nos conteúdos mínimos estabelecidos para cada curso, previamente divulgados e destinados a aferir os conhecimentos e competências adquiridos pelos alunos em fase de conclusão dos cursos de graduação.

(...)

§ 3º. A realização do exame referido no § 1º deste artigo é condição prévia para obtenção do diploma,

mas constará do histórico escolar de cada aluno apenas o registro da data em que a ele se submeteu”.

Ao analisar a legislação em referência, verifico que para obtenção do diploma universitário faz-se necessária a realização do referido exame pelo possível concluinte do curso.

Entendo, desta forma, que, existindo uma falha da instituição de ensino no envio do nome do impetrante para participar do Exame Nacional de Cursos, deve ser esta de logo corrigida, pois a exclusão do nome do estudante concluinte na relação enviada ao MEC causaria enorme prejuízo ao impetrante, que precisaria esperar pelo ano seguinte à conclusão do curso para se submeter ao exame que viabiliza a obtenção de seu diploma junto ao MEC.

Esta matéria encontra-se pacificada nesta Corte, conforme se depreende das ementas que trago à colação:

“ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. EXAME NACIONAL DE CURSOS. (PROVÃO). EXCLUSÃO DE ALUNO CONCLUINTE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DOS ESTUDANTES CONCLUINTE QUE TIVERAM SEUS NOMES EXCLUÍDOS DA LISTAGEM OBRIGATÓRIA DE CANDIDATOS AO ENC - EXAME NACIONAL DE CURSOS DE SE SUBMETEREM AO PROVÃO. REMESSA A QUE SE NEGA PROVIMENTO”. (REO-64619-SE, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Rivalvo Costa, julg., à unan., em 10/12/98).

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO DE OS IMPETRANTES SE SUBMETEREM AO PROVÃO. PERDA DE PRAZO PARA ENVIO DE ROL COM NOMES AO MEC.

1. Por exigência para obtenção do diploma, o aluno formando deve se submeter ao Exame Nacional de Cursos no ano de sua graduação.

2. O Reitor da Universidade Federal de Sergipe, equivocadamente, não enviou ao MEC, junto com o rol dos outros alunos formando, os nomes dos impe-

trantes.

3. Direito plenamente exercido e consumado, por meio de liminar concedida.

4. Apelação e remessa oficial improvidas". (AMS-69527-SE, 2ª Turma, Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira, julg., à unan., em 05/12/00).

Com essas considerações, rejeito as preliminares e nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 73.522-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO (CONVOCADO)
Apelante: UNIÃO
Apelados: MANOEL ANTÔNIO DA LUZ E OUTRO
Advogado: DR. KLEBER MOURA DOS SANTOS (APDOS.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PARECER GQ 203, DE 09/12/99. NÃO EFETIVAÇÃO. SERVIDORES PÚBLICOS. INCORPORAÇÃO DOS VALORES DAS FUNÇÕES COMISSIONADAS AOS SEUS PROVENTOS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA E BOA-FÉ.

- A portaria 474/87, nascendo viciada desde a sua origem, não poderia surtir efeitos. Desde seu nascedouro, era inconstitucional, já que a matéria tratada seria da alçada de lei ou decreto-lei advindo do Chefe do Poder Executivo, sem possibilidade de delegação, jamais, de ato regulamentador, como o é a portaria do punho do Ministro de Estado da Educação.

- Por outro lado, o princípio da segurança jurídica e o princípio da boa-fé estão diretamente ligados à inevitável presunção de legalidade que têm os atos administrativos, bem como à necessida-

de de defesa dos administrados frente à fria e mecânica aplicação da lei, com a anulação de atos que geraram benefícios e vantagens de há muito incorporados ao patrimônio jurídico de certos indivíduos.

- Impossibilidade de, mais de dez anos depois de aposentados, com a incorporação de funções, com os seus atos concessórios já devidamente consolidados, inclusive com a devida aprovação tanto do órgão de controle interno, como do controle externo, vir a Administração trazer à colação fatos que já deviam ter sido de há muito verificados, determinando, então, a modificação dos atos de aposentação, com a devolução de valores pelos impetrantes.

- A efetivação do Parecer Normativo 203 da AGU abalaria os alicerces que devem reger a relação entre a Administração Pública e seus administrados, demonstrando a certeza destes na adoção de comportamento leal na fase de constituição das relações jurídicas, garantindo-se, assim, o valor ético de que não estarão presentes lesões efetivadas de modo intencional.

- Apelação e remessa necessária improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos etc, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa necessária, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 12 de dezembro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO (Convocado):

Trata-se de apelação em que se busca a reforma de sentença que entendeu pela não possibilidade de redução dos valores das funções comissionadas incorporadas aos proventos de aposentadoria dos apelados, com a manutenção, em sua integralidade, dos respectivos proventos, afastando, pois, o Parecer GQ 203, de 09/12/99.

Afirma a apelante que a pretensão dos apelados é ilegal, já que o artigo 41, § 3º, da Lei 8.112/90, dispõe sobre a irredutibilidade de vencimentos, aplicando-a ao cargo efetivo, acrescido de suas vantagens de caráter permanente. Sustenta, ainda, que a Lei 8.168/91, que dispõe sobre as funções de confiança a que se refere a Lei 7.596/87, apresenta clara transformação das funções em cargos de direção e funções gratificadas, assim não poderiam eles receber tais valores.

Faz menção ainda ao parecer 203 da AGU, requerendo a modificação da sentença.

Em contra-razões, os apelados alegam que foram para a inatividade antes da edição da Lei 8.168/91, oportunidade em que passaram a receber valores iguais aos dos servidores que estavam em atividade, afrontando o princípio da irredutibilidade a edição da lei que buscava retirar incorporações, reduzindo-lhes os vencimentos.

Destacam ainda que o alcance do artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Magna tinha limitação a situações pretéritas e que a vantagem percebida não era ilegal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO (Relator Convocado):

A presente apelação versa sobre a possibilidade ou não de redução de proventos, em razão de possíveis ilegalidades apresentadas pelo Parecer 203 da Advocacia Geral da União.

O Plano de Classificação de Cargos instituído pela Lei 7.596/87 e trazido à baila pelo Decreto 94.664, de 23 de julho de 1987,

possibilitava ao Sr. Ministro da Educação submeter ao Sr. Presidente da República, *ex vi* o artigo 66, “proposta de reestruturação, extinção, criação e reclassificação das funções de confiança adotadas no Plano Único, consideradas as instituições isoladamente”.

Por outro lado, o artigo 64 do referido plano, destacava que “O Ministro de Estado da Educação, cumpridas as disposições em vigor e as diretrizes da política de pessoal da União, expedirá normas complementares à execução do disposto neste Plano, no prazo de 30 dias, contados de sua publicação”.

Nessa esteira, nasceu a Portaria 474, de 26.08.87, através de ato do Ministro de Estado da Educação, que estabeleceu a classificação das funções comissionadas e gratificadas, chegando a fixar a retribuição das mesmas, com a sua vinculação aos estípedios do cargo de Professor Titular.

Note-se que tal vinculação encontrava-se em total desrespeito ao disposto no artigo 98 da Carta Federal de 1967, *verbis*, “Os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas. Parágrafo único - Respeitado o disposto neste artigo, é vedada vinculação ou equiparação de qualquer natureza para efeito de remuneração do pessoal do serviço público”. Assim sendo, tal vinculação era inconstitucional.

Devemos, por certo, recordar o princípio trazido por Kelsen da supremacia das normas constitucionais. Toda Constituição escrita e rígida, como a brasileira, seja a atual, seja a anterior, que também se enquadrava nesta tipificação, goza de superioridade jurídica em relação às outras leis e atos normativos em geral, que não poderão ter existência legítima se com ela contrastarem.

Neste ponto, o ato do Sr. Ministro de Estado desconsiderou a norma constitucional.

Além disso, devo destacar que caberia ao Presidente da República, à luz da Carta Federal de 1967, a teor dos artigos 55, II, e 57, II, a competência de, através de lei ou decreto-lei, tratar de tema ligado aos servidores públicos. Dizem tais artigos, *verbis*:

“Artigo 55 - O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante e, desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

I - (...)

II - (...)

III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.”

“Artigo 57 - É da competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa das leis que:

I - (...)

II - criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública”.

O Ministro de Estado, ao editar a Portaria 474, criou funções, estabelecendo vencimentos, em total afronta ao texto constitucional de 1967, que sequer admitia delegação de tal atribuição privativa do Sr. Presidente da República, exatamente como figura no atual texto constitucional.

A questão, pois, tem direta relação com a edição da Portaria 474, de 26.08.1987, pelo Sr. Ministro de Estado da Educação.

Por certo, existem elementos extrínsecos ao ato administrativo, entre eles, devo ressaltar, a competência.

O ilustre professor Caio Tácito destaca que a competência não é um cheque em branco dado ao administrador público. Tal atributo é demarcado, limitado. O vício de competência estará presente sempre que houver o uso em desconformidade ou por ausência de permissão legal para a prática de determinado ato.

Bem diz o ilustre García de Enterría em seu *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª edição, v. II, que “(...) Toda a ação administrativa se nos apresenta, assim, como exercício de um poder atribuído previamente pela lei e por ela delimitado e construído. Sem uma atribuição legal prévia de potestade, a Administração não pode atuar, simplesmente”.

Por outro lado, o ilustre Mestre Seabra Fagundes (*apud* Lúcia Valle de Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, 4ª edição, Malheiros), “A competência vem rigorosamente determinada no

Direito Positivo como condição de ordem para o desenvolvimento das atividades estatais e, também, como meio de garantia para o indivíduo que tem na sua discriminação o amparo contra os excessos de qualquer agente do Estado”.

Assim, a Portaria 474/87, também neste ponto, já nasceu viciada desde a sua origem, e não poderia surtir efeitos. Desde seu nascedouro era inconstitucional, já que a matéria tratada seria da alçada de lei ou decreto-lei advindo do Chefe do Poder Executivo, sem possibilidade de delegação, jamais, de ato regulamentador, como o é a portaria do punho do Ministro de Estado da Educação. O Plano de Cargos, criado a partir da Lei 7.596/87, não permitia a edição de ato deste porte por parte da autoridade em questão.

Ressalte-se que não se deve falar em direito adquirido em se tratando de regime jurídico na relação que rege o serviço público.

Em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 1994, 19ª edição, Hely Lopes Meirelles salienta que “(...) o funcionário poderá adquirir direito à permanência no funcionalismo, mas não adquirirá nunca direito ao exercício da mesma função, no mesmo lugar e nas mesmas condições, salvo os vitalícios, que constituem exceção à regra geral estatutária. O poder de organizar e reorganizar os serviços públicos, lotar, relotar servidores, de criar e extinguir cargos é indesejável da Administração, por inerente à soberania interna do próprio Estado”.

Entretanto, tal assertiva tem seus limites postos na impossibilidade, já acatada de há muito pela jurisprudência do Supremo Tribunal, de redução de proventos e na irredutibilidade de vencimentos. Porém, os vencimentos e proventos foram calculados em total desrespeito ao texto constitucional, como até aqui destacado.

Assim, o ato combatido, Portaria 474/87, gerou diversos efeitos, atos administrativos de efeitos individuais, promovendo, inclusive, a incorporação de gratificações, os chamados quintos, por diversos servidores das instituições de ensino da órbita federal.

Tais atos são aqui defendidos pelos impetrantes. Note-se que temos posição, conforme destacado até o presente momento, de que a portaria atacada não poderia ter gerado efeitos na ordem jurídica.

De modo contrário, entretanto, o ato inválido chegou a produzir situações jurídicas concessivas de benefícios.

Sem dúvida, faz-se necessário fazer menção a princípios sagrados ao Direito Administrativo, já presentes há longo tempo em sede de doutrina e jurisprudência estrangeiras, notadamente na França e Alemanha e acatados hodiernamente pelos jus administrativistas pátrios. Falo dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé.

Devo lembrar palavras da ilustre professora Carmem Lúcia Antunes Rocha, que, em seu *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Del Rey, 1ª edição, destaca que “o princípio é o verbo. No princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema ordenado. O princípio impõe-se como norma jurídica quando o valor formulado socialmente é absorvido pelo Direito como base do sistema posto à observância no Estado por governantes e governados”.

Anos depois de aposentados, com a incorporação de funções, com os seus atos concessórios já devidamente consolidados, inclusive com a devida aprovação, tanto do órgão de controle interno, como do controle externo, vem a Administração, mais de dez anos depois, trazer à colação fatos que já deviam ter sido de há muito verificados, determinando, então, a modificação dos atos de aposentação, com a devolução de valores apresentados.

O princípio da segurança jurídica e o princípio da boa-fé estão diretamente ligados à inevitável presunção de legalidade que têm os atos administrativos, bem como à necessidade de defesa dos administrados frente à fria e mecânica aplicação da lei, com a anulação de atos que geraram benefícios e vantagens de há muito incorporados ao patrimônio jurídico de certos indivíduos.

Bem diz o ilustre Professor Almiro do Couto e Silva, em artigo publicado em revista de Direito Administrativo, sob o título *Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*, que **“No fundo, porém, o conflito entre justiça e segurança jurídica só existe quando tomamos a justiça como valor absoluto, de tal maneira que o justo nunca pode transformar-se em injusto e nem o injusto**

jamais perder esta natureza. A contingência humana, os condicionamentos sociais, culturais, econômicos, políticos, o tempo e o espaço - tudo isso impõe adequações, temperamentos e adaptações, na imperfeita aplicação daquela idéia abstrata à realidade em que vivemos, sob pena de, assim não se proceder, correr-se o risco de agir injustamente ao cuidar de fazer justiça”. E destaca “A tolerada permanência do injusto ou do ilegal pode dar causa a situações que, por arraigadas e consolidadas, seria iníquo desconstituir, só pela lembrança ou pela invocação da injustiça ou ilegalidade originária”.

Na verdade, o cumprimento do princípio da segurança jurídica passou a exprimir dentro daquela realidade a verdadeira justiça.

Em seu *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Forense, 1957, 3ª edição, Seabra Fagundes já destacava que “A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum ato concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse”.

Decerto, há que se lembrar que o dever de anular o ato administrativo, consolidado, inclusive, em sede de súmula do c. STF, deverá levar em consideração o confronto acaso existente entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, principalmente em casos como o presente, onde existentes benefícios e vantagens em atos de aposentação já consolidados.

Sobre o tema, o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*, Ed. RT, 1981, “Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe o espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprimivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida”.

Ressalte-se que tais atos, inclusive, foram proferidos, à época, sob o pálio do princípio da boa-fé, sem que os impetrantes imaginassem que anos depois estes estariam sendo combatidos.

A efetivação do parecer normativo da AGU abalaria os alicerces que devem reger a relação entre a Administração Pública e

seus administrados, demonstrando a certeza destes na adoção de comportamento leal na fase de constituição das relações jurídicas, garantindo-se, assim, o valor ético de que não estarão presentes lesões efetivadas de modo intencional.

Ademais, no caso dos autos, existe decisão judicial transitada em julgado que garante aos apelados o direito de não terem seus proventos reduzidos, conforme prova constante nos autos.

Assim, nego provimento à apelação e à remessa necessária, mantendo a decisão de primeiro grau.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 76.932-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelada: CARUARU VEÍCULOS LTDA. - CAVEL
Advogados: DRS. GLAUCIO MANOEL DE LIMA BARBOSA E OUTROS (APDA.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. CONCESSIONÁRIAS DE VEÍCULOS. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. NÃO-CUMULATIVIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

- As operações de comercialização de veículos novos pela rede autorizada de concessionárias não configuram a hipótese de contrato estimatório ou de venda por consignação, mas de concessão mercantil que se caracteriza como um contrato celebrado entre um concedente e um concessionário, em que o primeiro se compromete a fornecer e o segundo a distribuir, por conta própria e não à conta e ordem do concedente, configurando o caso típico de revenda, cujo re-

sultado financeiro configura a hipótese de incidência tributária do PIS e da COFINS.

- Não se pode autorizar a incidência da COFINS e do PIS apenas sobre a diferença financeira entre preço de aquisição e preço de venda, na medida em que faturamento, para tal efeito, é o resultado final e global da operação comercial de venda do produto ao consumidor final.

- É entendimento do Supremo Tribunal Federal que a não-cumulatividade não constitui direito fundamental do contribuinte, mas simples técnica de tributação.

- A proibição de cumular, prevista no art. 154, inciso I, da Constituição Federal, diz respeito unicamente à criação de impostos residuais (art. 154, inciso I, da CF), ao IPI (art. 153, § 3º, inciso II, da CF), ao ICMS (art. 155, § 2º, inciso I, da CF) e às contribuições sociais residuais (art. 195, § 4º, da CF), mas, nunca, às contribuições sociais tratadas no art. 195, inciso I, da Carta Política.

- O princípio da isonomia não obriga senão à adoção da igualdade material que transige com tratamento desequiparado quando aplicado a pessoas efetivamente diferentes.

- A carga tributária das instituições financeiras, com relação ao PIS e COFINS, não difere da imposta às demais empresas, sendo a diferença de tratamento decorrente das peculiaridades de objeto e atos a que se sujeitam uma e outras.

- A equiparação das operações de compra e venda de veículos usados à venda por consignação perpetrada pelo art. 5º da Lei nº 9.716/98 constitui técnica de política tributária não ofensiva ao princípio constitucional da isonomia.

- Precedentes jurisprudenciais.

- Apelação e remessa oficial providas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado, anotando-se divergência parcial do voto do Exmo. Sr. Desembargador Federal auxiliar convocado Ricardo César Mandarino Barretto, que dava provimento ao recurso para não conhecer da impetração.

Recife, 19 de fevereiro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Cuida-se de apelação em mandado de segurança interposta pela Fazenda Nacional contra sentença exarada pelo MM. Juiz Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, nos autos da ação mandamental epigrafada, impetrada por Caruaru Veículos Ltda. - CAVEL, a de conceder a segurança pleiteada pela impetrante, no sentido de determinar que o recolhimento do PIS e da COFINS tenha como base de cálculo o valor resultante da diferença entre o preço de venda dos veículos novos aos consumidores e o efetivo valor pago pela impetrante por cada veículo à montadora, ou à instituição financeira a ela vinculada, autorizando, outrossim, a compensação do que foi recolhido indevidamente a título de PIS/COFINS com parcelas vencidas e/ou vincendas do mesmo PIS/COFINS.

Assevera a apelante que não pode o magistrado conceder um privilégio não previsto na lei, agindo como legislador positivo, eis que outorga à impetrante base de cálculo para as contribuições em comento sem previsão legal, ferindo o princípio da isonomia, posto ser a determinação judicial ora atacada uma ordem para que a empresa apelada calcule o PIS e a COFINS com base não

no seu faturamento (receita bruta), mas sobre o lucro bruto, tal qual as instituições financeiras, que corresponderia ao resultado da atividade de vendas que constitui o objeto social da recorrida, indo de encontro à determinação expressa da legislação federal de regência.

Hostiliza, ainda, a parte da sentença que autoriza a compensação na estreita via do mandado de segurança, haja vista a inexistência dos atributos da liquidez e certeza do crédito a ser compensado, não se prestando a via mandamental para tal fim. Aduz, outrossim, a impossibilidade de compensar parcelas vencidas, consoante o disposto no art. 66 da Lei federal nº 8.383/91.

Foram oferecidas as contra-razões.

É o relatório.

VOTO

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

Conforme se depreende do relatório, cuida-se a hipótese de mandado de segurança em que se pretende obter provimento jurisdicional que garanta à impetrante o direito de recolher o PIS e a COFINS tomando como base de cálculo a diferença entre o preço de venda dos veículos ao consumidor final e o valor repassado à montadora, compensando-se o que foi indevidamente recolhido com parcelas vencidas e vincendas do próprio PIS e da própria COFINS.

Entendo assistir razão à apelante. Segundo a documentação ofertada pela impetrante não existe a alegada venda em conta alheia.

Ao contrário, o que se visualiza é a efetiva consolidação da propriedade do bem na órbita jurídica da concessionária, através de contrato de compra e venda perante o estabelecimento industrial, propiciada através de financiamento, em regime de crédito em conta corrente, efetuado pela instituição financeira indicada pela montadora. São pelo menos duas relações contratuais distintas, uma compra e venda e um mútuo, estabelecidas entre três pessoas jurídicas distintas.

Aliás, a análise do Contrato de Abertura de Crédito em conta corrente firmado entre a impetrante e a instituição financeira indicada (Banco FIAT S.A.) (fls. 41 e seguintes) revela que não há a obrigatoriedade de todos os veículos serem adquiridos com numerário da instituição financeira indicada pelo estabelecimento industrial, podendo se realizar com recursos da própria concessionária.

As operações desenvolvidas pela impetrante, outrossim, não se nos afiguram como uma venda “em consignação” ou um contrato estimatório. É que o pressuposto fundamental dessa espécie contratual está no fato de que, nesta modalidade de operação mercantil, o domínio da coisa nunca passa ao consignatário. Caracteriza-se, sim, como um contrato em que o consignante envia mercadorias ao consignatário para que este as venda por sua conta e risco, mediante estipulação do preço (estimação vem da estipulação do preço), ficando condicionada a devolução daqueles bens que não foram vendidos ao consignante no prazo estipulado. Decerto, não é o caso das concessionárias de veículos automotores, que entabulam verdadeira operação de compra e venda mercantil com a fábrica (montadora) de automóveis, conforme podemos, inclusive, verificar da simples leitura do contrato de concessão para vendas de produtos da montadora pela concessionária colacionada pela parte impetrante (fls. 26/35), *in verbis*:

“IV - DA CONCESSÃO - OUTORGA E OBJETO
(...)”

IV.1.2. - **Comprar**, FOB - Estabelecimento Industrial de Betim, para revenda a terceiros, a quantidade mínima de produtos que for fixada de comum acordo no Plano Anual de Ação”.

Em verdade, no relacionamento comercial entre as concessionárias de veículos e as montadoras, opera-se, na classificação de Waldirio Bulgarelli, um verdadeiro contrato misto ou complexo, justamente por ser uma combinação de vários contratos, eis que constitui objeto da concessão a comercialização dos produtos (veículos automotores), de modo exclusivo ou não, a prestação de assistência técnica a esses produtos, inclusive quanto ao seu atendimento em garantia e revisão, além do uso gratuito da marca da

empresa concedente.

É a chamada concessão mercantil, que se caracteriza como um contrato celebrado entre um concedente e um concessionário, em que o primeiro se compromete a fornecer e o segundo a distribuir, **por conta própria**, determinado produto, adquirindo-lhe a propriedade, em conformidade com regras de comercialização previamente convencionadas.

Especificamente à hipótese vertente, temos que a concessão comercial de veículos automotores terrestres é regida pela Lei nº 6.729/79, que prevê a fixação de preços pelo concedente em relação às mercadorias fornecidas, em que poderá haver acréscimo pelo concessionário do valor do frete, seguro e outros encargos. **As vendas realizadas pelo concessionário são havidas como de conta própria e não à conta e ordem do concedente.**

Pouco importa que a referida venda esteja gravada com penhor mercantil ou outra forma de garantia em favor da financeira, ou da própria montadora. Isto porque a operação de venda “por consignação” se caracteriza pela presença de um intermediário, na negociação, entre o fabricante e o consumidor final. A concessionária de automóveis teria que comprovar sua condição de “agente”, a receber comissões da montadora para colocação de seus veículos no mercado consumidor. Não é o que ocorre.

As concessionárias de automóveis novos atuam no mercado como empresas que vendem seus produtos, adquiridos diretamente das fábricas. E a sua mercadoria é, mais precisamente, o automóvel novo. Não há venda direta ao consumidor pelas montadoras nem o regime de vendas “por consignação”. O fato de a concessionária estar entre a montadora e o consumidor, como um intermediário, não significa que não esteja a ocupar espaço próprio, com autonomia.

A concessionária adquire os veículos e os revende, não havendo maior dificuldade em verificar que o produto de tais vendas integra naturalmente seu faturamento.

Assim, considerada nesses termos a natureza jurídica dos contratos de concessão automotivos firmados entre as concessionárias de veículos e as montadoras, é estreme de dúvidas que

aqueles obtêm o seu faturamento através das vendas de automóveis novos, em operações de conta própria, não sendo aplicável à hipótese, pois, a parte final do art. 3º da Lei nº 9.715/98, como afiança a apelada.

Além disso, a própria norma de regência, qual seja, a Lei nº 9.718/98, assevera que, para efeito da cobrança das contribuições em comento, o faturamento corresponde à receita bruta da pessoa jurídica (art. 10, *caput*), entendida esta como “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*” (art. 3º, § 1º).

Relativamente à questão da não-cumulatividade do PIS e da COFINS, entendo desarrazoadas as alegações da impetrante, eis que a proibição de cumular, prevista constitucionalmente, diz respeito unicamente à criação de impostos residuais (art. 154, inciso I, da CF), para o IPI (art. 153, § 3º, inciso II, da CF) e para o ICMS (art. 155, § 2º, inciso I, da CF), mas, nunca, às contribuições sociais tratadas no art. 195, inciso I, da Carta Política.

Há, de fato, o entendimento predominante no sentido de que, a partir da análise do art. 154, inciso I, da Carta Constitucional, a exigência da não-cumulatividade, bem assim da não identidade entre fato gerador e base de cálculo é restrita à espécie tributária “*imposto*”. Nesse sentido, trago à colação o seguinte aresto:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – LC Nº 70/91 – ARTS. 154, I, E 195, PARÁGRAFO 6º DA CONSTITUIÇÃO.

I - **O princípio da não-cumulatividade não alcança as contribuições, mas apenas os impostos (art. 154, I, da CF)**, dado que a própria Constituição elege o mesmo fato gerador como hipótese de incidência de ambos.

II - A contribuição para o plano de seguridade social tem natureza parafiscal, sendo irrelevante que tenha o mesmo fato gerador do Imposto de Renda, inexistindo, assim, bitributação (cf. AMS nº 9125-PE, TRF-5ª Região, 1ª T., un., 23/10/92, p. 34.155).

III - Constitucionalidade da Lei Complementar nº

70/91, por não haver cumulatividade, nem malferimento aos princípios da unicidade da contribuição dos empregadores, da igualdade e da inequação seletiva, a teor do art. 195, parágrafo 6º, da Constituição (REO no MS nº 93.02.06354-2/RJ, TRF-2 Reg., 1ª T., un., DJ 14/12/93, p. 55071).

IV- Recurso improvido”. (TRF da 2ª Região, AC 93.02.14134-9, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Carreira Alvim, DJU de 28.11.1995, pág. 81.937 - grifo nosso).

Ademais, já decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal (RE nº 258.470/RS) que a não-cumulatividade não constitui direito fundamental do contribuinte, mas simples técnica de tributação.

Importante frisar, ainda, que as exigências das contribuições PIS e COFINS das concessionárias de automóveis não violam os princípios da capacidade contributiva, da isonomia tributária, ou do não-confisco, aliás, sequer se traduzem em duplicidade sobre a mesma base de cálculo. Primeiro, porque tais contribuições sociais são exigidas, igualmente, de todos os comerciantes, vendedores de mercadorias, prestadores de serviços, e até entidades jurídicas, nos termos das leis de regência de cada espécie tributária. Além disso, estes tributos, que têm por base de cálculo o faturamento da empresa, incidem à alíquota determinada, não se traduzindo em confisco (afinal, considerando os dois tributos, o máximo não chega a 4% do valor da faturamento).

Não há que se falar, também, de qualquer *bis in idem*, eis que as contribuições em tela incidem sobre o faturamento de empresas diversas e, se considerássemos cada operação, teríamos sua incidência sobre operações distintas.

A invocação da isonomia, por sua vez, não encontra amparo diante da comparação de situações juridicamente distintas, além do que não se pode entender como violadora da equidade na participação do custeio da Seguridade Social, a ponto de ser considerada inválida, situação já existente quando do advento da novel ordem constitucional e que restou expressamente recepcionada pela Carta Magna, que o fez tanto relativamente ao PIS (art. 239) como ao então FINSOCIAL (art. 56 do ADCT).

De mais a mais, a isonomia – alçada a princípio constitucional – permite o tratamento díspar em face de pessoas diferentes. Aliás, mais do que permissão, a isonomia determina que aos desiguais seja dado tratamento desequiparado, justo para promover a equiparação material.

No caso dos autos, as exclusões autorizadas para o cálculo dos tributos em foco devidos pelas instituições financeiras não teriam qualquer sentido se aplicadas à impetrante, pois que se reportam a objetos e atos com os quais não trabalha ou pratica. Ademais, o cálculo do faturamento das instituições financeiras e das demais empresas obedece aos mesmos parâmetros, visto que as exclusões concernentes a umas encontra paralelo (ainda que sob denominação diversa) nas outras. Não teria sentido, *v. g.*, estabelecer que a impetrante excluiria do cálculo do faturamento o valor do repasse obrigatório dos depósitos recebidos, eis que a impetrante, não sendo instituição financeira, não recebe depósitos nem é obrigada a repassar parte dele para o Banco Central. Enfim, as diferenças entre os tratamento dispensados pelo legislador à impetrante e às instituições financeiras se assentam em diversidades reais e não privilegiam determinado setor da economia.

Podemos, ainda, nessa mesma linha de raciocínio, concluir pelo disparate da argumentação da impetrante no que tange à equiparação das operações envolvendo veículos usados à consignação mercantil, perpetrada pelo art. 5º da Lei nº 9.716/98, *in verbis*:

“Art. 5º. As pessoas jurídicas que tenham como objeto social, declarado em seus atos constitutivos, a compra e venda de veículos automotores poderão equiparar, para efeitos tributários, como operação de consignação, **as operações de venda de veículos usados**, adquiridos para revenda, bem assim dos recebidos como parte do preço da venda de veículos novos ou usados.” (Grifo nosso).

Segundo a exordial, a não aplicação de regra semelhante às operações com automóveis novos afrontaria o princípio da isonomia, pois garantiria a não-cumulatividade na tributação sobre a venda de carros usados, dando tratamento desigual a situações semelhantes, tal qual a das concessionárias de veículos quando

da comercialização de veículos novos.

Nada mais falacioso.

Como já asseverado em linhas pretéritas, a não-cumulatividade, no seu sentido constitucional, constitui mera técnica de tributação, e, como tal, parece-nos evidente que não pretendeu o legislador retirar a cumulatividade das contribuições ora em análise com a edição da norma acima transcrita, porque, se assim o quisesse, não precisaria expressamente determinar que a equiparação em comento somente se aplicaria aos veículos usados, mas omitiria o adjetivo para que a paridade legal se estenda a todas as operações envolvendo veículos automotores.

Dessa forma, compreendemos que a exceção em tela adequou-se perfeitamente ao princípio da isonomia, ao conceder um tratamento desequiparado a pessoas em situações diferentes.

Não pode o impetrante, através de um raciocínio direto e simplista, comparar a sua situação à daqueles que, normalmente, vendem seus automóveis usados. É que, como é de curial sabença, o veículo usado – na maioria das vezes – pertence a uma pessoa física, que, muito comumente, pode não o ter adquirido como novo, não podendo ser considerado o alienante como o contribuinte do PIS e da COFINS. Evita-se, outrossim, um *bis in idem* nas operações que envolvam a aquisição de veículo novo, tendo como parte do preço o veículo usado. Para melhor aclarar esse tópico, traslado exemplo muito bem elucidativo da douta autoridade coatora (fls. 107/108), *sic*:

“Numa operação normal de venda de veículo novo é comum que o adquirente aliene seu veículo usado, entregando-o como parte do preço do novo. Em tais casos, a concessionária emite uma nota fiscal de venda no valor total do preço, entretanto a empresa não recebeu todo o preço em dinheiro, parte dele encontra-se representado pelo veículo usado. Este, por sua vez, ao ser vendido, implica na obrigação de que a concessionária emita uma nota fiscal de venda do veículo usado, pelo valor total do preço, conseqüentemente, nesta operação, parte do

valor recebido corresponde ao valor pelo qual o veículo usado foi recebido na operação de venda do veículo novo, portanto, não representa o ingresso de receita nova, mas sim de receita já tributada por ocasião da venda do veículo novo”.

Evitar o *bis in idem* foi, pois, o fundamento lógico da retrocitada equiparação. Sendo, no entanto, bastante onerosa a distinção entre veículo usado para a revenda e veículo usado como parte do preço para aquisição doutro automóvel, achou por bem o legislador estender a aludida equiparação aos automóveis usados destinados à revenda, como forma de política tributária.

Tornou, ainda, a referida regra legal, mais fácil a fiscalização por parte do Fisco nessas operações, em que muitas empresas adquirentes de veículos usados furtavam-se ao registro das mesmas justamente para evitar o *bis in idem*, tornando mais transparente a comercialização desses veículos.

Como se vê, as situações expostas são deveras muito díspares, configurando a disposição legal em comento, além de concreção de uma política tributária coerente, uma aplicação adequada do princípio isonômico, eis que equipara, através de tratamento desigual, duas situações que são efetivamente dessemelhantes.

A jurisprudência nos tribunais regionais é mansa e pacífica nesse sentido, consoante se depreende dos diversos arestos abaixo colacionados:

“TRIBUTÁRIO - COFINS - PIS - INCIDÊNCIA - FATURAMENTO MENSAL DA VENDA DE MERCADORIAS.

I - As concessionárias de veículos não são representantes comerciais, pois primeiro adquirem os produtos fabricados para depois revenderem, inexistindo, portanto, venda em consignação. O que interessa para a incidência do PIS e da COFINS é a receita operacional bruta advinda da venda de veículos ao consumidor final, ou seja, a receita bruta da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, ao contrário da contribuição social sobre o lucro, que se baseia

no lucro real efetivamente obtido com a operação realizada.

II - Recurso improvido”. (TRF da 2ª Região, MAS nº 22.647/RJ, Quinta Turma, por unanimidade, Rel. Juiz Chalu Barbosa, *DJU* de 16/05/2000).

“CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - COFINS E PIS - FATURAMENTO - CONCESSIONÁRIA AUTORIZADA DE VEÍCULOS - NATUREZA DA OPERAÇÃO - REVENDA OU INTERMEDIÇÃO - CONSTITUCIONALIDADE - COGNIÇÃO SUMÁRIA - COMPENSAÇÃO - LIMINAR - IMPOSSIBILIDADE.

1 - Não se avista aperfeiçoada, *prima facie*, na comercialização de veículos pela rede autorizada de concessionárias, a operação de mera intermediação, própria dos contratos de comissão, pois o que se delinea, com maior rigor, é a situação de transmissão econômica dos produtos da marca, do cedente à concessionária, assumindo esta o risco inerente a negócio próprio, a configurar a hipótese típica de revenda, cujo resultado financeiro configura a hipótese de incidência tributária, indevidamente questionada.

2 - Em casos que tais, diante de evidência de tal ordem, ainda que não definitiva, eis que é sumária a cognição da controvérsia, não se pode autorizar a incidência da COFINS e do PIS apenas sobre a diferença financeira entre preço de aquisição e preço de venda, tal como pretendido, na medida em que faturamento, para tal efeito, é o resultado final e global da operação comercial.

3 - A compensação de créditos tributários não pode ser autorizada em juízo provisório, seja por meio de liminar, seja através de outras medidas, como a antecipação de tutela, não apenas porque satisfativa a providência postulada, como porque não seria o caso de configuração comprovada do *periculum in mora*, vez que possível a realização do procedimento, uma vez que declarado o direito pela sen-

tença e nas condições fixadas pelo juízo.

4 - Aplicação da Súmula 212 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes da Turma”. (TRF da 3ª Região, AGTR nº 83.577/SP, Terceira Turma, por unanimidade, Rel. Juiz Carlos Muta, *DJU* de 10/05/2000, pág. 201).

“PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - COFINS - PIS - LEI 9.718/98 - BASE DE CÁLCULO - DIFERENÇA ENTRE O PREÇO DA AQUISIÇÃO E O DA VENDA DE VEÍCULOS - AGRAVO REGIMENTAL.

I - Agravo regimental prejudicado ante o julgamento do agravo de instrumento.

II - Ambas as contribuições têm a mesma base de cálculo, repita-se, o faturamento, cujo conceito equipara-se ao de receita bruta correspondendo, pois, ao valor global das operações de venda e não à margem de ganho da empresa.

III - Resta claro, da análise do texto constitucional, que há uma nítida distinção entre a contribuição incidente sobre o faturamento e a contribuição sobre o lucro da empresa.

IV - Agravo de instrumento improvido”. (TRF da 3ª Região, AGTR nº 72.281/SP, Terceira Turma, por unanimidade, Rel. Juíza Cecília Marcondes, *DJU* de 24/01/2001, pág. 40).

“COFINS. PIS. BASE DE CÁLCULO. CONCESSIONÁRIA DE VEÍCULOS.

1. A base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS é o faturamento (receita bruta) da pessoa jurídica.

2. Empresa concessionária de veículos automotores deve recolher tais contribuições sobre sua receita bruta, não apenas sobre a margem de lucro.

3. Apelação improvida”. (TRF da 4ª Região, AMS nº 54.282/SC, Primeira Turma, por unanimidade, Rel. Juíza Ellen Gracie Northfleet, *DJU* de 23/08/2000, pág. 112).

“TRIBUTÁRIO. COFINS. PIS. CONCESSIONÁRIAS DE VEÍCULOS.

1. Pela relação contratual e fática apresentada, o que ocorre efetivamente é a consolidação da propriedade do bem perante a concessionária, em contrato de compra e venda perante o estabelecimento industrial, propiciada através de financiamento, em regime de crédito em conta corrente, efetuado pela instituição financeira. Há pelo menos duas relações contratuais distintas, uma compra e venda e um mútuo, estabelecidas entre três pessoas jurídicas distintas.

2. Sendo claro que necessitando ou não da utilização de valores de terceiro (Banco) para o pagamento de suas aquisições perante o estabelecimento industrial e que este valor é integralmente repassado ao consumidor final, resta aperfeiçoada com todos os contornos a definição legal de faturamento, como a somatória do total das entradas e saídas do estabelecimento, ou, na definição da base de cálculo firmada pela Lei Complementar 70/91, a receita operacional bruta (art. 2º).

3. Revelando a documentação encartada uma operação de venda, se diversos são os efeitos concretos, dada a alegada manietação da impetrante pelo estabelecimento industrial, tais defeitos fáticos não são alegáveis contra a imposição tributária (art. 118, inciso II, do CTN). Devido o tributo pela subsunção do fato à norma tributária, das conseqüências daí decorrentes (o pagamento do tributo) não se livra a impetrante com o argumento de fato, e não jurídico, do gravame lhe corroer quase '41,15%' (sic fls. 19) de sua receita bruta”. (TRF da 4ª Região, AMS nº 59.472/RS, Segunda Turma, por unanimidade, Rel. Juiz Márcio Antônio Rocha, *DJU* de 08/11/2000, pág. 127)

“TRIBUTÁRIO. EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE VEÍCULOS NOVOS. PIS E COFINS. INCIDÊN-

CIA. FATURAMENTO.

A revenda de veículos novos efetua operações de compra e venda mercantil, sendo sua mercadoria o automóvel que adquire da montadora e vende ao consumidor final. Não se trata, pois, de venda 'em consignação', na exata definição da expressão, segundo a qual o consignatário nunca chega a deter o domínio da coisa. As contribuições sociais enfocadas, o PIS e a COFINS, incidem sobre o faturamento, que alcança a totalidade da receita bruta auferida, nas transações comerciais da concessionária de automóveis. A proibição de cumular, prevista no art. 154, inciso I, da CF 88, diz respeito à criação de impostos, não elencados na Carta, mas, nunca, à contribuição social tratada no art. 195, inciso I. Além disso, a cumulação do PIS e COFINS foi admitida, expressamente, pelos arts. 195, I, e 239 da CF 88. Afinal, a contribuição do empregador, prevista no referido art. 195, I, da CF 88, pode ter, como base de cálculo, a folha de salários, o faturamento, e o lucro, individualmente, ou conjuntamente considerados. Nada impede a edição de vários diplomas legislativos para regular cada qual. Apelação da impetrante conhecida e improvida". (TRF da 4ª Região, AMS nº 66.754/RS, Primeira Turma, por unanimidade, Rel. Juíza Maria Isabel Pezzi Klein, *DJU* de 18/07/2001).

“TRIBUTÁRIO. COFINS E PIS. CONCESSIONÁRIAS DE VEÍCULOS. FATURAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DA DEDUÇÃO DO PREÇO DE AQUISIÇÃO DOS VEÍCULOS DAS MONTADORAS. CONTRIBUIÇÃO CUMULATIVA.

1. A concessionária adquire os veículos por compra e venda com penhor mercantil. A cláusula de garantia pignoratícia e o financiamento não descaracterizam a compra e venda. Ocorre a compra dos veículos para posterior revenda.
2. A não-cumulatividade não constitui direito funda-

mental do contribuinte, mas saudável técnica de tributação prevista constitucionalmente para o ICMS e para o IPI, bem como para eventuais novos impostos que venham a ser instituídos pela União no exercício da sua competência residual.

3. O PIS e a COFINS incidem sobre o faturamento e, apenas mediatemente, pode-se falar em efeito cumulativo que, de qualquer maneira, não é vedado em se tratando de tais contribuições. Caberá ao legislador obstá-lo, no futuro, de modo a não onerar demasiadamente a produção e comercialização de mercadorias.

4. Inexistência de direito à restrição da base de cálculo à margem de ganho da concessionária.

5. Apelação improvida”. (TRF da 4ª Região, AC nº 327.558/SC, Primeira Turma, por unanimidade, Rel. Juiz Leandro Paulsen, DJU de 17/10/2001).

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. FATURAMENTO. CONCESSIONÁRIA AUTORIZADA DE VEÍCULOS. NATUREZA DA OPERAÇÃO. REVENDA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA. ATIVIDADE DESEMPENHADA PELO CONTRIBUINTE.

1. Não se avista aperfeiçoada na comercialização de veículos pela rede autorizada de concessionárias a operação de mera intermediação, própria dos contratos de comissão, pois o que se delineia, com maior rigor, é a situação de transmissão econômica dos produtos da marca, do concedente à concessionária, assumindo esta o risco inerente a negócio próprio, a configurar a hipótese típica de revenda, cujo resultado financeiro configura a hipótese de incidência tributária, indevidamente questionada.

2. Nos casos de revenda de veículos pela concessionária autorizada, não se pode autorizar a incidência da COFINS e do PIS apenas sobre a diferença financeira entre preço de aquisição e preço de venda, na medida em que faturamento, para tal efeito, é

o resultado final e global da operação comercial.

3. O princípio da isonomia tributária deve levar em consideração a atividade do contribuinte e não tão-só a qualidade de contribuinte.

4. Tutela recursal liminar deferida”. (TRF da 5ª Região, AGTR nº 33.036/PE, Quarta Turma, por unanimidade, Rel. Des. Fed. Napoleão Maia Filho, *DJU* de 02/02/2001, pág. 337).

Dessarte, percebe-se, de tudo que foi acima exposto, que a impetrante não se enquadra nas hipóteses permissivas, estipuladas na legislação de regência, a proceder às deduções na base de cálculo dos mencionados tributos, motivo pelo qual entendo que andou mal a sentença ora vilipendiada, ao conceder a ordem requestada para determinar que os recolhimentos do PIS e da COFINS tenham como base de cálculo o valor resultante da diferença entre o preço da venda dos veículos novos aos consumidores e o efetivo valor pago pela impetrante por cada veículo à montadora ou à instituição financeira por ela vinculada.

Ao fazê-lo, o douto Magistrado de primeiro grau, agindo como legislador positivo, alterou a base de cálculo das contribuições sociais em comento do faturamento (receita bruta) para o lucro bruto, numa evidente ofensa ao texto legal insculpido nos arts. 3º e 4º da Lei nº 9.718/98 e aos princípios mais basilares do direito tributário, máxime o da legalidade cerrada.

Mercê do exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial para denegar a segurança perseguida pela impetrante.

Sem honorários advocatícios (Súmula 512 do STF e Súmula 105 do STJ).

Custas, *ex lege*.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 80.226-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
Apelantes: ARMANDO DA FONTE COMÉRCIO LTDA. E FAZENDA NACIONAL
Apelados: OS MESMOS
Advogados: DRS. FRANCISCO MAURÍCIO RABELO ALBUQUERQUE SILVA E OUTROS

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. HOMOLOGAÇÃO TÁCITA. PRAZO DECENAL APÓS A OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. PIS. DL's 2.445/88 E 2.449/88. RESOLUÇÃO DO SENADO Nº 49/95. MP 1.212/95. NÃO ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. VIA ADMINISTRATIVA. FACULDADE DO CONTRIBUINTE.

- A declaração da inconstitucionalidade da exação não desconfigura a contagem do prazo prescricional, que se dá por 5 anos a partir do ato homologatório, seja expresso ou tácito.

- In casu, a prescrição alcança tão-somente os valores cujos fatos geradores ocorreram a partir de 04/1991, restando prescritos aqueles anteriores a essa data.

- Se afigura indiscutível o direito à restituição ou compensação dos valores pagos indevidamente a título de PIS, nos termos dos DL's 2.445/88 e 2.449/88 (Resolução do Senado Federal nº 49/95).

- "Inconstitucionalidade da disposição inscrita no art. 15 da Med. Prov. 1.212, de 28.11.95 – 'aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995' -, e de igual disposição inscrita nas medidas provisórias reeditadas e na Lei 9.715, de 25.11.98, artigo 18". (RE 253.088, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 01.02.02, p. 106).

- Estando o contribuinte munido de comando judicial, surge a faculdade de proceder à compensação dos valores recolhidos indevidamente, tanto pela via administrativa quanto pela via jurisdicional.

- Remessa oficial e apelação da Fazenda Nacional improvidas.

- Apelação do particular parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AMS 80.226-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da 4ª Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial e à apelação da Fazenda Nacional e dar parcial provimento à apelação do particular, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, na forma da lei.

Recife, 19 de novembro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA
FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Cuida-se a hipótese de apelações e remessa oficial em mandado de segurança interpostas contra sentença proferida pelo Juiz de origem, que concedeu parcialmente a ordem, para autorizar a compensação dos valores pagos indevidamente a título de PIS, de acordo com os DL's 2.445/88 e 2.449/88, e da inobservância do prazo nonagesimal da MP 1.212, com contribuições vencidas do PIS, excluídas as parcelas atingidas pela prescrição, aplicando-se os mesmos índices monetários utilizados pela Fazenda Nacional na correção dos seus créditos.

2. Nas suas razões recursais, o particular alega que tão-somente a partir do reconhecimento da inconstitucionalidade

dos DL's 2.445/88 e 2.449/88 pelo STF surgiu para o contribuinte o direito de reaver os valores pagos indevidamente, logo, o prazo prescricional conta-se da data da publicação dessa decisão (29/05/01) e não da ocorrência do fato gerador; por outro lado, a impetrante pretende compensar administrativamente tais valores, pelo que não requereu na exordial a autorização da compensação tributária, devendo assim ser reformada a sentença monocrática. Em sede de contra-razões, aduz a Fazenda que as quantias objeto do presente *mandamus* encontram-se prescritas, uma vez que não observou a apelante o prazo prescricional do art. 168 do CTN, revestindo-se, o meio ora utilizado, em verdadeira ação de cobrança, o que desrespeita a Súmula 269 do STF, bem como não há ato ilegal a ser combatido pela via mandamental, já que pretende a apelante compensar administrativamente tais valores e há previsão legal expressa autorizando a operação.

3. A Fazenda Nacional propôs apelação para fins de reconhecer a prescrição dos valores *sub examine* e, por conseguinte, a extinção do feito com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC. Contra-arrazoando as razões recursais fazendárias, o particular alega que os tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando esta se dá tacitamente, o prazo prescricional para pleitear a restituição das parcelas indevidamente pagas conta-se por dez anos a partir do fato gerador.

4. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

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

1. Cumpre analisar o debate levantado a respeito da prescrição. Tendo em vista que o tributo *sub examine* está sujeito a lançamento por homologação, bem assim o não pronunciamento do Fisco acerca dos valores lançados pelo contribuinte, essa operou-se tacitamente, ou seja, cinco anos após a ocorrência do fato gerador (art. 150 do CTN); daí, o prazo para a impetrante requerer a restituição ou compensação do seu crédito tributário contar-se-á de cinco anos a partir da extinção do crédito, que ocorre simultaneamente ao momento do ato homologatório, seja expresso ou tácito.

2. Nesse mesmo diapasão se posicionou este egrégio Tribunal:

“A prescrição tem como termo inicial a extinção do crédito tributário (artigo 168, i, do Código Tributário Nacional), logo, a extinção do crédito somente ocorre, in casu, com o decurso do prazo para homologação (artigo 150, parágrafo 4º, do mesmo diploma), deflui que somente dez anos após o pagamento é que começarão a ser sentidos seus efeitos. Prescrição quinquenal afastada”. (AMS 67.670-PE, Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, DJU 02/10/00, p. 663).

“A prescrição para pleitear a restituição ou compensação de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de cinco anos, contados da data que teria a autarquia para homologar o respectivo crédito tributário”. (AC 208.097-PE, Rel. Des. Federal Araken Mariz, DJU 15/12/00, p. 1.111).

3. No que pese os argumentos daqueles que entendem que a prescrição conta-se da publicação da declaração de inconstitucionalidade da exação, *in casu*, a partir da publicação da Resolução do Senado nº 49, penso que essa não desconfigura a contagem do prazo prescricional para a restituição ou compensação do indevidamente pago, que, nos casos de lançamento por homologação, obedece ao disposto no art. 168 do CTN.

4. No presente caso, o fato gerador ocorreu em 07/1988, sendo homologado tacitamente em 07/1993. Desse modo, o prazo para pleitear a restituição expirar-se-ia em 09/1998; como o presente remédio foi impetrado em 04/2001, alcança tão-somente os valores cujos fatos geradores ocorreram a partir de 04/1991, restando prescritos aqueles anteriores a essa data.

5. Por outro lado, ao compulsar os autos, depreende-se que a impetrante não pretendeu, através do presente *mandamus*, obter um provimento jurisdicional para autorizar a compensação tributária, mas sim, tão-somente, o reconhecimento das quantias pagas indevidamente a título de PIS, de acordo com DL's 2.445/88 e 2.449/88, uma vez que o colendo STF declarou a inconstitucionalidade

da exação nestes termos, sobrevindo, *a posteriori*, a Resolução do Senado Federal nº 49, que conferiu efeitos *erga omnes* a essa declaração, pelo que se afigura indiscutível o direito à restituição ou compensação dos valores *sub quaestio*.

6. No que concerne ao desatendimento da Medida Provisória 1.212, de 28.11.95, ao princípio da anterioridade, sigo o entendimento do colendo STF, *verbis*:

“CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PIS-PASEP. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE EM SE TRATANDO DE MEDIDA PROVISÓRIA. O PLENÁRIO DESTA CORTE, AO JULGAR O RE 232.896, QUE VERSA CASO ANÁLOGO AO PRESENTE, ASSIM DECIDIU: ‘CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. PIS-PASEP. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. MEDIDA PROVISÓRIA: REEDIÇÃO’.

I - Princípio da anterioridade nonagesimal: CF, art. 195, § 6º - contagem do prazo de noventa dias, medida provisória convertida em lei: conta-se o prazo de noventa dias a partir da veiculação da primeira medida provisória.

II - Inconstitucionalidade da disposição inscrita no art. 15 da Med. Prov. 1.212, de 28.11.95 – ‘aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995’ - e de igual disposição inscrita nas medidas provisórias reeditadas e na Lei 9.715, de 25.11.98, artigo 18.

III - Não perde eficácia a medida provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, mas reeditada, por meio de nova medida provisória, dentro de seu prazo de validade de trinta dias.

IV - Precedentes do STF - ADIn 1.617-MS, Ministro Octavio Gallotti, *DJ* de 15.8.97; ADIn 1610-DF, Ministro Sydney Sanches; RE nº 221.856-PE, Ministro Carlos Velloso, 2ª T., 25.5.98”. (RE 253.088, Rel. Min. Moreira Alves, *DJU* 01.02.02, p. 106).

7. Com efeito, surge para o contribuinte a faculdade de proce-

der à compensação dos valores recolhidos indevidamente, tanto pela via administrativa quanto pela via jurisdicional, logo, nada obsta que ele, munido de comando judicial, que reconheça o indébito, opte por uma das duas esferas competentes.

8. Com essas considerações, nego provimento à remessa oficial e à apelação da Fazenda Nacional e dou parcial provimento à apelação do particular para reformar a sentença monocrática no que versa sobre a compensação tributária, reconhecendo o direito do contribuinte de compensar os seus créditos na via administrativa.

9. É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 82.200-RN

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: LABORSIL - INDÚSTRIA FARMACÊUTICA LTDA.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advogados: DRS. RITA VALÉRIA DE CARVALHO CAVALCANTE E OUTROS (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. COFINS E PIS. LEI Nº 9.718/98. MP 1.807/99. BASE DE CÁLCULO. LUCRO BRUTO. APLICAÇÃO EXCLUSIVA ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA. IMPROCEDENTE.

- O artigo 150, inciso II, da Constituição Federal, que consagrou o princípio da isonomia tributária, impedindo a diferença de tratamento entre contribuintes em situação equivalente, não se aplica ao caso em tela, em que a disposição legal impõe disciplina específica para o tipo de atividade econômica desenvolvida pelos destinatários da norma.

- Não cabe a extensão dos benefícios estipula-

dos pelo § 6º, a, b, da Lei 9.718/98, com redação dada pela MP 1.807/99, para as empresas cuja atividade não seja de natureza financeira, sendo vedado ao Judiciário, que não tem função legislativa, criar benefícios fiscais que não têm previsão legal.

- Precedentes desta Corte.

- Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, acorda a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em negar provimento ao apelo, nos termos do voto da Relatora e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 17 de outubro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por LABORSIL - Indústria Farmacêutica Ltda. contra ato do Delegado da Receita Federal em Natal/RN, com o escopo de que seja assegurado o direito de recolher a COFINS e o PIS com os mesmos benefícios concedidos às instituições financeiras. Requer, assim, que seja tomado como base de cálculo o lucro bruto e não o faturamento.

Liminar indeferida às fls. 34/38.

O MPF, às fls. 52/60, opina pela denegação da ordem.

O MM. Juiz *a quo* denegou a segurança.

Irresignada com a r. sentença, apela a impetrante, sob o fundamento de que o tratamento privilegiado conferido às instituições financeiras, decorrente da Lei 9.718/98, que institui como base de cálculo da COFINS e do PIS, para estas instituições, o lucro bruto e não a receita bruta, como ocorre com as demais pessoas jurídicas, denota flagrante ofensa ao princípio da isonomia tributária. Cita julgados que corroboram a sua tese, requerendo, ao final, que seja dado provimento ao presente recurso.

Subiram os autos a esta Corte, sendo-me conclusos por distribuição.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Versa a presente ação constitucional sobre os procedimentos estipulados pela Lei 9.718/98 para a definição da base de cálculo para o recolhimento da COFINS e do PIS, em face da natureza das atividades desempenhadas pela empresa contribuinte.

Aduz a impetrante que a Lei 9.718/98, ao instituir como base de cálculo para o recolhimento da COFINS e do PIS, para as instituições financeiras, o lucro bruto, incorreu em flagrante ofensa ao princípio da isonomia tributária.

O art. 2º da MP 1.807/99, que acrescentou os §§ 6º a 8º ao art. 3º da Lei 9.718/98, determina, *in verbis*:

“Art. 2º - O art. 3º da Lei 9.718/98, de 27 de novembro de 1998, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 6º a 8º.

(...)

§ 6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no parágrafo anterior, poderão excluir ou deduzir:

I – no caso de bancos comerciais, bancos de inves-

timentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil e cooperativas de crédito:

- a) as despesas incorridas nas operações de intermediação financeira;
- b) despesas de obrigações por empréstimos, para repasse, de recursos de instituições de direito privado”.

O artigo 150, inciso II, da Constituição Federal, consagrou o princípio da isonomia tributária, que impede a diferença de tratamento entre contribuintes em situação equivalente, vedando qualquer distinção em razão do trabalho, cargo ou função exercidos.

O princípio constitucional supracitado não se aplica ao caso em tela, em que a disposição legal impõe disciplina específica para o tipo de atividade econômica desenvolvida pelos destinatários da norma.

Assim é que não se poderia pretender a extensão para as empresas cuja atividade não seja de natureza financeira de normatização que a elas não se aplica, sendo vedado ao Judiciário, que não tem função legislativa, criar benefícios fiscais que não têm previsão legal.

Ressalto ainda que as hipóteses de dedução de base de cálculo mencionadas na MP 1.807/99 não têm qualquer possibilidade de aplicação que não seja para empresas de atividade financeira, haja vista não incorrerem as empresas mercantis, industriais ou de serviço em outras áreas em despesas com operações de intermediação financeira, tampouco assumem obrigações por empréstimos, para repasse, de recursos de instituições de direito privado.

O entendimento acima apontado encontra amparo nas decisões proferidas por esta Corte, conforme se pode depreender das ementas abaixo citadas, *in verbis*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. AL-

TERAÇÃO. LEI 9.718/98, ARTS. 2º E 3º, § 6º. EXCLUSÕES E DEDUÇÕES PERMITIDAS ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

- A isonomia se aplica àqueles que estejam em idêntica situação. *In casu*, há que se reconhecer a diversidade das atividades praticadas pelas instituições financeiras e as empresas comerciais, tanto que o legislador concedeu o direito de excluir ou deduzir da base de cálculo as despesas incorridas nas operações de intermediação financeira e com obrigações por empréstimos, para repasse de recursos de instituições de direito privado, deságio na colocação de títulos, perdas com títulos de renda fixa e variável, exceto com ações e com ativos financeiros e mercadorias, em operação de *hedge*, é evidente que tais operações não são, nem podem ser, realizadas pelas demais empresas comerciais, sendo inerentes às atividades exercidas pelas referidas instituições.

- O legislador, quando concedeu as referidas deduções, o fez de modo expresso, indicando quais operações podem ser deduzidas ou excluídas para a determinação da base do cálculo da COFINS e do PIS. Dessa forma, em face da ausência de previsão legal, incabível a extensão ou a adoção, por analogia, dos benefícios concedidos às instituições financeiras a outras empresas comerciais, como pretendido pela agravante.

- Agravo de instrumento improvido”. (AGTR 27702/SE, Rel. Desembargador Federal Castro Meira, 1ª T., DJ 08/09/00, p. 704.)

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. LEI 9.718/98. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. NÃO AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA. ATIVIDADE DESEMPENHADA PELO CONTRIBUINTE.

1. O princípio da isonomia tributária deve levar em

consideração a atividade do contribuinte e não, tão-só, a sua qualidade de contribuinte.

2. O magistrado não poderá estender a determinadas pessoas jurídicas os benefícios legalmente concedidos a outras pessoas jurídicas de categoria totalmente diversa daquela, sob pena de interpretar extensivamente as leis que concedem benefício tributário, conquanto o direito positivo preceitua que tais leis deverão ser interpretadas restritivamente.

3. Por outro lado, o art. 195, parágrafo 9º, da Constituição Federal, prescreve que as contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou base de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra.

4. Apelação improvida”. (AMS 75294/PE, Rel. Desembargador Federal Napoleão Nunes Maia Filho, 4ª T., DJ 20/04/01, p. 1064).

Ante tais considerações, nego provimento ao apelo.

É como voto.

EMBARGOS À EXECUÇÃO Nº 15-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLI-
ANO

Embargante: UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL

Embargados: ABEL GALINDO MARQUES E OUTROS

Advs./Procs.: DRS. ALDO BEZERRA PEREIRA E OUTROS
(EMBTE.) E ANTÔNIO GAMELEIRA CAVALCANTE
E OUTRO (EMBDOS.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REAJUSTE GERAL DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS E DOS SOLDOS DOS SERVIDORES MILITARES NO PERCENTUAL DE 28,86% - LEIS NºS 8.622 E 8.627, DE 1993. COMPENSAÇÃO REQUERIDA

NA EXECUÇÃO DO JULGADO. AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO NO ACÓRDÃO. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA À COISA JULGADA.

- “Compete ao Presidente executar as ações originárias desta Corte, competindo-lhe, inclusive, a relatoria dos embargos à execução”. (Diretriz fixada pelo Pleno na sessão realizada no dia 28/08/2002).

- *Com o trânsito em julgado do acórdão que reconheceu aos autores, servidores públicos civis, o reajuste de 28,86%, em que não houve menção ao ponto atinente à compensação de todos os reajustamentos salariais porventura já concedidos (conforme a decisão do STF no julgamento dos Embargos de Declaração no ROMS nº 22307-DF), incabível é o acolhimento do pedido de efetivação da compensação, só na fase executória do julgado.*

- *Admitir-se em contrário sentido, sem que haja, tal como ocorre no caso concreto, previsão expressa na sentença ou no acórdão executando, importaria em violação da garantia constitucional da intangibilidade da coisa julgada, corolário da preocupação devotada pelo Estado à segurança nas relações jurídicas e à paz na convivência social. Improcedência dos embargos à execução.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, julgar improcedentes os embargos à execução, vencidos os Desembargadores Federais Paulo Roberto de Oliveira Lima e Ubaldo Ataíde Cavalcante, nos termos do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, *ex lege*.

Recife, 5 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Cuida-se de embargos à execução opostos pela Universidade Federal de Alagoas, objetivando que seja reconhecida, em sede de execução do julgado, a possibilidade de compensação dos valores que diz terem sido efetivamente pagos aos autores, no percentual de 28,86%.

Sustenta a embargante que a execução para a implantação do reajuste de 28,86% nos vencimentos dos embargados não pode prosperar, porquanto a decisão exequenda que a determinou (proferida na Ação Rescisória 1287-AL, que houvera sido ajuizada pelos ora embargados) teria violado literal disposição de lei, ao não determinar a compensação de todos os reajustamentos salariais acaso concedidos, em desalinho, portanto, com a decisão proferida em 11/03/98, pela Corte Suprema, nos Embargos de Declaração no ROMS nº 22307-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, aresto publicado em 18/03/98.

Na impugnação aos embargos, clama-se pela sua improcedência, argumentando-se, em síntese, que: a) os embargos à execução não são substitutivos de quaisquer recursos nem tampouco de ação rescisória, que poderiam, se fosse o caso, ter sido atempadamente manejados pela UFAL, para postular a compensação nestes referida; b) descabe a alteração do julgado na fase de execução, porque somente via de ação rescisória, acaso cabível, é que seria possível o exame da pretensão de se alterar *decisum* acobertado pela autoridade da coisa julgada.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Preambularmente, cumpre-me consignar que o Pleno deste Sodalício, na sessão realizada no dia 28/08/2002, entendeu que a competência para executar as ações originárias desta Corte é do Presidente, cabendo-lhe, inclusive, a relatoria dos embargos à execução.

A tese entretecida pela embargante é a de que a execução para a implantação do reajuste no percentual de 28,86% (Lei nº 8.622, de 1993) nos vencimentos dos embargados não merece êxito, porquanto a decisão exequenda violou literal disposição de lei, ao não determinar a compensação de todos os reajustamentos salariais porventura concedidos, o que se mostra em arritmia com a decisão proferida em 11/03/98, pelo Supremo Tribunal Federal, nos Embargos de Declaração no ROMS nº 22307-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, ato publicado em 18/03/98.

O acórdão exequendo, proferido em 04/02/98 (antes, portanto, do pronunciamento judicial do colendo STF sobre a matéria relativa ao reajuste dos 28,86%), nos autos da Ação Rescisória nº 1287-AL, promovida pelos ora embargados para desconstituir acórdão deste Tribunal, que não reconheceu ser devido o reajuste de 28,86%), foi assim ementado:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. REAJUSTE DE 28,86%. LEI Nº 8.627/93. ÍNDICE A SER APLICADO AOS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES CIVIS. VIOLAÇÃO A PRECEITO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES DO STF E DESTA TRIBUNAL.

- Viola, frontalmente, dispositivo constitucional o *decisum* que restringiu aos militares o reajuste concedido pela Lei nº 8.627/93, ferindo, dessa forma, o art. 37, inciso X, da Constituição Federal.

- Não procede o argumento, pois, de que a matéria discutida na presente ação versa sobre legislação infraconstitucional, sendo inaplicável, *in casu*, o preceituado na Súmula nº 334 do Supremo Tribunal Federal.

- Ação que se julga procedente”. (Pleno, Rel. Juiz Manoel Erhardt, julgado em 04/02/98).

É fato notório que a Alta Corte de Justiça, em decisão proferida no ROMS nº 22307-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, entendeu ser extensível aos servidores públicos federais o reajuste dos estipêndios daqueles, pelo percentual de 28,86%.

A Advocacia-Geral da União interpôs embargos declaratórios contra o aduzido *decisum*, os quais foram acolhidos em parte (julg. 11/03/98, DJ 18/03/98), passando o Excelso Pretório a sustentar o posicionamento de que poderiam ser descontados, do percentual de 28,86%, todos os reajustes salariais porventura anteriormente concedidos.

No entender do Supremo, porque a Lei nº 8.627, de 1993, beneficiara, também, determinadas categorias de servidores civis com aumentos variáveis de 3,55% a 11,29%, o percentual de 28,86% somente deveria ser estendido às categorias funcionais excluídas da revisão geral.

E em relação aos servidores beneficiados pela referida lei, destacou a Augusta Corte que **somente haveria direito a uma complementação dos reajustes já recebidos, até o limite de 28,86%**.

O Governo Federal, em face da decisão da Suprema Corte, fez editar a Medida Provisória nº 1.704, de 30 de junho de 1998, onde, ao reconhecer o direito ora pleiteado, estendeu o percentual de 28,86% aos estipêndios dos servidores públicos civis da Administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo Federal.

Não há, deveras, no acórdão em execução, qualquer referência à questão relativa à compensação de valores que porventura já houvessem sido concedidos aos autores (cumpre destacar que, embora se alegue já ter havido pagamento de parte do que ora se está a executar e, por isso mesmo, o desconto, tal como decidido pelo Supremo, teria de ser feito, não há nos autos prova da paga que se diz ter sido feita).

Cabe chamar a atenção para o fato de que o *decisum* farpeado passou em julgado em 5 de maio de 1998 (confira-se a certidão de fls. 765 verso, nos autos da AR 1287-AL), não tendo sido opostos, em relação àqueles, embargos de declaração ou quaisquer

outros recursos, nem ajuizada ação rescisória para ventilar a aludida questão da compensação.

Ao meu sentir, averbando a mais acendrada vênia aos que se posicionem em contrário sentido, é incabível o pedido de compensação, agora, na fase de execução do julgado, sem que haja aí, se acolhida a pretensão, indubitosa afronta à autoridade da coisa julgada.

A propósito dela (falo da coisa julgada), os artigos 467 e 474 do Código de Processo Civil pátrio estatuem:

“Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. (Sublinhei).

“Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”. (Sublinhei).

Admitir-se a contrário, ou seja, que pudesse a compensação ser efetivada tão-somente na execução, sem disso constar previsão expressa na sentença ou no acórdão, importaria em afronta à garantia constitucional da intangibilidade da coisa julgada, corolário da preocupação devotada pelo Estado à segurança nas relações jurídicas e à paz na convivência social.

Sobre a matéria, Enrico Tullio Liebman, de há muito, sustentara:

“As qualidades que cercam os efeitos da sentença, configurando a coisa julgada, revelam a inegável necessidade social, reconhecida pelo Estado, de evitar a perpetuação dos litígios em prol da segurança que se reclama da ordem jurídica”.

Sobre a matéria, acórdãos do colendo Superior Tribunal de Justiça e de outros Tribunais Federais, inclusive da 5ª Região, corroboram a tese por mim sustentada; confira-se, *verbis*:

“EXECUÇÃO. 28,86%. EMBARGOS DO DEVE-

DOR. COISA JULGADA.

1. Se o julgado exequendo prevê a compensação de valores (28,86%) tão-somente em relação aos reajustes concedidos por força da Medida Provisória 583/94, a decisão dos embargos à execução deve ficar adstrita ao título executivo, sob pena de violação à coisa julgada, cuja eficácia não se rende a entendimentos jurisprudenciais e muito menos à edição de diplomas legais.

2. Recurso especial conhecido e provido”. (STJ, REsp nº 411.622-SC, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, *DJ* de 11/11/2002).

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. 28,86%. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE FACE À AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA EMBARGADA.

A ausência de impugnação da embargada quanto à eventual compensação de valores devidos a título de reajuste de 26,86%, aos embargantes, servidores públicos federais, com valores porventura já pagos, impede a explicitação contida no acórdão embargado, no sentido da referida compensação. Embargos de declaração acolhidos”. (STJ, EDRESP nº 195.766-MG, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, *DJ* de 24/05/99).

“PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO DETERMINADA EM EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA.

1. Nas ações em que foi reconhecido aos servidores públicos civis o reajuste de 28,86%, por sentença transitada em julgado, em que não foi ventilada questão concernente a compensação, não há como pretender, em execução, suscita-la, por ofensa à coisa julgada.

2. Agravo de instrumento provido”. (TRF 1ª Região, AGTR nº 01000696117, Rel. Juiz Amílcar Machado, *DJ* 11/09/2000, pág. 18).

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – REAJUSTE DE VENCIMENTOS/PROVENTOS NO PERCENTUAL INTEGRAL DE 28,86% – LEIS NºS 8.622/93 E 8.627/93 – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – DETERMINAÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE REAJUSTES CONCEDIDOS, A TÍTULO DE REPOSIIONAMENTO FUNCIONAL, PELA LEI Nº 8.627/93 – FALTA DE PREVISÃO NA SENTENÇA/ACÓRDÃO – IMPOSSIBILIDADE – COISA JULGADA MATERIAL – ARTS. 467 E 471 DO CPC.

I - Transitando em julgado a sentença que assegurou aos autores-exeqüentes, de acordo com a jurisprudência então dominante, o reajuste de seus vencimentos/proventos, no percentual de 28,86%, com fulcro nas Leis nºs 8.622/93 e 8.627/93, sem determinar a compensação de eventuais reajustes concedidos, a título de reposicionamento funcional, pela Lei nº 8.627/93 – tal como veio a ser posteriormente decidido, em 11/03/98, pelo colendo STF, nos Embargos de Declaração no ROMS nº 22.307-7/DF –, impossível, no processo de execução, sob pena de ofensa aos arts. 467 e 471 do CPC, alterar o conteúdo do *decisum*, para se determinar a aludida compensação.

II - Agravo de instrumento provido”. (TRF 1ª Região, AGTR nº 01000634183, Rel. Juíza Assusete Magalhães, DJ 26/03/2002, pág. 36).

“EMBARGOS À EXECUÇÃO. PIS. DECRETOS-LEIS NºS 2.445 E 2.449/88. EXCESSO DE EXECUÇÃO. COMPENSAÇÃO REQUERIDA EM SEDE DE EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Se a decisão exeqüenda não condenou a Fazenda Nacional em quantia líquida e certa, mas a restituir as quantias pagas a título da contribuição para o PIS no que excederam o que seria devido de acordo com o previsto nas Leis Complementares nºs 07/70 e 17/73, é perfeitamente cabível a discussão em torno do *quantum* devido na execução.

2. Deferir-se, em sede de execução, a compensação que não foi requerida na inicial, constituiria ofensa à coisa julgada.

3. Apelação improvida”. (TRF 5º região, AC nº 156.809/PE, Rel. Juiz Araken Mariz, DJ 26/05/2000, pág. 823).

Por tais fundamentos, julgo improcedentes os embargos à execução, para determinar à UFAL que promova a imediata implantação nos vencimentos dos exequentes do reajuste de 28,86%, nos termos do acórdão exequendo. Honorários advocatícios devidos no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor dado à causa.

É como voto.

EMBARGOS INFRINGENTES NA AÇÃO RESCISÓRIA Nº 1.568-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE

Embargantes: RAIMUNDO SERAFIM FILHO E OUTROS

Embargada: UNIÃO

Advogados: DRS. LUÍZA ÁUREA JATAÍ CASTELO SILVEIRA E OUTRO (EMBTES.)

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. REAJUSTES DE 84,32% (IPC DE MARÇO DE 1990) E 26,05% (URP DE FEVEREIRO DE 1989). OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI RECONHECIDA.

- À luz do entendimento precedentemente firmado pela Corte Suprema, é forçoso reconhecer que a decisão rescindenda que reconheceu o reajuste de 84,32% afrontou literal disposição de lei (CPC, art. 485, V), porquanto incorreu em “abandono da legislação em vigor na data da aquisição do direito aos vencimentos - Medida Provisória nº 154/90, transformada na Lei nº 8.030/

90, e dispôs sobre a aplicação de índice que, à época, carecia de sustentação legal”, confundindo, assim, de forma descabida, “período a ser pesquisado para efeito de fixação do índice inflacionário com a aquisição do direito em si à percepção dos vencimentos devidamente corrigidos”.

- Em relação ao índice de 26,05%, inaplicável o enunciado da Súmula nº 343 do STF, por ser matéria constitucional. Tendo o Supremo Tribunal Federal entendido da inexistência de direito adquirido ao referido índice, verifica-se que houve violação a disposição de lei. Ressalva do posicionamento particular do Relator.

- Embargos infringentes improvidos, mantendo-se o acórdão embargado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 13 de novembro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

A União Federal ajuizou ação rescisória, visando a desconstituir acórdão, prolatado em 14/09/93 (fls. 44), que reconheceu, na parte que interessa, o direito ao reajuste de vencimentos na ordem de 26,05% (URP de fevereiro de 1989) e de 84,32% (IPC de março de 1990).

Este egrégio Tribunal, por maioria de votos, julgou procedente

o pleito da União Federal, vencidos os eminentes Desembargadores Federais Luiz Alberto Gurgel de Faria, Ridalvo Costa, Lázaro Guimarães, Nereu Santos e José Maria Lucena.

Irresignados, os réus interpuseram embargos infringentes, alegando que o caso é para aplicação da Súmula 343 do STF, pretendendo a prevalência dos votos divergentes que mantiveram os reajustes de vencimentos referidos, invocando precedentes jurisprudenciais para, ao final, requererem a reforma da decisão embargada.

A embargada apresentou sua contra-razão (fls. 81/83).

Regularmente processados, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

Trago à colação, sobre o efeito *ex tunc da* declaração de inconstitucionalidade, o voto-vista expendido pelo Ministro Cordeiro Guerra no Recurso Extraordinário nº 89.108.1-GO, cujos principais excertos permito-me transcrever:

“Embora a Súmula 343 se refira à divergência na interpretação de normas legais, no caso em espécie, tem ela aplicação, pois a inconstitucionalidade só foi reconhecida após o trânsito em julgado de uma decisão até então havida como não infringente do texto constitucional.

Houve, assim, mudança de critério na apreciação da constitucionalidade da norma aplicada e, por conseguinte, creio que não foi desarrazoada a aplicação da Súmula 343 à espécie.

De fato, no passado, a Suprema Corte Americana inúmeras vezes declarou que a lei inconstitucional não era lei, e que direitos e deveres não poderiam decorrer dela - *in Norton v. Shelby County*:

'An unconstitutional law is void and is as no law (...) imprisonment'.

Entretanto, tais pronunciamentos, por sua generalidade, vieram a sofrer temperamentos na Suprema Corte Americana:

'(...) Justice Douglas has aptly stated "An unconstitutional statute is not necessarily a nullity; it may have intermediate consequences binding upon people". Indeed, a statute declared unconstitutional nevertheless in an operative fact and decisions made under its color have the blessing of res judicata. For instance, even though an act of Congress had been declared unconstitutional by the Supreme Court in litigation involving other parties, it was in 1940 under the doctrine of res judicata held to be binding upon the parties to a suit who had failed to raise the constitutionality of the act at trial and who had been subject to a federal court decree that had never been appealed. "Broad statements" that "the Act of Congress, having been found to be unconstitutional, was not a law; that it was inoperative, conferring no rights and imposing no duties", said the Supreme Court "must be taken with qualification". The actual existence of a statute, prior to such a determination, is an operative fact and may have consequences which cannot justly be ignored...'

(...)

Ainda recentemente e por várias vezes, este egrégio Tribunal tem deixado de conhecer recursos extraordinários da Caixa Econômica, em ações rescisórias, porque a decisão rescindenda fora julgada de conformidade com a orientação jurisprudencial então vigente, não obstante a orientação contrária dos julgados em casos posteriores".

Nessa mesma linha de entendimento, isto é, de que a decisão com trânsito em julgado, antes do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma em que se respaldou, não pode ser perturbada, há o escólio do Professor José Joaquim Gomes Canotilho, da

Faculdade de Direito de Coimbra, em sua obra de *Direito Constitucional*, 5ª edição, p. 1.083:

“Não é líquido que a Constituição tenha considerado como limite à retroatividade da declaração de inconstitucionalidade apenas o caso julgado, entendido no sentido restrito acabado de mencionar.

Pode também entender-se que os limites à retroatividade se encontram na definitiva consolidação de situações, atos, relações, negócios a que se referia a norma declarada inconstitucional. Se as questões de fato e de direito reguladas pela norma julgada inconstitucional se encontram definitivamente encerradas porque sobre elas incide caso julgado judicial, porque se perdeu um direito por prescrição ou caducidade, porque o ato se tornou não impugnável, porque a relação se extinguiu com o cumprimento da obrigação, então a dedução de inconstitucionalidade, com a conseqüente nulidade ipso iure, não perturba, através da sua eficácia retroativa, esta vasta gama de situações ou relações consolidadas. Pode dizer-se que a norma viciada de inconstitucionalidade não era já materialmente reguladora de tais situações, sendo irrelevante a sua subseqüente declaração de inconstitucionalidade”.

Na verdade, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela inexistência de direito adquirido ao reajuste de 84,32% (IPC de março de 1990) e 26,05% (URP de fevereiro de 1989).

Colho, assim, o registro da primeira manifestação da Corte Suprema, em controle concentrado de constitucionalidade, sobre cada índice referido:

- quanto aos **84,32%**: ADIN 683-5/SC, Relator Ministro Marco Aurélio, julgada em 24/06/93 e **publicada no DJU de 10/09/93** (p. 17.742);

- quanto aos **26,05%**: ADIN 694-1/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, julgada em 06/10/93 e **publicada no DJU de 11/03/94** (p. 31.394).

À luz do entendimento precedentemente firmado pela Corte Suprema, é forçoso reconhecer que a decisão rescindenda que reconheceu o reajuste de 84,32% afrontou literal disposição de lei (CPC, art. 485, V), porquanto incorreu em *“abandono da legislação em vigor na data da aquisição do direito aos vencimentos - Medida Provisória nº 154/90, transformada na Lei nº 8.030/90, e dispôs sobre a aplicação de índice que, à época, carecia de sustentação legal”*, confundindo, assim, de forma descabida, *“período a ser pesquisado para efeito de fixação do índice inflacionário com a aquisição do direito em si à percepção dos vencimentos devidamente corrigidos”*, merecendo, pois, o acórdão ser rescindido nesta parte.

Pelo contrário, com relação ao índice de 26,05%, aplica-se a Súmula 343 do colendo STF, que inadmite *ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais*, pois a inconstitucionalidade trazida à colação na ação rescisória só foi reconhecida após o trânsito em julgado de uma decisão até então havida como não infringente do texto constitucional. Houve, assim, mudança de critério na apreciação da inconstitucionalidade da norma aplicada, sendo cabível, então, a aplicação da Súmula 343.

Penso que essa *interpretação controvertida nos Tribunais* configura elemento autorizador da aplicação do referido entendimento sumulado e, conseqüentemente, do não cabimento da ação rescisória, se e quando, na época em que foi proferida a decisão rescindenda, ainda não havia manifestação dos Tribunais Superiores sobre a matéria em controvérsia.

Com efeito, o acórdão rescindendo, que conferiu direito ao reajuste de 26,05%, porque prolatado **antes** da publicação do acórdão na ADIN 694-1/DF, pelo qual o Pleno do STF considerou existir direito adquirido, não deve sofrer os efeitos decorrentes dessas decisões.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a rescisória, tão-somente para desconstituir o julgado com relação ao índice de 84,32%.

Diante da sucumbência recíproca, as partes arcarão com os honorários de seus advogados.

É como voto.

**VOTO-VISTA (VENCIDO) NOS
EMBARGOS INFRINGENTES
EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 177.362-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA
Embargante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Embargado: JAILTON LIMA BRASIL
Advogados: DRS. MARIA DAS GRAÇAS DE OLIVEIRA CARVALHO E OUTROS (EMBT.E.) E LUIZ EDUARDO AYRES DE F. BRITTO E OUTROS (EMBDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. SFH – SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. EXCLUSÃO DA CLÁUSULA CONTRATUAL DE PAGAMENTO DE RESÍDUO.

- O sistema financeiro da habitação (SFH) foi criado com vistas a estimular a construção de habitações de interesse social e a possibilitar a aquisição da casa própria pelas classes da população que percebiam menor renda e que, portanto, não tinham condições de recorrer à iniciativa privada.

- O SFH foi fundado no direito à moradia, agasalhado este pela Constituição Federal como direito social, necessidade premente do trabalhador. Trata-se de reconhecer a habitação como direito inerente à condição humana, habitação como refúgio e como permissivo da inserção do indivíduo no convívio social. Consoante se apreende da evolução normativa da matéria, ao SFH se confere conotação nitidamente social (decorrente de sua finalidade), sendo a ele inerente o equi-

lívrio que deve permear a relação entre a renda do mutuário e as prestações do financiamento.

- Equívoco no voto/acórdão embargado, quanto à consideração de que o contrato firmado entre o mutuário e a CEF teria, por sistema de amortização, a cláusula gradiente. Sanativo.

- Quanto ao pedido de adequação das prestações mensais ao percentual de renda inicialmente comprometido, a declaração de fls. 09, embora leve a crer na desproporcionalidade entre a renda auferida pelo prestamista (R\$ 1.300,00) e a prestação mensal cobrada (R\$ 712,79), não é suficiente à demonstração do alegado descumprimento contratual pela instituição financeira, porquanto não esclarece o conjunto da evolução salarial do mutuário. Além disso, a eventual redução do salário percebido pelo prestamista confere-lhe o direito de renegociar a dívida. Reforma da decisão embargada, nesse ponto, com a prevalência do voto vencido.

- Elementos de análise nos embargos infringentes: a) a forma de exercitação, pela instituição financeira, do sistema price ou francês; b) a utilização de critérios distintos de correção das prestações e dos saldos devedores dos mutuários; c) o reflexo desses itens a e b na cláusula do resíduo, que o prestamista pretende ver retirada do contrato de mútuo.

- A utilização da tabela price, adotada em cláusula contratual, implicaria na inexistência de resíduo ao final do prazo ajustado. Desvios significativos no cumprimento, pelas instituições financeiras, da regra price. Não obstante o sistema price imponha a utilização das prestações mensais no pagamento de juros e na amortização do principal, a realidade dos fatos tem demonstrado que as prestações têm sido direcionadas apenas ao pagamento dos juros contratados, sem qualquer abatimento na dívida principal.

- Das planilhas acostadas pela Caixa Econômica Federal, depreende-se que, de fato, as prestações mensais pagas pelo mutuário não estão sendo suficientes para saldar sequer a parcela de juros. Não se verificou, à exceção do ocorrido quando da primeira prestação mensal, qualquer tipo de amortização do débito principal, que, em verdade, apenas se expande.

- Têm-se verificado os efeitos resultantes da previsão de distintas formas de correção das prestações e do saldo devedor, de modo que, enquanto a evolução das prestações, como as do caso concreto, é contida pela regra da equivalência salarial, o saldo devedor alcança patamares acerbos por ser guiado pelos índices de reajustamento das cadernetas de poupança. É público e notório que há grande diferença em relação aos percentuais de reajuste dos saldos devedores de empréstimos e os reajustes de remuneração dos mutuários empregados. Cotejando-se qualquer índice financeiro com os reajustes salariais (quando ocorrentes) nos últimos anos, ver-se-á gritante disparidade. Até mesmo o modesto índice da caderneta de poupança torna-se elevado quando cotejado com os reajustes salariais. A unificação dos indexadores que corrigem as prestações e o saldo devedor permitiria uma evolução do débito de forma mais consentânea com a situação fática vivenciada pelos mutuários, fazendo desaparecer ou amenizar a figura do resíduo.

- É patente que a garantia contratual da equivalência salarial não se realiza – restando a correspondente previsão normativa esvaziada – quando, a despeito da correção das prestações se verificar pela variação salarial, o saldo devedor avança por critérios financeiros díspares e de acentuada oscilação, sobretudo em condições inflacionárias.

- Os Tribunais têm reconhecido certas situações em que, por motivo de onerosidade excessiva para uma das partes contratantes, não se mostra razoável insistir na execução de contrato em sua feição originária. Analogia com as ações revisionais de contratos de aquisição de veículos fundadas nas crises cambiais de 1999. Atenção ao nível de relevância social dos bens envolvidos.

- Onerosidade excessiva do contrato de mútuo, diante da irrealizabilidade da liquidação do débito, com a conseqüente perda do imóvel.

- Laconismo contratual que não se coaduna com o direito à informação do mutuário. Insuficiência que se coliga à expectativa de aquisição da casa própria, esperança fundada na certeza de que o aumento das prestações apenas acontecerá em caso de acréscimo dos salários; na convicção de que a correção do débito acompanhará a realidade vivenciada pelo mutuário (equilíbrio contratual); na idéia de que, com o adimplemento periódico e contínuo das obrigações, não haverá saldo devedor ou será ele de menor monta (“saldo devedor eventual”).

- O mutuário não pode ser penalizado por equívocos cometidos pela instituição financeira no planejamento do sistema habitacional, nem a ele podem ser imputados todos os riscos do negócio jurídico, enquanto a instituição financeira fica salvaguardada.

- Dada a natureza jurídica do contrato de mútuo, o mutuário possui o direito subjetivo de ver extinta a sua dívida, uma vez adimplidas as prestações periódicas e contínuas ajustadas. Desvirtuamento do contrato de mútuo, convertido em ajuste de aluguel, pela insolvabilidade crescente imputada ao prestamista, resultando na perda do imóvel.

- Face à responsabilidade social do Estado, sal-

dos remanescentes ao final do contrato deverão ser por ele absorvidos.

- Pelo parcial provimento dos embargos infringentes, para excluir a cláusula de resíduo do contrato de mútuo.

VOTO - VISTA

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI:

Jailton Lima Brasil ajuizou ação declaratória contra a CEF - Caixa Econômica Federal, objetivando a declaração de que “na confecção das prestações seja observado o percentual de renda do autor inicialmente comprometido”, bem como ver determinada “a revisão do contrato, para retirar do mesmo a cláusula que trata do resíduo, por se tratar de cláusula leonina, nula de pleno direito, garantindo, assim, ao autor, a propriedade do imóvel após o pagamento da última prestação”.

Aduziu, em defesa de sua pretensão, que teria celebrado com a CEF contrato de compra e venda/mútuo com obrigações e quitação parcial, através do qual teria adquirido um apartamento residencial. Asseverou que, nos termos do contrato firmado, teria contraído mútuo para financiar a aquisição do imóvel, comprometendo 30% (trinta por cento) de sua renda. Destacou que a CEF teria estabelecido valores superiores ao comprometido inicialmente: “assim, com uma renda comprometida, nos meses de setembro, novembro de 1997 de R\$ 1.300,00 (hum mil e trezentos reais), a prestação deveria ser da ordem de R\$ 390,00 (trezentos e noventa reais), compatível, inclusive, com a qualidade do imóvel adquirido, e não de R\$ 712,79 (setecentos e doze reais e setenta e nove centavos), como pretende receber a instituição financeira-ré”. Afirmou que, segundo a CEF, ainda estaria devendo cerca de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), na medida em que o saldo devedor estaria sendo corrigido pela TR, contrariando decisão do STF. Sustentou que este fato apontaria para o caráter leonino do contrato, de sorte que se mostraria indispensável a revisão do contrato, com a exclusão dessa cláusula, “de forma que, com o pagamento da última prestação, o mutuário venha a receber a escritura definitiva, sem qualquer resíduo”. Realçou, ainda, que “o autor estava consciente de que assumiu um tipo de prestação obrigacional que

permaneceria sob o seu direto controle. Não haveria um padrão de correção que tornasse as prestações insuportáveis e o saldo devedor impagável”. Afirmou que o contrato deveria ser celebrado em homenagem ao princípio da comutatividade, de modo que não poderia ficar ao arbítrio exclusivo de uma das partes, devendo ser considerado em face dos arts. 23 e 70, da CF/88. Citou, por fim, o CDC, “ao ressalvar o direito subjetivo de revisão contratual, quando as respectivas cláusulas estabelecerem prestações desproporcionais”.

O MM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que “o demandante nada provou em favor de estar a ré adotando, nos reajustes, índices fora dos limites do contrato”, bem como por entender que “não é missão do Judiciário tornar sem efeito a cláusula do resíduo, por falta, como ao pedido principal, de alicerce na lei”.

Em razão de apelação, subiram os autos a esta eg. Corte Regional, que, através de sua Terceira Turma, conheceu da apelação e, por maioria, deu provimento ao recurso em decisão que recebeu a seguinte ementa:

“SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. CLÁUSULAS ABUSIVAS. NULIDADE.

1. A chamada ‘cláusula gradiente’ é abusiva na medida em que impõe progressivos reajustes de prestações em descompasso com a evolução salarial do mutuário, sem que o mesmo seja claramente informado de tal distorção, face à forma lacônica da letra ‘c’ do contrato PADRÃO DO SFH.

2. Cláusula contratual que impõe, ao termo do prazo, pagamento de resídulos àquele que cumpriu os termos do contrato, com fixação de prazo adicional, ou pagamento imediato, incompatíveis com a renda mensal e a evolução salarial do mutuário, é violadora das normas legais e princípios de defesa do consumidor.

3. Apelação provida”.

No julgamento, restou vencido o MD Desembargador Federal Ridalvo Costa, que votou pela negativa de provimento à apelação do mutuário, por entender que *“certamente o descompasso entre os índices utilizados na atualização das parcelas do financiamento e os reajustes salariais efetivamente percebidos pelo(s) mutuário(s), desde a assinatura do contrato, resultariam em uma superação do percentual da renda inicialmente comprometido para o adimplemento dos encargos mensais, entretanto, não ficou demonstrado nos autos de forma inequívoca, nem sequer houve impugnação ao relatório apresentado pela Caixa Econômica Federal com o demonstrativo de todas as parcelas com os seus respectivos valores”*, bem como por considerar que *“não se nega direito à revisão dos contratos de adesão, nos casos em que a relação contratual não esteja cumprindo sua função econômica, trazendo prejuízo relevante a uma das partes, situação em que é de interesse público, inclusive, a sua reestruturação, contudo, não restou provada qualquer ilegalidade, como já dito, relativamente ao resíduo, que, na forma como contratado, é mecanismo legítimo utilizado para evitar o exacerbamento das prestações”*.

Da decisão, acatada por maioria, foram opostos embargos infringentes.

Admitidos os embargos infringentes, foram distribuídos os autos ao MD Desembargador Federal Castro Meira, que deu provimento aos embargos – para fazer prevalecer o voto vencido –, em manifestação da qual transcrevo excertos:

“Com a devida vênia, continuo a entender que o posicionamento adotado pela douta maioria merece reparos. Como visto, nem a inicial nem a apelação colocou em questão o sistema de amortização ‘série em gradiente’. Na verdade, o sistema de amortização pactuado foi o sistema PRICE (fls. 10, letra c), e não o sistema gradiente.

(...)

Com o devido acatamento a entendimentos diversos, fugir-se desses termos implicaria em inevitável decisão extra petita, possibilidade de anular-se o julgamento, tendo em vista que assim não foi pos-

ta a res in judicio deducta. O debate trazido a Plenário em relação ao sistema de amortização utilizado é um tema novo, que não foi objeto da controvérsia. O autor não se insurgiu contra a cláusula que trata do assunto, nem sequer a ela se referiu.

O voto vencido, ao apreciar a apelação dos seus estritos termos, observa que, em consequência de sua mudança de vínculo empregatício, caracterizada pelos diferentes comprovantes de renda acostados aos autos, o autor experimentou uma diminuição em seus rendimentos mensais, concluindo que 'a diminuição de renda do mutuário não implica em redução da prestação. Poder-se-ia pleitear a renegociação, mas tal não se caracterizaria a insubsistência do crédito hipotecário, que se constituiu face à inadimplência'. (...).

Acosto-me ao entendimento acima delineado. O exame dos autos evidencia o esforço probatório da instituição financeira, que apresentou planilha completa, na qual expôs a evolução histórica dos débitos perseguidos, só potencialmente infirmáveis pela apresentação de subsídios idôneos pelo mutuário. Este, pelo contrário, absteve-se de carrear ao feito documentos capazes de elucidar em seu favor a controvérsia. Sequer apresentou impugnação aos valores apresentados pela CEF.

(...).

(...) deve-se considerar que a ocorrência de saldo remanescente maior do que o original vai depender exclusivamente de dois fatores: a inflação do período e a taxa de juros. A supressão pura e simples do resíduo levará à falência do sistema, conquanto não se ignore que há inúmeras famílias que dependem do SFH para obter sua casa própria. Ainda que ocorra algum desajuste, não vejo como adotar o remédio apontado no voto majoritário. O caráter social do SFH não pode levar à sua própria destruição."

Pedi vista dos autos. Vieram-me conclusos.

Preambularmente, considerando a importância do assunto “Sistema Financeiro da Habitação”, bem como a multiplicidade de concepções construídas em torno das figuras jurídicas que compõem a matéria, faz-se indispensável traçar um esboço histórico do assunto, levando-se em conta a sua evolução legislativa, bem como os entendimentos jurisprudenciais, concebidos estes ao longo dos anos em que se tem discutido o mencionado sistema habitacional. Esse desenho permitirá a identificação dos objetivos que nortearam a criação e a permanência do Sistema Financeiro da Habitação no ordenamento jurídico pátrio, bem como possibilitará uma apreciação mais circunstanciada, e, conseqüentemente, mais apropriada, do caso concreto.

O sistema financeiro para a aquisição da casa própria foi instituído através da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, que também criou o Banco Nacional de Habitação, responsável pela gestão do SFH. Nos termos do mencionado Diploma Legal:

“Art. 1º O Governo Federal, através do Ministro do Planejamento, formulará a política nacional de habitação e de planejamento territorial, coordenando a ação dos órgãos públicos e orientando a iniciativa privada no sentido de estimular a construção de habitações de interesse social e o **financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda.**

(...)

Art. 4º Terão prioridade na aplicação dos recursos:

- I – a construção de conjuntos habitacionais destinados à eliminação de favelas, mocambos e outras aglomerações em condições sub-humanas de habitação;
- II – os projetos municipais ou estaduais que, com as ofertas de terrenos já urbanizados e dotados dos necessários melhoramentos, permitirem o início imediato da construção de habitações;
- III – os projetos de cooperativas e outras formas associativas de construção de casa própria;
- IV – os projetos da iniciativa privada que contribuam para a solução de problemas habitacionais.

(...)

Art. 8º O sistema financeiro da habitação, destinado a facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria, **especialmente pelas classes de menor renda da população**, será integrado:

(...)

Art. 9º Todas as aplicações do sistema terão por objeto, fundamentalmente, a aquisição de casa para residência do adquirente, sua família e seus dependentes, vedadas quaisquer aplicações em terrenos não construídos, salvo como parte de operação financeira destinada à construção da mesma.

(...)

Art. 60. **A aplicação da presente lei, pelo seu sentido social**, far-se-á de modo a que sejam simplificados todos os processos e métodos pertinentes às respectivas transações, objetivando principalmente:

I – o maior rendimento dos serviços e a segurança e rapidez na tramitação dos processos e papéis;

II – economia de tempo e de emolumentos devidos aos Cartórios;

III – simplificação das escrituras e dos critérios para efeito do Registro de Imóveis.

(...)

Art. 66. O Ministro do Planejamento adotará as medidas necessárias para a criação de um Fundo de Assistência Habitacional objetivando o financiamento às **populações de renda insuficiente**, destinando-lhes recursos próprios”. (Negritos que não estão no original).

Na regência do SFH estava o Banco Nacional de Habitação, criado como autarquia (“*vinculado ao Ministério da Fazenda, o Banco Nacional da Habitação (BNH), que terá personalidade jurídica de Direito Público, patrimônio próprio e autonomia administrativa, gozando de imunidade tributária*” – art. 16 da Lei nº 4.380/64). A natureza autárquica que lhe foi concedida originariamente apontava para a finalidade social que pretendia atingir. Essa relação é

realçada pelos estudiosos da matéria, que reconhecem, no BNH, mais características de uma agência estatal do que de um banco propriamente dito¹. Com a Lei nº 5.762, de 14.12.1971, o BNH foi transformado em empresa pública, para “*promover o desenvolvimento urbano integrado de acordo com a política estabelecida pelo Governo Federal*”. Embora convertido em empresa pública, o BNH continuou vinculado à finalidade principal que lhe foi conferida na origem. Nesse sentido, o art. 8º do Decreto nº 72.512, de 23.07.1973, dispôs: “*Nos termos de sua legislação básica e segundo prioridades fixadas pelo Governo Federal, o BNH observará os seguintes princípios fundamentais: (...) VI – prazos e ônus financeiros estabelecidos com caráter universal e em função da renda ou da capacidade de pagamento dos beneficiários finais das operações; VII – **prioridade a programas, subprogramas e projetos habitacionais destinados às famílias de menor nível de renda**; (...)*”. Ademais, é de se sublinhar que, não obstante a modificação da sua natureza jurídica, o BNH continuou pertencendo, até a sua extinção, unicamente à União. Com o Decreto nº 88.293, de 09.05.1983, ao Banco Nacional da Habitação foi atribuída a responsabilidade pela execução da “*política social do Governo Federal, no âmbito dos **investimentos habitacionais** e do desenvolvimento urbano*”. É de se observar que, mesmo com a Lei nº 4.595, de 31.12.1964, que criou o Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário Nacional, transferindo, a esses agentes, muitas das atribuições do BNH, este continuou tendo particular importância, haja vista a peculiaridade dos assuntos que englobava e que o tornavam um ente especializado, cuja ouvida sempre foi reputada relevante. Posteriormente, em 21.11.1986, o Banco Nacional de Habitação foi extinto por força do disposto no Decreto-Lei nº 2.291, que o incorporou à Caixa Econômica Federal, sendo por ela sucedido em todos os seus direitos e obrigações.

A finalidade social do sistema financeiro da habitação é identificada, não apenas na lei de criação do SFH, mas também nos estatutos dos agentes gestores do sistema. Além disso, várias

¹ Aragão, José Maria. *Sistema Financeiro da Habitação. Uma Análise Sócio-Jurídica da Gênese, Desenvolvimento e Crise do Sistema*. Curitiba: Juruá. 2ª ed. 2001, p. 109/110.

normas pontuais consagram os fins sociais a serem alcançados pelo sistema financeiro da habitação. Aponte-se, exemplificativamente, o Decreto nº 59.163, de 1º de setembro de 1966, que fixou: *“ficam transferidos para o patrimônio do Banco Nacional de Habitação os terrenos de propriedade da União que, sendo desnecessários aos serviços públicos federais, se prestem à construção de conjuntos residenciais **de interesse social** ou possam ser vendidos para a realização de recursos líquidos destinados ao aumento de capital do Banco”* (art. 1º – negrito que não está no original). Igualmente, o Decreto nº 58.377, de 09.05.1966, que criou o Plano de Financiamento de Cooperativas Operárias, considerando, dentre outros fatores, *“que a política habitacional do Governo procura proporcionar às diferentes camadas da população brasileira múltiplas **oportunidades de acesso à casa própria**, para que cada um possa encontrar entre elas a mais compatível com seu nível de renda e mais conveniente a seus interesses”* (negrito que não está no original).

De outro lado, através da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, permitiu-se ao empregado utilizar os saldos da conta vinculada para fins de aquisição de moradia própria. Consoante dispôs o art. 10 da referida Lei, *“a utilização da conta vinculada, para o fim de aquisição de moradia própria, é assegurada ao empregado que completar, depois da vigência desta Lei, 5 (cinco) anos de serviço na mesma empresa ou em empresas diferentes, de acordo com as disposições da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, por intermédio do Banco Nacional de Habitação (BNH), de conformidade com as instruções por este expedidas”*. É inconteste o crescimento obtido pelo SFH quando instituída a possibilidade de utilização dos créditos fundiários para fins de promoção da política habitacional. Para o administrado, por seu lado, foi aberta uma outra via de acesso à aquisição da casa própria.

Evidenciou, outrossim, o Decreto nº 63.182, de 27.08.1968, que:

“Art. 1º Os Agentes do Banco Nacional de Habitação e as entidades integrantes do Sistema Financeiro da Habitação deverão, obrigatoriamente, ado-

tar todos os planos de reajustamento das prestações previstos pela regulamentação em vigor para os contratos de financiamento e aplicá-los de acordo com os critérios específicos pelo BNH.

Parágrafo único. Incumbe ao agente financeiro a adequação do plano escolhido pelo adquirente tendo em vista a sua renda familiar e as instruções do BNH.

Art. 2º (...)

§ 1º O BNH deverá restringir, ao mínimo indispensável, qualquer encargo financeiro que venha a incidir sobre os pagamentos de responsabilidade do adquirente.

(...)

Art. 5º Independentemente da ação penal cabível, o induzimento a erro do pretendente à aquisição da casa própria, quanto aos compromissos assumidos, sujeitará o agente responsável, pessoa física ou jurídica, vinculada ao BNH, à perda de registro ou autorização de funcionamento.

(...)

§ 2º Aplicar-se-á idêntica sanção ao agente que omitir esclarecimentos, ao adquirente, relativos à correção monetária, ou prestá-los de modo falso ou incompleto.”

Ao lado da finalidade social do SFH, deve-se realçar também os mecanismos de reajuste/correção das prestações e saldos devedores concernentes aos financiamentos concedidos sob a chancela do SFH, mecanismos previstos em diversidade ao longo da evolução do sistema habitacional brasileiro. Esse realce se impõe na medida em que a efetivação da função social do SFH também depende do direcionamento desses mecanismos de reajuste/correção.

A Lei nº 4.380/64, que instituiu o SFH, estabeleceu que “*observado o disposto na presente lei, os contratos de vendas ou construção de habitações para pagamento a prazo ou de empréstimos para aquisição ou construção de habitações poderão prever o reajustamento das prestações mensais de amortização e juros,*

com a conseqüente correção do valor monetário da dívida **toda vez que o salário mínimo legal for alterado** (art. 5º - negrito que não está no original). Ademais, o reajustamento seria baseado em **índice geral de preços mensalmente apurado ou adotado pelo Conselho Nacional de Economia** que refletisse adequadamente as **variações no poder aquisitivo da moeda nacional**. Assim, o reajustamento contratual seria efetuado na mesma proporção da variação do mencionado índice: *“desde o mês da data do contrato até o mês da entrada em vigor do novo nível de salário mínimo, no primeiro reajustamento após a data do contrato; entre os meses de duas alterações sucessivas do nível de salário mínimo nos reajustamentos subseqüentes ao primeiro”*. Previa-se, ainda, que o reajustamento entraria em vigor após 60 dias da data da vigência da alteração do salário mínimo, bem como que deveria constar do contrato **a relação original entre a prestação mensal de amortização e juros e o salário mínimo em vigor na data do contrato**. No tocante ao adquirente servidor público, o reajuste contratual tomaria por base a vigência da lei que lhe alterasse os vencimentos. Desde os primórdios, portanto, observa-se a **preocupação com a manutenção da proporcionalidade entre a renda do mutuário e a prestação a ser paga**.

A Lei nº 4.864, de 29.11.1965, que criou medidas de estímulo à indústria da construção civil, estabeleceu que, sob pena de responsabilidade administrativa dos funcionários e autoridades, *“todas as aplicações do sistema financeiro de habitação, inclusive entidades estatais, paraestatais e sociedades de economia mista em que haja participação majoritária do Poder Público, em financiamento de construção ou de aquisição de unidades habitacionais, serão obrigatoriamente feitas com estipulação da correção monetária, de acordo com os arts. 5º e 6º da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, e § 3º do art. 1º desta Lei”* (art. 30 e parágrafo único).

Com o Decreto-Lei nº 19, de 30 de agosto de 1966, tornou-se obrigatória a adoção da cláusula de correção monetária nas operações do sistema financeiro da habitação, por considerar que *“dada a finalidade eminentemente social do Banco Nacional da Habitação, deve lhe ser concedida maior autonomia para regulamentar os diversos critérios a serem adotados na aplicação da*

correção monetária nas operações habitacionais”. Assim, restou determinado que: “**em todas as operações do Sistema Financeiro da Habitação deverá ser adotada cláusula de correção monetária, de acordo com os índices de correção monetária fixados pelo Conselho Nacional de Economia, para correção do valor das obrigações reajustáveis do Tesouro Nacional, e cuja aplicação obedecerá a instruções do Banco Nacional da Habitação**” (art. 1º - negrito que não está no original). Ademais, ficou definido que o reajuste das prestações poderia ser feito com base no salário mínimo, no caso de operações que tivessem por objeto imóveis residenciais de valor unitário inferior a 75 salários mínimos e se destinassem a atender às **necessidades habitacionais de famílias de baixa renda**.

O **Plano de Equivalência Salarial**, por seu turno, surgiu com a Resolução nº 36, de 11.11.1969, do Conselho de Administração do BNH, tendo como característica principal o **reajuste das prestações na mesma razão entre o valor do maior salário mínimo vigente no País e o imediatamente anterior**. Através da mencionada Resolução foi instituído ainda o Coeficiente de Equiparação Salarial, “*para manter uma relação constante entre o salário mínimo e a Unidade Padrão de Capital (UPC), pois esta reajustava o saldo devedor trimestralmente, e aquele reajustava as prestações anualmente*”². Por fim, merece realce o Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS) que deveria absorver eventual saldo devedor, ao término do prazo contratual. Quanto a este Fundo, com o Decreto-Lei nº 2.349, de 29.07.1987, os contratos com mutuários do SFH apenas poderiam conter cláusula de cobertura de resíduo dos saldos devedores, pelo FCVS, quando o valor do financiamento não excedesse o limite fixado pelo Conselho Monetário Nacional. Conseqüentemente, nos contratos sem cláusula de cobertura do FCVS, os mutuários finais responderiam pelos resíduos dos saldos devedores existentes, até sua final liquidação, na forma pactuada.

Posteriormente, com a Lei nº 6.205, de 26.04.1975, ficou estabelecida a descaracterização do salário mínimo como fator de

² Rizzardo, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. 5ª ed.rev.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 125.

correção monetária, de modo que se tornou necessária a fixação de outro mecanismo de correção para os contratos habitacionais. Por meio da Resolução nº 01/77, o Conselho de Administração do BNH instituiu a **UPC – Unidade Padrão de Capital** como critério de reajuste das prestações, reajustamento que se daria anualmente. Assim, *“perdura a periodicidade anual dos reajustamentos, mas o fator determinante é a variação da UPC, aplicável às prestações mensais e à correção trimestral dos saldos devedores. Em geral os índices de correção eram inferiores aos do salário mínimo. Por isso, o tratamento dado ao mutuário mantinha-se não apenas de forma tolerável, mas benéfica”*³.

Em 17.06.1977, a Lei nº 6.423 determinou que *“a correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária somente poderá ter por base a **variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN)**”* (art. 1º - negrito que não está no original). Assim, também as prestações decorrentes de contratos firmados no âmbito do sistema financeiro da habitação apenas poderiam ser corrigidas pela ORTN.

Outras normas jurídicas atinentes à matéria ingressaram no sistema jurídico, regulando a relação contratual especificamente quanto a determinados períodos. Pelo Decreto nº 88.371, de 07.06.1983, ficou definido que *“no período compreendido entre 1º de julho e 31 de dezembro de 1983, o percentual de reajustamento das prestações mensais devidas pelos mutuários do Sistema Financeiro da Habitação, cujos contratos estabeleçam periodicidade anual de reajuste, não excederá o reajustamento percentual nominal dos limites superiores das respectivas faixas salariais, ocorrido no período de 12 (doze) meses anterior ao mês estabelecido para o reajustamento de suas prestações”,* bem como que *“fica assegurado aos mutuários que preferirem não se beneficiar do disposto nos artigos anteriores o direito de optar pela aplicação de reajustamento de 98% (noventa e oito por cento) em suas prestações vincendas a partir de 1º de julho de 1983, com a consequente obrigação de saldar, até 30 de junho de 1984, com carên-*

³ Rizzardo, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. 5ª ed.rev.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 126.

cia de até 6 (seis) meses, o resíduo existente entre o reajustamento aplicado e o devido contratualmente”. Por sua vez, no Decreto-Lei nº 2.045, de 13.07.1983, ficou estabelecido que “no período compreendido entre 1º de julho de 1983 e 30 de junho de 1985, o percentual de reajustamento das prestações mensais devidas pelos mutuários do Sistema Financeiro da Habitação não excederá a 80% (oitenta por cento) da variação nominal do Índice de Preços ao Consumidor – INPC, ocorrida nos períodos compreendidos entre o último reajustamento das prestações e o mês estabelecido para o novo reajustamento”. A aplicação desta regra, contudo, ficaria na dependência da manifestação de vontade do mutuário e, no caso dos contratos que estabelecessem periodicidade anual, da adoção da periodicidade semestral. Ademais, os saldos devedores eventualmente existentes e decorrentes da opção seriam resgatados pelos mutuários após o término dos prazos contratuais vigentes, mediante aditamento contratual.

Em continuação, tem-se que, pelo Decreto-Lei nº 2.065, de 26.10.1983, foi determinado: “Art 23. - As prestações de amortização e juros dos financiamentos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação serão reajustadas **na mesma proporção do maior salário mínimo ou na da variação da Unidade-Padrão de Capital (UPC) do Banco Nacional da Habitação**. § 1º - Nas hipóteses de reajustamento com base na variação do salário mínimo, a periodicidade do reajustamento será anual ou semestral, aplicando-se no seu cálculo os percentuais correspondentes à variação do maior salário mínimo ocorrida nos 12 (doze) ou 6 (seis) meses anteriores ao mês estipulado, contratualmente, para vigência da nova prestação. § 2º - Nas operações em que a base para cálculo do reajuste seja a UPC, a atualização dos valores contratuais será efetuada no primeiro dia de cada trimestre civil. § 3º - A aplicação do disposto no caput deste artigo dependerá de requerimento do mutuário, a ser feito até 30 (trinta) dias antes da data prevista para o reajustamento. § 4º - Os mutuários, cujos contratos prevejam reajustamento nos meses de julho a novembro de 1983, poderão exercer a opção de que trata este artigo até 31 de dezembro de 1983. § 5º - Excepcionalmente, no período de 1º de julho de 1983 a 30 de junho de 1985, as prestações dos mutuários que hajam exercido a opção referida no caput deste artigo serão reajustadas na

base de 80% (oitenta por cento) da variação do maior salário mínimo, observado o disposto no § 1º. § 6º - Quando for mantida a periodicidade anual do reajuste das prestações, a parcela do saldo devedor que, em decorrência da aplicação do disposto no § 5º, não houver sido amortizada, será resgatada pelo mutuário na forma que vier a ser regulada pelo Banco Nacional da Habitação. § 7º - Ficam dispensadas de registro, averbação e arquivamento, nos Cartórios de Registro de imóveis e de Títulos e Documentos, as alterações contratuais, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, decorrentes da aplicação do presente artigo. § 8º - O Banco Nacional da Habitação baixará as normas complementares e adotará as providências para o cumprimento do disposto neste artigo” (negrito que não está no original).

Através do Decreto-Lei nº 2.164, de 19.09.1984, foi instituído o **fator de reajuste pela categoria profissional:**

“Art. 9º. Os contratos para aquisição de moradia própria, através do SFH, estabelecerão que, a partir do ano de 1985, **o reajuste das prestações neles previsto corresponderá ao mesmo percentual e periodicidade do aumento de salário da categoria profissional a que pertencer o adquirente.**

§ 1º Não será considerada, para efeito de reajuste das prestações, a parcela do percentual do aumento salarial da categoria profissional que exceder, em 7 (sete) pontos percentuais, a variação da UPC em igual período.

§ 2º O reajuste da prestação ocorrerá no mês subsequente à data da vigência de aumento salarial decorrente de lei, acordo ou convenção coletivos de trabalho ou sentença normativa da categoria profissional do adquirente de moradia própria ou, nos casos de aposentados, de pensionistas e de servidores públicos ativos e inativos, no mês subsequente à data da correção nominal de seus proventos, pensões e vencimentos ou salários, respectivamente.

§ 3º Sempre que da lei, do acordo ou convenção coletivos de trabalho ou da sentença normativa não

resultar percentual único de aumento dos salários para uma mesma categoria profissional, caberá ao BNH estabelecer o critério de reajustamento das prestações aplicável ao caso, respeitados os limites superior e inferior dos respectivos reajustes.

§ 4º Os adquirentes de moradia própria que não pertencerem a categoria profissional específica, bem como os classificados como autônomos, profissionais liberais e comissionistas, com contratos firmados a partir de 1º de janeiro de 1985, terão suas prestações reajustadas na mesma proporção da variação do salário mínimo, respeitado o limite previsto no § 1º deste artigo.

§ 5º Os adquirentes de moradia própria aposentados, pensionistas ou servidores públicos inativos e ativos não sujeitos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) terão as suas prestações reajustadas com base nos critérios estabelecidos neste artigo, a partir de 1º de janeiro de 1985.

§ 6º A alteração da categoria profissional ou a mudança de local de trabalho acarretará a adaptação dos critérios de reajuste das prestações previstos no contrato à nova situação do adquirente, que será prévia e obrigatoriamente por este comunicada ao Agente Financeiro.

§ 7º Não comunicada ao agente financeiro a alteração da categoria profissional ou a mudança do seu local de trabalho, em até 30 (trinta) dias após o evento, o adquirente sujeitar-se-á à obrigação de repor a diferença resultante da variação não considerada em relação ao critério de reajuste que deveria ter sido efetivamente aplicado, corrigida monetariamente com base na variação da UPC e acrescida de juros de mora pactuados contratualmente". (Negrito que não está no original).

A equivalência salarial foi garantida também pelo Decreto nº 2.284, de 10.03.1986, que determinou: "**Em nenhuma hipótese a prestação do Sistema Financeiro da Habitação será superior**

à equivalência salarial da categoria profissional do mutuário’.

Posteriormente, por meio da Lei nº 8.004, de 14.03.1990, que deu nova redação ao art. 9º do Decreto-Lei nº 2.164/84, ficou definida, como forma de reajuste das prestações mensais dos contratos de financiamento, a variação do IPC – **Índice de Preços ao Consumidor**, sendo que o saldo devedor seguiria os índices de correção monetária. Outrossim, determinou-se a observância obrigatória, no curso do cumprimento do contrato, da **relação prestação/salário verificada quando da assinatura do contrato**, medida que garantiria a proporcionalidade entre a capacidade econômica do mutuário e os pagamentos decorrentes do contrato habitacional:

“Art. 22. O art. 9º do Decerto-Lei nº 2.164, de 19 de setembro de 1984, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 9º As prestações mensais dos contratos de financiamento firmados no âmbito do SFH, vinculados ao Plano de Equivalência por Categoria Profissional (PES/CP), serão reajustadas no mês seguinte ao em que ocorrer a data-base da categoria profissional do mutuário, utilizando-se a variação do Índice de Preços ao Consumidor (IPC) apurada nas respectivas datas-base.

§ 1º Nas datas-base, o reajuste das prestações contemplará também o percentual relativo ao ganho real do salário.

§ 2º As prestações relativas a contratos vinculados ao Plano de Equivalência Salarial Plena serão reajustadas no mês seguinte ao dos reajustes salariais, inclusive os de caráter automático, complementar e compensatórios, e as antecipações a qualquer título.

§ 3º Fica assegurado ao mutuário o direito de, a qualquer tempo, solicitar alteração da data-base, nos casos de mudança de categoria profissional, sendo que a nova situação prevalecerá a partir do reajuste anual seguinte.

§ 4º O reajuste da prestação em função da primeira data-base ou após a opção pelo PES/CP terá como limite o índice de reajuste aplicado ao saldo devedor relativo ao período decorrido desde a data do evento até o mês do reajuste a ser aplicado à prestação, deduzidas as antecipações já repassadas às prestações.

§ 5º A prestação mensal não excederá a relação prestação/salário verificada na data da assinatura do contrato, podendo ser solicitada a sua revisão a qualquer tempo.

§ 6º Não se aplica o disposto no § 5º às hipóteses de redução de renda por mudança de emprego ou por alteração na composição da renda familiar em decorrência da exclusão de um ou mais coadjuvantes, assegurado ao mutuário nesses casos o direito à renegociação da dívida junto ao agente financeiro, visando a restabelecer o comprometimento inicial da renda.

§ 7º Sempre que em virtude da aplicação do PES a prestação for reajustada em percentagem inferior ao da variação integral do IPC acrescida do índice relativo ao ganho real de salário, a diferença será incorporada em futuros reajustes de prestações até o limite de que trata o § 5º.

§ 8º Os mutuários cujos contratos, firmados até 28 de fevereiro de 1986, ainda não assegurem o direito de reajustamento das prestações pelo PES/CP, poderão optar por este plano no mês seguinte ao do reajuste contratual da prestação.

§ 9º No caso de opção (§ 8º), o mutuário não terá direito à cobertura pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS) de eventual saldo devedor residual ao final do contrato, o qual deverá ser renegociado com o Agente Financeiro”. (Negrito que não está no original).

A Lei nº 8.100, promulgada em 05.12.1990, estabeleceu:

“Art. 1º As prestações mensais pactuadas nos

contratos de financiamento firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP), serão reajustadas em função da data-base para a respectiva revisão salarial, mediante a aplicação do percentual que resultar:

I – da variação: até fevereiro de 1990, do Índice de Preços ao Consumidor (IPC) e, a partir de março de 1990, o valor nominal do Bônus do Tesouro Nacional (BTN);

II – do acréscimo de percentual relativo ao ganho real de salário.

§ 1º No caso de contratos enquadrados na modalidade plena PES/CP, far-se-á, a partir do mês de julho de 1990, o reajuste mensal das respectivas prestações, com base no percentual de **variação do valor nominal do BTN.**

§ 2º Do percentual de reajuste de que trata o *caput* deste artigo, será deduzido o percentual de reajuste a que se refere o parágrafo anterior.

§ 3º É facultado ao agente financeiro aplicar, em substituição aos percentuais previstos no *caput* e § 1º deste artigo, o índice de aumento salarial da categoria profissional que for antecipadamente conhecido.

Art. 2º Ao mutuário, cujo aumento salarial for inferior à variação dos percentuais referidos no *caput* e § 1º do artigo anterior, fica assegurado o reajuste das prestações mensais em percentual idêntico ao do respectivo aumento salarial, desde que efetuem a devida comprovação perante o agente financeiro”. (Negrito que não está no original).

Em seguida, foi editada a Lei nº 8.177, de 01.03.1991:

“Art. 18. Os saldos devedores e as prestações dos contratos celebrados até 24 de novembro de 1986 por entidades integrantes do Sistema

Financeiro da Habitação e do Saneamento (SFH e SFS), com cláusula de atualização monetária pela variação da UPC, da OTN, do Salário Mínimo ou do Salário de Referência, passam, a partir de fevereiro de 1991, a ser atualizados pela taxa aplicável à remuneração básica dos Depósitos de Poupança com data de aniversário no dia 1º, mantidas a periodicidade e as taxas de juros estabelecidas contratualmente.

§ 1º Os saldos devedores e as prestações dos contratos celebrados no período de 25 de novembro de 1986 a 31 de janeiro de 1991 pelas entidades mencionadas neste artigo, com recursos de depósitos de poupança, passam, a partir de fevereiro de 1991, a ser atualizados mensalmente pela taxa aplicável à remuneração básica dos Depósitos de Poupança com data de aniversário no dia da assinatura dos respectivos contratos.

§ 2º Os contratos celebrados a partir da vigência da medida provisória que deu origem a esta lei pelas entidades mencionadas neste artigo, com recursos de depósitos de poupança, terão cláusula de atualização pela remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança com data de aniversário no dia da assinatura dos respectivos contratos.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se igualmente às operações ativas e passivas dos fundos vinculados do SFH, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte.

§ 4º O disposto no § 1º deste artigo aplica-se às Letras Hipotecárias emitidas e aos depósitos efetuados a qualquer título, com recursos oriundos dos Depósitos de Poupança, pelas entidades mencionadas neste artigo, junto ao Banco Central do Brasil, e às obrigações do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS).

(...)

Art. 23. A partir de fevereiro de 1991, as prestações

mensais dos contratos de financiamento firmados no âmbito do SFH, vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP), serão reajustadas em função da data-base para a respectiva revisão salarial, mediante a aplicação:

I – do índice derivado da taxa de remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança livre no período, observado que:

a) nos contratos firmados até 24 de novembro de 1986, o índice a ser utilizado corresponderá àquele aplicável às contas de poupança com data de aniversário no dia 1º de cada mês;

b) nos contratos firmados a partir de 25 de novembro de 1986, o índice a ser utilizado corresponderá àquele aplicável às contas de depósitos de poupança com data de aniversário no dia da assinatura dos respectivos contratos;

II – do índice correspondente ao percentual relativo ao ganho real de salário.

§ 1º No caso de contratos enquadrados na modalidade plena do PES/CP, far-se-á, a partir do mês de fevereiro de 1991, o reajuste mensal das respectivas prestações, observado o disposto nas alíneas *a* e *b* do item I deste artigo.

§ 2º Do percentual de reajuste de que trata o *caput* deste artigo será deduzido o percentual de reajuste a que se refere o parágrafo anterior.

§ 3º É facultado ao agente financeiro aplicar, em substituição aos percentuais previstos no *caput* e § 1º deste artigo, o índice de aumento salarial da categoria profissional, quando conhecido.

Art. 24. Aos mutuários com contratos vinculados ao PES/CP, firmados a qualquer tempo, é assegurado que, na aplicação de qualquer reajuste, a participação da prestação mensal na renda atual não excederá a relação prestação/renda verificada na data da assinatura do contrato de financiamento ou da opção pelo PES, desde que efetuem a devida comprovação perante o agente

financeiro, podendo ser solicitada essa revisão a qualquer tempo.

§ 1º Respeitada a relação de que trata este artigo, o valor de cada prestação mensal deverá corresponder, no mínimo, ao valor da parcela mensal de juros, calculado à taxa convencionada no contrato.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo às hipóteses de redução de renda por mudança de emprego ou por alteração na composição da renda familiar em decorrência da exclusão de um ou mais co-adquirentes, assegurado ao mutuário, nesses casos, o direito à renegociação da dívida junto ao agente financeiro, visando a restabelecer o comprometimento inicial da renda.

§ 3º Sempre que, em virtude da aplicação do PES/CP, a prestação for reajustada em percentagem inferior àquela referida no art. 23 desta lei, a diferença será incorporada em futuros reajustes de prestações, até o limite de que trata o *caput* deste artigo”. (Negritos e grifos que não estão no original).

Merece igualmente transcrição a Lei nº 8.692, de 28 de julho de 1993, que criou o Plano de Comprometimento de Renda, como plano de reajustamento dos encargos mensais e dos saldos devedores dos contratos de financiamento habitacional:

“Art. 1º É criado o Plano de Comprometimento da Renda (PCR), como modalidade de reajustamento de contrato de financiamento habitacional, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação.

Art. 2º Os contratos de financiamento habitacional celebrados em conformidade com o Plano de Comprometimento da Renda estabelecerão percentual de no máximo trinta por cento da renda bruta do mutuário destinado ao pagamento dos encargos mensais.

Parágrafo único. Define-se como encargo mensal, para efeitos desta lei, o total pago, mensalmente, pelo beneficiário de financiamento habitacional e compreendendo a parcela de amortização e juros,

destinada ao resgate do financiamento concedido, acrescida de seguros estipulados em contrato.

Art. 3º O percentual máximo referido no *caput* do art. 2º corresponde à relação entre o valor do encargo mensal e a renda bruta do mutuário no mês imediatamente anterior.

Parágrafo único. Durante todo o curso do financiamento será admitido reajustar o valor do encargo mensal até o percentual máximo de comprometimento da renda estabelecido no contrato, independentemente do percentual verificado por ocasião da celebração do mesmo.

Art. 4º O reajustamento dos encargos mensais nos contratos regidos pelo Plano de Comprometimento da Renda terá por base o mesmo índice e a mesma periodicidade de atualização do saldo devedor dos contratos, mas a aplicação deste índice não poderá resultar em comprometimento de renda em percentual superior ao máximo estabelecido no contrato.

§ 1º Sempre que o valor do novo encargo resultar em comprometimento da renda do mutuário em percentual superior ao estabelecido em contrato, a instituição financiadora, a pedido do mutuário, procederá à revisão do seu valor, para adequar a relação encargo mensal/renda ao referido percentual máximo.

§ 2º As diferenças apuradas nas revisões dos encargos mensais serão atualizadas com base nos índices contratualmente definidos para reajuste do saldo devedor e compensados nos encargos mensais subseqüentes.

§ 3º Não se aplica o disposto no § 1º às situações em que o comprometimento da renda em percentual superior ao máximo estabelecido no contrato tenha-se verificado em razão da redução da renda ou por alteração na composição da renda familiar, inclusive em decorrência da exclusão de um ou mais coadquirentes.

§ 4º Nas situações de que trata o parágrafo anterior,

é assegurado ao mutuário o direito de renegociar as condições de amortização, buscando adequar novo comprometimento de renda ao percentual máximo estabelecido no contrato, mediante a dilação do prazo de liquidação do financiamento, observado o prazo máximo estabelecido em contrato e demais condições pactuadas.

§ 5º Nos casos em que for verificada a insuficiência de amortização aplica-se o estabelecido no art. 13 desta lei.

Art. 5º Durante todo o curso do contrato, a instituição credora manterá demonstrativo da evolução do saldo devedor do financiamento, discriminando o valor das quotas mensais de amortização, calculadas em valor suficiente para a extinção da dívida no prazo contratado, bem como as quotas mensais de amortização efetivamente pagas pelo mutuário.

Art. 6º Os contratos celebrados após a data de publicação desta lei, em conformidade com o Plano de Equivalência Salarial (PES), serão regidos pelo disposto nesta lei.

Art. 7º Não é permitido às instituições financiadoras aplicarem quaisquer dispositivos de reajuste de encargos mensais do Plano de Equivalência Salarial nos contratos regidos pelo Plano de Comprometimento da Renda, vedada a alteração de Plano no curso do financiamento, salvo por acordo entre as partes.

Art. 8º No Plano de Equivalência Salarial o encargo mensal, conforme definido do parágrafo único do art. 2º, desta lei, acrescido do Coeficiente de Equiparação Salarial (CES), será reajustado no mesmo percentual e na mesma periodicidade dos aumentos salariais da categoria profissional do mutuário, aplicável no mês subsequente ao de competência do aumento salarial.

§ 1º Ocorrendo reajustes salariais, diferenciados para uma mesma categoria profissional, para efeito do disposto no *caput* deste artigo, a instituição cre-

dora deverá utilizar o maior dos índices de reajustes informados.

§ 2º Na hipótese de a instituição credora não ser informada dos índices de reajustes salariais aplicados à categoria profissional do mutuário, utilizam-se reajustes em consonância com o mesmo índice e a mesma periodicidade de atualização do saldo devedor dos contratos.

§ 3º É vedada a aplicação de reajustes aos encargos mensais inferiores aos índices de correção aplicadas à categoria profissional do mutuário.

§ 4º O reajuste do encargo mensal de contratos de financiamentos firmados no Plano de Equivalência Salarial com mutuários pertencentes à categoria profissional sem data-base determinada ou que exerçam atividade sem vínculo empregatício será efetuado com base no maior índice definido pela Política Salarial para categorias com data-base no mês de maio, ou, quando inexistente, pelo mesmo índice adotado para a correção do saldo devedor.

Art. 9º É facultado ao mutuário recorrer da aplicação do disposto no artigo anterior, apresentando documentação comprobatória de variação de rendimentos, para a efetiva correção dos reajustes, devendo ser considerados como variação de rendimentos todos os aumentos que, a qualquer título, impliquem elevação da renda bruta do adquirente, decorrente do vínculo empregatício ou aposentadoria.

Art. 10. É autorizado o Poder Executivo a adotar política de subsídio temporário, pessoal e intransferível, destinado a famílias de baixa renda, cujo financiamento não ultrapasse o valor de 2.500 UPF (duas mil e quinhentas Unidades Padrão de Financiamento) para imóvel cuja avaliação não ultrapasse a 2.800 UPF (duas mil e oitocentas Unidades Padrão de Financiamento), desde que existam recursos orçamentários específicos.

Art. 11. O percentual máximo de comprometimen-

to de renda do mutuário nos contratos regidos pelo Plano de Equivalência Salarial, correspondente à relação entre o valor do encargo mensal e a renda bruta do mutuário verificada no mês imediatamente anterior, não poderá ser superior a trinta por cento.

§ 1º Não se aplica o disposto no *caput* deste artigo às situações em que o comprometimento de renda em percentual superior ao máximo estabelecido no contrato tenha-se verificado em razão da redução da renda ou por alteração na composição da renda familiar, inclusive em decorrência da exclusão de um ou mais coadquirentes.

§ 2º Nas situações de que trata o parágrafo anterior, é assegurado ao mutuário o direito de renegociar as condições de amortização, buscando adequar novo comprometimento de renda ao percentual máximo estabelecido em contrato, mediante a dilação do prazo de liquidação do financiamento, observado o prazo máximo estabelecido em contrato e demais condições pactuadas.

Art. 12. Em todo o curso do financiamento contratado sob o Plano de Equivalência Salarial, será admitido reajustar o valor do encargo mensal até o percentual máximo de comprometimento de renda estabelecido no contrato, independentemente do percentual verificado por ocasião de sua assinatura.

Art. 13. Nos contratos regidos por esta lei, a instituição credora manterá demonstrativo da evolução do saldo devedor do financiamento, discriminando o valor das quotas mensais de amortização, calculadas em valor suficiente à extinção da dívida em prazo originalmente contratado ou no novo prazo contratado, bem como as quotas mensais de amortização efetivamente pagas pelo mutuário.

§ 1º Eventuais diferenças entre o valor das quotas mensais de amortização referidas no *caput* deste artigo serão apuradas a cada doze meses,

admitindo-se prazo menor para a primeira apuração, procedendo-se, se necessário, ao recálculo dos encargos mensais, observados os seguintes critérios e procedimentos:

a) verificada a insuficiência de amortização, o encargo mensal será recalculado com base no saldo devedor atualizado, mantida a taxa de juros e demais acessórios contratualmente estabelecidos e dilatando-se o prazo, se necessário, para adequar o encargo mensal ao percentual máximo estipulado no contrato, observado o prazo máximo aplicado ao contrato;

b) se após o recálculo a quota de amortização se mantiver em nível inferior para a necessária extinção da dívida, a diferença entre o montante necessário para a extinção da mesma e o montante efetivamente pago pelo mutuário a partir do primeiro mês do último recálculo, atualizada pelos mesmos índices aplicados ao saldo devedor e acrescida de juros contratuais, será paga, escalonadamente, até o final do contrato, alternativamente:

- 1. por pagamento efetivado diretamente pelo mutuário;**
- 2. por seguro especialmente contratado pelo mutuário para este fim; ou**
- 3. por reservas constituídas pela contribuição voluntária de mutuários, administradas pela instituição financiadora, e relativas às respectivas operações de financiamento habitacional.**

§ 2º O prazo de doze meses referido no parágrafo anterior poderá, no curso do contrato, ser alterado por acordo entre as partes.

Art. 14. Não será imputada qualquer penalidade ao mutuário que paralisar o pagamento de encargos mensais desde que, tendo requerido à instituição financiadora a revisão dos encargos mensais, com a necessária juntada dos comprovantes das variações da renda, não tenha recebido resposta formal após

decorridos sessenta dias da data de protocolização do requerimento.

Art. 15. Os saldos devedores dos financiamentos de que trata esta lei serão atualizados monetariamente na mesma periodicidade e pelos mesmos índices utilizados para a atualização:

I - das contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), quando a operação for lastreada com recursos do referido Fundo; e

II - dos depósitos em caderneta de poupança correspondentes ao dia da assinatura do contrato, nos demais casos.

(...)

Art. 25. Nos financiamentos concedidos aos adquirentes da casa própria, celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, a taxa efetiva de juros será de, no máximo, doze por cento ao ano, observado o disposto no parágrafo único do art. 2º. 1º (Vetado).

2º Compete ao Banco Central do Brasil estabelecer a taxa de juros, até o limite estabelecido no *caput* deste artigo, em função da renda do mutuário, no caso dos financiamentos realizados com recursos oriundos de caderneta de poupança.

3º Compete ao Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço fixar a taxa de juros, até o limite estabelecido no *caput* deste artigo, em função da renda do mutuário, para operações realizadas com recursos deste fundo.

Art. 26. O Poder Executivo dará ampla divulgação das características de cada Plano e as diferenças existentes entre eles.

Art. 27. Não se aplicam os dispositivos desta lei aos contratos em vigor, assinados em data anterior à publicação desta lei, salvo por acordo entre as partes.

(...)

Art. 29. As operações regidas por esta lei não terão cobertura do Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS)”. (Negrito que não está no original).

Sintetizando as formas de reajuste aplicáveis ao sistema financeiro da habitação, Arnaldo Rizzardo destaca:

“Tendo em vista a legislação e as normas do Banco Central, preponderam as seguintes classes e critérios de reajustes:

a) A correção monetária, ou seja, corrigem-se as prestações pela aplicação dos índices de atualização da moeda. Paralelamente ao Plano de Equivalência Salarial, sempre existiu o que tomava em conta os índices oficiais da correção monetária, desde os tempos da ORTN, e, posteriormente, passando para a OTN, o BTN, a TR. Trata-se dos contratos vinculados à antiga UPC, que ficou abrangida na OTN em março de 1986. Depois, pelo art. 1º do Decreto 94.548, de 02.07.1987, tornou a existir, mas corrigida segundo os índices dos saldos dos depósitos de poupança livre. São os contratos chamados hipotecários, para diferenciá-los daqueles regidos especificamente pelo SFH.

b) O salário mínimo, que sempre atuou como fator de correção das prestações. Era o critério original. Obedecia-se, como elemento para aferir a capacidade de pagamento, o índice de sua variação. Substituído pela UPC para fins de reajuste, em 1977, veio a ser novamente admitido a partir de 1983 pelo Dec.-lei 2.065. Este decreto introduziu a equivalência salarial plena e a parcial. Era plena se o reajuste operava-se semestralmente; e parcial quando anual a utilização. Raros são os contratos que contemplam a sua previsão, já que as novas modalidades adotaram a categoria profissional. Mesmo para aqueles mutuários remanescentes que ainda mantêm a forma, o amparo está na Lei 8.692, que permite o seu uso quando não existe categoria profissional.

c) *A equivalência salarial, que pode ser plena ou parcial, regulada pelo Dec.-lei 2.065 e Resoluções do então BNH, e quanto aos contratos antigos, celebrados ou renegociados nos anos de 1983 e 1985. Considera-se plena a equivalência se houve adotado o reajuste semestral, enquanto será parcial se mantido o anual. Nesta faixa, encontram-se, ainda, aqueles contratos cujo cumprimento dava-se em vinte ou vinte e cinco anos.*

d) *A categoria profissional, que passou a incidir em todos os contratos iniciados a partir de 1984, e aqueles renegociados, com fulcro no Dec.-lei 2.164. Reajustam-se as prestações pelo salário da categoria profissional a que pertence o mutuário, ou pelo salário mínimo, quando autônomo ou não integra uma profissão. A legislação que incide autoriza aumentos até mensais, ou em períodos inferiores a seis meses. Opera-se o reajuste no mês seguinte ao da elevação do salário, conforme expressa o art. 9º da Lei 8.004, em sua redação original.*

e) *Há um tipo de contrato regulado pelo Dec.-lei 2.349, de 29.07.1987, no qual o mutuário compromete-se a pagar o saldo devedor até o final, e reajustadas as prestações, durante onze meses, segundo o parâmetro do salário mínimo, ou da categoria profissional. No mês considerado data-base para o aumento, ou no décimo segundo mês, além do índice do aumento normal do salário, acrescenta-se a diferença entre o índice do IPC e o índice capitalizado dos aumentos salariais.*

(...)

Essa modalidade, como transparece, desrespeita a equivalência salarial e nem obedece à oscilação do salário da categoria profissional.

(...)

f) *Aumento em obediência aos índices de poupança. Nesta modalidade, lembra-se que o saldo devedor é corrigido, mensalmente, de acordo com os índices das cadernetas de poupança, o que repre-*

senta o reajuste em face da correção monetária e mais o acréscimo de 0,5% ao mês, significando os rendimentos propriamente ditos.

(...)

g) Nos contratos firmados a partir de 29.07.1993, regidos pela Lei 8.692, de 28.07.1993, reajustados segundo 2 (dois) fatores, à escolha do mutuário, isto é, de acordo com o fator de comprometimento da renda (Plano de Comprometimento da Renda – PCR), ou de acordo com a equivalência salarial da categoria profissional (Plano de Equivalência Salarial – PES).

h) Aumentos através de reajustamentos diferentes daqueles do comprometimento da renda e da equivalência salarial, mas dentro da categoria profissional. Esta liberdade para variar de planos ou introduzir outros, que convierem às partes, consta na Medida Provisória 1.951, reeditada várias vezes, rezando seu art. 1º: ‘Será admitida, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), a celebração de contratos de financiamento com planos de reajustamento do encargo mensal diferentes daqueles previstos na Lei 8.692, de 28 de julho de 1993’.¹⁴

Desse aparato normativo se depreende que a evolução, as crises, os problemas e as soluções, que se verificaram no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, remetem sempre à sua finalidade social.

O sistema financeiro da habitação foi fundado no direito à moradia, agasalhado este pela Constituição Federal como direito social, necessidade premente do trabalhador. Trata-se de reconhecer a habitação como direito inerente à condição humana, habitação como refúgio e como permissivo da inserção do indivíduo no convívio social. Conseqüentemente, como princípio constitucional deve ser tratado o direito à moradia. Ao lado disso e consoante se apreende da evolução normativa da matéria, ao sistema finan-

⁴ Rizzardo, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 131/135.

ceiro da habitação se confere conotação nitidamente social (decorrente de sua finalidade), possuindo ele, ademais, como fontes principais de recursos, os depósitos das poupanças populares e das contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Outrossim, é inerente ao SFH o equilíbrio que deve permear a relação entre a renda do mutuário e as prestações do financiamento.

Observe-se que o sistema financeiro da habitação foi criado com vistas a estimular a construção de habitações de interesse social e a possibilitar a aquisição da casa própria pelas classes da população que percebiam menor renda e que, portanto, não tinham condições de recorrer à iniciativa privada. Assim, ao lado do empreendimento privado, calcado no lucro, estabeleceu, o Governo, uma política habitacional, de índole social, de apoio às classes hipossuficientes. Conseqüentemente, a interpretação das normas legais e contratuais respeitantes à matéria deve levar em conta essa feição peculiar, haja vista que a aplicação da lei e do contrato deve ser feita com sustentação nos objetivos que sua edição pretendeu alcançar:

“(…)

Na execução do contrato, critérios de reajuste das prestações que prejudiquem o mutuário, superando-se a equivalência preconizada na negociação, não podem subsistir, devendo prevalecer a correlação entre o valor da prestação e a capacidade contributiva do mutuário, como condição para que o contrato seja mantido, não podendo admitir-se o comprometimento da obrigação de pagar-se com reajustamentos que superam a capacidade do devedor, sob pena de se levar o mutuário a perder a casa própria e, assim, perder onde morar com a família, traindo-se, com isto, a finalidade precípua do financiamento.

No conjunto da legislação sobre o assunto, percebe-se a preocupação de se oferecerem condições para aquisição da casa própria e este princípio deve nortear a interpretação dos financiamentos, considerando os fins sociais que devem constituir a pre-

ocupação dos agentes do Governo, não se admitindo reajustamentos abusivos que, por suas drásticas progressões, levem o mutuário a perder o imóvel, afrontando-se o equilíbrio econômico-social que deve prevalecer nos casos como o dos autos.

(...). (Trecho do voto proferido pelo MM. Juiz Valdez Leite Machado, nos autos da Apelação Cível nº 342.110-7. Sexta Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. J. em 18.10.2001).

(...)

Constituía o SFH, assim como ainda se constitui, num instrumento creditício de natureza social, impossível de ser equiparado a quaisquer outros sistemas – e muito menos a uma dívida financeira qualquer –, dada a necessidade legal de conciliar o potencial aquisitivo do mutuário – de satisfazer ao empréstimo sem comprometer sua subsistência – e, por outro lado, a satisfação do mútuo conforme esse imperativo.

Não se cuida, nem jamais se cuidou, do abandono cego do mutuário às regras impessoais das dívidas financeiras, à sua equiparação com um prestamista qualquer.

Vale lembrar que foi esse sistema que propiciou a celebração de milhões de contratos e o impulso da construção civil, que de outra forma teriam sido impossíveis sem este instrumento creditício eminentemente social.

Esses são os primeiros princípios – respeito à capacidade aquisitiva do mutuário e satisfação do empréstimo conforme essa capacidade – que cumpre ter presentes ao analisarmos o Sistema Financeiro da Habitação”. (Ramos, André de Carvalho e Farena, Duciran Van Marsen. “SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. Mutuários beneficiados pela regra da equivalência salarial, mas que, desguarnecidos do Fundo de Compensação de Variações Salariais, vêem-se ameaçados de perder os seus imó-

veis com o término do prazo contratual, em virtude dos descompassos entre as prestações e a evolução do resíduo, atualizado por juros e índices financeiros. Responsabilidade da União, da Caixa Econômica Federal e das instituições financeiras”. *In Revista de Direito do Consumidor*. Nº 37. Jan./Mar. de 2001. Editora Revista dos Tribunais, pp. 243/270).

Também versando sobre a matéria, merece transcrição a seguinte ementa:

*“CONTRATO DE FINANCIAMENTO – SFH – PLANO DE COMPROMETIMENTO DE RENDA – TR – CLÁUSULA CONTRATUAL – NULIDADE – INPC. A incidência da correção monetária nos contratos de financiamento do preço relativo à compra de imóvel, vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação, tem como escopo apenas atualizar o débito, motivo por que a utilização da taxa referencial, embora prevista na avença que elegeu o Plano de Comprometimento de Renda, deve ser substituída por índice oficial, estabelecido especificamente para manter o valor da expressão monetária em curso no País. **Em se tratando de Sistema Financeiro de Habitação, nula é a cláusula do contrato de financiamento que estipula índice de reajuste capaz de inviabilizar a aquisição do imóvel, em se considerando a finalidade social inerente ao SFH, ao que se acresce a vulnerabilidade do mutuário que se limita a aceitar todas as exigências impostas pelo Banco, subordinando-se e aderindo às condições preestabelecidas, ausente o princípio da autonomia da vontade, na espécie. Cabe ao Judiciário participar ativamente da transformação que se afigura necessária no sistema financeiro e de habitação nacional, de modo a que sejam cassados privilégios injustificáveis existentes em favor das instituições bancárias, que, no exercício da atividade de financiamento de imóveis, acabam por impedir a aquisição de moradia, ig-***

norando, assim, o objetivo precípua das entidades que integram o SFH. O INPC reflete a variação de preço ao consumidor, servindo de referência à verificação da inflação adotada em caso de índices extintos ou de aplicabilidade inadmitida pelo Supremo Tribunal Federal, como é o caso da TR, tratando-se de índice aferido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, fundação pública vinculada à SEPLAN”. (TAMG – AC 303462-8 – 3ª C. Civ. – Relatora Juíza Jurema Brasil Marins – J. em 05.04.2000 – Negritos que não estão no original).

Exposto, em linhas gerais, o aparato normativo a ser considerado, *in casu*, passo ao exame, propriamente dito, da hipótese concreta.

O autor, ora embargado, formulou dois pedidos na sua peça vestibular: a) declaração de que as prestações deverão observar o percentual de renda do autor inicialmente comprometido; b) retirada, por leonina, da cláusula contratual do resíduo.

O contrato, firmado em 31 de janeiro de 1989, entre o mutuário e a Caixa Econômica Federal (fls. 10/16), previu, como plano de reajuste, o Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional, e, como sistema de amortização, a tabela *price* ou sistema francês. O valor da dívida foi indicado em Cz\$ 27.148,00 (4.400,0000 OTN). Prazo de amortização: 240 meses (mais 120 de prorrogação). Taxa de juros nominal: 10% (dez por cento). Renda pactuada: 268,52674 OTN. Encargo inicial: Cz\$ 356,77. Considerando a data de seu perfazimento, o contrato estruturou-se com base, fundamentalmente, no Decreto-Lei nº 2.164, de 19.09.1984. Interessam, nesta apreciação, as seguintes cláusulas estipuladas no contrato:

a) quanto ao saldo devedor:

“Cláusula Oitava – Atualização do Saldo Devedor – O Saldo Devedor do Financiamento, na fase de amortização, será atualizado mensalmente, no dia correspondente ao da assinatura do contra-

to, ou do crédito da última parcela, quando tratar-se de financiamento para construção, **mediante a aplicação de coeficiente de atualização monetária idêntico ao utilizado para o reajustamento dos depósitos de poupança** mantidos nas instituições integrantes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimos - SBPE.

Parágrafo Primeiro – O coeficiente de atualização, independentemente da data prevista para o reajustamento do saldo devedor, será o mesmo apurado para o reajustamento dos depósitos de poupança com aniversário no primeiro dia do mês.

Parágrafo Segundo – Na apuração do saldo devedor, para qualquer evento, será aplicada a atualização proporcional, com base no último coeficiente de atualização apurado para o reajustamento dos depósitos de poupança e no número de dias decorridos entre a data de assinatura do contrato, ou do crédito da última parcela, ou do último reajuste, se já ocorrido, e a data do evento.

Parágrafo Terceiro – Caso os depósitos de poupança deixem de ser atualizados mensalmente, o reajustamento de que trata o caput desta Cláusula operar-se-á mensalmente, mediante a aplicação dos índices mensais oficiais, indicadores da taxa de inflação, que servirem de base para a fixação do índice a ser aplicado na atualização monetária dos aludidos depósitos”.

b) quanto ao plano de reajuste:

*“Cláusula Nona – Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional PES/CP – **No PES/CP, a prestação e os acessórios serão reajustados no segundo mês subsequente à data da vigência do aumento salarial decorrente de lei, acordo ou convenção coletivos de trabalho ou sentença normativa da categoria profissional do devedor** ou, no caso de aposentado, de pensionista e de servidor público ativo ou inativo, no segundo mês sub-*

seqüente à data da correção nominal dos proventos, pensões e vencimentos ou salários das respectivas categorias.

Parágrafo Único – No caso de o devedor não pertencer a categoria profissional específica, bem como no de devedor classificado como autônomo ou profissional liberal sem vínculo empregatício, o reajustamento de que trata esta Cláusula ocorrerá no segundo mês subsequente à data de vigência da alteração do salário mínimo de referência.

Cláusula Décima – Primeiro Reajustamento – No PES/CP, o reajustamento da prestação e dos acessórios determinado pela primeira data-base do aumento da categoria profissional do devedor, que ocorrer posteriormente à assinatura deste contrato ou ao crédito da última parcela do financiamento, quando este destinar-se à construção, será realizado mediante aplicação do percentual do aumento salarial da categoria profissional do devedor.

Parágrafo Único – O reajuste definido no caput desta Cláusula terá como limite máximo a variação acumulada dos índices, que atualizaram o saldo devedor no período compreendido entre o mês da assinatura do contrato ou, quando tratar-se de construção, o mês do crédito da última parcela de financiamento, exclusive, e o mês de reajuste da prestação, inclusive, deduzidos os índices de reajuste automático de salário já aplicados e acrescido do coeficiente de ganho real de salários definido pelo Conselho Monetário Nacional – CMN, ou por quem este determinar.

Cláusula Décima Primeira – Reajustamentos Posteriores – Os reajustamentos posteriores ao previsto na Cláusula Décima serão realizados em meses que atendam ao previsto na Cláusula Nona, mediante aplicação do percentual de aumento do salário da categoria profissional a que pertencer o devedor.

Cláusula Décima Segunda – Critério de Reajusta-

mento – Sempre que da lei, do acordo ou convenção coletivos de trabalho, ou da sentença normativa não resultar percentual único de aumento dos salários para uma mesma categoria profissional, caberá ao Conselho Monetário Nacional – CMN, ou a quem este indicar, estabelecer o critério de reajustamento aplicável ao caso, respeitados os limites superior e inferior dos respectivos aumentos.

Parágrafo Primeiro – Na hipótese de o devedor não pertencer a categoria profissional específica, bem como na de devedor classificado como autônomo ou profissional liberal sem vínculo empregatício, os reajustes previstos neste contrato realizar-se-ão na mesma proporção da variação do salário mínimo de referência.

Parágrafo Segundo – Quando o devedor for aposentado, pensionista ou servidor público ativo ou inativo, os reajustamentos previstos neste contrato serão realizados na mesma proporção da correção nominal dos proventos, pensões e vencimentos ou salários da respectiva categoria”.

c) cláusula de resíduo:

“Cláusula Décima Oitava – Não cobertura pelo FCVS – Em se tratando de financiamento inicial de valor superior a 2.500 OTN, no PES/CP, em decorrência do que dispõe o Decreto-Lei nº 2.349, de 29 de julho de 1987, no presente contrato de financiamento não haverá contribuição ao Fundo de Compensação das Variações Salariais – FCVS, sendo da inteira responsabilidade do devedor o pagamento de eventual saldo devedor residual, ao término do prazo ajustado, conforme letra ‘c’ deste instrumento.

Parágrafo Primeiro – Na ocorrência de saldo residual, de que trata o caput desta Cláusula, esse resíduo deverá ser resgatado pelo devedor, através de prestações mensais e sucessivas, sendo a primeira recalculada a partir do referido saldo,

e em função do prazo de prorrogação constante da letra 'c' deste instrumento.

Parágrafo Segundo – Serão mantidas todas as condições aqui contratadas, tais como: taxa de juros, sistema de amortização, incidência do coeficiente de equiparação salarial – CES, permanecendo os critérios de reajuste dos encargos mensais, vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional – PES/CP, e dos saldos remanescentes ao índice mensal de atualização dos depósitos em caderneta de poupança livre.

Parágrafo Terceiro – Se, ao término do prazo de prorrogação especificado no parágrafo anterior, ainda remanescer saldo, o Devedor compromete-se a resgatá-lo, integralmente, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, estando esse saldo, até a sua efetiva liquidação, sujeito à atualização monetária e incidência de juros compensatórios, nas bases pactuadas neste Contrato, sendo o pagamento integral desse saldo residual condição sine qua non para que ocorra a liberação da hipoteca que grava o imóvel objeto deste financiamento.

Parágrafo Quarto – Ao financiamento enquadrado nas condições descritas no caput desta cláusula não se aplica o previsto na Cláusula Décima Sétima”.

Repousa às fls. 18/20, outrossim, termo de confissão e renegociação de dívida originária do contrato de financiamento, firmado em 16.04.1996. Através dele, o mutuário reconheceu a inadimplência em relação às parcelas 81 a 86, que correspondiam ao montante de R\$ 3.710,74. No referido termo, restou consignado que o valor do saldo devedor, à época, correspondia a R\$ 69.721,88, bem como que o encargo mensal total passaria a ser de R\$ 595,44, pagável por meio de 154 prestações mensais e sucessivas, que corresponderiam ao prazo remanescente do contrato original. Também no mencionado termo consta que o devedor assumiria inte-

gral responsabilidade pelo pagamento de saldo residual que viesse a ser apurado ao término do prazo contratual, ou na data da liquidação antecipada, ou, ainda, na data da transferência do contrato de financiamento. Estipulou-se, ademais, que seria procedida à evolução financeira do saldo devedor do contrato na forma originalmente ajustada, a fim de apurar a diferença com o saldo devedor apurado a partir do termo de renegociação, diferença que deveria ser paga à vista e integralmente pelo mutuário.

Realço, inicialmente, que, de fato, houve equívoco no voto/acórdão embargado, quanto à consideração de que o contrato firmado entre o mutuário e a CEF teria, por sistema de amortização, a cláusula gradiente. O engano decorreu do fato do processo em comento ter constado de lista de julgamento, como idêntico a outros processos que também versavam sobre Sistema Financeiro de Habitação, mas nos quais se pretendia, discrepantemente, a nulidade da cláusula gradiente de contrato de mútuo/compra e venda de imóvel.

O engano, contudo, sanável de logo, não induz ao provimento integral dos embargos infringentes, que deverão ser apreciados considerando-se os seguintes aspectos: a) a forma de exercitação, pela instituição financeira, do sistema de amortização denominado de tabela *price* ou sistema francês; b) a utilização de critérios distintos de correção das prestações e dos saldos devedores dos mutuários; c) o reflexo desses itens “a” e “b” na cláusula do resíduo, que o prestamista pretende ver retirada do contrato de mútuo firmado com a instituição financeira em 31 de janeiro de 1989 (cópia de fls. 10/16). Entendo que as questões indicadas nas letras “a” e “b” não se apresentam como tema novo, mas sim como proposições intrinsecamente relacionadas com a cláusula de resíduo (resíduo: diferença entre um valor predito e o valor efetivamente observado na experiência).

Quanto ao pedido de adequação das prestações mensais ao percentual de renda inicialmente comprometido, a declaração de fls. 09, embora leve a crer na desproporcionalidade entre a renda auferida pelo prestamista (R\$ 1.300,00) e a prestação mensal cobrada (R\$ 712,79), não é suficiente à demonstração do alegado descumprimento contratual pela instituição financeira, porquanto

não esclarece o conjunto da evolução salarial do mutuário. De fato, a insuficiência de prova, como dito no voto vencido, inviabiliza o acolhimento desse pedido. Além disso, a eventual redução do salário percebido pelo prestamista confere-lhe o direito de renegociar a dívida. Nesse ponto, destarte, merece reforma a decisão embargada, com a prevalência do voto vencido.

Por outro lado, no respeitante ao pedido de exclusão da cláusula de resíduo, entendo devam ser mantidos os termos do voto condutor, pelos seguintes fundamentos.

O economista e perito judicial Oziel Chaves, em artigo intitulado “Há anatocismo na Tabela Price?”, publicado na *internet – Jus Navigandi* (endereço: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=737>; arquivo capturado em 04.06.2002⁵), destacou que “*se o sistema price for corretamente aplicado, com a correção incidindo igualmente sobre o valor de cada prestação e do saldo devedor, não ocorrerá qualquer resíduo ao final*”. E ainda: “*pode acontecer que o saldo devedor seja crescente, em algum período do financiamento. Esse crescimento (que logo se revertirá) se deve ao fato de que, no período, a correção monetária do saldo devedor foi maior que a parcela de amortização. Mas o saldo final será sempre igual a zero*”. Em síntese, ter-se-ia que a utilização da tabela *price*, adotada em cláusula contratual, implicaria na inexistência de resíduo ao final do prazo ajustado.

Recentemente, decisões de Tribunais Regionais e do STJ têm identificado desvios significativos no cumprimento, pelas instituições financeiras, da regra *price*, fixada contratualmente, e vinculativa de ambas as partes contratantes. Assim, não obstante o sistema *price* imponha, numa acepção científica precisa, própria da matemática financeira, a utilização dos valores mensais, relativos às prestações, no pagamento de juros e na amortização do principal, a realidade dos fatos tem demonstrado que as prestações têm sido direcionadas apenas ao pagamento dos juros contratados, sem qualquer abatimento na dívida principal. Com isso, per-

⁵ Igualmente relevantes as informações colhidas em Silva. Antônio Pereira da. *Sistema Price no SFH. Breve nota sobre certos enigmas*. In Jus Navigandi, n. 56. Arquivo colhido na *internet*, no endereço <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2879>, capturado em 04.06.2002.

siste saldo devedor ao término do prazo contratual, ainda que todas as prestações pactuadas tenham sido adimplidas pontualmente.

Lançando os olhos às planilhas acostadas pela Caixa Econômica Federal, às fls. 37/43, depreende-se que, de fato, as prestações mensais pagas pelo mutuário não estão sendo suficientes para saldar sequer a parcela de juros. Por conseguinte, não se tem verificado, à exceção do ocorrido quando da primeira prestação mensal, qualquer tipo de amortização do débito principal, que, em verdade, apenas se expande.
Note-se:

a) em fevereiro de 1989 (padrão monetário: cruzado novo):

prestação paga (sem o seguro): 301,23

parcela de juros incluída na prestação: 276,82

valor de amortização: 24,44 ($301,23 - 276,82 = 24,41$)

saldo devedor inicial: 33.218,00

saldo devedor considerada a amortização: 33.193,56
($33.218,00 - 24,44 = 33.193,56$)

b) em março de 1989 (padrão monetário: cruzado novo):

prestação paga (sem o seguro): 301,23

parcela de juros incluída na prestação: 327,37

valor de amortização: 0,0

juros não pagos, a computar no saldo devedor: 26,14 ($301,23 - 327,37 = - 26,14$)

saldo devedor inicial: 39.285,90

saldo devedor com a inclusão dos juros não pagos: 39.312,01
($39.285,90 + 26,14 = 39.312,01$)

c) em abril de 1989 (padrão monetário: cruzado novo):

prestação paga (sem o seguro): 42,62 ($98,13 - 55,51$) + 258,64
(parcela do FGTS) = 301,26

parcela de juros incluída na prestação: 392,50

valor de amortização: 0,0

juros não pagos, a computar no saldo devedor: 91,24 (301,26 – 392,50 = - 91,24)

saldo devedor inicial: 47.101,67

saldo devedor com a inclusão dos juros não pagos: 47.192,91 (47.101,67 + 91,24 = 47,192,91)

d) em maio de 1989 (padrão monetário: cruzado novo):

prestação paga (sem o seguro e a mora): 42,62 (98,13 - 55,51) + 258,64 (parcela do FGTS) = 301,26

parcela de juros incluída na prestação: 436,39

valor de amortização: 0,0

juros não pagos, a computar no saldo devedor: 135,13 (301,26 – 436,39 = - 135,13)

saldo devedor inicial: 52.366,85

saldo devedor com a inclusão dos juros não pagos: 52.501,98 (52.366,85 + 135,13 = 52,501,98)

e) em junho de 1989 (padrão monetário: cruzado novo):

prestação paga (sem o seguro e a mora): 18,33 (82,61 - 64,26) + 330,44 (parcela do FGTS) = 348,77

parcela de juros incluída na prestação: 481,00

valor de amortização: 0,0

juros não pagos, a computar no saldo devedor: 132,23 (348,77 – 481,00 = - 132,23)

saldo devedor inicial: 57.720,70

saldo devedor com a inclusão dos juros não pagos: 57.852,93 (57.720,70 + 132,23 = 57.852,93)

f) em julho de 1989 (padrão monetário: cruzado novo):

prestação paga (sem o seguro e a mora): 18,40 (82,87 - 64,47) + 331,54 (parcela do FGTS) = 349,94

parcela de juros incluída na prestação: 601,80

valor de amortização: 0,0

juros não pagos, a computar no saldo devedor: 251,86 (349,94 – 601,80 = - 251,86)

saldo devedor inicial: 72.217,78

saldo devedor com a inclusão dos juros não pagos: 72.469,64 (72.217,78 + 251,86 = 72.469,64)

(...)

Ainda analisando as planilhas:

Total de juros não pagos no ano de 1989 (porque a prestação mensal não cobriu a parcela total de juros, não havendo também em consequência amortização do principal): 3.140,65 (padrão monetário: cruzado novo). No ano de 1989, o saldo devedor passou de 33.218,00 para 324.200,74 (crescimento de 290.982,74).

Total de juros não pagos no ano de 1990 (porque a prestação mensal não cobriu a parcela total de juros, não havendo também em consequência amortização do principal): 70.340,64 (padrão monetário: cruzeiro). No ano de 1990, o saldo devedor passou de 497.810,24 para 4.628.226,44 (crescimento de 4.130.416,20).

Total de juros não pagos no ano de 1991 (porque a prestação mensal não cobriu a parcela total de juros, não havendo também em consequência amortização do principal): 511.197,28 (padrão monetário: cruzeiro). No ano de 1991, o saldo devedor passou de 5.407.966,55 para 30.950.101,93 (crescimento de 25.542.135,38).

Total de juros não pagos no ano de 1992 (porque a prestação mensal não cobriu a parcela total de juros, não havendo também em consequência amortização do principal): 9.419.838,87 (padrão monetário: cruzeiro). No ano de 1992, o saldo devedor passou de 38.836.186,36 para 412.805.998,39 (crescimento de 373.969.812,03).

(...)

No período de janeiro de 1995 a dezembro de 1997 (padrão monetário: real): Total de juros não pagos: 3.775,21. Crescimento

do saldo devedor: 34.844,96. Valor total da amortização do débito principal: 0,0

Valor total da amortização do débito principal verificada entre fevereiro de 1989 e maio de 1997: 24,44 cruzados novos.

Essa realidade não pode ser desconsiderada na apreciação do caso concreto, sobretudo porque fundada em dados fornecidos pela própria instituição financeira, bem como na medida em que retrata a impossibilidade de cumprimento do ajustado no contrato, independentemente do adimplemento de todas as prestações mensais pelo mutuário. Demonstra, ainda, que, na prorrogação do ajustamento, o mutuário terá 120 meses (metade do prazo normal) para quitar, em prestações mensais e sob as mesmas condições, o valor integral do imóvel, que acreditava estar adquirindo. Ora, se o mutuário não se desobrigou da dívida em 240 meses, é certo que não obterá a quitação pretendida em 120 meses. Assim, ao final da dilação, será chamado para solver a dívida persistente em 48 horas, sob pena de perder o bem objeto do ajuste. Disso se conclui que o contrato é irrealizável desde a origem.

Tem-se verificado, outrossim, os efeitos resultantes da previsão de distintas formas de correção das prestações e do saldo devedor, de modo que, enquanto a evolução das prestações, como as do caso concreto, é contida pela regra da equivalência salarial, o saldo devedor alcança patamares acerbos por ser guiado pelos índices de reajustamento das cadernetas de poupança. Ora, é público e notório que há grande diferença em relação aos percentuais de reajuste dos saldos devedores de empréstimos e os reajustes de remuneração dos mutuários empregados. Cotejando-se, *exempli gratia*, qualquer índice financeiro com os reajustes salariais (quando ocorrentes) nos últimos anos, ver-se-á gritante disparidade. Até mesmo o modesto índice da caderneta de poupança torna-se elevado quando cotejado com os reajustes salariais.

Nas situações destacadas, objeto de comento nos Tribunais, tem-se constatado que as dívidas dos mutuários tendem à infinitude, situação, por si somente, causadora de inquietação, proveni-

ente esta da idéia do desalojamento de inúmeras famílias consumidas pela impossibilidade de pagamento de saldo devedor em montante igual ou superior ao do imóvel que ocupam, e que acreditavam estar sendo quitado a cada prestação. Analisando a matéria, o MM. Juiz Márcio Antônio Rocha, titular da Vara Federal Especializada em Sistema Financeiro da Habitação, de Curitiba/Paraná, realçou:

*“Se o pretense mútuo é contratado por um longo tempo de vida do devedor, não há como se conceber agir de boa-fé o credor que, ao longo de uma existência humana, não garantiu, não preservou o esforço, o trabalho, o suor, a renúncia da pessoa, que, de boa-fé, se entregou cegamente a cumprir prestações que o credor calculou sem interferência do devedor, visando atender a uma obrigação cujo fim, verifica-se no meio do caminho, ultrapassa a sua passagem na terra. No caso dos contratos habitacionais nem o fim celestial imporia a solução, pois, antes disso, a propriedade seria aniquilada pela execução extrajudicial. Pois, como se sabe, a obrigação levanta-se intransponível na idade avançada e quando a força de trabalho começa a encontrar seus limites naturais, quando então será inexoravelmente cumprida, mercê da adjudicação do bem da vida, após 48 horas do fim do prazo da prorrogação contratual”.*⁶

No tocante à primeira situação destacada – utilização incorreta da regra *price* –, merece transcrição o entendimento firmado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, do qual é representativa a ementa que segue transcrita:

**“APELAÇÃO CÍVEL Nº 2001.70.00.004957-3/PR
RELATOR: DES. FEDERAL JOEL ILAN PACIOR-
NIK
APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL –
CEF
ADVOGADO: MANOEL DINIZ PAZ NETO E OU-**

⁶ Trecho extraído da fl. 04, do Informativo de 10/06/2002, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. “Financiamento Habitacional e Sistema Financeiro da Habitação: Resíduo do Saldo Devedor e Assuntos Correlatos”. Gabinete da Desembargadora Federal Diretora da Revista Drª. Margarida Cantarelli. Recife. Pernambuco.

TROS

APELANTE: MAURA FERREIRA

ADVOGADO: RENATO GALVÃO CARRILLO E OUTRO

APELADOS: (OS MESMOS)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE AMORTIZAÇÕES E AMORTIZAÇÕES NEGATIVAS. DIRECIONAMENTO DAS PRESTAÇÕES APENAS AOS JUROS. ILEGALIDADE. CUMPRIMENTO DO SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO. TABELA PRICE.

Estando previsto no contrato de mútuo habitacional um sistema de amortização, que define previamente as proporções de amortização do capital mutuado em cada prestação, para o correto andamento do contrato, dita estipulação deve ser cumprida nos termos do artigo 993 do Código Civil.

A eliminação das proporções de amortização previstas para cada parcela do financiamento regido pela fórmula price, com o progressivo direcionamento da prestação apenas aos juros, além de gerar um futuro incerto ao contrato (no caso, a dívida tornou-se infinita), ofende a regra contratual e os ditames das Leis 4.380/64 e 8.692/93.

É da natureza do contrato de mútuo o direito do mutuário amortizar o principal, evitando a dívida eterna, especialmente quando o mútuo é habitacional, integrante, portanto, de um programa social de moradia, e cujos recursos não são próprios das instituições financeiras, mas sim da poupança popular.

A incorporação de juros não atendidos pelo valor da prestação ao saldo devedor, com a incidência de novos juros, ofende o entendimento da Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal.

Recursos improvidos”. (Quarta Turma do TRF/4ª Região, j. em 04.04.2002, publ. no DJ de 02.05.2002. Negritos e grifos que não estão no original).

Seguem trechos do voto proferido nos autos da apelação cível, acolhido à unanimidade pela Turma Julgadora:

“Para melhor desenvolvimento, arrolo os argumentos elaborados pela Caixa Econômica Federal. Em síntese, e com alguns argumentos periféricos, reclama que: 1. sentença realizou modificação na Tabela Price; não observou o prazo de vencimento dos juros; fraudou a taxa de juros contratada; usou incorretamente o critério da proporcionalidade com violação ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional; alega, ainda, que a sentença utilizou ‘falácias’ ao fundamentar as suas conclusões; alega que a sentença apresenta o vício jurídico de basear-se no artigo 6º, alínea ‘c’, da Lei 4.380/64, que se encontra revogado, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal; ofensa à Resolução do BNH 81/69: aplicação retroativa da Lei 8.692/93; violação do artigo 993 do Código Civil.

Partindo para o exame de tais questões levantadas pela ré/apelante, verifico que a sentença reconheceu apenas dois pedidos como procedentes, garantindo-os à autora: I – com base no entendimento da Súmula 121 do STF, reconheceu não ser possível a incidência de novos juros sobre parcelas de juros não contempladas pelas prestações mensais; II – que o mutuário, ao efetuar o pagamento da prestação calculada segundo o contrato, tem o direito de receber a quitação de percentual de amortização do principal, não podendo o valor da prestação ser direcionado apenas aos juros.

A decisão assim tomada partiu de acurado exame pericial, desencadeado por extensos quesitos judiciais elaborados pelo Juiz Federal Titular da Vara Federal Especializada em Sistema Financeiro Habitacional, Dr. Márcio Antônio Rocha, exame perici-

al esse reproduzido na sentença e que aqui transcrevo para ilustração, pois revela com nitidez a situação do contrato:

Investigada a situação contratual ao momento do ajuizamento da ação, o Perito Judicial, Sr. **PASCUAL ARIEL ARRECHEA**, revela que, dentro de uma projeção hipotética razoável, segundo a prática contratual atual, o financiamento que está na prestação **148**, ao chegar na última prestação (nº 252), **mesmo com inflação zero**, terá um saldo devedor de R\$140.431,69 (quesito judicial III, fls. 155).

E seguindo o atual valor da prestação, no caso de ser efetuada a prorrogação contratual renunciada pelo contrato (mais **108** prestações, cf. cláusula 40, fls. 114), totalizando assim **360** prestações pagas, não haverá a quitação da dívida.

Sendo o saldo devedor de R\$ 253.087,97 (quesito judicial VII, fls. 208), a projeção pericial comprova que na prestação **400** (fls. 210), a ser paga em 12 de abril de 2022, existirá ainda um saldo devedor de R\$ 323.950,76 (trezentos e vinte e três mil novecentos e cinquenta reais e setenta e seis centavos). Dito valor deverá então, segundo a cláusula 18, § 3º, (fls. 118), ser quitado, sob pena de adjudicação, em 48 horas, pela mutuária, viúva aposentada. Por amor à Justiça, e à apreciação criteriosa, constato que a mutuária estaria a quatro meses de seu aniversário de 80 anos.

Sobre o atual estágio contratual, conclui o Sr. Perito **PASCUAL ARIEL ARRECHEA**, assustadoramente, que as atuais práticas contratuais para pagamento parcelado soam ilusórias, pois a dívida tornou-se **infinita** (destaquei, cf. quesito judicial VI, fls. 157). Informa ainda o Sr. Perito **PASCUAL ARIEL ARRECHEA** que, surpreendentemente, já a 1ª (primeira) prestação do financiamento revelava o erro do destino traçado no contrato, pois a 1ª prestação não correspondia ao valor da 1ª prestação segundo o cálculo da fórmula Price empregada para o saldo

devedor vigente na 1ª imputação de pagamento (quesito judicial V, fls. 156).

PASCUAL ARIEL ARRECHEA informa ainda outra gravidade extrema. Do total de **148** prestações pagas até o ajuizamento, **147** não correspondiam ao valor da prestação Price para o montante do saldo devedor, este criado pela forma de cumprimento contratual ora em análise judicial.

E, para desespero final, **ARRECHEA** informa que, pela prática contratual **sub judice**, das **148** prestações, **147** não tiveram **nenhum** percentual de amortização de amortização (quesito judicial XXIX, fls. 172). Em outras palavras, em doze anos e quatro meses de pagamentos mensais, nada foi reduzido da dívida inicial, e esse estado de coisas prosseguirá sem cumprimento da fórmula Price e com amortizações negativas (quesito judicial XXXI, e XXXII, fls. 174 e 175).

Ou seja, embora mais de doze anos de pagamentos mensais, a Instituição Financeira concedeu apenas em 01 (uma) prestação, das 148 pagas, algum valor direcionado à amortização, tornando a dívida infinita mesmo com o estado de adimplência da autora. Conforme corretamente aponta o Juiz Federal, tais problemas, com maior gravidade ou menor, ocorrem em milhares de contratos do sistema financeiro da habitação.

De logo passo a verificar se dentro da legislação do Sistema Financeiro da Habitação é possível a eliminação, nas prestações, do direito de amortizar a dívida, que é a primeira questão referida, haja vista que não restam dúvidas que a segunda questão, da ilicitude, e mesmo imoralidade, de a dívida tornar-se infinita, não obtém no meio jurídico esforços honestos a mantê-la.

E, no particular, a Lei de Regência do Sistema Financeiro da Habitação é realmente clara a respeito, garantindo de modo expresso que a prestação mensal deve ter percentual direcionado à amortização,

vedando, portanto, a conduta praticada pela Instituição Financeira em utilizar o valor pago pelo mutuário apenas para o pagamento de juros. Transcrevo o artigo 6º, alínea 'c' da Lei 4.380/64:

'Art. 6º O disposto no artigo anterior somente se aplicará aos contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão, ou empréstimo que satisfaçam às seguintes condições: (...)

c) ao menos parte do financiamento ou do preço a ser pago seja amortizado em prestações mensais, sucessivas, de igual valor, antes do reajustamento, que incluam amortizações e juros'.

A Caixa Econômica Federal alega que dita disposição se encontra revogada. Interessante sobre isso que a sua inicial trabalha com a aplicação desta Lei. Outrossim, a decisão a que se refere do Supremo Tribunal Federal faz menção à revogação do artigo 5º, e não do artigo 6º da referida Lei, e, ainda assim, apenas na parte que se refere a critério de reajustamento, leia-se correção monetária. De modo que o DL 19/66, por apenas tratar de correção monetária, nada revoga, pois nada inova, nas demais matérias trabalhadas pelos artigos 5º e 6º, da Lei 4.380/64, como é o caso da necessidade da prestação ser formada de amortização e juros, a limitação dos juros a 10%, e os limites máximos ali estabelecidos para abertura de créditos dentro do sistema.

Muito pelo contrário, a Lei 4.380/64 tem sido reiteradamente aplicada pelos Tribunais, e por esta Turma, sendo que tais disposições não podem ser violentadas com base em Resoluções, instrumento normativo inferior, e que não encontram, portanto, nos DLs 19/66 e 2.164/84, fundamento para revogar lei expressa, como é o caso da pretensão da Caixa Econômica, em relação às RC 36/96, 1214/87, 1361/87, 1446/88 e 1980/93.

Outrossim, conforme inclusive assinalado pelo MM. Juiz Federal sentenciante, ainda que não houvesse

dita disposição legal, é da própria natureza do contrato de mútuo que o mutuário tenha o direito de efetuar também o pagamento do principal, evitando que o contrato se torne infinito. Dito princípio merece relevância ainda maior quando se trata de mútuo contraído dentro de um programa com conotações sociais, e que trabalha com recursos que não são oriundos das próprias instituições financeiras, mas sim, da poupança popular.

No mesmo sentido a Lei 8.692/93, definindo como 'encargo mensal' como 'o total pago, mensalmente pelo beneficiário do financiamento habitacional e compreendendo a parcela de amortização e juros, destinada ao resgate do financiamento concedido'. E as referências à Lei 8692/93, juntamente com a Lei 4.380/64, não querem impor, aqui e na sentença, a retroatividade da Lei 8.692, mas sim esclarecer a impossibilidade legal de se subtrair, nos financiamentos contraídos no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, a possibilidade e capacidade de amortização do saldo devedor através das prestações pagas pelos mutuários.

(...)

Certo, portanto, que as prestações habitacionais devem ter parcela direcionada à amortização, resta, tão-somente, saber qual a carga amortizadora que integrará em cada prestação.

Quanto a esse aspecto, a perícia bem revelou que a priorização do pagamento dos juros faz com que a dívida se eleve, desequilibrando a avença, e, no caso concreto, chegando ao cúmulo de tornar a dívida infinita, ainda que o mutuário efetue o pagamento das prestações contratuais em dia. Aliás, a mutuária está integralmente adimplente em suas prestações e, ainda assim, sua dívida é infinita.

Desse modo, a decisão sobre o destino das prestações pagas não pode ser aleatória, mas sim seguir os comandos e regras da matemática. E, nesse aspecto, o contrato é claro em eleger um sistema

de amortização para regramento do desenvolvimento do financiamento. Trata-se de acordo contratual e vale como estipulação entre as partes, nos exatos termos do artigo 993 do Código Civil, **afastando** (destaquei) a regra geral da imputação de pagamento segundo a qual deve ser feita nos juros e depois no principal. A eleição contratual de um sistema de amortização é a fórmula matemática que revela em quantas prestações determinada quantia pode ser paga, de modo a fazer incidir a parte final do artigo 993, aos fins de se reconhecer nessa previsão de parcelas de amortização uma estipulação das partes.

Dita regra vale especialmente no caso da chamada Tabela Price, onde se sabe que a respectiva fórmula é aplicada apenas uma vez, e através dessa única aplicação se obtém uma prestação que terá um igual para toda série continuada de pagamento. Ou seja, ao contrário dos demais sistemas de amortização, para os cálculos das prestações intermediárias não se aplica novamente a fórmula Price, pois cientificamente as prestações conterão percentuais e valores correspondentes à amortização e aos juros de cada período contratual.

No aspecto, a sentença lembra com propriedade que a perícia apontou que sequer a primeira parcela calculada pela Instituição Financeira correspondeu ao resultado da fórmula Price para a primeira imputação de pagamento, demonstrando, com isso, que o financiamento foi conduzido pelo credor sem qualquer apego ao sistema de amortização, gerando assim os absurdos da situação contratual atual (quesito judicial V, fls. 156). Ao contrário, o absurdo a que se chega é que no caso em apreço, conforme observado, apenas uma prestação paga teve algum valor direcionado à amortização, embora, segundo a fórmula Price prevista contratualmente, todas as prestações deveriam ter um percentual de amortização.

Não permitindo a legislação do Sistema Financeiro da Habitação que as prestações pagas pelos mutuários tenham eliminada a capacidade de amortização proporcional da dívida e configurando-se o sistema de amortização contratado em estipulação contratual nos termos do artigo 993 do Código Civil, correta a sentença quando determinado que sejam apurados pela perícia os percentuais de amortização programados pela Fórmula Price para cada parcela, e determinado que efetuado o pagamento das prestações, após o pagamento dos seguros e FCVS, sejam tais percentuais de amortização atendidos pelo valor da prestação, bem como, quando determinado que os pagamentos futuros sigam essa mesma matemática. Trata-se, assim, de fiel cumprimento da vontade das partes, nos termos da Lei. (...).

Também é irrelevante, não servindo para justificar a eliminação do direito de amortizar do mutuário, o argumento deduzido pela Instituição Financeira de que as defasagens das prestações são oriundas do PES. A sentença é rica em demonstrar que vários fatores contribuíram para o desequilíbrio do contrato, sendo todos os fatores previsíveis pela Instituição Financeira (a onerosidade do sistema Price, a impactação acentuada da inflação no valor das prestações, a política salarial de reposição inflacionária, a aplicação do PES), podendo-se destacar, entre eles, o comparativo pericial no sentido de que para um mesmo financiamento de 180 meses, e com inflação de 0,6%, a última prestação que inicialmente correspondia a R\$ 556,02, corresponderia a R\$ 1.622,28 no Sistema Price; enquanto no sistema SAC, v.g., a prestação inicial seria de R\$ 719,57 e a última de R\$ 822,47. Ou seja, um sistema demanda aumento de 220,25% enquanto que o outro demanda, com a mesma inflação, um aumento de 22,21%. Aí, de modo claro, um fator conhecido da Instituição Financeira, e cujo desequilíbrio que pro-

porcionária, por ser conhecido, não pode justificar a eliminação do percentual de amortização a que faz jus o mutuário.

Por fim, a determinação de acumulação dos juros não atendidos pelo valor da prestação, em conta em separado, sujeita à correção monetária contratual, e não sujeita a novos juros, atende ao entendimento da Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal:

‘É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada’. (Negritos do original. Grifos que não estão no original).

Compreende-se, dos excertos, que, considerada a natureza jurídica do contrato de mútuo, o mutuário possui o direito subjetivo de ver extinta a sua dívida, uma vez adimplidas as prestações periódicas e contínuas ajustadas. O próprio sistema *price* caracteriza-se como mecanismo de cálculo que permite ao calculante estabelecer o número de prestações, nas quais poder-se-ia dividir o débito, para que seja alcançado, ao final do parcelamento ajustado, o integral pagamento da dívida, com a conseqüente desobrigação do mutuário. A lógica da regra, assim, envolve amortizações constantes pelo pagamento das prestações mensais, que se dirigem a saldar os juros e a dívida principal, com liquidação do empréstimo ao fim de um período pré-definido.

De outro ângulo, observa-se ainda que a observância rigorosa da regra *price* é dificultada pela disparidade entre os critérios de correção das prestações e do saldo devedor. Acerca da matéria, recentemente, foi noticiada na imprensa a decisão proferida pela Terceira Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que determinou a aplicação de um único índice de correção, tanto para as prestações mensais, como para o saldo devedor. Definiu, o STJ, nos autos do RESP 335171/SC – acórdão ainda não publicado –, cujo Relator foi o Ministro Carlos Alberto Direito, que tanto o saldo devedor, como as prestações mensais, deverão ser reajustadas de acordo com o aumento salarial do mutuário. A unificação dos indexadores permite uma evolução do débito de forma mais consentânea com a situação fática vivenciada pelos mutuários, fazendo desaparecer ou amenizar a figura do resíduo. Além disso,

apresenta maior adequação com as finalidades pretendidas pelo SFH.

Antes mesmo dessa decisão, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça já havia decidido:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. VINCULAÇÃO AOS VENCIMENTOS DA CATEGORIA PROFISSIONAL DO MUTUÁRIO.

(...)

4. Há de ser considerada sem eficácia e efetividade cláusula contratual que implica em reajustar o saldo devedor e as prestações mensais assumidas pelo mutuário pelos índices aplicados às cadernetas de poupança, adotando-se, conseqüentemente, a imperatividade e obrigatoriedade do Plano de Equivalência Salarial, vinculando-se aos vencimentos da categoria profissional do mutuário.

5. Recurso improvido”. (RESP 157841/SP, Primeira Turma, Rel. Ministro José Delgado, j. em 12.03.1998, publ. em DJ 27.04.1998 – Negritos e grifos que não estão no original).

Transcrevo, pela clareza, trechos do voto do Ministro Relator:

“(...)

Quanto ao mérito da demanda, os contratos regulados pelo Sistema Financeiro da Habitação devem ser regidos por princípios específicos que sublimem a finalidade social.

(...)

a) o de que o princípio da transparência, segundo o qual a informação clara e correta e a lealdade sobre as cláusulas contratuais ajustadas devem imperar na formação do referido negócio jurídico;

b) o de que as regras impostas pelo Sistema Financeiro da Habitação para a formação dos con-

tratos, além de serem obrigatórias, devem ser interpretadas com o objetivo expresso de atendimento às necessidades do mutuário, garantindo-lhe o seu direito de habitação, sem afetar a sua dignidade, saúde e segurança jurídica;

c) o de que a Política Nacional de Habitação se desenvolve por meio de atividades vinculadas à lei, com objetivo de proteger os interesses econômicos e financeiros dos mutuários, proporcionando-lhes melhoria em sua qualidade de vida, bem como impondo uma harmonia na relação negocial desenvolvida com base nos princípios gerais e específicos que lhe cercam;

d) o de que a vulnerabilidade do mutuário na transação imobiliária, não só decorrente de sua fragilidade financeira, mas, também, pela ânsia e necessidade de adquirir a casa própria, há de ser considerada na execução da Política Habitacional, não só pelo legislador a elaborar a norma, mas, também, pelo Executivo ao regulamentá-la e fiscalizar o seu cumprimento e ao Judiciário quando for chamado a aplicá-la;

e) o de que a proteção efetiva do mutuário, como parte economicamente mais fraca, se constitui em uma obrigação do Estado, inserindo-se nessa função a atuação do Poder Judiciário;

f) o de que não devem prevalecer nos contratos firmados sob o regime do Sistema Financeiro da Habitação as cláusulas que se apresentem incompatíveis com a boa-fé, esta conceituada como sendo a ação produzida com pureza de intenção, sem qualquer manifestação dolosa, com obediência aos padrões normais de conduta legal e sem vontade de produzir qualquer dano a alguém;

g) o de que são nulas, também, as cláusulas contratuais que se apresentem incompatíveis com a equidade, entendendo-se esta como sendo a lei aplicada de modo que produza a integridade

dos efeitos nela contidos e que reflitam uma justiça seguida com base na igualdade, mesmo que seja necessário contrariar a expressão gramatical da lei;

h) o de que é de significativa importância a aplicação do princípio da equidade nas relações contratuais do Sistema Financeiro da Habitação, por permitir que o julgador, ao apreciar cada caso concreto, não observe o critério da legalidade estrita, pelo que lhe é permitido adotar solução que, ao seu juízo e em decorrência das circunstâncias, lhe pareça mais conveniente e oportuna para fazer justiça;

i) o de que as normas do Sistema Financeiro da Habitação possuem uma forte carga de ordem pública e se apresentam, em regra, cogentes, imperativas e de aplicação imediata, quando favorecem os mutuários;

j) o de que na interpretação do contrato deve ser imposta uma postura que imponha modificação cogente, obrigatória, de qualquer cláusula contratual que estabeleça prestações desproporcionais, fazendo prevalecer o princípio da proporcionalidade das obrigações no negócio firmado”.

No Recurso Especial nº 194.932/BA também ficou dito:

“DIREITO CIVIL – CONTRATO DE MÚTUO – SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL – REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES MENSAIS E DO SALDO DEVEDOR.

O Plano de Equivalência Salarial, adotado e incluído nos contratos, tem de ser respeitado e cumprido sem alterações posteriores.

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo de acordo com o entendimento de que o reajuste das prestações da casa própria deve ser feito de acordo com o Plano de Equivalência Salarial.

Não prevalece a cláusula contratual que estabe-

lece a atualização do saldo devedor pelo coeficiente de remuneração básica aplicável às contas vinculadas do FGTS. A exemplo das prestações mensais, também o saldo devedor há de ser reajustado pelo Plano de Equivalência Salarial.

Recurso improvido.

VOTO

(...)

Se o objetivo era a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria pelas classes de menor renda, tinha o legislador que estabelecer um limite para os reajustamentos das prestações e vinculá-lo aos aumentos do salário mínimo. Aí foi estabelecida uma equivalência entre os reajustamentos das prestações e os aumentos salariais auferidos pelos mutuários. Só assim poderiam estes continuar tendo condições de pagar as prestações da casa própria.

Se é verdade ter o Colendo Supremo Tribunal Federal, através da Representação nº 1.288-3-DF, entendido que o artigo 5º da citada Lei nº 4.380/64 havia sido derogado, a legislação posterior e os atos normativos do próprio BNH continuaram a adotar a equivalência salarial e o reajustamento com base no salário mínimo.

O Decreto-lei nº 19/66, no parágrafo 1º do artigo 1º, autorizou o reajustamento das prestações de imóveis de pequeno valor, de acordo com as variações do salário mínimo.

A Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975, que descaracterizou o salário mínimo como fator de correção monetária, no artigo 2º, estabeleceu que:

‘Art. 2º – Em substituição à correção pelo salário mínimo, o Poder Executivo estabelecerá sistema especial de atualização monetária.

Parágrafo único – O coeficiente de atualização monetária, segundo o disposto neste artigo, será baseado no fator de reajustamento salarial a que se referem os artigos 1º e 2º da Lei nº 6.147, de 1974, ex-

*cluído o coeficiente de aumento de produtividade'.
Elegeu, o legislador, o fator de reajustamento salarial como paradigma para os aumentos das prestações da casa própria.*

A Lei nº 6.423, de 17 de junho de 1977, que determinou, no caput do artigo 1º, a incidência da correção monetária, com base nas ORTN's, ressalvou, em seu parágrafo 1º, letra 'c', que esta correção não se aplica às correções contratualmente prefixadas nas operações de instituições financeiras. Com esta ressalva pretendeu o legislador deixar íntegros o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

As próprias resoluções do BNH fazem referência ao Plano de Equivalência Salarial e deixam bem claro que o adotam. Em sua Resolução nº 81/80, item 1º, diz que o Plano de Equivalência Salarial se destina exclusivamente ao mutuário de imóvel de uso habitacional e que nele (item 2.1) a prestação considerada será multiplicada pelo Coeficiente de Equiparação Salarial – CES em vigor na data da assinatura do contrato de financiamento. (...)

(...)

O Decreto nº 88.371, de 07 de junho de 1983, em seu artigo 1º, determina o respeito ao Plano de Equivalência Salarial, ao fixar que o reajustamento das prestações mensais devidas pelos mutuários do SFH, cujos contratos, como o dos autores, estabeleçam periodicidade anual de aumento, não excederá o reajustamento percentual nominal dos limites superiores das respectivas faixas salariais, ocorrido no período de 12 (doze) meses anterior ao mês estabelecido para o reajustamento de suas prestações (os grifos são nossos).

(...)

Não foi ao acaso e por capricho que o legislador sempre se preocupou em estabelecer uma equivalência entre o reajustamento das prestações da casa própria e os aumentos de salários ou vencimentos dos mutuários e dos próprios ser-

vidores públicos. Com isto pretendeu ele garantir a todos eles a possibilidade de adquirir a tão sonhada e desejada casa própria. Se não se estabelecer um limite para esses reajustamentos e permitir o acréscimo das prestações em percentagens muito superiores às referentes aos aumentos salariais e de vencimentos, vai chegar o momento em que a prestação da casa própria será igual, mesmo superior, aos salários ou vencimentos recebidos pelos mutuários. Aí, então, o Sistema Financeiro da Habitação deixará de cumprir com sua principal finalidade, que é de incentivar a construção de habitações de interesse social e propiciar a aquisição de casa própria às classes de menor renda.

Estabelece a cláusula sétima do contrato firmado pelas partes (fls. 12) que o saldo devedor será atualizado mediante utilização de coeficiente de remuneração básica aplicável às contas vinculadas do FGTS. Esta cláusula não pode prevalecer porque, a exemplo das prestações, também o saldo devedor tem de ser atualizado de acordo com a equivalência salarial. Neste sentido, os Recursos Especiais nºs 157.841-SP, DJ de 27/04/98, e 85.521-PR, DJ de 03/06/96, em ambos, Relator Ministro José Delgado.

É indiscutível a gravidade do problema já existente e que poderá ser agravado, consideravelmente, se milhares de famílias forem compelidas a devolverem ou a abandonarem suas casas por absoluta impossibilidade de continuar pagando a prestação de sua casa própria.

É obrigação legal do Governo garantir a aquisição de casa própria especialmente pelas classes da população de menor renda e evitar o agravamento de situação já tão angustiante. Não é violando contratos, desrespeitando atos jurídicos perfeitos, atingindo direitos adquiridos e desconhecendo as nor-

mas constitucionais que a Caixa Econômica Federal irá resolver este problema de tanto interesse social.

O julgador, principalmente no caso presente, ao aplicar a lei, deverá seguir os mandamentos do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e atender ‘... aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’.

(...)”. (RESP 194.932/BA, Primeira Turma, Relator Min. Garcia Vieira, j. em 04.03.1999, publ. em DJ 26.04.1999 – Negritos que não estão no original).

Constata-se, em não esporádicos casos, que o crescimento do saldo devedor, nos contratos para a aquisição da casa própria, tem se dado em descompasso com a capacidade de pagamento do mutuário. Se, para os beneficiados com a cláusula do FCVS – Fundo de Compensação das Variações Salariais, essa progressão do saldo devedor se constitui em preocupação secundária, porquanto, ao final do contrato, haverá o absorvimento do resíduo, para aqueles, cujos contratos não prevêm a mencionada cobertura, os reflexos da forma de atualização do saldo devedor são particularmente relevantes, na medida em que a eles caberá a liquidação do valor integral do resíduo. Considerando que os mutuários, como assalariados ou servidores públicos, têm sua capacidade de pagar definida pelo valor dos salários que percebem, salários que não progridem mensalmente segundo índices financeiros, não há como se exigir do mutuário capacidade de solver um montante que, seguindo as cadernetas de poupança, expande-se em maior velocidade e proporção que os salários. Exemplificando numericamente a situação, os Procuradores da República André de Carvalho Ramos e Duciran Van Marsen Farena citam o caso de um mutuário que “*num prazo de aproximadamente 4 anos pagou 47 prestações (R\$28.478,24) do mútuo feito (R\$25.100,55) de um total de 187 parcelas. Tendo sido pago por volta de 35% das parcelas devidas, ainda deve cerca de 221% do valor inicial mutuado, ou seja, R\$80.587,36*”⁷. **É patente que a garantia contractu-**

⁷ Ramos, André de Carvalho e Farena, Duciran Van Marsen. “SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. Mutuários beneficiados pela regra da equivalência salarial, mas que, desguarnecidos do Fundo de Compensação de Varia-

al da equivalência salarial não se realiza – restando a correspondente previsão normativa esvaziada – quando, a despeito da correção das prestações se verificar pela variação salarial, o saldo devedor avança por critérios financeiros díspares e de acentuada oscilação, sobretudo em condições inflacionárias.

É certo que, ao lado dos entendimentos jurisprudenciais favoráveis aos mutuários excessivamente onerados com o encamihamento dos contratos habitacionais, não são raros – muito ao contrário – os precedentes fundados na formação consentida do vínculo contratual, pela adesão voluntária do mutuário às cláusulas do negócio jurídico. Assim, consoante o segundo posicionamento, aderindo, o mutuário, ao contrato, presumida a aceitação de suas cláusulas, não haveria como se permitir o descumprimento posterior fundado na inexecutabilidade do negócio (*pacta sun servanda*). De igual modo, contudo, é também certo que os Tribunais têm reconhecido certas situações em que, por motivo de onerosidade excessiva para uma das partes contratantes, não se mostra razoável insistir na execução de contrato em sua feição originária.

Nesse sentido e a título de exemplificação e cotejo, não se pode olvidar a compreensão consagrada quando do julgamento de ações revisionais de contratos de aquisição de veículos, calçadas, as pretensões revisionais, na crise cambial verificada no ano de 1999. Acerca da matéria, decidiu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

“Revisão de contrato – Arrendamento mercantil (leasing) – Relação de consumo – Indexação em moeda estrangeira (dólar) – Crise cambial de janeiro de 1999 – Plano Real. Aplicabilidade do art. 6º, inciso V, do CDC – Onerosidade excessiva caracterizada. Boa-fé objetiva do consumidor e direi-

ções Salariais, vêm-se ameaçados de perder os seus imóveis com o término do prazo contratual, em virtude dos descompassos entre as prestações e a evolução do resíduo, atualizado por juros e índices financeiros. Responsabilidade da União, da Caixa Econômica Federal e das instituições financeiras.” In *Revista de Direito do Consumidor*. Nº 37. Jan./Mar. de 2001. Editora Revista dos Tribunais, pp. 243/270.

to de informação. *Necessidade de prova da captação de recurso proveniente do exterior.*

- O preceito insculpido no inciso V do art. 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor.

- A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas.

- A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a instituição financeira está assegurada quanto aos riscos da variação cambial, pela prestação do consumidor indexada ao dólar americano.

- É ilegal a transferência de risco da atividade financeira, no mercado de capitais, próprio das instituições de crédito, ao consumidor, ainda mais que não observado o seu direito de informação (art. 6º, III, e 10, caput, 31 e 52 do CDC).

- Incumbe à arrendadora se desincumbir do ônus da prova de captação de recursos provenientes de empréstimo em moeda estrangeira, quando impugnada a validade da cláusula de correção pela variação cambial. Esta prova deve acompanhar a contestação (arts. 297 e 396 do CPC), uma vez que os negócios jurídicos entre a instituição financeira e o banco estrangeiro são alheios ao consumidor, que não possui meios de averiguar as operações mercantis daquela, sob pena de violar o art. 6º da Lei nº

8.880/94". (RESP 268661/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 16.08.2001, publ. em DJ 24.09.2001 – Negritos que não estão no original).

Entendeu, a Relatora do mencionado Recurso Especial, pela aplicação do art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, que fixa, como direito básico do consumidor, “*a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas*”. Sublinhou, a MD Julgadora, que, nos termos da lei, a pretensão revisional mereceria acolhimento, uma vez demonstrada a onerosidade excessiva a que passaria a estar submetido o consumidor em virtude de determinada situação. Restou consignado no voto proferido:

“(…)

Cláudia Lima Marques (in ‘Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais’, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 413/415) comenta o dispositivo quanto aos requisitos para a sua aplicação, verbis:

*‘A norma do art. 6º do CDC avança ao **não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra do seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações, o desaparecimento do fim essencial do contrato.** Em outras palavras, o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresentada a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultando de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi.*

Nesse sentido, a conclusão nº 3 do II Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor – Contratos no ano 2000, com o seguinte texto: ‘Para fins de aplicação do art. 6º, V, do CDC não são exigíveis os

requisitos da imprevisibilidade e excepcionalidade, bastando a mera verificação da onerosidade excessiva’.

(...)

(...) mencionar simplesmente que a teoria da imprevisão teria sido aceita pelo CDC pode ser uma interpretação do art. 6º, inciso V, prejudicial ao próprio consumidor, pois dele pode ser exigida a referida imprevisão e extrinsibilidade do ocorrido, fatos não mencionados em referido artigo’.

(...)

Também é inafastável a conclusão de que a estabilidade contratual ficou comprometida com a liberação da cotação da moeda estrangeira, fato que, ademais, era imprevisível, ante os compromissos públicos do Estado em assegurar a contenção da inflação.

Foi atingida a boa-fé objetiva do consumidor e seu direito de informação, porque não há qualquer advertência quanto ao risco da operação financeira (art. 6º, III, e 10, caput, 31 e 52 do CDC), e sua assunção pelo consumidor.

A cláusula genérica do contrato de adesão pontua que:

(...)

O interesse da instituição financeira em captar recursos monetários no exterior, para financiamento de aquisição de bens, comporta riscos que devem ser distribuídos eqüitativamente, e, no caso do consumidor, somente se transferiria este ônus se o tivesse assumido, expressamente, e ciente das vicissitudes incidentes. No caso em tela, apenas a instituição financeira está assegurada quanto aos riscos da variação cambial, porque o capital que dispensará, para resgatar as obrigações contraídas no exterior, está garantido pela correspondente majoração da prestação do consumidor, que, por sua vez, está desamparado por qualquer mecanismo de pre-

*venção ou defesa. Evidente o tratamento sem paridade contratual.
(...)”.*

Diante do precedente, procurou-se a uniformização no tratamento da matéria. Assim:

“LEASING CAMBIAL. Desconsideração de cláusula contratual, ao fundamento de que se revelou excessivamente onerosa para o consumidor. Ressalva do ponto de vista pessoal do relator. Recurso especial não conhecido”. (RESP 331.274/MS, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 15.10.2001, publ. em DJ de 04.02.2002).

Considerando, comparativamente, o valor (entendido como nível de relevância social) dos bens envolvidos – veículo (precedentes acima) e moradia (caso concreto) –, não se mostra razoável admitir a possibilidade de revisão contratual por motivo de inexecutabilidade, no caso de ajustes de compra de automóveis, não a acatando na hipótese de contratos firmados com vistas à aquisição da casa própria. Também em relação a estes, aplica-se a teoria da imprevisão. No caso concreto, observadas as planilhas de evolução do débito, que apontam para a irrealizabilidade de sua liquidação, a cláusula do resíduo (não cobertura pelo FCVS) emerge pela onerosidade excessiva que impõe ao mutuário.

Não se pode desconsiderar, ainda, que o mutuário possui direito à informação, sobretudo no momento inicial de formação do contrato, no período preparativo do perfazimento do vínculo contratual. Não se diga, simplesmente, que, ao assinar o contrato de mútuo, o promitente comprador se fez ciente e condescendente em relação a todas as cláusulas ali fixadas. Se, por um lado, poder-se-ia entender que o contrato de mútuo, como contrato de adesão (em oposição ao contrato paritário), tem características próprias – dentre as quais, a inexistência de discussão acerca das cláusulas do contrato, cuja fixação fica a cargo unicamente de um dos contratantes –, por outro lado, é possível asseverar, de igual modo, que a generalidade do contrato de mútuo, cuja cópia descansa nos autos, e especialmente a escassez de esclarecimentos no lançamento de informações essenciais e determinantes do

contrato, agridem o direito de informação do mutuário, nesse ponto particularmente equiparado ao consumidor.

O laconismo com que são postos temas complexos do cerne do contrato, como é o caso do sistema de amortização, bem como a pouca preocupação da Instituição Financeira com a orientação do particular, geram, inequivocamente, uma deficiência na compreensão nítida, pelo mutuário, dos efeitos que decorrerão do negócio jurídico. Ao lado dessa insuficiência, caminha a expectativa da aquisição da casa própria, esperança fundada – consoante se depreende da leitura do contrato de mútuo em comento (fls. 10/16): **a uma**, na certeza de que o aumento das prestações apenas acontecerá em caso de acréscimo dos salários; **a duas**, na convicção de que a correção do débito acompanhará a realidade por ele vivenciada, na medida em que se garante, nas tratativas e nas campanhas governamentais, um “equilíbrio” contratual, uma proporcionalidade entre a renda do mutuário e o valor financiado; **a três**, na idéia de que, com o adimplemento periódico e contínuo das obrigações, não haverá saldo devedor ou será ele de menor monta, haja vista que, nos termos da literalidade do contrato, o saldo devedor é reputado contingente (“eventual saldo devedor” – conforme 5ª e 6ª linhas da cláusula décima oitava).

Não há como se conceber, ademais, a celebração de contrato por mutuário sabedor da inexecutabilidade posterior do ajuste por inadimplência de suas obrigações de devedor. “*Se o pré-requisito para um assalariado candidatar-se à aquisição de imóvel residencial pelo SFH era ter uma evolução salarial compatível com os rendimentos das aplicações financeiras, isso deveria ter ficado claro na lei e no contrato*”⁸. A tais razões se acresça o fato de que o contrato de mútuo tipifica-se como contrato comutativo, na medi-

⁸ Ramos, André de Carvalho e Farena, Duciran Van Marsen. “SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. Mutuários beneficiados pela regra da equivalência salarial, mas que, desguarnecidos do Fundo de Compensação de Variações Salariais, vêm-se ameaçados de perder os seus imóveis com o término do prazo contratual, em virtude dos descompassos entre as prestações e a evolução do resíduo, atualizado por juros e índices financeiros. Responsabilidade da União, da Caixa Econômica Federal e das instituições financeiras.” In *Revista de Direito do Consumidor*. Nº 37. Jan./Mar. de 2001. Editora Revista dos Tribunais, pp. 243/270.

da em que, no momento do aperfeiçoamento do ajuste, há certeza das partes contratantes quanto às prestações a que fazem jus e no concernente às obrigações que decorrem da avença. *“Na idéia de comutatividade se insere, de um certo modo, a de equivalência das prestações. Porque é normal que, nas convenções de intuito lucrativo, cada parte só consinta num sacrifício, se aquilo que obtém em troca lhe for equivalente”*.⁹

Ademais, sublinhe-se que o mutuário não pode ser penalizado por equívocos cometidos pela instituição financeira no planejamento do sistema habitacional. Se as prestações não foram corretamente prognosticadas em suficiência à solvibilidade do preço contratado no prazo ajustado; se a forma de exercitação do sistema de correção/amortização adotado implica sempre na geração de um elevado saldo devedor, que contratualmente é enunciado como eventual, mas alcança patamares equivalentes ou mesmo superiores ao valor do imóvel objeto do contrato; e, finalmente, se esses equívocos ou deficiências de programação afrontam o escopo do sistema financeiro da habitação, não é razoável imputar ao mutuário a responsabilidade pelos ônus que daí decorrem, quando para eles não concorreu, nem acreditou na sua ocorrência.

Não é aceitável a imputação ao mutuário de todos os riscos que envolvem o negócio jurídico firmado, enquanto que a instituição financeira fica salvaguardada de contínuas oscilações da economia e dos índices financeiros. Essa assertiva se impõe com ainda maior vigor quando se leva em consideração que o agente financeiro conta com uma estrutura que lhe permite conhecer em detalhes ou prognosticar as variações que refletirão nas prestações e no saldo devedor do contrato, ao passo que o mutuário dificilmente terá esse discernimento.

Tais asseverações repercutem na cláusula contratual, que impõe, ao termo do prazo, pagamento de resíduo. Nesse tocante deve ser mantido o entendimento firmado pelo voto condutor de fls. 95/97, cujos trechos reitero:

“No tocante ao outro pedido, referente à cláusula que

⁹ Rodrigues, Sílvio. *Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade*. 24ª ed. atual. Volume 3. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 31.

rege os resíduos contratuais, em relação a essa meafasto do entendimento do digno relator. Também aí a abusividade é patente. É público e notório que há grande diferença em relação aos percentuais de reajuste dos saldos devedores de empréstimos, originários do SBPE, e os reajustes de remuneração dos mutuários empregados. Cotejando-se, p.e., qualquer índice financeiro com os reajustes salariais [quando ocorrentes] nos últimos anos ver-se-á gritante disparidade. Até mesmo o modesto índice da caderneta de poupança torna-se elevado quando cotejado com os reajustes salariais.

A pretensão da instituição financeira de, ao final, exigir pagamento de resíduos, pela inexistência de quitação pelo FCVS, pode levar a duas situações básicas: 1. O mutuário não tem recursos para pagamento em uma só parcela; 2. O mutuário é obrigado a financiar o saldo remanescente de valor maior que o original, quando o comprometimento inicial já era no limite de sua renda. Ambas as situações agravam em demasia a situação do mutuário, que não pode ser penalizado por equívocos no planejamento do sistema. Desprezar esse fato é olvidar o caráter social do SFH. Em tendo o mutuário cumprido com as suas obrigações, tendo pago as prestações avençadas, ao final do prazo contratual deverá ser reputado desobrigado de qualquer acréscimo, assim não o fazendo ter-se-á que reconhecer que o SFH é um sistema que visa, tão-somente, ampliar o mercado para as empresas do setor imobiliário em detrimento dos assalariados compradores, que, sistematicamente, viriam a perder seus imóveis ao final dos contratos, por absoluta exaustão financeira. Ter-se-ia, nessas condições, a prevalência de cláusula abusiva e enganosa.

Merece também acolhida a apelação no sentido de reputar não escrita a cláusula contratual que impõe o pagamento de resíduos ao final dos contratos de financiamento pelo SFH, sem previsão de FCVS”.

A cláusula de resíduo, da forma como atualmente evoluiu o saldo devedor, transforma mesmo o contrato de mútuo/compra e venda em contrato de aluguel perpétuo, haja vista que, não tendo o mutuário como saldar o débito residual, perderá o imóvel que acreditava estar adquirindo a cada prestação adimplida. Considerando a finalidade do contrato de mútuo, que consiste na transferência da propriedade do bem imóvel ao mutuário, restaria, o referido tipo contratual, descaracterizado diante da insolvabilidade crescente imputada ao prestamista, insolvência que implicará na não transferência da propriedade da coisa fungível.

Segundo o voto vencido, *“não se nega o direito à revisão dos contratos de adesão, nos casos em que a relação contratual não esteja cumprindo a sua função econômica, trazendo prejuízo relevante a uma das partes, situação em que é de interesse público, inclusive, a sua reestruturação, contudo, **não restou comprovada qualquer ilegalidade, como já dito, relativamente ao resíduo, que, na forma como contratado, é mecanismo legítimo utilizado para evitar o exacerbamento das prestações**”* (negritos que não estão no original). Acredito, em verdade, que a cláusula de resíduo não evita a exacerbação das prestações, mas apenas transfere a exacerbação – não autorizada pela regra da equivalência salarial – ao saldo devedor, sem que o mutuário tenha compreensão desse deslocamento.

Realce-se que, diante da função social atribuída ao Sistema Financeiro de Habitação, escudada mesmo no direito à moradia e no fato de não se buscar, pela via do sistema, lucro imobiliário, não seria razoável exigir-se do mutuário preço de mercado. Se devesse valer a regra de mercado, concernente à iniciativa privada, o sistema financeiro da habitação não encontraria justificativa para existir.

Também não merece acolhida a alegação de que a correção do saldo devedor deve se dar pelos mesmos índices aplicáveis às fontes nas quais são captados os recursos a serem investidos nos programas de financiamento (poupança e contas fundiárias). Não há como se exigir que numa hipotética relação entre A (que empresta) e B (que tomou o empréstimo), B viesse a responder pelo crédito de C, na relação entre A e C (de quem A tomou em-

prestado para emprestar). Quanto a esse aspecto, “*não deve impressionar o argumento de que o alívio da carga mensal do mutuário compromete seriamente a rentabilidade dos depósitos em cadernetas de poupança e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. E não deve pela simples, mas poderosa razão, de que esse modo de raciocinar assenta em uma inversão absolutamente igual da prioridade. O BNH não existe para servir à causa do FGTS ou das Cadernetas, e, sim, justo o contrário. A peregrina preocupação de todo o sistema é com o mutuário e a sua real idoneidade financeira para adimplir o compromisso contraído. A partir daí é que se deve traçar a política de captação de poupança e de rentabilização dos depósitos*”¹⁰.

De igual modo, não há como se agasalhar afirmação de que o SFH se destruiria frente à exclusão da cláusula de pagamento de resíduo, tendo em conta que eventual diferença, ao final do contrato cujas prestações contratadas tenham sido adimplidas, é de ser absorvida pelo Tesouro Nacional, em virtude da responsabilidade social do Estado.

Acolhendo este entendimento, a Terceira Turma do TRF/5ª Região decidiu:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. CONTRATO DE MÚTUO. CLÁUSULA DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. SUA OBSERVÂNCIA. CLÁUSULA DE RESÍDUO DO SALDO DEVEDOR. ABUSIVIDADE.

1. O plano de equivalência salarial por categoria profissional (PES/CP) objetiva a que os reajustes das prestações devem obedecer à equivalência entre

¹⁰ Ramos, André de Carvalho e Farena, Duciran Van Marsen. “SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. Mutuários beneficiados pela regra da equivalência salarial, mas que, desguarnecidos do Fundo de Compensação de Variações Salariais, vêem-se ameaçados de perder os seus imóveis com o término do prazo contratual, em virtude dos descompassos entre as prestações e a evolução do resíduo, atualizado por juros e índices financeiros. Responsabilidade da União, da Caixa Econômica Federal e das instituições financeiras.” In *Revista de Direito do Consumidor*. Nº 37. Jan./Mar. de 2001. Editora Revista dos Tribunais, pp. 243/270.

prestações e salários originalmente acordada pelas partes contratantes.

2. A não observância da equação financeira inicial poderá tornar excessivamente onerosa a prestação do financiamento, inviabilizando ao mutuário o pagamento das parcelas em face dos reajustes feitos pelo agente financeiro, o que findaria por desvirtuar a finalidade social do SFH.

3. É abusiva, devendo ser reputada como não escrita, a cláusula que trata de impor ao mutuário, após o prazo da avença, o pagamento adicional de valores ditos residuais. Precedentes (AC 175.369-SE, Rel. Des. Juiz Francisco Cavalcanti, j. em 21.11.2000, p.m.).

4. Apelação improvida". (AC 149337-SE, Rel. p/ o acórdão Desembargador Federal Nereu Santos, j. em 19.06.2001, publ. em DJ de 02.01.2002).

Com essas considerações, reconhecendo não ser hipótese de contrato fundado em cláusula gradiente, mas sim com previsão de amortização pela regra *price*, **dou provimento parcial aos embargos infringentes**, para negar provimento à apelação, quanto ao pedido de revisão das prestações segundo o comprometimento salarial do mutuário, mantendo, contudo, o provimento da apelação do mutuário, por entender procedente o pedido de extirpação da cláusula de resíduo do contrato de mútuo firmado entre Jailton Lima Brasil e Caixa Econômica Federal.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 1.501-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Impetrantes: DRS. MARCELO SALES CADENA E OUTRO
Impetrado: PROCURADOR DA REPÚBLICA
Paciente: NORMANDO VASCONCELOS FERREIRA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. TRANCAMENTO. INQUÉRITO POLICIAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. ATOS IRREGULARES PRATICADOS POR EX-DIRETOR-CHEFE DA AUTARQUIA FEDERAL (DNER). ACÓRDÃO DO TCU. REMESSA DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DECISÃO POSTERIOR DO TCU TERIA DESCONSIDERADO TAL REMESSA. AUSÊNCIA DE DANOSIDADE A CONFIGURAR ILÍCITO PENAL.

- *Tendo sido analisados pelo TCU os atos do agente na condição de Diretor-Chefe do DNER quando da concessão de diárias sem a devida comprovação dos serviços prestados pelos servidores que as receberam, foi determinada, no item “c” da Súmula daquele órgão, a remessa dos autos ao Ministério Público Federal para apuração de ocorrência de crime.*
- *O ato coacto encontra-se consubstanciado na determinação da instauração do inquérito pelo Parquet Federal em Pernambuco, quando já havia sido determinado pelo TCU o cancelamento do mencionado envio ao MPF, posto que entendera não ter havido dano ao erário público que justificasse a instauração de averiguações criminais.*
- *Faz jus ao trancamento do inquérito policial pretendido por implicar em flagrante coação ilegal, já que a Administração Pública (DNER), após recolhimento de todo o quantum devido, verificara apenas um resíduo de R\$ 570,32 (quinhentos e setenta reais e trinta e dois centavos) a ser*

ainda apurado, não se configurando danosidade ao erário público, como reconheceu o próprio TCU.

- Habeas corpus concedido.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 19 de setembro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de ordem de *habeas corpus* preventivo, com pedido liminar, em favor de Normando Vasconcelos Ferreira, nos termos do art. 5º, inc. LXVIII, da Constituição Federal e arts. 648 e seguintes do Código de Processo Penal.

O impetrante aduz que o mencionado paciente encontra-se sofrendo constrangimento ilegal em razão da instauração do inquérito policial requisitado pelo Ministério Público Federal em Pernambuco. Tal determinação teve por base Acórdão nº 074/2000 do TCU com fulcro na Lei nº 8.443/92, que julgou irregulares atos praticados pelo referido paciente, em razão de concessão irregular de diárias sem a devida comprovação dos serviços realizados pelos diversos servidores que as receberam.

Ocorre que o mencionado acórdão fora reformado em parte, tendo havido a supressão do item *c* daquela Súmula, que determinava a remessa dos autos ao Ministério Público Federal, face à inexistência de tipicidade quanto a qualquer ilícito penal, uma vez que ficou configurada a ocorrência de meras irregularidades, sem

a danosidade própria dos ilícitos penais.

Liminarmente, então, requereu o impetrante o trancamento do Inquérito Policial nº 412/2002, instaurado pela autoridade policial, cessando, assim, o constrangimento a que se encontra submetido o paciente, sem qualquer justa causa que o justifique.

Em decisão de minha lavra, fls. 26/27, deneguei o pedido liminar, pois seu conteúdo confundia-se com o próprio mérito da *vetata quaestio*, razão por que entendi ser o caso de proceder-se ao aguardo do julgamento final do feito.

Apesar de devidamente solicitado, o Exmo. Procurador da República não remeteu quaisquer informações a esta c. Corte.

Parecer do ilustre Procurador Regional Federal, fls. 30/35, pugna pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Os pontos levantados pelo impetrante foram por demais suficientes para ensejar o atendimento do pedido para o trancamento da *persecutio criminis* já em curso.

Entendo que foram trazidos aos autos elementos que caracterizam a coação ilegal apontada, além do que, traz à colação dados que não necessitam de dilação probatória aprofundada para se verificar a ilegalidade da coação a que se encontra submetido o paciente.

Mostram as peças trazidas aos autos, através de cópias dos relatórios, voto e acórdãos do Tribunal de Contas da União, que foram constatadas algumas irregularidades quando da concessão de diárias a funcionários pelo então Diretor-Chefe do DNER, sem que fosse comprovada a sua utilização.

O Exmo. Ministro do TCU, Adhemar Paladini Ghisi, adotara, como parte de seu Relatório da Tomada de Contas 006.654/92-4, Parecer da Ilma. Diretora da 1ª Divisão Técnica da SECEX-PE, que fornece dados substanciais para o entendimento e deslinde

da questão.

Informa aquela mencionada Diretora da SECEX-PE, acerca do procedimento dos recolhimentos do valor creditado aos beneficiários, fazendo considerações que de tão importantes se fazem necessárias uma transcrição mais demorada acerca de alguns trechos pertinentes aos fatos aqui expostos nos argumentos do ilustre impetrante. Eis o que afirma a mencionada servidora em seu relatório conclusivo das apurações quanto às diárias concedidas de forma irregular:

“a) foram, em nossa opinião(...), devidamente justificadas as concessões de diárias aos seguintes servidores: (...);

b) foi comprovado pelos servidores a seguir indicados, preliminarmente à nova citação, consoante a mencionada instrução, fls. 175, o recolhimento do valor das diárias que lhes haviam sido pagas indevidamente, com a necessária atualização monetária, mais juros de mora, não se encontrando mais em débito com o 4º DRF/DNER: (...);

c) a servidora (...) depositou em conta específica do 4º DRF/DNER, em 14.09.94, o valor original de Cr\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil cruzeiros) - fls. 135;

d) o valor das diárias concedidas aos servidores elencados nas alíneas “a” e “b” acima totaliza, em valores originais, Cr\$ 1.450.040,00;

e) quanto aos demais servidores, os comprovantes de devolução das diárias acostados aos autos nem sempre guardam conformidade com as informações prestadas pelo Sr. Normando. Citamos, por exemplo, a situação do Sr. (...), que comprova o recolhimento de 4 a 10 parcelas, quando o ex-chefe do 4º DRF-DNER informa que faltam apenas 04 parcelas, ou a informação de que a Sra. (...) teria quitado o seu débito em 5 parcelas, quando, efetivamente, existem nos autos comprovantes de recolhimento de 3 parcelas;

f) existem comprovantes de recolhimento nos autos em que não foi devidamente identificado o seu

autor. Comprovantes de depósito de fls. 105/106”.
(Fls. 12).

Há um fato a ser considerado no levantamento contábil realizado e que vem mostrar uma variável em favor do Sr. Normando Vasconcelos Ferreira, aqui paciente, continua a dizer em seu Parecer a Diretora da 1ª Divisão Técnica da SECEX-PE:

“Procedendo-se a nova apuração do débito do Sr. Normando Vasconcelos Ferreira, considerando como abatimentos os valores mencionados nas alíneas “c” e “d” do item 5 retro e os recolhimentos constantes dos autos (...), verificamos que, do valor inicialmente quantificado nos autos, CR\$ 3.824.928,00 (três milhões, oitocentos e vinte e quatro mil, novecentos e vinte e oito cruzeiros), o qual, corrigido monetariamente e com os acréscimos legais correspondentes a R\$ 9.627,47 (nove mil, seiscentos e vinte e sete reais e quarenta e sete centavos), não foi comprovado o recolhimento de apenas R\$ 570,32 (quinhentos e setenta reais e trinta e dois centavos)”. (Fls. 12).

Arremata a Diretora da 1ª Divisão Técnica seu Parecer, aludindo que tal montante é inferior ao limite mínimo estabelecido no item 8.1. da Decisão nº 466/95-TCU-Plenário para determinar a cobrança judicial de débitos e que, apesar da defesa do Sr. Normando não elidir a ilegalidade referente ao ato de concessão de diárias a servidores no mês de dezembro de 1991 que não estiveram em viagem de serviço, seus atos foram anteriores à vigência da Lei nº 8.443/92, o que implica não ser possível a aplicação de multa e imputação de débito ao responsável.

Sugere, então, que as contas sejam julgadas irregulares, nos termos do art. 1º, inc. I, e art. 16, inc. III, alínea b, da Lei nº 8.443/92, aplicando ao responsável, Sr. Normando Vasconcelos Ferreira, a multa prevista no art. 58, inc. III, da citada Lei, c/c o art. 200 do Regimento Interno daquele Tribunal, no valor de R\$ 570,32 (quinhentos e setenta reais e trinta e dois centavos), que são aqueles previstos nos limites definidos no Decreto-lei nº 199/67 vigente à época dos fatos, sendo-lhe concedido o prazo de 15 (quinze) dias

para comprovar perante o Tribunal o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro nacional.

Em seguida, nos termos do art. 93 da Lei nº 8.443/92, pede o arquivamento do processo. Reza o mencionado artigo, *verbis*:

“Art. 93. A título de racionalização administrativa e economia processual e com o objetivo de evitar que o custo da cobrança seja superior ao valor do ressarcimento, o Tribunal poderá determinar, desde logo, o arquivamento do processo sem cancelamento do débito, a cujo pagamento continuará obrigado o devedor, para que lhe possa ser dada quitação”.

Já o Ministério Público que atuou junto àquela Corte inclinou-se pelo arquivamento do processo, sem cancelamento do débito, a cujo pagamento continuarão obrigados os responsáveis a dar-lhe quitação. (Fls.13).

O que se verifica, no presente caso, é a falta da tipicidade própria que caracteriza a figura do tipo penal, porquanto meras irregularidades não consubstanciam a figura do crime que o legislador e o sistema jurídico como um todo têm em mira para a aplicação de uma sanção maior do que aquelas aplicadas a meras irregularidades.

Ademais, em relação à conduta do paciente, foi aferido, tanto pelos técnicos do TCU, quanto pelos funcionários da própria Administração do DNER, descabimento de qualquer incriminação além daquelas próprias previstas no âmbito interno da autarquia a que o servidor pertence, havendo mesmo inúmeras observações quanto ao valor irrisório a ensejar a continuação do procedimento de apuração.

O processo de devolução das diárias e os depoimentos e esclarecimentos do Sr. Normando Vasconcelos Ferreira como responsável pela concessão das diárias na forma em que foram feitas obedeceram aos trâmites previstos na legislação pertinente.

É o caso dos presentes autos.

Não estando materializado crime *in thesi* e sequer sendo configurando indício de autoria, a outra conclusão não poderia chegar

este Tribunal senão de que todo um inquérito criminal foi instaurado indevidamente, quando se configurou a ocorrência de meras irregularidades, sanadas ao nível da própria Administração, com procedimentos que viabilizaram a devolução do numerário, cujo gasto deixou de ser justificado pelos servidores envolvidos.

A investigação criminal que serve de instrumento de informação à ação penal somente poderá ter impulso quando patentes os elementos do crime nos seus aspectos mais rudimentares, quais sejam, a existência de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade e o inegável indício de autoria.

Afora tais aspectos, há ainda que se considerar que a ausência de danosidade esvazia a idéia de uma teoria do injusto penal. Esse o entendimento de Juarez Tavares que, ao se aprofundar sobre o tema, firmou o seguinte entendimento:

“A norma incriminadora não vale por si mesma. Para valer, além da exigência quanto ao procedimento democrático de sua elaboração, será preciso que justifique a incriminação sob o ponto de vista de seus efeitos sociais (...). Essa incriminação deve, por sua vez, ter por referência um determinado efeito, que não será o efeito de sua infração, como quer a teoria sistêmica, mas o efeito da lesão. Essa referência a um efeito produzido pela própria conduta incriminada faz com que a norma incriminadora dependa de que essa conduta tenha efetivamente causado um dano individual e social de certa gravidade ou que, pelo menos, tenha constituído um perigo concreto desse dano.” (Grifo nosso). (TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 124).

Por derradeiro, impende consignar que o e. Tribunal de Contas da União, ao acolher o recurso interposto pelo paciente, alterou seu entendimento anterior no tocante à desnecessidade da remessa dos autos ao Ministério Público Federal com o fito de apurar a eventual existência de ilícito penal, por não vislumbrar “*dano ao erário, razão pela qual o fundamento para o julgamento pela irregularidade das presentes contas deve ser apenas a alínea ‘b’ do inciso III*”

do art. 16 da Lei 8.443/92. Dessa forma, deve ser excluída do acórdão ora impugnado a menção à alínea 'c' do citado dispositivo legal. Por conseguinte, entendo que deva ser dado parcial provimento ao presente recurso" (Fls. 21/22, item 17).

Ressalte-se que a remissão da alínea "e" do acórdão reformado dizia: "c) remeter cópia dos autos ao Ministério Público da União, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/92, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis". (Fls. 15).

Precedente do TRF-2ª Região já firmara posição no sentido de reconhecer falta de justa causa à instauração de procedimento criminal, quando decisão do TCU já houvera sido modificada por reconhecer ausência de danosidade e que guarda similitude ao presente caso:

"PROCESSUAL PENAL. PENAL. CONSTITUCIONAL DENÚNCIA LASTREADA EM DECISÃO DO TCU MODIFICADA POSTERIORMENTE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA.

- A primeira decisão do TCU, na qual se deram por irregulares as contas apresentadas pelos pacientes, serviu de lastro à denúncia oferecida pelo MPF.

- O TCU, posteriormente ao oferecimento e recebimento da denúncia, reconsiderou a decisão, por entender que as falhas administrativas foram apenas de caráter formal.

- Assim, o TCU, nos limites da competência outorgada pela Constituição, art. 71, inc. II, julgou as contas regulares, com lastro em idênticos fatos da exordial acusatória.

- Precedentes desta Corte e do Tribunal Federal da 3ª Região. Parecer do MPF neste sentido, da lavra do Prof. Juarez Tavares.

- Pela concessão da ordem, trancando-se a ação penal, por inexistir justa causa". (HC 9802123552/RJ, Relatora: Juíza Vera Lúcia Lima. T. 1, j. 30/06/98. Unânime. Pub. DJ 15/09/98, p. 69).

Ex positis, pela concessão da ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 1.525-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (CONVOCADO)
Impetrantes: DRS. PÉRICLES LEAL SOBRINHO E OUTROS
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DO TRABALHO DE OLINDA/PE
Paciente: JOSÉ ALMEIDA DA SILVA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL EM EXECUÇÃO TRABALHISTA. PENHORA. DESAPARECIMENTO INVOLUNTÁRIO DOS BENS. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA INFIDELIDADE DO DEPOSITÁRIO. COAÇÃO ILEGAL.

- Não caracterizada a condição de depositário infiel, tendo a situação fática apontado para o desaparecimento involuntário dos bens, em razão do depositário-paciente ter sido demitido da empresa-reclamada e sido afastado da guarda dos bens penhorados, por motivo a que não deu causa, configura-se constrangimento ilegal.

- A Constituição Federal, que em seu art. 5º, LXVII, excepciona a prisão por dívida, não encobre situações fáticas onde não esteja devidamente caracterizada a infidelidade do depositário, caso contrário, revestirá o decreto prisional de coação ilegal ou abuso de poder, passível de habeas corpus, nos termos do inc. LXVIII do mesmo artigo.

- Precedente do e. TRF-4ªR vislumbrando a não caracterização da infidelidade do depositário, ante o desaparecimento involuntário dos bens penhorados.

- Habeas corpus concedido.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 17 de outubro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Convocado):

Trata-se de pedido de ordem de *habeas corpus* preventivo, com pedido liminar de concessão de salvo-conduto, em favor de José Almeida da Silva, nos termos dos arts. 647 e seguintes do CPP e art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal.

Aduzem os impetrante que o MM. Juiz da 1ª Vara da Justiça do Trabalho de Olinda, Pernambuco, expedira mandado de prisão contra o mencionado paciente, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 370/94, promovida por Ketilyni Kenya Aoki contra Clínica Samor Ltda., Camol e José Almeida da Silva.

O constrangimento ilegal estaria presente por inexistir incúria do paciente como depositário dos bens penhorados, vez que, malgrado ter assinado o Termo de Depositário, dizem os impetrantes que o paciente era apenas um mero empregado da Clínica Samor Ltda., tendo sido demitido da referida empresa, no que restou impossibilitado de cumprir a determinação judicial para apreensão dos bens.

O pedido liminar foi negado pelo Desembargador Federal Paulo Gadelha (decisão de fls. 32/33), em razão de entender que se confundia com o próprio mérito da questão, revelando-se de manifesta satisfatividade.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações de estilo, encartadas às fls. 36/38.

Parecer, às fls. 40/48, da ilustre Procuradora Regional Federal, Dra. Isabel Guimarães da Câmara Lima, nos termos do art. 161 do Regimento Interno deste e. Tribunal, pugnou pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Relator Convocado):

O pedido dos impetrantes encontra-se apoiado no fato de ter sido o paciente demitido da empresa Clínica Samor Ltda., de onde fora empregado até meados de 1995. A empresa tinha uma reclamação trabalhista contra ela intentada e, à época em que lá trabalhara, assinara o “Termo de Depósito e Ciência de Penhora”. Justamente por ter sido demitido em 1995, encontrava-se impedido de prestar contas dos bens quando, em 1997, foi expedida uma notificação para que informasse o paradeiro dos bens penhorados. Alegam os impetrantes que o paciente sequer chegou a tomar conhecimento da mencionada notificação, já que se encontrava desligado da empresa, devedora na Justiça Trabalhista.

Somente em outubro de 1998 a notificação foi renovada e, desta feita, através de Oficial de Justiça que se dirigiu ao endereço constante do Termo de Depósito que havia assinado. Somente a partir daí, então, passara a tomar conhecimento da determinação judicial para que prestasse contas do bem penhorado.

A demissão o impossibilitara de continuar no encargo de fiel depositário, não podendo ser responsabilizado pelo desaparecimento dos bens penhorados. Inúmeros precedentes jurisprudenciais foram acostados ao *writ*, no sentido de configurar constrangimento ilegal tal exigência a ex-empregado, quando sequer esteve configurado na condição de sócio ou diretor da empresa executada.

Pela análise que se faz das informações prestadas pelo MM. Juiz do Trabalho Substituto na 1ª Vara de Olinda, percebe-se a

evolução dos principais atos do Processo Trabalhista nº 01.01.001.00370/94, onde o Sr. José Almeida da Silva, ora paciente, assumira o encargo de depositário, sendo, tão-só, empregado da empresa-reclamada. Na relação dos bens penhorados, constam: 01 consultório odontológico marca Dabi, 01 compressor Schulz, 01 estufa Fanen, 01 conjunto instrumental odontológico contendo 65 peças e etc. (fls. 36).

Com o desenrolar do processo, foi decretada a prisão do paciente pelo Magistrado da competência trabalhista, por considerá-lo depositário infiel, sendo que, a partir daí, o então paciente apresentara cópia do contrato social e alterações da Clínica Samor Ltda. (fls. 14/24), onde se verifica que não consta seu nome como participante daquela sociedade. Insistira em dizer que apenas dela fora mero empregado e que por ter aceitado tal encargo iniciara uma verdadeira *via crucis*. Voltou a peticionar, indicando a Clínica Aproximed como sendo a empresa-adquirente dos bens penhorados, negócio este firmado com a Clínica Samor Ltda. Consta nas informações extraídas dos autos trabalhistas que o Oficial de Justiça esteve na clínica mencionada pelo paciente, mas que o sócio Antonio Ferreira de Lima negara a mencionada aquisição.

A ilustre Procuradora da República, às fls. 42, assim se posiciona sobre os fatos trazidos à discussão:

“Pode-se inferir dos autos em tela, a partir de uma análise perfunctória, própria do rito de habeas corpus, que inexistente entre o paciente e a empresa executada relação trabalhista, face a sua demissão ocorrida em 1995, fls. 27/28, vínculo ensejador da constituição do encargo de fiel depositário. Conclusão lógica a que se chega é de que este, concessa venia, não se encontrava mais na posse do bem sob sua guarda que, in casu, trata-se de equipamento odontológico, conforme descrição de fls. 36”.

Entendo não ser o caso de se discutir se fora comprovada ou não a relação trabalhista do paciente, mesmo porque não se trouxe aos autos qualquer impugnação a esse respeito. O que mais importa em sobrelevar no presente *writ* é o aspecto penal da questão, razão pela qual discordo do bem elaborado Parecer da ilustre

Procuradora, apesar de, ao final, deferir-lhe o pedido de conceder a ordem, mas por fundamentos outros.

Dizem os impetrante que o paciente fora demitido e que soubera, posteriormente, que o titular da Samor havia feito uma transação comercial com os bens que haviam sido penhorados com os Senhores de nome Antônio e Sérgio, possíveis proprietários da Clínica Apromed. Pesquisara o endereço da mencionada empresa, informando nos autos tudo que sabia a respeito, conforme petição de fls. 28.

A norma constitucional que excepciona a prisão civil em razão de depositário infiel (art. 5º, LXVII, CF/88) não encobre situações fáticas onde não esteja devidamente caracterizada a infidelidade do depositário. Incorre em flagrante coação eivada de ilegalidade ou abuso de poder o decreto prisional que não observa tal condição. Tentou o depositário pesquisar acerca do paradeiro dos bens penhorados, tendo conseguido saber até mesmo a empresa à qual foram negociados os ditos bens, indicando em petição nos autos da reclamação trabalhista o nome das pessoas e o possível endereço da empresa, sem sucesso, ante a diligência do Oficial de Justiça.

É preciso ter em conta que a prisão do depositário infiel encontra respaldo apenas quanto à infidelidade do depósito, em nada sendo referenciado à dívida. Após ter oportunizado ao depositário ultrapassar as possibilidades de se insurgir contra a alegação de infiel depositário e justificar o desvio dos bens, conforme notícia de realização de audiência de conciliação e julgamento constante nas informações do Juízo Laboral (fls. 37), não cabia a expedição do decreto prisional, quando assente que não fora ele, o depositário, o que dera causa ao desaparecimento dos bens, não havendo como dele exigir-se a apresentação forçosamente.

Precedente do TRF-4ª Região, em ementa da lavra da MM. Juíza Tania Terezinha Cardoso Escobar, assim houvera decidido:

“PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL EM EXECUÇÃO TRABALHISTA. PENHORA. DESAPARECIMENTO INVOLUNTÁRIO DOS BENS NÃO CARACTERIZA A IN-

FIDELIDADE DO DEPÓSITO.

1. Estando a situação fática do depositário infiel afastada substancialmente do desaparecimento involuntário dos bens, em razão do depositário-paciente ter sido afastado da guarda das mercadorias penhoradas por motivo a que não deu causa, há constrangimento ilegal, cabendo que se confirme a liminar concedida, revogando-se o decreto de prisão originária do Juízo Laboral de Curitiba.

2. Ordem concedida à unanimidade". (HC 96046422715/PR. T.2. Decisão: unânime, 06/02/97. DJ 26/02/97, p. 9898).

Ex positis, expeça-se salvo-conduto ao Sr. José Almeida da Silva, concedendo-se, assim, a ordem requestada.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 1.561-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Impetrante: DR. LUÍS RICARDO NOBRE PESSOA
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA - AL
Paciente: LUIZ ANTÔNIO DE SOUZA FILHO (RÉU PRESO)

EMENTA: HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PORTE ILEGAL DE ARMA. PRISÃO PREVENTIVA. INSTRUÇÃO. EXCESSO DE PRAZO. INFLUÊNCIA DA DEFESA. FASE DO ART. 499 DO CPP.

- Não obstante a norma processual penal estabeleça prazos mínimos para a formação da culpa na hipótese de réu sob custódia processual, têm todos os tribunais pátrios firmado o sério entendimento de que não configura constrangimento ilegal, a ensejar o deferimento da ordem, a transposição de tais interregnos em alguns casos, tudo em harmonia com o princípio da ra-

zoabilidade, como, verbi gratia, quando haja a defesa provocado o não cumprimento dos prazos. (Súmula nº 64 do STJ: “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”).

- Queda superada qualquer alegação de excesso de prazo quando já se encontrar concluída a instrução, estando o processo na fase do art. 499 do Código de Processo Penal. (Súmula nº 52 do STJ: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”).

- Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, julgando prejudicado o pleito pela concessão de medida liminar, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 5 de dezembro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Versam os autos acerca de ação de *habeas corpus*, com pedido de liminar, proposta em favor de Luiz Antônio de Souza Filho, de qualificação nos autos, em que se aponta como autoridade coatora o MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas, Dr. Wildo Lacerda Dantas, nos autos da Ação Criminal nº 2002.80.00.005291-9, em que se imputa ao paciente, juntamente com outros denunciados, a prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (*roubo duplamente qualificado*),

com as agravantes do art. 61, I e II, alínea *b*, do mesmo diploma legal, e no art. 10 da Lei nº 9.437/97 (*porte ilegal de arma*).

Fundamentou o constrangimento ilegal invocado no excesso de prazo para conclusão da instrução criminal que entendeu perpetrado, inclusive “por culpa exclusiva da autoridade apontada como coatora” (fls. 03).

Pugnou pela revogação da prisão em flagrante do paciente.

Despacho reservando a apreciação pela medida acautelatória a momento posterior à instrução do feito, tendo em vista não ter o impetrante trazido qualquer expediente a dar ensejo à análise do pleito, às fls. 09/11.

A autoridade apontada coatora prestou, por meio do ofício de fls. 15/17, o qual fez acompanhar de cópias de documentos constantes dos autos originários, as informações requisitadas, apontando haver decretado a prisão preventiva de todos os acusados, a fim de garantir a instrução criminal e a permitir, com segurança, a aplicação da lei penal e a manutenção da ordem pública.

O Ministério Público Federal propugnou pela improcedência do pedido mandamental, a bem da ordem pública e da aplicação da lei penal (fls. 80/85).

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Resume-se a querela dos autos, tão-só, à ocorrência de excesso de prazo injustificado para a conclusão da instrução, a ensejar o constrangimento ilegal em desfavor do paciente, e por esse prisma examino o presente remédio.

Recordo, de logo, que, não obstante a norma processual penal estabeleça prazos mínimos para a formação da culpa na hipótese de réu sob custódia processual, têm todos os tribunais pátrios firmado o sério entendimento de que não configura constrangimento ilegal, a ensejar o deferimento da ordem, a transposição de tais interregnos em alguns casos, tudo em harmonia com o princí-

pio da razoabilidade, como, *verbi gratia*, quando haja a defesa provocado o não cumprimento dos prazos.

Impende aclarar, nesse ínterim, que, como bem ponderou o Excelentíssimo Senhor Procurador Regional da República, Dr. Benedito Izidro da Silva, “o excesso de prazo foi sim provocado por ato do paciente, mas não ato processual, e sim ato que se consubstancia em novo delito - art. 147 do CP” (fls. 82).

De fato, veja-se o teor de trecho da decisão de fls. 18:

“No curso do presente processo criminal, determinou-se a transferência do acusado Jandirson de Lima Andrade para a prisão da cidade de João Pessoa, no Estado da Paraíba, de onde é originário e onde tem parentes, que confessou a prática do delito e que se sentia ameaçado de compartilhar o mesmo estabelecimento prisional do acusado Luiz Antônio Souza Lima.

A instrução foi prejudicada, tendo em vista a necessidade de se expedirem cartas precatórias para realização de atos processuais referentes ao mencionado acusado na Seção Judiciária da Paraíba.

(...)

Observo (...) que o desatendimento do prazo processual se deve exclusivamente à periculosidade do referido acusado, de que dá conta a folha de antecedentes criminais (fls. 94/95), não se podendo aceitar que esse atendimento de formalidade, meramente burocrático, ponha em liberdade o acusado, indivíduo extremamente perigoso, pois que isso implicará na influência que certamente exercerá sobre o outro acusado, com sérios riscos para a vida deste e para a manutenção das provas indispensáveis à conclusão do processo”.

Ora, a questão é, inclusive, sumulada por tribunal superior, no caso, o enunciado nº 64 da Súmula do e. Superior Tribunal de Justiça, de teor: “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”.

De toda sorte, tenho como superada qualquer alegação de excesso de prazo, em razão de já se encontrar concluída a instrução, estando o processo na fase do art. 499 do Código de Processo Penal (requerimento das partes por possíveis diligências, “cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução”), consoante testifica o Julgador monocrático às fls. 16.

O tópico é igualmente sumulado pelo STJ, por meio do Verbo Sumular nº 52: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”.

Relacionarei alguns recentes excertos jurisprudenciais, todos do e. STJ, acerca do tema, tão-somente à guisa de ilustração:

“Encerrado o sumário de culpa e encontrando-se o processo na fase de diligências (CPP, art. 499), desaparece a consistência da alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo. Inteligência da Súmula nº 52, deste Tribunal”. (HC nº 20046/SP – 6ª Turma, unânime - Rel. Min. Vicente Leal - DJ 13/05/2002, pág. 234).

“HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PROCESSO NA FASE DO ARTIGO 499 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. LIBERDADE PROVISÓRIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO INOCORRENTE.

1. ‘Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo’. (Súmula do STJ, Enunciado nº 52).

2. Em estando presentes os requisitos da custódia cautelar, não há falar em concessão de liberdade provisória (artigo 324, inciso IV, do Código de Processo Penal).

3. Pedido parcialmente conhecido e denegado”. (HC nº 17705/RS – 6ª Turma, unânime - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - DJ 26/08/2002, pág. 316).

“PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ALEGA-

ÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. AÇÃO COMPLEXA. PLURALIDADE DE RÉUS. EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS. PROCESSO NA FASE DO ARTIGO 499 DO CPP.

1. Não há constrangimento ilegal quando se excede razoavelmente o prazo da conclusão da instrução da ação penal, esta de caráter complexo, com inúmeros réus, onde foram expedidas várias precatórias de inquirição de testemunhas.

2. Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em princípio, não ocorre constrangimento ilegal por excesso de prazo se a ação se encontra na fase do art. 499 do Código de Processo Penal.

3. *Habeas corpus* denegado”. (HC nº 16450/SP – 6ª Turma, unânime - Rel. Min. Paulo Gallotti - DJ05/11/2001, pág. 143).

“CRIMINAL. HC. EXCESSO DE PRAZO. PROCESSO SUSPENSO PARA A REALIZAÇÃO DE INCIDENTE DE SANIDADE MENTAL. FASE DE DILIGÊNCIAS. ART 499, CPP. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SÚM. Nº 52/STJ. ORDEM DENEGADA.

- Não se acolhe alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa se os autos demonstram encontrar-se o feito com a instrução encerrada, sendo certo que o exame pericial requisitado - e que seria a causa da paralisação do feito - já foi realizado, encontrando-se no aguardo das assinaturas dos peritos.

- Incidência da Súm. nº 52/STJ.

- Não obstante, eventual demora na realização do exame foi devidamente justificada.

- Ordem denegada”. (HC nº 15015/RJ – 5ª Turma, unânime - Rel. Min. Gilson Dipp - DJ 11/06/2001, pág. 243).

Mercê do exposto, denego a ordem requerida, julgando prejudicado o pedido por medida liminar.

Assim voto.

INQUÉRITO Nº 442-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Indiciado: DARCY ALVES DE LACERDA
Advogado: DR. ANTÔNIO REMÍGIO DA SILVA JÚNIOR (INDICIADO)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA CONTRA PREFEITO MUNICIPAL. CONDOTA QUE, SE CRIMINOSA, TEVE COMO VÍTIMA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA DO TRF PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO. INDÍCIOS DE AUTORIA E DE MATERIALIDADE. RECEBIMENTO.

- Sendo denunciado alguém que esteja no exercício do cargo de Prefeito Municipal por crime que, se cometido, teve como vítima a administração da Justiça do Trabalho, é competente o Tribunal Regional Federal que exerça jurisdição sobre a área jurisdicionada pelo juízo trabalhista ofendido. Homenagem simultânea ao foro privilegiado, a que faz jus o edil, e à natureza federal dos serviços ofendidos, que atrai a competência para o âmbito da Justiça Federal.

- Estando presentes indícios de autoria e de materialidade de ilícito penal (determinações, originadas de magistrado trabalhista, encaminhadas pessoalmente a Prefeito Municipal, que deixou de adotar as providências reclamadas pelo Judiciário), examinados ainda que em exame perfunctório, é de rigor seja recebida a denúncia, forte em que a conduta configura, em tese, o crime previsto no Decreto-lei nº 201/67, em seu art. 1º, XIV.

- Denúncia recebida.

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, por maioria, receber a denúncia, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 3 de abril de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Cuida-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra Darcy Alves de Lacerda, Prefeito Municipal de Aguiar (PB), porque este teria cometido o crime previsto no tipo encartado no Decreto-lei 201/67, em seu art. 1º, XIV.

O fato, simples de ser resumido, consistiu em que S. Exa., embora tenha recebido pessoalmente determinação no sentido de fazer apresentar ao Juízo Trabalhista da Vara de Sousa (PB) a evolução salarial da reclamante Maria José Nunes de Sousa (que litigava contra o Município), não o fez no prazo estipulado, nem apresentou, por escrito, o motivo da recusa ou da impossibilidade.

Estariam presentes, assim, no sentir do MP, indícios de autoria e de materialidade que justificariam o início da *persecutio in judicio*, forte em que a norma alhures referida amoldaria, em tese, a recalcitrância do edil.

Com a exordial acusatória, veio colacionada farta documentação.

Notificado para apresentar sua resposta antes do momento de deliberação sobre o recebimento da denúncia (Lei nº 8.038/90, art. 4º), o Sr. Prefeito defendeu, inicialmente, ser incompetente este Regional para processá-lo e julgá-lo; no mérito, pugnou pela incorrência de qualquer prejuízo, seja ao erário municipal, seja à **“tramitação dos autos perante a única Vara do Trabalho de Sou-**

sa, pois a exeqüente Maria José Nunes de Sousa irá receber os seus numerários na ordem cronológica de precatórios a ser quitado [sic] pela Prefeitura” (fls. 134).

É o relatório.

VOTO

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

Analisando os autos e formando um juízo de valor, ainda que perfunctório, sobre os fatos descritos na denúncia, estou convicto de que esta mereça mesmo ser recebida.

Diga-se, desde já, que, sendo denunciado alguém que esteja no exercício do cargo de Prefeito Municipal por crime que, se cometido, teve como vítima a administração da Justiça do Trabalho, é competente o Tribunal Regional Federal que exerça jurisdição sobre a área jurisdicionada pelo Juízo Trabalhista ofendido. Tudo em homenagem simultânea ao foro privilegiado, a que faz jus o edil, e à natureza federal dos serviços ofendidos, que atrai a competência para o âmbito da Justiça Federal.

Lembro, por outro lado, que não se trata aqui, justo por ser este um juízo prefacial, de compreender formada a culpa em sua inteireza. Basta, neste momento, estarem presentes indícios de materialidade de um crime, bem assim traços razoáveis de sua autoria, a fim de que se inicie a demanda penal, exatamente como quer o MP.

Por isso que os efeitos jurídicos de um eventual acordo celebrado no âmbito da Justiça do Trabalho entre o Município e a reclamante (que parece mesmo ter existido), encerrando a lide trabalhista, devem ser levados em conta apenas por ocasião do próprio julgamento da ação penal. Interessa aqui, como realçado na denúncia, que entre a requisição dos documentos pela autoridade judiciária e o efetivo cumprimento da determinação distaram mais **“de longos dois anos”** (fls. 03), o que equivale, na prática, a descumprir o comando judicial.

Os documentos colacionados sugerem, de fato, a ocorrência de um verdadeiro descumprimento de ordem judicial. Um descum-

primento desses que inviabilizam a própria prestação da justiça, amesquinhando o seu relevo, tudo com grande prejuízo à própria credibilidade das instituições.

Assim, digo de novo, estando presentes indícios de autoria e de materialidade de ilícito penal (determinações, originadas de magistrado trabalhista, encaminhadas pessoalmente a Prefeito Municipal, que deixou de adotar as providências reclamadas pelo Judiciário), examinados ainda que em exame perfunctório, é de rigor seja recebida a denúncia, forte em que a conduta configura sim, em tese, o crime previsto no Decreto-lei nº 201/67, em seu art. 1º, XIV.

Sou pelo recebimento da denúncia.

É como voto.

INQUÉRITO Nº 539-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Indiciado: SEM INDICIADO
Partes Rés: RAIMUNDO WEBER DE ARAÚJO, MARIA JOSÉ TORQUATO ARAÚJO E MANOEL GEDEON CARNEIRO SILVA
Advogados: DRS. NEUZEMAR GOMES DE MORAES E OUTROS E HUMBERTO LOPES TABOSA E OUTROS (PARTES RÉ)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. NEGATIVA DE EXECUÇÃO DE LEI FEDERAL. FUNDEF. PREFEITO E SECRETÁRIOS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. RECEBIMENTO.

- Não é inepta a denúncia que expõe os fatos tidos por delituosos, a qualificação dos acusados e a classificação do crime, cabendo à fase instrutória a correta tipificação penal, posto que o

réu se defende dos fatos e não da tipificação carreada a priori pelo Parquet.

- Se com as respostas dos denunciados não se demonstra, de pronto, a ocorrência de qualquer das hipóteses do artigo 43 do Código de Processo Penal, a denúncia não deve ser rejeitada.

- Denúncia recebida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e examinados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, receber a denúncia e indeferir o pedido de afastamento do Prefeito, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que integram o presente.

Custas, como de lei.

Recife, 13 de novembro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuidam os autos de inquérito onde se investigam irregularidades na aplicação de verbas oriundas do FUNDEF - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, ocorridas, em tese, no Município de Russas, Estado do Ceará.

Foram denunciados o Prefeito, o Secretário de Educação e a Secretária de Finanças do indigitado Município, pelas seguintes irregularidades:

1. aplicação dos recursos do FUNDEF na remuneração do magistério, em percentual inferior ao mínimo de 60% exigido por Lei;
2. pagamento de despesas com fretes de veículos, em deso-

bediência à legislação pertinente, contratando sem licitação veículos particulares, quando deveriam ser contratados por licitação veículos de aluguel;

3. formação irregular do Conselho de Acompanhamento e Fiscalização do FUNDEF.

Entendendo que o Prefeito é o gestor municipal, responsável primeiro pelas contas de governo; que o Secretário de Educação é o ordenador de despesas do FUNDEF e que a Secretária de Finanças assina conjuntamente com o Secretário de Educação os cheques dos recursos oriundos do FUNDEF, conclui o *Parquet* que os denunciados agiram em co-autoria delitiva, enquadrando-se suas ações nos ilícitos do artigo 1º, incisos III, IV, V, XI e XIV do Decreto-lei 201/67, c/c artigos 29 e 69 do Código Penal. Pugnando pelo recebimento da denúncia e pelo afastamento do Prefeito.

Em suas respostas, os denunciados afirmam, em preliminar, que é inepta a peça acusatória inicial, posto que, ao tipificar as suas condutas, a denúncia elenca vários incisos do artigo 1º do Decreto-lei 201/67, sem especificar a qual inciso corresponde cada ação.

Afirmam, ainda, que há nos autos documentos apontando gastos superiores ao patamar mínimo exigido por lei com o pagamento do magistério municipal. Sustentam, ainda, que ocorre *bis in idem*, posto que as mesmas condutas estão sendo enquadradas como incursas no Decreto-lei 201/67 e na Lei 9.424/96. Asseguram que houve licitação para a contratação dos veículos e que houve nomeação e publicação regular do Conselho de Acompanhamento e Fiscalização do FUNDEF. Por fim, afirmam que estão ausentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, caracterizadores de medida extrema de afastamento do Prefeito.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Em sede preliminar, respondem os denunciados que é inepta a denúncia, posto que os acusa de prática de atos que capitula em diversos incisos do Decreto-lei 201/67, sem especificar a qual in-

ciso corresponde cada conduta tida por delituosa.

É despidiendo trazer à colação dos presentes autos os diversos julgamentos que já sedimentaram a jurisprudência pátria, firmando a posição de que o réu se defende dos fatos e não da tipificação que se lhes dá o *Parquet*. Assim, não configura nulidade o fato da denúncia tipificar os fatos atribuídos aos denunciados elencando vários incisos do artigo 1º do Decreto-lei 201/67, posto que, ao final da instrução, a tipificação dos fatos pode vir a ser enquadrada em um ou mais incisos da norma em comento, ou mesmo em outra norma que não a carreada à exordial, posto que são várias as condutas tidas por delituosas.

Assim, rejeito a preliminar de inépcia da denúncia.

No mérito, verifica-se que os autos são instruídos com cópia do resultado de uma Comissão Parlamentar de Inquérito promovida pela Assembléia Legislativa do Ceará, que concluiu por ter havido irregularidades na aplicação de verba do FUNDEF. Com as respostas, vieram alegações que importam em analisar o mérito da acusação do *Parquet*, com afirmações diametralmente opostas ao narrado na denúncia, o que exige um exame aprofundado de provas, alvo de pronunciamento do mérito da ação penal e não da análise do recebimento ou não da denúncia.

Os denunciados não demonstraram com suas respostas que os fatos narrados na exordial não constituem crime. Da mesma forma, não demonstraram estar extinta a punibilidade, ou que é manifesta a ilegitimidade da parte, ou mesmo que falta condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. Desse modo, não se fazendo presentes as hipóteses do artigo 43 da Lei Adjetiva Penal, deve ser recebida a denúncia com seus ulteriores procedimentos.

Por essas razões, recebo a denúncia.

Quanto ao pedido de afastamento do Prefeito, verifica-se que não há um fato determinante para essa providência, posto que nada há nos autos que patrocine essa medida extrema, podendo, no curso de instrução processual, caso demonstre o órgão acusador essa necessidade, a questão voltar a ser analisada.

É como voto.

REMESSA EX OFFICIO Nº 68.329-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS
Parte Autora: ANTÔNIO PEIXOTO DE ARAÚJO
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL -
INSS
Advogados: DRS. MARIA VILANY PINHEIRO DE ARAÚJO (PARTE A) E VANESSA MIRNA BARBOSA G. TAVA E OUTROS (PARTE R)

EMENTA: DIREITO DE RENÚNCIA À APOSENTADORIA PREVIDENCIÁRIA PARA FINS DE CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL NO SERVIÇO PÚBLICO. SITUAÇÃO MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE.

- A renúncia da aposentadoria previdenciária devidamente justificada e com natureza de opção para fins de contagem de tempo de serviço em outro sistema que lhe permita a percepção de proventos de maior valor não contraria a finalidade da instituição dos benefícios previdenciários, no seu contexto social, já que visa um aumento pecuniário na fonte de subsistência do segurado. Neste caso, constitui, a opção, um direito irrenunciável por parte do titular do benefício.

- Preliminar de litisconsórcio da União rejeitada.

- Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento à remessa oficial, 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, 12 de dezembro de 2002 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS:

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar interposto por Antônio Peixoto de Araújo contra ato reputado ilegal e abusivo, atribuído ao Gerente Regional do Seguro Social do INSS-RN, que negou ao impetrante o direito ao cancelamento de sua aposentadoria previdenciária para computar o respectivo tempo de serviço em seus assentos funcionais existentes no Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, objetivando, no futuro, aposentar-se como Juiz do Trabalho.

O Julgador singular, ouvido o Ministério Público que opinou pelo acolhimento do *writ*, julgou procedente o pedido para determinar ao impetrado que proceda ao imediato cancelamento do benefício de aposentadoria de que é titular o impetrante, sob o nº 055174317/4, devendo ainda o instituto autárquico entregar-lhe, no prazo de cinco dias úteis, a respectiva certidão de tempo de serviço, conforme requerido.

Contra essa decisão não houve recurso voluntário. Sentença sujeita a duplo grau de jurisdição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NEREU SANTOS (Relator):

Versa a presente ação sobre pedido de renúncia à aposentadoria previdenciária para fins de contagem de tempo de atividade no serviço público.

A autarquia previdenciária, nas suas informações, defende a ausência do *periculum in mora* para denegação liminar, levantando preliminar de litisconsórcio passivo necessário da União Federal. No mérito, sustenta a irreversibilidade e irrenunciabilidade dos benefícios previdenciários, com base no art. 58, § 2º, do Decreto 2.172/97, pedindo a extinção do processo com fulcro nos arts. 295, II, e 267, VI, do Código de Processo Civil, combinado com o art. 8º da Lei nº 1.533/51.

O Juiz rejeitou a preliminar acerca da necessidade da União integrar a lide no pólo passivo e, no mérito, concedeu a segurança ao fundamento, sintetizado, de que, no caso presente, não se trata de simples renúncia, mas sim de uma abdicação de direito com cunho de opção, capaz de permitir ao segurado a utilização do seu tempo de serviço para aquisição de aposentadoria mais vantajosa em outro sistema, determinando ao INSS que proceda ao imediato cancelamento do benefício de aposentadoria de que é titular o impetrante, fornecendo-lhe a respectiva certidão de tempo de serviço.

Tenho que não merece reparo a sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

No tocante à preliminar de litisconsórcio passivo necessário da União, entendo que deva ser rejeitada, já que o que pretende o impetrante é, tão-somente, poder renunciar à aposentadoria previdenciária, a qual vem percebendo, ao mesmo tempo em que pleiteia a expedição de certidão de tempo de serviço, não havendo, pois, razão da União figurar na lide.

Quanto ao mérito, entendo que o direito de renúncia à aposentadoria previdenciária para fins de contagem do tempo de serviço em outro sistema encontra respaldo no entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça, exemplificado pela decisão unânime da 2ª Turma, na Apelação Cível de nº 133.529/CE (98.05.09283-6), julgada em 28 de abril de 1998, na qual figurou como relator o Juiz Araken Mariz (*RPS*-ano XXIV – nº 232 - março/2000).

As razões do bem-lançado voto assim dispõem:

“No mérito, há que se registrar que a solução do presente litígio não deve ater-se apenas à letra fria da lei, mas ao que objetiva o legislador previdenciário, à natureza dos benefícios previdenciários e à sua finalidade no contexto social.

Sabido é de todos que o direito à vida é personalíssimo e, como tal, inderrogável e irrenunciável, logo os benefícios previdenciários, por consistirem na fonte de subsistência da maioria da população, também não poderiam deixar de possuir tal natureza, visto que, assim como determinados direitos e van-

tagens trabalhistas, não permanecem na esfera de discricionariedade do titular do direito justamente para impedir que seja coagido, por motivos diversos, a renunciar a sua fonte de subsistência. Assim esclarecido, não pode ter sido outro o espírito do legislador previdenciário quando estabeleceu que a aposentadoria do segurado cessa com a morte (art. 122, do Decreto nº 83.080/79), ou que são irreversíveis e irrenunciáveis (art. 58, § 2º, do Decreto nº 2.172/97).

Tal proteção legal ao aposentado, entretanto, não deve ser interpretada ao extremo de causar prejuízos econômicos à sua própria subsistência, pois, assim, estaríamos contrariando o próprio espírito da lei. *In casu*, a renúncia do aposentado está devidamente fundamentada e justifica-se para permitir a averbação do tempo de serviço para fins de aposentadoria estatutária. Não há que se falar, ainda, em prejuízos para nenhuma das partes envolvidas. A parte autora terá maiores vantagens em deixar de receber proventos do INSS, uma vez que, renunciando à aposentadoria, poderá diminuir o tempo de serviço junto ao seu órgão de origem, que lhe permitirá a percepção de proventos de maior valor, e, por sua vez, o INSS deixará de custear os proventos do autor, ficando, assim, com mais recursos para conceder benefícios para aqueles que contam com apenas uma fonte de subsistência.

Também não merece acolhida a alegação de que o direito à aposentadoria só pode ser renunciado antes de concedido, pois a natureza do direito à aposentadoria, antes ou depois de sua concessão, é a mesma. Só se justifica uma renúncia, em ambas as situações, para beneficiar o segurado. Os atos de natureza previdenciária ainda gozam do privilégio de poder ser revistos, pelo menos no âmbito do serviço público, quando para beneficiar o aposentado, não fazendo, assim, sentido alegar-se o ato jurídico perfeito como obstáculo para alterar-lhe a for-

ma de concessão, nos termos do parágrafo quarto, art. 40, da CF/88.

Há, ainda, de se ressaltar que, no caso, não irá operar-se uma renúncia pura e simples, pois esta tem a natureza de opção. Em sendo também opção, é comum que o legislador, visando impedir a concessão de benefícios da mesma natureza, faculte e, em determinados casos, obrigue o particular a assim proceder.

Por entender possível o direito à renúncia da aposentadoria previdenciária devidamente justificado e com natureza de opção para fins de contagem de tempo de serviço, conforme dispõe o parágrafo segundo do art. 202 da CF/88, entendo também devida a expedição de certidão de tempo de serviço, uma vez que, não sendo utilizado o mesmo tempo para fins de contagem de benefícios diversos, não se contraria o disposto na legislação previdenciária”.

Nesse mesmo sentido, as eg. 1ª e 4ª Turmas têm assim se pronunciado, conforme se depreende das ementas que trago à colação:

“PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE.

1. Não há óbice legal à renúncia da aposentadoria previdenciária a disposição do art. 58, parágrafo 2º, do Decreto 2.172/97, dada a sua natureza puramente regulamentar, não tem força para criar, extinguir ou modificar direitos, somente possível mediante lei em sentido formal.

2. A ocorrência de ato jurídico perfeito na aposentadoria previdenciária regularmente concedida não impede a renúncia do segurado.

3. Tal como o direito adquirido e o direito emanado de coisa julgada, pode o direito resultante do ato jurídico perfeito, no caso da aposentadoria previdenciária, ser renunciado com vistas a possibilitar a contagem do mesmo tempo de serviço para fins de aposentadoria estatutária.

4. Remessa oficial improvida”. (REO 77896-PB, 1ª T., Rel. Des. Federal Castro Meira, julg. à unân. em 18/04/02).

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. RENÚNCIA. POSSIBILIDADE.

1. O direito à aposentadoria é patrimonial.

2. Admissível a renúncia à aposentadoria especial com a conseqüente expedição de certidão de tempo de serviço com vistas à obtenção de nova aposentadoria, mais benéfica ao segurado.

3. Precedentes.

4. Apelo e remessa oficial não providos”. (AC 231974-PE, 4ª T., Rel. Des. Federal Carlos Rebêlo Júnior, julg. à unân. em 20/08/02).

Com base nas considerações expostas, rejeito a preliminar e nego provimento à remessa oficial, acolhendo, integralmente, os argumentos expostos no voto acima transcrito, mantendo a sentença em todos os seus termos.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ÍNDICE SISTEMÁTICO JURISPRUDÊNCIA

Ação Rescisória

2428-RN	Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante	23
---------	---	----

Agravo de Instrumento

27647-CE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	33
31815-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	40
39631-PE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria	46
44393-CE	Rel. Des. Federal Castro Meira	51
44834-CE	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho	55
44980-CE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria	64

Agravo Regimental na Petição

3041-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	71
---------	--	----

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento

45510-AL	Rel. Des. Federal Ridalvo Costa	75
----------	---------------------------------------	----

Apelação Cível

120071-PE	Rel. Des. Federal Ridalvo Costa	80
136139-SE	Rel. Des. Federal Castro Meira	84
169208-PE	Rel. Des. Federal Manoel Erhardt (Convocado)	91
184789-PE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	96
212219-RN	Rel. Des. Federal Alcides Saldanha (Convocado)	102

242338-CE	Rel. Des. Federal Élio Siqueira (Convocado)	110
-----------	--	-----

Apelação Criminal

2052-PE	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira	118
2708-PE	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira	132

Apelação em Mandado de Segurança

71860-PE	Rel. Des. Federal Manoel Erhardt (Convocado)	146
73522-AL	Rel. Des. Federal Frederico Azevedo (Convocado)	151
76932-PE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima	159
80226-PE	Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho	176
82200-RN	Rela. Des ^a Federal Margarida Cantarelli	181

Embargos à Execução

0015-AL	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	186
---------	--	-----

Embargos Infringentes em Ação Rescisória

1568-CE	Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante ..	194
---------	---	-----

Embargos Infringentes em Apelação Cível

177362-SE	Des. Federal Francisco Cavalcanti (Voto-vista - vencido)	200
-----------	---	-----

Habeas Corpus

1501-PE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	276
---------	---------------------------------------	-----

1525-PE	Rel. Des. Federal Paulo Machado Cordeiro (Convocado)	284
1561-AL	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	289

Inquérito

442-PB	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima	295
539-CE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	298

Remessa *Ex Officio*

68329-RN	Rel. Des. Federal Nereu Santos	302
----------	--------------------------------------	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

A

Adm	Ação civil pública. Depósitos de lixo nas proximidades de instalações aeroportuárias. Violação às normas de segurança do tráfego aéreo e ao meio ambiente. Interdição. Determinação para construção de aterro sanitário. Atos administrativos. Possibilidade de controle pelo Poder Judiciário. AC 212219-RN 102
PrCv	Ação rescisória. Reajustes de 84,32% (IPC de março de 1990) e 26,05% (URP de fevereiro de 1989). Ocorrência de violação a literal disposição de lei. Reconhecimento. EI na AR 1568-CE 194
Prev	Ação rescisória. Violação de literal disposição de lei. Auxílio-doença. Transformação em aposentadoria por invalidez. Atualização do benefício pelo ADCT, art. 58. Impossibilidade. AR 2428-RN 23
PrCv	Agravo regimental. Conflito entre ato da presidência, que suspendeu os efeitos de liminar prolatada no primeiro grau de jurisdição, e decisões posteriores do Relator e da Turma em agravo de instrumento, que mantiveram os efeitos da liminar do primeiro grau de jurisdição. Prevalência das decisões judiciais em detrimento da decisão político-administrativa do Presidente do Tribunal. AgRg na Pet 3041-PE 71
Cv	Alienação de imóvel. Licitação. Descumprimento do pactuado no edital de concorrência pública. Indenização dos prejuízos causados aos autores. Direito. Nova licitação.

	Falta de indicação do preço mínimo no edital. Nulidade. AC 184789-PE 96
Ct, Adm e PrCv	Antecipação de tutela. Agravo de instrumento. Remoção a pedido. Princípio da unidade familiar. Necessidade de compatibilizar os interesses e conveniências familiares com aqueles da Administração. AgTr 44834-CE 55
Prev	Aposentadoria previdenciária. Direito de renúncia para fins de contagem do lapso temporal no serviço público. Situação mais benéfica. Possibilidade. REO 68329-RN 302
Adm	Atos administrativos. Possibilidade de controle pelo Poder Judiciário. Ação civil pública. Depósitos de lixo nas proximidades de instalações aeroportuárias. Violação às normas de segurança do tráfego aéreo e ao meio ambiente. Interdição. Determinação para construção de aterro sanitário. AC 212219-RN 102
Adm	Atos administrativos. Presunção de Legitimidade. CEF. Licitação. Contrato de prestação de serviços de vigilância. Qualificação da empresa vencedora para prestar os serviços contratados. Idoneidade do certificado de habilitação. AgTr 31815-PE 40
Prev	Auxílio-doença. Transformação em aposentadoria por invalidez. Atualização do benefício pelo ADCT/88, art. 58. Impossibilidade. Ação rescisória. Violação de literal disposição de lei. AR 2428-RN 23

B

Trbt	Base de cálculo. COFINS e PIS. Lei nº 9.718/98. MP 1.807/99. Lucro bruto. Aplicação exclusiva às instituições financeiras. Alegação de ofensa ao princípio da isonomia tributária. Improcedência. AMS 82200-RN 181
------	--

C

Ct e Trbt	COFINS e PIS. Concessionárias de veículos. Base de cálculo. Faturamento. Não cumulatividade. Princípio da isonomia. AMS 76932-PE 159
Trbt	COFINS e PIS. Lei nº 9.718/98. MP 1.807/99. Base de cálculo. Lucro bruto. Aplicação exclusiva às instituições financeiras. Alegação de ofensa ao princípio da isonomia tributária. Improcedência. AMS 82200-RN ... 181
Trbt	COFINS e PIS/PASEP. Distribuidoras de petróleo. Substituição tributária disfarçada. Não caracterização. Alteração da LC nº 70/91 por lei ordinária. Possibilidade. AgTr 39631-PE 46
Adm e PrCv	Competência da Justiça Federal. Usucapião de domínio útil de terreno de marinha. Litisconsórcio da União Federal. AC 169208-PE 91
Ct e Trbt	Concessionárias de veículos. PIS e COFINS. Base de cálculo. Faturamento. Não cumulatividade. Princípio da isonomia. AMS 76932-PE 159

Ct e Adm	Concurso público. Candidato a vaga na área de direito. Limitação de idade. Impossibilidade. Afronta ao direito de livre acesso aos cargos públicos. AgTr 44393-CE 51
PrCv	Conflito entre ato da presidência, que suspendeu os efeitos de liminar prolatada no primeiro grau de jurisdição, e decisões posteriores do Relator e da Turma em agravo de instrumento, que mantiveram os efeitos da liminar do primeiro grau de jurisdição. Prevalência das decisões judiciais em detrimento da decisão político-administrativa do Presidente do Tribunal. Agravo regimental. AgRg na Pet 3041-PE 71
PrCv e	Contrato de adesão. Cláusula de eleição do foro. Abusividade. Direito do consumidor. Inteligência do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor. AgTr 27647-CE 33
Adm	Contrato de prestação de serviços de vigilância. CEF. Licitação. Qualificação da empresa vencedora para prestar os serviços contratados. Idoneidade do certificado de habilitação. Atos administrativos. Presunção de legitimidade. AgTr 31815-PE 40
Pen e PrPen	Crime de roubo qualificado pelo resultado. Lesão corporal grave e morte. Efetivo emprego da violência. Inocorrência da subtração. Crime de latrocínio consumado. Aplicação da Súmula 610 do STF. Co-autoria. Unidade de ação. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação. Pena de reclusão e multa. Regime fechado. Crime hediondo. Aplicação da Lei nº 8.072/90, art. 1º, II. ACr 2708-PE 132

D

Pen e PrPen	Denúncia contra Prefeito Municipal. Conduta que, se criminosa, teve como vítima a Administração da Justiça do Trabalho. Competência do TRF para processar e julgar o feito. Índícios de autoria e de materialidade. Inq 442-PB 295
PrPen e Pen	Depositário infiel. Prisão civil. Execução trabalhista. Penhora. Desaparecimento involuntário dos bens. Não caracterização de infidelidade do depositário. Coação ilegal. <i>Habeas corpus</i> preventivo. Concessão da ordem. HC 1525-PE 284
Adm	Depósitos de lixo nas proximidades de instalações aeroportuárias. Violação às normas de segurança do tráfego aéreo e ao meio ambiente. Interdição. Determinação de construção de aterro sanitário. Atos administrativos. Possibilidade de controle pelo Poder Judiciário. Ação civil pública. AC 212219-RN 102
Trbt	Distribuidoras de petróleo. PIS/PASEP e COFINS. Substituição tributária disfarçada. Não caracterização. Alteração da LC nº 70/91 por lei ordinária. Possibilidade. AgTr 39631-PE 46

E

PrCv	Embargos à execução. Reajuste geral da remuneração dos servidores públicos e dos soldos dos servidores militares. Percentual de 28,86%. Leis nºs 8.622 e 8.627, de 1993. Compensação requerida na execu-
------	--

	ção do julgado. Ausência de determinação no acórdão. Impossibilidade. Afronta à coisa julgada. Emb à execução 15-AL 186
PrCv e Cv	Embargos infringentes em apelação cível. Sistema Financeiro de Habitação – SFH. Exclusão da cláusula contratual de pagamento de resíduo. EI na AC 177362-SE (Voto-Vista) 200
Adm	Ensino superior. Exame Nacional de Cursos. Exclusão de estudantes concluintes. Direito líquido e certo dos estudantes concluintes de se submeterem ao Provão. AMS 71860-PE 146
Pen	Estelionato. Saque fraudulento do PASEP consumado. Banco do Brasil. Sociedade de economia mista. Condenação. Redução da pena. Não aplicação da causa especial de aumento do CPB, art. 171, § 3º. ACr 2052-PE 118
Adm	Exame Nacional de Cursos. Exclusão de estudantes concluintes. Direito líquido e certo dos estudantes concluintes de se submeterem ao Provão. Ensino superior. AMS 71860-PE 146
F	
Adm	Funções comissionadas. Servidores públicos. Incorporação dos valores aos seus proventos. Possibilidade. Não efetivação do Parecer GQ 203, de 09/12/99. AMS 73522-AL 151

H

Pen e PrPen	<i>Habeas corpus</i> . Roubo duplamente qualificado. Porte ilegal de arma. Prisão preventiva. Instrução. Excesso de prazo. Influência da defesa. Fase do CPP, art. 499. Denegação da ordem. HC 1561-AL 289
PrPen e Pen	<i>Habeas corpus</i> preventivo. Prisão civil de depositário infiel. Execução trabalhista. Penhora. Desaparecimento involuntário dos bens. Não caracterização de infidelidade do depositário. Coação ilegal. Concessão da ordem. HC 1525-PE 284
PrPen	<i>Habeas corpus</i> preventivo. Trancamento de inquérito policial. Falta de justa causa. Atos irregulares praticados por ex-Diretor-Chefe de autarquia federal (DNER). Acórdão do TCU. Remessa dos autos ao Ministério Público Federal. Posterior decisão do TCU desconsiderando tal remessa. Não configuração de ilícito penal. Concessão da ordem. HC 1501-PE 276

I

Adm	Indenização por danos morais e materiais. Dano ocorrido em aula prática de universidade. Conduta omissiva do professor. Perda da função visual do olho esquerdo. Responsabilidade civil. AC 242338-CE 110
Pen e PrPen	Inquérito. Recebimento. Negativa de execução de lei federal. FUNDEF. Prefeito e secretários. Inépcia da denúncia. <i>Bis in idem</i> . Inocorrência. Inq 539-CE 298

PrPen	Inquérito policial. Trancamento. Falta de justa causa. Atos irregulares praticados por ex-Diretor-Chefe de autarquia federal (DNER). Acórdão do TCU. Remessa dos autos ao Ministério Público Federal. Posterior decisão do TCU desconsiderando tal remessa. Não configuração de ilícito penal. <i>Habeas corpus</i> preventivo. Concessão da ordem. HC 1501-PE 276
-------	--

L

Pen e PrPen	Latrocínio consumado. Crime de roubo qualificado pelo resultado. Lesão corporal grave e morte. Efetivo emprego da violência. Inocorrência da subtração. Aplicação da Súmula 610 do STF. Co-autoria. Unidade de ação. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação. Pena de reclusão e multa. Regime fechado. Crime hediondo. Aplicação da Lei nº 8.072/90, art. 1º, II. ACr 2708-PE 132
Pen e PrPen	Lei federal. Negativa de execução. FUNDEF. Prefeito e secretários. Inépcia da denúncia. <i>Bis in idem</i> . Inocorrência. Inquérito. Recebimento. Inq 539-CE 298
Adm	Licitação. CEF. Contrato de prestação de serviços de vigilância. Qualificação da empresa vencedora para prestar os serviços contratados. Idoneidade do certificado de habilitação. Atos administrativos presunção de legitimidade AgTr 31815-PE 40
Cv	Licitação para alienação de imóvel. Descumprimento do pactuado no edital de concorrência pública. Indenização dos prejuí-

zos causados aos autores. Direito. Nova licitação. Falta de indicação do preço mínimo no edital. Nulidade. AC 184789-PE 96

Ct e Adm Limitação de idade. Concurso público. Candidato a vaga na área de direito. Impossibilidade. Afronta ao direito de livre acesso aos cargos públicos. AgTr 44393-CE 51

Adm e PrCv Litisconsórcio da União Federal. Usucapião. Domínio útil de terreno de marinha. Competência da Justiça Federal. AC 169208-PE 91

M

Prev Marido. Dependência econômica presumida. Pensão por morte de esposa. Óbito ocorrido na vigência da atual Constituição e antes da Lei nº 8.213/91. Princípio da igualdade. Decreto nº 89.312/84. CF/88, arts. 5º, I, e 201, V. AC 136139-SE 84

Trbt e PrCv Medida cautelar fiscal. Programa de Equalização dos Custos de Produção da Cana-de-Açúcar da Região Nordeste. Bloqueio da verba. Ativo circulante da empresa. Indisponibilidade vedada. Execução já garantida. AgRg no AgTr 45510-AL 75

Prev Morte de esposa. Pensão. Óbito ocorrido na vigência da atual Constituição e antes da Lei nº 8.213/91. Dependência econômica presumida do marido. Princípio da igualdade. Decreto nº 89.312/84. CF/88, arts. 5º, I, e 201, V. AC 136139-SE 84

P

Prev	Pensão por morte de esposa. Óbito ocorrido na vigência da atual Constituição e antes da Lei nº 8.213/91. Dependência econômica presumida do marido. Princípio da igualdade. Decreto nº 89.312/84. CF/88, arts. 5º, I, e 201, V. AC 136139-SE 84
Trbt	PIS. DL's 2.445/88 e 2.449/88. Resolução do Senado nº 49/95. MP 1.212/95. Não atendimento ao princípio da anterioridade. Compensação tributária. Via administrativa. Faculdade do contribuinte. Prescrição. Homologação tácita. Prazo decenal após a ocorrência do fato gerador. AMS 80.226-PE 176
Ct e Trbt	PIS e COFINS. Concessionárias de veículos. Base de cálculo. Faturamento. Não cumulatividade. Princípio da isonomia. AMS 76932-PE 159
Trbt	PIS e COFINS. Lei nº 9.718/98. MP 1.807/99. Base de cálculo. Lucro bruto. Aplicação exclusiva às instituições financeiras. Alegação de ofensa ao princípio da isonomia tributária. Improcedência. AMS 82200-RN ... 181
Trbt	PIS/PASEP e COFINS. Distribuidoras de petróleo. Substituição tributária disfarçada. Não caracterização. Alteração da LC nº 70/91 por lei ordinária. Possibilidade. AgTr 39631-PE 46
Pen e PrPen	Prefeito e secretários. Negativa de execução de lei federal. FUNDEF. Inépcia da denúncia. <i>Bis in idem</i> . Inocorrência. Inquérito.

	Recebimento. Inq 539-CE 298
Pen e PrPen	Prefeito Municipal. Denúncia. Conduta que, se criminosa, teve como vítima a Administração da Justiça do Trabalho. Competência do TRF para processar e julgar o feito. Índícios de autoria e de materialidade. Inq 442-PB 295
Trbt	Prescrição. Homologação tácita. Prazo decenal após a ocorrência do fato gerador. PIS. DL's 2.445/88 e 2.449/88. Resolução do Senado nº 49/95. MP 1.212/95. Não atendimento ao princípio da anterioridade. Compensação tributária. Via administrativa. Faculdade do contribuinte. AMS 80.226-PE 176
PrPen e Pen	Prisão civil de depositário infiel. Execução trabalhista. Penhora. Desaparecimento involuntário dos bens. Não caracterização de infidelidade do depositário. Coação ilegal. <i>Habeas corpus</i> preventivo. Concessão da ordem. HC 1525-PE 284
Trbt e PrCv	Programa de Equalização dos Custos de Produção da Cana-de-Açúcar da Região Nordeste. Bloqueio da verba. Ativo circulante da empresa. Indisponibilidade vedada. Execução já garantida. Medida cautelar fiscal. AgRg no AgTr 45510-AL 75

R

PrCv	Reajuste geral da remuneração dos servidores públicos e dos soldos dos servidores militares. Percentual de 28,86%. Leis nºs 8.622 e 8.627, de 1993. Compensação
------	---

	requerida na execução do julgado. Ausência de determinação no acórdão. Impossibilidade. Afronta à coisa julgada. Embargos à execução. Emb à execução 15-AL 186
PrCv	Reajustes de 84,32% (IPC de março de 1990) e 26,05% (URP de fevereiro de 1989). Ocorrência de violação a literal disposição de lei. Reconhecimento. Ação rescisória. El na AR 1568-CE 194
Ct, Adm e PrCv	Remoção a pedido. Princípio da unidade familiar. Necessidade de compatibilizar os interesses e conveniências familiares com aqueles da Administração. Antecipação de tutela. Agravo de instrumento. AgTr 44834-CE 55
Adm e Ct	Remoção a pedido. Servidor público. Lei nº 8.112/90, art. 36, III. Interpretação extensiva. AgTr 44980-CE 64
Prev	Renúncia à aposentadoria previdenciária. Direito para fins de contagem do lapso temporal no serviço público. Situação mais benéfica. Possibilidade. REO 68329-RN 302
Adm	Responsabilidade civil. Dano ocorrido em aula prática de universidade. Conduta omissiva do professor. Perda da função visual do olho esquerdo. Indenização por danos morais e materiais. AC 242338-CE 110
Pen e PrPen	Roubo duplamente qualificado. Porte ilegal de arma. Prisão preventiva. Instrução. Excesso de prazo. Influência da defesa. Fase do CPP, art. 499. <i>Habeas corpus</i> . Denegação da ordem. HC 1561-AL 289

S

Pen	Saque fraudulento do PASEP consumado. Estelionato. Banco do Brasil. Sociedade de economia mista. Condenação. Redução da pena. Não aplicação da causa especial de aumento do CPB, art. 171, § 3º. ACr 2052-PE 118
Adm e Ct	Servidor público. Remoção a pedido. Lei nº 8.112/90, art. 36, III. Interpretação extensiva. AgTr 44980-CE 64
Adm	Servidores públicos. Funções comissionadas. Incorporação dos valores aos seus proventos. Possibilidade. Não efetivação do Parecer GQ 203, de 09/12/99. AMS 73522-AL 151
PrCv e Cv	Sistema Financeiro de Habitação – SFH. Exclusão da cláusula contratual de pagamento de resíduo. Embargos infringentes em apelação cível. EI na AC 177362-SE (Voto-Vista) 200

T

Cv	Terreno de marinha. Usucapião de domínio útil. Inexistência de enfiteuse. Regime de ocupação. Impossibilidade da aquisição do domínio útil mediante usucapião. AC 120071-PE 80
PrPen	Trancamento de inquérito policial. Falta de justa causa. Atos irregulares praticados por ex-Diretor-Chefe de autarquia federal (DNER). Acórdão do TCU. Remessa dos autos ao Ministério Público Federal. Poste-

rior decisão do TCU desconsiderando tal remessa. Não configuração de ilícito penal. *Habeas corpus* preventivo. Concessão da ordem. HC 1501-PE 276

U

Adm e PrCv	Usucapião. Domínio útil de terreno de marinha. Litisconsórcio da União Federal. Competência da Justiça Federal. AC 169208-PE 91
Cv	Usucapião de domínio útil. Terreno de marinha. Inexistência de enfiteuse. Regime de ocupação. Impossibilidade da aquisição do domínio útil mediante usucapião. AC 120071-PE 80