

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

JURISDIÇÃO

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

Número 77 - Janeiro/Fevereiro - 2009

R. TRF 5ª Região, nº 77, p. 1-249, Janeiro/Fevereiro - 2009

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

**Diretor da Revista
DESEMBARGADOR FEDERAL
LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA**

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

Administração

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

GABINETE DA REVISTA:

Diretor

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA

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

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

Apoio Técnico

ANGELA RAPOSO GONÇALVES DE MELO LARRÉ
ELIZABETH LINS MOURA ALVES DE CARVALHO

Diagramação

GABINETE DA REVISTA

Endereço eletrônico: www.trf5.gov.br

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

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

Bimestral, a partir do volume nº 73.

A partir do v. 4, nº 1, de 1992, a numeração passou a ser contínua.
ISSN 0103-4758

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

CDU 34(05)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargador Federal

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - 03.07.00

Presidente

Desembargador Federal

PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA - 19.09.01

Vice-Presidente

Desembargador Federal

FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03

Corregedor

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

Desembargadora Federal

MARGARIDA CANTARELLI - 09.12.99

Diretora da Escola de Magistratura Federal

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00

Desembargador Federal

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00

Diretor da Revista

Desembargador Federal

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01

Desembargador Federal
MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03

Desembargador Federal
MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - 08.08.07

Desembargador Federal
VLADIMIR SOUZA CARVALHO - 27.02.08

Desembargador Federal
ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA - 05.05.08

Desembargador Federal
FRANCISCO BARROS DIAS - 12.01.09

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

Presidente: Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA DE A. FILHO
Vice-Presidente: Desembargador Federal PAULO GADELHA
Corregedor: Desembargador Federal FRANCISCO WILDO

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA - Presidente
Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI
Desembargador Federal ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Presidente
Desembargador Federal MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Desembargador Federal FRANCISCO BARROS DIAS

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE O. LIMA - Presidente
Desembargador Federal GERALDO APOLIANO
Desembargador Federal VLADIMIR SOUZA CARVALHO

QUARTA TURMA (terças-feiras)

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

SUMÁRIO

I - Jurisprudência	13
II - Índice Sistemático	239
III - Índice Analítico	243

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 4.783-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Parte Autora: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Parte Ré: DANIEL FERNANDES DE MELO
Assistente: PEDRO FERNANDES DE LIMA
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ WILSON GERMANO DE FIGUEIREDO
E OUTROS (PARTE A) E JOSÉ CÂMARA DE OLIVEIRA E OUTROS (PARTE R)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. SERVIDORA CUJO VÍNCULO ERA CELETISTA. ÓBITO ANTERIOR AO ADVENTO DA CF/88. CONCESSÃO DE PENSÃO PREVIDENCIÁRIA PELO INSS. ACÓRDÃO RESCINDENDO. APLICAÇÃO DA REGRA DE PARIDADE. ARTIGO 40, §§ 4º E 5º, DA CF/88, E DO ENUNCIADO DO ARTIGO 20, DO ADCT. IMPOSSIBILIDADE.

- Ação rescisória ajuizada pelo INSS, com pedido liminar, objetivando desconstituir acórdão da egrégia 2ª Turma deste Tribunal, que nos autos da AC nº 162.528-PB, reconheceu aos réus, com arrimo no disposto no artigo 40, §§ 4º e 5º, da CF/88, e artigo 20 do ADCT/CF, o direito à transformação do benefício previdenciário de pensão por morte em pensão estatutária, bem como a concessão de pensão vitalícia, em razão do falecimento da servidora celetista Martha Maria Soares de Melo Lima, ocorrido em 22.1.1986.

- À época do falecimento da instituidora da pensão, em 22.1.1986, seu contrato de trabalho era regido pela CLT. Por isso é que foi deferida em favor de Daniel Fernandes de Melo Lima – filho – uma pensão previdenciária vinculada ao Regime Geral da Previdência Social, com início do benefício a partir da data do óbito da segurada, nos termos do então Regulamento dos Benefícios da

Previdência Social, previsto no Decreto nº 83.080/79, e mantida de acordo com as regras da Lei nº 8.213/91.

- O acórdão rescindendo ao entender que a regra da paridade prevista na CF/88 se aplicava a todas as pensões pagas aos dependentes de servidores, fossem elas de natureza estatutária ou previdenciária, e independentemente da data das respectivas concessões, se anteriores ou posteriores à Constituição de 1988, afrontou o disposto no artigo 40, §§ 4º e 5º, da Lex Mater (redação original).

- As regras previstas no artigo acima referido somente tinham aplicação aos servidores estatutários, que houvessem sido apanhados nesse status jurídico, quando do advento da CF/88, dado que eram regidos pela Lei nº 1.711/52, e submetidos à Lei nº 3.373/58, e, posteriormente, à Lei nº 8.112/90. Situação jurídica que não beneficiou os servidores que eram regidos pela CLT, e sujeitos ao Regime Geral da Previdência.

- Se a instituidora da pensão trabalhou como celetista e nessa condição faleceu – em 22.1.1986 – foi correto o deferimento da pensão previdenciária ao réu Daniel Fernandes de Melo Lima, filho da falecida, não se lhe aplicando, por óbvio, os princípios reitores da relação estatutária, previsto na CF/88.

- Procedência dos pedidos formulados nesta Rescisória. Honorários de sucumbência nos termos do voto.

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 unanimidade, julgar procedentes os pedidos formulados nesta ação rescisória, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife (PE), 5 de novembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Ação Rescisória ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com pedido liminar, objetivando desconstituir Acórdão da egrégia 2ª Turma deste Tribunal, da lavra do Desembargador Federal Lázaro Guimarães, que, nos autos da AC nº 162.528-PB, reconheceu ao ora réu Daniel Fernandes de Melo Lima, assistido por seu genitor Pedro Fernandes de Lima, com arrimo no disposto no artigo 40 da CF/88 e artigo 20 do ADCT, o direito à transformação do benefício previdenciário de pensão por morte, em pensão estatutária, bem como a concessão de pensão vitalícia ao cônjuge supérstite, em razão do falecimento da Procuradora Autárquica Martha Maria Soares de Melo Lima, ocorrido em 22.1.1986.

Na inicial, sustenta a Autarquia Previdenciária que a decisão rescindenda, ao entender que a regra da paridade ativo/inativo, prevista no artigo 40, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal (redação original), se aplicaria a todas as pensões pagas aos dependentes de servidores públicos, fossem elas de natureza estatutária ou previdenciária, e independentemente da data das respectivas concessões – se anteriores ou posteriores à promulgação da CF/88-violou literalmente as disposições contidas no referido artigo “...*uma vez que o mesmo não se aplica(ria) às pensões pagas aos dependentes de servidor público, de natureza previdenciária, mas, tão-só, as de natureza estatutária*”.

Aduz, que à época do falecimento da instituidora da pensão previdenciária, em 22.1.1986, o seu contrato de trabalho era regido pela CLT - Consolidação das Leis do Trabalho, nos termos do então Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, previsto no Decreto nº 83.080/79, e mantida de acordo com as regras da Lei nº 8.213/91.

Diz, ainda, que o enunciado do artigo 20 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, refere-se à revisão dos benefícios previdenciários concedidos aos servidores estatutários, não se aplicando aos servidores vinculados ao Estado por relação celetista, e, por conseguinte, filiados ao Regime Geral da Previdência Social, gerido pelo INSS.

Requeru, afinal, a concessão de liminar para suspender a execução do título judicial oriundo da Ação Ordinária nº 97.1879-2, em trâmite na 3ª Vara de Seção Judiciária da Paraíba e, bem assim, o pagamento da pensão vitalícia implantada em favor do réu Pedro Fernandes de Lima (fls. 2/9).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 180/181). Interposto regimental (fls. 185/189), o Pleno deste Tribunal, por maioria, deu provimento ao agravo, vencido o Relator (fls. 282/284), tendo sido designado para lavrar o acórdão o Desembargador Federal Francisco Cavalcanti (fls. 294/299).

Contestação apresentada pelos réus às fls. 193/224, arguindo, em preliminar, inépcia da inicial, posto não ter o INSS desafiado recurso de apelação; ausência de possibilidade jurídica do pedido, por não ter ocorrido ofensa direta a dispositivo constitucional; descabimento da rescisória, em face da matéria controvertida; decadência do ajuizamento da ação, vez que a matéria ventilada no acórdão foi diversa da enfrentada na sentença. No mérito, pugnou pela improcedência dos pedidos, tendo em conta a ausência de distinção entre servidores celetistas e estatutários pelo constituinte, sendo, portanto, auto-aplicável do artigo 40, § 4º, da CF/88.

Embargos de Declaração ajuizados pela parte ré (fls. 301/310), os quais restaram improvidos (fls. 320/331). Desta decisão foi interposto recurso especial (fls. 358/373), ao qual foi negado seguimento (fls. 403/405).

O douto presentante do *Parquet* Federal opinou pela procedência do pedido formulado na inicial (fls. 384/388).

As razões finais foram apresentadas pelo INSS e pelos réus, e repousam às fls. 421/423 e 424/426, pela ordem. O MPF reiterou integralmente o Parecer de fls. 384/388 (fl. 428). É, no que importa, o relatório. Ao em. Desembargador Federal Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Objetiva o INSS a rescisão de acórdão que, com fundamento no artigo 40, §§ 4º e 5º, da Carta Magna, garantiu aos ora réus a concessão de pensão vitalícia (a Pedro Fernandes de Lima) e a transformação de pensão previdenciária em pensão temporária (a Daniel Fernandes de Melo Lima), em face do falecimento da servidora Martha Maria Soares de Melo Lima, com base nas disposições dos artigos 215, 216 e 217, I, a, e II, a, da Lei nº 8.112/90, muito embora o falecimento tenha ocorrido antes da vigência da CF/88.

Analiso, por primeiro, as preliminares aventadas pelos réus.

No tocante às preliminares suscitadas pelos réus, são pertinentes e lúcidas as ponderações subscritas pelo douto presente do *Parquet* Federal, Doutor Domingos Sávio Tenório de Amorim que, ao analisar a preliminar de inépcia da inicial, destacou que a matéria discutida nesta Rescisória havia sido amplamente examinada no acórdão objurgado, o que impede o reconhecimento da “... *abusiva preliminar* ...” - (fl. 385).

A preliminar de ausência de possibilidade jurídica do pedido, também não se sustenta, dado que “(...) às *aposentadorias de servidores celetistas ocorridas antes do texto constitucional e do Regime Jurídico Único, passa pela simples interpretação do § 4º da Constituição Federal, sem necessidade de qualquer incursão na legislação infraconstitucional. E tanto isso é verdade que o STF pronunciou-se sobre a matéria em recursos ordinários*” (fl. 386).

Quanto ao descabimento da ação rescisória, em face da controvérsia jurisprudencial sobre o tema, destaco que o enunciado da Súmula nº 343 do col. Supremo Tribunal Federal, não se aplica ao caso concreto, por se cuidar de matéria de índole eminentemente constitucional, qual seja, a aplicação do artigo 40, §§ 4º, e 5º, da CF/88 (redação original), aos servidores celetistas.

Outro não é, por sinal, o entendimento sufragado no eg. Superior Tribunal de Justiça - STJ: “*Assim, tratando-se de ação rescisória em que se questiona matéria constitucional, é inaplicável a*

Súmula 343/STF (AI 447.405/DF, Min. Carlos Velloso, DJ de 10.06.2003; AI 439.474-8/SC, Min. Gilmar Mendes, DJ de 23.04.2003.2)” (REsp nº 580.455/CE, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 9.12.2003).

No que tange à alegação de decadência do ajuizamento da ação, vez que a matéria ventilada no acórdão teria sido diversa da enfrentada na sentença, afasto-a, por não fazer “(...) o menor sentido que o prazo rescisório seja contado da data do ato que julgou parte da matéria nela discutida, devendo ocorrer a partir do trânsito em julgado da ação”, tal como ponderou o douto presentante do Ministério Público Federal (fl. 387).

Ultrapassado o prévio empeco, penso que a pretensão contida na proemial merece ser acolhida, pelos fundamentos a seguir expostos.

Ressalto, inicialmente, que o colendo Supremo Tribunal Federal, já firmou o entendimento de que os §§ 4º e 5º do artigo 40 da Constituição Federal (na redação original), só abarcam as pensões instituídas por servidor público em sentido estrito; confira-se o julgado, *verbis*:

1. Servidor celetista aposentado antes da Constituição de 1988 pelo regime geral da previdência social: inaplicabilidade do artigo 40, § 4º, da Constituição (redação anterior à EC 20/98): Precedentes.
2. Agravo regimental: motivação da decisão agravada: necessidade de impugnação. (STF, Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 384.047/RS, DJ de 28.5.2004, pp. 00018, ement vol-02153-07 pp-01406, Rel. Min. Sepúlveda Perence).

Constata-se dos documentos coligidos aos autos (fls. 42/57), que à época do falecimento da instituidora da pensão, ocorrido em 22.1.1986, seu contrato de trabalho era regido pela CLT. Por isso é que foi deferida em favor de Daniel Fernandes de Melo Lima (filho) uma pensão previdenciária vinculada ao Regime Geral da Previdência Social, com início do benefício a partir da data do óbito da segurada, nos termos do então Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, previsto no Decreto nº 83.080/79, e mantida de acordo com as regras da Lei nº 8.213/91.

Sendo assim, penso que o acórdão rescindendo, ao entender que a regra da paridade prevista na CF/88, se aplicava a todas as pensões pagas aos dependentes de servidores, fossem elas de natureza estatutária ou previdenciária, e independentemente da data das respectivas concessões, se anteriormente ou posteriormente à Constituição, violou o disposto no artigo 40, §§ 4º e 5º, da *Lex Mater* (redação original).

É que as regras previstas no artigo acima referido, somente têm aplicação em se cuidando de servidores estatutários e que nesse *status jurídico* houvessem sido apanhados, quando do advento da Constituição de 1988; aqueles, eram regidos pela Lei nº 1.711/52 e submetidos à Lei nº 3.373/58, e, posteriormente, à Lei nº 8.112/90. Os servidores que eram regidos pela CLT e sujeitos ao Regime Geral da Previdência não foram alcançados.

Em outras palavras, a regra de paridade a que alude o artigo 40, §§ 4º, e 5º, da CF/88, não se aplica às pensões pagas aos dependentes de servidor público de natureza previdenciária; dita regra alcança, tão-somente, as pensões de natureza estatutária.

Ora, se a instituidora da pensão trabalhou vinculada ao regime celetista, e nessa condição faleceu (em 22.1.1986), é correto apenas o deferimento da pensão previdenciária ao réu Daniel Fernandes de Melo Lima, filho da falecida, não se lhe aplicando, por óbvio, os princípios reitores da relação estatutária, previsto na CF/88.

Ademais, a concessão de pensão há de ser tida como ato jurídico perfeito e acabado, vale dizer, ato que se consumou segundo a lei vigente ao tempo do fato (*tempus regit actum*).

A propósito do tema em análise, trago à baila arestos deste eg. Tribunal, que corroboram a tese sustentada, *verbis*:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR CELETISTA. ÓBITO ANTERIOR AO ADVENTO DA CF/88 E DA LEI Nº 8.112/90. VÍNCULO COM O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO COMUM. REGRAS ESPECÍFICAS. NÃO APLICAÇÃO DA ISONOMIA. ARTIGO 40 DA CF/88. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS DE BOA-FÉ E POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343.

1. Não se aplica ao caso em apreço a Súmula de Jurisprudência nº 343 do colendo STF, por se tratar de matéria de índole constitucional.
2. A pensão por morte percebida pela ora ré, em decorrência do falecimento de servidor celetista, cujo óbito ocorreu em 9-10-1976, (antes da promulgação da CF/88 e da vigência do RJU - Lei nº 8.112/90), deve ser regida pelas normas vigentes na data da inatividade.
3. Caso em que, quando do falecimento do instituidor do benefício, o mesmo mantinha um vínculo de trabalho com DNER, regulado pela CLT - Consolidação das Leis Trabalhistas.
4. Os efeitos financeiros desta decisão incidirão a partir da regular intimação das partes, ou seja, sem a devolução dos valores percebidos de boa-fé pela ré, por força de decisão judicial transitada em julgado, e mormente por se tratar de verba de natureza alimentar.
5. Procedência do pedido formulado nesta Rescisória. Honorários de sucumbência nos termos do voto. (TRF 5ª Região, Pleno, AR nº 5.608/RN, julg. em 25-6-2008, *DJ* de 23-7-2008, Rel. Des. Fed. Élio Wanderley de Siqueira Filho).

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. BENEFÍCIO CONCEDIDO SOB A ÉGIDE DO REGIME CELETISTA. CONVERSÃO PARA O REGIME ESTATUTÁRIO, LEI 8.112/90. IMPOSSIBILIDADE. REGÊNCIA PELO REGIME VIGENTE À ÉPOCA DA CONCESSÃO. EMBARGOS IMPROVIDOS.

1. Resta pacificado na jurisprudência de nossos Tribunais, inclusive do colendo STJ e desta egrégia Corte, o entendimento de que em matéria previdenciária, os benefícios são regidos pela legislação vigente à época em que são implementadas as condições para sua concessão, ou seja, os beneficiários em gozo de benefício concedido sob o regime celetista antes do advento do regime estatutário, continuam sendo regidos pelo regime geral previdenciário. Precedente: (STJ - REsp 461.440 - PR - 5ª T. - Rel. Min. Felix Fischer - *DJU* 24.02.2003). – “Aos servidores aposentados sob o regime celetista antes do advento da Lei nº 8.112/90 não se aplica o disposto no art. 243 desta Lei, tendo em vista que com o ato da aposentação perderam o vínculo com a Administração Pública, passando a ser regidos pelas regras do sistema previdenciário. Recurso provido”.

2. No caso *sub examine*, percebe-se que a autora entrou em gozo do benefício pensão por morte, em face de vínculo empregatício mantido pelo seu falecido esposo com a extinta SUDENE, sob o regime celetista vigente à época da concessão, se diploma legal posterior transformou para estatutário o cargo outrora ocupado pelo ex-servidor celetista, essa alteração não tem o poder de modificar situação já consolidada de pensão concedida pelo regime previdenciário anterior, sendo inaplicável, ao caso concreto, as disposições contidas nos parágrafos 4º e 5º do art. 40 da Constituição Federal de 1988 nem o disposto no art. 243 da Lei 8.112/90, por se tratar de servidor celetista e não estatutário.

3. Estando o acórdão vergastado em harmonia com entendimento jurisprudencial majoritário adotado em nossos tribunais, é forçoso reconhecer a improcedência da pretensão do recorrente em obter a prevalência do julgamento pretendido nos presentes embargos.

4. Embargos infringentes improvidos. (TRF 5ª Região, EAC nº 268.079/01/PE, Pleno, julg. em 31-5-2006, DJ de 6-7-2006, p. 637, Rel. Des. Fed. Cesar Carvalho).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR CELETISTA. PENSÃO POR MORTE. INAPLICABILIDADE DO ART. 40, PARÁGRAFO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

1. A pensão por morte de servidor celetista falecido antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da instituição do Regime Jurídico Único (Lei nº 8.112/90) deve ser regida pelas normas vigentes na data da inatividade.

2. A aplicação do art. 40, parágrafo 5º, da CF é restrita aos servidores estatutários.

3. Precedente do STF: RE 223.732/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, publicado no DJ de 10/11/00, pp-00104, ement vol.-02011-02, pp-378).

4. Pedido rescisório julgado procedente. (TRF 5ª Região, AR nº 2.499-PE, Pleno, julg. em 20-11-2002, Rel. Designado Des. Francisco Cavalcanti, DJ de 3-6-2006, p. 740, por maioria).

Registro, ainda, que o tema já mereceu o exame do Pretório Excelso, que decidiu no sentido de que o disposto no artigo 40, §§ 4º e 5º, da CF/88, destina-se apenas aos servidores públicos estatutários; confirmam-se os julgados, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. INATIVAÇÃO ANTES DA EDIÇÃO DA LEI 8.112/90, PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. PENSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 40, §§ 4º E 5º DA CONSTITUIÇÃO (REDAÇÃO ANTERIOR À EC 20/98). O mencionado art. 40, §§ 4º e 5º se destina apenas aos servidores públicos estatutários, não comportando, esse dispositivo, interpretação que estenda seus efeitos aos empregados públicos submetidos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho e inativados pelo Regime Geral de Previdência antes da Lei 8.112/90. Precedente da Turma: RE 241.372, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ 21/8/2001. Recurso extraordinário conhecido e provido." (RE 370.571-PE, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 11/03/2003, Primeira Turma, DJ de 28-03-2003, p. 00077). Grifei

EMENTA: 1. Pensão por morte: CF, art. 40, §§ 4º e 5º (§§ 8º e 7º, na redação da EC 20/98): não incidência sobre pensão previdenciária de servidor falecido quando vinculado ao Estado por relação trabalhista. 2. Recurso extraordinário: descabimento: incidência da Súmula 283. Acórdão recorrido, que contém fundamento de natureza infraconstitucional suficiente à sua manutenção (L. 8.112/90, art. 243), não impugnado através de recurso especial: aplicação da Súmula 283/STF. (Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 342.298-SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 03/02/2004, Primeira Turma, DJ de 27-02-2004, p. 00025, p. 01194). Sem grifos no original.

Insta salientar, outrossim, que o disposto no artigo 20¹, do ADCT, cânone que o julgado rescindendo adotou para deferir o pedido naquela ação, diz respeito aos servidores públicos inativos estatutários e aos pensionistas; nela não se enquadram, portanto, sejam os empregados públicos – celetários – sejam os seus eventuais beneficiários.

Ante o exposto, conclui-se, pois, que a regra de paridade prevista no artigo 40 da CF/88 (antes da alteração introduzida pela EC

¹ “Dentro de cento e oitenta dias, proceder-se-á à revisão dos direitos dos servidores públicos inativos e pensionistas e à atualização dos proventos e pensões a eles devidos, a fim de ajustá-los ao disposto na Constituição”.

nº 20, de 15.12.989), não se aplica aos réus, em virtude do falecimento da instituidora do benefício ter ocorrido antes da vigência da Constituição Federal (em 22.1.1986), e sim, as normas atinentes à Previdência Social.

Forrado nessas razões, e suplicando vênias aos que se posicionem em sentido adverso, sou pela procedência dos pedidos esboçados nesta ação rescisória, para negar provimento à apelação dos ora réus desafiada nos autos da AC nº 162.528-PB, e dar provimento ao apelo do INSS e à remessa oficial.

Condeno os réus ao pagamento da verba honorária em favor do INSS, que fixo no percentual de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), monetariamente corrigidos na forma da Lei nº 6.899/81.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 92.048-CE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Agravante: COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMERICAS - AMBEV
Agravada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. LEO KRAKOWIAK E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS DA DEVEDORA AOS ACIONISTAS. GARANTIA. FIANÇA BANCÁRIA. SUFICIÊNCIA.

- Agravo de instrumento interposto pela AMBEV - Companhia de Bebidas das Américas contra decisão que, em processo de execução fiscal, determinou a substituição da garantia de fiança bancária por depósito em dinheiro, a ser deduzido do montante distribuído pela devedora como dividendos a seus acionistas.

- A decisão do juízo da execução, apesar de baseada no teor literal dos arts. 9º e 11 da LEF, pro-

voca efeitos demasiado gravosos para a empresa devedora e, caso implementada, não resultará num benefício substancial à satisfação da execução. Em outras palavras, a avaliação do caso sob o conhecido binômio “necessidade-utilidade” indica que a suspensão do pagamento de dividendos aos acionistas não é indispensável ou mesmo decisiva para o interesse do exeqüente, haja vista a garantia atual sob a forma de fiança bancária.

- “O art. 15, I, da Lei 6.830/80 confere à fiança bancária o mesmo status do depósito em dinheiro, para efeitos de substituição de penhora, sendo, portanto, instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal”. (STJ, REsp nº 660.288/RJ, Segunda Turma, Rel. Eliana Calmon, DJ 10/10/2005). No mesmo sentido: MC nº 13.590/RJ, Segunda Turma, Rel. Humberto Martins, DJ 11/12/2007.

- Agravo de instrumento improvido. Agravo interno julgado prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o agravo interno, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 16 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI -
Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA
CANTARELLI:

Trata-se de agravo de instrumento proposto pela AMBEV - Companhia de Bebidas das Américas contra decisão do Juízo da 9ª Vara Federal do Ceará que, em processo de execução fiscal, determinou a substituição da garantia de fiança bancária por depósito em dinheiro, a ser deduzido do montante distribuído por ela como dividendos a acionistas, no próximo dia 13 (fl. 280).

Em seu provimento, o juízo de primeiro grau alega que o depósito em dinheiro tem preferência na execução, sobrepondo-se na ordem legal à carta de fiança bancária. Menciona, ainda, que, segundo o artigo 52, I, da Lei nº 8.212/91, a empresa devedora do INSS não pode distribuir rendimentos a seus acionistas, além do que tal quantia não se revela indispensável à manutenção de sua atividade econômica. Com base em tais conclusões, decidiu pela substituição da garantia, obrigando a AMBEV a depositar, em 24 (vinte e quatro) horas, o valor integral do débito.

A agravante, por seu turno, ofereceu os seguintes argumentos:

a) inicialmente, teria indicado em garantia bem imóvel, mas em 24 de junho de 2008 apresentou petição na qual ofereceu, em substituição, 02 (duas) cartas de fiança bancária emitidas pelo Banco Bradesco S/A, no valor da dívida;

b) a realização dos dividendos, anunciada para a próxima segunda-feira, dia 13, obedece à estrita previsão legal;

c) o teor do artigo 11 da LEF sobre a ordem de preferência de bens não distingue dinheiro da fiança bancária, sendo a segunda modalidade equiparada à primeira;

d) o pagamento de dividendos não é vedado pela Lei nº 8.212/91, haja vista a Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa da AMBEV perante a Receita Federal do Brasil (fls. 291/292);

e) a medida judicial agravada revela-se desproporcional e excessivamente onerosa para a empresa, além de representar prejuízo desnecessário aos acionistas e não guardar utilidade para a satisfação da execução.

A liminar foi deferida, suspendendo-se os efeitos da decisão agravada, para se manter a distribuição de dividendos da AMBEV (fls. 338/342).

As informações foram prestadas pelo MM. Juízo de origem (fl. 348).

A Fazenda Nacional interpôs agravo contra a decisão liminar (fls. 353/362), bem como apresentou contra-razões ao agravo de instrumento (fls. 364/375).

Subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

O eminente Desembargador Federal Marco Bruno de Miranda Clementino, ao proferir a decisão liminar de fls. 338/342, assim se manifestou:

Após o breve relatório sobre os fatos alegados pela agravante, transcrevo a decisão ora questionada, proferida em 09 de outubro de 2008 (quinta-feira):

Em relação ao conjunto de petições lançados nos autos entre as fls. 149 e 227, analisando as razões lançadas por ambas as partes e considerando:

- ordem de preferência constante dos arts. 11 da Lei nº 6.830/80 e 655 do CPC;

- circunstância que fiança bancária e depósito em dinheiro não são garantias dotadas da mesma importância – do contrário não haveria separação entre os incisos I e II do art. 9º do CPC;

- que os valores que serão pagos a título de dividendos não se revelam indispensáveis ao funcionamento da empresa;

- obrigações que possui o executado de indicar todos os bens sujeitos à penhora (art. 600, IV, do CPC) e de não distribuir rendimentos a acionistas enquanto devedora da Seguridade Social (art. 52, I, da Lei nº 8.212/91).

DEFIRO o pleito da Fazenda Nacional, no sentido de determinar imediatamente, em virtude da proximidade de adimplemento do montante (como noticiado, dia 13 vindouro), a penhora sobre os valores que serão repartidos

como dividendos, tanto bastante para garantir *in totum* a presente execução fiscal (...) (fl. 280)

Primeiramente, ressalta-se o perigo da demora em favor da empresa, o que autoriza o processamento do agravo sob a forma de instrumento. A distribuição de dividendos, que obedece ao horário comercial, está designada para o próximo dia 13 (segunda-feira) e, caso não apreciado, o pedido resultaria no perecimento do direito alegado pela agravante. Ademais, salienta-se o risco não apenas de grave lesão à esfera patrimonial da empresa, mas também aos acionistas que, com o recálculo do montante a ser realizado, dificilmente seriam contemplados na data aprazada em da face exigüidade de tempo.

Além disso, tenho como evidente a plausibilidade das alegações da agravante. A decisão do juízo da execução, apesar de baseada no teor literal dos arts. 9º e 11 da LEF, provoca efeitos demasiado gravosos para a empresa devedora e, caso implementada, não resultará num benefício substancial à satisfação da execução. Em outras palavras, a avaliação do caso sob o conhecido binômio “necessidade-utilidade” indica que a suspensão do pagamento de dividendos aos acionistas não é indispensável ou mesmo decisiva para o interesse do exequente, haja vista a garantia atual sob a forma de fiança bancária.

Sobre isso, ressalto que as duas cartas (fls. 219 e 241), emitidas pelo Banco Bradesco S/A, são explícitas ao afirmar que os valores inscritos em dívida ativa (R\$ 577.070,88 e R\$ 207.575,86) estão acobertados pela instituição bancária e podem ser saldados imediatamente. No mesmo momento, o banco fiador registra sua renúncia aos benefícios dos arts. 827 e 835 do CC, estabelecendo ainda que a fiança “vigorará até o cumprimento final das obrigações por ela garantidas”. Ou seja, não há qualquer condicionamento para os referidos títulos, que se constituem em eventual crédito para a satisfação da pretensão executiva da Fazenda Nacional.

A alegada distinção entre dinheiro e fiança bancária, apesar de existente no texto legal, é relativizada pela jurisprudência no que se refere à ordem de preferência para a garantia da execução, o que afasta a necessidade da substituição determinada pelo juízo de primeiro grau. Sem maiores considerações, reporto-me aos precedentes do STJ sobre o tema, a título de fundamentação:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA *ON LINE*. EXCEPCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR FIANÇA BANCÁRIA. CABIMENTO. LIMINAR DEFERIDA.

1. Nos termos das Súmulas 634 e 635 do STF, não se concede medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso especial que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade no Tribunal de origem.

2. Excepcionalmente, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, esta Corte aceita a competência para julgar medida cautelar, antes do juízo de admissibilidade do recurso especial.

3. A inércia da devedora não justifica a “penhora *on line*” de vultosa quantia, antes de realizadas as diligências para buscar bens penhoráveis, nos termos do art. 185-A do CTN. Precedentes.

4. “O art. 15, I, da Lei 6.830/80 confere à fiança bancária o mesmo *status* do depósito em dinheiro, para efeitos de substituição de penhora, sendo, portanto, instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal”. (REsp 660.288/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13.9.2005, DJ 10.10.2005.)

5. *In casu*, a executada oferece garantia de fiança bancária em valor superior ao montante do crédito fazendário.

Medida liminar concedida para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial até seu julgamento por esta Corte Superior, sem prejuízo do juízo de admissibilidade do Tribunal *a quo*.

(MC nº 13.590/RJ, Segunda Turma, Rel. Humberto Martins, DJ 11/12/2007)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE FATURAMENTO. EXCEPCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR FIANÇA BANCÁRIA. CABIMENTO.

1. O art. 15, I, da Lei 6.830/80 confere à fiança bancária o mesmo *status* do depósito em dinheiro, para efeitos de substituição de penhora, sendo, portanto, instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal.

2. A penhora sobre o faturamento da empresa somente é admissível em hipóteses excepcionais, quando não há outros meios para garantia da dívida, em razão do

que dispõe o art. 620 do CPC, pelo qual a execução deve se dar da forma menos gravosa para o devedor. Precedentes.

3. Recurso especial provido. (REsp nº 660.288/RJ, Segunda Turma, Rel. Eliana Calmon, DJ 10/10/2005).

Isso se explica porque, na lógica do mercado financeiro, a fiança bancária somente é concedida pela instituição bancária quando o capital confiado a esta é bastante superior ao valor do débito, tanto que se exige, na operação, que parte do montante permaneça vinculado à dívida. A diferença, no caso, é que os valores permanecem investidos e sob rentabilidade, ao invés de se imobilizarem numa conta à disposição do juízo, trazendo prejuízos ao devedor e nenhuma vantagem concreta ao credor.

Assim, fiança bancária equivale a dinheiro porque, através daquela cártula, assegura-se a existência de numerário suficiente ao pagamento do débito, afastando-se, de outra parte, a insolvência. Trata-se de um instrumento seguro para garantia da dívida, porém menos oneroso para o devedor à medida que lhe evita maiores perdas enquanto persiste a pendência judicial. Não custa registrar, a propósito, que a execução atende ao interesse do credor, mas deve transcorrer da forma menos gravosa ao devedor.

Além da ausência de utilidade da medida, observo que a suposta facilidade na realização do crédito executado representaria um gravame desproporcional e desnecessário à esfera patrimonial da AMBEV e, além disso, à sua própria atividade empresarial. O juízo de primeiro grau acerta ao dizer que o montante de dividendos não mais incorpora o capital da empresa e não prejudicará suas operações; no entanto, é sabido que a realização de dividendos tem fundamento legal e compõe o funcionamento das sociedades anônimas, sob a forma de ações.

Aliás, é importante destacar que a distribuição de dividendos não deve ser encarada com preconceito, como às vezes o fazem alguns, numa alusão à quantidade de numerário embolsada por acionistas. Ora, é a possibilidade de dividendos que estimula os investimentos dos acionistas numa atividade produtiva, cujos resultados terminam por transcender os limites da mera atividade-fim da empresa, gerando benefícios como emprego e renda à sociedade como um todo. Esses valores bem que poderiam estar

simplesmente imobilizados ou destinados a uma operação puramente especulativa. Não estão, porque se preferiu investir na produção, com benefícios sociais muito mais significativos. Desse modo, distribuição de dividendos é um aspecto positivo do ponto de vista micro-econômico, porque expressa para o mercado a atratividade do investimento. Aliás, de um investimento realizado no mercado brasileiro, acreditando-se no mercado brasileiro.

Por esse motivo, impedir, sem que seja estritamente necessário, o procedimento regular de distribuição do numerário, conforme decidido pelo Conselho de Administração e anunciado aos acionistas por edital, desvirtuaria a regra processual da preferência por dinheiro, pois tal substituição não revelaria um sentido específico no caso concreto. Ademais, é forçoso reconhecer que o mercado financeiro encontra-se em crise generalizada e o cancelamento da distribuição dos dividendos por uma empresa de âmbito internacional apenas prejudicaria os acionistas, em nada beneficiando, por outro lado, os interesses da exequente. Aliás, em períodos de crise, a determinação de suspensão na distribuição de dividendos numa empresa tão importante só termina por gerar uma turbulência desnecessária, dada a especulação e os boatos que normalmente surgem nesse mercado sistêmico e enlouquecido que se estabeleceu no mundo globalizado. Não se trata – é bom que se frise – de sucumbir à lógica do mercado, de um direito sistêmico, já que tenho o direito como elemento proativo na mudança social e não como refém de interesses econômicos. No entanto, como se demonstra aqui a desnecessidade da medida, a circunstância recomenda uma pronta atuação, de modo a também contribuir com a estabilidade no mercado.

Considero, nesse contexto, ser mais prudente e responsável manter a garantia sob a forma de fiança bancária, em face de seu elevado grau de segurança, liquidez e certeza, haja vista a inexistência de dados reais e palpáveis quanto à insolvência da AMBEV ou inidoneidade das referidas cartas bancárias.

Ante o exposto, recebo o agravo sob a forma de instrumento e DEFIRO a liminar pleiteada, pelo que SUSPENDO os efeitos da decisão de fl. 280 e, com isso, MANTENHO a distribuição de dividendos da AMBEV designada para o próximo dia 13 (segunda-feira), sem o óbice da penhora.

Os fundamentos da decisão retrotranscrita não merecem qualquer reparo, razão pela qual reporto-me aos mesmos para utilizá-los como minha própria motivação de decidir.

O fato de as cartas de fiança terem prazo determinado tampouco afasta a plausibilidade do direito da agravante, na medida em que, caso não renovado, a Fazenda Nacional poderá, aí sim, novamente requerer a penhora do faturamento, a suspensão da distribuição de dividendos, ou outra medida que o valha.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento, julgando prejudicado o agravo interno.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 354.000-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelantes: ANTONIO ALVES CARVALHO E OUTROS
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Agravante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ HENRIQUE WANDERLEY FILHO E OUTRO (APTES.) E DIOGO FORNELOS PEREIRA DE LYRA E OUTROS (APDA.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. SFH. AÇÃO DE REVISÃO. ACÓRDÃO QUE DEU PROVIMENTO À APELAÇÃO INTERPOSTA PELO MUTUÁRIO, PARA AFASTAR A CAPITALIZAÇÃO DE JUROS DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DA DÍVIDA. DECISÃO QUE DEFERIU MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL PARA SUSTAR LEILÃO. PRESENÇA DO FUMUS BONI JURIS E DO PERICULUM IN MORA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

- A medida cautelar, cujos requisitos são o fumus

boni juris e o periculum in mora, visa a garantir o resultado útil do processo principal, ou seja, subsiste para o efeito de assegurar a efetividade do processo.

- Caracterizando o fumus boni juris, tem-se o acórdão oriundo da egrégia Primeira Turma, que afastou a capitalização de juros do contrato de financiamento ora em análise, além do que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afirma que é viável a concessão de cautelar para a suspensão de procedimento de execução extrajudicial ou leilão na hipótese em que há questionamento judicial atinente aos valores das prestações do contrato de mútuo habitacional.

- Quanto ao periculum in mora, também se mostra presente. Caso o mutuário seja vencedor ao final da demanda, tal provimento não resultaria eficaz se fosse autorizada, nesse momento, a execução do bem financiado, pois quer o recorrido, justamente, evitar a alienação do bem. Na verdade, a execução extrajudicial tornaria inócuo o julgamento do presente processo, em face do perigo de irreversibilidade.

- Portanto, deve-se suspender a execução extrajudicial da dívida, até final deslinde da questão, tudo para salvaguardar a pretensão formulada.

- Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 17 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADE-LHA:

Trata-se de agravo regimental interposto pela Caixa Econômica Federal contra decisão, de fls. 738/740, que deferiu a medida cautelar requerida por José Ricardo Barros Pernambuco e Ana Maria Pires Pernambuco, no sentido de suspender a execução extrajudicial do imóvel, hipotecado ao SFH, cujo leilão estava marcado para o dia 31 de março de 2008.

Conforme acórdão exarado pela Primeira Turma deste egrégio Tribunal, à fl. 711, foi julgada procedente a apelação interposta pelos ora agravados, para afastar a capitalização de juros do contrato de financiamento, nos seguintes termos:

CIVIL. CARTEIRA HIPOTECÁRIA. FINANCIAMENTO DE IMÓVEL. ANATOCISMO. TABELA PRICE

- É proibida a capitalização mensal de juros (anatocismo) em contrato de financiamento imobiliário, segundo a inteligência da Súmula 93 do STJ e 121 do STF.
- Inversão dos ônus sucumbenciais. Honorários à base de 10% (dez por cento) do valor da condenação.
- Apelação cível provida.

Conforme fls. 713/720, a parte ora agravante interpôs recurso especial, ainda pendente de juízo de admissibilidade por esta Vice-Presidência, após o que os ora agravados ingressaram com a petição (fls. 735/736) informando que "... foram surpreendidos com Aviso de Primeiro Leilão ... dando conta de que se encontra designado, para o dia 31 de março do corrente, o leilão do imóvel cujo financiamento foi objeto da demanda judicial, e onde os ora requerentes residem, sob a alegação de que não teria sido cumprido o contrato firmado com a Caixa Econômica Federal e cedido à ENGEA ...", e requerendo que se determinasse a sustação do aludido leilão, o que foi atendido conforme decisão, de que ora se agrava regimentalmente.

Alega a agravante que a decisão está equivocada por desconsiderar o disposto na Lei nº 10.931/04, que prevê a obrigatoriedade de depósito do total da dívida para que se possa suspender a execução extrajudicial. Afirma que a parte ora recorrida em nenhum

momento sinalizou para a possibilidade de depositar em juízo os valores das prestações em atraso, nem a parte incontroversa, nem tampouco a controversa, o que tornaria inexigível a suspensão da execução extrajudicial. Argumenta que a decisão agravada se baseia em decisão proferida por esta Corte, em sede de apelação, que determinou o expurgo do anatocismo, mas a jurisprudência predominante no STJ é a de que somente o depósito integral tem o condão de suspender a execução hipotecária prevista no Decreto-Lei 70/66. Requer o provimento do agravo.

Contra-razões apresentadas (fls. 752/753).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Quando deferi a medida cautelar o fiz nos termos constantes da decisão de fls. 738/740, cuja parte final está assim redigida:

Inicialmente, cabe mencionar que a execução extrajudicial do bem financiado causaria o esvaziamento da presente ação (v. REsp 886.150, pub. *DJ* 17.05.07), cuja última decisão é favorável aos peticionantes. O presente processo, iniciado em 1996, perderia, assim, sua efetividade. Aqui está o perigo de que a demora do deslinde final do processo cause prejuízo grave e de difícil reparação aos requerentes.

Além do mais, se a decisão final desta Corte foi determinando o expurgo do anatocismo, parece-me que a dívida que a Caixa pretende executar carece de liquidez.

A plausibilidade de sucesso do direito dos peticionantes se encontra no acórdão de fl. 711, bem como na jurisprudência do STJ, que também lhes é favorável, como se segue:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO. AÇÃO ORDINÁRIA. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. SUSPENSÃO.

Ajuizada inicialmente a ação ordinária, com a finalidade de discutir a dívida, pode ser suspensa a execução prevista no Decreto-Lei nº 70/66.

Agravo regimental desprovido.
(STJ, AGA 650.822, Relator Min. Carlos Alberto Menezes
Direito, DJ 04/09/06, p. 261).

Verificados os pressupostos necessários, é de se conceder a tutela cautelar.

Vê-se, sem dificuldades, que o presente recurso não merece prosperar.

Primeiro, cabe dizer que, em pendência de recurso especial ainda não admitido, a competência para o exercício geral de cautela é do juízo de admissibilidade.

In casu, outro caminho não restava ao ora agravado, para sustar a execução extrajudicial, senão a oposição da medida cautelar.

A medida cautelar visa a garantir o resultado útil do processo principal, ou seja, subsiste para o efeito de assegurar a efetividade do processo. Tem, por finalidade, 'obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento e de execução (Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, *in* Código de Processo Civil, 39ª ed., p. 927).

Os requisitos da medida cautelar são a fumaça do bom direito e o *periculum in mora*. Há necessidade de se demonstrar, de modo inequívoco, a coexistência desses pressupostos, tudo aliado ao fato da irreparabilidade da lesão ou da difícil reparação do dano, para se conceder tal medida extrema.

Nesse diapasão, a favor do agravado, e caracterizando o *fumus boni juris*, tem-se o acórdão oriundo da egrégia Primeira Turma, que afastou a capitalização de juros do contrato de financiamento ora em análise, além do que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afirma que é viável a concessão de cautelar para a suspensão de procedimento de execução extrajudicial ou leilão na hipótese em que há questionamento judicial atinente aos valores das prestações do contrato de mútuo habitacional, a exemplo da seguinte decisão:

ACÇÃO CAUTELAR INCIDENTAL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. ACÇÃO DE REVISÃO. LEGITIMIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PECULIARIDADE DA ESPÉCIE. SÚMULA Nº 308 DA CORTE.

1. É cabível em ação cautelar a suspensão de leilão extrajudicial enquanto corre a ação de revisão.

2. Diante dos termos da Súmula nº 308 da Corte, a suspensão do leilão extrajudicial se põe necessária alcançando a instituição financeira, pouco relevando, diante da peculiaridade da espécie, que esta não integre a relação jurídica na ação principal.

Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp 706.720, relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 29/06/2007, p. 581).

Quanto ao *periculum in mora*, também se mostra presente. Caso o agravado seja vencedor ao final da demanda, tal provimento não resultaria eficaz se fosse autorizada, nesse momento, a execução do bem financiado, pois quer o recorrido, justamente, evitar a alienação do bem. Na verdade, a execução extrajudicial tornaria inócuo o julgamento do presente processo, face ao perigo de irreversibilidade.

Assim, mantendo o entendimento delineado quando da concessão da liminar, por estarem presentes os requisitos exigidos, voto no sentido de suspender a execução extrajudicial da dívida, até final deslinde da questão, tudo para salvaguardar a pretensão formulada.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO INOMINADO
NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 3.969-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Requerente: EXPRESSO GUANABARA S/A
Requerido: JUÍZO DA 21ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Parte Autora: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Partes Rés: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT E EXPRESSO GUANABARA S/A
Agravante: EXPRESSO GUANABARA S/A
Repte.: PROCURADORIA DA ANTT
Advs./Procs.: DRS. ANTONIO CLETO GOMES E OUTROS

EMENTA: AGRAVO INOMINADO. SUSPENSÃO DE LIMINAR. LEGITIMIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO DECORRENTE DE PRECEDENTE DELEGADO. MERO INTERESSE PARTICULAR. AGRAVO INOMINADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

- Na via excepcional da suspensão de liminar, a pessoa jurídica de direito privado necessita comprovar, de plano, a coexistência de que está no exercício de atividade delegada da administração pública, bem como atuando em defesa do interesse público relevante para que possa obter o reconhecimento de sua legitimidade para a proteção dos direitos sociais a que se refere a Lei nº 8.437/92.

- Prejuízos relativos à amortização do investimento realizado na aquisição de veículos destinados ao transporte coletivo de passageiros e ao pagamento de direitos trabalhistas, decorrentes da resolução do contrato de permissão, não ostentam feição de interesse público, na exata dicção do art. 4º da Lei nº 8.437/92.

- Configurada a existência de mero interesse particular.

- Agravo inominado a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, acordam os Desembargadores Federais deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão plenária, realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Recife, 5 de novembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

A Empresa Expresso Guanabara S/A objetiva a reconsideração da decisão proferida pela Presidência deste Regional, a qual teria indeferido o pedido de provimento liminar, sob o argumento de que a empresa requerente não teria legitimidade para ingressar com o procedimento de suspensão de segurança, tendo em vista sua condição de pessoa jurídica de direito privado atuando na defesa de interesse próprio. Requestou, ainda, sucessivamente, seja recebida a presente na forma de agravo inominado, com vistas à reforma da decisão hostilizada.

Aduz, primeiramente, que seria permissionária pública de serviço de transporte coletivo de passageiros no âmbito interestadual.

Destaca, também, que o interesse público, no particular, reside na importância que o tema envolvendo o sistema de transporte público de passageiros tem para a coletividade.

Alega, ainda, que a lesão à ordem pública reside na ilegitimidade da Agência Nacional de Transportes Terrestres para decidir sobre a realização de licitação das linhas discutidas nos autos principais, tendo em vista que, a teor do art. 21, XII, e, da Constituição Federal, somente a União Federal teria, com base nos princípios da conveniência e oportunidade, a titularidade para versar sobre tal matéria.

Outrossim, em prol da sua tese, sublinha que a manutenção da decisão vergastada vulneraria o princípio da separação dos poderes, porquanto determinou a realização de licitação pública em detrimento dos parâmetros estabelecidos pela Carta Magna, que fixou tal atribuição ao Poder Executivo (CF, art. 21, XII, e).

Ressalta que teria direito adquirido à prorrogação das permissões e à exclusividade na prestação do serviço público em questão, não sendo permitido ao poder judiciário excluí-lo, sob pena de violação aos preceitos estabelecidos no inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988.

Assevera, por fim, que teria enormes prejuízos decorrentes da decisão hostilizada, visto que teria investido a importância de R\$ 119.760.000 (cento e dezenove milhões, setecentos e sessenta mil reais) na renovação de sua frota, na certeza de que seu contrato de permissão, em relação à linha discriminada nos autos, teria o prazo de 15 (quinze) anos, prorrogável por igual período, de modo que o termo final apenas se daria em 06 de outubro de 2023.

Contra-razões oferecidas às fls. 699/706.

O Ministério Público Federal, com vistas, ofereceu parecer opinando pelo não provimento do agravo inominado interposto.

É o relatório.

VOTO

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

Apreciando o pedido de provimento liminar, assim me pronunciei acerca da matéria discutida nos autos da suspensão de liminar em epígrafe:

Prima facie, no que toca à legitimidade das pessoas jurídicas de direito privado para a utilização da via de Suspensão de Segurança, a Jurisprudência não destoa no sentido de que tais entidades, quando estiverem investidas na defesa de interesse público, decorrente da precedente delegação, estarão legitimadas para a proteção dos direitos sociais abarcados pela Lei nº 8.437/92.

Nessa linha estão os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL. TUTELA ANTECIPADA PARA SUSPENDER LICITAÇÃO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PEDIDO DE SUSPENSÃO. DEFERIMENTO. LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS CONFIGURADA. MANUTENÇÃO .

1. As entidades de direito privado no exercício de atividade delegada da Administração Pública e em defesa do interesse público têm legitimidade para requerer suspensão de liminar nos termos da Lei nº 8.437/92, art. 4º, e Lei nº 4.384/64, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

2. Há lesão à ordem pública, aqui compreendida a ordem administrativa, quando a decisão atacada interfere no critério de conveniência e oportunidade do ato administrativo impugnado.

3. Estando evidente o risco de lesão a pelo menos um dos bens jurídicos tutelados pela norma de regência, é de ser deferida a suspensão de liminar.

4. Agravo Regimental não provido.

(STJ, AgRg na STA 66/MA, Relator Ministro Edson Vidigal, *DJ* 25.10.2004, p.171).

Suspensão de liminar (efeito ativo). Pedido de particular (incabível). Pessoa jurídica de direito público e Ministério Público (legitimidade). Salvaguarda do interesse público (Lei nº 8.437/92).

1 - O particular, tanto mais quando na defesa de interesses próprios, não possui legitimidade para ajuizar pedido de suspensão, mesmo quando objetiva o restabelecimento de medida anteriormente concedida (efeito ativo).

2 - O art. 4º da Lei nº 8.437/92 dispõe que o Ministério Público ou a pessoa jurídica de direito público são partes legítimas para pleitear suspensão de execução de liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, entretanto a jurisprudência tem admitido também o ajuizamento da excepcional medida por sociedades de economia mista e concessionárias prestadoras de serviço público, quando na defesa do interesse público.

3 - Agravo improvido.

(STJ, AgRg na Pet 1.827/RJ, Rel. Ministro Nilson Naves, *DJ* 22.09.2003, p.248).

No caso concreto, a antecipação de tutela concedida pela MM^a. Juíza Roberta Walmsley Soares, no exercício da titularidade da

21ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, determinou à ANTT o cumprimento das seguintes obrigações: a) realizar, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, estudos de mercado necessários à realização de licitações dos itinerários mencionados nesta ação, comunicando ao Juízo o resultado de tais estudos; b) promover, no prazo de 60 (sessenta) dias após a conclusão dos estudos mencionados no item a, a licitação dos itinerários, com conseqüente adjudicação do objeto da licitação aos vencedores; c) se abster de prorrogar quaisquer concessões ou permissões de transporte interestadual de passageiros, despidas de prévia licitação e d) se abster de pagar aos atuais concessionários e permissionários qualquer compensação pela extinção da permissão, ainda que de forma indireta, ou qualquer outra reparação ligada à realização da referida licitação (v. fls. 219/227).

Observo, igualmente, ter o juízo *a quo* verificado que a empresa Expresso Guanabara S/A estaria explorando, sem a prévia licitação, o serviço de transporte coletivo interestadual de passageiros em relação aos itinerários Marabá/PA - Recife/PE (02-1161-04); Fortaleza/CE - Recife/PE, via BR 101 (03-0013-00, 03-0013-51 e 03-0013-61); Fortaleza/CE - Caruaru/PE (03-1971-00); Patos/PB - Recife/PE (13-0620-00); Mossoró/RN - Recife/PE (14-0965-00); Imperatriz/MA - Recife/PE (15-1161-00); Imperatriz/MA - Recife, via João Pessoa/PB (15-1161-05).

De relevo, vale destacar que a decisão em comento se pautou no fato de que a prestação de serviço público deve ser realizada sempre através de licitação, nos termos do *caput* do art. 175 da CF/88, secundado pelo inciso IV do art. 2º da Lei nº 8.987/95, que disciplina o regime de concessão e permissão da prestação de serviço público, vazados nos seguintes termos:

Carta Federal/88:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Lei nº 8.987/95:

Art. 2º. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...)

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

A par disso, neste juízo preambular e precário que o pedido liminar me impõe, verifico, de logo, que a decisão hostilizada não enseja solução de continuidade em relação ao serviço interestadual de transporte de passageiros, no que pertine aos itinerários em análise.

Isto porque o referido *decisum*, antes de exigir a adoção do procedimento licitatório, enumerou uma gama de providências que demanda um certo lapso temporal que medeia até a realização da licitação das linhas em questão, não havendo, portanto, qualquer prejuízo ao usuário final deste serviço, de modo que não vislumbro qualquer lesividade aos interesses jurídicos albergados pela Lei nº 8.437/92.

Nesse contexto, sem emitir qualquer juízo de valor quanto à higidez dos fundamentos utilizados na decisão vergastada, destaca-se que os eventuais prejuízos que o requerente terá que suportar com a não-prorrogação do contrato de permissão em debate, relativos à amortização do investimento realizado na aquisição de veículos destinados ao transporte coletivo de passageiros e ao pagamento dos direitos trabalhistas – este último decorrente da inevitável demissão de funcionários da empresa – não ostenta feição de “interesse público”, na exata dicção do art. 4º da Lei 8.437/92, configurado no risco de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, a fim de legitimá-lo para o ajuizamento do incidente de suspensão de segurança.

Por oportuno, trago a lume autorizado escólio extraído da obra *A Fazenda Pública em Juízo*¹, no sentido de que “as concessionárias de serviço público somente podem valer-se do pedido de suspensão, se houver interesse público, ou seja, se a decisão que se

¹ Carneiro da Cunha, Leonardo José. 4ª Edição. Ed. Dialética. P. 413.

pretende suspender ofende o interesse público. Se, diversamente, o que há é mero interesse particular da concessionária, descabe o pedido de suspensão”.

Há, pois, flagrante ilegitimidade da empresa EXPRESSO GUA-NABARA S.A., para manejar o presente incidente, devendo a sua insurgência, no particular, ser dirimida na via processual ordinária própria.

Sob esta perspectiva, à míngua de fundamentação relevante a justificar a alteração do entendimento esposado na decisão supra, nego provimento ao agravo inominado.

É como voto.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2.858-PB

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JOÃO MANOEL DE ARAUJO
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. IRANILTON TRAJANO DA SILVA E OUTRO (APDO.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA CONDICIONAL. NULIDADE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 515 DO CPC. REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/1998. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS EM LEI QUANDO DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO.

- Deve ser anulada a sentença incerta, visto que prolatada em dissonância do disposto no artigo 460 do CPC.

- Nas regras de transição previstas no artigo 9º da EC 20/1998, observa-se que o segurado do sexo masculino, para a obtenção de aposentadoria, deverá ter idade mínima de 53 anos, e tempo de contribuição de 35 anos, e ainda cumprir

prazo adicional de 20%, sobre o tempo faltante, o que ficou conhecido como “pedágio”. Pode-se, ainda, optar pela aposentadoria proporcional, que exige 30 anos de contribuição para o homem, mas, neste caso, além da idade mínima, requer-se o “pedágio” de 40%.

- No presente caso, quando do requerimento administrativo, o autor ainda não tinha preenchido os requisitos previstos na legislação para a concessão da aposentadoria, pelo que não pode ser reconhecido seu direito.

- Remessa oficial e apelação providas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, em dar provimento à remessa oficial e à apelação, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 2 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de ação ordinária movida por João Manoel de Araújo contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando aposentadoria integral por tempos de contribuição, a partir do primeiro requerimento administrativo.

O INSS contestou a ação afirmando que inexistente interesse processual e que não houve tempo de serviço bastante para a aposentadoria requerida.

O MM. Juiz monocrático julgou procedente o pedido, para condenar o INSS a aposentar a parte autora proporcionalmente a partir da data de 22.01.2003, e, tão logo tenha implementado o tempo para aposentadoria integral seja esta concedida a partir de 16.05.2008, tudo devidamente corrido nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, incidindo juros de mora desde a citação no percentual de 1% ao mês. Determinou a tutela de urgência para que a ré implantasse o benefício a partir da data da decisão, no prazo de 30 dias. Fixou honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor da condenação, respeitada a Súmula 111 do STJ.

Inconformado, recorre o INSS, alegando que: a) não poderia ter sido concedida a tutela antecipada para a implantação do benefício, tendo em vista que o autor não preencheu os requisitos previstos no art. 273 do CPC; b) a sentença deve ser anulada, pois o pedido da parte autora foi de aposentadoria por tempo de contribuição em sua integralidade, a partir do primeiro requerimento administrativo e não aposentadoria proporcional como determinou a decisão monocrática, violando esta os artigos 2º, 128 e 460 do CPC e art. 5º, LIV, da CF; c) foi observado o devido processo legal no processo administrativo e que a aposentadoria não foi concedida devido à ausência de prova de recolhimentos durante o período exigido na legislação (§ 7º do art. 201 da CF e arts. 56 a 69 do Decreto 3.048/99); d) imprestabilidade da certidão de fls. 108/109 para comprovação do tempo de contribuição necessário à concessão da aposentadoria, pois foi elaborada extemporânea, sem qualquer relação com outros documentos contemporâneos aos anos em que foram prestados os serviços, como exige o Decreto 3.048/99; e) os honorários advocatícios devem ser fixados com observância do § 4º do art. 20 do CPC.

Subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

A sentença condenou o réu a conceder ao autor aposentadoria proporcional, tendo em vista o preenchimento das condições necessárias para tanto, determinando, ainda que o INSS concedesse a aposentadoria integral a partir da integralização do lapso temporal, uma vez que o autor permanece em atividade laborativa junto à Prefeitura Municipal de São José de Piranhas/PB.

Sustenta o apelante, que a sentença foi *extra petita*, pois o pedido da inicial foi aposentadoria integral e não proporcional.

Realmente, o objeto do pedido foi a concessão de aposentadoria integral, tendo o Juízo monocrático concedido aposentadoria proporcional, determinando, ainda, que fosse concedida a aposentadoria integral quando o autor completasse o tempo e as condições para tanto.

Ao estabelecer o Juízo monocrático que satisfeitas as condições impostas em lei, fosse-lhe concedido a aposentadoria integral, proferiu sentença condicional. Também não fez parte do pedido a aposentadoria proporcional.

Dispõe o art. 460 da Lei Processual Civil:

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decidida relação jurídica condicional.

Desse modo, demonstrado está que a decisão monocrática violou o dispositivo acima citado. A respeito do tema, transcrevo as seguintes decisões:

Desta forma, deve ser anulada a sentença, hipótese essa que eiva de nulidade absoluta o processo, podendo ser decretada até mesmo de ofício.

Sobre a solução, entretanto, a ser dada nesses casos, a doutrina e jurisprudência têm se dividido entre a possibilidade de anu-

lar a sentença ou de, com fulcro no § 3º do art. 515 do CPC, julgar desde logo a lide.

Eis o teor do referido dispositivo legal, acrescentado pela Lei nº 10.352/2001:

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

Como se vê, a intenção do legislador ordinário foi a de facilitar a vida do jurisdicionado para proporcionar-lhe maior celeridade na solução do conflito submetido a julgamento. Possibilitou, através do comando do mencionado dispositivo legal, a apreciação da lide, pelo tribunal, de imediato, sem a necessidade de ter de remetê-la à instância inferior para só depois se pronunciar sobre a demanda.

Constata-se, pois, a prevalência dos princípios da economia, celeridade e instrumentalidade processual sobre o formalismo, o que deu maior eficiência e eficácia à atuação jurisdicional, pelo que passo a análise da questão.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 201, § 7º, garante aposentadoria aos segurados do Regime Geral da Previdência Social, nos seguintes termos:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) [...]

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de eco-

nomia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

O benefício pleiteado possui como condições a comprovação de trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e de trinta anos, se mulher, como previsto no dispositivo constitucional acima transcrito, e o cumprimento da carência estabelecida pela Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

A Lei nº 8.213/91 estabelece em seu art. 55 a forma como deverá ser comprovado o tempo de exercício:

Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

I - o tempo de serviço militar, inclusive o voluntário, e o previsto no § 1º do art. 143 da Constituição Federal, ainda que anterior à filiação ao Regime Geral de Previdência Social, desde que não tenha sido contado para inatividade remunerada nas Forças Armadas ou aposentadoria no serviço público;

II - o tempo intercalado em que esteve em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez;

III - o tempo de contribuição efetuada como segurado facultativo; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

IV - o tempo de serviço referente ao exercício de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não tenha sido contado para efeito de aposentadoria por outro regime de previdência social; (Redação dada pela Lei nº 9.506, de 1997)

V - o tempo de contribuição efetuado por segurado depois de ter deixado de exercer atividade remunerada que o enquadrava no art. 11 desta Lei;

VI - o tempo de contribuição efetuado com base nos artigos 8º e 9º da Lei nº 8.162, de 8 de janeiro de 1991, pelo segurado definido no artigo 11, inciso I, alínea g, desta Lei, sendo tais contribuições computadas para efeito de carência. (Incluído pela Lei nº 8.647, de 1993)

§ 1º A averbação de tempo de serviço durante o qual o exercício da atividade não determinava filiação obrigatória

ao anterior Regime de Previdência Social Urbana só será admitida mediante o recolhimento das contribuições corresponsáveis, conforme dispuser o Regulamento, observado o disposto no § 2º.

[...]

§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.

§ 4º Não será computado como tempo de contribuição, para efeito de concessão do benefício de que trata esta subseção, o período em que o segurado contribuinte individual ou facultativo tiver contribuído na forma do § 2º do art. 21 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, salvo se tiver complementado as contribuições na forma do § 3º do mesmo artigo. (Incluído pela Lei Complementar nº 123, de 2006)

As regras de transição para o novo regime de aposentadoria integral ou proporcional constaram na EC 20/98, que devem ser apreciadas no presente caso.

Dispõe o artigo 9º da EC 20/98:

Art. 9º - Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos:

I - contar com cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e

II - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º - O segurado de que trata este artigo, desde que aten-

dido o disposto no inciso I do *caput*, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) - trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e b) - um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;

II - o valor da aposentadoria proporcional será equivalente a setenta por cento do valor da aposentadoria a que se refere o *caput*, acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.

§ 2º - O professor que, até a data da publicação desta Emenda, tenha exercido atividade de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no *caput*, terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contada com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício de atividade de magistério.

Sabe-se que aos segurados do Regime Geral da Previdência Social, que tenham cumprido todos os requisitos para a concessão de aposentadoria por tempo de serviço, na forma da legislação vigente até a data da publicação da EC 20/98, tiveram seus direitos ressaltados pelo preceito constante do *caput* do art. 3º desta Emenda.

Nos termos da legislação anterior, a aposentadoria por tempo de serviço é devida ao segurado da Previdência Social que completar 25 anos de serviço, se mulher, ou 30 anos, se homem, evoluindo o valor do benefício de um patamar inicial de 70% do salário de benefício para o máximo de 100%, caso completado 30 anos de serviço, se do sexo feminino, ou 35 anos, se do sexo masculino.

No presente caso, até a data da publicação da EC 20/98, o apelado não logrou completar o tempo de serviço necessário para a obtenção de Aposentadoria por Tempo de Serviço, pois somava

apenas 27 anos, total inferior ao tempo mínimo previsto pelo art. 52 da Lei 8.213/81, devendo-se aplicar, nesse caso, as regras transitórias disciplinadas pelo art. 9º do referido texto constitucional ou sujeitar-se ao sistema previdenciário inaugurado pela referida Emenda.

No caso de subsumir-se às regras de transição, o segurado do sexo masculino deverá ter idade mínima de 53 anos, e tempo de contribuição de 35 anos, e ainda cumprir prazo adicional de 20%, sobre o tempo faltante, o que ficou conhecido como “pedágio”, pode-se, ainda, optar pela aposentadoria proporcional, que exige 30 anos de contribuição para o homem, mas, neste caso, além da idade mínima, requer-se o “pedágio” de 40%.

Apesar de, em atendimento a pedido judicial, a Prefeitura do Município de São José de Piranhas/PB, ter juntado certidão de tempo de serviço do autor, na qual se verifica que este conta, em 31.01.2007, com 35 anos, 2 meses e 15 dias de tempo de serviço (fls. 108-109), documento este que possui presunção de legitimidade, quando do requerimento administrativo, o autor ainda não preenchia os requisitos necessários para sua aposentadoria integral.

Em sendo assim, não pode ser concedida ao autor a aposentadoria por tempo de contribuição integral, nos termos requerido na inicial. Porém o fato não impede que o autor já tendo as condições necessárias para a aposentadoria, requeira o ato perante a Administração.

Ressalte-se que não houve recurso do autor sobre qualquer questão.

Diante do exposto, dou provimento à remessa oficial e à apelação. Fixo honorários advocatícios em favor da parte ré em R\$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do § 4º do art. 20 do CPC.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 246.041-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Apelados: RINALDO MEIRA LINS E OUTROS
Advs./Procs.: DRS. AUGUSTO JOSÉ DE SOUZA FERRAZ E OUTROS (APTE.) E FILIPE CARLOS DOMINGUES DE ALBUQUERQUE E OUTROS (APDOS.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO POR ILEGALIDADE E ERRO MOVIDA CONTRA O INCRA. IMÓVEL RURAL CONSTITUÍDO POR DIVERSAS UNIDADES COM MATRÍCULA/REGISTRO PRÓPRIOS JUNTO AO CARTÓRIO DE REGISTRO GERAL DE IMÓVEIS DA COMARCA DE JABOATÃO DOS GUARARAPES, DECLARADO IMPRODUTIVO, EM SUA UNIDADE JURÍDICA, PARA FINS DE DESAPROPRIAÇÃO PARA A REFORMA AGRÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. IMÓVEIS CONTÍGUOS NA CONCEITUAÇÃO DO ART. 234 DA LEI. 6.015/73 (LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS). APLICABILIDADE. CONTINUIDADE DO ART. 4º, I, DA LEI 4.504/64 (ESTATUTO DA TERRA) E ART. 4º, I, DA LEI 8.629/93, COM A REDAÇÃO DADA PELA MP 2.183-56. AFASTADA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE.

- Decreto Expropriatório que declarou de interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural constituído pelos “ENGENHOS PALMEIRAS, PENANDUBA, PEDRA LAVRADA E FAZENDA SUASSUNA”, conhecido como “USINA JABOATÃO”, situado no Município de Jaboatão dos Guararapes, Estado de Pernambuco, com área total medindo 2.055,90 ha. (dois mil, cinqüenta e cinco hectares e noventa ares).

- Contudo, se lê da Certidão do Registro Geral de Imóveis da Comarca de Jaboatão dos Guararapes, que os ENGENHOS PALMEIRA, PENANDUBA, PEDRA LAVRADA E FAZENDA SUASSUNA, embora pertencentes ao mesmo proprietário, no caso, Indústria Açucareira Antônio Martins de Albuquerque, possuem matrículas próprias.

- Várias são as definições de imóvel e/ou imóvel rural, levando-se em consideração o Direito Civil; a Legislação Agrária; o Código Tributário Nacional; o Sistema Nacional de Cadastro Rural; a Lei dos Registros Públicos e o Registro Imobiliário e para o INCRA.

- A par das definições existentes, com enfoques distintos, merece destaque no conceito de imóvel rural, nas expressões contiguidade, albergada no art. 234 da Lei 6.015/73 (Registros Públicos) e continuidade, trazida no conceito de imóvel rural à luz do art. 4º, I, da Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra) e art. 4º, I, Lei 8.629/93, com a alteração dada pela MP 2.183-56. Percebe-se que o Estatuto da Terra, bem como a Lei 8.629/93, trouxeram a idéia de imóvel como unidade homogênea, ou seja, considerada em seu todo, enquanto que a Lei dos Registros Públicos, considerou o imóvel com registro e matrícula autônoma como unidades distintas.

- Segundo o vigente Código Civil, a propriedade transfere-se mediante registro, conforme dispõe em seu art.1.245. Frise-se, ainda, o teor do § 4º do art. 2º da Lei 8.629/93, com a redação dada pela MP 2.183-56, de 2001.

- A possibilidade de alteração quanto ao domínio, à dimensão e às condições de uso do imóvel, autorizada pelo dispositivo legal transcrito, vem a ser aquela procedida perante o Registro Geral de Imóveis, o que, de pronto afasta a conceituação de imóvel rural, na expressão con-

tinuidade trazida no art. 4º, I, da Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra), bem como na Lei 8.629/93, com a alteração dada pela MP 2.183-56.

- A corroborar tal assertiva, destaca-se o MS nº 21.919, julgado pelo STF e publicado no DJU de 06.06.97. Em tal oportunidade, se entendeu que não se pode tomar cada parte ideal do condomínio, averbada no registro imobiliário de forma abstrata, como propriedades distintas, para fins de reforma agrária. Para chegar-se a tal ilação, contudo, se enfatizou que o registro público prevalece nos estritos termos de seu conteúdo, revestido de presunção iuris tantum, com fundamento no art. 252 da Lei 6.015/73.

- A questão acerca do conceito de imóvel rural, para fins de levantamento de dados e informações onde se objetiva apurar a função social e o nível de exploração e utilização da terra há de ser resolvida sob a seguinte forma:

a) havendo registro/matrícula da divisão do bem no Cartório de Imóveis deve-se privilegiar o conceito de imóvel rural, nas expressões contiguidade, albergada no art. 234 da Lei 6.015/73 (Registros Públicos) e, por conseguinte, prevalece o registro público, nos termos de seu conteúdo.

b) não havendo registro/matrícula da divisão do bem no Cartório de Imóveis, conceitua-se imóvel rural, em seu sentido de continuidade, trazida no conceito de imóvel rural à luz do art. 4º, I, da Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra) e Lei 8.629/93, com a alteração dada pela MP 2.183-56.

- No caso presente, não cuidando de hipótese de divisão ideal do imóvel, a exemplo do condomínio e da Saisine, mas sim, de diversos imóveis contíguos, na conceituação albergada pelo art. 234 da Lei 6.015/73 (Registros Públicos), e com matrículas/registros diversos, deve-se adotar o posicionamento do STF, segundo o qual o regis-

tro público deve prevalecer nos estritos termos de seu conteúdo, revestido de presunção iuris tantum.

- A avaliação administrativa procedida pelo INCRA deveria ter levado em conta cada um dos imóveis com matrículas próprias, de modo a considerá-los como unidades autônomas. Em assim não procedendo, incorreu em erro ao afirmar a improdutividade do imóvel levando-se em consideração a continuidade do imóvel, de modo a reconhecê-lo em sua unidade jurídica, para apurar a função social e o nível de exploração e utilização da terra, máxime quando a perícia judicial constante dos autos constatou a produtividades dos imóveis arrendados denominados ENGENHOS PALMEIRA, e PEDRA LAVRADA considerando-os como imóveis autônomos e produtivos.

- Nulidade do ato Administrativo de levantamento de dados e informações procedido pelo INCRA, referente ao imóvel rural denominado USINA JABOATÃO, constituídos pelos ENGENHOS PALMEIRA, PENANDUBA, PEDRA LAVRADA E FAZENDA SUASSUNA e, onde se concluiu por sua improdutividade.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 30 de setembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Cuida-se de apelação do INCRA, da sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida para (conforme Sentença de embargos de declaração de fls. 486/487), considerando os ENGENHOS PALMEIRA, e PEDRA LAVRADA como imóveis autônomos e produtivos, declarar a nulidade do Decreto datado de 09.10.1996 e, por conseguinte, excluir ambos os imóveis do Processo de Desapropriação de nº 96.0015368-8, que deverá prosseguir tão-somente em relação aos ENGENHOS denominados PENANDUBA e SUASSUNA.

Defende o INCRA em suas razões de apelo, em síntese que:

a) procedeu, na via administrativa, o levantamento de dados e informações referente ao imóvel rural denominado USINA JABOATÃO, constituídos pelos ENGENHOS PALMEIRA, PENANDUBA, PEDRA LAVRADA E FAZENDA SUASSUNA, onde se concluiu por sua improdutividade;

b) a classificação como produtivas das áreas rurais denominadas ENGENHOS PALMEIRA, e PEDRA LAVRADA, em detrimento do todo, e, por outro lado, a classificação como improdutivas as áreas rurais denominadas ENGENHOS PENANDUBA e SUASSUNA, desvirtua completamente o Decreto Expropriatório de fls. 247/248, a Lei 8.629/93, além da Constituição Federal;

c) a área do imóvel, que perfaz o total de 2.215,7000 ha, equivalente a 316,53 módulos fiscais, ultrapassa os quantitativos conceituais previstos nos incisos II e III, do art. 4º, da Lei 8.629/93, que o caracteriza e define como grande propriedade;

d) que a improdutividade do imóvel restou caracterizada através do Laudo Técnico de Vistoria Preliminar e da perícia efetivada pela peça que instrui a contestação e do documento cadastral em anexo, o mesmo se verificando quanto ao laudo pericial apresentado pelo seu Assistente Técnico, constante às fls. 359/365 dos autos, além dos esclarecimentos de fls. 436/438;

e) a sentença incorre em erro na medida em que determina o prosseguimento da ação com relação aos ENGENHOS PENAN-

DUBA e SUASSUNA, por contrariar a lei de regência da matéria, em seus arts. 184 e 186. A sentença igualmente contraria e elimina todo o procedimento administrativo expropriatório, assim como a ação judicial de desapropriação, tendo em vista que desta sentença resulta a identificação e a caracterização de um bem que não é mais o primitivamente identificado, inclusive, para fins de avaliação e desapropriação, com depósito efetivado no início da ação. Vale dizer, ou se desapropria o imóvel rural vistoriado e avaliado e objeto do Decreto expropriatório, ou nada se desapropria.

Ao final, pugna pelo acolhimento das irresignações apontadas, com o conseqüente provimento à apelação.

Contra-razões apresentadas às fls. 514/534, onde se requer a manutenção da sentença recorrida e o não provimento da apelação em todos os seus termos.

O MPF, através de Parecer constante às fls. 538/541 dos autos, opina, em síntese, pelo não provimento da apelação do INCRA.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

O cerne da presente controvérsia consiste em saber se um imóvel rural, embora pertencente a um único proprietário, mas, sendo constituído por Engenhos e Fazenda diversos, possuindo estes matrículas distintas no Cadastro do Registro Geral de Imóveis, pode ser objeto de desapropriação para fins de reforma agrária, levando-se em conta a unidade jurídica do imóvel para fins de conceituação da sua produtividade. Neste sentido procedeu o INCRA, ao concluir o procedimento administrativo de levantamento de dados e informações onde se objetivou apurar a função social e o nível de exploração e utilização da terra.

Impende, verificar, na hipótese, o acerto do procedimento adotado pelo INCRA, ou, ao invés, se deveria a Autarquia, ter levado em consideração, para fins de conclusão da produtividade ou não do imóvel, a autonomia dos imóveis em face de possuírem matrículas distintas no Cadastro do Registro Geral de Imóveis.

É o que se passa a analisar.

No caso concreto, o Decreto Expropriatório (fls. 247/248), declarou de interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural constituído pelos “ENGENHOS PALMEIRAS, PENANDUBA, PEDRA LAVRADA E FAZENDA SUASSUNA”, conhecido como “USINA JABOATÃO”, situado no Município de Jaboatão dos Guararapes, Estado de Pernambuco, com área total medindo 2.055,90 ha. (dois mil, cinqüenta e cinco hectares e noventa ares).

Contudo, conforme se lê da Certidão do Registro Geral de Imóveis da Comarca de Jaboatão dos Guararapes, acostada aos autos pelo INCRA (fls. 249/251), os ENGENHOS PALMEIRA, PENANDUBA, PEDRA LAVRADA E FAZENDA SUASSUNA, embora pertencentes ao mesmo proprietário, no caso, Indústria Açucareira Antônio Martins de Albuquerque, possuem matrículas próprias.

Defende o INCRA que o fato de os engenhos PALMEIRA, PEDRA LAVADA, PENANDUBA E FAZENDA SUASSUNA possuírem matrículas distintas no Cadastro do Registro geral de Imóveis da Comarca de Jaboatão dos Guararapes, não os torna imóveis autônomos, no conceito de Direito Agrário, onde prevalece a unidade jurídica autônoma para fins de conceituação do bem imóvel; que deve prevalecer o conceito de imóvel rural descrito no art. 4º, I, da Lei 8.629/93, c/c o conceito de imóvel rural em Direito Tributário, estabelecido no art. 1º, § 2º, da Lei 9.393/96, em face da identidade de ambos os conceitos e, ainda, que não é a fusão de matrículas que tem o condão de transformar o sistema de posse, uso e exploração da área rural contínua, posto que, mesmo com matrículas autônomas ou com novo e único número de matrícula, ante a eventual fusão efetivada, a área de terras respectiva não deixa de ser contínua.

A definição de imóvel possui tratamento diverso a depender do parâmetro invocado. Vale dizer, variadas são as definições de imóvel e/ou imóvel rural, levando-se em consideração o Direito Civil (arts. 79 a 81); a Legislação Agrária (Lei nº 4.504/64 - Estatuto da Terra -, art. 4º); o Código Tributário Nacional (Lei nº 9.393, de 1996, art. 1º, § 2º; RITR/2002, art. 9º; IN SRF nº 256, de 2002, art. 8º), o Sistema Nacional de Cadastro Rural (Lei 5.868/72, artigo 6º); a Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/73, art. 234) e o Registro Imobiliário e para o INCRA (segundo o seu Manual de Cadastro).

Contudo, a par das definições existentes, com enfoques distintos, merece destaque no conceito de imóvel rural, nas expressões contiguidade, albergada no art. 234 da Lei 6.015/73 (Registros Públicos) e continuidade, trazida no conceito de imóvel rural à luz do art. 4º, I, da Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra) e art. 4º, I, Lei 8.629/93, com a alteração dada pela MP 2.183-56.

Destaco, respectivamente, os dispositivos mencionados:

Art. 234. Quando dois ou mais imóveis contíguos pertencentes ao mesmo proprietário, constarem de matrículas autônomas, pode ele requerer a fusão destas em uma só, de novo número, encerrando-se as primitivas.

(Lei 4.504/64) Art. 4º. Para os efeitos desta Lei, definem-se:

I - "Imóvel Rural", o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro-industrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada;

(Lei 8.629/93) Art. 4º. Para os efeitos desta lei, conceituam-se:

I - Imóvel Rural - o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agro-industrial;

A literalidade das expressões colhidas no sítio (http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx) traduz "contíguo" como sendo o que está em contato, junto, próximo, pegado, enquanto "contínuo" é seguido, ininterrupto, continuado e incessante.

Percebe-se que o Estatuto da Terra, bem como a Lei 8.629/93, trouxeram a idéia de imóvel como unidade homogênea, ou seja, considerada em seu todo, enquanto que a Lei dos Registros Públicos, considerou o imóvel com registro e matrícula autônoma como unidades distintas.

Contudo, não se pode descurar que, segundo o vigente Código Civil, a propriedade transfere-se mediante registro, conforme dispõe em seu art. 1.245.

Acerca da transferência entre vivos da propriedade, transcrevo parte dos comentários ao citado art. 1.245, constantes do Cód-

go Civil Comentado de autoria de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, onde se lê:

5. Registro. Matrícula. Com o advento da LRP e a criação do instituto de matrícula do imóvel, a distinção entre atos de transcrição e inscrição restou-se despicienda, e ambos os atos foram unidos em um só – o registro (Rodrigues, Dir. Civil., v. 5, 51,92). Assim, a inscrição, nela absorvida a transcrição discrepante, cobre as aquisições (atos transmissíveis de propriedade – antiga transcrição) e onerações de imóveis (atos constitutivos de ônus reais – antiga inscrição), que são os assentos mais importantes ao passo que a averbação cobre os demais, que alterem por qualquer modo os principais (atos modificativos posteriores) (Carvalho, Registro, p. 138). A matrícula, inovação da LRP no que tange ao registro de imóveis, é o primeiro ato realizado e consiste na individualização física e jurídica de um imóvel de modo a estremá-lo de dúvida em relação a outros para, a contar dela, serem feitos os registros que digam respeito ao bem (Ceneviva, LRPComent., p. 401). Assim, em se tratando de registro de imóveis, o primeiro ato realizado é a matrícula; em seguida, faz-se o registro – das circunstâncias que eram inscritas e transcritas anteriormente –, e por fim ocorrem as averbações na ficha da matrícula, ou seja, o lançamento de todas as ocorrências ou fatos que, não estando sujeitos ao assento, venham a alterar o domínio, afetando o registro relativamente à perfeita caracterização e identificação do prédio ou do titular da propriedade (Diniz, Registro, p. 45). Ainda hoje, porém, encontramos o termo registro ora para expressar qualquer uma das situações – matrícula, registro (*stricto sensu* - inscrição/transcrição) e averbação, ora significando o registro propriamente dito).

Frise-se, ainda, o teor do § 4º do art. 2º da Lei 8.629/93, com a redação dada pela MP 2.183-56, de 2001, segundo o qual “Não será considerada, para os fins desta Lei, qualquer modificação, quanto ao domínio, à dimensão e às condições de uso do imóvel, introduzida ou ocorrida até seis meses após a data da comunicação para levantamento de dados e informações de que tratam os §§ 2º e 3º”.

Ora, a possibilidade de alteração quanto ao domínio, à dimensão e às condições de uso do imóvel, autorizada pelo dispositivo

legal transcrito, vem a ser, exatamente, aquela procedida perante o Registro Geral de Imóveis, o que, de pronto afasta a conceituação de imóvel rural, na expressão continuidade trazida no art. 4º, I, da Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra), bem como na Lei 8.629/93, com a alteração dada pela MP 2.183-56. Significa dizer que, em se podendo desmembrar o imóvel de modo afastar a possibilidade de se desapropriar para fins de reforma agrária, dando-se tal efeito mediante registro no Cartório de Imóveis, deve-se considerar os imóveis com registros/matrículas autônomas como unidades distintas.

E não se diga da impossibilidade de proceder-se tal raciocínio, em face de a referida medida provisória vigor apenas após 27.08.2001, data de sua publicação. É que, a matéria vem sendo discutida, em diversos julgados, ainda que sob outros enfoques, pela Suprema Corte do País.

A corroborar tal assertiva, destaco o MS nº 21.919, julgado pelo STF e publicado no *DJU* de 06.06.97, da Relatoria do Exmo. Ministro Celso de Melo, onde a discussão residia acerca da possibilidade da desapropriação-sanção, sobre imóvel rural em condomínio.

Em tal oportunidade, se entendeu que não se pode tomar cada parte ideal do condomínio, averbada no registro imobiliário de forma abstrata, como propriedades distintas, para fins de reforma agrária. Para chegar-se a tal ilação, contudo, se enfatizou que o registro público prevalece nos estritos termos de seu conteúdo, revestido de presunção *iuris tantum*. O fundamento foi o art. 252, da Lei 6.015/73, que textualmente dispõe:

Art. 252 - O registro, enquanto não cancelado, produz todos os efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido. (Renumerado do art. 257 com nova redação pela Lei nº 6.216, de 1975)

Firmou-se no julgamento do aludido MS 21.919/97, o entendimento de necessidade do registro para que se opere a transformação das partes ideais do bem imóvel em propriedades distintas, e assim o fez, por constar da Ementa do Acórdão, os seguintes termos:

Se, a divisão do imóvel, resultarem glebas que, objeto de matrículas e registros próprios, venham a qualificar-se como médias propriedades rurais, tornar-se-á impossível a desapropriação-sanção prevista no art. 184 da Carta Política.

No mesmo sentido, recentes julgados da Suprema Corte vêm ratificando o posicionamento. Neste sentido, os MS 24.488-7 julgado em 19.05.2005; MS 24.657-0 julgado em 17.05.2005 e, MS 24.595-6, julgado em 20.09.2006.

Assim, a meu ver, a questão acerca do conceito de imóvel rural, para fins de levantamento de dados e informações onde se objetiva apurar a função social e o nível de exploração e utilização da terra há de ser resolvida sob a seguinte forma:

a) havendo registro/matricula da divisão do bem no Cartório de Imóveis deve-se privilegiar o conceito de imóvel rural, nas expressões contiguidade, albergada no art. 234 da Lei 6.015/73 (Registros Públicos) e, por conseguinte, prevalece o registro público, nos termos de seu conteúdo.

b) não havendo registro/matricula da divisão do bem no Cartório de Imóveis, conceitua-se imóvel rural, em seu sentido de continuidade, trazida no conceito de imóvel rural à luz do art. 4º, I, da Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra) e Lei 8.629/93, com a alteração dada pela MP 2.183-56.

É que, nesta segunda hipótese (item “b”) há tão-somente a divisão ideal do imóvel, a exemplo do condomínio e da Saisine. Nesta, embora se verifique a múltipla titularidade, permanece a propriedade única até a partilha, conforme entendendo o STF, adotado no julgamento do MS 24.573-5.

Destaco os seguintes excertos do Voto Conductor do Exmo. Ministro Eros Grau, proferido no referido MS 24.573-5, *verbis*:

[...] 17. a Saisine, como se vê claramente do texto do parágrafo único, torna múltipla apenas a titularidade do imóvel, que permanece sendo, do ponto de vista objetivo, até que sobrevenha a partilha, uma única propriedade. Observam-no percucientemente a Ministra Ellen Gracie e o Ministro César Peluso.

[...] 21. Apenas o registro do imóvel no cartório competen-

te prova, no que concerne à propriedade imobiliária, a titularidade do domínio. leia-se o art. 252 da Lei 6.015/73, na redação a eles conferida pela Lei nº 6.216/75: ...

[...] Protegido por presunção *iuris tantum*, qualquer modificação subjetiva referente ao imóvel há de ser, para que seja dotada de eficácia no mundo jurídico, averbada em sua matrícula. O registro imobiliário prevalece nos estritos termos de seu conteúdo.

No caso presente, não cuidando de hipótese de divisão ideal do imóvel, a exemplo do condomínio e da Saisine, mas sim, de diversos imóveis contíguos, na conceituação albergada pelo art. 234 da Lei 6.015/73 (Registros Públicos), e com matrículas/registros diversos, deve-se adotar o posicionamento do STF, segundo o qual o registro público deve prevalecer nos estritos termos de seu conteúdo, revestido de presunção *iuris tantum*.

Assim, a avaliação administrativa procedida pelo INCRA deveria ter levado em conta cada um dos imóveis com matrículas próprias, de modo a considerá-los como unidades autônomas.

Em assim não procedendo, incorreu em erro ao afirmar a improdutividade do imóvel levando-se em consideração a continuidade do imóvel, de modo a reconhecê-lo em sua unidade jurídica, para apurar a função social e o nível de exploração e utilização da terra, máxime quando a perícia judicial constante dos autos constatou a produtividades dos imóveis arrendados denominados ENGENHOS PALMEIRA, e PEDRA LAVRADA considerando-os como imóveis autônomos e produtivos.

Cumpra apenas registrar que a hipótese não é de se declarar a nulidade do Decreto Expropriatório, como assim o fez o julgador na sentença recorrida, posto que tal competência é do STF. Contudo, pode e deve-se declarar, nesta via, em face das razões acima, a nulidade do ato Administrativo de levantamento de dados e informações procedido pelo INCRA, referente ao imóvel rural denominado USINA JABOATÃO, constituídos pelos ENGENHOS PALMEIRA, PENANDUBA, PEDRA LAVRADA e FAZENDA SUASUNA e, onde se concluiu por sua improdutividade.

Diante de tais considerações, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 335.632-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelada: SORTECA LOTERIAS LTDA.
Adv./Proc.: DR. OLAVO FERNANDES MAIA NETO (APDA.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA LAVRADA POR FISCAL DO TRABALHO (SENTENÇA ANTECEDENTE A EC Nº 45/04). DUPLICIDADE DE SANÇÃO SOBRE O MESMO FATO JURÍDICO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE PEDIR RECURSAL FUNDADA EM ERRO IN PROCEDENDO VERDADEIRA. NADA OBSTANTE, IMPOSSIBILIDADE DE PROVIMENTO DO RECURSO ANTE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS.

- É, de fato, extra petita a sentença que, em sua fundamentação, desconsidera a única causa de pedir constante da peça inaugural.

- As sentenças extra petita sujeitam-se, em regra, ante o manejo do recurso adequado por quem tenha interesse, à anulação.

- A conformidade da causa de pedir que a parte invocara na inicial com os fundamentos de fato da sentença é exigência de natureza processual que não se pode sobrepor, nem impedir, à aplicação regular e devida do direito substancial.

- O processo não pode ser considerado um fim em si mesmo, eis que a sua finalidade é servir à concretização dos objetivos visados pelo direito material. Demais disso, quando a forma apresentar-se como empecilho ao alcance desejado da justiça do caso concreto, deve ela ser abandonada.

- In casu, a segunda autuação do fiscal do trabalho ofendera o princípio da finalidade (ao espíri-

to da norma), razão de sua nulidade, haja vista que desatendeu, no fundo, o preceito da norma entalhada no art. 630, § 4º, da CLT.

- O magistrado, por fundamentos de fato diverso do que fora agitado na peça inicial, enxergara, com acerto, a injustiça cometida no caso concreto.

- Esse defeito processual não obsta (nem poderia fazê-lo) a função precípua do Poder Judiciário: a de aplicar a justiça do caso concreto.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 23 de setembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

A Fazenda Nacional manejou recurso de apelação contra sentença lavrada pelo MM. Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande de Norte que julgou procedente o pedido dos embargos à execução e, em função disso, decretou a nulidade da execução fiscal tombada sob o nº 99.3792-8, ao fundamento de que teria havido duplicidade de imposição sancionatória incidente sobre o mesmo fato (jurídico).

Sustenta a apelante ter a sentença vergastada incidido em ofensa ao art. 128 do Código de Processo Civil, haja vista que, segundo ele, a fundamentação **não** se teria baseado na causa de pedir que a embargante apôs em sua peça inicial.

Eis, então, excerto das razões do apelo:

Com efeito, é certo que não se confundem a alegação de que o mesmo processo administrativo instaurado pela Delegacia Regional do Trabalho teria gerado duas certidões em Dívida Ativa da União, “inclusive com o mesmo número”, e a fundamentação de que os autos de infração, que originaram processos administrativos e certidões de Dívida Ativa diversos, foram lavrados contra o executado em curto espaço de tempo com a mesma capitulação, o que revelaria violação aos princípios da razoabilidade e da finalidade.

Data venia constata-se que a fundamentação da sentença recorrida não se baseia na causa de pedir invocada pelo embargante, do que decorre a sua nulidade, em face da violação ao Código de Processo Civil, art. 128, e, por conseguinte, aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Segundo a apelante, a sentença teria como fundamento a irregularidade da autuação, a despeito de as inscrições em dívida ativa terem efetivamente origens em distintos processos administrativos – e por isso a razão de duas execuções –, haja vista que **as Certidões de Dívida Ativa foram lavradas em um curto espaço de tempo, motivo de sua nulidade, eis que, em função disso, teria havido ofensa aos princípios da razoabilidade e da finalidade.** Ao passo que – diz a apelante –, na petição inicial dos embargos, constava, a título de ***causa de pedir***, que “***o mesmo processo administrativo instaurado pela Delegacia do Trabalho teria gerado duas certidões em Dívida Ativa da União***” .

Arrimada nesses fundamentos, vem a União, perante esta Corte Regional, postular a **anulação** da sentença.

É o relatório.

VOTO

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

A **questão de fundo** que se põe é a regularidade, ou não, da autuação e, conseqüentemente, do processo executivo consecutório. E, caso se conclua negativamente, é dizer: tenha sido a multa efetivamente lavrada de forma viciada, é de se perseguir qual o

fundamento de fato (*causa de pedir remota*) que dera sustentação à conclusão.

Ressalte-se, com efeito, que a **questão de fundo não** é objeto do presente recurso – e quanto a isso não houve vacilação –, eis que a **causa de pedir** recursal fundamenta-se em **erro in procedendo**, por meio do qual se aponta vício procedimental em que teria – segundo a recorrente – incidido a sentença; e esse defeito consistiria na desatenção aos **fundamentos de fato (causa de pedir)** expostos na petição inicial. Em suma, pretende a apelante a **anulação** do julgado, pois afirma ter a decisão recorrida sido lavrada sob bases empíricas (= fundamento de fato) não suscitada na peça póstica. É dizer: a decisão, segundo seu juízo, seria **extra petita**.

Malgrado a **restrição da devolução** da matéria a este Tribunal Regional Federal, que se cinge em verificar se a sentença **extrapolou, ou não**, os limites legítimos de sua atuação e, em caso positivo, determinar a sua **anulação**, a fixação, antes mesmo do julgamento propriamente dito do recurso, sobre a correta compreensão da **questão de fundo** se impõe, isso em função do raciocínio expendido para o julgamento da procedência ou não do presente apelo.

A **questão de fundo** discute a existência de incidência em duplicidade da norma entalhada no art. 630, § 4º, da CLT.

Essa norma **determina** que as pessoas sujeitas à fiscalização do trabalho mantenham em seu estabelecimento os documentos objetos de inspeção. O § 6º daquele mesmo dispositivo dispõe que o desatendimento do que determina o § 4º (e outros) dará ensejo a lavratura de auto de infração, cominando-se a multa respectiva.

Foi o que ocorreu no caso.

O fiscal, **em 15 de março de 1996**, em vista do descumprimento, pelo embargante/executado, do que preceitua o § 4º do art. 630 da CLT, eis que **não** mantinha em seu estabelecimento os documentos obrigatórios, o que fora descrito nos seguintes termos: “*A empresa em tela (...) deixou de apresentar à fiscalização documentos pertinentes à relação de emprego dos seus dois empregados, especialmente o livro registro de empregados, GRE do*”

FGTS, folhas de pagamento e outros (...)”, autuou a empresa, o que restou firmado no **Auto de Infração nº 018457004**, que, por sua vez, dera ensejo ao **Processo Administrativo** tombado sob o **nº 46217.001002/96-42**, o qual serviu de fundamento para a inscrição de **nº 41.5.97.001126-59**. Essa inscrição dera origem ao processo executivo de **nº 99.3791-0**.

Em **22 de março de 1996**, ao ensejo de **nova** fiscalização à empresa autuada em **15 de março de 1996**, com base, **também**, no art. 630, § 4º, é dizer, por descumprir a norma cogente que determina a manutenção, no estabelecimento, dos *documentos sujeitos à inspeção*, fora aquela empresa autuada **novamente**. Eis o fundamento constante do auto de infração: “*A empresa em tela, apesar de notificada, deixou de apresentar a RAIS ano-base/94, sem qualquer justificativa*”. Esse auto tomou o **nº 018457005**, que deu ensejo à abertura do **Processo Administrativo nº 46217.001107/96-19** e, por conseguinte, à **inscrição nº 41.5.97001127-30** – que é justamente a CDA que aparelha a execução ora embargada e que se pretende ver desconstituída.

Observe-se que, de fato, houve **dois** autos de infração, **dois** processos administrativos, **duas** inscrições em dívida ativa e, conseqüentemente, **duas** execuções. Em princípio, só de posse do que consta neste parágrafo, poder-se-ia chegar à conclusão de que o **fundamento de fato (causa de pedir)** constante da inicial **é** (com de fato é) falacioso, haja vista que, lá, na inicial, defende-se que **um** processo administrativo (o mesmo) teria ensejado **duas** execuções. O que não é verdade, eis que houve, sim, **dois** processos administrativo. Só por esse motivo (o único constante na inicial dos embargos, é verdade), então, regular **estaria a constituição do crédito** e, pois, **improcedente deveria** ter sido julgado os embargos.

Porém, esse **grau de formalismo não** me parece deva ser atribuído ao processo e, por isso, entendo ter sido proferida com absoluta correção a sentença; sem merecer qualquer reparo.

De fato – reconheço expressamente –, a sentença **extrapou os limites do fundamento de fato** contido na peça de apresentação, e por isso poder-se classificá-la de **extra petita**. É como se tivesse feito o seguinte (como efetivamente o fez): – olhe, o argumento (único) que me fora apresentado pelo demandante

como **fundamento de fato** para ver a sua **pretensão** acolhida, **não é verdadeiro, ou não existiu**; mas, nada obstante, tendo em vista **outro fundamento**, deve a sua pretensão prosperar.

Ocorre que, ainda assim, **agiu corretamente** o magistrado, eis que o fundamento de fato por ele eleito para subsidiar a sua conclusão em prol da embargante encontrava-se nos autos e atendia ao postulado da **justiça do caso concreto**. Beira as raias do absurdo entender legítima e, pois, regular a segunda autuação lavrada em 22 de março de 2008, e isso, em face de um simples argumentos, pode ser extraído: se, no dia 15 de março de 2008, o fiscal tivesse também exigido do empresário, juntamente com os documentos que lhe foram exigidos naquela data, o documento objeto da autuação em 22 de março de 2008 (a RAIS ano-base/94), quantas multas teriam sido lavradas com base no descumprimento do preceito do art. 630, § 4º, da CLT? Uma ou duas? E mais. Se o fiscal resolvesse, a cada dia, exigir um (apenas) documento do empresário, como, por exemplo: no primeiro dia, exige a RAIS; no segundo, a documentação referente ao FGTS; no terceiro, o livro de registro dos empregados, enfim; teria, então, que lavar, todos os dias, um auto de infração diferente (novo)?

Daí porque acertada a decisão do magistrado ao considerar a interpretação da norma (art. 630, § 4º, da CLT), tal qual fora feita no caso concreto – pelo fiscal –, como ofensiva ao **princípio da finalidade**, eis que este exige que a Administração – e conseqüentemente seus atos – deva sempre **alvejar o espírito** da norma, até porque a **desatenção** a esse princípio (o da finalidade) é, em última análise, também um **ultraje ao princípio da legalidade**, haja vista que **aquele é inerente a este**, pois nele se contém, eis que corresponde a aplicação a lei em sua razão de ser. Não é por outra razão que Celso Antônio Bandeira de Melo diz que “tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com a sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la”. (*Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 79)

Ainda que o magistrado tenha reputado procedente por fundamentos diversos a demanda proposta, o que a poderia, certamente, classificá-la como **extra petita**, e por isso sujeita a anulação, como pretende ver prevalecer a União, tal postura apresentar-se-ia

mais comprometida com o processo do que justiça do caso concreto, do que com a aplicação do direito à parte; seria conferir à forma mais importância do que à substância; seria o processo pelo processo.

É preciso não se perder de vista – o que, em certo momento, ocorrera, notadamente em função da busca da autonomia do processo –, que o processo é servo do direito material; é, pois, serviente. A ele se presta. Sua finalidade última é viabilizar a concretização do que preconiza o direito material. Nesse sentido, igualmente, põe-se Cândido Rangel Dinamarco:

É comum e de absoluto acerto a afirmação de que o processo, como conjunto de formas ordenadas no procedimento e pautada pela garantia do contraditório, constitui o método estabelecido pelo direito para que a jurisdição seja exercida de modo correto, adequado e seguro; trata-se da **dinâmica do poder**, entendido este em sua manifestação ***sub specie jurisdictionis***.

(...)

A teoria do **processo**, nesse sentido, inclui a de seus sujeitos e de seus atos e estes são disciplinados em sua forma e em seus possíveis vícios; aqui é que entra o temperamento trazido pela percepção de que as formas constituem um instrumento a serviço dos objetivos, não sendo racional nem legítimo a nulificação do ato viciado quando o objetivo tiver sido obtido. (*A Instrumentalidade do Processo*, 13ª ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2008, p.314/315)

É preciso, destarte, reconhecer os limites da forma, é dizer: do processo, e, no caso concreto, diante da impossibilidade de o processo prestar-se a sua finalidade, superar o seu formalismo e aplicar o direito devido – essa sensibilidade compete ao julgador. A isso se dá o nome de *lado negativo da instrumentalidade do processo*¹.

¹ “O lado negativo da instrumentalidade do processo é já uma conquista metodológica da atualidade, uma tomada de consciência de que ele não é fim em si mesmo e portanto suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, 13ª ed., Malheiros Editores: São Paulo, 2008, p.314)

Não é por outra a razão pela qual José Roberto dos Santos Bedaque defende que “o rigor formal deve ser abandonado sempre que conflitar com os objetivos do próprio ato”².

Observe-se que dar provimento ao presente recurso seria reconhecer que o embargante **tem direito a não ser autuado**, eis que a norma sancionadora que lhe fora imposta decorreu de aplicação desconforme, notadamente, com o **princípio da finalidade**, com o **espírito da norma**, mas, ainda assim, por uma impossibilidade processual, por uma barreira formalística, esse direito não pudesse ser reconhecido, devendo a parte, em função da **insuficiência do instrumento** – o qual deveria, ao contrário, resguardar a justa decisão –, amargar o resultado disforme com a sua pretensão e com o próprio direito que aqui, tal como na sentença, entende-se devido.

Assim, não obstante a causa de pedir recursal **não** autorize esta Corte Federal, em princípio, a apreciar a correção do julgamento (**erro in iudicando**), eis que fundada em **erro in procedendo**, devolvendo a este Regional apenas a matéria pertinente ao vício do procedimento em que teria a sentença incidido, ficasse esse acórdão preso às amarras do recurso, estaria o Judiciário a se pôr em franca oposição ao seu fim último: o de aplicar a justiça ao caso concreto.

Mercê de tudo quanto exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

² Também em direito processual, entre dois valores – forma do ato processual e objetivo a ser alcançado –, adota-se este último sem qualquer hesitação. Não obstante a forma seja valor importante no processo, pois é garantia de ordem, segurança e liberdade, o rigor formal deve ser abandonado sempre que conflitar com os objetivos do próprio ato, desde que isso não comprometa outros valores também assegurados pela prévia descrição do modelo legal (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2ª ed., Malheiros Editores: São Paulo, 2008, p. 59).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 350.078-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT

Apelantes: FERNANDO ANTÔNIO COELHO MACEDO, REGINA LÚCIA MACEDO DE BARROS, ALEXANDRE JOSÉ COELHO DE MACEDO, JOSÉ EDUARDO COELHO DE MACEDO E MARIA HELENA MACEDO SOARES

Apelados: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO, MUNICÍPIO DE PETROLINA (PE) E UNIÃO

Advs./Procs.: DRS. SÉRGIO AUGUSTO SANTANA SILVA (APTES.), ANTÔNIO ALEXANDRE DE MEDEIROS E OUTROS (1º APDO.) E EDVALDO SANTANA DA SILVA E OUTROS (2º APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. DIREITO DE CONSTRUIR. CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA. LEI MUNICIPAL. ZONA ESPECIAL AEROPORTUÁRIA. APROVAÇÃO DE PROJETO DE LOTEAMENTO. RESPONSABILIDADE AQUILIANA DO MUNICÍPIO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. REDUÇÃO DO POTENCIAL CONSTRUTIVO. INFRAERO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

- Os apelantes são proprietários de área de 132.060,00 m², localizada nas proximidades do aeroporto de Petrolina, que seria destinada ao loteamento residencial denominado "Santa Marina", para construção de residências e áreas comerciais, obtendo aprovação do projeto pela municipalidade em 23.12.92, conforme documentação de fl. 50 e certidão narrativa de fl. 46.

- Entretanto, o Município de Petrolina, no uso de sua atribuição constitucional de executar a política de desenvolvimento urbano decorrente do art. 182 da Constituição Federal, editou a Lei Mu-

nicipal nº 635/96, criando a Zona Especial Aeroportuária-ZEA, impondo limites ao direito de construir na região do entorno do aeroporto, atingindo diretamente o imóvel dos demandantes, cujo terreno está classificado como “Área I”, não havendo previsão para construção de residências no local.

- Antes da edição da Lei Municipal sob comento, já vigorava o Código Brasileiro de Aeronáutica - Lei nº 7.565/ 86 estabelecendo, em seu art. 43, que “As propriedades vizinhas dos aeródromos e das instalações de auxílio à navegação aérea estão sujeitas a restrições especiais”, cujas especificações constam da Portaria GMS nº 1.141, de 08.12.87, do Ministério da Aeronáutica, discriminando as atividades permitidas para os locais classificados como “Área I”, sendo excluídas as residências.

- A despeito da limitação administrativa, o poder executivo municipal analisou o projeto e aprovou a construção do loteamento, ciente da destinação residencial, gerando expectativa legítima de direito de construir ao particular.

- O direito à indenização do apelante não decorre da Lei Municipal que criou a Zona Especial Aeroportuária, mas da aprovação indevida do plano de loteamento, que se deu em desacordo com a legislação aplicável, concedendo direito ao particular de realizar um grande empreendimento imobiliário.

- Afastada a responsabilidade da Infraero, porquanto não praticou qualquer ato lesivo ao particular, sendo o fato de ter enviado a minuta de lei ao executivo municipal irrelevante para fins de responsabilidade civil, estando, assim, ausente o nexo de causalidade entre a conduta da empresa pública e o evento danoso ao particular.

- Reconhecida a responsabilidade aquiliana do Município de Petrolina para indenizar os parti-

culares na quantia equivalente a 50% do valor de mercado do imóvel, considerando que estes continuam exercendo os direitos que emanam da propriedade e da posse do imóvel, havendo apenas a necessidade de readequação para fins legalmente admitidos, sem, contudo, ter-se esvaaziado a sua potencialidade econômica; também atento ao fato de que o projeto sequer foi iniciado, não existindo nos autos qualquer comprovação de despesas, mas mera especulação imobiliária com vistas a eventual êxito no empreendimento.

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 350.078-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em *dar parcial provimento à apelação*, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 4 de novembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA
ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de apelação interposta por Fernando Antônio Coelho e outros, em face da sentença prolatada pelo Juiz da 8ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que, em sede de ação ordinária de indenização por desapropriação indireta proposta contra Infraero e o Município de Petrolina, julgou improcedente o pedido de indenização dos apelantes.

2. A sentença recorrida, ao apreciar as preliminares, decidiu que: a) a Infraero é parte legítima *ad causam*, pois o fato que gera

indenização não é a aprovação do loteamento, mas sim da Lei Municipal 635/96, cuja minuta foi elaborada pela referida empresa pública federal; b) o Município de Petrolina também é parte legítima, pois a Lei Municipal nº 635/96, que, supostamente, gerou o dano foi editada por este ente político.

3. Quanto ao mérito, fundamentou o seguinte: a) a demanda não veicula questão de desapropriação indireta, mas pretende indenização por danos materiais decorrentes de limitação administrativa, haja vista que não houve perda do bem imóvel; b) que a limitação ao bem imóvel objeto do litígio constitui limitação administrativa decorrente da Lei 7.565/86 – Código Brasileiro de Aeronáutica - CBA, quando trata das Zonas de Proteção das áreas circunvizinhas aos aeroportos, independentemente da edição da Lei Municipal nº 635/96, pelo que a limitação administrativa não gera direito à indenização.

4. Em suas razões, o apelante defende que: a) não se trata de limitação administrativa, *mas de sacrifício de direito capaz de gerar indenização, posto que o direito de construir e lotear restou fulminado, impedindo a destinação natural da propriedade* (fl. 348); b) o fato de a área ter sido adquirida posteriormente à edição do CBA e das portarias ministeriais não possuem relevância, haja vista que referidos diplomas não impedem edificações nas proximidades dos Aeroportos, mas observância aos gabaritos máximos fixados, sendo equivocado o entendimento exposto na sentença que impede a indenização; e c) as limitações administrativas advindas da lei municipal transformaram seu terreno, praticamente, em “*área non aedificandi*”, sem indenização.

5. A Infraero apresenta contra-razões aduzindo, em síntese, que: a) não autorizou nenhum loteamento nas proximidades da área aeroportuária; b) pelo disposto no art. 45 do Código Brasileiro de Aeronáutica, a autoridade aeronáutica poderá embargar obra ou construção de qualquer natureza que contrarie os planos básicos e específicos de cada aeroporto, posteriormente à sua publicação, não gerando direito à indenização.

6. Por sua vez, o Município de Petrolina também apresenta contra-razões à apelação, argumentando que os apelantes já tinham conhecimento de que a área adquirida estaria limitada à ins-

talação para imóveis de gabarito máximo a 01 pavimento; que não houve; não há prova de projetos imprescindíveis à implantação de um loteamento; por fim, que não cabia ao Município, ao Editar a Lei nº 635/96, discutir a legitimidade e pertinência das restrições que dela deveriam constar, mas, apenas, adequar às exigências do Órgão Aeronáutico.

7. É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT (Relator):

1. Conforme se deflui dos autos, a demanda pode ser resumida na questão acerca da obrigação de indenizar do Município por restrições administrativas, especificamente, limitação ao direito de construir, atingindo a plenitude do direito de propriedade, decorrentes de normas públicas de caráter cogente; bem como em razão de ato administrativo de aprovação do projeto de loteamento imobiliário que restou prejudicado.

2. Como exposto, os apelantes adquiriram uma área de 132.060,00 m², localizada nas proximidades do aeroporto de Petrolina, que seria destinada ao loteamento denominado “Santa Marina”, constituído por 13 quadras e divisão de 355 lotes para construção de residências e áreas comerciais, obtendo aprovação do projeto pela municipalidade em 23.12.92, conforme documentação de fl. 50 e certidão narrativa de fl. 46.

3. Entretanto, ao realizar consulta à Infraero acerca das restrições quanto à construção de casas na área *sub examine*, foram informados da minuta da Lei Municipal, que se tornou a Lei 635/96, a qual impunha limitações às construções nas áreas localizadas no entorno do aeroporto.

4. O Município de Petrolina, no uso de sua atribuição constitucional de executar a política de desenvolvimento urbano decorrente do art. 182 da Constituição Federal, editou a Lei Municipal nº 635/96, criando a Zona Especial Aeroportuária - ZEA, impondo limites ao direito de construir na região do entorno do aeroporto, atingindo diretamente o imóvel dos demandantes, cujo terreno está

classificado como “Área I”, não havendo previsão para construção de residências no local.

5. Em regra, a doutrina administrativista e os Tribunais Superiores têm entendido que as limitações administrativas, decorrentes do poder de polícia, como imposição geral e gratuita, calcadas na supremacia do interesse público, não geram direito a indenização.

6. Entretanto, não é o que se visualiza *in casu*.

7. É preciso esclarecer que, antes da edição da Lei Municipal sob comento, já vigorava o Código Brasileiro de Aeronáutica - Lei nº 7.565/ 86 estabelecendo, em seu art.43, que “*As propriedades vizinhas dos aeródromos e das instalações de auxílio à navegação aérea estão sujeitas a restrições especiais*”.

8. Por sua vez, ao tratar das restrições especiais, esclarece a mencionada lei, *verbis*:

Art. 43 (..)

Parágrafo único. As restrições a que se refere este artigo são relativas ao uso das propriedades quanto a edificações, instalações, culturas agrícolas e objetos de natureza permanente ou temporária, e tudo mais que possa embarçar as operações de aeronaves ou causar interferência nos sinais dos auxílios à rádio navegação ou dificultar a visibilidade de auxílios visuais.

9. Dispõe ainda a lei sob comento que os planos específicos de Zona de Proteção de Aeródromos serão aprovados por ato do Ministro da Aeronáutica, razão por que foi editada a Portaria GMS nº 1.141, de 08.12.87, do Ministério da Aeronáutica, cuja seção II é destinada às restrições, discriminando as atividades permitidas para os locais classificados como “Área I”, não integrando o rol as residências.

10. Com efeito, a Lei Municipal de Petrolina nº 635/86 simplesmente reproduziu as restrições constantes na aludida portaria do Ministério da Aeronáutica, pelo que as limitações administrativas reclamadas lhes são preexistentes.

11. Daí decorrem duas conclusões lógicas: a) o apelante, quando adquiriu a área nas proximidades do aeroporto, já existia a limitação ao direito de construir decorrente do Código Brasileiro de Aeronáutica-Lei nº (?), bem como da referida Portaria; e b) a Pre-

feitura Municipal aprovou o loteamento sob a égide da legislação especial que determinava restrições para a área.

12. Acostado aos autos o processo administrativo, cujo objeto consistia na aprovação do projeto de loteamento, verifica-se que foram acostadas as plantas e o planejamento do imóvel com destinação residencial e comercial, tendo a Prefeitura aprovado o loteamento sem qualquer restrição, mesmo diante da proximidade do aeroporto com as limitações às construções existentes, independente de Lei Municipal.

13. Inafastável a conclusão: a despeito da limitação administrativa, o poder executivo municipal analisou o projeto e aprovou a construção do loteamento, ciente da destinação residencial, gerando expectativa legítima de direito de construir ao particular.

14. Então, o direito à indenização do apelante não decorre da Lei Municipal que criou a Zona Especial Aeroportuária, mas da aprovação indevida do plano de loteamento, que se deu em desacordo com a legislação aplicável, concedendo direito ao particular de realizar um grande empreendimento imobiliário.

15. Realmente, a construção do loteamento para fins residenciais na área de propriedade dos demandantes não é permitida pela legislação específica, não restando outra alternativa senão a utilização do terreno para as atividades toleradas pela lei.

16. Todavia, os apelantes não perderam sua propriedade, tampouco foram despojados de sua posse pela municipalidade, levando a afastar conjecturas acerca da existência de desapropriação indireta, bem como do ressarcimento integral do valor de mercado da área.

17. O que existiu efetivamente foi a necessidade de readequação do projeto diante das limitações ao direito de construir decorrente da sua localização, sem esvaziar o potencial econômico da área como pretende levar a crer os apelantes.

18. Entendo que assiste razão ao apelante quanto ao direito à indenização, haja vista que sua expectativa de construir um loteamento residencial foi gerada por um ato do executivo municipal, conquanto indevido, mas que leva a responsabilidade do Município pelos atos ilegais causadores de prejuízo aos particulares.

19. Não obstante, nos autos não há notícias de início de construção ou de valor de investimentos, apenas se refere à aquisição da área, mediante permuta, sem declinar sequer o valor do terreno em análise.

20. Em seguimento, entendo que a indenização deve ter como parâmetro a quantia equivalente a 50% do valor de mercado do imóvel, porquanto os apelantes continuam exercendo os direitos que emanam da propriedade e da posse do imóvel, podendo destiná-los a outros fins legalmente previstos, sem esvaziar a potencialidade econômica do imóvel.

21. A indenização no valor de mercado dos 355 lotes que supostamente se pretendiam construir se revela abusiva, a configurar enriquecimento sem causa idônea do particular, haja vista que nenhuma prova material de investimento foi comprovada, tampouco de início de obra. Também não havendo como ter previsibilidade no êxito das construções das vendas.

22. Assim, o *quantum* indenizatório nos moldes em que foi fixado serve para compensar os apelantes de uma necessária readequação do projeto, e de uma provável redução em seu potencial econômico, sem contudo ser inutilizada a área.

23. Por sua vez, resta afastada a responsabilidade da Infraero, haja vista que não praticou qualquer ato lesivo ao particular, sendo o fato de ter enviado a minuta de projeto de lei ao executivo municipal irrelevante para fins de responsabilidade na restrição administrativa. Mesmo porque o direito à indenização não decorre da edição da lei, mas do ato indevido praticado levado a cabo pela municipalidade.

24. Isto posto, dou parcial *provisamento à apelação* para reconhecer a responsabilidade aquiliana do Município de Petrolina ao aprovar indevidamente projeto de loteamento em desacordo com as restrições legais e administrativas impostas à área.

25. Por conseguinte, estabeleço como parâmetro indenizatório a quantia referente a 50% do valor de mercado da área 132.060,00 m² de propriedade dos apelantes a ser apurado mediante liquidação de sentença.

26. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 366.337-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR (CONVOCADO)
Apelantes: ISABEL CRISTINA BARROS DE OLIVEIRA E OUTROS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. RICARDO ESTEVÃO DE OLIVEIRA E OUTROS (APTES.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL 20/98. ART. 229 DA LEI 8.112/90. BENEFÍCIO DESTINADO AOS DEPENDENTES.

- A EC 20/98 estabeleceu que, até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

- O auxílio-reclusão é destinado a suprir as necessidades dos dependentes em razão do recolhimento do segurado à prisão, portanto o limite de renda bruta mensal para fins de concessão do benefício deve ser analisado em relação aos ganhos/rendas dos dependentes, e não do instituidor.

- Hipótese em que os requerentes não apresentaram renda maior que o limite previsto na EC 20/98. Considerando que o alvará de soltura informa o recolhimento do servidor em decorrência de prisão em flagrante delito, nos termos da Lei 8.112/90, art. 229, os requerentes têm direito a dois terços da remuneração do servidor, no período em que este esteve preso, ou seja, de 2

**de abril de 1999 a 7 de setembro de 1999.
- Apelação provida.**

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 6 de novembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR
- Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR (Convocado):

Isabel Cristina Barros de Oliveira e outros ajuizaram ação contra o Instituto Nacional do Seguro Social objetivando o auxílio-reclusão, na condição de dependentes (cônjuge e filhos menores) do sr. Walfrido Barros de Oliveira, em razão do instituidor ter sido recolhido à prisão no período de abril a setembro de 1999. Argüiram a inconstitucionalidade do art. 13 da EC 20/98 e direito adquirido à pretensão, na soleira do art. 229 da Lei 8.112/90.

Em razão do interesse de menor no feito, o Ministério Público apresentou parecer, opinando pela procedência da pretensão.

A sentença, afastando a inconstitucionalidade do art. 13 da EC 20/98, julgou improcedente a pretensão porque a renda bruta mensal do instituidor era superior ao limite previsto na referida emenda, ou seja, superior a R\$ 360,00.

Os requerentes ajuizaram apelação contra a sentença, ratificando a inicial em todos os seus termos.

Parecer do Ministério Público endossando a procedência do pedido, fls. 91-97.

Sem resposta ao recurso, chegaram os autos a esta segunda instância.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊ-
LO JÚNIOR (Relator Convocado):

A pretensão dos recorrentes é a condenação do apelado no pagamento do auxílio-reclusão, em razão do recolhimento à prisão, no período de abril a setembro de 1999, do sr. Walfrido Barros de Oliveira, servidor público federal, cônjuge da primeira demandante e genitor dos demais.

Reza o art. 229 da Lei 8.112/90:

Art. 229. À família do servidor ativo é devido o auxílio-reclusão, nos seguintes valores:

I - dois terços da remuneração, quando afastado por motivo de prisão, em flagrante ou preventiva, determinada pela autoridade competente, enquanto perdurar a prisão;

II - metade da remuneração, durante o afastamento, em virtude de condenação, por sentença definitiva, a pena que não determine a perda de cargo.

§ 1º Nos casos previstos no inciso I deste artigo, o servidor terá direito à integralização da remuneração, desde que absolvido.

§ 2º O pagamento do auxílio-reclusão cessará a partir do dia imediato àquele em que o servidor for posto em liberdade, ainda que condicional.

A EC 20/98, tratando sobre a matéria, estabeleceu que:

Art. 13 - Até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Cediço que o auxílio-reclusão é destinado a suprir as necessidades dos dependentes em razão do recolhimento à prisão do segurado, no caso, servidor público, a renda limite que se deve indagar é a do dependente, e não a do instituidor. Assim, no caso dos dependentes auferirem renda superior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), não farão jus ao auxílio.

Nesse sentido, cito os julgados dos Tribunais Regionais:

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. QUALIDADE DE DEPENDENTE E BAIXA RENDA. COMPROVAÇÃO. ART. 201, IV, DA CF/88. ART. 13, EC 20/98. DECRETO Nº 3.048/99, *CAPUT*, DO ARTIGO 116. INAPLICABILIDADE.

1. Mantida a qualidade de segurado quando do efetivo recolhimento à prisão e comprovadas a baixa renda e condição de dependência econômica, é devido o auxílio-reclusão aos dependentes do segurado.

2. A renda bruta a ser considerada para fins do auxílio-reclusão é aquela auferida pelos dependentes do segurado por ocasião do recolhimento à prisão, e não a do próprio segurado, consoante interpretação do art. 13 da EC nº 20/98, sendo irrelevante o fato de o último salário percebido pelo segurado ter sido superior ao teto previsto no art. 116 do Decreto nº 3.048/99.

3. O limitador imposto pelo art. 116, *caput*, do Dec. 3.048/99 deve ser entendido como relativo à renda dos dependentes, vez que não pode extrapolar ou contrapor-se à norma constitucional, avançando além da sua função regulamentar.

4. A correção monetária deve ser calculada conforme os índices oficiais, incidindo a partir da data do vencimento de cada parcela, nos termos dos Enunciados das Súmulas nºs 43 e 148 do STJ.

5. Os juros moratórios são devidos à taxa de 1% ao mês, a contar da citação, na forma dos Enunciados das Súmulas nºs 204 do STJ e 03 do TRF da 4ª Região e precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

6. Os honorários advocatícios, a cargo do INSS, são devidos no patamar de 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação deste julgado, excluídas as parcelas vincendas, a teor da Súmula 111 do STJ e conforme entendimento pacificado na Seção Previdenciária deste TRF.

7. Às ações previdenciárias tramitadas na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, aplica-se o comando do Enunciado da Súmula nº 02 do TARGS c/c o da Súmula nº 20 do TRF da 4ª Região, devendo as custas processuais a cargo do INSS serem pagas por metade.

8. Apelação da parte autora provida (TRF-4ª-Região, AC 200671990028453/RS, Des. Luiz Antonio Bonat, julgado em 29 de julho de 2008, *DE* de 12 de agosto de 2008).

ADMINISTRATIVO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ART. 229 DA LEI Nº 8.112/90. ART. 116 DO DECRETO Nº 3.048/99. ART. 201, IV, DA CF/88. ART. 13 DA EC Nº 20/98. LIMITAÇÃO DE RENDA REFERENTE AOS DEPENDENTES/BENEFICIÁRIOS E NÃO AO SERVIDOR AFASTADO EM RAZÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. EFEITOS FINANCEIROS A PARTIR DA DATA DA IMPETRAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA. REMESSA OFICIAL PROVIDA PARA CONCEDER PARCIALMENTE A SEGURANÇA POR FUNDAMENTO DIVERSO.

1. Conforme o exame dos autos, infere-se que os vencimentos do genitor dos impetrantes eram a única fonte de renda da família e que os mesmos já tinham recebido o auxílio-reclusão em face da sua prisão preventiva, no período de 12/05/1994 a 20/05/1998, na proporção de 2/3 da sua remuneração total. Posteriormente, segundo as informações da Autoridade impetrada, foi o servidor colocado em liberdade por força de Alvará de Soltura concedido pela Juíza de Direito da 2ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de São Luís. Em 14 de maio de 2002, o servidor foi condenado a pena privativa de liberdade correspondente a 23 anos de reclusão pelo Tribunal do Júri da Comarca de Paço do Lumiar/MA, tendo sido recolhido novamente à prisão em 15 de maio de 2003, afastando-se de suas atividades no TRT-16ª Região.

2. Pela simples leitura do art. 229 da Lei nº 8.112/90, verifica-se que o auxílio-reclusão poderá ser concedido em dois momentos perfeitamente distintos, com proveito financeiro diverso, quais sejam: I) em caso de afastamento por motivo de prisão em flagrante ou preventiva, no montante equivalente a dois terços da remuneração; e II) em caso de afastamento em virtude de condenação por sentença definitiva, a pena que não determine a perda do cargo, no montante equivalente a metade da remuneração. Desse modo, não se pode vislumbrar direito adquirido dos impetrantes ao recebimento da verba com base na legislação vigente à época da prisão preventiva, uma vez que nesse período já houve a concessão do benefício e a sua posterior cessação, em face de ter sido o servidor colocado em liberdade por ordem judicial, retornando às suas atividades no TRT-16ª Região. O auxílio-reclusão agora tratado é outro, ou seja, aquele que poderá ser concedido por

afastamento em virtude de condenação por sentença definitiva, a pena que não determine a perda do cargo, o que efetivamente aconteceu no caso dos autos, tendo sido o servidor recolhido ao cárcere no dia seguinte à prolação da sentença (15/05/2002), segundo consta dos autos, já na vigência da EC nº 20/1998.

3. Segundo as informações prestadas, o servidor recebia, à época do recolhimento à prisão por força da sentença condenatória, vencimentos no montante bruto de R\$ 1.164,56 (mil, cento e sessenta e quatro reais e cinquenta e seis centavos), correspondente ao cargo de Técnico Judiciário, Classe “B”, padrão 17, considerando o somatório do vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei (GAJ e APJ). Não obstante, para fins de concessão do auxílio-reclusão, o limitador previsto no art. 13 da EC nº 20/98 – renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais) devidamente corrigida pelos índices de reajuste aplicáveis aos benefícios do RGPS –, diz respeito à renda dos dependentes, já que aos beneficiários é que se dirige a proteção previdenciária decorrente da perda da renda dos servidores e segurados reclusos. Assim sendo, considerando que os dependentes, na ocasião da impetração, tinham 10, 9 e 2 anos de idade, e que o cônjuge não tinha renda própria para contribuir com seu próprio sustento e o de sua prole, o que não foi infirmado pela União, têm os impetrantes direito à percepção do auxílio-reclusão equivalente à metade da remuneração a que teria direito o servidor, enquanto estiver afastado, até a data em que for libertado, nos termos do art. 229, II, e § 2º, da Lei nº 8.112/90. Ademais, o ato atacado deve ser analisado também sob a ótica dos princípios da razoabilidade, isonomia e proteção à família. Precedentes dos Tribunais Regionais Federais.

4. “Ocorre que, ao regulamentar a regra prevista no art. 13 da EC nº 20/98, o Decreto nº 3.048/99, no art. 116, distanciou-se do sentido ali previsto, vinculando o deferimento do benefício de auxílio-reclusão aos proventos percebidos, ou não, pelo segurado-apanado. (...). Ora, o ordenamento jurídico brasileiro, estabelecido pela Constituição Federal de 1988, apenas permite a edição de decretos denominados de executivos, pois visam à fiel execução das leis, sendo vedada a instituição dos chamados decretos autô-

nomos (art. 84, inciso IV da CF/88). Tendo em vista que o regulamento é ato estritamente subordinado e inferior à lei, no momento em que a contraria, é nulo. Feitas essas considerações, entendo deva prevalecer a originária intenção do legislador constitucional, que enlaçou o limitador de renda com os ganhos dos dependentes do segurado recolhido à prisão". (AC nº 2002.71.12.005124-3/RS, TRF-4ª Região, 5ª Turma, Rel. Desembargador Federal Celso Kipper, *DJ* de 28/06/2007).

5. O mandado de segurança não é substitutivo da ação de cobrança de valores em atraso, sendo que seus efeitos financeiros se operam a partir da data da impetração, 16/09/2002, não podendo retroagir, como querem os impetrantes, a junho de 2002, conforme entendimento pacificado na doutrina e na jurisprudência.

6. Parcial provimento à apelação da União Federal, reconhecendo a legislação aplicável ao caso concreto, e à remessa oficial, limitando os efeitos financeiros a partir da data da impetração, para reformar a sentença e conceder parcialmente a segurança por motivo diverso.

7. Deferido o pedido de assistência judiciária gratuita, nos termos da Lei nº 1.060/50. Custas pela União, isenta. Sem honorários advocatícios na espécie (Súmula nº 512 do STF) (TRF-1ª-Região, AMS 200237000062080/MA, des. Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Data da decisão: 23 de janeiro de 2008, e-*DJF1* de 8 de abril de 2008).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 229 DA LEI 8.112/90. LIMITAÇÃO IMPOSTA PELO ART. 13 DA EC Nº 20/98. RECURSO DE APELAÇÃO EM FACE DE SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE PEDIDO DE AUXÍLIO-RECLUSÃO, FORMULADO POR ESPOSA E FILHOS DE SERVIDOR PÚBLICO, SOB A FUNDAMENTAÇÃO DE QUE A RENDA DO INSTITUIDOR SUPERARIA O LIMITE ESTABELECIDO NO ART. 13 DA EC 20/98.

Não obstante a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da interpretação do disposto no art. 13 da EC nº 20/98, em especial quanto à pessoa que deveria auferir a renda abaixo do limite estabelecido, se o próprio servidor/instituidor ou o dependente/beneficiário, entendo que, no caso do auxílio-reclusão, tal expressão se refere ao dependente, pois somente ele é o destinatário do benefício.

Ademais, do exame dos autos, verifica-se que cinco dos autores são filhos menores do servidor, contando, a mais velha, com onze anos à época do ajuizamento da demanda, pelo que há presunção de que não auferem renda própria, bem como de sua dependência em relação ao pai. Já quanto à esposa, conforme comprovado, a mesma fora demitida de seu emprego, em março de 2006, também não auferindo renda própria. Assim, os autores fazem jus ao benefício de auxílio-reclusão enquanto perdurar a prisão do instituidor, nos termos do art. 229 da Lei nº 8.112/90. Recurso provido (TRF-2ª-Região, AC 400.918/RJ, des. Raldênio Bonifacio Costa, julgado em 13 de maio de 2008, DJU-II de 20 de maio de 2008).

Registre-se que a CF, no art. 201, VI, ao instituir o auxílio-reclusão, ressaltou que será destinado aos dependentes de segurados de baixa renda, portanto, o art. 13 da EC 20-98, traduziu em valores a expressão baixa renda, razão pela qual não vejo inconstitucionalidade no referido dispositivo.

Quanto à renda bruta dos requerentes, considerando que a esposa não informou atividade laborativa, não tendo a autarquia se insurgido nessa parte, e os demais autores, conforme certidões de nascimento, fls. 18 e 19, à época em que o servidor foi recolhido à prisão, não possuíam mais de 4 anos de idade, entendo atendido o requisito de renda bruta mensal previsto na emenda citada.

Quanto ao valor do auxílio-reclusão, o alvará de soltura, fl. 21, informa que o recolhimento do servidor decorreu de prisão em flagrante delito, logo, nos termos da Lei 8.112/90, art. 229, os requerentes têm direito a dois terços da remuneração do servidor, no período de 2 de abril de 1999 a 7 de setembro de 1999.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para julgar procedente o pedido de auxílio-reclusão, no valor de dois terços da remuneração do servidor, referente ao período de 2 de abril de 1999 a 7 de setembro de 1999.

Sobre as diferenças incidirão juros de mora, desde a citação, a serem calculados, até a entrada em vigor do novo Código Civil (janeiro/2003), no percentual de meio por cento, e a partir de então, incidirá a SELIC.

O débito deve ser corrigido, a contar do vencimento de cada parcela pelas regras da Súmula 148 do STJ e, a partir de janeiro/2003, passarão a ser atualizados, apenas, pela SELIC, que terá esta dúplici função: quantificar os juros de mora e corrigir o débito, afastando a utilização de quaisquer outros indexadores, em sintonia com precedentes desta eg. 3ª Turma: AC 416.134-PB, des. Paulo Roberto de Oliveira Lima, julgado em 21 de junho de 2007, DJU-II de 21 de agosto de 2007.

Fixo os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, na soleira do disposto no art. 20, § 4º, do CPC, em face da necessidade de remunerar o causídico condignamente, embora a lide trate de pedido de menor complexidade, no esteio da jurisprudência pacificada pela eg. 3ª Turma desta Corte.

Condeno o apelado no ressarcimento das custas processuais.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 371.399-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA JOSÉ DANTAS SOARES
Recte. Ades.: MARIA JOSÉ DANTAS SOARES
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DR. MARCOS PAULO DANTAS (APDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PENSÃO ALIMENTÍCIA. DESCONTOS INDEVIDOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. HOMÔNIMA DA AUTORA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA AFASTADA. VALOR DA INDENIZAÇÃO CONFIRMADO.

- Afastado o instituto da prescrição, pois o dano alegado pela parte autora ocorreu no período de março de 2002 a abril de 2003 e que a presente

demanda foi ajuizada em julho de 2004, não havendo transcorrido, portanto, o prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

- Cuida-se de apelações cíveis contra sentença que concedeu indenização por danos morais, em face de descontos equivocados efetuados pelo INSS em folha de pagamento da autora, no importe de 50% (cinquenta por cento) do benefício, os quais deveriam incidir no benefício de homônimo da postulante, a título de alimentos provisionais, pois foi em relação ao instituidor desse benefício que foi proferida decisão judicial em ação de investigação de paternidade e não em relação ao falecido marido da requerente.

- O dever de indenizar os prejuízos morais resta configurado, já que houve o abalo emocional efetivo que violou o equilíbrio psíquico da pensionista, pois ela foi surpreendida com desconto indevido em seu benefício, sendo levada, pelo erro do INSS, a supor que seu cônjuge possuía prole decorrente de relação extraconjugal. Além disso, sofreu com a demora no restabelecimento do pagamento integral da pensão, percebendo durante 14 (catorze) meses valor insuficiente para suprir suas necessidades mínimas.

- No caso dos autos, trata-se de responsabilidade objetiva do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da Carta Magna. Estão presentes os elementos necessários à caracterização do dever de indenizar: a conduta do agente (descontos indevidos realizados pelo INSS), o dano (os valores recebidos a menor pela pensionista) e o nexo causal entre o primeiro e o segundo, isto é, a relação de causa/efeito entre o ato do Estado e a ocorrência do prejuízo.

- Na fixação da indenização por dano moral, o magistrado deve realizar uma estimativa prudencial, considerando a gravidade do dano, a reputação da vítima, a sua situação familiar e só-

cio-econômica, as condições do autor do ilícito, etc., de modo que o quantum arbitrado não seja tão grande que se transforme em fonte de enriquecimento da vítima e insolvência do ofensor nem tão pequeno que se torne inexpressivo e, assim, não atinja a finalidade punitiva da indenização.

- Considerando tais aspectos, cabível a manutenção do valor da indenização no patamar de R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

- Conquanto o valor arbitrado pelo Magistrado sentenciante tenha sido em montante inferior ao deduzido pela autora em sua peça exordial, não há que se cogitar de sucumbência recíproca, mercê da Súmula nº 326 do STJ.

- Honorários advocatícios no importe de 10% sobre o valor da condenação, a serem suportados pelo INSS. Reforma da sentença neste ponto.

- Apelação do INSS e remessa obrigatória improvidas. Apelação da parte autora parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação do INSS e à remessa obrigatória e dar parcial provimento à apelação da parte autora, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 13 de novembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se de apelação e de remessa obrigatória de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social ao pagamento de indenização no valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) pelos danos morais causados à parte autora, em face de descontos indevidos efetuados em seus proventos. Determinou, ainda, a compensação de custas e honorários advocatícios entre as partes, em virtude da sucumbência recíproca.

Irresignado, apelou o INSS, pugnando pela reforma total da sentença, alegando ser comum a existência de homônimos sobretudo em razão do elevado número de segurados/contribuintes vinculados àquela autarquia, não podendo ser responsabilizado por um fato ocorrido por força maior. Sustentou a inexistência de ofensa à honra e imagem da postulante.

Em seu recurso adesivo, a parte autora requereu a majoração da indenização e, ainda, a condenação do INSS a suportar os ônus sucumbenciais, sob a alegação de não ser aplicável a sucumbência recíproca pelo simples fato de ter sido fixada reparação por danos morais em valor inferior ao solicitado na inicial.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Inicialmente, tenho por afastado o instituto da prescrição pelos motivos que passo a expor.

Considerando que o dano alegado pela parte autora ocorreu no período de março de 2002 a abril de 2003 e que a presente demanda foi ajuizada em julho de 2004, forçoso reconhecer não restar atingida pela prescrição a pretensão autoral.

Passo doravante ao exame do mérito.

Versa a presente contenda sobre reparação de danos morais e materiais pretensamente sofridos pelo demandante. Para um satisfatório exame da problemática posta, é curial tracejar algumas breves linhas acerca destas duas espécies díspares de dano.

O dano moral é aquele que atinge um bem de natureza não patrimonial do sujeito, um dos direitos personalíssimos, tais como a honra, a vida privada, a imagem, etc., os quais são insuscetíveis de aferição valorativa, mediante cálculo matemático, para fins de ressarcimento.

A dificuldade de valorar essa espécie de dano, contudo, dada a sua natureza, não deve implicar na negativa de indenizar. Havendo o dano, por conseguinte, necessário se mostra o pagamento da indenização respectiva, através de uma estimação ponderada do magistrado, considerando alguns critérios como a gravidade do dano, a reputação da vítima, a sua situação familiar e sócio-econômica, as condições do autor do ilícito, etc.

Busca-se, assim, que o *quantum* arbitrado não seja tão grande que se transforme em fonte de enriquecimento da vítima e insolvência do ofensor, nem tão pequeno a ponto de se tornar inexpressivo.

Por seu turno, os danos materiais, a *contrariu sensu* do suso expendido acerca dos danos morais, dependem da comprovação de sua real existência, bem como do inequívoco prejuízo patrimonial suportado, sendo tais requisitos inafastáveis ao surgimento da obrigação de indenizar.

Após essas considerações preliminares, passo à análise do caso retratado nos autos.

Consoante a ordem judicial da 2ª Vara da Comarca de Santa Rita, ao INSS - Instituto Nacional do Seguro Social foi determinada a obrigação de descontar na folha de pagamento de Maria José Dantas Soares (homônimo da postulante) alimentos provisionais, no valor de 50%, em favor dos menores Érika Kelly Cândido dos Santos e Jackson Bruno Cândido dos Santos, por eles terem sido reconhecidos como filhos de Josinaldo Dantas Soares, por meio de ação de investigação de paternidade, instituidor daquele benefício.

Ocorre que, apesar de o juízo da Comarca de Santa Rita ter informado todos os dados da mencionada pensionista, a exemplo do número de CPF e identidade, o INSS, quando do cumprimento da decisão judicial, naquela ação de investigação de paternidade,

em vez efetuar a dedução nos proventos da pensionista de Josinaldo Dantas Soares, o fez no benefício da autora da presente demanda, cujo instituidor da pensão é o seu cônjuge Francisco de Assis Soares.

Dessa forma, observa-se o dano causado à postulante em face de descontos equivocados efetuados pelo INSS em seus proventos, no importe de 50% (cinquenta por cento) do benefício, os quais deveriam incidir no benefício de homônimo da postulante, a título de alimentos provisionais, pois foi em relação ao instituidor desse benefício que foi proferida decisão judicial em ação de investigação de paternidade, e não em relação ao falecido marido da requerente.

Ademais, o próprio INSS reconheceu tal erro, tanto que procedeu ao ressarcimento dos valores indevidamente descontados nos proventos da postulante, bem como ao restabelecimento do pagamento integral da pensão, conforme demonstrado pelos documentos acostados às fls. 37/40.

Para a configuração da responsabilidade civil e, por conseguinte, o dever de indenizar, é necessário observar a existência de alguns requisitos: a) dano; b) ação ou omissão do agente; c) nexo causal entre o dano e a ação/omissão; d) culpa ou dolo.

No caso em epígrafe, trata-se de responsabilidade objetiva do Estado, prevista pelo art. 37, § 6º, da Carta Magna. Isso quer dizer que o dever de indenizar se caracteriza independentemente da culpa/dolo do agente, não sendo necessária a configuração de um ato ilícito.

Compulsando os autos, verifico que estão presentes os elementos necessários ao ressarcimento por dano: a conduta do agente (descontos indevidos realizados pelo INSS), o dano (os valores recebidos a menor pela pensionista) e o nexo causal entre o primeiro e o segundo, isto é, a relação de causa/efeito entre o ato do Estado e a ocorrência do prejuízo.

Cabe mencionar ser devida a indenização por danos morais, já que houve o abalo emocional efetivo que violou o equilíbrio psíquico da pensionista, pois ela foi surpreendida com desconto indevido em seu benefício, sendo levada, pelo erro do INSS, a supor

que seu cônjuge possuía prole decorrente de relação extraconjugal. Além disso, sofreu com a demora no restabelecimento do pagamento integral da pensão, percebendo durante 14 (catorze) meses valor insuficiente para suprir suas necessidades mínimas.

Não se busca, no entanto, em se versando sobre dano moral, restituir integralmente o dano causado, mas sim reparar o sofrimento da pessoa lesionada. A indenização, neste caso, tem caráter dúplice: compensar a vítima, de certo modo, com um valor em dinheiro, pelo sofrimento ou humilhação sofrida e punir o causador do dano pela ofensa que praticou. Deve, todavia, ser estabelecido numa quantia moderada a ponto de não provocar o enriquecimento da vítima nem a insolvência do causador do dano.

Em assim sendo, considerando a condição sócio-econômica e política da postulante, considerando que não houve maiores repercussões nas esferas econômica e social da vítima e as condições do autor do ilícito; e utilizando-me do poder de arbítrio que me é conferido numa situação como a presente, contudo sem me afastar de alguns critérios como a prudência, a retidão e o equilíbrio das relações, reputo justa a manutenção do valor da indenização no patamar de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) —, acrescido de juros e correção monetária conforme critérios firmados no *decisum* monocrático.

No tangente aos ônus sucumbenciais, entendo não assistir razão à apelante, tendo em vista a Súmula nº 326 do Superior Tribunal de Justiça, a qual estabelece que na *ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca*.

Desta feita, ainda que o *quantum* arbitrado pelo Magistrado sentenciante tenha sido em montante inferior ao deduzido pela parte autora em sua peça exordial, não há que se cogitar de sucumbência recíproca, eis que o valor pedido foi apenas estimativo. Logo, determino a condenação do INSS ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação do INSS e à remessa obrigatória e dou parcial provimento à apelação da parte autora para afastar a sucumbência recíproca, condenando o

INSS ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 401.284-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelante: UNIÃO
Apelada: GLAYCIANE LUZIA DIAS VASCONCELOS
Advs./Procs.: DRS. RODOLFO F. CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE E OUTRO (APDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS. PERÍODO DE 08/04/98 A 05/09/2001. ART. 62-A DA LEI Nº 8.112/90. MP 2.225-45/2001. POSSIBILIDADE. JUROS DE MORA. 0,5%. LEI 9.494/97. IMPOSSIBILIDADE APÓS O ADVENTO DA MP Nº 305/2006, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.358/2006. IMPLANTAÇÃO DO REGIME DE SUBSÍDIO. DIREITO AO RECEBIMENTO DAS PRESTAÇÕES DEVIDAS ENTRE O INGRESSO NA CARREIRA E A ALTERAÇÃO DO REGIME DE REMUNERAÇÃO. RECÁLCULO DA PARCELA COMPLEMENTAR AO SUBSÍDIO. PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS.

- Consoante pacificado pela jurisprudência pátria, é de se reconhecer o direito dos servidores públicos federais à incorporação dos quintos pertinentes ao período transcorrido entre abril de 1998 a setembro de 2001, os quais ficam transformados em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI, sujeita às revisões gerais de remuneração dos servidores públicos federais, nos termos do art. 62-A da Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45/2001.

- Entretanto, por força da MP nº 305/2006, convertida na Lei nº 11.358/2006, que implantou o regime de subsídio para a carreira a qual pertence o autor, não é mais possível atualmente a incorporação de parcelas de quintos, uma vez vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, bem como as vantagens pessoais e vantagens pessoais nominalmente identificadas - VPNI, de qualquer origem e natureza.

- Resguardam-se, no entanto, as prestações devidas ao autor, em razão do direito ao recebimento das verbas relativas à incorporação dos quintos que lhe assistia desde o seu ingresso no cargo de Procurador Federal até a implantação do regime de subsídios, porquanto, neste período, fazia o mesmo jus ao percebimento de tais quantias.

- Também faz jus a demandante ao recálculo da parcela complementar ao subsídio a que alude o art. 11, § 1º, da Lei nº 11.358/2006, e ao recebimento das respectivas prestações atrasadas desde a alteração do regime de remuneração, como decorrência do direito ora reconhecido de integração das parcelas de quintos na remuneração percebida pelo autora antes da fixação do regime de subsídio, de maneira a garantir o princípio da irredutibilidade de vencimentos do servidor público.

- Sobre as parcelas atrasadas, deverão incidir juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela MP nº 2.180-35/2001), a contar da citação, e correção monetária, nos moldes estatuídos pela Resolução nº 561/2007 do Conselho da Justiça Federal, que padronizou o Manual de Cálculos da Justiça Federal.

- No que tange aos honorários advocatícios, nas causas em que vencida a Fazenda Pública, o parágrafo 4º do art. 20 do CPC prevê a sua fixação consoante apreciação equitativa do juiz. Destarte, os honorários arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação amoldam-se a patamares razoáveis e proporcionais.

- Apelação da União improvida. Remessa oficial parcialmente provida, apenas para delimitar o alcance da decisão de primeiro grau, levando-se em consideração o ingresso da demandante na carreira de Procurador Federal e a incompatibilidade de acúmulo de VPNI com subsídios, mas observando o princípio da irredutibilidade de vencimentos, nos moldes expostos no voto, e para fixar que os juros de mora devem incidir em 0,5% (meio por cento) ao mês (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97), a contar da citação.

ACÓRDÃO

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

Recife, 9 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Convocado):

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela União em face da sentença que, em sede de ação ordinária, reconheceu o direito da autora de incorporar à sua remuneração 2/5 (dois quintos) da função comissionada FC-05 e 1/5 (um quinto) da função

comissionada FC-4, recebidas no período de 09.04.98 a 04.09.2001, bem como a percepção das diferenças dessas verbas e suas repercussões, até a data da posse no cargo de Procuradora Federal atualmente ocupado pela autora, com correção e juros de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação.

A União foi condenada, ainda, ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Nas razões de seu apelo, a União argüiu, preliminarmente, a inépcia da petição inicial, sustentando que a autora não juntou aos autos documentos que comprovassem o exercício das funções comissionadas em questão. No mérito, alega que a Lei nº 9.527/97 extirpou do ordenamento jurídico o direito de incorporação de quintos/décimos, não tendo sido revigorado pela Medida Provisória nº 2.225-45/2001.

Foram apresentadas contra-razões, pugnando pelo improviamento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator Convocado):

Pretende a autora a incorporação de quinto(s) no período de abril de 1998 a setembro de 2001, ante o exercício de funções comissionadas no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, além do pagamento de todas as parcelas atrasadas e suas repercussões.

Antes de adentrar no mérito da causa, impende-se afastar a preliminar de inépcia da inicial levanta pela União, ao passo que há nos autos (fls. 31/33) a comprovação de que a autora percebeu as funções comissionadas referidas na inicial.

A matéria apresentada para julgamento, em que pese divergências iniciais quanto à possibilidade ou não de incorporação de quintos, hoje se encontra plenamente pacificada, tanto na seara administrativa quanto na judicial. Senão vejamos.

O Tribunal Superior do Trabalho, em processo administrativo, decidiu, em 05 de julho de 2002, deferir aos servidores daquele Tribunal, com fundamento no art. 62-A da Lei 8.112/90, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45/2001, c/c os artigos 3º e 10 da Lei nº 8.911/94 e 9º da Lei nº 9.624/98, a concessão/atualização de parcelas de quintos até a data de 04/09/2001, observados os respectivos interstícios aquisitivos do direito.

Mesmo entendimento teve o Senado Federal, que, examinando administrativamente o assunto, decidiu, em 29 de outubro de 2002, pela recontagem dos quintos até a data de edição da Medida Provisória nº 2.245-45/2001 e sua incorporação à remuneração dos servidores do Senado Federal e de seus órgãos supervisionados que se encontrarem na mesma situação.

Esse posicionamento foi seguido pelo Conselho da Justiça Federal e Ministério Público da União, tendo o próprio Tribunal de Contas da União, em sessão de seu plenário, revendo entendimento anterior, firmado posição de que “é devida a incorporação de parcelas de quintos, com fundamento no artigo 3º da MP 2.225-45/2001, observando-se os critérios contidos na redação original dos artigos 3º e 10 da Lei 8.911/94, no período de 09/04/98 e 04/09/2001, data da edição da referida medida provisória, sendo a partir de então todas as parcelas incorporadas, inclusive a prevista no artigo 3º da Lei 9.624/98, transformadas em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI, admitindo-se, ainda, o cômputo do tempo residual porventura existente em 10/11/1997, desde que não empregado em qualquer incorporação, para concessão da primeira ou de mais uma parcela de quintos na data específica em que for completado o interstício de doze meses, ficando, também, essa derradeira incorporação transformada em VPNI ...”.

Por sua vez, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça é uníssona em reconhecer o direito à incorporação, consoante o aresto adiante trasladado:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO. GRATIFICAÇÃO. INCORPORAÇÃO. ARTIGO 62-A DA LEI Nº 8.112/90. ARTIGOS 3º E 10 DA LEI Nº 8.911/94. ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.624/98. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.225-45/

2001. PERÍODO DE 08.04.1998 A 05.09.2001. VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICADA - VPNI. DIREITO RECONHECIDO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS E ADMINISTRATIVOS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Dispusera o artigo 62, § 2º, da Lei nº 8.112/90, que seria incorporado um quinto do valor correspondente à gratificação de confiança a cada ano de exercício na função de direção, chefia ou assessoramento, até o limite de cinco anos.

2. Sobrevindo a Lei nº 8.911/94, que regulamentou com minúcia acrescida a instituição dos chamados quintos, critérios específicos foram definidos em seus artigos 3º e 10, tocantes à vantagem adrede prevista no artigo 62, § 2º, da Lei nº 8.112/90.

3. Deu-se, porém, que a Medida Provisória nº 1.595-14/97, convertida na Lei nº 9.527/97, fez por afastar a incorporação daquela modalidade de estípcndio, transformando a percepção do equivalente, que vinha sendo pago aos beneficiários, em vantagem pessoal nominalmente identificada - VPNI, a partir de 11.11.1997.

4. Mais adiante, a Lei nº 9.624/98 transformou, de sua feita, em décimos as parcelas dos quintos incorporados entre 1º.11.1995 e 10.11.1997.

5. Percebe-se, pois, já nesse momento pretérito, que com a novel disciplina, “restou alargado o prazo limite para a incorporação de quintos pelo exercício de Função Comissionada”, do que estipulava a Lei nº 9.527/97 para o que veio estabelecer a Lei nº 9.624/98, alcançando todos os servidores que já preenchiam os requisitos para obter a incorporação, tanto quanto, para os que ainda não tivessem integralizado período bastante, se resguardou a possibilidade de incorporação de décimos, a partir de determinadas condições específicas, de acordo com a situação individual de cada servidor.

6. A Medida Provisória nº 2.225-45/2001, ao referir-se não apenas ao artigo 3º da Lei nº 9.624/98, mas também aos artigos 3º e 10 da Lei nº 8.911/94, autorizou a incorporação da gratificação relativa ao exercício de função comissionada, no período de 08.04.1998 a 05.09.2001, transformando, outrossim, as parcelas em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada.

7. Recurso especial provido, com vista a assegurar às autoras, ora recorrentes, o direito de incorporar as parcelas do estípite em causa, a que fizeram jus pelo exercício de função comissionada, deferido o *writ*, nos termos do pedido inicial, tomado em conta o lapso temporal entre 8 de abril de 1998 e 5 de setembro de 2001, tudo conforme disposto, sucessiva e conjugadamente, pelos artigos 62-A, da Lei nº 8.112/90, 3º e 10, da Lei nº 8.911/94, 3º, da Lei nº 9.624/98, sintonizados com a Medida Provisória nº 2.225-45/2001, em seu artigo 3º.

(REsp 781.798/DF, Processo nº 200501532423, 6ª Turma, Min. Rel. Hélio Quaglia Barbosa, Pub. DJ de 15/05/2006, p. 317)

Desta feita, é de se reconhecer o direito à incorporação dos quintos pertinentes ao período transcorrido entre abril de 1998 a setembro de 2001, os quais ficam transformados em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI, sujeita às revisões gerais de remuneração dos servidores públicos federais, nos termos do art. 62-A da Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45/2001.

Ultrapassada tal questão, impende agora apreciar se ainda persiste o direito à incorporação para o caso específico da autora, diante da MP nº 305/2006, transformada na Lei nº 11.358, de 19 de outubro de 2006, que fixou o regime de subsídios para a carreira à qual pertence o demandante.

Faço constar, desde logo, que, com a edição do referido Diploma Legal, vedou-se a possibilidade de incorporação dos quintos na remuneração da demandante, visto que, a partir de então, o sistema de remuneração das carreiras de Procurador da Fazenda Nacional, Advogado da União, Procurador Federal e Defensor Público da União foram alteradas, passando os profissionais elencados no art. 1º a perceberem subsídio, *in verbis*:

Art. 1º A partir de 1º de julho de 2006 e 1º de agosto de 2006, conforme especificado nos Anexos I, II, III e VI desta Lei, respectivamente, passam a ser remunerados exclusivamente por subsídio, fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, os titulares dos cargos das seguintes Carreiras: (Re-

dação dada pela Lei nº 11.490, de 2007)

I - Procurador da Fazenda Nacional;

II - Advogado da União;

III - Procurador Federal;

IV - Defensor Público da União;

V - Procurador do Banco Central do Brasil;

VI - Carreira Policial Federal; e

VII - Carreira de Policial Rodoviário Federal.

VIII - Carreira Policial Civil dos extintos Territórios Federais do Acre, Amapá, Rondônia e Roraima. (Incluído pela Lei nº 11.490, de 2007)

Ao instituir o subsídio como forma de remuneração, que se caracteriza pelo pagamento de uma única parcela, o legislador infraconstitucional, em obediência aos ditames do art. 39, § 4º, da Carta Magna, vedou o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória.

Tal orientação foi explicitada e ratificada pelo disposto no art. 5º da citada Lei nº 11.358/2006, nos seguintes termos:

Art. 5º Além das parcelas de que tratam os arts. 2º, 3º e 4º desta Lei, não são devidas aos integrantes das Carreiras a que se refere o art. 1º desta Lei as seguintes espécies remuneratórias:

I - vantagens pessoais e vantagens pessoais nominalmente identificadas - VPNI, de qualquer origem e natureza;

II - *omissis*;

III - *omissis*;

IV - valores incorporados à remuneração referentes a quintos ou décimos;

Neste sentido vem decidindo os tribunais pátrios, consoante os julgados abaixo transcritos:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA ESTADUAL APOSENTADA. DEFENSORIA. VANTAGEM PESSOAL. INCORPORAÇÃO. MANUTENÇÃO DE PERCENTUAL. REAJUSTE. LEI 2.380/01. IMPOSSIBILIDADE.

- Não há que se falar na manutenção do percentual incidente sobre a respectiva vantagem, considerando que a nova disposição da Lei 2.380/01, ao criar subsídios para

os Defensores, não garante tal pretensão, não existindo direito adquirido a regime jurídico.

- Recurso desprovido.

(STJ, ROMS/MS 20081, Processo nº 200500856209, 5ª Turma, Min. Rel. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* de 07/11/2005, p.: 315)

No mesmo sentido: (STJ, ROMS/MT 15.659, Processo nº 200201596290, 5ª Turma, Min. Rel. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* de 22/04/2003, p.: 240; TRF- 4ª Região, AG nº 200604000384679/RS, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Vânia Hack de Almeida, julg. em 13.03.2007, *DJU* 28.03.2007, p. 188)

Há de se ressaltar, contudo, que devem ser ressaltadas as prestações devidas à autora, em razão do direito ao recebimento das verbas relativas à incorporação dos quintos que lhe assistia durante o período em que cessada (06 de maio de 2003) até a implantação do regime de subsídios, por força da MP 305/2006, convertida na Lei nº 11.358/2006, porquanto, neste período, fazia o mesmo jus ao recebimento de tais quantias.

Ademais, tal ressalva se mostra relevante também para que a Administração possa averiguar a incidência do disposto no art. 11, § 1º da multicitada Lei, que, assegurando o princípio da irredutibilidade de vencimentos dos servidores públicos, dispõe que:

Art. 11. *Omissis.*

§ 1º Na hipótese de redução de remuneração, de provento ou de pensão, em decorrência da aplicação do disposto nesta Lei, eventual diferença será paga a título de parcela complementar de subsídio, de natureza provisória, que será gradativamente absorvida por ocasião do desenvolvimento no cargo ou na Carreira por progressão ou promoção ordinária ou extraordinária, da reorganização ou da reestruturação dos cargos, das Carreiras ou da tabela remuneratória referidas no art. 1º desta Lei, da concessão de reajuste ou vantagem de qualquer natureza, bem como da implantação dos valores constantes dos Anexos I, II e III desta Lei.

Diante do texto legal, depreende-se a necessidade de se calcular o valor da remuneração da requerente com as parcelas de quintos a que efetivamente fazia jus, antes da alteração do regime

de vencimentos, a fim de que se possa, então, aplicar a hipótese prevista no art. 11, § 1º, da Lei nº 11.358/2006.

Melhor explicando: faz-se necessário que a Administração efetue o cálculo da remuneração da autora, ao qual devem integrar as parcelas de quintos ora reconhecidas, antes da implantação do regime de subsídio, para, em se verificando que o valor a ser percebido pelo requerente a título de subsídio é inferior à remuneração a que antes fazia jus o demandante, proceder-se ao pagamento de uma parcela complementar, correspondente à diferença entre o valor da remuneração que deveria ter sido anteriormente auferida e o subsídio implantado, nos moldes estatuídos pelo art. 11, § 1º, da Lei nº 11.358/2006.

Saliente-se que a citada parcela complementar não integra o subsídio, mas compõe, ao lado deste, os rendimentos a serem auferidos pelo servidor ocupante do cargo remunerado pelo regime de subsídio, a fim de garantir a efetivação do princípio da irredutibilidade de vencimentos. Tem ainda a referida parcela remuneratória natureza provisória, posto que a lei prevê que será gradativamente absorvida por ocasião da progressão ou promoção do servidor no cargo e na Carreira, e da reorganização ou da reestruturação dos cargos, das Carreiras ou da tabela remuneratória, bem como da concessão de reajuste ou vantagem de qualquer natureza e da implantação dos valores constantes dos Anexos I, II e III daquele Diploma Legal.

Como decorrência lógica do reconhecimento de tal direito, constata-se que são devidas também as prestações relativas às diferenças entre o que efetivamente percebeu e ao que fazia jus a título de parcela complementar ao subsídio, desde a alteração do regime de remuneração, ressalvando-se a hipótese de absorção gradativa de dita parcela complementar nos casos a que alude o art. 11, § 1º, da Lei nº 11.358/2006, já mencionados em linhas pretéritas.

Sobre as parcelas atrasadas, deverão incidir juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela MP nº 2.180-35/2001), a contar da citação, e correção monetária, nos moldes estatuídos pela Resolução nº 561/2007 do Conselho da Justiça Federal, que padronizou o Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Quanto aos honorários advocatícios, nas causas em que venha a Fazenda Pública, o parágrafo 4º do art. 20 do CPC prevê a sua fixação consoante apreciação equitativa do juiz. Destarte, os honorários arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação amoldam-se a patamares razoáveis e proporcionais.

Diante do exposto, reportando-me aos fundamentos expedidos, nego provimento à apelação da União e dou parcial provimento à remessa oficial, apenas para delimitar o alcance da decisão de primeiro grau, levando-se em consideração o ingresso da demandante na carreira de Procurador Federal e a incompatibilidade de acúmulo de VPNI com subsídios, mas observando o princípio da irredutibilidade de vencimentos, nos moldes expostos no voto, e para fixar que os juros de mora devem incidir em 0,5% (meio por cento) ao mês (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97), a contar da citação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 406.053-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelantes: COMPANHIA ENERGÉTICA DE ALAGOAS - CEAL E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. ALOISIO BEZERRA DA SILVA LEITE E OUTRO

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PARCELAMENTO DE DÉBITO. MULTA MORA-TÓRIA. REDUÇÃO. PERCENTUAL ESTABELECIDO NA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.571/97. APLICAÇÃO. CORREÇÃO DO DÉBITO. UFIR DE 1997. INDEXADOR CORRETAMENTE ADOTADO PELO INSS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

- Cinge-se a presente controvérsia em analisar a possibilidade de incidência do percentual de redução estabelecido na Medida Provisória nº

1.571/97, publicada em 02/04/1997, (convertida na Lei nº 9.639/98), a incidir sobre a multa moratória inclusa em débitos parcelados pela companhia apelante.

- Sociedade apelante que efetuou, na data de 23/05/1997, pedido de parcelamento de débito junto ao INSS, abrangendo os valores relativos às competências de 02/1991 a 04/1992, concernente ao débito registrado sob o nº 31.488.237-5, parcelamento esse que foi efetuado sob a égide da Medida Provisória nº 1.571/97, publicada em 02/04/1997, (convertida na Lei nº 9.639/98), que, em seu artigo 7º, inciso I, estabelecia o percentual redutor de 50% (cinquenta por cento), para os parcelamentos requeridos até 31 de dezembro de 1997 e relativos às dívidas oriundas de contribuições sociais da parte patronal devidas ao INSS até a competência março de 1997.

- Tendo a sociedade apelante preenchido os requisitos contidos na medida provisória retrocitada, afigura-se legítima a redução da multa moratória aplicada, independentemente de pedido formulado pelo sujeito passivo na seara administrativa, ante a possibilidade de o Poder Judiciário, quando provocado, estabelecer qual direito deve ser aplicado ao caso concreto, em sintonia com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna.

- Outra discussão travada nos presentes autos consiste em averiguar se, por ocasião da liquidação do débito pela sociedade apelante, teria ocorrido pagamento a maior em virtude de utilização de indexador indevido (UFIR de 1998, ao invés da adotada em 1997).

- Prova documental contida nos autos que revela que a autarquia previdenciária adotou como parâmetro, no cálculo do valor das parcelas, o índice da UFIR de 1997, correspondente a 0,9108,

ao invés da UFIR de 1998 (0,9611), de forma que o valor efetivamente considerado pelo INSS quanto à consolidação do débito remonta à quantia de R\$ 32.971.541,79 (trinta e dois milhões, novecentos e setenta e um mil, quinhentos e quarenta e um reais e setenta e nove centavos), concernente à utilização da UFIR de 1997 como fator de conversão, de modo que o erro do INSS ao atualizar automaticamente o débito em 1998 com base na UFIR vigente não viciou o pagamento pela sociedade apelante dos valores remanescentes da dívida parcelada, pois a instituição pública cuidou de retificar seus cálculos adequando-os à legislação, não tendo, inclusive, restado comprovada a ocorrência de eventual aplicação concomitante de UFIR com a taxa SELIC.

- Por fim, quanto ao valor do saldo a ser restituído a título de pagamento de multa moratória, impende assinalar que, à luz dos esclarecimentos efetuados pelo perito judicial, o valor pago que restou apurado em outubro de 1998 diz respeito a R\$ 9.378.603,34 (nove milhões, trezentos e setenta e oito mil, seiscentos e três reais e trinta e quatro centavos).

- De outra parte, o prazo prescricional a ser observado a título de restituição se circunscreve às parcelas recolhidas a maior nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação (19/12/2002), do que resulta a prescrição das parcelas de julho/97 (primeira prestação) a novembro/97 (quinta prestação), cada qual no valor de R\$ 156.310,06 (cento e cinquenta e seis mil, trezentos e dez reais e seis centavos), o que dá o total de R\$ 781.550,30 (setecentos e oitenta e um mil, quinhentos e cinquenta reais e trinta centavos). Subtraindo este montante do valor total pago a título de multa (R\$ 9.378.603,43), chegamos ao valor de R\$ 8.597.053,13 (oito milhões, quinhentos e noventa e sete mil, cinquenta e três reais e tre-

ze centavos). Aplicando-se o percentual redutor de 50% sobre essa última quantia, chega-se ao resultado de R\$ 4.298.526,56 (quatro milhões, duzentos e noventa e oito mil, quinhentos e vinte e seis reais e cinqüenta e seis centavos), tal qual estabelecida na r. sentença recorrida.

- Ocorrência de sucumbência recíproca, pois, mesmo tendo a parte autora intitulado seus pedidos como sendo alternativos, observa-se que, em verdade, de alternativos não se trata, mas sim de pedidos cumulados, consistentes no reconhecimento de valores pagos a maior, em sede de parcelamento de débito, da incidência do percentual redutor de multa moratória, assim como da utilização de determinado indexador, de modo que, tendo a sociedade apelante sucumbido em parcela significativa de seu pleito, qual seja, no que tange à revisão do parcelamento em face da reputada utilização da UFIR de 1998, é de rigor o reconhecimento da sucumbência de ambas as partes litigantes, devendo ser a verba honorária e custas suportadas de maneira recíproca e proporcional.

- Apelações e remessa obrigatória não providas.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 13 de novembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelações e remessa obrigatória de sentença que julgou parcialmente procedente Ação Ordinária de Revisão de Débito com Pedido de Compensação, em que se objetiva a revisão dos valores do parcelamento da dívida nº 31.488.237-5, cujas competências vão de 02/1991 a 04/1992. Pugna pelo reconhecimento do direito à compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos.

Alega a autora, ora apelante, na peça exordial, que, em 23/05/1997, solicitou, junto à Procuradoria Estadual do INSS em Maceió (AL), parcelamento de seus débitos em 60 (sessenta) prestações, tendo sido deferido o seu pedido.

Afirma ter iniciado o pagamento das parcelas em 20/07/1997 e que, no dia 21/10/1998, liquidou o débito em sua totalidade, no valor de R\$ 22.889.070,90 (vinte e dois milhões, oitocentos e oitenta e nove mil, setenta reais e noventa centavos).

Sustenta ter direito à redução da multa moratória incidente sobre o débito, no percentual de 80% (oitenta por cento), pelo fato de o seu pedido de parcelamento ter sido protocolado dentro do prazo estabelecido no artigo 6º, § 7º, alínea a, da MP nº 1.571, de 02/04/1997, convertida na Lei nº 9.639/98.

Aduz ter efetuado pagamento a maior também em decorrência de atualização monetária efetuada em 1998 por meio da utilização da UFIR, no valor de R\$ 0,9611, quando, a seu ver, de conformidade com a MP nº 1.973-67, de 26/10/2000, a última atualização teria a data limite até janeiro de 1997, cuja UFIR, à época, importava em R\$ 0,9108, teria resultado no pagamento indevido no valor originário de R\$ 1.087.283,86 (um milhão, oitenta e sete mil, duzentos e oitenta e três reais e oitenta e seis centavos).

O MM. Juiz *a quo* julgou o feito parcialmente procedente (fls. 464/481), para acolher a prejudicial argüida pelo INSS e promulgar a prescrição da pretensão autoral no período anterior ao quinquênio que antecedeu o ajuizamento da ação.

No mérito propriamente dito, reconheceu o direito da CEAL à redução da multa moratória em 50% (cinquenta por cento), tendo ordenado a restituição do montante pago indevidamente, no valor de R\$ 4.298.526,56 (quatro milhões duzentos e noventa e oito mil, quinhentos e vinte e seis reais e cinquenta e seis centavos), em valores atualizados até outubro de 1998.

Por fim, assinalou o direito à compensação do indébito, com observância dos limites estabelecidos pelo art. 89, § 3º, da Lei nº 8.212/91 e no art. 170-A do CTN.

Entendeu, ainda, que o débito inicial foi consolidado corretamente, com base na UFIR de 1997 e que, embora o sistema informatizado do INSS, de forma errônea, tenha atualizado automaticamente o débito em 1998, com base na UFIR vigente, esse erro não contaminou o pagamento pela CEAL do saldo remanescente da dívida parcelada, o qual teve como referência o montante de R\$ 32.971.541,79.

Por fim, estabeleceu que as custas processuais e honorários advocatícios deveriam ser proporcionalmente compensados e distribuídos, nos moldes do artigo 23 do CPC.

Nas razões recursais (fls. 494/512), a CEAL busca, em linhas gerais, afastar a correção monetária aplicada a partir de janeiro/1998 pela UFIR.

Pugna pelo reconhecimento da inexistência de sucumbência recíproca, ao argumento de que seu pleito foi atendido em sua totalidade, por ter formulado pedido alternativo, de forma que, a seu ver, o não acolhimento da exclusão da atualização monetária pela UFIR de 1998 representaria, tão-somente, uma parte mínima da pretensão requestada pelo autor.

Alfim, defende a impossibilidade de compensação de honorários advocatícios entre as partes litigantes, ao fundamento de que tal verba pertenceria aos advogados, de acordo com a Lei nº 8.906/94 - Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

De outra parte, o INSS maneja recurso de apelação às fls. 520/530, defendendo a inaplicabilidade do artigo 7º da MP nº 1.571-6 e a incidência do artigo 111 do CTN.

Contra-razões, às fls. 534/540 e 543/550.

Vieram-me os autos conclusos para julgamento.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Cinge-se a presente controvérsia em analisar a possibilidade de incidência do percentual de redução estabelecido na Medida Provisória nº 1.571/97, publicada em 02/04/1997 (convertida na Lei nº 9.639/98), a incidir sobre a multa moratória inclusa em débitos parcelados pela companhia apelante.

Compulsando os autos, observo que a sociedade apelante efetuou, na data de 23/05/1997, pedido de parcelamento de débito junto ao INSS, abrangendo os valores relativos às competências de 02/1991 a 04/1992, concernente ao débito registrado sob o nº 31.488.237-5.

O referido parcelamento foi efetuado sob a égide da Medida Provisória nº 1.571/97, publicada em 02/04/1997 (convertida na Lei nº 9.639/98), que assim dispõe:

Art. 7º Até 31 de março de 1998, as dívidas oriundas de contribuições sociais da parte patronal devidas ao INSS **até a competência março de 1997**, incluídas ou não em notificação, poderão ser parceladas em até noventa e seis meses sem a restrição do § 5º do art. 38 da Lei nº 8.212, de 1991, com redução das importâncias devidas a título de multa moratória nos seguintes percentuais:

I - 50% (cinquenta por cento), se o parcelamento foi requerido até 31 de dezembro de 1997;

II - trinta por cento, se o parcelamento for requerido até 31 de março de 1998. (Grifei)

Impende registrar, outrossim, que o benefício consistente na redução da multa moratória pode ser aplicado ainda que o sujeito passivo não tenha efetuado pedido na seara administrativa, ante a possibilidade de o Poder Judiciário, quando provocado, estabelecer qual direito deve ser aplicado ao caso concreto, em sintonia com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna.

Ademais, filio-me ao entendimento de que, havendo lei com índice de multa moratória mais benéfico ao contribuinte, afigura-se aplicável o disposto no artigo 106, inciso II, c, do CTN, de forma a atrair a incidência do art. 7º, inciso I, da Lei nº 9.639/98, resultante da conversão da Medida Provisória nº 1.571/97, publicada em 02/04/1997, no caso a lei posterior.

Impende salientar que o Código Tributário Nacional, artigo 106, inciso II, letra c, estabelece que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito quando lhe comina punibilidade menos severa que a prevista por lei vigente ao tempo de sua prática, não efetuando distinção entre multa moratória e punitiva.

Nessa linha de raciocínio, trago à colação o seguinte precedente do egrégio STJ:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA. ART. 44, I, DA LEI Nº 9.430/96. REDUÇÃO. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. ART. 106, II, C, DO CTN. POSSIBILIDADE.

1. Em razão do caráter mais benéfico ao contribuinte, é plenamente cabível, a teor do disposto no art. 106, II, c, do CTN, que os efeitos de lei superveniente que prevê a redução de multa decorrente de débito tributário retroajam aos atos ou fatos pretéritos não definitivamente julgados.

2. Recurso improvido.

(REsp 512.913/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, por unanimidade, DJ06/11/2006, p. 302)

Assim sendo, não merece guarida a tese do INSS de que, mesmo preenchidos os requisitos para o benefício, somente teria sentido o pleito se acaso tivesse ocorrido anteriormente um pedido administrativo de parcelamento na forma prevista na MP nº 1.571/97 e o INSS se opusesse com algum tipo de resistência ao seu deferimento, pois, como já dito, a retroatividade da lei mais benéfica de penalidades tributárias independe de provocação anterior pela via administrativa.

Logo, tendo a sociedade apelante preenchido os requisitos contidos na medida provisória retrocitada, afigura-se legítima a redução da multa moratória aplicada.

Outra discussão travada nos presentes autos consiste em averiguar se, por ocasião da liquidação do débito pela sociedade

apelante, teria ocorrido pagamento a maior em virtude de utilização de indexador indevido (UFIR de 1998, ao invés da adotada em 1997).

Relativamente a tal ponto, assinalo que, à luz do princípio da livre investigação das provas, o magistrado pode afastar até mesmo constatações de laudos periciais quando entender que estas destoam do conjunto probatório.

Nos presentes autos, verificando os extratos das fls. 261/266 e 380, entendo que a autarquia previdenciária adotou como parâmetro, no cálculo do valor das parcelas, o índice da UFIR de 1997, correspondente a 0,9108, em sintonia, aliás, com o laudo pericial contido à fl. 372, não obstante os autos noticiem, às fls. 46 e 48, a existência de planilha de atualização do débito em 1998 com base na UFIR à época vigente (0,9611).

Ademais, consoante as informações prestadas pela Assistência Técnica do INSS às fls. 373/377, o montante de R\$ 34.492.000,47 (trinta e quatro milhões, quatrocentos e noventa e dois mil e quarenta e sete centavos), associado à utilização da UFIR de 1998, concernente aos documentos contidos às fls. 46 e 48 dos autos, não foi o efetivamente pago pela CEAL.

Assim, o valor de fato considerado pelo INSS quanto à consolidação do débito remonta à quantia de R\$ 32.971.541,79 (trinta e dois milhões, novecentos e setenta e um mil, quinhentos e quarenta e um reais e setenta e nove centavos), correspondente à utilização da UFIR de 1997 como fator de conversão, de forma que o erro do INSS ao atualizar automaticamente o débito em 1998 com base na UFIR vigente não viciou o pagamento pelo autor dos valores remanescentes da dívida parcelada, pois a instituição pública cuidou de retificar seus cálculos adequando-os à legislação, não tendo, inclusive, restado comprovada a ocorrência de eventual aplicação concomitante de UFIR com a taxa SELIC.

Por fim, quanto ao valor do saldo a ser restituído a título de pagamento de multa moratória, impende assinalar que, à luz dos esclarecimentos efetuados pelo perito judicial à fl. 257, o valor pago que restou apurado em outubro de 1998 diz respeito a R\$ 9.378.603,34 (nove milhões, trezentos e setenta e oito mil, seiscentos e três reais e trinta e quatro centavos).

De outra parte, o prazo prescricional a ser observado a título de restituição se circunscreve às parcelas recolhidas a maior nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação (19/12/2002), do que resulta a prescrição das parcelas de julho/97 (primeira prestação) a novembro/97 (quinta prestação), cada qual no valor de R\$ 156.310,06 (cento e cinquenta e seis mil, trezentos e dez reais e seis centavos), o que dá o total de R\$ 781.550,30 (setecentos e oitenta e um mil, quinhentos e cinquenta reais e trinta centavos). Subtraindo este montante do valor total pago a título de multa (R\$ 9.378.603,43), chegamos ao valor de R\$ 8.597.053,13 (oito milhões, quinhentos e noventa e sete mil, cinquenta e três reais e treze centavos).

Aplicando-se o percentual redutor de 50% sobre essa última quantia, chega-se ao resultado de R\$ 4.298.526,56 (quatro milhões, duzentos e noventa e oito mil, quinhentos e vinte e seis reais e cinquenta e seis centavos), tal qual estabelecida na r. sentença recorrida.

No tocante à sucumbência recíproca, entendo pela sua incidência, pois, mesmo tendo a parte autora intitulado seus pedidos como sendo alternativos, observa-se que, em verdade, de alternativos não se trata, mas sim de pedidos cumulados, consistentes no reconhecimento de valores pagos a maior, em sede de parcelamento de débito, da incidência do percentual redutor de multa moratória, assim como da utilização de determinado indexador.

Assim, tendo a sociedade apelante sucumbido em parcela significativa de seu pleito, qual seja, no que tange à revisão do parcelamento em face da reputada utilização da UFIR de 1998, é de rigor o reconhecimento da sucumbência de ambas as partes litigantes, devendo ser a verba honorária e custas suportadas de maneira recíproca e proporcional.

Por ser verificada a sucumbência recíproca, mostra-se possível e legítima a compensação dos valores referentes aos honorários advocatícios e custas processuais entre as partes litigantes, resguardado o direito autônomo dos advogados à execução do saldo referente à verba honorária.

Vejamus a perfeita consonância deste entendimento com a vasta jurisprudência do egrégio STJ:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. JUROS DE 6% AO ANO. CREDITAMENTO ANUAL. COMPENSAÇÃO COM FATURAS DE CONSUMO. DECRETO-LEI 1.512/76. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 306/STJ.

1. Os juros incidentes sobre os valores recolhidos a título de empréstimo compulsório sobre energia elétrica, no percentual de 6% ao ano, “serão pagos anualmente, no mês de julho aos consumidores industriais contribuintes, pelos concessionários distribuidores, mediante compensação nas contas de fornecimento de energia elétrica, com recursos que a ELETROBRÁS lhes creditará” – art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 1.512/76.

2. “Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”.

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(STJ, REsp - 695.719/RS, Primeira Turma, DJ, data: 24/04/2008, Min. Relator Teori Albino Zavascki)

AGRAVO REGIMENTAL. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. INADMISSIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO DAS VERBAS HONORÁRIAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O exame de contrariedade a dispositivos ou princípios constitucionais em sede de agravo regimental caracterizaria usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. É cabível a compensação dos honorários advocatícios fixados por ocasião da ocorrência de sucumbência recíproca.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, AGREsp - 864.891/MT, órgão julgador: Quarta Turma, data da decisão: 21/02/2008, DJ, data: 17/03/2008, Min. Relator Massami Uyeda)

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MANUTENÇÃO DO NOME DO DEVEDOR NO SPC APÓS A QUITAÇÃO. DANO INDENIZÁVEL. VALOR. REDUÇÃO, CONSIDERANDO ATRASOS CONSTANTES. SUCUM-

BÊNÇÃO RECÍPROCA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. HONORÁRIOS. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. CPC, ART. 21. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 306-STJ.

I. Constitui obrigação do credor providenciar, junto ao órgão cadastral de dados, a baixa do nome do devedor após a quitação da dívida que motivou a inscrição, sob pena de, em prazo razoável, responder pelo ato moralmente lesivo, indenizando o prejudicado pelos danos morais causados.

II. Ressarcimento que deve ser proporcional à lesão, evitando enriquecimento sem causa.

III. “Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”. (Súmula nº 306-STJ).

IV. O benefício da gratuidade judiciária não afasta a imposição da sucumbência, e por conseguinte da compensação desta.

V. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ, REsp - 855.029/RS, órgão julgador: Quarta Turma, data da decisão: 07/02/2008, DJ, data: 17/03/2008, Min. Relator Aldir Passarinho Júnior)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS EXISTENTES. ACOLHIMENTO. HONORÁRIOS PROPORCIONAIS. COMPENSAÇÃO ADMITIDA.

- Existentes os vícios apontados pelo embargante, merecem acolhimento os embargos declaratórios.

- Diante da existência de sucumbência recíproca, é admissível a compensação de honorários.

(STJ, EDREsp - 897.148/MT, órgão julgador: Terceira Turma, data da decisão: 12/02/2008, DJ da data: 03/03/2008, Min. Relator Humberto Gomes de Barros)

Ante o exposto, nego provimento às apelações e à remessa obrigatória.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 413.240-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelantes: TERMOPERNAMBUCO S/A, COMPANHIA ENERGÉTICA DE PERNAMBUCO S/A - CELPE E AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
Repte.: PROCURADORIA DA ANEEL
Advs./Procs.: DRS. ANTONIO CARLOS PRIORI CAMPELLO (1º APTE.) E JOÃO HUMBERTO DE FARIAS MARTORELLI E OUTROS (2º APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS DE APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REVISÃO DA TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA DA CELPE. RESOLUÇÃO Nº 112/2005 E DESPACHO Nº 892/2004 DA ANEEL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA TERMOPERNAMBUCO. CONTROLE JURISDICIONAL DA LEGALIDADE DOS ATOS DE CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA MODICIDADE DAS TARIFAS E DA TUTELA DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS. RECURSOS PROVIDOS.

- Os atos da ANEEL sujeitam-se ao controle jurisdicional, sobretudo em sede de ação civil pública que versa a política tarifária de setor fundamental para o desenvolvimento nacional e o bem-estar da população.

- Ilegitimidade passiva ad causam da TERMO-PERNAMBUCO S.A., por tratar-se de pessoa estranha à relação controvertida.

- O Juiz pode decidir a controvérsia com fundamento diverso daqueles que foram articulados na inicial.

- **A CELPE, nos termos da Lei nº 10.848/04 e do seu contrato de concessão, deve adquirir energia elétrica ao menor custo disponível no mercado, podendo repassar uma parte desse custo aos consumidores finais, mediante revisões tarifárias periódicas, nas quais deve ser observado o princípio da modicidade.**
- **Tarifa módica não quer dizer necessariamente tarifa barata, mas a menor tarifa que, além de cobrir as despesas da concessionária e garantir o funcionamento do serviço, também seja capaz de propiciar os investimentos necessários à expansão e modernização do setor.**
- **A primeira revisão tarifária periódica foi homologada pela Resolução nº 112/05 da ANEEL, que levou em conta o preço da energia contratada com a TERMOPERNAMBUCO desde 2001, e não o do leilão de energia de 2004.**
- **O preço contratado em 2001 equivalia inicialmente a 1/5 do preço de mercado, mas, devido a condições de mercado excepcionais, ficou acima do menor preço obtido no leilão do final de 2004, tanto assim que, em todo o período de vigência da Resolução nº 112 (2005-2008), o contrato apresentou vantagens crescentes em comparação com os resultados das praças subsequentes, afastando, no aspecto peculiar do repasse à tarifa do valor da energia adquirida pela distribuidora, qualquer hipótese de violação à regra da modicidade tarifária.**
- **Não faz sentido a imputação à TERMOPERNAMBUCO da prática de “atravessamento” de energia, pois a geração depende exclusivamente da alocação de metas pelo Operador Nacional do Setor Elétrico, e a receita das geradoras varia em razão da “disponibilidade de geração”, e não da entrega física da energia.**
- **É mais do que evidente o reflexo negativo na receita da empresa, decorrente da imposição da**

totalidade de um custo “não gerenciável”, vale dizer que independe da capacidade de gestão da empresa, como é o custo dos contratos de aquisição de energia.

- Apelação da TERMOPERNAMBUCO provida, para acolher a preliminar de sua ilegitimidade passiva, excluindo-a do processo, ressalvada a possibilidade de intervir no feito como assistente.

- Apelações da CELPE e da ANEEL providas, para julgar improcedente o pedido inaugural.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação da TERMOPERNAMBUCO, para acolher a preliminar de sua ilegitimidade passiva, excluindo-a do processo, ressalvada a possibilidade de intervir no feito como assistente, e, no mérito, pelo provimento das apelações da CELPE e da ANEEL, para julgar improcedente o pedido inaugural, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 2 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

O caso é de recursos de apelação interpostos pelas empresas TERMOPERNAMBUCO S/A e Companhia Energética de Pernambuco (CELPE), e ainda pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), em face da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido deduzido em ação civil pública pelo Ministério Público Federal (MPF) e o Ministério Público do Estado de Pernambuco (MPE/PE), para anular o reajuste tarifário de energia elé-

trica homologado pela ANEEL em favor da CELPE, por meio da Resolução nº 112/05 e do Despacho 892/04, e assim estabelecer, a contar de 29.04.2005, um novo índice de revisão tarifária, baseado no valor do menor preço obtido no leilão de energia realizado em dezembro de 2004.

Em síntese, os fundamentos da respeitável sentença conduzem à assertiva de que a elevação excessiva da tarifa de energia elétrica decorreu da ilegalidade do repasse, aos consumidores, do custo da aquisição de energia da TERMOPERNAMBUCO, por preços superiores aos praticados no mercado.

A TERMOPERNAMBUCO S/A argúi a sua ilegitimidade por ser pessoa estranha à relação jurídica controvertida, vale dizer, a revisão das tarifas vigentes entre a CELPE e os consumidores de energia. No mérito, diz que o preço da energia termelétrica fornecida à CELPE não destoa dos padrões do mercado, nem está apto a causar impacto no preço final da energia consumida em Pernambuco.

A CELPE afirma que a sentença decidiu *extra petita*, ao aplicar a teoria da imprevisão para rever a tarifa da empresa, e ingressou indevidamente no mérito administrativo dos atos da ANEEL, substituindo-os por critérios equivocados e potencialmente lesivos da equação inicial do contrato de concessão.

A apelante formula, nas suas alegações de mérito, as seguintes conclusões:

a) não é possível tomar-se um valor circunstancial como parâmetro, olvidando-se das necessidades contínuas do serviço público, e do fato de que, tanto no momento da contratação da energia térmica (2001), quanto na compra em leilão (2004), o preço da TERMOPERNAMBUCO era o que melhor atendia à exigência de modicidade tarifária;

b) a opção pela energia termelétrica não foi decisão arbitrária da apelante, mas decorrência obrigatória de política governamental a que se encontra exposta;

c) não é verdade que a TERMOPERNAMBUCO venderia à CELPE, com lucros desmesurados, energia por ela adquirida muito mais barato; e

d) a retirada do custo de aquisição da energia da Termopernambuco afetaria seriamente o equilíbrio da concessão.

A ANEEL também suscita a vedação do ingresso do Poder Judiciário no mérito administrativo das decisões da agência e, no mérito, expõe que, na análise da revisão tarifária da CELPE, agiu em conformidade com os poderes regulatórios de que foi legalmente investida, ponderando tecnicamente as exigências da justa remuneração do capital, do menor preço, e da garantia do serviço adequado de fornecimento de energia elétrica no horizonte de longo prazo.

Sustentam as apelantes, em face de todos esses aspectos, a necessidade de reforma da sentença.

O MPF e o MPE/PE ofertaram contra-razões em prol da manutenção do *decisum*, e o douto Procurador Regional da República oficiante perante esta Corte opinou, como *custos legis*, pelo desprovemento dos recursos.

De resto, no AGTR 62.443-PE, indeferi o pedido de suspensão da decisão do MM. Juiz Federal da 3ª Vara Federal de Pernambuco que antecipara a tutela na ação civil pública. A decisão agravada foi mantida pela eg. Quarta Turma, mas findou suspensa pelo col. Superior Tribunal de Justiça, até julgamento do mérito neste Regional, com fundamento na ameaça ao equilíbrio econômico-financeiro da concessionária de distribuição de energia, com possível lesão à ordem econômica (SLS 162-PE, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 13.09.2005).

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Egrégia Turma.

As recorrentes levantaram questões preliminares relativas à ilegitimidade passiva *ad causam* da TERMOPERNAMBUCO S/A, à impossibilidade jurídica da revisão, pelo Poder Judiciário, dos atos discricionários praticados pela ANEEL, e à aplicação da teo-

ria da imprevisão sem que tal pedido tivesse sido formulado na exordial.

1 - DAS PRELIMINARES:

1.1 - DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA TERMOPERNAMBUCO

A legitimidade passiva da TERMOPERNAMBUCO deve ser determinada em razão da relação jurídica controvertida nesta demanda.

Para os autores da ação civil pública, ora apelados, a revisão tarifária homologada em favor da CELPE pela Resolução nº 112/2005, da ANEEL (fls. 06 e ss.), teria incorrido nos seguintes abusos:

a) considerar legítimo o repasse aos consumidores do custo decorrente da compra, pela CELPE, da energia produzida pela TERMOPERNAMBUCO (ambas empresas integrantes do grupo NEOENERGIA), cujo valor corresponde a quase três vezes o valor médio da energia disponível no mercado;

b) repassar integralmente aos consumidores o custo das perdas de energia elétrica da CELPE, muito superior à média nacional, transferindo para aqueles o custo de sua ineficiência e o risco de sua atividade econômica (fl. 04).

Sustentam, em face de todos esses aspectos, a pretensão de que seja declarada “a nulidade de todo ato normativo ou homologatório emanado da ANEEL que, de uma forma ou de outra, influenciaram na revisão abusiva ora combatida” (fl. 34).

Fundamentam a inclusão da TERMOPERNAMBUCO no pólo passivo da demanda, ao lado da CELPE e da ANEEL, na suposição de que “a proibição de repasse aos consumidores do custo da energia termelétrica adquirida pela CELPE, provavelmente levará esta última a solicitar a repactuação do mencionado acordo provado de vontades” (fl. 05).

Ora, sempre que a inicial questiona os termos do contrato vigente entre a TERMOPERNAMBUCO e a CELPE, ela o faz apenas para impugnar o repasse, aos consumidores finais, do preço da energia vendida à distribuidora, mas, em nenhum momento, pugna pela revisão da avença celebrada pelas empresas.

Além disso, a Resolução nº 112/2005 da ANEEL, que é o principal ato combatido na causa de pedir, apenas homologa o resultado da primeira revisão tarifária periódica referente à CELPE, desse modo afetando diretamente as esferas jurídicas da agência reguladora, da distribuidora e dos consumidores, mas não a da TERMOPERNAMBUCO, que não participa sequer da relação jurídica objetivada nesta ação.

Quanto à repercussão do pedido inicial da ação civil pública no contrato existente entre a CELPE e a TERMOPERNAMBUCO, isso dependerá exclusivamente da manifestação da vontade das partes contratantes, embora eventual decisão definitiva favorável aos autores da ação possa, em tese, influir nesse sentido.

O fato é que a possibilidade de que uma sentença produza efeitos meramente reflexos na esfera jurídica de um terceiro justifica, em regra, apenas a intervenção processual dessa pessoa como assistente, se ela assim quiser, mas não a sua inclusão num dos pólos da demanda.

Assim, sendo a TERMOPERNAMBUCO pessoa estranha à relação jurídica controvertida, exclui-a da lide, ressalvada a possibilidade de intervir no processo, como assistente das demandas, ora apelantes.

1.2 - DA INEXISTÊNCIA DE DECISÃO *EXTRA PETITA*

A CELPE alega que a r. sentença não deveria ter aplicado, *in casu*, a teoria da imprevisão, porquanto não pleiteado na exordial, contudo, a invocação dessa tese nada mais foi que fundamento ou razão de decidir, e nesse respeito o julgador é livre para convencer-se, além do que não está jungido à fundamentação apresentada pela autoria: em nosso Direito Processual, vale, como é curial, o *princípio da substanciação*, e não o da *individualização*, conforme ensinam os manuais (ver, por todos, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO).

E no que toca a não ter ocorrido fato posterior extraordinário e imprevisível, capaz de dar suporte ao enquadramento do caso no referido argumento decisório, louvo-me no parecer do ilustre Procurador Regional da República, Doutor Domingos Sávio Tenório de Amorim, *verbis*:

A propósito, o entendimento quanto à incorrência ... da teoria da imprevisão no contrato celebrado entre a CELPE e a TERMOPERNAMBUCO é algo evidente, pois mesmo o leigo situado na classe do homem médio sabia com antecipação que os preços praticados na ocasião do racionamento iriam cair abruptamente quando a situação das hidrelétricas voltasse à normalidade.

Em complemento ao opinativo do *custos legis*, diria que a atividade de geração e distribuição de energia elétrica está atreita a fatores climáticos e mercadológicos que exigem, do governo e dos investidores, a visualização de horizontes de longo prazo, e por isso mesmo as regras do setor priorizam a continuidade da prestação do serviço, em vez de ganhos fugazes, como se verá na parte meritória deste voto.

1.3 - DA POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DO ATO IMPUGNADO

As razões recursais da CELPE e da ANEEL sustentam que a sentença tomou para si competências legislativas e administrativas, o que seria juridicamente impossível em face do princípio da separação dos poderes.

Mas não é bem assim.

O Direito Administrativo contemporâneo admite, de SEABRA FAGUNDES a CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO – para ficar em apenas dois mestres nacionais na área – que o chamado mérito administrativo muitas vezes é usado para encobrir ilegalidades, decorrentes de desvios ou abusos. Portanto, não deve escapar, em qualquer hipótese, do crivo jurisdicional. Ainda mais num sistema jurídico como o que nos rege, após a Constituição de 1988, em que a escorreta execução das políticas públicas encontra-se sujeita a regras jurídicas, princípios, valores e aspectos de legalidade e de constitucionalidade que legitimam o controle judicial dos atos administrativos.

Vale dizer, na feliz expressão de Miguel Beltrán de Felipe¹, que,

¹ *Apud* GARCIA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madri, Civitas, 1998, p. 78.

“onde houver uma *norma de conduta* dirigida à Administração, haverá sempre oportunidade para uma *norma de controle*, dirigida ao juiz.

Em face do que foi exposto até o momento, de todas as preliminares argüidas pelas apelantes, acolho apenas a de ilegitimidade da TERMOPERNAMBUCO, excluindo-a do pólo passivo da demanda, ressalvada a possibilidade de intervir no feito como assistente.

2 - DO MÉRITO:

De início, timbro em registrar que, no AGTR 62.443-PE, mantive monocraticamente a decisão de primeiro grau que antecipou a tutela pretendida na ação civil pública, explicitando que o fazia sumariamente, com base nos dados de que dispunha naquela ocasião, premido pela urgência do pedido, e limitado pela própria via recursal escolhida.

Agora, a situação é diversa. O exame mais detido de tudo quanto foi juntado aos autos do processo principal, devidamente passado pelo crivo do contraditório, revelou importantes aspectos voltados à política tarifária do setor elétrico, dando-me ensejo de rever o posicionamento que adotei inicialmente no agravo.

É o que passo a expor.

2.1 - DA POLÍTICA TARIFÁRIA APLICÁVEL AO SETOR DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Entre os instrumentos de promoção dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, especialmente o desenvolvimento nacional e o bem de todos (art. 3º, II e IV, da Constituição Federal), encontra-se a prestação de serviços públicos, seja diretamente pelo Poder Público, seja em regime de concessão ou permissão, em conformidade com o art. 175 da CF e a legislação pertinente:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. **A lei disporá sobre:**

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu con-

trato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - **os direitos dos usuários;**

III - **política tarifária;**

IV - **a obrigação de manter serviço adequado**. (Grifei e destaquei).

Nesse sentido, a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessões previsto no art. 175 da CF, preconiza a prestação de serviço público que satisfaça às condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas:

Art. 6.º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1.º **Serviço adequado** é o que satisfaz as condições de **regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas**. (Grifei e destaquei).

Pelo que se depreende das citadas regras jurídicas, o critério do menor preço, na aplicação da política tarifária do serviço público concedido, não implica prosaicamente a adoção da menor tarifa, mas da menor tarifa que, além de cobrir as despesas da concessionária e garantir o funcionamento do serviço, também seja capaz de propiciar os investimentos necessários à expansão e modernização do setor. Como leciona Arnaldo Wald (*O Direito de Parceria e a Lei de Concessões*, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 197-198):

Por tarifa módica, prevista no § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/95, deve ser entendida a tarifa acessível aos usuários, que não os onere excessivamente e que esteja direcionada de forma a permitir que a concessionária desempenhe de modo definitivo e lucrativo as suas obrigações legais e contratuais na prestação do serviço previsto.

Afinal, não se pode perder de vista que o setor elétrico exige investimentos de longo prazo, tanto assim que os contratos de concessão têm duração de vinte anos ou mais, justamente para assegurar o desenvolvimento nacional.

Do enfoque dado à questão, sobressai o tema da garantia da equação financeira inicial do contrato de concessão (art. 37, XXI, da CF), no qual reside a essência do sistema de revisão tarifária em exame. Nesse diapasão, destacam-se, da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), os seguintes dispositivos:

Art. 9.º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. (...)

§ 2.º **Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.**

...

Art. 18. **O edital de licitação** será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e **conterá, especialmente:** (...) VIII - **os critérios de reajuste e revisão da tarifa;**

...

Art. 23. São **cláusulas essenciais do contrato de concessão** as relativas: (...) IV - ao preço do serviço e aos **critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;**

...

Art. 29. **Incumbe ao poder concedente:** (...) V - **homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato.** (Grifei).

Por seu turno, o art. 3º da Lei nº 9.427/96 atribui à ANEEL a competência para, em nome do poder concedente, homologar reajustes e proceder à revisão de tarifas, e, ainda, o inciso X do art. 4º do Decreto nº 2.335/97 compete à agência:

(...) atuar, na forma da lei e do contrato, nos processos de definição e controle dos preços e tarifas, homologando seus valores iniciais, reajustes e revisões, e criar mecanismos de acompanhamento de preços.

Mais recentemente, em 15.03.2004, entrou em vigor a Lei nº 10.848, de 15.03.2004, que representa o novo marco normativo do setor elétrico, complementando a legislação já citada, no que toca à sistemática de revisão e reajuste tarifários.

Para uma melhor compreensão de tais procedimentos, é preciso distinguir a revisão tarifária do reajuste tarifário. A revisão é quadrienal, destinando-se a reposicionar a tarifa de acordo com a estimativa de ganhos de eficiência da empresa nos anos seguintes (o “fator X”); o reajuste é atualização anual das tarifas com base na diferença entre a inflação (IGP-M) e a eficiência (“fator X”).

A respeito da **revisão tarifária**, interessa saber que a estrutura tarifária é repartida em duas parcelas vinculadas, consoante exposto na nota técnica 106/2005-SRE/ANEEL (fls. 181 e ss.):

- a) parcela “A”, que se refere aos “custos não gerenciáveis”: energia elétrica adquirida para distribuição ao mercado consumidor – nisto residindo a presente *quæstio* –; custos de transmissão; e encargos setoriais; e
- b) parcela “B”, composta dos “custos gerenciáveis”: custos próprios da atividade de distribuição; custos da gestão comercial de clientes; e remuneração dos acionistas.

Basicamente, os componentes da parcela “A” variam de acordo com o câmbio do dólar, daí o aumento significativo desse fator tarifário na fase inicial do contrato de concessão da CELPE (2000/2003). Dessa forma, ao contrário do que sustentam os apelados, não se pode atribuir à empresa a elevação dos custos “não gerenciáveis” no período em tela.

2.2 - DO REPASSE, À TARIFA DE COMERCIALIZAÇÃO, DO PREÇO DE AQUISIÇÃO DA ENERGIA

Em harmonia com as regras jurídicas pertinentes ao setor elétrico, a cláusula 7ª do contrato de concessão nº 26/2000 da CELPE (fl. 88 dos autos do AGTR 62.443-PE, apensos) agendou um cronograma de revisões tarifárias, com a finalidade de adaptar as disposições contratuais à realidade cambiante do mercado, não deixando espaço para alterações tarifárias aleatórias ou intempestivas:

Cláusula Sétima.

Subcláusula Sétima - A ANEEL, de acordo com o Cronograma apresentado nesta subcláusula, procederá às revisões dos valores das tarifas de comercialização de energia, alterando-os para mais ou para menos, **considerando as alterações na estrutura de custos e de mercado**

da CONCESSIONÁRIA, os níveis de tarifas observados em empresas similares no contexto nacional e internacional, os estímulos à eficiência e à modicidade das tarifas. Estas revisões obedecerão ao seguinte cronograma: a primeira revisão será procedida em 29 de abril de 2005, conforme previsto na Subcláusula Terceira; a partir desta primeira revisão, as subseqüentes serão realizadas a cada 4 (quatro) anos. (Grifei).

Para manter-se a equação de custos e benefícios do serviço concedido, o mesmo contrato exige que a concessionária obtenha energia elétrica ao menor custo disponível no mercado, limitando, porém, o repasse desse custo aos consumidores finais, segundo critérios estabelecidos pela ANEEL na aplicação dos reajustes e revisões tarifárias:

Cláusula Sétima.

Subcláusula Décima Quarta - A CONCESSIONÁRIA obriga-se a obter a energia elétrica requerida pelos seus consumidores ao menor custo efetivo, dentre as alternativas disponíveis. **Na aplicação dos reajustes e revisões previstos nesta Cláusula, serão observados os limites de repasse dos preços livremente negociados na aquisição de energia elétrica, estabelecidos em resolução da ANEEL.** (Grifei).

Portanto, ao contrário do que sustentam os apelados, a cláusula em destaque **não proíbe o repasse, à tarifa, do custo da aquisição de energia.** Nem poderia fazê-lo, porque a própria Lei nº 10.848/04 preconiza tal repasse:

Art. 1.º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, deverá dispor sobre:

§ 8.º A comercialização de energia elétrica de que trata este artigo será feita com a observância de mecanismos de proteção aos consumidores, incluindo os limites de repasses de custo de aquisição de energia elétrica de que trata o art. 2º desta Lei.

Já a cláusula 4ª do contrato de compra e venda de ações da CELPE, trazida a lume pelo MPF porque veda a reivindicação de compensações tarifárias decorrentes da obrigação de construir uma usina termelétrica, só pode ser interpretada de modo compatível com as regras jurídicas acima referidas, preservando-se a possibilidade de revisão tarifária nas hipóteses legalmente previstas, sob pena de desfazer a equação inicial da concessão.

Resta saber se a revisão tarifária homologada pela Resolução nº 112/05 da ANEEL implicou o repasse de custos superiores aos praticados no mercado.

O *Parquet* afirma que a CELPE deve arcar sozinha com os custos do contrato firmado com a TERMOPERNAMBUCO, pois, em dezembro de 2004, o preço avençado era de R\$ 137,85 MW/h, enquanto o menor preço da energia vendida no leilão realizado naquele mês e ano desceu a R\$ 57,51 MW/h.

Contudo, os apelantes esclarecem que ambas as situações de mercado foram excepcionais, não podendo uma servir de paradigma da outra, para efeito de análise de preços. Essas questões serão apreciadas nos tópicos seguintes.

2.3 - DA MODICIDADE DO VALOR DA ENERGIA COBRADA PELA TERMOPERNAMBUCO (SITUAÇÃO DO MERCADO EM 2001)

Em 2001, o Brasil padecia de grave crise energética, que levou o Governo Federal a agir em duas frentes, aliando medidas de retração da demanda a incentivos à geração de energia térmica².

² Tão grave era o quadro da crise energética, que o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do regime especial de tarifação adotado pelo Governo Federal, que veiculava o racionamento do consumo de energia:

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.152-2, DE 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFAÇÃO. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame

Daquele momento dramático, ficou a lição de que o setor elétrico não pode ficar sujeito à volatilidade do mercado de curto prazo, sob pena de retardar o desenvolvimento do País ou privar a população de um serviço essencial. Essa foi a posição preponderante na reunião da Diretoria da ANEEL que analisou a revisão tarifária da CELPE, como se vê do voto do Diretor Paulo Pedrosa:

Também no caso presente a situação é complexa. A contratação de energia em questão resultou de regras vigentes que refletiam políticas de Governo. Precisam ser analisadas considerando o momento em que as decisões de Governo, regulador e agentes foram tomadas. Devemos considerar o cenário de falta de energia e preços altos de então e não a situação – conjuntural – de sobre-oferta hoje verificada.

7. Vivíamos um cenário de escassez de energia. Não havia recursos para o setor, as indefinições do cenário institucional postergaram investimentos e o País estava extremamente dependente do regime de chuvas.

8. O Governo entendeu que as termelétricas eram a alternativa viável para vencer a crise, tendo em vista que o prazo de construção seria inferior ao de hidrelétricas. Adicio-

será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III, da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente. (ADC 9/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ 23.04.2004).

nalmente, a complementaridade entre térmicas e hidrelétricas – que dominavam nossa matriz de geração – seria fator importante de confiabilidade do sistema e as termelétricas, particularmente no Sudeste, viabilizariam a construção de gasodutos estratégicos para o País.

9. As políticas do Governo seguiram basicamente duas vertentes. A primeira estimularia parcerias com a Petrobrás, nas quais a estatal assumiria os riscos decorrentes do mercado de energia e os empreendedores, de certa forma “alugariam” seus ativos de geração.

10. A segunda vertente foi a da contratação de longo prazo por agentes do setor elétrico.

Assim, a decisão de contratar a TERMOPERNAMBUCO não destoava da política de prevenção de novas crises de desabastecimento de energia, em prol da continuidade da prestação de um serviço público essencial, e do desenvolvimento do País.

Também não merece censura o preço contratado, pois, de acordo com dados da ANEEL, em dezembro de 2001, o preço de mercado da energia na Região Nordeste era igual a R\$ 526,15 MW/h, já a energia vendida pela TERMOPERNAMBUCO importava em R\$ 104,71 MW/h, ou seja, 1/5 do preço alternativo de mercado.

2.4 - DA MODICIDADE DO VALOR DA TARIFA HOMOLOGADA PELA RESOLUÇÃO Nº 112/2005 (SITUAÇÃO DO MERCADO A PARTIR DE 2004)

O preço da energia vendida pela TERMOPERNAMBUCO é relevante para a análise da modicidade da nova tarifa, ao longo de todo o período de vigência da Resolução nº 112/2005, porque integra o cálculo da tarifa homologada por aquele ato, cuja implantação estendeu-se no intervalo de 2005 a 2008:

Art. 2.º Para atender ao princípio de modicidade tarifária e a condição de equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão definida na revisão tarifária periódica da CELPE, o acréscimo de receita da “Parcela B”, resultante do reposicionamento tarifário de que trata o artigo anterior, será aplicado em parcelas anuais na forma a seguir:

I - em 29 de abril de 2005 será considerado o percentual diferido de 12,50% (doze vírgula cinquenta por cento), cujo índice é decorrente da proposta da concessionária; e

II - nos reajustes tarifários anuais, a serem homologados para os anos de 2006 a 2008, serão acrescidos à “Parcela B”, de cada ano, o valor de R\$ 93.651.607,16 (noventa e três milhões, seiscentos e cinqüenta e um mil, seiscentos e sete reais e dezesseis centavos), cujas parcelas serão atualizadas por ocasião dos respectivos reajustes.

Pois bem. O ano de 2004 foi marcado por oscilações no mercado de energia. Em janeiro, diante de nova ameaça de desabastecimento no Nordeste, o preço da energia atingiu o patamar de R\$ 412,82 MW/h, mas, em virtude da contratação com a TERMO-PERNAMBUCO, a CELPE não foi afetada pelo episódio.

No mês de março, entrou em vigor a Lei nº 10.848/04, que determinou a venda, em um único leilão, da energia “velha” – que é, em suma, a energia gerada por empreendimentos amortizados, não sendo este o caso da energia da TERMOPERNAMBUCO³ – que havia sido descontratada em razão da Lei nº 9.648/98.

Ao mesmo tempo, a lei adventícia obrigou as distribuidoras a contratar energia nova ao longo prazo, enrijecendo os “custos não gerenciáveis” daquelas empresas.

O fato é que a reintrodução da energia “velha” despejou no mercado cerca de 5.000 MW, ocasionando, obviamente, uma queda repentina do preço do produto, o que ficou patente no leilão de dezembro de 2004.

Mas, antes mesmo da realização do certame, análises sérias reputavam a depreciação da energia um fenômeno episódico, haja vista a evolução do valor da energia depender muito mais da sua utilidade real ou potencial, do que da amortização do capital investido na sua geração. Confira-se, do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro:

³ Diga-se, de passagem, que a classificação da energia em «velha» e «nova» foi introduzida pela Lei nº 10.848/04. Nos termos do art. 17 da citada lei, a energia da TERMO-PERNAMBUCO pertence a uma categoria intermediária, denominada «energia botox» pelos especialistas da área, haja vista ter sido contratada antes do advento da Lei nº 10.848/03, embora carregue, ainda, os custos dos investimentos na sua geração. Mas o que importa, *in casu*, é o comportamento do produto no mercado, ou seja, o preço da energia!

A argumentação de que a energia (“velha”) produzida por investimentos já amortizados pode ser comercializada por preços menores que aquela gerada por investimentos mais recentes e, portanto, ainda não amortizados, não encontra respaldo à luz da análise financeira. Afirmar que a amortização de um investimento afeta o valor do produto ou serviço por ele gerado (no caso, a energia elétrica) é confundir um mecanismo contábil, que visa reconhecer a perda de utilidade do investimento ao longo do tempo – as despesas não caixa –, com a análise de valor de um investimento que se baseia, não no regime de competência da Contabilidade, mas sim, no fluxo de caixa esperado. Neste sentido, admitir que o valor contábil de um ativo é uma *proxy* de seu valor econômico equivale a dizer que um bem, uma vez depreciado contabilmente, deverá ter valor de mercado igual ao seu valor residual, ou de livro, o que não se verifica.

Como o valor de mercado de um ativo fixo pode ser analisado e determinado pela sua utilidade, utilidade medida pelos benefícios econômicos que se espera obter de sua utilização, pode-se afirmar que o valor de mercado de uma usina de geração de energia elétrica deverá corresponder ao valor presente líquido de seu fluxo de caixa descontado a uma taxa de oportunidade adequada. Ou seja, independente, exceto no que toca à questão tributária, de quanto amortizado o investimento inicial já foi, mas sim da expectativa futura de sua utilização. (CASTRO, Nivalde José; FERREIRA, Vicente Antônio de Castro. *A Energia Velha e o Novo Modelo*. Rio de Janeiro: IFE 1.350 - Instituto de Economia/UFRJ, 20 de maio de 2004).

Na linha do que foi “previsto” pelos economistas da UFRJ, os resultados do leilão de energia realizado em dezembro de 2005 demonstram que o preço da energia vendida no Nordeste situava-se entre R\$ 134,15 MW/h e R\$ 138,00 MW/h (fls. 1387/1388), ou seja, em patamares próximos do preço do contrato da CELPE e TERMOPERNAMBUCO naquela época (R\$ 136,55 MW/h).

Note-se, de passagem, a relevância dos investimentos realizados na geração de energia térmica no Nordeste, pois, no referido leilão de 2005, não houve sequer oferta de energia hídrica “nova” nesta Região.

No leilão de 2006, o preço médio no Nordeste era de R\$ 126,77 MW/h para a energia hídrica e R\$ 132,39 MW/h para a térmica, situando-se, em ambos os casos, muito acima do preço da TERMOPERNAMBUCO, que então importava em R\$ 120,72 MW/h. O fato foi mencionado em matéria publicada no “Jornal do Comercio” em 05.07.2006:

Preço Termope

Acredite: o preço da TERMOPERNAMBUCO, hoje, já é menor que o do mercado para o futuro. Este ano, a térmica venderá a energia a R\$ 120,72 MW/h, quando o preço da energia contratada das novas térmicas ficou em R\$ 132,3 MW/h [sic]. E como a Celpe compra 30% dela, precisou contratar menos energia nova para o futuro. (Fl. 1357).

Finalmente, em 2007, a CELPE pagou R\$ 120,06 MW/h à TERMOPERNAMBUCO, isto é, menos que havia pago no ano anterior, e muito menos do que os níveis de mercado:

Leilão A-5, ocorrido em 16/10/2007:

- Preços de energia elétrica H-30: entre R\$ 125,90 e 131,49 MW/h;

- Preços de energia termelétrica T-15: entre R\$ 125,95 e 131,49 MW/h.

Leilão A-3, ocorrido em 26/07/2007:

- Preços de energia hidráulica H-30: não houve oferta;

- Preços de energia termelétrica T-15: entre R\$ 132,80 e 136,00 MW/h. (Fl. 1482).

A curva descendente do preço da TERMOPERNAMBUCO, em todo o período de vigência da Resolução nº 112/2005, e as suas vantagens crescentes em comparação com os resultados das praças subseqüentes ao fatídico leilão de 2004, afastam, no aspecto peculiar do repasse à tarifa do valor da energia adquirida pela CELPE, qualquer hipótese de violação à regra da modicidade tarifária.

Recentemente, o “Diário de Pernambuco” noticiou a abertura de auditoria na CELPE pelo Tribunal de Contas da União, e a determinação à empresa no sentido de corrigir a fórmula de reajuste da tarifas de energia, aludindo a prejuízos sofridos pelos consumidores desde 2002.

Na verdade, trata-se do acórdão nº 2.210/08, disponível no portal www.tcu.gov.br, que versa o impacto tarifário dos custos gerenciáveis com a possível apropriação, pelos acionistas da empresa, dos ganhos em escala com o aumento da demanda de energia verificada desde 2002.

O caso julgado pelo TCU veicula **matéria estranha à causa de pedir desta demanda**, porquanto nada diz com o repasse tarifário dos custos “não gerenciáveis” incorridos com a compra de energia.

Aliás, há nas razões de votar do eminente Relator do acórdão, o Ministro BENJAMIN ZYMLER, considerações que estão alinhadas com a minha convicção pessoal, confortando-a com a autoridade e ilustração daquele Membro da Corte de Contas:

Com o advento do Novo Modelo do Setor Elétrico [que culminou com a Lei nº 10.848/04], a modicidade tarifária voltou ao centro das atenções, pois forma um dos princípios basilares desse Novo Modelo.

Existe uma confusão acerca da definição do que é “modicidade tarifária”, não havendo um consenso acerca dos requisitos para qualificação de “tarifa módica”. Há quem defenda que as tarifas são módicas quando possibilitam que a universalidade possa usufruir do serviço público, não impedindo que os mais pobres tenham acesso.

No entanto, tarifa módica não quer dizer necessariamente tarifa barata. Tarifa módica é a menor tarifa possível que garanta a segurança do abastecimento (diminuição do risco de *déficit*) e a qualidade dos serviços prestados. Uma tarifa que garanta uma oferta de energia maior que a demanda.

(...) (Grifei).

29. Interessou-me o excerto acima transcrito porquanto, para além do necessário equilíbrio econômico-financeiro, deve-se reconhecer, no contrato de concessão, uma necessária relação entre a modicidade tarifária e a demanda.

2.5 - DA VENDA DE ENERGIA EM QUANTIDADE SUPERIOR À PRODUÇÃO DA TERMOPERNAMBUCO

A sentença afirmou que a TERMOPERNAMBUCO revenderia à CELPE, com lucros elevados, energia barata adquirida de terceiros.

Todavia, trata-se, como bem disse o *custos legis*, de aspecto secundário da demanda, pois o aspecto principal da controvérsia gira em torno da obrigação de adquirir a energia mais barata oferecida no mercado.

Como se viu, diante da modicidade dos preços praticados pela TERMOPERNAMBUCO, é difícil crer na tese de ganhos excessivos com a revenda de energia de terceiros.

A respeito do tema, a ANEEL esclarece que a produção de energia elétrica não depende de decisão do gerador, mas da alocação de metas pelo Operador Nacional do Setor Elétrico (ONS), que determina em cada caso a empresa geradora responsável pelo suprimento de energia, tornando-se praticamente impossível identificar a fonte de cada MW entregue a uma determinada distribuidora.

Ademais, continua a agência, na sistemática em vigor, a receita das geradoras não depende da “geração verificada”, mas da “disponibilidade de geração”, fazendo o preço variar em razão da alocação de riscos, e não da entrega física da energia como supõem os apelados.

Por todo o exposto, não faz sentido a imputação à TERMO-
PERNAMBUCO da prática de “atravessamento” de energia.

2.6 - DA LIVRE CONCORRÊNCIA

A venda à CELPE da energia produzida pela TERMOPERNAMBUCO não ofende a livre concorrência, por tratar-se de contrato firmado por pessoas jurídicas distintas, embora uma seja acionista da outra, e também porque não ficou comprovado qualquer impacto negativo dessa contratação na tarifa de comercialização da energia.

Aqui valem as mesmas considerações expendidas no tópico precedente acerca da atuação do Operador Nacional do Setor Elétrico (ONS), que centraliza o fornecimento de energia às distribuidoras, dificultando o açambarcamento nesse setor.

2.7 - DA AMEAÇA AO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DA CONCESSÃO

Os dados com os quais os apelantes pretendem comprovar a boa saúde financeira da CELPE não infirmam a noção de que o

expurgo dos custos da energia afetaria o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

É mais do que evidente o reflexo negativo na receita da empresa, decorrente da imposição da totalidade de um custo “não gerenciável”, isto é, de um custo que independe da capacidade de gestão da empresa.

Se a hipótese de quebra não se verificou concretamente é porque a liminar que determinara tal expurgo foi suspensa pelo STJ.

Em conclusão:

a) a TERMOPERNAMBUCO é pessoa estranha à relação jurídica controvertida;

b) a CELPE faz jus ao repasse, à tarifa, do custo de aquisição da energia da TERMOPERNAMBUCO, nos limites legais e contratuais;

c) não ficou demonstrada a ilegalidade, nem a lesividade dos referidos custos, para efeitos de determinação da tarifa da CELPE.

Posto isso, voto pelo **provimento da apelação da TERMOPERNAMBUCO**, para acolher a preliminar de sua ilegitimidade passiva, excluindo-a do processo, ressalvada a possibilidade de intervir no feito como assistente, e, no mérito, pelo **provimento das apelações da CELPE e da ANEEL**, para julgar improcedente o pedido inaugural.

Não há nada a dispor sobre a sucumbência, por serem os apelados Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de Pernambuco isentos do pagamento das respectivas verbas, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85 e da orientação pretoriana do STJ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 438.541-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO (CONVOCADO)
Apelantes: YOLANDA LOGÍSTICA ARMAZÉM TRANSPORTE E SERVIÇOS GERAIS LTDA. E D'MARCAS COMÉRCIO LTDA.
Apelados: OS MESMOS E FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. FREDERICO DE BARROS GUIMARÃES E OUTROS E LUCIANO DE SOUZA LEÃO E OUTROS

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ESTAÇÃO ADUANEIRA INTERIOR-EADI. APREENSÃO DE MERCADORIAS. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DO SERVIÇO DE ARMAZENAGEM. USUÁRIO. COMPETÊNCIA DA PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE LIBERAÇÃO IMEDIATA DE PARTE DOS VALORES DEPOSITADOS. PRECATÓRIO JUDICIAL. ART. 100 DA CF/88.

- A União pretende anular todos os atos processuais realizados sob o argumento de ser a Procuradoria da Fazenda Nacional a competente para atuar no feito.

- O mandado de citação foi recebido pela Subprocuradora Regional da União, a quem caberiam as providências de redirecionamento do processo. Ordem de Serviço nº 001/2002. Ação que não possui nítida conotação fiscal a ensejar a incidência imediata da LC 73/93. Impossibilidade de anulação. Princípios Constitucionais da Razoabilidade e Celeridade Processual.

- As mercadorias importadas tiveram o desembaraço aduaneiro suspenso para diligências e, segundo determinação da Receita Federal, quedaram-se depositadas sob a guarda da EADI/ Demandante até a decretação de perdimento e

conseqüente Leilão Público.

- Conflito de interesses estabelecido entre a Estação Aduaneira Interior-EADI, a importadora e a União Federal, no sentido da identificação do responsável pelo pagamento dos custos de armazenagem da mercadoria no período do procedimento administrativo de fiscalização alfandegária.

- Os bens apreendidos permaneceram por mais de 4 anos no recinto, ocupando 25% da capacidade de armazenagem da estação.

- Contrato Administrativo de Permissão firmado ente a EADI e a União que prevê a responsabilidade do usuário pelo pagamento (cláusula Sexta).

- “As mercadorias objeto de processo de perdimento serão guardadas em nome e ordem do Ministro da Fazenda, como medida acautelatória do interesse da Fazenda Nacional” – art. 517 do Regulamento Aduaneiro vigente na época dos fatos (Decreto nº 91.030/85). Dispositivo repetido no art. 627 do Regulamento Aduaneiro posterior-Decreto 4.543/02.

- Constam nos autos três pareceres administrativos da Procuradoria da Fazenda Nacional admitindo ser da União a responsabilidade pelo pagamento da prestação do serviço de armazenagem.

- A Perícia Judicial apurou valores devidos a título de prestação do serviço de armazenamento (fls. 788/791). Cálculos efetuados com base na fórmula previamente descrita na cláusula sexta do contrato de permissão. Redução do quantum devido para R\$ 542.261,97 (quinhentos e quarenta e dois mil, duzentos e sessenta e um reais e noventa e sete centavos), por haver sido o valor apurado ao tomar por base de cálculo o valor da nota fiscal das mercadorias, desconsiderando o alegado subfaturamento porquanto este não se quedou comprovado.

- Impossibilidade do levantamento imediato da importância tendo em vista que a condenação deve se submeter à sistemática de precatório judicial, nos moldes previstos pelo art. 100 da CF, por se tratar de condenação judicial.

- A atualização monetária dos valores depositados judicialmente já está sendo efetuada pela Instituição Financeira com aplicação dos índices oficiais do Governo.

- Honorários Advocatícios mantidos. Preliminares rejeitadas. Apelação da D'Marcas não conhecida. Remessa necessária e apelação da Fazenda Nacional providas parcialmente. Apelação da Yolanda Logística, Armazém, Transporte e Serviços Gerais Ltda. improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares e não conhecer do recurso da D'Marcas, nos termos do voto do relator, e, por maioria, dar parcial provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial e negar provimento à apelação da Yolanda Logística, Armazém, Transporte e Serviços Gerais Ltda., vencido, nesta parte, o relator. Tudo nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 2 de outubro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO (Convocado):

Ação Ordinária de Cobrança de Serviços de Armazenagem com Pedido de Tutela Antecipada *Inaudita Altera Pars* interposta

por Yolanda Logística, Armazém, Transporte e Serviços Gerais Ltda. contra a União Federal e a D'Marcas Comércio Ltda., pleiteando pagamento por serviços de movimentação e armazenagem de pneus apreendidos pela Secretaria da Receita Federal, em decorrência de Contrato de Permissão para Prestação de Serviços Públicos de Movimentação e Armazenagem de Mercadorias em Estação Aduaneira (EADI).

Alega que, em 25.06.2001, foram apreendidas 39 (trinta e nove) unidades de carga da D'Marcas Comércio Ltda. e posteriormente foi decretada a pena de perdimento das referidas mercadorias por acusação de falsificação de documentação que instruiu a importação; que, em 14.01.2002, ingressou com petição informando à Alfândega do Porto do Recife que iria proceder ao faturamento do serviço, a partir de 24.10.2001, embasada na cláusula quinta, inciso XVIII, do Contrato de Permissão, que apenas desonera a Fazenda Nacional do depósito de mercadorias pelo decurso do prazo de 120 (cento e vinte) dias.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi parcialmente deferido, às fls. 291/293. Neste *decisum*, o Togado determinou que do valor total que fosse apurado no leilão das mercadorias a União deduzisse a quantia de R\$ 1.725.979,40 (um milhão, setecentos e vinte e cinco mil, novecentos e setenta e nove reais e quarenta centavos) e a depositasse em conta judicial.

Essa importância vem sendo alvo de inúmeras discussões, porquanto a autora almeja o seu levantamento imediato para cobrir seus dispêndios, e as partes contrárias interpuseram agravos de instrumentos diversos no intuito de suspender o levantamento epigrafado, no que obtiveram resultado favorável, porquanto a última decisão judicial a respeito, acostada às fls. 1.135, coibiu a liberação da quantia, que permanece depositada judicialmente.

Devidamente contestada a ação pelas rés, a sentença foi proferida no sentido de dar parcial provimento ao pedido autoral e condenar a União a pagar pela prestação de serviço de armazenagem das mercadorias, cujos valores determinou fossem apurados oportunamente.

A sentença singular igualmente reconheceu a ilegitimidade passiva *ad causam* da D'Marcas Comércio Ltda., julgando o processo extinto sem resolução do mérito quanto a esta sociedade.

Após a oposição de Embargos de Declaração, o Togado julgador atribuiu efeitos infringentes, modificando parte da sentença para julgar o pedido procedente, condenando a União a pagar à autora a quantia de R\$ 1.828.718,84 (um milhão, oitocentos e vinte e oito mil, setecentos e dezoito reais e oitenta e quatro centavos).

Neste novo *decisum* a União foi condenada em verba honorária arbitrada em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Irresignada com parte da sentença, apelou a autora às fls. 1.077/1.082, pleiteando o levantamento imediato da importância da condenação e que o referido valor seja atualizado a partir da data do leilão público das mercadorias.

A D'Marcas igualmente apelou, às fls. 1.085/1.095, pleiteando a reforma do julgado no tocante à dedução da condenação sobre o valor do leilão, assim como para majorar a verba honorária.

A autora Yolanda Logística, Armazenagem, Transportes e Serviços Gerais - Estação Aduaneira de Interior em Recife contra-razou e interpôs recurso adesivo concomitantemente, às fls. 1.118/1.123.

As contra-razões da Fazenda Nacional foram apresentadas às fls. 1.174/1.179.

A Fazenda Nacional apelou, às fls. 1.190/1.200, alegando, em síntese: a) a anulação dos atos realizados nos autos para que seja determinada a citação da Procuradoria da Fazenda Nacional, por ser este o órgão competente para atuar no presente feito; b) que a responsabilidade pelo pagamento dos serviços de armazenagem deve ser da D'Marcas Comércio Ltda., uma vez que foi esta empresa quem utilizou os mencionados serviços, que se estenderam além do prazo inicialmente previsto em decorrência das complicações no desembaraço aduaneiro; c) que, caso seja a União condenada ao pagamento da prestação do serviço de armazenagem, correto seria a adoção do procedimento previsto no art. 100 da Constituição Federal, sujeitando a autora ao recebimento dos valores mediante expedição de precatório.

Contra-razões apresentadas às fls. 1.231/1.243.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatória.

É o relatório.

Dispensada a revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO (Relator Convocado):

Início por analisar matéria preliminar ao mérito da Demanda, posta na apelação da Fazenda Nacional, no tocante à anulação de todos os atos processuais realizados, em decorrência do não reconhecimento da competência legal da Procuradoria da Fazenda Nacional para representar a União no presente feito.

Observo que o Mandado de Citação (fl. 354) foi expedido em nome da União Federal, na pessoa de um dos Advogados da União, e a fl. 358v demonstra que a pessoa que recebeu a citação foi a Subprocuradora Regional da União. Verifico, igualmente, que a contestação foi apresentada por um Advogado da União (fl. 403).

Ora, sabe-se que a Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União, judicial e extrajudicialmente (art. 1º da LC 73/93), e este órgão compreende a Procuradoria-Geral da União e da Fazenda Nacional. Vejamos algumas disposições contidas na Ordem de Serviço nº 001/2002:

(...) Considerando a necessidade de se estabelecerem procedimentos para a assunção da representação da União, pelo órgão competente, de acordo com a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, quando outro esteja no feito:

(...)

RESOLVE baixar a presente Ordem de Serviço:

(...)

II - Nos processos atualmente em curso, em que a representação judicial da União esteja sendo feita em desacordo com o disposto no item anterior, o Procurador que esteja atuando no feito levará o fato ao conhecimento da chefia imediata da sua unidade, que tomará as providências cabíveis para a transferência da representação, no prazo de 24 horas.

III - Em qualquer caso em que o Procurador da União ou o

Procurador da Fazenda Nacional, recebendo a citação judicial, entender ser a matéria de atribuição do outro órgão, deverá adotar as providências previstas no inciso II.

Desta forma, o fato de as providências para o redirecionamento da representação não terem sido tomadas pelo órgão citado não pode ensejar prejuízo para as partes e para o processo, que já se encontra sentenciado e em tramitação em sede de Tribunal.

Deve ser levada em consideração, ainda, a dubiedade da natureza da causa uma vez que não possui, ao meu ver, nítida conotação fiscal, a ensejar a imediata aplicação do art. 12 da LC 73/93; a discussão gira em torno da responsabilidade decorrente de contrato administrativo de Permissão de Serviço Público, portanto, matéria de Direito Administrativo.

Não vislumbro *in casu* razoabilidade em anular todo o processo, que equivale à quase quatro anos de prestação da tutela jurisdicional, em especial à luz do Princípio da Celeridade Processual, constitucionalmente albergado.

O Recurso adesivo interposto pela Yolanda Logística não merece conhecimento uma vez que esta parte já interpôs Recurso de Apelação contra a sentença, o que incorre em preclusão consumativa do direito de recorrer (por já haver exercitado este direito). Esse mesmo entendimento é adotado por Nelson Nery e Rosa Maria Nery *in* Código de Processo Civil Comentado, 10ª edição, página 830, #11. “Casuística: Recurso Principal e adesivo interpostos pela mesma parte”.

Superados esses empecos, passo à análise do mérito da demanda.

Foi celebrado, entre a União e a empresa Yolanda Logística, Armazém, Transporte e Serviços Gerais Ltda., um contrato de Permissão para Prestação de Serviços Públicos de Movimentação e Armazenagem de Mercadorias em Estação Aduaneira Interior (EADI). Realizo a transcrição de algumas cláusulas do referido contrato, importantes para o deslinde da controvérsia:

CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO - O presente contrato tem por objeto deferir a permissão para prestação dos serviços públicos de movimentação e armazenagem de mercadorias na Estação Aduaneira Interior - EADI/RMR,

para carga geral e frigorificada, localizada na Região Metropolitana do Recife – município de Recife, doravante denominada simplesmente EADI.

CLÁUSULA QUINTA - OBRIGAÇÕES DA PERMISSIONÁRIA - Incumbe à permissionária:

(...)

XVIII - manter em local apropriado, por 120 dias, sob sua guarda e responsabilidade, sem ônus para a Fazenda Nacional, veículos transportadores, mercadorias e unidades de cargas apreendidas pela unidade jurisdicionante da SRF, por decurso de permanência na EADI.

CLÁUSULA SEXTA - DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS - Os serviços prestados pela permissionária relativamente à movimentação e armazenagem de mercadorias, serão pagos pelo **usuário**, conforme as seguintes tarifas constantes da sua proposta apresentada na licitação:

I - tarifas para armazenagem de mercadorias que estejam sob controle aduaneiro (que compreendam todos os custos, inclusive seguros, a remuneração da permissionária e amortização do investimento): (...). (Grifei).

O perfil do Contrato de Permissão, com previsão no artigo 175 da Constituição Federal, foi traçado pela Lei 8.987/95, que o estabeleceu como contrato administrativo unilateral, discricionário e precário, pelo qual se delega para outrem, pessoa física ou jurídica, a prestação de um serviço público, por sua própria conta e risco. Assim, pode ser revogado unilateralmente pela Administração Pública, a qualquer tempo, por motivo de interesse público. Trata-se também de um contrato de adesão, nos moldes definidos pelo art. 40 da citada lei, que regulamenta o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

A Estação Aduaneira Interior (EADI), também conhecida como “Porto Seco” é um terminal alfandegado de uso público, situado em zona secundária, que se destina à movimentação e armazenagem de mercadorias sob controle aduaneiro.

Ocorreu, *in casu*, que a mercadoria importada pela D’Marcas teve o desembaraço aduaneiro suspenso para diligências e, segundo determinação da Receita Federal, ficou sob a guarda da EADI/Demandante até a decretação do perdimento das mercadorias e conseqüente Leilão Público.

Surge, então, o conflito de interesses entre a EADI, a importadora e a União Federal, no sentido da identificação do responsável pelo pagamento dos custos de armazenagem da mercadoria, no período do procedimento administrativo de fiscalização alfandegária, uma vez que os bens apreendidos permaneceram por mais de 04 (quatro) anos no recinto, ocupando, inclusive, 25% (vinte e cinco por cento) da capacidade de armazenagem da estação.

Segundo a documentação carreada nos autos, a EADI Yolanda Logística assumiu o depósito das mercadorias a partir do dia 26/06/2001 e, em 14/01/2002, enviou correspondência para a Inspetoria da Alfândega (fl. 75) informando a decorrência do prazo de 120 (cento e vinte dias) do armazenamento sem ônus para a Fazenda Nacional, nos moldes do Contrato de Permissão, e, assim, iria proceder ao faturamento da prestação do serviço.

O chefe do SEMAT encaminhou o pedido para análise da Procuradoria da Fazenda Nacional (fl. 78); o exame do pleito culminou com o Parecer nº 215/2004 (fls. 89/108), pronunciado pela PFN-PE, cujos excertos realizo a transcrição, uma vez que auxiliarão no esclarecimento da *vexata quaestio*:

No caso vertente, com a aplicação da pena de perdimento, a Receita Federal passou a deter a propriedade dos pneus apreendidos e depositados perante a EADI, sendo, portanto, diretamente beneficiada pelos serviços de armazenagem prestados pela permissionária interessada, devendo, em princípio, pagar as tarifas correspondentes à utilização dos mesmos.

É de se ressaltar que não existe previsão na legislação de regência ou no Contrato de Permissão celebrado pela empresa interessada com a União, que exonere do pagamento das tarifas de armazenagem as mercadorias apreendidas pela fiscalização da Receita Federal que permaneçam depositadas no espaço da permissionária. Há apenas previsão de uma carência de cento e vinte dias, para a guarda de mercadoria, veículos transportadores e unidades de carga apreendidas pela Secretaria da Receita Federal por decurso de prazo de permanência na EADI – hipótese que não se coaduna ao caso em análise, como já demonstrado linhas acima.

Na análise presente, deve ser considerado o princípio da

livre iniciativa consagrado constitucionalmente, bem como a própria natureza jurídica do contrato de permissão, que pressupõe a onerosidade dos serviços prestados pela permissionária, devendo ser respeitado o equilíbrio econômico-financeiro das partes contratantes, até mesmo em respeito aos custos desembolsados durante todo o período da guarda e conservação dos bens que lhe foram confiados.

Não seria razoável entender de forma diferente. As mercadorias, ainda que apreendidas, permanecem sob a responsabilidade e guarda da empresa interessada, gerando despesas e impedindo-a de obter novas receitas com as áreas que se encontram ocupadas.

(...)

Pode a empresa permissionária, inclusive, valer-se do direito de retenção a que aduz o art. 14 do Decreto nº 1.102 de 21.11.1903 para garantia do pagamento dos serviços de armazenagem prestados à Receita Federal.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, opino no sentido de que está no âmbito do poder discricionário inerente à Receita Federal definir qual o melhor destino das mercadorias que se encontram depositadas perante a Estação Aduaneira Interior do Recife, de acordo com a previsão do artigo 713, incisos II e III, do Decreto nº 4.543, de 26 de dezembro de 2002, devendo, entretanto, ser responsabilizada pelo pagamento das tarifas de armazenagem devidas à empresa Yolanda Logística, Armazém, Transporte e Serviços Gerais Ltda., em consonância com o que dispõe a Cláusula Sexta do Contrato de Permissão celebrado entre a interessada e a União, podendo, contudo, transferir esse ônus para o arrematante ou aquele que vier a deter a titularidade dominial dos bens armazenados, facultando à permissionária valer-se do direito de retenção previsto no art. 14 do Decreto nº 1.102, de 21 de novembro de 1903, para salvaguardar o seu lícito direito de receber pelos serviços de armazenagem prestados.

Verifico, no final da peça opinativa, o “de acordo” aposto pelo Procurador Chefe da Fazenda Nacional.

Em outro parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional, o de nº 11/2005, acostado às fls. 369/375, foi lembrado, ainda, que “se

a Administração Aduaneira, detendo o poder de decisão sobre a armazenagem e guarda dos bens, optou pela permanência em recinto de depositário profissional, por decorrência lógica e usual assentiu na remuneração do mesmo depositário. Entendo irreto-cável o parecer de fls. 202/22 1".

Ademais, o Regulamento Aduaneiro ínsito no Decreto nº 91.030/85, vigente ao tempo dos fatos, dispunha o seguinte, em seu art. 517:

Art. 517 - As mercadorias objeto de processo de perdimento serão guardadas em nome e ordem do Ministro da Fazenda, como medida acautelatória do interesse da Fazenda Nacional.

Releve-se que este dispositivo foi repetido no novo Regulamento Aduaneiro, Decreto nº 4.543/2002, conforme disposto em seu art. 627.

Não tenho razões para discordar do entendimento firmado pela própria Procuradoria da Fazenda Nacional, motivo que adoto-o sem reserva ou reproche. Por este motivo, penso que andou bem o Julgador *a quo* quando decidiu que os valores correspondentes ao serviço de armazenagem deveriam ser retidos da importância apurada no leilão público das mercadorias e depositados judicialmente, onde se encontram até os dias atuais.

Quanto ao levantamento imediato das importâncias depositadas, suscitado pela Apelante Yolanda Logística, Armazenagem, Transportes e Serviços Gerais - EADI, vejamos alguns aspectos importantes:

A atividade de armazenagem de produtos em Porto Seco tem como contraprestação a remuneração paga pelo usuário. Veja-se, inclusive, que no presente caso a forma de calcular o serviço de armazenagem foi previamente descrita na cláusula sexta do contrato de permissão, cuja dicção é a seguinte:

CLÁUSULA SEXTA - DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS - Os serviços prestados pela permissionária relativamente à movimentação e armazenagem de mercadorias, serão pagos pelo usuário, conforme as seguintes tarifas constantes da sua proposta apresentada na licitação:

I - tarifas para armazenagem de mercadorias que estejam sob controle aduaneiro (que compreendam todos os custos, inclusive seguros, a remuneração da permissionária e amortização do investimento):

a) para armazenagem de mercadorias na importação ou no trânsito aduaneiro de passagem:

1 - três inteiros e um décimo por cento (3,1%) do valor CIF da mercadoria, por um período de dez dias ou fração;

2 - dois reais e vinte e sete centavos (R\$ 2,27) por metro cúbico (m³) ou fração, por um período de dez dias ou fração;

3 - seis reais e oitenta e um centavos (R\$ 6,81) por metro quadrado (m²) ou fração, por um período de dez dias ou fração;

(...)

PARÁGRAFO PRIMEIRO - Observados o tipo de serviço (movimentação ou armazenagem), o tipo de operação (importação ou exportação) e, na movimentação, também o tipo de acondicionamento (paletizada, não paletizada ou containerizada), **a permissionária poderá, a seu critério, cobrar pelos serviços prestados aos usuários, quaisquer das tarifas respectivas constantes desta cláusula (ad valorem, por peso, por volume ou por área).** (Grifei).

Observe-se que esses valores referentes às tarifas de armazenamento são reajustados pela própria Permitente do Serviço Público, no caso a União, nos moldes previstos no inciso VII da Cláusula Quarta do Contrato de Permissão, que verbera o seguinte:

Cláusula Quarta - Obrigações da Permitente - Incumbe à permitente:

(...)

VII - Homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma da Lei nº 8.987, de 1995, das normas pertinentes e da cláusula oitava desse contrato;

À fl. 679 o douto Juiz determinou a realização de perícia contábil com o fito de apurar o real valor da remuneração à luz da cláusula sexta do Contrato de Permissão, adrede transcrita, no que resultou na perícia acostada às fls. 788/791.

O perito judicial fundamentou o laudo, acostado às fls. 788/791, no item 1 (um) da referida cláusula, que expressa o percen-

tual de 3,1% (três inteiros e um décimo por cento) para 0,31% (trinta e um centésimos por cento) do valor CIF da mercadoria e elaborou dois cálculos com base nos documentos aduaneiros. Vejamos suas explicações:

O primeiro considerando apenas o valor CIF em dólar, transformando para Real pelo Dólar US\$ 2,5392 em 26/04/2005. Atualizado pelos coeficientes de correção da justiça federal mais juros de 0,5% ao mês a partir do trânsito em julgado.

Este primeiro cálculo resultou na quantia, correspondente ao valor do Armazenamento até a data de 26/04/2006, de R\$ 542.261,97 (quinhentos e quarenta e dois mil, duzentos e sessenta e um reais e noventa e sete centavos).

Prosseguindo:

O segundo cálculo sobre o valor CIF da mercadoria em dólar foi aplicado um incremento de 70%, percentual este em que a União afirma nos autos que corresponde ao subfaturamento, transformado em Real pelo Dólar (US\$ 2,5392, doc. 03 anexo), atualizado pelos coeficientes de correção monetária mais juros de 0,5% ao mês a partir do trânsito em julgado.

O segundo cálculo resultou na quantia de R\$ 1.807.539,89 (um milhão, oitocentos e sete mil, quinhentos e trinta e nove reais e oitenta e nove centavos).

Dúvidas não há de que a EADI deve receber pelos serviços de Armazenagem que prestou sobre as mercadorias apreendidas, relembre-se, inclusive, que passou 04 (quatro) anos prestando o referido serviço sem remuneração, ocupando 25% (vinte e cinco por cento) da sua capacidade de armazenagem, o que equivale, como bem lembrou o causídico, a 1 (um) ano de trabalho sem qualquer remuneração.

Por este motivo, entendo que é devida a liberação imediata dos valores depositados judicialmente para cobrir os custos do armazenamento, vez que, como dito, o serviço foi prestado nos termos contratuais por mais de 4 (quatro) anos, sem que a permissonária nada tenha recebido até a presente data.

Contanto, entendo que a liberação completa dos valores depositados antes do trânsito em julgado se afigura temerária, tendo em vista que os valores encontrados pelo perito judicial podem, em fase de execução, ser modificados (p.ex., no caso de algum erro de cálculo).

Ademais, dos cálculos periciais, infere-se, claramente, que o valor de R\$ 542.261,97 (quinhentos e quarenta e dois mil, duzentos e sessenta e um reais e noventa e sete centavos) é o mínimo valor da contraprestação do serviço da permissionária apelante, uma vez que leva em consideração os valores constantes na declaração do importador, que, por sua vez, foram considerados, pela Receita Federal, subfaturados em 70% (setenta por cento).

Isto significa que, ainda que a pena de perdimento seja modificada, considerando-se corretos os valores declarados, o valor da prestação do serviço não será inferior ao supracitado.

Desta forma, aliado ao sentimento de justiça que se faz com a prestadora do serviço (que nada tem a ver com a disputa judicial entre a importadora e a União), entendo como devida a liberação imediata do citado valor.

Quanto aos valores remanescentes, deve se aguardar até o trânsito em julgado da decisão, momento em que haverá a apuração definitiva do *quantum* devido, que devem sobejar a importância liberada neste momento.

No tocante à atualização monetária dos valores depositados, tenho que a Instituição Financeira já realiza a correção pelos índices oficiais do governo. Desta forma, à parte que couber o levantamento já receberá a quantia devidamente corrigida. Precedente Jurisprudencial do STJ nesse mesmo sentido: REsp 853.552/PR, DJ 24/09/2007.

A D'Marcas Comércio Ltda. apelou na condição de terceira prejudicada, uma vez que foi excluída do pólo passivo da demanda. Insurgiu-se contra a dedução da condenação sobre o valor do leilão, assim como para pleitear a majoração da verba honorária.

Não visualizo interesse recursal no tocante à dedução da verba condenatória do valor apurado no Leilão Público das mercadorias, porquanto nenhum prejuízo é acarretado ao seu patrimônio em face dessa condenação. Explico.

Como relatado anteriormente, foi decretada a pena de perdimento das mercadorias importadas, portanto, tais mercadorias deixaram de fazer parte do patrimônio da importadora. Mesmo que no futuro essa situação venha a ser revertida judicialmente, caberá à importadora pleitear a indenização do valor correspondente aos bens à União, independentemente dos valores que foram pagos a título da prestação do serviço de armazenagem, mesmo que estes também venham a ser discutidos.

Quanto à majoração dos honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), vislumbro não merecer reforma a sentença singular. Entendo que se aplica ao caso concreto o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil - CPC, em vigor, *in verbis*:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 1º (*omissis*)

§ 2º (*omissis*)

§ 3º (*omissis*)

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior.

Penso que a quantia fixada pelo MM. Magistrado *a quo* corresponde ao disposto na norma citada supra e se coaduna com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Deve o Juiz atuar com seu juízo de equidade para fixar a quantia devida pela parte a título de honorários advocatícios.

Por fim, cumpre analisar a arguição da Fazenda Nacional relativa à obediência ao artigo 100 da Constituição Federal, ou seja, que os valores da condenação devem ser pagos através de precatório.

Se é certo que a Constituição da República prescreve, em seu artigo 100, que as dívidas da União – objeto da condenação judicial – sejam pagas por intermédio de precatório, também é certo

que dito instrumento deve ser utilizado apenas para os pagamentos ali mencionados. A contratação da Yolanda Logística, Armazém, Transporte e Serviços Gerais Ltda. se operou por força de contrato de Permissão para Prestação de Serviços Públicos de Movimentação e Armazenagem de Mercadorias em Estação Aduaneira Interior (EADI), assim como em decorrência de uma necessidade ocorrida em litígio judicial, mas daí não se infere, obrigatoriamente, que a dívida pela armazenagem requeira a expedição de precatório para o seu pagamento.

Por todas as razões aqui expendidas proclamo o meu entendimento no sentido de negar provimento à remessa necessária e à apelação da Fazenda Nacional, não conhecer a apelação da D'Marcas Comércio Ltda., e dar provimento, em parte, à apelação da Yolanda Logística, Armazém, Transporte e Serviços Gerais Ltda.

No julgamento proferido pela Terceira Turma deste egrégio Tribunal Regional Federal da Quinta Região quedei-me vencido no tocante ao levantamento imediato de parte das importâncias, uma vez que a Turma decidiu que os valores apenas poderão ser recebidos mediante precatório judicial, nos termos do art. 100 da Constituição Federal, por se tratar de condenação judicial.

A egrégia Terceira Turma igualmente firmou o entendimento de reduzir o *quantum* da condenação para R\$ 542.261,97 (quinhentos e quarenta e dois mil, duzentos e sessenta e um reais e noventa e sete centavos), por haver sido o valor apurado na perícia judicial ao tomar por base de cálculo o valor da nota fiscal das mercadorias, desconsiderando o alegado subfaturamento porquanto este não se quedou comprovado.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 442.688-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelantes: AUTO PEÇAS S S LTDA. E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ ALBERTO XAVIER OLIVEIRA SILVA E OUTRO E BIANCO SOUZA MORELLI E OUTROS

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. INOBSERVÂNCIA DO USO DE DOCUMENTOS DE TERCEIRO PARA ABERTURA DE CONTA BANCÁRIA E OBTENÇÃO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. NEGLIGÊNCIA. INCLUSÃO INDEVIDA DO NOME DO VERDADEIRO TITULAR DOS DOCUMENTOS NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DENUNCIÇÃO DA LIDE. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. INDENIZAÇÃO. VALOR.

- “Não é viável a denúncia da lide, pela Administração, ao servidor que agiu com dolo ou culpa (responsabilidade subjetiva), quando a denunciante é demandada pelo risco administrativo (responsabilidade objetiva), considerando que a hipótese aventada é de garantia imprópria enquanto que o art. 70, inciso III, do CPC cogita de garantia própria”. Decisão que indeferiu pedido de denúncia da lide que se mantém.

- A inclusão do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito é prova suficiente para caracterizar o dano moral por ela sofrido, o qual deve ser reparado por meio de uma indenização, que deve ser fixada, contudo, dentro dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que, além da observância do seu caráter educativo em relação ao causador do dano, o ressarcimento do ofendido pelo dano sofrido não

***Ihe seja motivo de enriquecimento indevido. É de reduzir-se o valor da indenização a fim de adequá-lo aos precedentes deste Tribunal.
- Apelação da CEF provida em parte. Apelação e agravo retido do particular desprovidos.***

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, à apelação da CEF e negar provimento à apelação e ao agravo retido interpostos pelo particular, 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, 11 de novembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelações interpostas contra sentença que julgou procedente ação de indenização promovida pela empresa Auto Peças S S Ltda. contra a Caixa Econômica Federal.

A irresignação da autora cinge-se ao valor da indenização fixado na sentença, que ao seu entender é ínfimo, e ao percentual arbitrado para os honorários advocatícios de sucumbência, que deveria ser de 20% sobre o valor da condenação (fls. 402/407).

No tocante à apelação da CEF, esta recorrente pugna, preliminarmente, pela apreciação do agravo retido, de fls. 318/322, a fim de que seja acatado o seu pedido de denúncia à lide formulado na contestação e que foi indeferido pelo julgador *a quo*, às fls. 312/314.

Quanto ao mérito, insurge-se contra o *decisum* sob o argumento de que a autora não comprovou a existência de qualquer dano moral por ela sofrido, de modo a ensejar uma reparação.

Alega, igualmente, ser excessivo o valor fixado a título de indenização (fls. 409/414).

Sem contra-razões recursais.

Em síntese apertada, é o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Por ser a apelação da CEF mais abrangente, passo ao seu exame.

Inicialmente, compete examinar o agravo retido cuja apreciação foi reiterada na apelação pela CEF. Dito recurso foi interposto contra a decisão que indeferiu o pedido de denunciação da lide a Dênio Menezes de Araújo e Marcondes da Silva Cunha, que, no entender da recorrente, seriam os responsáveis por possíveis prejuízos sofridos pela autora.

O MM. Juiz *a quo*, ao proferir a decisão ora agravada, assim se houve:

Relativamente à denunciação da lide postulada, não encontra amparo no art. 70, inciso III, do CPC, haja vista que ela não é admissível quando se introduz na demanda fundamento novo, estranho à causa principal. É a hipótese dos autos em que não é viável a denunciação da lide, pela Administração, ao servidor que agiu com dolo ou culpa (responsabilidade subjetiva), quando a denunciante é demandada pelo risco administrativo (responsabilidade objetiva), considerando que a hipótese aventada é de garantia imprópria enquanto que o art. 70, inciso III, do CPC cogita de garantia própria (fl. 314).

Não encontrando o que reparar na decisão acima transcrita, adoto os seus fundamentos como razão de decidir, negando provimento ao agravo retido.

Quanto às razões da apelação interposta pela CEF, verifico que a sua irrisignação cinge-se à alegação de que inexistiu dano moral a ser reparado, pois a autora, empresa com menos de dois anos de existência, de pequeníssimo porte, cujo capital social é de

R\$ 1.000,00 (um mil reais), não poderia ter sofrido o alegado abalo no seu crédito, nem este restou por ela demonstrado.

Para bem situar a matéria, no caso de que se cuida, a pretensão da autora é que seja a CEF condenada no pagamento de danos morais, em virtude da inscrição indevida do seu nome nos cadastros de proteção ao crédito, em decorrência do não pagamento de empréstimo bancário obtido por terceiros em seu nome, por meio da utilização de documentos falsificados.

Ora, o dano moral a ser indenizado decorre da culpa objetiva da CEF, verificada em dois momentos distintos. Primeiramente, na checagem dos documentos e informações relativas ao novo correntista e, depois, por não ter realizado as devidas conferências antes da inscrição do nome da autora nos cadastros de inadimplência. É inconcebível que a autora, que sequer é correntista da CEF, sofra as conseqüências diretas de falhas na execução dos serviços da ré. Ficou demonstrado, pelas provas colacionadas aos autos, que os documentos apresentados no ato da abertura da conta corrente eram falsificados e que não foram tomadas as devidas precauções para a concessão do empréstimo.

Quanto à configuração do dano moral basta, para tanto, a inscrição do nome da autora nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, pouco aqui importando ser a autora uma microempresa e só ter pouco tempo de funcionamento. Neste sentido, aliás, pacífica é a jurisprudência pátria. Por oportuno, trago à colação, a título exemplificativo, os seguintes precedentes deste egrégio Tribunal:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. DANOS MORAIS. FURTO DE CHEQUES. CONTRA-ORDEM. EFETIVAÇÃO. DEVOLUÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS. CULPA MANIFESTA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. COBRANÇA INDEVIDA DE ENCARGOS BANCÁRIOS. INSCRIÇÃO NO SERASA. INCABIMENTO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO.

- A instituição bancária responde pelo serviço que não foi prestado dentro dos padrões de segurança e eficiência, permitindo que cheques furtados e devidamente comunicados, apesar de não devidamente identificados, porém faltando requisito essencial, qual seja, a sua devida subs-

crição, tenham sido devolvidos por insuficiência de fundos.
- É inexistente o débito da autora perante a ré, resultante dos encargos bancários cobrados em razão das referidas devoluções.

- Evidenciado o abalo sobre a correntista com a indevida comunicação de inscrição do seu nome no SERASA, resta configurado o dano moral, a ser reparado por meio de indenização.

- É de ser mantido o valor da indenização fixado pelo julgador monocrático, que se apresenta compatível com o dano moral sofrido pela autora, quando teve o seu nome inscrito nos cadastros de proteção ao crédito, razão por que deve ser ele mantido.

- Apelação e recurso adesivo não providos.

(AC 422.512-PE, 4ª Turma, unânime, julg. em 10.06.2008) (grifos atuais).

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CEF. SPC. PAGAMENTO DO DÉBITO. MANUTENÇÃO INDEVIDA DE RESTRIÇÃO CADASTRAL. OMISSÃO. DANO CONFIGURADO. RAZOÁVEL FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NÃO CONFIGURADA. IMPROVIMENTO DO APELO.

1. Incumbe às instituições credoras que fazem uso dos serviços de cadastro de proteção ao crédito mantê-los atualizados, de forma que liquidada a dívida, devem providenciar, com brevidade, o cancelamento do registro negativo do devedor (STJ: REsp nº 299.456-SE).

2. A exigência de prova de dano moral se satisfaz com a demonstração da manutenção indevida do nome do suposto devedor no cadastro de inadimplentes (STJ: REsp nº 303.888-RS).

3. Estando incontroverso, nos autos, a liquidação do débito pelo apelado e a manutenção indevida do seu nome no SPC, resta demonstrado o dano moral sofrido pelo autor, bem como o nexo de causalidade existente entre o referido dano e a omissão da instituição, por não providenciar, com brevidade, a exclusão.

4. Não obstante a responsabilidade objetiva da empresa pública, houve erro por parte da CEF, quando não providenciou, com a brevidade devida, a exclusão do nome do apelado do SPC, após o pagamento do débito

5. O *quantum* indenizatório foi fixado de forma razoável,

atendendo aos critérios de compensação ao lesado e de estímulo ao lesante.

6. “Dada a multiplicidade de hipóteses em que cabível a indenização por dano moral, aliada à dificuldade na mensuração do valor do ressarcimento, tem-se que a postulação contida na exordial se faz em caráter meramente estimativo, não podendo ser tomada como pedido certo para efeito de fixação de sucumbência recíproca, na hipótese de a ação vir a ser julgada procedente em montante inferior ao assinalado na peça inicial. Precedentes do STJ” (REsp nº 514.358-MG).

7. Apelação improvida.

(AC nº 333.471-PE, 2ª Turma, Relator Desembargador Federal Rogério Fialho, unânime, julg. em 17/8/2004) (grifos atuais).

No tocante, todavia, à fixação da indenização, pelo julgador *quo* em R\$ 8.000,00 (oito mil reais) encontra-se dissonante com o entendimento já firmado por esta egrégia 4ª Turma, que, em casos assemelhados, tem estabelecido menor valor a este título.

É que, para a fixação da indenização, o julgador deve levar em consideração, além do caráter educativo (preventivo e punitivo) da indenização em relação ao causador do dano, também observar se o *quantum* arbitrado está em consonância com o princípio da razoabilidade, de modo a evitar a configuração de enriquecimento sem causa.

Assim ocorrendo, a fim de adequar o julgado sob exame aos precedentes deste Órgão Julgador, reduzo o valor da indenização a ser paga à autora para R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Com relação à apelação da autora, que busca, tão-só, a majoração do valor da indenização, deixo de tecer considerações, haja vista o que acima já foi apreciado.

Com estas considerações, dou provimento, em parte, à apelação da CEF e nego provimento à apelação e ao agravo retido interpostos pela autora.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 445.027-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: HOSPITAL ANTÔNIO PRUDENTE S/C LTDA.
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DR. ELTON JONATHAS CARNEIRO DE ARAUJO (APDO.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO. DESNECESSIDADE DE INSCRIÇÃO NO PAT (PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR). NÃO-INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. MANUTENÇÃO DA DESCONSTITUIÇÃO DE TRÊS DAS NFLDS IMPUGNADAS. HOSPITAL E MÉDICO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CARACTERIZAÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA. MANUTENÇÃO DE DUAS DAS NFLDS ATACADAS. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS.

- O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o auxílio-alimentação, quando pago em espécie, passa a integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária, assumindo, pois, feição salarial; sem embargo, afasta-se de tal incidência o pagamento efetuado in natura, ou seja, quando o próprio empregador fornece a alimentação aos seus empregados, estando ou não inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, tal qual a hipótese dos autos; vai daí a manutenção da anulação das NFLDs (três) que têm pertinência com a referida discussão.

- De outra banda, e no que concerne a duas outras NFLDs (realizadas por conta do fato de ter, a fiscalização do INSS, concluído no sentido da existência de genuína relação de emprego entre

o hospital, ora demandante, e os médicos que lhe prestam serviço, nada obstante a intermediação de pretensa cooperativa de trabalho médico), é de se manter a autuação.

- Atos administrativos são dotados de presunção de legitimidade, donde a certeza de que, para infirmá-los, seria necessária prova robusta em sentido contrário, o que não se fez na hipótese vertente; eis algumas das constatações de que se valeram os atos impugnados: “manutenção de quadro permanente de médicos, com salário variável e proporcional às horas de trabalho efetuadas” (fl. 45), serviço prestado por pessoas físicas, prestadores de serviço de natureza não eventual, trabalhando para empregador e sob sua dependência, mediante serviço remunerado (fl. 46); as testemunhas ouvidas em juízo, ao seu turno, não prestaram depoimentos que descaracterizassem os elementos intrínsecos à relação de emprego (subordinação, pessoalidade, habitualidade e onerosidade), senão que se limitaram a desdizê-la em aspectos gerais, alardeando, basicamente, o fato do trabalho prestado a mais de um hospital, bem assim o do pagamento feito por intermédio da cooperativa (o que não é capaz de ensejar o lúmen próprio do cooperativismo, senão que mantém incólume a premissa, estabelecida pelo INSS, do vínculo laboral-subordinado, o emprego).

- Sucumbência recíproca.

- Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do

voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 30 de outubro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo INSS contra a sentença exarada pelo MM. Juiz Federal da 20ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará, que julgou procedentes os pedidos autorais.

O ente público aduz que o autor manteve programa informal de alimentação (para seus empregados) sem a inscrição no PAT, que se entende necessária (consoante disporia a Lei nº 6.321/76), não podendo gozar da isenção tributária ali prevista. Sustenta, também, que as NFLDs oriundas da descaracterização do trabalho autônomo seriam válidas, uma vez presentes os pressupostos formadores do vínculo empregatício. Por fim, insurge-se contra as provas carreadas aos autos por, supostamente, ferirem e não elidirem a presunção de legitimidade do ato administrativo.

Foram apresentadas contra-razões às fls. 231/239.

Há remessa oficial na hipótese.

É o relatório.

VOTO

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

Para uma melhor análise do caso dos autos é preciso ter em mente as questões objeto do litígio.

O Hospital Antônio Prudente Ltda. busca, na presente demanda, em primeiro lugar, a anulação das NFLDs nº 32.284.073-2, 32.284.074-0 e 32.284.075-9, sob o argumento de que o art. 28, §

9º, alínea c, da Lei nº 8.212/91 permitiria isenção da contribuição previdenciária incidente sobre a alimentação por ele fornecida aos seus empregados em refeitório próprio, independentemente de prévia inscrição no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT.

Pleiteia, ainda, a nulidade das NFLDs nº 32.284.060-0 e 32.284.059-7, as quais teriam sido lavradas pela requerida, em razão de supostamente serem, os autônomos que lhe prestam serviços, verdadeiros empregados, o que se nega.

Passemos, pois, ao exame das duas questões aqui suscitadas.

Consoante bem demonstrado pelo nobre juiz *a quo*, é tranqüilo da Primeira Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o auxílio-alimentação, quando pago *in natura*, por gerar despesas operacionais, de acordo com o art. 28, § 9º, alínea c, da Lei nº 8.212/91 deixa de integrar o salário, inibindo, pois, a incidência da contribuição em foco, ao passo que, se pago em espécie e com habitualidade, é passível de incidência tributária.

Eis alguns arestos daquela egrégia Corte de Justiça nessa vereda:

TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. REFEIÇÕES REALIZADAS NAS DEPENDÊNCIAS DA EMPRESA E DESCONTADAS, PARTE, DO SALÁRIO DO EMPREGADO. PAGAMENTO *IN NATURA*. NÃO-INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRECEDENTES.

1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão que entendeu ser indevida a incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos pela empresa a título de alimentação a seus empregados, quando efetuados descontos nos salários destes, ainda que não esteja devidamente aprovado pelo Ministério do Trabalho.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que o pagamento *in natura* do auxílio-alimentação, isto é, quando a própria alimentação é fornecida pela empresa, não sofre a incidência da contribuição previdenciária, por não constituir natureza salarial, esteja o empregador inscrito ou não no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT. Com tal atitude, a empresa planeja, apenas, proporcionar o aumento da produtividade e eficiência funcionais.

3. Precedentes das 1ª, 2ª, 3 e 5ª Turmas desta Corte Superior.

4. Recurso improvido.

(REsp 320.185/RS, Relator Ministro José Delgado, 1ª Turma, DJ de 03/09/2001).

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO. PAGAMENTO EM ESPÉCIE. LEGALIDADE DA COBRANÇA. VINCULAÇÃO AO PAT. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 07/STJ.

1. Incabível o reexame da prova em sede de recurso especial.

2. Apenas o pagamento *in natura* do auxílio-alimentação não sofre a incidência da contribuição previdenciária.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp 180.567/CE, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, DJ de 23/04/2001).

TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. PAT. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE INSCRIÇÃO. SALÁRIO *IN NATURA*. NÃO-INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE EM QUE É VENCIDA A FAZENDA PÚBLICA. LIMITES DO ART. 20, § 3º, DO CPC. INAPLICABILIDADE.

1. O STJ firmou entendimento no sentido de que o auxílio alimentação, quando pago em espécie, passa a integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária, assumindo, pois feição salarial, afastando-se, somente, de tal incidência, quando o pagamento for efetuado *in natura*, ou seja, quando o próprio empregador fornece a alimentação aos seus empregados, estando ou não inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT.

2. O § 4º do art. 20 do CPC, aplicável nos casos em que é vencida a Fazenda Pública, estabelece a fixação dos honorários de forma equitativa pelo juiz, não impondo limites mínimo e máximo para o respectivo *quantum*. Precedentes da Corte.

3. Recurso Especial a que se nega provimento.

(REsp 447.766/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 28/10/2002).

No caso *sub examine*, pode-se extrair, de tudo aquilo que foi dito e comprovado nos autos, que o hospital efetivamente paga o auxílio-alimentação *in natura*, isto é, fornecendo ele próprio a alimentação a seus empregados, não sofrendo tal parcela a incidência da contribuição previdenciária (posto não possuir natureza salarial), independentemente de estar, o empregador, inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT.

É de se manter a sentença neste aspecto. Mas somente até aí.

Estou em firme convicção de que, no concernente às duas outras NFLDs (realizadas por conta do fato de ter, a fiscalização do INSS, concluído no sentido da existência de genuína relação de emprego entre o hospital ora demandante e os médicos que lhe prestam serviço, nada obstante a intermediação de pretensa cooperativa de trabalho médico), é de se manter a autuação, e daí o provimento, nesta parte, do apelo e da remessa.

Ao que se me apresenta, atos administrativos são dotados de presunção de legitimidade, donde a certeza de que, para infirmá-los, seria necessária prova robusta em sentido contrário, o que não se fez na hipótese vertente.

Eis algumas das constatações de que se valeram os atos impugnados: “manutenção de quadro permanente de médicos, com salário variável e proporcional às horas de trabalho efetuadas” (fl. 45), serviço prestado por pessoas físicas, prestadores de serviço de natureza não eventual, trabalhando para empregador e sob sua dependência, mediante serviço remunerado (fl. 46).

E qual a prova feita para desdizê-las?

As testemunhas ouvidas em juízo não prestaram depoimentos que descaracterizassem os elementos intrínsecos à relação de emprego (subordinação, pessoalidade, habitualidade e onerosidade), senão que se limitaram a desdizê-la em aspectos gerais.

Trago à colação as seguintes passagens:

Os médicos são vinculados às cooperativas e é esta quem determina horários de trabalho e plantões... os honorários médicos são pagos diretamente às cooperativas... não sabe se têm contratos escritos entre o Hospital e as cooperativas contratadas... não sabe a forma de pagamento

entre o hospital e as cooperativas... é a cooperativa quem determina horários de trabalho... o Hospital, pessoalmente, não exigia que os serviços de atendimento aos clientes fossem feitos com exclusividade por determinado profissional ... (depoimento de fl. 154, prestado por JOÃO EDUARDO FARIAS DA SILVA, funcionário do grupo ao qual o hospital faz parte).

O corpo médico do hospital é formado por profissionais vinculados às cooperativas e estas são quem determinam os horários de trabalho, plantões... os honorários médicos são pagos diretamente às cooperativas... os profissionais não prestam serviços ao Hospital Antônio Prudente em caráter de exclusividade... há alternância entre os profissionais (depoimento de fl. 156, prestado por JOSÉ ROBERTO BONI, funcionário do grupo ao qual o hospital faz parte).

Como se percebe, além de serem (os depoimentos) a versão de funcionários não exatamente do hospital, penso que não são suficientes aos fins a que se destinam, justo porque alardeiam, basicamente, ao fato do trabalho prestado a mais de um hospital, bem assim o do pagamento feito por intermédio da cooperativa (o que não é capaz de ensejar o lúmen próprio do cooperativismo, senão que mantém incólume a premissa, estabelecida pelo INSS, do vínculo laboral-subordinado, o emprego).

Quer-me parecer, sobretudo, que um hospital, o próprio curador da saúde que lhe tenha reclamado cuidados especiais, pudesse não ter qualquer interferência (subordinação jurídica, pessoalidade, habitualidade) no trabalho que o profissional mais importante dos seus quadros (com todo o respeito aos demais) desempenha. Em rigor, o médico, de tão significativo no e para o serviço, é o ativo mais importante que empreendimento assim tem - mais até que o material tecnológico-científico que possui.

Ante o exposto, dispensando mais e inúteis considerações, e nestes estritos termos, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, mantendo incólumes as NFLDs 32.284.060-0 e 32.284.059-7, anuladas as demais debatidas nos autos (32.284.073-2, 32.284.074-0 e 32.284.075-9).

Sucumbência recíproca reconhecida.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 445.864-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: ROBERTO BARROS DE MORAES
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Repte.: PROCURADORIA DO INCRA
Advs./Procs.: DRS. ANTONIO RICARDO ACCIOLY CAMPOS E OUTROS (APTE.)

EMENTA: CIVIL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. INVASÕES DE INTEGRANTES DO MOVIMENTO DOS SEM-TERRA (MST).

- Admite-se a fixação simbólica quando o quantum debeat ser precisa ser apurado no curso da ação, através da produção de provas, dada a dificuldade de determinar-se a real extensão do dano material e moral. Agravo retido improvido.

- Ausência de manifesta ilegalidade no procedimento administrativo expropriatório estabelecido pelo INCRA.

- É fato incontroverso que ocorreram as invasões do MST, todavia não se pode imputar à autarquia a responsabilidade pelas especulações advindas do conflito instalado no imóvel denominado "Fazenda Garrote".

- A pretensão do recorrente de ser indenizado por danos morais e materiais é frágil, desprovida de conteúdo probatório, e encontra óbice na não configuração do nexos de causalidade e na ausência de ilicitude dos atos administrativos da autarquia.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 14 de outubro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelação contra sentença que julgou improcedente a ação de indenização por danos morais e materiais, ajuizada por Roberto Barros de Moraes contra o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA.

Alega o recorrente que suas terras foram, várias vezes, invadidas pelos integrantes do Movimento dos Sem-Terra e que, após anos de luta, a posse do imóvel foi reintegrada, mas os prejuízos são indiscutíveis (destruição de áreas de preservação, casas, cercas, currais, balança de gado, porteiras, pastos, matança de bois, roubo de rezes etc). Afirma que a discussão gira em torno da responsabilidade do INCRA sobre estes fatos, haja vista restar demonstrado que a autarquia, além de permanecer inerte e omissa, fomentou invasões na propriedade, posto que acreditava que o imóvel era improdutivo e que seria desapropriado, mas na verdade as terras foram declaradas produtivas em ação de desapropriação, conforme decisão judicial. Argumenta que todos os fatos narrados ocorreram em virtude da má atuação do INCRA na implantação da reforma agrária, ressaltando que, apesar de ter efetuado a abertura do processo administrativo expropriatório no ano de 2001, após a primeira invasão da Fazenda Garrote, demorou cerca de cinco anos para emitir qualquer decisão, aumentando, em consequência, o conflito existente no imóvel expropriado.

Nas suas contra-razões, o INCRA requer a apreciação do agravo retido e pugna pela manutenção da sentença.

Parecer Ministerial apresentado às fls. 1063/1067.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Inicialmente aprecio o agravo retido interposto pelo INCRA e ratificado quando da apresentação das contra-razões. O recurso, na modalidade retida, foi interposto contra decisão que não acolheu a impugnação ao valor da causa, mantendo-o em R\$ 1.000,00, conforme indicado na inicial.

O INCRA alega que o valor da causa de R\$ 1.000,00 está em desconformidade com o real proveito econômico pretendido na demanda, haja vista que o autor juntou peça técnica em que atribui às suas benfeitorias o valor de R\$ 1.591.212,75, bem como indica valores relativos aos lucros cessantes que excedem o valor indicado.

O agravado, por sua vez, sustenta que não pode apontar um valor exato, porque tal montante seria apurado através de perícia judicial, bem como arbitrado pelo Juiz o valor da indenização.

O valor da causa, de fato, deve corresponder ao conteúdo econômico pretendido na demanda, quando esta mensuração é possível. Admite-se a fixação simbólica quando o *quantum debeatur* precisa ser apurado no curso da ação, através da produção de provas, dada a dificuldade de determinar-se a real extensão do dano material e moral. Cito precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

Acórdão	Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: REsp - RECURSO ESPECIAL - 764.820 Processo: 200501108829 UF: MG Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 24/10/2006 Documento: STJ000720465
---------	--

Fonte	DJ DATA: 20/11/2006 PÁGINA: 280 RDDP VOL.: 00048 PÁGINA:120
Relator(a)	LUIZ FUX
Decisão	Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.
Ementa	<p>PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. VALOR DADO À CAUSA. PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE DIREITO, SEM QUANTIFICÁ-LO. PREVALÊNCIA DO VALOR ESTIMADO PELA PARTE AUTORA NA INICIAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165; 458, II; 463, II E 535, I E II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.</p> <p>1. O valor da causa deve ser fixado considerada a expressão econômica da indenização pleiteada, porquanto representativo do benefício pretendido pela parte através da prestação jurisdicional.</p> <p>2. Deveras, na impossibilidade de imediata mensuração do <i>quantum debeat</i> da indenização, como soem ser aqueles decorrentes de complexos cálculos contábeis, o valor da causa pode ser estimado pelo autor, em quantia simbólica e provisória, passível de posterior adequação ao valor apurado pela sentença ou no procedimento de liquidação. Precedentes desta Corte: REsp 591.351/DF, desta relatoria, DJ de 21.09.2006; REsp 363.445/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 01.04.2002; REsp 120.307/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 09.12.1997 e REsp 180.842/SP, Relator Ministro José Delgado, DJ de 23.11.1998.</p>

	<p>3. <i>In casu</i>, sobressai inequívoca a impossibilidade de imediata ponderação do efetivo conteúdo econômico decorrente da procedência de ação engendrada em face do Estado, objetivando a indenização pelos prejuízos decorrentes da liquidação de fundo de previdência complementar de servidores de assembléia legislativa, a uma: porque os autores desconhecem a efetiva dimensão de seus danos materiais, máxime porque o Estado, por ocasião da liquidação do mencionado fundo, omitiu-se quanto aos esclarecimentos acerca do real valor de seus créditos; a duas: porque os danos morais serão fixados pelo juiz singular.</p> <p>4. O art. 286, incisos II e III, do CPC exoneram o autor de formular pedido certo quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito ou quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. Ora, <i>in casu</i>, um dos pedidos é genérico, posto depender de fato praticado pelo réu; ao passo que o outro, por sua própria essência é estimável.</p> <p>5. <i>Omissis</i>.</p> <p>6. <i>Omissis</i>.</p> <p>7. Recurso especial desprovido.</p>
Data Publicação	20/11/2006

Agravo retido improvido.

Passo à análise do mérito.

Pretende o apelante, Sr. Roberto Barros de Moraes, a condenação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, ao argumento de que as sucessivas invasões de integrantes do Movimento dos Sem-Terra - MST foram agravadas pela demora da autarquia no processo administrativo expropriatório, como também foram incentivadas pelo órgão, no momento em que, segundo afirma, passava informações aos invasores acerca da possível desapropriação do imóvel denominado "Fazenda Garrote".

Num país de dimensões continentais, como é o caso do Brasil, a posse pela terra tem sido motivo de grandes conflitos. Neste contexto, a desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária, constitui modalidade especial de intervenção do poder público na esfera dominial privada, visando o cumprimento da finalidade social da terra.

Segundo a Constituição Federal de 1988, apenas terras improdutivas e que não cumprem a função social podem ser desapropriadas para fins de reforma agrária, sendo expressamente vedada a desapropriação de propriedades produtivas.

No caso ora em exame, o recorrente alega textualmente que “após restar demonstrada a produtividade do imóvel rural em questão, conforme decisão judicial em processo de desapropriação, ainda houve inúmeras invasões por parte dos ‘Sem-Terra’ no imóvel (...)”, todavia, após análise de toda a documentação acostada aos autos, não há qualquer decisão final do INCRA, tampouco édito judicial, declarando a produtividade da terra.

Noticiam os autos, em verdade, que o INCRA, em 24.05.01, expediu ofício ao autor comunicando que iria realizar uma vistoria prévia, requerendo a devida colaboração do proprietário (fl. 534). Em 30.11.01 o Superintendente da autarquia designou, através de ordem de serviço, os servidores Júlio Gonçalves da Costa – Engenheiro Agrônomo e Eduardo Santos Filho – Fiscal de Cadastro e Tributação Rural para proceder Vistoria Preliminar nos imóveis rurais denominados Fazenda Garrote e Sítio Espírito Santo, no município de Brejo da Madre de Deus (fl. 536). Em 18 de fevereiro de 2002, o engenheiro agrônomo Júlio Gonçalves da Costa requereu à Procuradoria Regional instrução jurídica acerca de que procedimento adotar no relatório agrônômico quanto ao fato de haver constado que a área total supera a registrada em aproximadamente 313,9 ha. (fl. 707). O Procurador Regional sugeriu levantamento cartorário acerca dos registros da propriedade (fl. 709). Enquanto se desenvolviam os trabalhos da comissão, o INCRA recebeu ofício da Juíza de Direito, onde se processava ação de reintegração de posse referente ao imóvel em questão, onde solicitou informação sobre a produtividade ou não da Fazenda Garrote. A comissão, por sua vez, relatou (f. 714v) que não poderia dar a informação solicitada, em virtude de não haver concluído os trabalhos de

avaliação, por não haver uma definição sobre a aplicação da lei (MP 2.183/2001) e também sobre quais as glebas de terras que legalmente compõem o imóvel. À fl. 721v, o engenheiro agrônomo informa que, considerando apenas a área registrada em cartório, haveria **a expectativa de a terra ser considerada produtiva, todavia considerando a extensão total da propriedade tal expectativa poderia ser diferente.**

Pelo que verifiquei nos documentos anexados aos autos, houve uma celeuma grande gerada pela dificuldade de se definir qual a extensão da terra que, de fato, pertence ao Sr. Roberto Barros de Moraes. Conquanto afirme o recorrente que a sua propriedade tem cerca 1.200 ha., o INCRA encontrou área total de 632,41 ha., sendo que apenas 288 ha. encontra-se registrada em cartório.

Em 26 de março de 2004, o autor requereu ao INCRA nova vistoria, no sentido de averiguar o interesse da União em desapropriar a área, com o intuito de minorar a tensão social instalada naquela região. Em julho de 2005, o INCRA expediu ofício designando os servidores Carlos Alberto Alves de Medeiros – Engenheiro Agrônomo, e Osmar da Silva Santos – Artífice, para comporem Comissão com o objetivo de proceder Vistoria e Avaliação no imóvel rural denominado “Fazenda Garrote”. Após formalidades do órgão administrativo, em 11 de outubro de 2005, o Comitê de Decisão Regional - CDR da Superintendência Regional do INCRA no Estado de Pernambuco aprovou o encaminhamento dos autos à Superintendência Nacional de Desenvolvimento Agrário - SD, com vistas à edição do decreto que declarará o imóvel de interesse social para fins de Reforma Agrária. Em 18 de novembro de 2005, foi publicado o decreto declarando de interesse social, para fins de reforma agrária, a “Fazenda Garrote”, com área de duzentos e oitenta hectares, situada no Município de Brejo da Madre de Deus, objeto do Registro nº R-1-10.130, fls. 30, Livro 2-L, do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Brejo da Madre de Deus, Estado de Pernambuco (Processo INCRA/SR-03/nº 54140.000467/2005-05).

Pelos fatos aqui narrados, observo que não há como se atribuir ao INCRA qualquer responsabilidade por atos praticados por terceiros, no caso, integrantes do MST. É fato incontroverso que

ocorreram todas as invasões do Movimento dos Sem-Terra noticiadas pelo autor, comprovadas com cópias das ações de reintegração de posse, fotos e reportagens jornalísticas, todavia não há como imputar ao INCRA a culpa pelas especulações que sobreviveram dos conflitos ali instalados. Apesar de o autor afirmar que há envolvimento de servidores do INCRA, no repasse de informações ao Movimento dos Sem-Terra sobre a situação do imóvel e possibilidade de desapropriação, não há prova nos autos, tampouco indicação de nomes que possibilitasse instauração de processo administrativo para apurar eventual envolvimento de servidor. As informações colhidas no depoimento das testemunhas arroladas pelo autor são vagas e não se prestam a provar a interferência do INCRA no MST, se não, vejamos:

A testemunha informa que os sem-terra comentavam que a propriedade estava hipotecada, por isso poderia ser invadida, segundo lhes dizia o INCRA ... (fl. 974)

... a conversa dos sem-terra é que estavam ali porque o INCRA mandou e a terra estava hipotecada.

A configuração do dano moral é um dos domínios onde o magistrado mais deve buscar as regras de boa prudência, do bom senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação da realidade dos fatos. Como bem salientou o MM. Juiz sentenciante:

Na hipótese dos autos, narra-se como causa remota de pedir a demora do INCRA na efetivação do procedimento administrativo de desapropriação, o que teria fomentado a ação invasora e depreciativa dos trabalhadores sem-terra em sua Fazenda Garrote.

Ainda que se considere existentes os fatos apresentados pelo autor como causa de pedir, nos moldes conforme narrado na exordial, deles não se extrai o necessário nexos causal entre os danos produzidos e a conduta do Incra como causadora desses danos.

O INCRA, ao dar início ao procedimento administrativo de avaliação da terra para desapropriação, exerce seu poder expropriatório. O fato de o Estado se valer de uma prerrogativa sua não pode acarretar sua responsabilização pelas conseqüências que este exercício regular traga à esfera de direitos do particular.

Ademais, conforme ressaltou o nobre membro do *Parquet*, “inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso, é um verdadeiro absurdo impor ao Estado responsabilidade por um dano que não causou. Há de se comprovar uma conduta que seja exigível da Administração e que seja possível”.

Importa ainda registrar, que o processo de desapropriação foi devidamente instaurado para apuração dos valores a serem pagos a título de indenização de terra nua e benfeitorias, havendo sido proferida sentença recentemente, conforme se extrai do cadastro de informações da Justiça Federal:

2006.83.02.000060-3

Observação da última fase: Não Informada

Autuado em 12/01/2006 - Consulta Realizada em: 02/10/2008, às 17:47 h

AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA

PROCURADOR: LUCINDA DAS GRACAS NOGUEIRA COSTA BEZERRA

RÉU: ROBERTO BARROS DE MORAES

ADVOGADO : ANTONIO RICARDO ACCIOLY CAMPOS E OUTROS

16ª VARA FEDERAL - Juiz Substituto

Objetos: 01.06.04 - Desapropriação por Interesse Social para Reforma Agrária - Intervenção do Estado na Propriedade - Administrativo
Existem Petições/Expedientes Vinculados Ainda Não Juntados

Concluso ao Juiz em 22/09/2008 para Despacho

- 1- Recebo a apelação de fls. nos efeitos suspensivo e devolutivo.
 - 2- Dê-se vista à apelada para que, no prazo de 15 (quinze) dias, ofereça contra-razões.
 - 3- Após, remetam-se os presentes autos ao eg. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com as cautelas de praxe.
-

Registro do Sistema em 25/09/2008

ISSO POSTO, julgo PROCEDENTE o pedido, EM PARTE, para declarar desapropriado, por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural denominado “Fazenda Garrote”, com área total registrada de 288 ha (duzentos e oitenta e oito hectares), conforme registro nº R-1, Mat. 10.130, do Livro nº 2-L, fl. 30, do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Brejo da Madre de Deus-PE, e área identificada pela comissão de vistoria e avaliação do INCRA, de 632,4109 ha (seiscentos e trinta e dois hectares, quarenta e um ares e nove centiares), pertencente a Roberto Barros de Moraes, e condeno o expropriante: 1) ao pagamento da complementação da verba indenizatória, no valor de R\$ 412.838,55 (quatrocentos e doze mil, oitocentos e trinta e oito reais e cinquenta e cinco centavos), sendo R\$ 89.638,12 (oitenta e nove mil, seiscentos e trinta e oito reais e doze centavos) a ser pago em TDA, na forma estabelecida pelo art. 14 da LC 76/93, e R\$ 323.155,43 (trezentos e vinte e três mil, cento e cinquenta e cinco reais e quarenta e três centavos) para as benfeitorias úteis e necessárias, a serem pagos em dinheiro, este devendo ocorrer em obediência ao regime de precatórios instituído pelo art. 100 da Constituição Federal, consoante precedentes do Supremo Tribunal Federal (RE 247.866-CE, Rel. Min. Ilmar Galvão, 9.8.2000); 2) ao pagamento de juros compensatórios, à taxa de 12% ao ano, devendo incidir desde a imissão na posse, sendo calculados sobre o valor da diferença apurada entre 80% do preço ofertado e a indenização devida, vedado o cálculo de juros compostos; 3) ao pagamento de juros moratórios, à razão de 6% ao ano, incidentes a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deve ser feito, conforme dispõe o art. 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/41, com redação conferida pela MP nº 2.183-56, de 24.08.2001; 4) ao pagamento de correção monetária, fixada a partir da data do laudo de avaliação (Súmula 75/STF), de acordo com os índices oficiais que medem a inflação, até a data do efetivo pagamento da indenização (Súmula 561 STF), e 5) ao pagamento de honorários de advogado do expropriado, à razão de 5% (cinco por cento) sobre a diferença entre o preço oferecido e o valor da indenização (art. 19, § 1º, da LC 76/93), computando-se as relativas aos juros moratórios e compensatórios, tudo devidamente corrigido (Súmulas 141/STF e 617 STF), tendo em vista o trabalho desenvolvido pelo profissional. Sentença sujeita ao reexame necessário, a teor do disposto no § 1º do art. 13 da Lei Complementar 76/

93.

A pretensão, pois, do recorrente de ser indenizado por danos morais e materiais é frágil, desprovida de conteúdo probatório, e encontra óbice na não configuração do nexos de causalidade e na ausência de ilicitude dos atos administrativos da autarquia.

Por essas razões, nego provimento à apelação, mantendo integralmente a sentença monocrática.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.818-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)
Apelantes: GENILDO FRANCISCO DE ASSIS E VALDEIR FRANCISCO DA SILVA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Repte.: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

EMENTA: PENAL. ROUBO DE VEÍCULO A SERVIÇO DA FUNAI. CONDIÇÃO DE INDÍGENA DOS ACUSADOS. COMPLETA INTEGRAÇÃO À SOCIEDADE BRASILEIRA. LEI Nº 6.001/73. INAPLICABILIDADE. ATENUAÇÃO DA SANÇÃO E REGIME DE SEMILIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. MÉTODO TRIFÁSICO. AJUSTE QUANTO A UM DOS RÉUS.

- A simples qualidade de silvícola não é suficiente para que a pena dos acusados seja atenuada e, muito menos, que o regime inicial de seu cumprimento se dê através de semiliberdade, sendo imprescindível, para tanto, que o índio não esteja integralmente adaptado à comunidade nacional.

- Caso em que, apesar de ostentarem a condição de indígenas, os réus estão completamente integrados à civilização, tendo em vista que, além

de conhecerem bem o idioma, têm plena capacidade de compreender o caráter ilícito dos seus atos, não lhes sendo aplicável, portanto, as disposições da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio).

- As provas apuradas no curso do inquérito e em juízo demonstram, suficientemente, a responsabilidade penal dos acusados quanto ao crime tipificado no art. 157, § 2º, II, do CP (roubo de veículo que estava a serviço da FUNAI).

- Estando devidamente demonstrados a primariedade de um dos acusados, a sua boa conduta social, o grau de culpabilidade e as baixas consequências oriundas da infração, justifica-se a diminuição da pena para o mínimo legal.

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 11 de novembro de 2008 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE (Convocado):

Cuida-se de apelação criminal interposta contra sentença que condenou Genildo Francisco de Assis e Valdeir Francisco da Silva, respectivamente, a cinco anos e sete meses de reclusão e ao pagamento de multa (sessenta e seis dias-multa), e a cinco anos e seis meses de reclusão e ao recolhimento de multa (sessenta e três dias-multa), pela prática do crime previsto no art. 157, *caput*, e § 2º, inciso II, do CP, tendo o primeiro réu sido absolvido dos delitos

preconizados no art. 158 do Estatuto Repressor (extorsão) e no art. 1º da Lei nº 2.252/54 (corrupção de menores).

Nas razões recursais, os acusados pugnam pela aplicação do art. 56, parágrafo único, da Lei 6.001/73, para que as penas sejam cumpridas em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência, sob a alegação de que a simples condição de indígena deles é suficiente para permitir que sejam agraciados com tal benesse. Sustentam, ainda, que a prova colacionada aos autos não é o bastante para apontar a materialidade e a autoria relativas ao roubo da caminhoneta da Fundação Nacional do Índio, razão pela qual pedem a sua absolvição.

Contra-razões.

Parecer do Ministério Público Federal, oficiando como fiscal da lei, pelo improvimento do recurso no tocante a Genildo Francisco de Assis e pelo parcial provimento do apelo em relação a Valdeir Francisco da Silva, para que a pena-base a este imposta seja reduzida ao mínimo legal, sem prejuízo, no entanto, do acréscimo da causa de aumento.

É o relatório.

Ao revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Relator Convocado):

No exame da questão, verifico que os réus foram condenados em primeira instância pela prática do delito previsto no art. 157, *caput*, e § 2º, II, do CP, *in verbis*:

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

(...)

§ 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade:

(...)

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

Consta da denúncia que os acusados, juntamente com outros doze indivíduos, sendo três deles adolescentes, foram presos em flagrante, em 26.11.05, quando subtraíram, mediante grave ameaça e com o uso de arma, o veículo Ford Ranger que estava a serviço da FUNAI, dele se utilizando para invadir a Fazenda Ouro Verde, localizada na cidade de Inajá/PE.

Levando em consideração o que foi apurado durante a instrução processual, na sentença, o Juiz excluiu a causa de aumento relativa ao emprego de arma de fogo, além de ter absolvido nove indiciados, por entender que, em relação a eles, a autoria não ficou devidamente demonstrada. Absolveu, ainda, o apelante Genildo Francisco de Assis da prática dos crimes de extorsão e de corrupção de menores.

Primeiramente, convém registrar que, embora os recorrentes sejam índios da etnia *kambiwá* (cf. declaração de fl. 12), não se mostra plausível, *in casu*, a aplicação do art. 56, parágrafo único, da Lei nº 6.001/73, o qual estabelece que, na hipótese de condenação de silvícola, a pena deve ser atenuada e o regime inicial de seu cumprimento deve ser a semiliberdade.

É que, apesar de ostentarem a condição de indígenas, os réus estão completamente integrados à civilização, tendo em vista que, além de conhecerem bem o idioma, têm plena capacidade de compreender o caráter ilícito dos seus atos, sendo certo que, no tocante a Genildo Francisco de Assis, confessou que já iniciou dois cursos universitários, não os tendo, porém, concluído.

Destarte, a simples qualidade de silvícola não é suficiente para que a pena dos acusados seja atenuada e, muito menos, que o regime inicial de seu cumprimento seja através de semiliberdade, sendo imprescindível, para tanto, que o índio não esteja integralmente adaptado à comunidade nacional, o que não se verificou no caso em comento.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte aresto do egrégio STJ:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. PACIENTE QUE É ÍNDIO JÁ INTEGRADO À SOCIEDADE. POSSUI TÍTULO DE ELEITOR. INA-

PLICABILIDADE DO ESTATUTO DO ÍNDIO. IMPOSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME DE SEMILIBERDADE. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM QUE FOI ACENTUADA A CENSURABILIDADE DA CONDUTA. REGIME INICIALMENTE FECHADO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. ORDEM DENEGADA.

1. O Estatuto do Índio só é aplicável ao indígena que ainda não se encontra integrado à comunhão e cultura nacional.

2. O indígena que está em pleno gozo de seus direitos civis, inclusive possuindo título de eleitor, está devidamente integrado à sociedade brasileira, logo, está sujeito às mesmas leis que são impostas aos demais cidadãos nascidos no Brasil.

3. O regime de semiliberdade não é aplicável ao indígena integrado à cultura brasileira.

4. O estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena deve observar não só o quantitativo da pena, porém a análise de todas as circunstâncias judiciais, considerada, ainda, eventual reincidência.

5. Se foi feito contra a conduta do réu rigorosa censurabilidade, justificado está o regime inicialmente fechado, necessário para reprovação do crime e ressocialização do apenado.

6. Ordem denegada.

(STJ, 6ª T., HC 88.853/MS, Relatora Ministra Jane Silva - convocada, DJ 11/02/2008 p. 1).

Desta maneira, como os acusados já estão integrados à cultura brasileira, conforme ficou provado nos autos, afasta-se a aplicação do Estatuto do Índio, não se permitindo, portanto, que a pena seja atenuada ou que o seu cumprimento se dê em regime de semiliberdade.

Consignada essa observação, passo, agora, ao exame da configuração dos elementos que compõem o delito de roubo.

A materialidade restou eficazmente comprovada mediante o auto de prisão em flagrante (fls. 15/16 do IPL) e o auto de apreensão e apresentação (fl. 38 do IPL).

Quanto à autoria, entendo que, igualmente, ficou evidenciada. De fato, não vejo como acolher os argumentos traçados pela defesa, mormente se considerado o depoimento de MANOEL RICAR-

DO BARBOSA NETO, servidor da Fundação Nacional do Índio, o qual confirmou, em juízo, que os apelantes foram os responsáveis pela tomada do veículo pertencente àquela entidade:

(...) que, no dia do evento, se encontrava em sua casa quando, por volta da meia noite, chegaram Genildo, Valdeir e mais duas ou três pessoas; que então lhes pediram para levar algumas cestas básicas na aldeia Serra Negra; que o depoente os atendeu; que ao chegar próximo à porteira da Fazenda Terra Rica, Genildo e Valdeir lhe pediram para parar o carro; que Genildo lhe pediu a chave pacificamente; que o depoente explicou a Genildo que não podia entregá-la, e entabulou diálogo no qual informou que aquela não era a maneira correta de proceder; que Valdeir pegou a chave e pegou agressivamente no braço do depoente, determinando que ele descesse do veículo antes que ele se abusasse; que não tentou retomar a chave, pois eles eram muitos (...). (fl. 170)

As declarações acima transcritas denotam que, apesar de os acusados terem, num primeiro momento, pedido a chave do veículo de maneira pacífica, logo em seguida, diante da resistência da referida testemunha, um deles (Valdeir) fez ameaças ao depoente, ao “pegar agressivamente no braço” deste e ao determinar que ele saísse logo de dentro do automóvel, antes que ele, o réu Valdeir, “se abusasse”.

É de se notar, portanto, que a atitude do acusado Valdeir Francisco da Silva intimidou o funcionário da FUNAI, tanto que ele se viu obrigado a entregar a caminhoneta, já que, conforme dito, “eles eram muitos”. Assim, não se pode aceitar a tese desenvolvida na apelação, segundo a qual não houve brigas nem discussão entre eles, bem como que fizeram um “acordo” para ficar com o carro, até porque, lendo-se as declarações de Genildo Francisco de Assis, prestadas em Juízo (fls. 59/62), chega-se à conclusão inversa.

Importa registrar, ainda, que o próprio réu Genildo Francisco de Assis, no seu interrogatório, perante a autoridade judiciária, dá a entender que ele foi o grande elaborador da invasão das terras da Fazenda Ouro Verde, chegando a organizar um grupo para recuperá-la, tendo, inclusive, antes do ocorrido, informado ao propri-

etário a sua intenção, com o afã de chamar a atenção da FUNAI, a fim de que este órgão levasse a termo o processo de demarcação das referidas terras. Nesse contexto, percebe-se que o roubo da caminhoneta constituiu uma parte do plano de reocupação daquela fazenda, pois tal veículo seria, evidentemente, necessário para que os acusados dessem cabo ao seu maior objetivo, que era invadir aquelas terras.

Tais deduções podem ser confirmadas a partir da leitura do interrogatório acostado às fls. 59/62.

Destarte, as evidências colhidas nas fases inquisitorial e judicial apontam para o fato de que os apelantes foram os responsáveis pelo roubo do automóvel pertencente à FUNAI, de modo que não podem se furtar à imposição do decreto condenatório.

Por fim, com relação à dosimetria da pena, não há reparo a ser feito na sentença, no tocante a Genildo Francisco de Assis, uma vez que o Magistrado ponderou, com percuciência, as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis ao réu, fixando a pena-base em conformidade com o disposto no art. 59 do Código Penal.

O mesmo não pode, no entanto, ser dito quanto a Valdeir Francisco da Silva, pois as circunstâncias judiciais dispostas no mencionado dispositivo legal não foram corretamente sopesadas pelo Juízo *a quo*, tendo em vista que, apesar de reconhecer a primariedade do acusado, a sua boa conduta no meio social, o grau de culpabilidade e as pequenas conseqüências advindas da conduta típica (o veículo da FUNAI foi recuperado), estipulou a pena-base em quatro anos e seis meses de reclusão.

Assim, entendo que a pena-base deve ser reduzida ao mínimo legal, ou seja, para quatro anos, sem prejuízo da incidência da causa de aumento inserta no art. 157, § 2º, II, do CP, perfazendo, portanto, um total de cinco anos e quatro meses de reclusão.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação, apenas para reduzir a pena imposta ao réu Valdeir Francisco da Silva, fixando-a, em definitivo, em cinco anos e quatro meses de reclusão, mantendo-se intactos os demais termos da sentença.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.838-CE

Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelante: TODOR RADVOK GUYROV
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ MOACENY FÉLIX RODRIGUES E OUTROS (APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. REINGRESSO DE ESTRANGEIRO EXPULSO. LAVAGEM DE DINHEIRO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS NOS AUTOS. INOCORRÊNCIA DE ERRO DE PROIBIÇÃO. PENA EXACERBADA. REDUÇÃO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

- Restaram devidamente provadas a materialidade e autoria dos delitos examinados, não havendo que se falar em desconhecimento da proibição de reingresso.

- O que os elementos dos autos revelam é que o acusado tinha consciência potencial da ilicitude perpetrada no momento da prática da conduta típica, sendo impossível se falar em aplicação da excludente de culpabilidade esposada no art. 21 do CPB.

- Permanência dos fundamentos da decisão judicial que manteve a custódia preventiva, sendo a prisão do acusado imprescindível à garantia da ordem pública e à aplicação da lei penal (art. 312 CPP).

- Pena exacerbada. Sentença modificada para aplicar a pena-base de 2 anos de reclusão pela prática do delito inserto no art. 338 do CPB (reingresso de estrangeiro expulso) e 5 anos e 6 meses de reclusão pelo delito de lavagem de dinheiro, isto tendo em consideração as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CPB.

Fixação da pena definitiva do acusado em 7 anos e 6 meses de reclusão.

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de ACR 5.838-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 7 de outubro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Cuida-se de Apelação Criminal interposta por TODOR RADKOV GYUROV, em face de sentença prolatada pelo Juízo da 11ª Vara Federal da SJ/CE (fls. 250/254), que julgou procedente a denúncia oferecida pelo órgão ministerial, condenando o recorrente, pela prática dos delitos de *reingresso de estrangeiro expulso e lavagem de dinheiro*, à pena privativa de liberdade de 13 anos de reclusão, cumulada com multa de 2.500 salários mínimos.

2. Infere-se dos autos que o apelante TODOR RADKOV GYUROV, nacional da Bulgária, foi denunciado como incurso nas penas do art. 338 do CPB e art. 1º, I, da Lei 9.613/98 (*reingresso de estrangeiro expulso e lavagem de dinheiro, respectivamente*), sob a acusação de que reingressou ilegalmente no Brasil, em 17 de setembro de 2007, vindo de Portugal, portando grande quantidade de dinheiro em moeda estrangeira, mais precisamente cem mil euros. De acordo com a exordial acusatória, TODOR RADKOV GYUROV foi impedido de ingressar no território nacional em virtude de anterior expulsão decorrente de condenação penal pelo delito de tráfico internacional de entorpecentes, tendo cumprido no Brasil pena de 1 ano e 4 meses de reclusão (fls. 113/116). O Ma-

gistrado *a quo*, entendendo provadas a materialidade e autoria dos delitos, tal como descritos pelo *Parquet*, condenou o ora apelante.

3. Em seu recurso, o acusado afirma que a hipótese dos autos é de erro de proibição, vez que acreditava ser seu reingresso autorizado, principalmente porque recebera permissão anterior de ingresso pela autoridade fiscalizadora (já que havia ingressado no Brasil, em outra oportunidade, sem que as autoridades o alertassem acerca de qualquer impedimento). Continua dizendo que existem provas nos autos da origem lícita do dinheiro que portava ao entrar no território nacional, o que esvaziaria o tipo previsto no art. 1º, I, da Lei 9.613/98.

4. Pleiteou, ainda, a reforma da sentença, no que pertine ao *quantum* da pena, bem assim a possibilidade de apelar em liberdade.

5. O MPF, em parecer da pena do ilustre Procurador Regional da República Sady D'Assumpção Torres Filho (fls. 322/326), opinou pelo improvimento do recurso, com a conseqüente manutenção da decisão prolatada na Primeira Instância, afirmando que o apelante, preso durante a instrução criminal, não faz jus ao direito de apelar solto, *haja vista que um dos efeitos da sentença condenatória é a manutenção na prisão onde se encontra*.

6. É o que havia a relatar.

7. Ao revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT (Relator):

1. Na presente apelação criminal, o acusado TODOR RADKOV GYUROV se insurge contra sentença prolatada pelo Juízo da 11ª Vara Federal da SJ/CE (fls. 250/254), que o condenou pela prática dos delitos de *reingresso de estrangeiro expulso e lavagem de dinheiro* (art. 338 do CPB e art. 1º, I, da Lei 9.613/98).

2. A ação delituosa de reingresso foi verificada em setembro de 2007, por ocasião do desembarque do apelante TODOR RADKOV GYUROV no Aeroporto Internacional Pinto Martins em Fortaleza/CE, momento em que foi preso em flagrante. Diga-se que

TODOR RADKOV GYUROV foi expulso do País em 2006, após o cumprimento de pena de reclusão de 4 anos e 1 mês, pelo cometimento do delito de tráfico internacional de entorpecentes, mais precisamente a droga conhecida por cocaína, ficando impedido de ingressar novamente no território brasileiro.

3. No recurso de apelação, o acusado afirma que *incorreu em incontestável erro sobre a ilicitude do fato relativo ao crime de reingresso de estrangeiro expulso, isso porque já tinha ingressado no país anteriormente e, mesmo constando a restrição ao seu ingresso no país, a autoridade brasileira nada alertou (fl. 267).*

4. No entanto, não há como sustentar a ocorrência do erro de proibição, isso porque o apelante tomou a devida ciência de sua expulsão no dia 22 de maio de 2006, assinando termo na Delegacia de Polícia Federal de Imigração no qual resta expressamente consignada a proibição de reingresso em território nacional, é o que se depreende dos documentos colacionados às fls. 240/241.

5. Além do mais, o fato de ter entrado no Brasil anteriormente não demonstra que o acusado não tinha conhecimento do impedimento, ao contrário, o que os elementos dos autos evidenciam, mormente esta circunstância, é que o acusado tinha sim consciência da proibição, tanto que o trânsito anterior pelo país se deu pela fronteira terrestre; observe-se que ele permaneceu nos meses de maio a julho de 2007 no Brasil, após entrada pela fronteira terrestre do Brasil com a Argentina (fls. 90/92) e saiu pelo Paraguai, também por fronteira terrestre (Ponte da Amizade em Foz do Iguaçu em divisa com o Paraguai).

6. E como bem afirmou o ilustre Magistrado *a quo*, a entrada por fronteiras secas (fronteira terrestre), e após a expulsão, mas antes dos fatos narrados na denúncia, *não indicam boa-fé ou ausência de dolo, mas intensa movimentação do réu em vários países, em rotas características de tráfico internacional de drogas, sem comprovação de renda, atividade ou ocupação.*

7. Realmente, o apelante, de origem búlgara, não possui residência fixa no Brasil, nem em Fortaleza, por onde adentrou no país, nem em qualquer outro estado da federação, como também não

comprovou qualquer ocupação lícita. No seu interrogatório, TODOR RADKOV GYUROV chegou a afirmar que ficou passeando no Brasil de maio a julho de 2007, tendo permanecido, ao que disse, na companhia de sua namorada em São Paulo, não exercendo qualquer atividade profissional (fl. 150).

8. Assim, **o que os elementos dos autos revelam é que o acusado tinha consciência potencial da ilicitude perpetrada no momento da prática da conduta típica**, sendo impossível se falar em aplicação da excludente de culpabilidade esposada no art. 21 do CPB.

9. Quanto ao dinheiro apreendido em seu poder, num total de cem mil euros, as informações apresentadas pelo apelante foram confusas, divergindo do que também disse sua namorada Érika Alessandra Francisco de Souza, insuficientes à comprovação de qualquer atividade lícita da qual poderiam ter se originado os valores apreendidos.

10. Veja-se que, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante (fls. 6/7), o apelante disse que uma parte dos valores foi doada por sua mãe, enquanto que a outra teria advindo da venda de imóvel em seu país, realizada em 30 de junho de 2006. Em Juízo, afirmou também que tais recursos seriam utilizados na aquisição de imóvel no Brasil para fixar residência com sua namorada, que estaria grávida, e que não teve oportunidade de apresentar o formulário em que declarava estar conduzindo os cem mil euros, vez que foi detido logo na imigração (fl. 150).

11. No intuito de comprovar suas alegações, o apelante colacionou documentos relativos à venda de imóvel na Bulgária, como dito, ocorrida em 30 de junho de 2006 (fls. 163/164), bem assim documento referente à doação que teria sido realizada por sua genitora, em 17 de julho de 2007 (fls. 171/173). Ocorre que, nas declarações prestadas na Polícia Federal por Érika Alessandra Francisco de Souza, namorada do acusado, o que resta consignado é que: *TODOR em julho de 2007 retornou ao seu país natal e falou para a declarante que iria providenciar a venda de bens que tinha naquele país, bem como conseguir doação com sua genitora, e que retornaria a fim de adquirir um imóvel na cidade de São Paulo.*

12. O que se verifica é que, enquanto o acusado colacionou documento que indica venda de bem realizada no ano de 2006, mais precisamente 1 mês após sua expulsão do Brasil (em 22 de maio de 2006), para efeito de justificar a elevada quantia que portava, sua namorada afirmou que em julho de 2007 o acusado após temporada no país, retornou a Bulgária para providenciar a venda de bens.

13. Outro fato interessante que também merece ser registrado é o de que o apelante não comprovou as alegações de que sua ex-esposa ficou, durante o período em que esteve preso no Brasil, administrando estabelecimento seu na Bulgária, tendo o resultado da venda de mencionado estabelecimento sido revertido em favor deste. Não há nenhuma prova nos autos que ateste tal alegação.

14. Ademais, segundo afirmou o agente de polícia federal Paulo Roberto de Lima Carvalho, ouvido como testemunha nos autos, o apelante, quando surpreendido, negou possuir bagagem, além de ter dito não possuir as chaves desta quando identificada, e em nenhum momento apresentou o documento relativo ao transporte dos valores, ou fez qualquer menção à sua existência, nem mesmo quando confrontado com os cem mil euros encontrados em mala de sua propriedade (fl. 179).

15. Também se registre a notícia de antecedentes de posse ilegal de explosivos, armas e munições, além de receptação (informação da Interpol, fl. 139).

16. Desse modo, não há como fazer prevalecer as afirmações trazidas pelo apelante, bem como os documentos juntados aos autos, sendo estes insuficientes a demonstrar a origem lícita da quantia apreendida. O que todo o contexto dos autos revela – **anterior condenação por tráfico internacional de drogas, cumprimento de pena de 4 anos e expulsão do país, trânsito por diversos países (Paraguai, Argentina, Brasil, Bulgária), inexistência de comprovação de atividade lícita, entrada no país portando cem mil euros, que não informou possuir, cuja origem não foi comprovada** – é a origem ilícita dos valores, a configurar o delito de lavagem de dinheiro.

17. Neste ponto, cabe consignar que, para a caracterização do crime de lavagem de dinheiro, não é exigida a prova cabal dos

crimes antecedentes, elencados no art. 1º da Lei 9.613/98, bastando os seus indícios, como dispõe o art. 2º, parág. 1º, da lei: *a denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime.*

18. Portanto, **restaram devidamente provadas a materialidade e autoria dos delitos aqui examinados, não havendo que se falar em desconhecimento da proibição de reingresso; todas as provas colhidas no decorrer da instrução criminal evidenciam a consciência do acusado no que concerne aos delitos perpetrados.** Anote-se que vários foram os elementos de cognição destacados no decreto condenatório, a exemplo da inexistência de qualquer indício de que o réu tenha vindo ao país comprar um imóvel para fixar residência, *até porque foi expulso do Brasil e aqui não poderia sequer retornar a passeio* (fl. 252).

19. De outro lado, não há que se falar no direito de apelar solto.

20. Veja-se que o acusado TODOR RADKOV GYUROV, de origem estrangeira, foi preso em flagrante por reingresso ilegal ao Brasil, ficando custodiado durante toda a instrução criminal por força de decisão judicial devidamente fundamentada, sem comprovação de residência fixa ou profissão definida. O Magistrado *a quo*, na sentença, acertadamente, negou o apelo em liberdade, afirmando que isso se justificava *em razão da personalidade do réu, do fato de não possuir residência fixa ou atividade laboral comprovada* (fl. 254).

21. Com efeito, **permanecem os fundamentos da decisão judicial que manteve a custódia preventiva, sendo a prisão do acusado imprescindível à garantia da ordem pública e aplicação da lei penal (art. 312 CPP).**

22. **DOSIMETRIA DA PENA.** No que pertine à pena fixada, penso que esta foi exacerbada. Observe-se que pelo delito de reingresso de estrangeiro expulso, capitulado no art. 338 do CPB, o Juízo *a quo* fixou a pena-base de 4 anos de reclusão, ou seja, o máximo da pena privativa de liberdade considerada em abstrato para o crime; já em relação ao delito de lavagem de dinheiro, o ilustre Magistrado fixou a pena-base em 9 anos de reclusão, quando o preceito secundário do delito prevê a pena de 3 a 10 anos de

reclusão. Fez tais penas definitivas, ante a inexistência de qualquer atenuante/agravante ou minorante/majorante.

23. Acredito que, de fato, a culpabilidade grave, os maus antecedentes, a conduta social reprovável, a personalidade do agente voltada à prática de delitos, as consequências danosas dos crimes aqui examinados, bem assim as circunstâncias em que foram cometidos, justificam a pena-base para além do mínimo cominado, não devendo, porém, na hipótese em exame, chegar ao *quantum* fixado pelo ilustre Juiz Monocrático na decisão condenatória (que inclusive perfez o máximo da pena cominada para o delito de reingresso).

24. Em sendo assim, **modifico a sentença neste particular, para aplicar a pena-base de 2 anos de reclusão pela prática do delito inserto no art. 338 do CPB e 5 anos e 6 meses de reclusão pelo delito de lavagem de dinheiro, isto tendo em consideração as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CPB, acima enumeradas (tidas por desfavoráveis ao acusado)**. Considerando a ausência de circunstâncias atenuantes/agravantes, bem assim causas de diminuição ou aumento, **fixo a pena definitiva do acusado em 7 anos e 6 meses de reclusão**, a ser cumprida em regime inicial fechado. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

25. Em face das circunstâncias judiciais ponderadas para a fixação da pena privativa de liberdade, modifico a pena de multa para 200 dias-multa, referente ao crime previsto no art. art. 1º, I, da Lei 9.613/98, sendo cada dia-multa fixado no valor de 5 salários mínimos, a ser atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária (art. 49, parág. 2º, do CPB).

26. Forte nos argumentos expendidos, e abalizado nos elementos de convicção colhidos no decorrer do processo, dou parcial provimento à apelação, no sentido de determinar que a pena privativa de liberdade seja fixada em 9 anos de reclusão e a pena de multa em 250 dias-multa, sendo cada dia multa correspondente a 5 salários mínimos.

27. É este o meu voto.

**APELAÇÃO EM MANDADO
DE SEGURANÇA Nº 85.660-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)
Apelante: DISBESALTA.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Repte.: PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL
Adv./Proc.: DR. BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. PAUTAS FISCAIS OU PAUTAS DE VALORES. LEI Nº 7.798/89. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO VALOR DO IPI, DESDE QUE A EXAÇÃO NÃO SUPERE O TRIBUTO QUE SERIA DEVIDO MEDIANTE APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA SOBRE O VALOR TRIBUTÁVEL. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE QUE A SISTEMÁTICA DE CÁLCULO DO IPI TENHA OCASIONADO QUALQUER PREJUÍZO À APELANTE. IMPROVIMENTO.

- A princípio, o regime de pauta fiscal instituído pela Lei nº 7.798/89, contra a qual se insurge a parte impetrante, esboça um modelo diferente de fixação de alíquotas para a exação do IPI. Todavia, ele não se afigura descompassado com o texto constitucional ou com o CTN. Com efeito, tal procedimento não desconsidera o preço normal objeto da relação de compra e venda, como faz crer a apelante, consoante dispõe o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 7.798/89.

- É legalmente admitida a alteração do critério de apuração do valor do IPI, desde que a exação não supere o tributo que seria devido mediante aplicação da alíquota sobre o valor tributável.

- Inexistência de comprovação de que a sistemática de cálculo do IPI tenha ocasionado qualquer prejuízo à apelante ou que fira o princípio da ca-

pacidade contributiva e o da isonomia. Ao contrário: eximir-se do pagamento do tributo nos moldes instituídos pelo Fisco é que seria anti-isonômico, haja vista que os preços do produto seguiriam parâmetros distintos no mercado, ocasionando um desequilíbrio frente às demais empresas distribuidoras de bebidas.
- *Apelação conhecida, mas improvida.*

ACÓRDÃO

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

Recife, 21 de outubro de 2008 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado):

Cuida-se de apelação interposta por DISBESA LTDA. contra sentença de lavra do Juiz Federal da 6ª Vara de Pernambuco, Dr. Francisco Glauber Pessoa Alves, prolatada nos autos do Mandado de Segurança nº 2002.83.00.000332-0, que julgou improcedente a pretensão da impetrante.

Aduz a apelante que: a) o Estado arbitra, periodicamente, através de atos infralegais, o valor do IPI a pagar em decorrência da saída de uma determinada quantidade e tipo de bebida industrializada; b) não é considerado, para tanto, o valor real da operação, que é a base de cálculo constitucional desse tipo de tributo, mas sim uma unidade de medida fixada com base em pautas fiscais; c) ocorre uma insanável antinomia do regime de pautas com a base de cálculo estabelecida pelo CTN; d) tal procedimento resulta em uma tributação distorcida e freqüentemente superior ao que

permitiria a capacidade contributiva revelada no valor de venda praticado entre as partes; e) a cadeia da não-cumulatividade do tributo é encerrada no distribuidor, que não tem como repassar o encargo financeiro do IPI ou compensá-lo na operação subsequente, visto que não é contribuinte de direito desse tributo; f) os atos normativos infralegais, emitidos pelo Secretário da Receita Federal, não produzem efeitos para os particulares e estão totalmente destituídos de competência para regular ou alterar base de cálculo ou alíquota de tributo; g) logo, a alteração da base de cálculo e da alíquota do IPI, com a adoção de pauta fiscal ou pauta de valores pela Secretaria da Receita Federal, é manifestamente inconstitucional.

Ao final, pugna pela reforma da sentença, com a declaração *incidenter tantum*, por via de exceção, de inconstitucionalidade dos dispositivos legais instituidores da cobrança do IPI fixado com base em pautas fiscais ou pautas de valores, de modo que o desobrigue a suportar, quando das aquisições dos produtos feitas ao(s) seu(s) fornecedor(es), a incidência do imposto sobre os Produtos Industrializados (IPI).

Em suas contra-razões, a apelada assevera, preliminarmente, a intempestividade do recurso e a ilegitimidade da parte recorrente. No mérito, após refutar os argumentos da recorrente, pugna pelo improvimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO
(Relator Convocado):

Pretende a apelante a reforma da sentença hostilizada que julgou improcedente a sua pretensão.

A princípio, é importante considerar que, após a publicação da sentença e antes do término do prazo para a interposição da apelação, foi realizada a Inspeção Anual Ordinária junto à 6ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, conforme denota o ato de inspeção lavrado à fl. 130 dos autos. Dessa forma, tendo em vista que a parte apelada não considerou tal evento quando da contagem do respectivo prazo, tenho por tempestiva a apelação.

No tocante à preliminar de ilegitimidade ativa *ad causum*, observo que o egrégio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou a respeito da matéria, oportunidade em que discordou de tal entendimento, anulando o Acórdão anteriormente proferido por esta Corte.

Pois bem. É importante distinguir, antes de adentrar no cerne da contenda, as diferentes relações jurídico-tributárias que envolvem determinado ciclo produtivo.

Embora não restem dúvidas acerca de quem, de fato, arcará com todos os encargos inseridos no custo de determinado produto - no caso o consumidor final – não se deve ignorar os diferentes estágios da operação de compra e venda desse produto.

A hipótese de incidência do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI ocorre em apenas um ciclo, incidindo no momento da saída da mercadoria do estabelecimento do fabricante, onde sofreu o processo de industrialização. Cuida-se de imposto não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores (CF, art. 153, § 3º, II). Logo, é perfeitamente possível a imposição de um sistema de compensação.

No caso de fabricação e venda de bebidas, por sua vez, há uma distinção na relação jurídica existente entre a indústria fabricante de bebidas e a distribuidora (no caso a apelante), e desta com as empresas varejistas e o próprio consumidor. Na primeira, ocorre a típica hipótese de incidência do IPI, tendo em vista que é o momento em que o produto sai do estabelecimento onde foi fabricado; na segunda, inexistente tal exação, porquanto apenas ocorre a circulação da mercadoria, hipótese de incidência de outro tributo.

Assim, embora o fabricante seja o contribuinte de direito, na verdade quem arca com o IPI é a empresa distribuidora, nesse caso, a contribuinte de fato. Logo, eventual irregularidade na base de cálculo desse tributo possibilita à distribuidora o reclamo de providências. No caso em análise, como inexistente pedido de repetição de indébito, não há motivos para se perquirir acerca da necessidade de outorga dos terceiros envolvidos na respectiva cadeia, nos termos do artigo 166 do Código Tributário Nacional - CTN.

Sabe-se que o tributo só pode ser validamente exigido quando um determinado fato amolda-se rigorosamente a uma hipótese de incidência tributária.

Acerca da incidência do IPI, dispõe o artigo 46, II, do CTN, que tal imposto terá como fato gerador a saída dos produtos industrializados dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51.

Dispõe ainda o CTN, em seu artigo 47, a respeito da base de cálculo do IPI, o seguinte:

II - no caso do inciso II do artigo anterior:

- a) o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria;
- b) na falta do valor a que se refere a alínea anterior, o preço corrente da mercadoria, ou sua similar, no mercado atacadista da praça do remetente;

A princípio, o regime de pauta fiscal instituído pela Lei nº 7.798/89, contra o qual se insurge a parte impetrante, esboça um modelo diferente de fixação de alíquotas para a exação do IPI. Todavia, ele não se afigura descompassado com o texto constitucional ou com o CTN.

Com efeito, tal procedimento não desconsidera o preço normal objeto da relação de compra e venda, como faz crer a apelação. Eis o dispositivo da referida lei:

Art. 1º. Os produtos relacionados no Anexo I desta Lei estarão sujeitos, por unidade, ao Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI fixado em Bônus do Tesouro Nacional - BTN, conforme as classes constantes do Anexo II.

§ 1º A conversão do valor do imposto, em cruzados novos, será feita com base no valor do BTN vigente no mês do fato gerador.

§ 2º O Poder Executivo, tendo em vista o comportamento do mercado na comercialização do produto, poderá:

- a) aumentar, em até trinta por cento, o número de BTN estabelecido para a classe;
- b) excluir ou incluir outros produtos no regime tributário de que trata este artigo;
- c) manter, temporariamente, o valor do imposto, ainda que alterado o valor do BTN;

d) estabelecer que o enquadramento do produto ou de grupo de produtos se dê sob classe única.

§ 3º. Para os produtos cujos preços de venda estejam sob o controle de órgão do Poder Executivo, a conversão do valor do imposto em cruzados novos, após o seu enquadramento na forma desta Lei, será feita com base no valor do BTN na data de início de vigência do reajuste do preço de venda.

Art. 2º. O enquadramento do produto na classe será feito pelo Ministro da Fazenda, com base no que resultaria da aplicação da alíquota a que o produto estiver sujeito na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, sobre o valor tributável.

§ 1º. **Para efeito deste artigo, o valor tributável é o preço normal da operação de venda, sem descontos ou abatimentos, para terceiros não interdependentes ou para coligadas, controladas ou controladoras (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 243, §§ 1º e 2º) ou interligadas (Decreto-Lei nº 1.950, de 14 de julho de 1982, art. 10, § 2º).**

§ 2º. O contribuinte informará ao Ministro da Fazenda as características de fabricação e os preços de venda, por espécie e marca do produto e por capacidade do recipiente.

§ 3º. O contribuinte que não prestar as informações, ou que prestá-las de forma incompleta ou com incorreções, terá o seu produto enquadrado ou reenquadrado de ofício, sendo devida a diferença de imposto, acrescida dos encargos legais. (Grifo acrescido).

Ademais, a parte recorrente não comprovou que a utilização dessa prática tributária tenha lhe ocasionado algum prejuízo ou venha a ferir os princípios da capacidade contributiva e da isonomia. Ao contrário: eximir-se do pagamento do tributo nos moldes como instituídos pelo Fisco é que seria anti-isonômico, haja vista que os preços do produto seguiriam parâmetros distintos no mercado, ocasionando um desequilíbrio frente às demais empresas distribuidoras de bebidas.

Assim, mesmo legitimada para questionar judicialmente a composição da base de cálculo do tributo, a recorrente não comprovou qualquer irregularidade no montante da exação capaz de possibilitar a devida correção. A propósito:

TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE IPI SOBRE OPERAÇÕES DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS. UTILIZAÇÃO, PELA FAZENDA PÚBLICA, DO REGIME DE PAUTAS FISCAIS, ALEGADAMENTE ILEGAL E INCONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. PRETENDIDA ISENÇÃO NÃO PREVISTA PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA VIGENTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

1. O IPI possui dois regimes de tributação previstos em lei: o regime geral estabelecido pela Lei nº 4.502/64 e o regime especial de tributação por unidade, fixado pela Lei nº 7.798/89, sendo a este último regime que está a Impetrante submetida. Por conseguinte, existindo previsão normativa expressa para a cobrança do tributo, descabe, à evidência, o pleito da agravante para deixar de recolher em definitivo o IPI.

2. Cumpre-se transcrever, igualmente, o disposto no artigo 1º e seu §1º, da Lei nº 8.218, de 29.8.1991, *verbis*: “Art. 1º - Os valores do Imposto sobre Produtos Industrializados dos produtos dos Capítulos 21 e 22 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, de que tratam os artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 7.798, de 10 de julho de 1989, vigentes nesta data, fixados em cruzeiros, poderão ser alterados pelo Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, tendo em vista o comportamento do mercado na comercialização desses produtos.

§ 1º - A alteração de que trata este artigo poderá ser feita até o limite que corresponder ao que resultaria da aplicação da alíquota a que o produto estiver sujeito na TIPI sobre o valor tributável.”

3. **Como se infere do preceito legal acima citado, é legalmente admitida a alteração do critério de apuração do valor do IPI, desde que não seja superado o valor que seria devido mediante aplicação da alíquota sobre o valor tributável. A agravante, todavia, não comprovou que a nova sistemática de cálculo do IPI tenha lhe causado qualquer prejuízo, e mesmo que houvesse tentado desincumbir-se deste mister não haveria logrado sucesso, pois o *writ of mandamus* não admite *dilatatio probandi*, devendo o direito alegadamente violado ser comprovado de plano.**

4. Agravo de Instrumento improvido. Agravo regimental prejudicado. (TRF 5ª Região, Primeira Turma, AG 45.360/PE,

Rel. Ubaldo Ataíde Cavalcante, *DJ* 21/09/2004, pág. 555, 182). (Grifo acrescido).

TRIBUTÁRIO. IPI. DESCONTOS INCONDICIONADOS. BASE DE CÁLCULO. LEI 7.798/89. IMPROVIMENTO DO RECURSO. IMPROVIMENTO DO RECURSO E DA REMESSA OFICIAL.

1. Em compasso com precedentes do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, firmou-se o entendimento no sentido de que, a despeito da alteração do art. 14 da Lei nº 4.502, de 1962, operada por força da dicção normativa do art. 15 da Lei nº 7.798, de 1989, os descontos incondicionados não podem ser eleitos como base de cálculo do IPI, porquanto o Código Tributário Nacional, no art. 47, estabelece como hipótese de incidência do tributo em referência o valor da operação oriunda da saída da mercadoria, de modo que se deve entender como valor da operação aquele inserto no contrato de compra e venda.

2. Remessa e recurso oficial improvidos. (TRF 5ª Região, Segunda Turma, AC 302.007/CE, Rel. Walter Nunes da Silva Júnior, *DJ* 24/11/2003, pág. 597, nº 226).

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. COBRANÇA POR PAUTAS FISCAIS DO EXECUTIVO. TRIBUTO INDIRETO. REPETIÇÃO.

1. Não é ilegal nem inconstitucional a cobrança do IPI pela sistemática de pautas fiscais, nos termos da Lei nº 7.798, de 10/07/89, pois o mecanismo, tendo por norte a essencialidade do produto e a função extrafiscal do tributo, constitui, em essência, uma forma de aferição do valor da operação de que decorrer a saída do produto (art. 47, II, a - CTN).

2. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, somente será feita a quem prove a assunção do encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la (art. 166 - CTN).

3. Provimento da apelação. Remessa prejudicada. (TRF 1ª Região, Terceira Turma, AC 199938000265970/MG, Rel. Olinto Menezes, *DJ* 21/02/2003, pág. 20).

Com essas considerações, entendo que não merece provimento a apelação do impetrante.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.390-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Impetrantes: DRS. JOSÉ CÂNDIDO LUSTOSA BITTENCOURT DE ALBUQUERQUE E OUTROS
Impetrado: JUÍZO DA 11ª VARA FEDERAL DO CEARÁ
Paciente: ANDRÉ LUÍS VIEIRA AZIN

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE DA AUTORIDADE IMPETRADA, POR DETERMINAR TRANSCRIÇÕES NAS ASSENTADAS DE AUDIÊNCIA EM DESACORDO COM AS DECLARAÇÕES PRESTADAS PELAS TESTEMUNHAS DE DEFESA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA, INCOMPATÍVEL COM O REMÉDIO HERÓICO. IMPOSSIBILIDADE DE GRAVAÇÃO DA AUDIÊNCIA ATRAVÉS DE MEIO PRÓPRIO.

- A via angusta do *habeas corpus* não é a adequada para a arguição de exceção de suspeição, mormente quando o seu deslinde reclama aprofundado exame do conjunto da prova (STJ, HC 15.834/PA, ministro Hamilton Carvalhido, decisão unânime da Sexta Turma, em 29 de novembro de 2005).

- Nos termos do adventício art. 405, § 1º, do CPP, o registro dos depoimentos através de gravação magnética será realizado sempre que possível, e, conforme registrou a autoridade impetrada, as varas da Justiça Federal ainda não dispõem de aparato tecnológico para a gravação nos seguintes moldes, não se podendo permitir a utilização de aparelhos particulares com esse fim.

- Quanto à utilização de meios próprios pela defesa, como o sugerido gravador de áudio, nada obsta que seja realizada a almejada gravação, visto que a audiência é pública. Apenas esta gra-

vação não poderá ser utilizada como meio de prova, porquanto, além de não encontrar amparo legal, tal qual consignou a autoridade coatora, vem na contramão da segurança jurídica, bastando, para isso, pensar nos problemas que o efeito multiplicativo deste precedente poderia causar. Outrossim, tornaria a defesa proprietária exclusiva de meio probatório ao seu inteiro alvedrio, pondo em nítido desequilíbrio a igualdade processual das partes e ferindo de morte o cânone constitucional do contraditório.

- Por fim, a designação de membro da Corregedoria da Justiça Federal para acompanhar as audiências faltantes constituiria medida odiosa, ainda mais se determinada à míngua de qualquer prova e em via inadequada.

- Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 16 de outubro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque e outros impetram ordem de *habeas corpus* em favor de André Luís Vieira Azin, imputando autoridade coatora o MM. Juiz Federal [Substituto] da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

Os impetrantes se insurgem contra a decisão proferida nos autos do Processo Criminal 2004.81.00.001610-0, a de indeferir o

pedido de gravação audiovisual dos depoimentos das testemunhas arroladas pela defesa, nos termos do atual art. 405, § 1º, do CPP.

Atroam, para tanto, que o MM. Magistrado de Primeiro Grau não vem sendo fiel às declarações apresentadas pelas testemunhas, ao determinar consignações nos termos de assentada com conteúdo diverso dos depoimentos prestados em juízo, evidenciando, destarte, nítido prejulgamento da causa.

Alfim, deduzem os seguintes pedidos: a) ordenar a reinquirição das testemunhas de defesa, desta vez com a gravação da audiência (*a ser feita com a utilização de aparelho gravador pela defesa, com base no art. 417 do CPC*); b) alternativamente, determinar à autoridade coatora que permita a gravação, por meio de áudio, também através de aparelho gravador apresentado pela defesa; c) alternativamente, designar membro da Corregedoria da Justiça Federal para acompanhar as audiências faltantes.

O pleito liminar restou denegado, fls. 109-110.

A autoridade impetrada prestou informações, fls. 114-117, e providenciou a juntada de documentos, fls. 114-151.

O Ministério Público Federal apresentou parecer se manifestando pela concessão parcial da ordem, fls. 153-162, para que se permita a gravação das audiências restantes.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Em verdade, cuida-se de impetração que tem por fito asseverar a parcialidade da autoridade impetrada, aduzindo que não vem sendo fiel ao determinar as transcrições das declarações prestadas pelas testemunhas arroladas pela defesa.

Preliminarmente, impende registrar a impropriedade da via eleita, tendo em vista que a jurisprudência do colendo STJ é remansosa em afirmar que *a via angusta do habeas corpus não é a adequada para a arguição de exceção de suspeição, mormente quando o seu deslinde reclama aprofundado exame do conjunto da prova*

(HC 15.834/PA, Ministro Hamilton Carvalhido, decisão unânime da Sexta Turma, em 29 de novembro de 2005).

De fato, sequer há nos autos notícia de que os impetrantes tenham manejado o remédio próprio para arguições deste jaez, exatamente a exceção de suspeição, a teor do disposto no art. 95, inciso I, do CPP.

Não bastasse, o presente *writ* é inteiramente calcado em matéria de fato, consubstanciada em alegadas ordens de transcrição de depoimentos em desacordo com o afirmado pelas testemunhas. Entrementes, os impetrantes não trouxeram a lume qualquer prova apta a testificar, de plano, a pertinência do direito alegado e, consoante o já afirmado, o *habeas corpus* não permite dilação probatória.

Quanto aos pleitos alternativos, mostram-se igualmente impertinentes.

Já ao conhecer do pedido liminar, consignei que o art. 405, § 1º, do CPP constitui inovação recentíssima na processualística penal, cujo advento remonta à Lei 11.719/2008, que entrou em vigência apenas em agosto deste ano. Ademais, conforme consignou a autoridade tida por coatora, a própria norma hospedada no indigitado dispositivo adverte que os depoimentos devem ser gravados *sempre que possível*, e as varas da Justiça Federal ainda não dispõem de *aparato tecnológico para a gravação nos seguintes moldes*, não se podendo permitir *a utilização de aparelhos particulares com esse fim*, fl. 102.

Quanto à utilização de meios próprios pela defesa, como o sugerido gravador de áudio, nada obsta que seja realizada a almejada gravação, visto que a audiência é pública. Apenas esta gravação não poderá ser utilizada como meio de prova, porquanto, além de não encontrar amparo legal, tal qual consignou a autoridade coatora, fl. 102, vem na contramão da segurança jurídica, bastando, para isso, pensar nos problemas que o efeito multiplicativo deste precedente poderia causar. Outrossim, tornaria a defesa proprietária exclusiva de meio probatório ao seu inteiro alvedrio, pondo em nítido desequilíbrio a igualdade processual das partes e ferindo de morte o cânone constitucional do contraditório.

Por fim, a designação de membro da Corregedoria da Justiça Federal para acompanhar as audiências faltantes constituiria medida odiosa, ainda mais se determinada à míngua de qualquer prova e em via inadequada.

Forte nessas considerações, denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.408-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Impetrante: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
Impetrado: JUÍZO DA 18ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Repte.: PROCURADORIA DA FUNAI
Pacientes: GILBERTO MANOEL FREIRE E JURANDIR MANOEL FREIRE

EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. INDÍGENAS DA COMUNIDADE PANKARARU, MUNICÍPIO DE JATOBÁ-PE, DENUNCIADOS PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 299 C/C ARTS. 29 E 71 DO CÓDIGO PENAL. ACUSAÇÃO DE EMISSÃO DE DECLARAÇÕES FALSAS DE ORIGEM INDÍGENA E DE CARTEIRAS DE IDENTIFICAÇÃO DE INDÍGENA A PESSOAS NÃO-ÍNDIAS, EM NOME DA FUNAI - FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO E DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO QUE ULTRAPASSA 81 (OITENTA E UM) DIAS. PLEITO DE REVOGAÇÃO FUNDADO EM EXCESSO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA. INFORMAÇÃO DO JUÍZO IMPETRADO CONFIRMANDO A REGULARIDADE DO ITER. EXPEDIÇÃO DE INÚMERAS CARTAS PRECATÓRIAS PARA OUVIDA DE TES-

TEMUNHAS ARROLADAS DE PARTE A PARTE (MAIS DE DEZ). ORDEM DENEGADA.

- Tratando-se de feito complexo, com vários réus e testemunhas a serem ouvidas em diversos lugares, exigindo-se a realização de diligências necessárias à apuração da verdade, justifica-se, com base no princípio da razoabilidade, a mitigação dos rigores temporais fixados pela jurisprudência pátria. Inúmeros os precedentes deste tribunal e dos tribunais superiores.

- Nunca é demais ressaltar, ser o prazo de 81 (oitenta e um) dias para conclusão da instrução criminal mera construção jurisprudencial, que não deve se sobrepor, como in casu, à razoabilidade com que se vem conduzindo a marcha processual da ação penal respectiva, que nem de longe indica morosidade no seu iter, justamente por este primar pela regularidade e, ainda, depender de juízo deprecado para a realização de vários atos processuais, consoante se infere das informações prestadas pelo juízo impetrado.

- A parte impetrante não se desincumbiu do seu exclusivo ônus de comprovar malferimentos a direitos constitucionais dos pacientes, a partir de eventual pronunciamento judicial inaceitável na ordem jurídica ou de retardo/negativa de jurisdição concernentes à hipótese fático-jurídica associada à ação criminal sub judice.

- Ausência de atecnia e desconformidades jurídicas no decreto mantenedor da prisão preventiva dos pacientes, porquanto a hipótese bem se revela adequada ao art. 312 do Código de Processo Penal. Ausência de prova cabal de coação ilegal ou de qualquer abusividade na condução da marcha processual do feito penal correlato.

- Persistindo os requisitos autorizadores da custódia preventiva dos pacientes (art. 312 do CPP), deve ser ela mantida para garantir, especialmente, a ordem pública e a aplicação da lei penal.

- Ordem que se denega, na esteira do posicionamento ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 4 de novembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se, em síntese, de *habeas corpus* liberatório ajuizado pela procuradoria jurídica da FUNAI - Fundação Nacional do Índio, em prol dos indígenas GILBERTO MANOEL FREIRE e JURANDIR MANOEL FREIRE (Zé Índio), denunciados em feito criminal em trâmite no juízo *a quo*, dados como incurso nas sanções do art. 299 (falsidade ideológica) c/c os arts. 29 e 71, todos do Código Penal, encontrando-se presos desde 03.04.2008, por ordem emanada do juízo impetrado (18ª Vara Federal de Pernambuco).

Fundamenta-se a impetração, em essência, na alegação de excesso de prazo para conclusão da instrução criminal respectiva, visto que a prisão dos pacientes remonta a 03.04.08, já decorridos, portanto, 7 (sete) meses, “*em regime de segregação cautelar, sem justificativas legais*” (fl. 05).

Requeru-se a concessão de medida liminar de soltura.

A inicial veio instruída com cópias da denúncia, bem como da decretação de prisão preventiva dos réus, aqui pacientes, além de duas decisões denegatórias dos seus respectivos pedidos de liberdade provisória.

Às fls. 27/28, decisão denegatória do pedido liminar.

Às fls. 32/35, Informações do juízo *a quo*, dando pela regularidade da condução do *iter* do feito criminal noticiado na inaugural.

O parecer ministerial produzido nesta instância, de fls. 36/39, teve sua ementa redigida nos termos adiante colocados:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. EXCESSO DE PRAZO. INEXISTÊNCIA.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que o excesso de prazo para o término da instrução criminal mostra-se razoável quando o feito é complexo.

2. Parecer pela denegação do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Eis a síntese da acusação que recai sobre os réus, ora pacientes, como se vê à fl. 38:

... exsurgem indícios de que os ora pacientes, em conjunto com outras pessoas, estariam emitindo falsas declarações e carteiras de identidade de indígena a pessoas não-índias, valendo-se do nome da Fundação Nacional do Índio e do Ministério da Justiça, e de símbolos, mediante a utilização de computadores e impressora situados nas residências das pessoas envolvidas com a prática delituosa. Nos autos, há notícia de que a materialidade pode ser comprovada através da apreensão de inúmeros documentos acostados no inquérito, tais como declarações para comercialização de produtos originários de áreas indígenas concedidas a comerciantes não-indígenas, declarações de origem indígena para posterior pleito de carteira de identidade aborígene em favor de não-indígenas, cópias de carteiras de identidade indígena expedidas ilegalmente, estas últimas assinadas por GILBERTO MANOEL FREIRE, na qualidade de chefe do PIN/PANKARARU, e seu irmão JURANDIR MANOEL FREIRE, na condição de cacique.

Entendo não haver como subsistir a presente proposição impetrante, lastreada, essencialmente, na tese de excesso de prazo para conclusão da instrução processual do feito criminal correlato

à espécie vertida neste *writ*, sem comprovação alguma, cabal e extreme de dúvidas, de coação ilegal advinda da própria ordem de segregação dos pacientes.

À vista das Informações do juízo *a quo*, de fls. 32/35, bem se observa a regularidade da condução do feito criminal correlato a este *writ*, a partir do detalhamento, inclusive cronológico, do impulso oficial do feito, com a descrição pormenorizada dos atos processuais levados a cabo pelo magistrado impetrado, mormente em relação à expedição e trâmite das cartas precatórias para ouvida das testemunhas arroladas de parte a parte (6 da acusação e 8 da defesa, segundo parecer ministerial de fls. 38/39).

Não vislumbro, pois, quaisquer máculas na condução do aludido *iter*, sem evidências de retardo ou negativa injustificáveis de jurisdição.

Aliás, e nunca é demais ressaltar, ser o prazo de 81 (oitenta e um) dias para conclusão da instrução criminal mera construção jurisprudencial, que não deve se sobrepor, como *in casu*, à razoabilidade com que se vem conduzindo a marcha processual da ação penal respectiva, que nem de longe indica morosidade no seu *iter*, justamente por este primar pela regularidade e, ainda, depender de juízo deprecado para a realização de vários atos processuais.

Não é outro o caminho já de há muito sedimentado pela jurisprudência dominante, que infirma em sua totalidade a pretensão trazida a julgamento turmário, como apontam os arestos adiante em parte transcritos:

A) PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MOEDA FALSA. PRISÃO PREVENTIVA. PRESSUPOSTOS. EXISTÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL NÃO VERIFICADO. EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA REALIZAÇÃO DE INTERROGATÓRIO. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR, PORQUANTO PERSISTEM OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA SUPRESSÃO DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. REITERAÇÃO DE MANDAMUS NO EXÍGUO PRAZO DE UM MÊS.

- Não há que se falar na ocorrência de demora injustificada do perfazimento da instrução criminal, alegação apenas e tão-somente fundamentada no frágil argumento de já haver

decorrido prazo de 81 (oitenta e um) dias sem a sua conclusão, mormente quando se deve levar em consideração, como no presente caso, a dependência de outro juízo para o cumprimento de atos processuais vários, a justificar a expedição de carta precatória destinada à realização de interrogatório, e oferecimento de defesas prévias dos réus, consoante informações do juízo impetrado;

- Nunca é demais ressaltar, ser o prazo de 81 (oitenta e um) dias para conclusão da instrução criminal mera construção jurisprudencial, que não deve se sobrepor, como *in casu*, à razoabilidade com que se vem conduzindo a marcha processual da ação penal respectiva, que nem de longe indica morosidade no seu *iter*, justamente por este primar pela regularidade e, ainda, depender de juízo deprecação para a realização do interrogatório dos réus que, bem se diga, foi aprazado com muita brevidade.

- Ordem denegada, à semelhança do HC precedente (nº 3.048/PB).

(Rel.Des.Fed.Conv. Paulo Machado Cordeiro. Julg. 29.01.2008, unân. DJU 12.03.08, pp. 798-963)

B) (...) 4. A concessão de *habeas corpus* em razão da configuração de excesso de prazo é medida de todo excepcional, somente admitida nos casos em que a dilação (A) seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela acusação; (B) resulte da inércia do próprio aparato judicial, em obediência ao princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal; ou (C) implique em ofensa ao princípio da razoabilidade.

5. O período de 81 dias, fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, não deve ser entendido como prazo peremptório, eis que subsiste apenas como referencial para verificação do excesso, de sorte que sua superação não implica necessariamente um constrangimento ilegal, podendo ser excedido com base em um juízo de razoabilidade.

6. Neste caso, **a demora no término da instrução probatória (10 meses) pode ser atribuída, entre outras causas, à complexidade do feito e à necessidade de expedição de carta precatória** para oitiva das testemunhas, inclusive por se tratar de crime de autoria coletiva (5 pessoas).

(STJ - Superior Tribunal de Justiça; HC - *Habeas Corpus* - 85747, processo: 200701486043, UF: BA, órgão julgador: 5ª Turma, data da decisão: 25/10/2007; *DJ*, data: 19/11/2007, página: 260; Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho) (grifei)

C) (...) IV. Trata-se de processo criminal que tramita regularmente, tendo sido retardado, apenas em parte, em decorrência da fuga do réu do distrito da culpa, da necessidade de expedição de carta precatória e da observância às formalidades legais.

V. Por aplicação do Princípio da Razoabilidade, justifica-se eventual dilação de prazo para a conclusão da instrução processual, quando a demora não é provocada pelo Juízo ou pelo Ministério Público, mas sim decorrente de incidentes do feito e devido à observância de trâmites processuais sabidamente complexos.

VI. O prazo de 81 dias para a conclusão da instrução criminal não é absoluto.

VII. O constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada.

(STJ - Superior Tribunal de Justiça; Classe: HC - *Habeas Corpus* - 42480, processo: 200500409375, UF: MT, órgão julgador: 5ª Turma, data da decisão: 28/06/2005; *DJ*, data: 01/08/2005, página: 498; Rel. Ministro. Gilson Dipp) (grifei)

D) Aceita-se eventual dilação, devido aos ressaltados incidentes do feito e à observância de trâmites processuais sabidamente complexos, como a necessidade de expedição de carta precatória para o interrogatório do paciente.

Eventual retardo para a finalização da instrução se justifica, não tendo sido provocado pelo Juiz ou pelo Ministério Público.

O constrangimento reputado indevido, decorrente de excesso de prazo na formação da culpa, fica excluído por força do princípio da razoabilidade.

O prazo de 81 dias para a conclusão da instrução criminal não é absoluto e o constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada – o que não se vislumbra no presente caso.

(Superior Tribunal de Justiça, classe: RHC – Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* - 17200, processo: 2005000 87371 UF: SP, órgão julgador: 5ª Turma, data da decisão: 15/03/2005; DJ, data: 04/04/2005, página: 328, Rel. Ministro Gilson Dipp) (grifei)

E) (...) V - estando presentes os motivos ensejadores da prisão preventiva, não há de se falar em liberdade provisória com fiança (art. 324, IV, do CPP).

VI - o prazo de 81 (oitenta e um) dias para o encerramento da instrução criminal não é peremptório, exigindo análise, no caso concreto, em face do princípio da razoabilidade.

VII - a aplicação deste princípio é cabível quando a dilação de prazo para a conclusão da instrução não decorrer de desídia do Juízo ou Ministério Público. Precedente do STJ.

VIII - tratando-se de feito em que o interrogatório, bem como a oitiva das testemunhas de defesa, estão sendo realizados através de carta precatória à comarca de Ouricuri-PE, encontra-se justificado o alegado excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal.

IX - ordem de *habeas corpus* denegada.

(TRF-5ª Região; HC 2.676-PE, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. Margarida Cantarelli; julg. 13.02.07, DJU-14.03.07, p. 894) (grifei).

Por outro lado, como consta das informações prestadas, “...a autoridade policial acusa a tramitação de diversos inquéritos em sua unidade, nos quais figuram como indiciados os dois irmãos, dentre outros envolvidos. São acusações de ameaça, calúnia, injúria, difamação, corrupção, dano qualificado, recepção e estelionato. Diversas ações penais são encabeçadas por Jurandir Manoel Freire (Zé Índio), já condenado, preso e, hodiernamente, em liberdade condicional” (fl. 33).

São fatos que conduzem à ilação, em tudo razoável, de que, uma vez em liberdade, voltarão os pacientes a delinquir, de sorte que a continuidade da segregação justifica-se como imperativo da **garantia da ordem pública**.

Ouçá-se, nessa linha, o douto representante do Ministério Público Federal, subscritor do circunstanciado Parecer de fls. 36/39:

“Vejo, outrossim, necessidade de manter a custódia cautelar ante as provas constantes dos autos, fato que, por si só, atesta a necessidade de denegação da ordem, mantidos os fundamentos legais que determinaram a expedição da prisão”.

À míngua, portanto, de elementos mínimos caracterizadores de ilegalidade, também não vislumbro, no bojo deste *habeas corpus*, eivas de flagrante atipicidade ou de ausência de elementos indiciários de autoria do crime em comento, razão pela qual **dou pela regularidade da condução da marcha processual do feito criminal em espécie, bem como da segregação cautelar dos pacientes**, esta determinada e reiterada através de decretos judiciais revestidos de fundamentações jurídico-legais que primam pela razoabilidade de seus termos e comandos.

Impõe-se a **DENEGAÇÃO** da ordem colimada neste *writ*.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.424-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (CONVOCADO)
Impetrante: FRANCISCO OLIVEIRA DA NÓBREGA
Impetrado: JUÍZO DA 16ª VARA FEDERAL DO CEARÁ
Paciente: FRANCISCO OLIVEIRA DA NÓBREGA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DELITO DO ART. 171, § 3º, C/C ART. 29, CP. CRIME COMUM. DEFESA PRELIMINAR (ART. 514, CPP). DESNECESSIDADE. DENÚNCIA ALICERÇADA EM INQUÉRITO POLICIAL. SÚMULA 330, STJ. DENEGAÇÃO DA ORDEM. - Trata-se de habeas corpus liberatório, sem pedido de liminar, impetrado contra decisão do Juízo a quo, que negou o direito de defesa preliminar ao paciente em feito no qual lhe é imputado crime comum (art. 171, § 3º, c/c art. 29, CP), insculpido este direito de defesa no art. 514 do

CPP, sendo argüida a nulidade absoluta do processo e requerido ao final o trancamento da ação penal.

- A Suprema Corte já decidiu que “[...] Revela-se dispensável a notificação prévia, para efeito de defesa preliminar (CPP, art. 514), nos casos em que a denúncia é apresentada com base em inquérito policial [...]” (STF - HC 85.560 - SP - 2ª T. - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 15.12.2006 - p. 109).

- No caso dos autos, sequer foi demonstrado que prejuízo a ausência de notificação preliminar teria trazido para a defesa, restando afastada a nulidade apontada, com fundamento na Súmula 330 do STJ.

- O fato de ao paciente ser imputado crime comum (art. 171, § 3º, CP), e não funcional, também afasta a necessidade de se lhe oportunizar defesa preliminar.

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

Recife, 18 de novembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* liberatório, sem pedido de liminar, impetrado contra decisão do Juízo *a quo*, que negou o direito de defesa preliminar ao paciente em feito no qual lhe é imputado cri-

me comum (art. 171, § 3º, c/c art. 29, CP), inculpido este direito de defesa no art. 514 do CPP, sendo argüida a nulidade absoluta do processo e requerido ao final o trancamento da ação penal.

O paciente foi denunciado pela prática do delito inculpido no art. 171, § 3º, c/c art. 29 do CP, devido à existência de sérios indícios de que, como servidor do INSS, teria concedido de forma fraudulenta benefício previdenciário ao co-réu Francisco Vieira de Paiva.

Em suas razões, o impetrante trouxe a lume doutrina em favor de sua tese, bem assim julgado da Suprema Corte, para apontar nulidade absoluta no feito em decorrência da sua não-notificação para apresentação de defesa preliminar, requerendo o trancamento da ação penal.

Em suas informações, o Juízo *a quo* aduziu que não há de se falar em afastamento do enunciado da Súmula 330 do STJ, que traduz entendimento há muito pacificado nos tribunais pátrios. Assim, conclui que a investigação policial, através de inquérito, traz em seu bojo elementos bastantes para formar a convicção do magistrado acerca do recebimento da peça acusatória, atingindo-se o fim do art. 514 do CPP, ausente, portanto, qualquer prejuízo ao denunciado.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, entendendo que, quando a ação penal for devidamente instruída pelo inquérito policial, como é o caso dos autos, desnecessária se faz a notificação do acusado para apresentação da defesa preliminar de que fala o art. 514 do CPP e a Súmula nº 330 do STJ.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator Convocado):

O paciente foi denunciado pela prática do delito inculpido no art. 171, § 3º, c/c art. 29 do CP, devido à existência de sérios indícios de que, como servidor do INSS, teria concedido de forma fraudulenta benefício previdenciário ao co-réu Francisco Vieira de Paiva.

A Suprema Corte já decidiu que “[...] Revela-se dispensável a notificação prévia, para efeito de defesa preliminar (CPP, art. 514), nos casos em que a denúncia é apresentada com base em inquérito policial [...]”. (STF - HC 85.560 - SP - 2ª T. - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 15.12.2006 - p. 109).

No caso dos autos, sequer foi demonstrado que prejuízo a ausência de notificação preliminar teria trazido para a defesa, restando afastada a nulidade apontada, com fundamento na Súmula 330 do STJ.

O fato de ao paciente ser imputado crime comum (art. 171, § 3º, CP), e não funcional, também afasta a necessidade de se lhe oportunizar defesa preliminar.

Sobre o tema, confira-se também os seguintes precedentes do STJ e desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 316 C/C O ART. 29, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. ART. 514 DO CPP. DEFESA PRELIMINAR. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO.

I - A inobservância ao disposto no art. 514 do CPP, para configurar nulidade, exige o protesto oportuno e a demonstração de prejuízo daí decorrente.

II - In casu, não foi demonstrado o prejuízo sofrido pelos pacientes (*pas de nullité sans grief*), impedindo, assim, a anulação da decisão objurgada. Writ denegado. (STJ - HC 89.581 - (2007/0204658-6) - Rel. Min. Felix Fischer - DJ 04.08.2008 - p. 4.991) (grifos nossos).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO (ART. 312, CAPUT, CP). DEFESA PRELIMINAR (ART. 514, CPP). DESNECESSIDADE. DENÚNCIA ALICERÇADA EM INQUÉRITO POLICIAL. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. ADVOGADOS CONSTITUÍDOS. NÃO COMPROVAÇÃO CABAL DE PREJUÍZO. ART. 563 DO CPP E SÚMULA 523 DO STF. NULIDADES PROCESSUAIS INEXISTENTES. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO CONDENATÓRIA LASTREADA EM FUNDAMENTOS SÓLIDOS. APELO IMPROVIDO.

1. Trata-se de apelação criminal, interposta contra sentença de fls. 155-169, exarada pelo MM. Juiz Federal Substituto da 3ª Vara-PB, Dr. Sérgio Murilo Wanderley Queiroga,

que condenou o apelante às penas de 2 (dois) anos de reclusão e a 20 (vinte) dias-multa, cada dia-multa equivalente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à data do fato, pela prática do crime previsto no art. 312, caput, do Código Penal.

2. Quanto à preliminar de nulidade processual por ausência de oportunidade ao exercício de defesa preliminar, o magistrado de primeiro grau já a rechaçara sob o indiscutível argumento de que a notificação do denunciado para resposta escrita, prevista no art. 514 do Código de Processo Penal, só é necessária quando a denúncia vem acompanhada apenas de documentos ou justificação, nunca quando precedida de Inquérito Policial que a instrui, gerando somente nulidade relativa. Precedente do STJ.

3. A respeito da preliminar de nulidade processual por deficiência da defesa, verifica-se que o apelante foi assistido, no decorrer de toda a instrução criminal, por dois advogados particularmente constituídos, não se demonstrando, cabalmente, o efetivo prejuízo que tal patrocínio causou ao Recorrente. Aplicação da Súmula nº 523 do STF e do art. 563 do CPP.

4. A prescrição da pretensão punitiva, regulada pela pena em concreto (art. 110, §1º, CP), eis que a sentença transitou em julgado para a acusação, haveria de se consumar em lapso temporal de 4 (quatro) anos. Como a denúncia foi recebida em 17.08.2001 e a publicação da decisão recorrida se deu em 13.06.2005 (fl. 170), denota-se que a pretensão punitiva estatal somente estaria prescrita em 17.08.2005, razão pela qual se afasta a hipótese de causa extintiva da punibilidade.

5. Apelação Criminal conhecida mas improvida.
(TRF-5ª R. - ACR 2001.82.00.004934-9 - 1ª T. - Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde - *DJU* 17.11.2006 - p. 1250) (grifos nossos).

PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL. ART. 69 DA LEI Nº 9.605/98. **NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. RESPOSTA PRELIMINAR. ART. 514, CPP. PRESCINDIBILIDADE. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INQUÉRITO ACOMPANHADO PELO RÉU. EMENDATIO LIBELLI. ART. 383, CPP. POSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO HARMÔNICO. CONDENAÇÃO MANTIDA.**

1. Estando devidamente descrita a conduta na denúncia, pode o magistrado dar nova capitulação jurídica, consoante previsão do art. 383 do Código de Processo Penal – *emendatio libelli* –, sem acarretar qualquer nulidade processual.

2. O réu se defende dos fatos e não da capitulação dada na denúncia, inexistindo prejuízo à defesa quanto à nova capitulação.

3. A nulidade por inobservância do art. 514 do CPP é relativa, sendo necessária a comprovação de prejuízo à defesa.

4. Se houve inquérito policial acompanhado pelo acusado, descabe a notificação para a defesa preliminar. Precedentes.

5. Havendo conjunto probatório harmônico, com elementos de provas convincentes e satisfatórios, confirma-se a condenação imposta.

6. Apelação a que se nega provimento.

(TRF-5ª R. - ACR 2003.84.00.005315-9 - 4ª T. - RN - Relatora Des. Fed. Margarida Cantarelli - DJU 30.05.2006 - p. 1.045) (grifos nossos).

Isso posto, adotando idêntico entendimento, denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

MEDIDA CAUTELAR DA PRESIDÊNCIA Nº 2.511-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO

Requerente: ACÁCIA SILVEIRA SOBRAL CARDOSO

Requerida: UNIÃO

Advs./Procs.: DRS. GETULIO SAVIO SOBRAL NETO E OUTROS

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE AÇÃO RESCISÓRIA. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. NATUREZA ALIMENTAR DA MATÉRIA DISCUTI-

DA NA DECISÃO RESCINDENDA. FUMAÇA DO BOM DIREITO CONFIGURADA. MEDIDA CAUTELAR QUE SE JULGA PROCEDENTE.

- Decisão judicial transitada em julgado reconhecendo o vínculo estatutário de servidora junto ao antigo INAMPS.

- Apresenta-se temerária a efetivação de decisão proferida nos autos da ação rescisória que teria desconstituído o decisório transitado em julgado, suprimindo, por consequência, o pagamento dos vencimentos da servidora antes do seu trânsito em julgado, mormente, no particular, em que a mesma vinha recebendo tais estípicos há mais de 24 (vinte e quatro) anos.

- Configurada a presença do fumus boni iuris e do periculum in mora.

- Pedido cautelar que se julga procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, acordam os Desembargadores Federais deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão plenária, realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, julgar procedente a medida cautelar, nos termos do voto do Relator.

Recife, 5 de novembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Cuida-se de medida cautelar ajuizada por Acácia Silveira Sobral Cardoso em face da União, a fim de que seja concedida medida liminar para emprestar efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário interpostos pela requerente contra o acórdão do Pleno deste Tribunal, nos autos da Ação Rescisória nº 4.909/SE.

A requerente sustenta, a título de fumaça do bom direito, que teria sido reconhecido seu vínculo trabalhista com o extinto INAMPS, em face de sentença trabalhista transitada em julgado em 29 de outubro de 1996 (v.fl. 149).

Historia, ainda, que teria ajuizado ação ordinária em face da União Federal, sucessora do INAMPS, com vistas a discutir a sua demissão, efetivada em agosto de 1995, sob o argumento de que a relação empregatícia reconhecida pela Justiça Trabalhista teria sido convertida em vínculo estatutário com o advento da Constituição de 1988, motivo pelo qual, no seu entender, só poderia ser demitida, haja vista a estabilidade prevista no art. 19 do ADCT, através de sentença judicial ou após procedimento administrativo, onde lhe fosse assegurado o devido processo legal, nos termos da Lei nº 8.112/90.

A referida ação ordinária foi julgada procedente pela Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado de Sergipe.

Por sua vez, a apelação interposta pela União Federal restou julgada improvida, mantendo-se na íntegra a decisão proferida pelo juiz *a quo*, tendo esta, posteriormente, transitado em julgado.

Ressalta, também, que teria sido negado provimento à ação rescisória ajuizada pela União, por unanimidade, pelo Pleno deste Regional (v. fls. 226/235).

Assevera que este egrégio Tribunal, julgando os embargos de declaração interpostos pela União Federal em face da referida ação rescisória, teria julgado procedentes os aclaratórios, conferindo-lhes efeitos infringentes, no sentido de *“revogar a sentença anteriormente confirmada, anulando a reintegração determinada”* (v. fls. 242/247).

Por seu turno, aduz que o *fumus boni iuris* reside no fato de que *“caso não seja dado efeito suspensivo aos recursos apresentados, permitindo execução provisória do acórdão, a autora será novamente retirada do serviço público, deixando de exercer suas funções regulares, sua única fonte de sustento, causando sérios danos à sua dignidade e de sua família”*.

Liminar deferida às fls. 319/322.

Às razões de sua contestação, a União Federal argüiu que não estariam presentes nos autos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

A ausência de plausibilidade do direito, a seu ver, reside no fato de que a reintegração da servidora Acácia Silveira Sobral Cardoso, reconhecida pelo *decisum* objeto da Rescisória nº 4.909/SE, teria se dado com base em uma sentença trabalhista que reconheceu, tão-somente, o direito ao recebimento das férias e 13º salários.

Destaca, por sua vez, que a requerente não fez prova da configuração do *periculum in mora*, no particular.

É o relatório.

VOTO

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

Apreciando o pedido de provimento liminar, assim me pronunciei acerca da matéria discutida nos autos da medida cautelar em epígrafe:

Examino, primeiramente, a questão relativa à competência desta Presidência para conhecer da medida cautelar.

Com efeito, tendo sido interpostos recursos especial e extraordinário (v.fls. 15/34 e 37/51, respectivamente) e estando estes pendentes de apreciação quanto à sua admissibilidade, verifica-se ser competente a Presidência deste Tribunal para o processamento da causa, à luz do que dispõe o Regimento Interno desta Corte (artigo 16, inciso XVI, letra *h*).

Não bastasse, o Supremo Tribunal Federal já pacificou a questão ao editar as Súmulas 634 e 635 que, não obstante se reportem a recurso extraordinário, denotam a diretriz adotada pela Corte Suprema acerca do tema.

Desta orientação, não discrepa o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual se verifica do aresto cuja ementa segue transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. INDEFERIMENTO. PRESSUPOSTOS. INOCORRÊNCIA. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE

ADMISSIBILIDADE PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS NS. 634 E 635/STF. DESPROVIMENTO.

1 - O colendo Superior Tribunal de Justiça compartilha da orientação pacificada pelo Pretório Excelso, exigindo o exame de admissibilidade recursal pela Corte Estadual para conhecer de medida cautelar objetivando a concessão de efeito suspensivo a recurso especial interposto. A competência para análise de tal pedido cautelar no período entre a interposição do recurso e a prolação do juízo de admissibilidade é do Presidente do Tribunal *a quo* e não das Cortes Superiores. Incidência das Súmulas ns. 634 e 635 do STF. Precedentes.

2 - *Omissis*.

3 - AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.¹

Demonstrada a competência deste Presidente para conhecer de medida cautelar que visa a atribuir efeito suspensivo a recurso superior, passa-se ao exame do pedido liminar.

Para a análise da providência cautelar em tela, apresenta-se necessário que a parte interessada demonstre a existência dos pressupostos inerentes aos pedidos de tal natureza, quais sejam: a aparência do bom direito e o perigo na mora da tutela jurisdicional.

No que toca ao *fumus boni iuris*, anoto, em exame preambular e precário que a natureza liminar me impõe, que o vínculo laboral entre a requerente e o antigo INAMPS, atualmente sucedido pela União, foi reconhecido pela Justiça do Trabalho em relação ao período anterior à edição da Carta Federal de 1988, decisão esta que se encontra sob o manto da coisa julgada desde 29 de outubro de 1996 (v. fl. 149).

Outrossim, verifica-se que a demissão da requerente, operada pelo INAMPS, deu-se em agosto de 1995, tendo, porém, a decisão proferida pela Justiça Federal anulado a referida demis-

¹ Ementa de ac., un., da Quarta Turma do STJ, aos 12/12/2006, no AGRMC 11.961/RJ, Rel.: Min. MASSAMI UYEDA, pub. DJ 16/04/2007, p. 200.

são, determinando a reintegração da requerente ao quadro do antigo INAMPS, transformando a relação empregatícia a que estava sujeita em vínculo estatutário, submetendo-a, por conseguinte, ao regime jurídico próprio dos servidores públicos, com esteio no art. 243 da Lei nº 8.112/90, que assim dispõe:

Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.

Em prol da aparência do bom direito da requerente, verifica-se, também, que não foi dado provimento à apelação interposta pela União em face da decisão supracitada, encontrando-se o referido acórdão sob o manto da *res judicata*.

Sem embargo da importância de que a Ação Rescisória nº 4909 teria desconstituído o decisório transitado em julgado, ao fundamento de que a ora requerente não havia implementado o efetivo exercício no cargo pelo prazo de 5 (cinco) anos, a fim de alcançar a estabilidade funcional prevista no art. 19 do ADCT, tenho que não menos relevante é o fato de que a questão citada ainda se encontra *sub judice*, aguardando decisão final, por conta da interposição dos recursos extremos aos quais esta medida cautelar pretende emprestar efeito suspensivo.

Nessa perspectiva, verifica-se que, dentro do limite processual imposto à análise do direito material discutido em sede de providência cautelar, a pretensão da requerente, à luz dos princípios da segurança jurídica, da razoabilidade e da boa-fé, encontra-se revestida da fumaça do bom direito.

No que toca à urgência da prestação jurisdicional, afigura-se também presente, considerando o fundado receio de que, enquanto se aguarda o julgamento dos recursos manejados perante os tribunais de superposição, venha ocorrer dano grave e de difícil reparação que a requerente terá de suportar.

De fato, o afastamento da requerente no serviço público importará supressão do pagamento dos seus vencimentos, fonte indubitosa de sua subsistência e sobrevivência nos últimos 24 (vinte e quatro) anos de trabalhos prestados ao serviço público (considerando que sua admissão se deu em 11 de dezembro de 1984 junto ao extinto INAMPS). A verba em questão ostenta, indubitavelmente, natureza alimentar, fator que poderá tornar inócua eventual decisão favorável em sede dos recursos especial e extraordinário interpostos pela requerente. Esta situação se revela incompatível com a demora na prestação jurisdicional.

Ressalte-se, por fim, que o dano invocado pela requerente está no plano da potencialidade, porquanto desnecessário, na espécie, que a parte interessada comprove sua efetiva concretização, mas, tão-somente, a real possibilidade da sua incidência, tornando inócua o provimento judicial definitivo.

Nesse sentido, vale trazer a lume preciosa lição de Ovídio Baptista da Silva, citado por Márcio Louzada Carpena², no sentido de que, “por definição, o dano continua sendo um simples risco e, neste terreno jamais a parte poderá demonstrar a veracidade absoluta do que alega, pois, se o risco se transformar em dano, passa a ser fato e, nesse caso, como é curial, a medida cautelar já seria inócua, pois o dano que se pretendeu evitar acaba de ocorrer”.

Sob esta perspectiva, à míngua de fundamentação relevante a justificar a alteração do entendimento esposado na decisão supra, julgo procedente a medida cautelar ajuizada.

É como voto.

² *Do Processo Cautelar Moderno*, Ed. Forense, 2ª edição, p. 152.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.108-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Reclamante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Reclamado: FRANCISCO AFONSO MACHADO BOTELHO
Advs./Procs.: DRS. KAMILE MOREIRA CASTRO E OUTROS (RECD0.)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE PRISÃO PREVENTIVA. CRIMES, EM TESE, DE MALVERSAÇÃO DE DINHEIRO PÚBLICO E DE FRAUDE À LICITAÇÃO. ACUSADO QUE NÃO MAIS EXERCE O CARGO ELETIVO DE PREFEITO. PRISÃO PREVENTIVA. PRESSUPOSTOS E REQUISITOS. AUSÊNCIA DE RISCO À ORDEM PÚBLICA E À INSTRUÇÃO CRIMINAL. NÃO SUPERVENIÊNCIA DE FATOS NOVOS A ENSEJAR A MODIFICAÇÃO DA DECISÃO SINGULAR.

- A legislação processual penal admite a decretação da prisão preventiva em qualquer fase do Inquérito Policial e da Instrução Criminal, uma vez fundada em elementos que demonstrem a existência do delito e os indícios suficientes de autoria (fumus boni juris). De acordo com o art. 312 do CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada quando demonstrada a necessidade de se preservar a ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal (periculum in mora).

- Não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP, mas é indispensável a indicação de elementos concretos que demonstrem a necessidade da segregação preventiva. Precedentes do STF.

- Sem embargo da evidente reprovabilidade das

condutas atribuídas, em tese, ao ora recorrido, não vislumbro, na hipótese, que a permanência do acusado em liberdade possa trazer risco à ordem pública, tampouco à instrução criminal. Hipótese em que o acusado, ora recorrido não mais exerce o cargo eletivo de Prefeito, possui endereço fixo e atividade laboral comprovada, sendo improvável que venha a se evadir.

- Não se pode basear a decretação de prisão preventiva unicamente em fatos que já existiam quando do seu indeferimento e/ou liberação do acusado – deve a razão justificadora do novo pedido de prisão assentar-se em novos elementos ou circunstâncias de fato que passaram a existir.

- Inexistindo superveniência de fatos novos a justificar novo pedido de prisão preventiva, impõe-se a confirmação da decisão recorrida.

- Recurso em sentido estrito improvido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Federal, 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 outubro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Cuida-se de recurso em sentido estrito, interposto pelo Ministério Público Federal (fls. 03/11), formado por instrumento, contra decisão (fls. 165/169) da lavra do Exmo. Sr. Juiz Federal da 18ª Vara/

CE (Sobral) que, nos autos da ação penal 2002.81.03.014017-3, indeferiu pedido de prisão preventiva, ao argumento de, não obstante haver indícios de autoria e materialidade delitivas, o contexto dos fatos não autoriza concluir se fazerem presentes os fundamentos para decretação da custódia cautelar, que estão elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Segundo a denúncia ofertada pelo *dominus litis*, o denunciado, ora recorrido, à época Prefeito do Município de Itatira/CE, foi incurso por crimes de responsabilidade tipificados no artigo 1º, incisos I e XI, do Decreto-Lei nº 201/67, em face de, em tese, ter praticado malversação das verbas federais repassadas ao referido município, bem como ter, em tese, autorizado pagamento de locadoras de veículos para aquisição de combustível, peças e manutenção de autos (serviços que competiam a tais empresas), sem que tivesse havido licitação para contratação de tais serviços (crime previsto no artigo 89 da Lei nº 8.666/93).

Em suas razões de recorrer em sentido estrito, o MPF sustentou que remanescem os motivos autorizadores para a prisão preventiva em face de: 1) ter o denunciado deixado transcorrer *in albis* o prazo para resposta preliminar, o que denota a intenção de eximir-se da aplicação da lei; 2) a gravidade dos crimes perpetrados, em tese, consubstanciado pelo prejuízo em virtude das obras e serviços não terem sido realizados, tampouco concluídos; 3) a reiteração das condutas ferir a ordem pública e credibilidade da administração pública.

Nas contra-razões (fls. 15/27), o recorrido pugna pela manutenção da decisão recorrida, aduzindo, para tanto que: a) não é revel, pois não foi citado para ser interrogado ou para apresentar defesa prévia; b) apenas não apresentou sua resposta preliminar; c) possui endereço certo e exerce atividade lícita (professor da Universidade Federal do Ceará); d) que, atualmente, não exerce mais o cargo de Prefeito e a acusação foi embasada na má utilização de verbas públicas no período da sua gestão, enquanto administrador da municipalidade de Itatira/CE; e) a sua liberdade não põe em risco a garantia da aplicação da lei penal, nem causa prejuízo à ordem pública, porquanto não teria como agir reiteradamente, em virtude de não exercer mais o cargo de Prefeito do Município de Itatira/CE.

Parecer Ministerial (fls. 175/177) da lavra da Exma. Sra. Procuradora da República, Dra. Maria do Socorro Leite de Paiva, que opinou pela manutenção da decisão singular e conseqüente improvimento do recurso interposto pela Acusação, ao argumento de, embora haver indícios de autoria e materialidade delitivas, a liberdade do réu não apresenta prejuízo potencial à sociedade, até porque o acusado não exerce mais o cargo eletivo de prefeito, de modo a causar algum prejuízo à ordem pública, tampouco à aplicação da lei penal, caso venha a ser condenado, o que não se evidenciam os pressupostos para o decreto da custódia cautelar, a teor do artigo 312 do Código de Processo Penal.

É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Trata-se de recurso em sentido estrito, formado por instrumento (fls. 03/11) interposto pelo Ministério Público Federal, contra decisão (fls. 165/169) da lavra do Exmo. Sr. Juiz Federal da 18ª Vara/CE (Sobral) que, nos autos da Ação Penal 2002.81.03.014017-3, indeferiu pedido de prisão preventiva, ao argumento de, não obstante haver indícios de autoria e materialidade delitivas, o contexto dos fatos não autoriza concluir se fazerem presentes os fundamentos para decretação da custódia cautelar, que estão elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Segundo a denúncia ofertada pelo *dominus litis*, o denunciado, ora recorrido, à época Prefeito do Município de Itatira/CE, foi incurso por crimes de responsabilidade tipificados no artigo 1º, incisos I e XI, do Decreto-Lei nº 201/67, em face de, em tese, ter praticado malversação das verbas federais repassadas ao referido município, bem como ter, em tese, autorizado pagamento de locadoras de veículos para aquisição de combustível, peças e manutenção de autos (serviços que competiam a tais empresas), sem que tivesse havido licitação para contratação de tais serviços (crime previsto no artigo 89 da Lei nº 8.666/93).

Em suas razões de recorrer em sentido estrito, o MPF sustentou que remanescem os motivos autorizadores para a prisão

preventiva em face de: 1) ter o denunciado deixado transcorrer *in albis* o prazo para resposta preliminar, o que denota a intenção de eximir-se da aplicação da lei; 2) a gravidade dos crimes perpetrados, em tese, consubstanciado pelo prejuízo em virtude das obras e serviços não terem sido realizados, tampouco concluídos; 3) a reiteração das condutas ferir a ordem pública e credibilidade da administração pública.

Nas contra-razões (fls. 15/27), o recorrido pugna pela manutenção da decisão recorrida, aduzindo, para tanto que: a) não é revel, pois não foi citado para ser interrogado ou para apresentar defesa prévia; b) apenas não apresentou sua resposta preliminar; c) possui endereço certo e exerce atividade lícita (professor da Universidade Federal do Ceará); d) que, atualmente, não exerce mais o cargo de Prefeito e a acusação foi embasada na má utilização de verbas públicas no período da sua gestão, enquanto administrador da municipalidade de Itatira/CE; e) a sua liberdade não põe em risco a garantia da aplicação da lei penal, nem prejuízo à ordem pública, porquanto não teria como agir reiteradamente, em virtude de não exercer mais o cargo de Prefeito do Município de Itatira/CE.

Passo à análise.

De uma análise da decisão recorrida (fls. 165/169), verifica-se constar, expressamente, entre outros fundamentos:

(...) Fundamenta o nobre representante do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL a decretação da prisão preventiva na garantia da aplicação da lei penal e da ordem pública, eis que a seu ver a não localização do acusado evidencia o seu escopo de se ocultar e de frustrar a persecução penal. Argumenta, ainda, que a conduta reiterada do réu em dar azo aos constantes prejuízos públicos atinge toda a coletividade, “que se vê prejudicada pelas obras e serviços públicos não realizados ou abandonados, em virtude da malversação dos recursos públicos ao município de Itatira/CE (...)”.

Reza o art. 312 do Código de Processo Penal, *in verbis*: (...).

Embora identificados os pressupostos para a decretação da preventiva, é dizer, os **indícios suficientes de autoria**

e a **prova da existência do crime**, bem como as condições de admissibilidade previstas no art. 313, I, do CPP, tenho, *data venia* ao entendimento do Douto Procurador da República, que o contexto da causa não nos autoriza concluir se fizerem presentes os fundamentos para decretação da custódia preventiva que estão encartados no art. 312 do CPP (...).

Por outro lado, sustentou o órgão acusador que *“a reiteração das mesmas condutas repugnantes expõe a risco, além da segurança da própria sociedade, a credibilidade das instituições encarregadas de sua repressão (...) posto que o acusado continua a fazer jus da extraordinária quantia desviada pela sua temerária gestão, em contrapartida à precária situação da população municipal”*.

Renovando minhas vênias, divirjo desse entendimento. Em verdade, creio que contribui muito mais para depor contra a credibilidade de uma instituição segregar um indivíduo acusado da prática de crime que, em si, não expõe as pessoas à real insegurança física ou psicológica apenas em razão das práticas nocivas ao andamento do processo encetadas por alguém que nada mais quer que fugir da sua responsabilidade penal. Embora grave, o crime supostamente perpetrado pelo acusado não é daqueles que recomendam a sua custódia. É que a prisão preventiva é medida excepcional e tolher o direito de ir e vir de um indivíduo antes de qualquer decreto condenatório somente é razoável quando em um juízo de ponderação de valores se verificar que o dano causado à coletividade com a sua liberdade é maior que o prejuízo individual da sua prisão cautelar (...).

E concluiu, o Exmo. Sr. Juiz Federal, no que se refere ao indeferimento do pedido de prisão preventiva em desfavor do ora recorrido. *Verbis*:

(...) Ademais, a legislação dispõe de mecanismos outros para evitar que as investidas contrárias à celeridade processual atravanque a persecução penal e descambe para a prescrição do direito de punir, a exemplo do disposto no art. 366, CPP. Por outro lado, há previsão de medidas cautelares a serem adotadas no curso do processo penal para assegurar a restituição do dano, a exemplo dos previstos nos arts.125 *usque* 144.

Nestes termos, verifica-se que a sua liberdade não é potencialmente prejudicial à sociedade, sobretudo em razão de o acusado não mais exercer qualquer mandato eletivo que o coloque em posição de causar maiores danos ao patrimônio público (v. sítio virtual do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará). E se temor há de que o mesmo venha a dificultar o ressarcimento ao erário, melhor neutralizar essa possibilidade através das medidas processuais próprias, que aliás, já foram postuladas pelo diligente representante do MPF às fls.981/984 e que serão, doravante, objeto de apreciação (...).

À luz do exposto, ao tempo em que **INDEFIRO O PEDIDO DE PRISÃO PREVENTIVA** de fls. 973/980 (...).

É consabido que toda e qualquer prisão decretada antes da condenação é, realmente, medida odiosa, uma vez que somente a sentença, que põe fim ao processo, é a única fonte legítima para restringir a liberdade pessoal a título de pena.

Volvendo-me à hipótese dos autos, o Exmo. Sr. Juiz Federal, na oportunidade de indeferir o pedido de prisão preventiva em desfavor do acusado, ora recorrido, não obstante tenha vislumbrado a presença do *fumus boni juris* (existência do delito e indícios de autoria), entendeu não demonstrado o *periculum in mora* (necessidade de se preservar a ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal).

Concordo que as condutas, em tese, perpetradas de malversação das verbas federais repassadas ao município de Itarira/CE, bem como, de autorização de pagamento de locadoras de veículos para aquisição de combustível, peças e manutenção de autos (serviços que competiam a tais empresas), sem que tivesse havido licitação para contratação de tais serviços, denotam, por suas peculiares naturezas, gravidade ante a sua lesividade.

Por outro lado, não vislumbro que o fato de o denunciado, ora recorrido, ter deixado transcorrer *in albis* o prazo para resposta preliminar, implicaria, necessariamente, na intenção de eximir-se da aplicação da lei penal, tampouco que tal atitude implique em prejuízo à instrução criminal. Como bem fez ver Sua Excelência, o Juiz singular, o acusado não mais exerce o cargo eletivo de prefei-

to, circunstância que o afasta da posição, em tese, de reiterar a conduta delitativa de causar dano ao patrimônio público, e que a legislação dispõe de mecanismos outros para evitar que as investidas contrárias à celeridade processual atravanquem a persecução penal e descambe para a prescrição do direito de punir, a exemplo do disposto no artigo 366 do CPP.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que “não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP, torna-se indispensável a indicação de elementos concretos que demonstrem a necessidade da segregação preventiva”. Confira-se:

EMENTA: *Habeas corpus*.

1. “Operação Navalha”. Inquérito no 544/BA do Superior Tribunal de Justiça. 2. Alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva. 3. Decreto prisional fundamentado em suposta conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública e econômica. 4. Segundo a jurisprudência do STF, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP, mas é indispensável a indicação de elementos concretos que demonstrem a necessidade da segregação preventiva. Precedentes. 5. A prisão preventiva é medida excepcional que demanda a explicitação de fundamentos consistentes e individualizados com relação a cada um dos cidadãos investigados (CF, arts. 93, IX, e 5º, XLVI). 6. A existência de indícios de autoria e materialidade, por si só, não justifica a decretação de prisão preventiva. 7. A boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual, principalmente a proteção judicial efetiva, permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial. O prestígio desses direitos configura também elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica, impedindo que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais. 8. Os direitos de caráter penal, processual e processual-penal cumprem papel fundamental na concretização do moderno Estado democrático de direito. 9. A aplicação esmorecida ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir civilização de barbárie. A diferença entre um Estado totalitário e um Estado Democrático de Di-

reito reside na forma de regulação da ordem jurídica interna e na ênfase dada à eficácia do instrumento processual penal da prisão preventiva. 10. O direito processual penal é o sismógrafo da Constituição, uma vez que nele reside a atualidade política da Carta Fundamental. O âmbito de proteção de direitos e garantias fundamentais recebe contornos de especial relevância em nosso sistema constitucional. 11. A idéia do Estado de Direito também imputa ao Poder Judiciário o papel de garantir a integridade dos direitos fundamentais. É necessário ter muita cautela para que esse instrumento excepcional de constrição da liberdade não seja utilizado como pretexto para a massificação de prisões preventivas. Em nosso Estado de Direito, a prisão é uma medida excepcional e, por essa razão, não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos. 12. Não é possível esvaziar o conteúdo constitucional da importante função institucional atribuída às investigações criminais na ordem constitucional pátria. A Relatora do INQ nº 544/BA possui amplos poderes para convocar sempre que necessário o paciente. Não se justifica a prisão para a mera finalidade de obtenção de depoimento. 13. Ausência de correlação entre os elementos apontados pela prisão preventiva no que concerne ao risco de continuidade da prática de delitos em razão da iminência de liberação de recursos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). 14. Paciente afastado da função de Procurador-Geral do Estado do Maranhão 11 (onze) meses antes da decretação da prisão cautelar. 15. Motivação insuficiente. 16. Ordem deferida para revogar a prisão preventiva decretada em face do paciente. (STF; HC nº 91.386-BA, decisão unânime da Segunda Turma, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJU 16/05/2008)

No caso concreto ora em apreço, sem embargo da evidente reprovabilidade das condutas atribuídas, em tese, ao ora recorrido, não vislumbro, na hipótese, que a permanência do acusado em liberdade possa trazer risco à ordem pública, tampouco à instrução criminal. Ademais, como se percebe dos autos, o acusado, ora recorrido não mais exerce o cargo eletivo de Prefeito, possui endereço fixo e atividade laboral comprovada, sendo improvável que venha a se evadir e/ou volte a delinquir. Frise-se que as medidas cautelares processuais penais já tiveram seu curso, a exem-

plo da quebra do sigilo bancário, com o intuito de viabilizar a coleta de informações relativas à movimentação de dinheiro em instituições financeiras, conforme se verifica do teor da parte final da decisão recorrida (fls. 168/169).

Nesse ponto (ausência de risco à ordem pública), é perfeita a manifestação do órgão ministerial, no Parecer de fls. 175/177, valendo a transcrição, *in verbis*:

(...) Assim sendo, além da demonstração de indícios da materialidade e da autoria, necessário se faz para sua decretação a demonstração de que a liberdade do paciente porá em risco a ordem pública e a ordem econômica, trará prejuízo à instrução criminal ou tornará ineficaz a aplicação da lei penal em caso de condenação. A necessidade da medida deve estar alicerçada, ainda, em fatos concretos e argumentos jurídicos.

No caso dos autos, embora presentes os indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime, ausentes estão os fundamentos legais mencionados, quais sejam, garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. A liberdade do réu não apresenta prejuízo potencial à sociedade, até porque o acusado não mais exerce o cargo eletivo de prefeito, de modo a causar algum prejuízo à ordem pública, tampouco à aplicação da lei caso seja condenado.

Ademais, é consabido que o clamor público, o sentimento de impunidade, por parte da sociedade, a reincidência ou os maus antecedentes não constituem, por si sós, motivos para o decreto preventivo, quando inexistir ameaça de risco à ordem pública. Por seu turno, sob o albergue da conveniência da instrução criminal, a prisão preventiva deve ser decretada quando ficar demonstrado que, estando solto, poderá o acusado comprometer o prosseguimento satisfatório da instrução, suprimindo provas, coagindo testemunhas, hipótese que não antevejo da análise fática trazida aos autos do presente recurso.

Por fim, é de se atentar que não se pode basear a decretação de prisão preventiva unicamente em fatos que já existiam quando da liberação do acusado (na hipótese sequer o acusado foi preso), deve a razão justificadora do novo pedido de prisão assentar-se

em novos elementos ou circunstâncias de fato que passaram a existir.

Inexistindo superveniência de fatos novos a justificar novo pedido de prisão preventiva, impõe-se a interpretação do comando do artigo 316, parte final, do CPP, confirmando-se a decisão recorrida.

Interessa destacar a esse respeito o seguinte julgado:

STJ: Prisão Preventiva. Relaxamento. Admissibilidade do restabelecimento do decreto somente se sobrevierem fatos novos. Interpretação do art. 316 do CPP (...). O Poder Judiciário tem por finalidade conferir estabilidade às situações jurídicas. Daí preclusões sucessivas até alcançar a coisa julgada. A prisão preventiva pode ser relaxada; ao depois restabelecida. Todavia (art. 316, CPP) “se sobrevierem razões que a justifiquem”. Em outras palavras, fato novo. Caso contrário, gerar-se-ia instabilidade, contrastante com o fim da prestação jurisdicional (RT 745/518)

Diante de tais considerações, acolho os argumentos deduzidos no Parecer Ministerial de fls. 175/177 e confirmo a decisão singular na parte que indeferiu o pedido de prisão preventiva em desfavor do Sr. Francisco Afonso Machado Botelho e, considerando a comprovada ausência de superveniência de fatos novos a justificar o decreto de prisão preventiva, nego provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA

4783-PB Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano 13

AGRAVO DE INSTRUMENTO

92048-CE Rel.^a. Des.^a. Federal Margarida Cantarelli 23

AGRAVO REGIMENTAL NA APELAÇÃO CÍVEL

354000-PE Rel. Des. Federal Paulo Gadelha 31

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR

3969-PE Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho. 37

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

2858-PB Rel.^a. Des.^a. Federal Margarida Cantarelli 43

APELAÇÃO CÍVEL

246041-PE Rel. Des. Federal Élio Siqueira (Convocado) 52

335632-RN Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.64

350078-PE Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt 72

366337-PE Rel. Des. Federal Carlos Rebêlo Júnior
(Convocado) 80

371399-AL Rel. Des. Federal José Maria Lucena 88

401284-PE Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias 95

406053-AL Rel. Des. Federal José Maria Lucena 105

413240-PE Rel. Des. Federal Marcelo Navarro 117

438541-PE Rel. Des. Federal Frederico Azevedo
(Convocado) 139

442688-SE Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães 155

445027-CE Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.161

445864-PE Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães 168

APELAÇÃO CRIMINAL

5818-PE	Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado)	178
5838-CE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	185

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

85660-PE	Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado)	193
----------	--	-----

HABEAS CORPUS

3390-CE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	201
3408-PE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	205
3424-CE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	213

MEDIDA CAUTELAR (PRESIDÊNCIA)

2511-SE	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho.	218
---------	---	-----

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

1108-CE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	225
---------	--	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

JURISPRUDÊNCIA

A

- Trbt Ação anulatória. Fornecimento de alimentação a empregados. Desnecessidade de inscrição do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador. Não incidência de contribuição previdenciária. Hospital e médicos que lhe prestam serviços. Relação de emprego caracterizada. Incidência da contribuição referenciada. AC445027-CE 161
- Ct, Adm e PrCv Ação civil pública. Revisão da tarifa de energia elétrica da CELPE. Resolução nº 112/2005 e Despacho nº 892/2004 da ANEEL. Ilegitimidade passiva da TERMOPERNAMBUCO. Controle jurisdicional da legalidade dos atos de concessionárias de serviços públicos. Princípios constitucionais da modicidade das tarifas e da tutela dos interesses dos consumidores. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. AC 413240-PE 117
- Adm e PrCv Ação de indenização por danos materiais e morais. Pensão alimentícia. Descontos indevidos em folha de pagamento. Homônima da autora. Valor da indenização confirmado. AC 371399-AL 88
- Adm Ação de nulidade de ato administrativo por ilegalidade e erro movida contra o INCRA. Imóvel rural constituído por diversas unidades com matrícula/registro próprios junto ao Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Jaboatão dos Guararapes declarado improdutivo, em sua unidade jurídica, para fins de desapropriação para reforma agrár-

	ria. Impossibilidade. Imóvel que é, segundo a Lei dos Registros Públicos, considerado como unidades distintas. Nulidade do ato administrativo de levantamento de dados e informações procedido pelo INCRA referente a imóvel rural constituído por vários outros, que concluiu por sua improdutividade. AC 246041-PE 52
Ct, Adm e Prev	Ação rescisória. Servidora cujo vínculo era celetista. Óbito anterior ao advento da CF/88. Concessão de pensão previdenciária pelo INSS. Aplicação da regra de paridade. Impossibilidade. Procedência da rescisória. AR 4783-PB 13
Ct e Adm	Auxílio-reclusão. EC nº 20/98. Benefício destinado aos dependentes do segurado. Requisito do valor da renda bruta mensal para percepção do auxílio. Atendimento pelos autores. AC 366337-PE 80

C

Adm e PrCv	Contrato de permissão de serviço público. Estação aduaneira interior-EADI. Apreensão de mercadorias. Responsabilidade da União pelo pagamento do serviço de armazenagem. Impossibilidade de liberação imediata de parte dos valores depositados. Necessidade de submissão dos valores da condenação à sistemática do precatório judicial. CF/88, art. 100. AC 438541-PE 139
Pen e PrPen	Crimes de reingresso de estrangeiro expulso e de lavagem de dinheiro. Materialidade e autoria comprovadas nos autos. Inocorrência de erro de proibição. Pena exacerbada. Redução. ACr 5838-CE 185

D

Cv, Adm e PrCv	Desapropriação para fins de reforma agrária. Ação de indenização por danos morais e materiais. Invasões de integrantes do Movimento dos Sem Terra (MST). Pretensão do recorrente desprovida de conteúdo probatório e que encontra óbice na não configuração do nexo de causalidade entre as invasões e a atuação do INCRA e na ausência de ilicitude dos atos administrativos da autarquia. AC 445864-PE 168
----------------	--

E

PrCv e Adm	Embargos à execução fiscal. Multa lavrada por fiscal do trabalho. Duplicidade de sanção sobre o mesmo fato jurídico. Impossibilidade. AC 335632-RN 64
PrCv	Execução fiscal. Decisão que determinou a substituição da garantia de fiança bancária por depósito em dinheiro, a ser deduzido do montante distribuído pela devedora como dividendos a seus acionistas. Fiança bancária. Instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal. AgTr 92048-CE 23

H

Pen e PrPen	<i>Habeas corpus</i> . Alegação de parcialidade da autoridade impetrada por determinar transcrições nas assentadas de audiência em desacordo com as declarações prestadas pelas testemunhas de defesa. Impropriedade da via eleita. Necessidade de dilação probatória incompatível com o rito do <i>habeas corpus</i> . Denegação da ordem. HC 3390-CE 201
-------------	--

Pen e PrPen *Habeas corpus*. Delito do CP, art. 171, § 3º, c/c art. 29. Crime comum. Defesa preliminar. Desnecessidade. Denúncia alicerçada em inquérito policial. Súmula 330 do STJ. Denegação da ordem. HC 3424-CE 213

PrPen *Habeas corpus*. Indígenas da comunidade Pankararu, Município de Jatobá-PE, denunciados pela prática do crime previsto no CP, art. 299, c/c 29 e 71. Acusação de emissão de declarações falsas da origem indígena e de carteiras de identificação de indígena a pessoas não-índias, em nome da FUNAI e do Ministério da Justiça. Prisão preventiva. Segregação que ultrapassa 81 dias. Pleito de revogação fundado em excesso de prazo para conclusão da instrução criminal. Inexistência. Expedição de inúmeras cartas precatórias para ouvida de testemunhas arroladas de parte a parte. Denegação da ordem. HC 3408-PE 205

I

Ct e Trbt Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI. Pautas fiscais ou pautas de valores. Lei nº 7.798/89. Possibilidade de alteração do valor do imposto desde que a exação não supere o tributo que seria devido mediante aplicação da alíquota sobre o valor tributável. Falta de comprovação de que a sistemática de cálculo do IPI tenha ocasionado qualquer prejuízo à apelante. AMS 85660-PE 193

Pen e PrPen Indeferimento de pedido de prisão preventiva. Crimes, em tese, de malversação de dinheiro público e de fraude a licitação. Acu-

sado que não mais exerce o cargo eletivo de prefeito. Prisão preventiva. Pressupostos e requisitos. Ausência de risco à ordem pública e à instrução criminal. Não superveniência de fatos novos a ensejar a modificação da decisão singular. RSE 1108-CE 225

L

Adm Limitação administrativa. Direito de construir. Código Brasileiro de Aeronáutica. Lei municipal. Zona especial aeroportuária. Aprovação de projeto de loteamento. Responsabilidade aquiliana do município. Direito à indenização. Redução do potencial construtivo. Ausência de responsabilidade da INFRAERO. AC 350078-PE 72

M

PrCv Medida cautelar. Recursos especial e extraordinário contra decisão proferida em sede de ação rescisória. Atribuição de efeito suspensivo. Decisão transitada em julgado. Natureza alimentar da matéria discutida na decisão rescindenda. Fumaça do bom direito configurada. Medida cautelar que se julga procedente. MCPR 2511-SE 218

P

Trbt e PrCv Parcelamento de débito. Multa moratória. Redução. Percentual estabelecido na MP nº 1.571/97. Aplicação. Correção do débito. UFIR de 1997. Indexador corretamente adotado pelo INSS. AC 406053-AL 105

R

- Cv Responsabilidade civil. CEF. Inscrição indevida do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito em decorrência do não pagamento de empréstimo bancário obtido por terceiros em seu nome, por meio da utilização de documentos falsificados. Negligência da instituição financeira. Dano moral. Caracterização. Direito a indenização. AC 442688-SE 155
- Pen Roubo de veículo a serviço da FUNAI. Condição de indígena dos acusados. Completa integração à sociedade brasileira. Estatuto do Índio. Inaplicabilidade. Atenuação da sanção e regime inicial de cumprimento da pena de semiliberdade. Impossibilidade. ACr 5818-PE 178

S

- Prev e PrCv Sentença condicional. Nulidade. Aplicação do CPC, art. 515. Pedido de aposentadoria. Regra de transição prevista na EC nº 20/1998. Não preenchimento dos requisitos exigidos em lei quando do requerimento administrativo. Direito à concessão da aposentadoria que não pode ser reconhecido. Apel/Reex 2858-PB 43
- Adm Servidor público. Incorporação de quintos. Período de 08/04/98 a 05/09/2001. Possibilidade. Implantação do regime de subsídio. Direito ao recebimento das prestações devidas entre o ingresso na carreira e a alteração do regime de remuneração. Recálculo da parcela complementar ao subsídio.

Princípio da irredutibilidade de vencimentos.
AC 401284-PE 95

PrCv Sistema Financeiro de Habitação. Ação de revisão. Acórdão que deu provimento à apelação interposta pelo mutuário para afastar a capitalização de juros do contrato de financiamento. Interposição de recurso especial. Execução extrajudicial da dívida. Decisão que deferiu medida cautelar incidental para sustar leilão. Presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Agravo regimental a que se nega provimento. AgRg na AC 354000-PE 31

PrCv Suspensão de liminar. Legitimidade das pessoas jurídicas de direito privado. Permissionária de serviço de transporte coletivo de passageiros no âmbito interestadual. Inexistência de comprovação de interesse público decorrente da delegação. Mero interesse particular. Agravo inominado a que se nega provimento. AgRg na SL 3969-PE 37