

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

JURISDIÇÃO

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

Número 78 - Março/Abril - 2009

R. TRF 5ª Região, nº 78, p. 1-261, Março/Abril - 2009

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

**Diretor da Revista
DESEMBARGADOR FEDERAL
PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA**

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 PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

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

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00

Presidente

Desembargador Federal

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03

Vice-Presidente

Desembargador Federal

MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - 08.08.07

Corregedor

Desembargador Federal

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Diretor da Escola de Magistratura Federal

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

Desembargador Federal

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - 03.07.00

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00

Desembargador Federal

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01

Diretor da Revista

Desembargador Federal
PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA - 19.09.01

Desembargador Federal
FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03

Desembargador Federal
VLADIMIR SOUZA CARVALHO - 27.02.08

Desembargador Federal
ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA - 05.05.08
Coordenador dos Juizados Especiais Federais

Desembargador Federal
FRANCISCO BARROS DIAS - 12.01.09

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

Presidente: Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Vice-Presidente: Desembargador Federal MARCELO NAVARRO
Corregedor: Desembargador Federal MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal PAULO DE TASSO B. GADELHA - Presidente
Desembargador Federal FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS
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)

Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI - Presidente
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES
Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO

SUMÁRIO

I - Jurisprudência	13
II - Índice Sistemático	251
III - Índice Analítico	255

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 4.758-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Parte Autora: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Parte Ré: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Lits. Pass.: JOSÉ STEPHANY DA CRUZ, MARIA CLÁUDIA DA SILVA, YASMI NASHARA DA SILVA, MÁRCIA LEANDRA DA SILVA, SALUSTIANO COELHO DA SILVA, TALITA TALIANE DE AQUINO E AYRICA ANGELLA M. O. DANTAS
Reptes.: MARIA ADELMA ROMEIRO DA CRUZ (1º LIT. PASS.), MARIA DOS PRAZERES DA S. CORDEIRO (2º LIT. PASS.), ETELVINA TEODORA DA SILVA (3º LIT. PASS.), MARIA DE FATIMA DA SILVA (4º LIT. PASS.), RAIMUNDA COELHO SILVA ALVES (5º LIT. PASS.), MARIA RITA (6º LIT. PAS.) E FRANCISCA OLIVEIRA DANTAS (7º LIT. PASS.)
Def. Público: DR. FABIANO CAETANO PRESTES (LIT. PASS.)
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO CARLOS DANTAS E OUTROS (PARTE A) E ANA CELIA FELIPE DE OLIVEIRA E OUTRO (LIT. PASS.)

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. LEGITIMIDADE DO MPF. PROTEÇÃO AO MENOR. ART. 33, PARÁGRAFO 3º, DA LEI 8.069/90. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 485 DO CPC. IMPROCEDÊNCIA.

- A verificação da existência do interesse a autorizar a atuação do Ministério Público na defesa de direitos homogêneos deve ser feita caso a caso, a fim de que se averigüe a nota de indisponibilidade do bem jurídico em discussão.

- No caso, o julgado rescindendo ao entender que a defesa dos menores em juízo configuraria direito social relevante, defensável através de ação civil pública, deu interpretação razoável ao tema, o que afasta o cabimento de rescisória por viola-

***ção à expressa disposição legal.
- A decisão rescindenda que assegurou aos menores sob guarda judicial, mesmo após a inovação legislativa contida na Lei nº 9.528/97, o direito ao benefício de pensão por morte, aplicando ao caso a previsão contida no art. 33, parágrafo 3º, da Lei nº 8.069/90 (ECA), não incide em flagrante violação à lei, visto que a matéria era da aplicação controvertida à época da prolação do julgado. Aplicação da Súmula 343 do STF.***

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 4 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Cuida-se de ação rescisória ajuizada pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social contra o Ministério Público Federal, bem como os litisconsortes passivos, José Stephany da Cruz, representado por sua mãe, Maria Adelman Romeiro da Cruz, Maria Cláudia da Silva, representada por sua mãe, Maria dos Prazeres da S. Cordeiro, Yasmi Nashara da Silva, representada por Etelvina Teodora da Silva, Márcia Leandra da Silva, representada por sua mãe, Maria de Fátima da Silva, Salustiano Coelho da Silva, representado por Raimunda Coelho Silva Alves, Talita Taliane de Aquino, representada por sua mãe, Maria Rita, e Ayrica Angella M. O. Dantas, representada por sua mãe, Francisca Oliveira Dantas. Pretende o autor desconstituir acórdão da egrégia Quarta Turma desta Corte que, em sede de ação civil pública, negou provimento ao

apelo da autarquia para manter a sentença que determinara ao INSS inscrever todas as crianças sob guarda judicial como dependentes equiparados a filho dos seus segurados, bem como conceder o benefício de pensão por morte aos beneficiários já inscritos como dependentes, ainda que o óbito tivesse ocorrido após a edição da MP 1.523/96, convertida na Lei nº 9.528/97.

Sustenta o autor, em preliminar, a ilegitimidade ativa do Ministério Público, em face do disposto no art. 301, X, do CPC; bem como a impropriedade da via processual eleita, uma vez que a ACP não se presta a declaração, *incidenter tantum*, de diploma legal.

No mérito, afirma que a decisão vergastada violou o art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.523/96, convertida na Lei nº 9.528/97, que suprimiu do ordenamento jurídico pátrio a equiparação a filho, do menor que, por determinação judicial, estivesse sob guarda do segurado.

Devidamente citados, os réus apresentaram contestação, sustentando, de início, que a rescisória não deve ser conhecida, por lhe faltar o pressuposto específico, qual seja: a violação a literal disposição da lei. Afirmam, ainda, que a legitimidade do Ministério Público Federal para propor ação civil pública para defesa dos interesses das crianças e dos adolescentes está amparada no art. 129, inciso II e III, da Constituição Federal; arts. 201, incisos V e VIII, e 210, inciso I, da Lei nº 8.069, de 13 de outubro de 1990 (ECA); e arts. 5º e 6º, da Lei Complementar nº 75/93. Por fim, argumentam que a disposição contida na Medida Provisória nº 1.523/96, convertida na Lei nº 9.528/97, alteradora da Lei nº 8.213/91, que suprimiu, do elenco de beneficiários da Previdência Social, o menor sob guarda judicial, conflita com o disposto na Lei 8.069/90 (ECA), norma especial que deve prevalecer, no caso.

Razões finais apresentadas às fls. 213, 215 e 216/220, reiterando os argumentos trazidos nas contestações.

Parecer do Procurador Regional da República opinando, inicialmente, pela extinção do processo sem resolução do mérito, por inépcia da inicial, e, ultrapassada a preliminar, pela improcedência do pedido (fls. 221-232).

É o relatório.

Submeto o feito à apreciação da douta Revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

O Procurador Regional Federal no seu parecer de fls. 223/234 sustenta, em preliminar, ser inepta a petição inicial, sob a alegação de que da narração dos fatos não decorre logicamente a conclusão. Argumenta que embora a causa de pedir verse sobre a existência de violação ao disposto no art. 16 da Lei nº 8.213/91, na redação que lhe deu a Lei nº 9.528/97, na conclusão do seu pedido o autor referiu-se à negativa de vigência à Lei nº 9.032/95, diploma que suprimiu a figura do menor designado da legislação previdenciária. Sustenta, dessa forma, a incongruência dos fatos narrados na inicial, que tratam da figura do menor sob guarda, e não do menor designado.

Não antevejo o vício apontado. O simples fato de a parte autora ter feito menção a número de lei diverso dos fundamentos de seu pedido, não impediu que o réu apresentasse sua defesa, uma vez que os argumentos trazidos na exordial eram de facílima compreensão.

Na verdade, depreende-se, sem muita dificuldade, que o Procurador da Autarquia Previdenciária ao elaborar a peça inicial descurou de substituir um termo pelo outro, ante a semelhança e a repetição das matérias, de há muito conhecidas no âmbito do Judiciário.

Como é sabido, graças ao princípio *iura novit cura* desde que os fatos tenham sido – como foram – postos de maneira clara, o juiz pode e deve aplicar o dispositivo correto a que se subsume.

Nesse sentido, já decidiu o egrégio STJ¹: *“Não caracteriza a inépcia da inicial por falta de conclusão lógica quando é patente o descuido de causídico em substituir um termo pelo outro no pedido”*.

¹ REsp 839935/MT, Rel. Min. José Delgado, j. em 05.10.2006, unânime, DJU de 26.10.2006.

Com essas considerações, rejeito a preliminar de inépcia da inicial e passo a analisar os fundamentos da ação rescisória.

Busca o autor, de início, a rescisão do julgado ao argumento de que o Ministério Público não detém legitimidade para a promoção da ação civil pública, uma vez que o art. 129, III, da CF/88, somente autoriza a defesa dos direitos difusos e coletivos, não se enquadrando nessa hipótese a pretensão de que seja reconhecido o direito dos menores sob guarda judicial de serem inscritos como dependentes do segurado guardião.

A Constituição Federal de 1988 deu especial relevo ao papel do Ministério Público, considerando-o “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127). Entre suas funções institucionais foi destacada a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III).

Assim, ao Ministério Público apenas incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não havendo qualquer previsão para sua atuação quando a demanda verse sobre direitos individuais homogêneos, já que, em regra, não é possível ao *Parquet* atuar na defesa de grupos determinados ou determináveis de pessoas.

Calha reconhecer, contudo, que grande parte da doutrina e da jurisprudência tem admitido a sua intervenção como titular dos interesses individuais homogêneos disponíveis nas hipóteses em que, por alguma peculiaridade, estes tenham expressão para a coletividade, ou seja, se destinem a resguardar um interesse maior da sociedade, cuja violação justifique a intervenção desta instituição.

Dessa forma, a intervenção do *Parquet* como titular dos interesses individuais homogêneos é admitida nas hipóteses em que, por alguma peculiaridade, estas se revistam de relevante cunho social, tais como: 1) as que digam respeito à saúde, ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; 2) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; 3) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento

de um sistema econômico, social ou jurídico, tal como definido na Súmula nº 7 do Conselho Superior do Ministério Público².

Corroborando o entendimento ora esposado, transcrevo excertos da doutrina de Rodolfo de Camargo Mancuso e Hugo Nigro Mazzilli, grandes mestres no assunto “defesa de interesses difusos”:

O MP é instituição pública essencial à justiça e, quando defende interesses individuais, estes devem se revestir da nota da indisponibilidade (CF, art. 127), porque de outro modo a capacidade postulatória remanesceria na regra geral, a saber, outorga de procuração a advogado (E. OAB - Lei 8.906/94, arts. 1º, I e 3º, e CPC, arts. 36 e 37) (Ação Civil Pública, Lei 7.347/85 - Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação, Coordenador Edis Milaré, p. 442.)

A defesa de interesses individuais pelo Ministério Público, por meio de ação civil pública, só se pode fazer enquanto se trate de direitos indisponíveis, que digam respeito à coletividade como um todo, única forma de conciliar essa iniciativa com a destinação institucional do Ministério Público (art. 127, *caput*, da Constituição da República). (Ação Civil Pública, in *Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, Lex 132-1992:9).

No mesmo sentido, trago à colação julgados das Cortes Superiores, transcritos no que interessam:

II - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se à defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. CF, art. 127, *caput*, e art. 129, III. (STF - RE 195056/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 14.11.2003, DJU 30.05.2003).

² In Rodolfo Camargo Mancuso, *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, 5ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 89.

1. O Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública ou coletiva, não apenas em defesa de direitos difusos ou coletivos de consumidores, mas também de seus direitos individuais homogêneos, nomeadamente de serviços públicos, quando a lesão deles, visualizada em sua dimensão coletiva, pode comprometer interesses sociais relevantes. Aplicação dos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal, e 81 e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor.

(STJ - REsp 417804/PR, Rel.Min. Teori Albino Zavascki, j. em 19.04.2005, DJ de 16.5.2005)

Vê-se, pois, que a aferição quanto à existência da legitimação do Ministério Público para a promoção da ação civil pública na defesa de direitos individuais homogêneos deve ser buscada na natureza da relação jurídica que traduz a sua causa de pedir, porque somente quando esta apresenta cunho de indisponibilidade ou tenha relevante repercussão no meio social é que se justificará a presença do *Parquet* no pólo ativo da demanda coletiva.

De outra parte, inegável que a verificação da existência do interesse a autorizar a atuação do Ministério Público na defesa de direitos homogêneos deve ser feita caso a caso, a fim de que se averigüe a nota de indisponibilidade do bem jurídico em discussão.

No caso em apreço, a decisão rescindenda adotou o entendimento de que o MP estaria legitimado a defender o interesse dos menores sob guarda judicial com os seguintes fundamentos:

Prima facie, registro que a legitimação do Ministério Público para ajuizamento da ação civil pública não se restringe às hipóteses de previsão legal expressa, pois seria, como salientou o eminente Min. Sepúlveda Pertence, no julgamento do RE nº 213.631/MG (DJ 07.04.2000), delegar ao legislador ordinário o poder de demarcar a função de um órgão constitucional essencial à jurisdição.

Neste diapasão, entendo que há possibilidade de defesa pelo MP não apenas de direitos difusos e coletivos, mas também dos direitos individuais homogêneos, desde que presente o interesse social, nos termos do art. 127 da CF, ainda que não digam respeito à relação de consumo.

Nesses casos, ainda que divisível, conseqüentemente podendo ser defendida em juízo pelos próprios titulares, a

legitimidade do órgão ministerial para a sua defesa exsurge em razão da natureza social desses direitos e da repercussão que a sua lesão acarretaria na sociedade como um todo.

Observe-se que essa verificação da existência, *in concreto*, do interesse social que autorize o ajuizamento da ação civil pública pelo Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos há de ser feita observando-se os princípios relativos à ordem social, insertos na CF.

Na hipótese ora em exame, pretende o autor garantir o direito das crianças e adolescentes do Estado do Rio Grande do Norte sob guarda judicial a serem inscritos como beneficiários na condição de dependentes do segurado guardião, no Regime Geral da Previdência Social.

Penso que, nesse caso, trata-se de direito indisponível, o qual, segundo ensinamento de ROBERTO JOÃO ELIAS, pode ser entendido, a rigor, como um direito fundamental (*in Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, pág. 180, ed. 1994), haja vista que a inscrição do menor como dependente do guardião visa justamente assegurar que, na falta desse, possa a criança e/ou o adolescente desenvolver-se plenamente. (Fl. 244/245).

A simples leitura do excerto acima transcrito evidencia que não houve violação aos dispositivos legais apontados. Ainda que se admita a inaplicabilidade do enunciado da Súmula 343 do STF, em face do tratamento constitucional que se deu ao tema – extensão e interpretação dos arts. 127 e 129 do CF/88 – insta reconhecer que o julgado rescindendo ao entender que, no caso concreto, a defesa dos menores em juízo configuraria direito social relevante, deu interpretação razoável ao tema, o que afasta o cabimento de rescisória por violação à expressa disposição legal, somente cabível quando a decisão que se pretende rescindir ofende flagrantemente a lei.

A propósito, em situação semelhante, este foi o entendimento adotado nesta Corte, como se infere do seguinte julgado:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIDORES FEDERAIS. EXTENSÃO DE 28,86%. INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. VIOLAÇÃO ALITERAL DISPOSITIVO DE LEI. INTERPRETAÇÃO

RAZOÁVEL DO TEXTO LEGAL. SÚMULA 343 DO STF. INAPLICABILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERALÇ, ARTS. 127 E SEQUINTEs.

1. Inaplicabilidade da Súmula 343 do STF quando envolvida matéria de índole constitucional. *In casu*, discutem-se as atribuições ministeriais previstas nos artigos 127 e seguintes da Constituição Federal.

2. Não obstante a não incidência do enunciado sumulado pelo Pretório Excelso, para se ter como violado literalmente um dispositivo legal, há que se decidir de forma diametralmente oposta ao que a lei estabelece.

3. A interpretação razoável quanto ao interesse social do direito individual (ainda que disponível) envolvido na demanda não permite a rescisão de julgado com fundamento em violação a literal dispositivo de lei. Precedente do STJ (REsp 371385/PB).

4. Pedido rescisório que se julga improcedente.

(AR 3012/AL, Relatora Des^a. Fed. Joana Carolina Lins Pereira (conv.), j. em 17.05.06, DJU 24.04.08).

Por outro lado, plausível reconhecer que a presente ação também encontra embasamento legal no artigo 201, incisos V, VIII, e parágrafo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em combinação com o artigo 129, incisos II e III, da Carta Constitucional, com os artigos 5º e 6º da Lei Orgânica do Ministério Público e com o artigo 25 da Lei nº 8.625/93.

De todo modo, bastam os argumentos acima elencados para rejeitar a preliminar de ilegitimidade.

Pretende também o autor a rescisão do julgado, argumentando que a ação civil pública foi ajuizada com o desiderato de se obter a declaração de inconstitucionalidade do art. 16 da Lei nº 9.527/97, pretensão que, por não se coadunar com o perfil desse tipo de demanda, revelaria a ilegitimidade do MPF.

Mais uma vez, afastado a alegação. O assunto já serviu de mote a muitos trabalhos acadêmicos, sendo curial que na ACP, como em qualquer ação existente em nossa processualística, se possa argüir que existe um direito porque o dispositivo legal que o nega é inconstitucional. Isso é o cerne do sistema difuso de controle de constitucionalidade, o denominado controle incidental por via de exceção.

Em acréscimo, ainda que o MPF tenha aventado, dentre outros argumentos trazidos com a inicial da ação coletiva, a inconstitucionalidade do art. 16 da Lei nº 9.527/97, a decisão rescindenda afastou a necessidade de se declarar a incompatibilidade da norma em referência com o texto constitucional, uma vez que tal declaração não seria imprescindível ao desate da contenda, em face da proteção conferida ao menor pelo art. 33 da Lei nº 8.069/90. Não há, pois, que se cogitar da desconstituição do julgado com base em questão que não serviu de fundamento ao julgado.

No mérito, propriamente dito, cinge-se a controvérsia em saber se o menor sob guarda ainda detém a condição de dependente do segurado junto à Previdência Social, após as modificações promovidas pela MP nº 1.523/96, convertida na Lei nº 9.528/97, que modificou a redação do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91.

O Art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, assim estabelecia:

Art. 16 - São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido;

(...)

§ 2º - Equiparam-se ao filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor, que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.

Tem-se, pois, que o menor sob guarda judicial era equiparado ao filho para efeito de dependência perante o Regime Geral de Previdência Social. No entanto, com a edição da MP nº 1.523/96, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/97, foi este excluído do rol de dependentes, ficando o referido dispositivo com a seguinte redação:

§ 2º - O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

No caso, embora a decisão rescindenda houvesse reconhecido que após as alterações ocorridas na Lei nº 8.213/91, o “menor

sob guarda judicial” deixou de integrar o rol dos dependentes dos segurados do INSS, entendeu-se que tal inovação não poderia impedir o reconhecimento desse direito, por força da legislação de proteção ao menor, no caso: o art. 227 – *caput* e § 3º, inciso II – o qual reconhece o dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, art. 33, § 3º – que confere ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive os previdenciários.

Ressalte-se que inúmeros são os julgados do colendo STJ que caminham no mesmo sentido do entendimento albergado no aresto rescindendo, a exemplo dos: AgRg no REsp 727716/CE, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* de 16.05.2005; REsp 602483/SC, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* de 01.02.2006; REsp 642915/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJ* 16.10.2006. Das decisões citadas, transcrevo a última:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. DEPENDENTE DO SEGURADO. EQUIPARAÇÃO A FILHO. LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO AO MENOR E ADOLESCENTE. OBSERVÂNCIA.

1. A Lei nº 9.528/97, dando nova redação ao art. 16 da Lei de Benefícios da Previdência Social, suprimiu o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado.

2. Ocorre que, a questão referente ao menor sob guarda deve ser analisada segundo as regras da legislação de proteção ao menor: a Constituição Federal – dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, e § 3º, inciso II) e o Estatuto da Criança e do Adolescente – é conferida ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, Lei nº 8.069/90).

3. Recurso especial desprovido.

(J. em 22.08.2006, *DJU* 16.10.2006)

Assim, não identifico, no caso, nenhuma contrariedade à disposição legal indicada como fundamento do pleito rescisório, pois o julgado rescindendo apenas deu interpretação razoável ao tema, ao entender que menor sob guarda não mais integrar, a partir da inovação legislativa, o rol dos segurados do INSS, não impedia a sua inscrição, em face da existência de previsão contida na Lei

8.069/90, interpretação jurisprudencial que encontrava, inclusive, supedâneo no entendimento vigente no egrégio Superior Tribunal de Justiça, à época da prolação da sentença, conforme transcrito acima.

Ademais, como se trata de interpretação que, no mínimo, pode ser considerada controvertida, em sede de ação rescisória, incide a vedação da Súmula nº 343 do STF: *“Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”*.

Ou seja, em se tratando de ação rescisória, deve ser considerado que a decisão rescindenda interpretou de forma razoável a norma jurídica tendo em vista que à época de sua prolação a matéria tratada nos autos era de interpretação controvertida nos Tribunais.

Esse foi o entendimento que prevaleceu nesta Corte, como se vê do seguinte julgado:

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. GUARDA JUDICIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 16, PARÁGRAFO 2º, DA LEI Nº 8.213/91 (REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.528/97). APLICAÇÃO DA SÚMULA 343 DO STF. IMPROCEDÊNCIA.

- Não cabe ação rescisória por ofensa a disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

- O julgado rescindendo assegurou o direito à percepção do benefício previdenciário de pensão por morte a menores “sob guarda”, por autorização judicial, em 03/12/1998.

- Matéria controvertida, à época. Interpretação razoável do acórdão não pode considerar-se como frontal violação à lei para fins de desfazimento do julgado.

- Improcedência da ação rescisória.

(AR 2897/RN, Rel. Des. Fed. Ridalvo Costa, j. em 26.01.2005, DJU02.03.2005).

Com essas considerações, julgo improcedente a presente ação rescisória. Custas na forma da lei. Condeno a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, que arbitro em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 88.338-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Agravante: ESTADO DO CEARÁ
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Adv./Proc.: DRA. MARIA LUCIA DE CASTRO TEIXEIRA (AGRTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. CRIAÇÃO DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. EXEGESE DA LEI 9.985/2000, LEI 6.938/1981 E ARTIGOS 23, INCISO VI, E 225, § 1º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE.

- Zona de amortecimento em área urbana consolidada. Art. 49 da Lei 9.985/2000. Impossibilidade.

- Manutenção da proibição de concessão de licenciamento restrita à área do ecossistema intocado, preservando a integridade do Parque Ecológico de Cocó, em Fortaleza.

- Agravo de Instrumento provido em parte.

ACÓRDÃO

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

Recife, 18 de novembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

O Estado do Ceará, ora agravante, impugna decisão do Juiz Federal da 7ª Vara daquele Estado, em ação civil pública proposta

pelo Ministério Público Federal, que determinou a sua atuação direta na proteção ambiental na área de domínio da União, destinada à implantação do Parque do Cocó, no Ceará.

O setor de distribuição considerou o recurso interposto via fax como AGTR 88.244/CE, e seu original como AGTR 88.338, incidindo em duplicidade de distribuição. Foi determinado o cancelamento da distribuição do AGTR 88.244, mantendo-se válido estes autos, onde está a irresignação original.

À fl. 25 dos autos, foi concedida, em parte, a antecipação de tutela recursal, permitindo o encaminhamento e apreciação do pedido de licenciamento, pelo Estado do Ceará, para construção do Centro de Feiras e Eventos, em Fortaleza.

Contra-razões apresentadas às fls. 82/102, pleiteando a manutenção da decisão atacada.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Ressalte-se, a princípio, que o artigo 225 da Constituição Federal garante um meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental essencial à sadia qualidade de vida de todos. Para garantir a efetividade desse direito, diz o § 1º do artigo 225, inciso III, que incumbe ao Poder Público:

Definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

O Estado do Ceará fez editar o Decreto 20.253, de 05 de setembro de 1989, onde declara de interesse social, para fins de desapropriação, áreas onde seria instalado o Parque Ecológico do Cocó; posteriormente, foi editado o Decreto 22.587, de 08 de junho de 1993, ampliando a área do Parque, sempre por interesse social.

Com o advento da Lei 9.985, de 18 de julho de 2000, foi instituído o Sistema Nacional de Unidades de Conservação - SNUC, sendo tal sistema constituído pelo conjunto das unidades de conservação federais, estaduais e municipais.

O Ministério Público Federal, ora agravado, defende que há omissão do Estado do Ceará em efetivar a criação do Parque Ecológico do Cocó enquanto unidade de conservação nos moldes da Lei 9.985/2000, sobretudo porque os decretos referenciados não são atos formais para este fim, fator atestado pela SEMACE - Superintendência Estadual de Meio Ambiente do Ceará, que informa estar a área “em processo de adaptação”.

Impende ressaltar que é lícito ao Poder Judiciário se imiscuir para determinar a criação de unidade de conservação nas hipóteses de omissão do Poder Público, valendo-me de precioso ensinamento do Ministro Antônio Hermann Benjamim, do Superior Tribunal de Justiça, no trabalho *Introdução à Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação*:

Conseqüência dessa obrigação imposta ao “Poder Público” (e atenção para o vocábulo utilizado pelo constituinte de 1988) é que não só o legislador ordinário, mas igualmente o administrador e o **juiz têm o poder-dever de salvaguardar a natureza**, aquele com o uso de instrumento como o decreto e a resolução, este **pela via de sentença**.

No caso do Judiciário, na esteira do posicionamento jurisprudencial em matéria de tombamento, a sua atuação concreta independe de prévia manifestação da administração pública, no caso concreto, estabelecendo unidade de conservação específica. **O juiz, aqui, age exatamente para suprir a omissão descabida, ou a intervenção insuficiente, do Poder Público.**

(in Benjamim, Hermann. *Direito Ambiental das Áreas Protegidas - O Regime Jurídico das Unidades de Conservação*. Editora Forense Universitária. 2001. pág. 303 - grifei).

Sendo assim, é irretocável a decisão monocrática quando impõe ao Estado do Ceará que faça a demarcação física da área destinada a futura implantação do Parque Ecológico do Cocó, sendo certo que a unidade de conservação, após demarcada, será cria-

da por sentença do Juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciário do Ceará.

O próprio agravante teve a elogiável intenção de criar o Parque, em decreto datado de 1989, não sendo lógico nem jurídico que venha laborar em desfavor da sua existência como unidade de conservação sistematizada ao SNUC, nos termos da Lei 9.985/2000.

No entanto, não vejo base legal para a criação de uma zona de amortecimento de 500 (quinhentos) metros no entorno do Parque, porque tais zonas têm como objetivo desestimular ou impedir a ocupação humana no entorno da unidade de conservação, conforme doutrina José Eduardo Ramos Rodrigues (*in* Sistema Nacional de Unidades de Conservação. Revista dos Tribunais. 2005, pág. 106).

Ora, se a unidade de conservação está sendo demarcada em área de ocupação humana consolidada, com população adensada, residências, edifícios, estabelecimentos comerciais, *shopping center*, diversos órgãos públicos (entre os quais a Assembléia Legislativa) e demais equipamentos urbanos, não há como criar uma área de desestímulo a esta ocupação, que se deu dentro da própria dinâmica de crescimento do Município de Fortaleza, de forma disciplinada pela legislação urbana própria.

Outro não é o comando da Lei 9.985/2000, que no parágrafo único do artigo 49 estabelece:

Art. 49 - A área de unidade de conservação do grupo de proteção integral é considerada zona rural, para os efeitos legais.

Parágrafo único - **a zona de amortecimento das unidades de conservação** de que trata este artigo, uma vez definida formalmente, **não pode ser transformada em zona urbana.** (Grifei)

Fica clara a impossibilidade de instituir a zona de amortecimento de 500 (quinhentos) metros pretendida, pela própria dicção do dispositivo acima transcrito, que, *mutatis mutandis*, impede a alocação de tal zona numa área totalmente antropizada, com definições urbanas anteriores à própria criação do Parque.

Enfim, é legal, possível e recomendável a demarcação e criação de unidades de conservação dentro do perímetro urbano, prática existente nos países mais avançados, para que a população desfrute de qualidade de vida e contato com a natureza, mesmo que tal área esteja encravada no coração de uma das capitais brasileiras. Outrossim, deverá ser mantida a proibição de concessão de licenciamento restrita às áreas do ecossistema intocado, para assegurar a integridade do Parque Ecológico de Cocó.

Por estas razões, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, para excluir da decisão agravada a criação de zona de amortecimento em área urbana consolidada, e seus reflexos nos demais pedidos, inclusive licenciamentos, mantendo a decisão com relação às determinações de demarcação da unidade de conservação do Parque Ecológico do Cocó para posterior criação, por sentença, daquela unidade, nos moldes da Lei 9.985/2000.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 89.580-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Agravante: UNIÃO
Agravados: LEOPOLDO JOSÉ TENÓRIO TORRES E ANA PAULA DA SILVA TORRES
Parte Ré: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
Repte.: PROCURADORIA DA FUNAI
Adv./Proc.: DR. ALTACIR VALENTE DA SILVA (2ª AGRDA.)

EMENTA: CIVIL E PROCESSO CIVIL. INTERDITO PROIBITÓRIO. AUDIÊNCIA PRÉVIA DA UNIÃO E DA FUNAI. ART. 63 DA LEI 6.001/73 E ART. 928, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. NECESSIDADE DE SIMPLES OITIVA DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO. INTIMAÇÃO PESSOAL DO ADVOGADO PARA CONTRA-RAZÕES. DENEGADA. COMPROVAÇÃO DA POSSE INDIRETA POR ESCRITURA PÚBLICA DE COM-

PRA E VENDA E RECIBO DO ITR. PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NÃO CONCLUÍDO. GARANTIA DE POSSE TRANQUÍLA.

- O interdito proibitório é ação de natureza preventiva que visa garantir ou assegurar a posse sobre a coisa, quando sobre esta pesa ameaça de violência, ou violência iminente, isto é, atual, próxima, visível.

- A decisão agravada concedeu liminarmente o interdito proibitório para impedir que os indígenas ameacem, turbem ou esbulhem a posse do imóvel rural denominado Fazenda Buzu.

- Em que pese o art. 63 da Lei 6.001/73 e art. 928, parágrafo único, do CPC referir-se à necessidade de audiência prévia para deferimento de liminar contra as pessoas jurídicas de direito público, basta a prévia oitiva dos referidos entes.

- Nas comarcas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação do advogado para contra-razoar far-se-á mediante publicação no órgão oficial, nos termos do art. 527, IV, do CPC.

- Processo de demarcação de terras indígenas não concluído, direito à posse tranquila daqueles que comprovaram ser os proprietários e possuidores (ao menos indiretos), mediante Escritura de Compra e Venda e Recibo de Entrega da Declaração do ITR.

- Recurso conhecido e improvido.

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, conhecer e negar provimento ao recurso, na forma do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão do MM. Juiz Federal da 8^a Vara Federal de Alagoas que, nos autos do Interdito Proibitório nº 2008.80.01.000117-0, concedeu a liminar requerida para proibir os indígenas da tribo Xucuri-Kariri de ameaçarem, turbarem e/ou esbulharem a posse do imóvel denominado Fazenda Buzu, localizado no município de Palmeira dos Índios/AL.

Alega a agravante que a decisão agravada foi tomada sem audiência prévia da União e da FUNAI, conforme determinado pelo art. 63, Lei 6.001/73 e art. 928, parágrafo único, do CPC.

Requer a reforma da decisão alegando, ainda, que por se tratar de terras indígenas os agravados não detêm a posse do imóvel objeto da demanda, não fazendo jus à proteção possessória conferida pelo juízo *a quo*.

Decisão denegando a liminar requerida, por ausência dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* necessários à sua concessão, fls. 30/32.

Regularmente intimados (fl. 35), os agravados não apresentaram contra-razões.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 38/46, pugnano: a) pela intimação pessoal dos agravados, por meio de ofício dirigido aos advogados, por tramitar o feito no Estado de Alagoas e como forma de assegurar a efetiva oportunidade de defesa; b) pelo não provimento do agravo, mantendo-se a decisão liminar ataca-da em todos os seus fundamentos.

Registre-se, por fim, que em face da mesma decisão foram interpostos mais dois agravos de nºs AGTR 89.176/AL e AGTR 90.682/AL, pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e pelo Ministério Público Federal, respectivamente.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

O *interdito proibitório* é ação de natureza preventiva que visa garantir ou assegurar a posse sobre a coisa, quando sobre esta pesa *ameaça de violência*, ou *violência iminente*, isto é, atual, próxima, visível.

É apropriada para que o possuidor, em vias de comprovada ameaça, proponha e receba a devida segurança, que nada mais é do que uma ordem judicial proibitória (daí o seu nome), para impedir que se concretize tal ameaça, acompanhada de pena ou castigo para a hipótese de falta de cumprimento dessa ordem.

A decisão agravada concedeu liminarmente o *interdito proibitório*, para que os indígenas da tribo Xucuru-Kariri não ameacem, turvem e/ou esbulhem a posse do imóvel rural denominado Fazenda Buzu, situado no Município de Palmeira dos Índios/AL.

Inicialmente, alega a agravante que a liminar foi deferida sem prévia audiência da União e do órgão protetor do índio (FUNAI), infringindo o art. 63 da Lei 6.001/73 e art. 928, parágrafo único, do CPC.

No entanto, na própria decisão agravada, consta que, às fls. 29/35 e 36/37 dos autos da ação de *interdito proibitório* nº 2008.80.01.000117-0, a FUNAI e a agravante foram intimadas para se manifestarem sobre o pedido liminar e pugnaram pelo indeferimento.

Registre-se que, na análise do pedido de efeito suspensivo do recurso em exame, já foi rechaçada a alegação, sob o fundamento de que o termo “prévia audiência”, contido no art. 63 da Lei nº 6.001/73, refere-se à oitiva da União e da FUNAI, o que foi devidamente observado no caso em epígrafe, e não de designação de audiência propriamente dita.

Dessa forma, corroboro o entendimento esposado na referida decisão.

Quanto ao pedido de intimação pessoal do advogado dos agravados, feito pelo Ministério Público Federal, entendo incabível, pois, conforme determinado no art. 527, IV, do CPC, nas comarcas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial.

O juízo *a quo* fundamentou a sua decisão na evidência da ameaça sofrida pelos autores, por se tratar de “*fato público e notório que os indígenas da tribo Xucuru-Kariri têm promovido recentemente ocupações de inúmeras glebas rurais no Município de Palmeira dos Índios. Tanto que vários possuidores e/ou proprietários propuseram em juízo ações de reintegração de posse*” (fl. 14).

Entendeu o juiz prolator da decisão agravada que os autores comprovaram que são proprietários e possuidores do imóvel a ser protegido por meio de Certidão Cartorária e Declaração do ITR, fazendo jus à posse tranqüila.

De fato, conforme cópia da Escritura Pública de Compra e Venda (fls. 25/26) e o recibo de Entrega da Declaração do ITR (fl. 27), os autores indicam que são os proprietários e possuidores (ao menos indiretos) do imóvel objeto da ação, possuindo, assim, plausível direito à proteção do bem contra ameaça de danos pelos indígenas.

Ademais, o fato de o referido imóvel estar sendo objeto de procedimento administrativo de demarcação, ainda não concluído, assegura aos seus proprietários e possuidores o direito a uma posse tranqüila, sem esbulho ou turbações, até que venha a ser concluída tal demarcação.

Este entendimento veio a ser corroborado pelo Ministério Público Federal quando instado a se manifestar na qualidade de fiscal da lei (fls. 38/46).

Abaixo, colaciono precedente deste egrégio Tribunal:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. **INTERDITO PROIBITÓRIO. PRELIMINARES NÃO APRECIADAS NA PRIMEIRA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE DE EXAME PELO TRIBUNAL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DA SENTENÇA. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA INICIAL E CARÊNCIA DE AÇÃO REJEITADAS. IMPOSSIBILIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO PRECISA DOS RÉUS. CITAÇÃO DO CÔNJUGE. DESNECESSIDADE. POSSE COMPROVADA. AMEAÇA DE TURBAÇÃO OU ESBULHO. JUSTO RECEIO. DISCUSSÃO SOBRE O DOMÍNIO DA ÁREA. VIA INADEQUADA. - EMBORA O JULGADOR MONOCRÁTICO NÃO TENHA APRECIADO AS PRELIMINARES ARGÜIDAS NA CON-**

TESTAÇÃO, O ÂMBITO DE DEVOLUÇÃO DA APELAÇÃO PERMITE QUE O TRIBUNAL SE PRONUNCIE SOBRE TODAS AS QUESTÕES SUSCITADAS, MAS NÃO EXAMINADAS PELA SENTENÇA (ART. 515, PARÁGRAFO 1º, CPC), RAZÃO POR QUE NÃO HÁ FALAR-SE EM NULIDADE DO *DECISUM*.

- NÃO É INEPTA A PETIÇÃO INICIAL QUANDO AO AUTOR, DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO, É IMPOSSÍVEL FORNECER UMA PRECISA INDIVIDUALIZAÇÃO DOS RÉUS, NÃO FICANDO AQUELE, POR TAL RAZÃO, IMPEDIDO DE EXERCER O SEU DIREITO DE AÇÃO. *IN CASU*, O FATO DE NÃO TER HAVIDO AINDA QUALQUER TURBAÇÃO OU ESBULHO EVIDENTEMENTE DIFICULTA A INDIVIDUALIZAÇÃO DE UM ÚNICO RÉU.

- CONFORME ENTENDIMENTO JÁ FIRMADO NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA, POSTERIORMENTE RATIFICADO PELO PARÁGRAFO 2º DO ART. 10 DO CPC (ACRESCENTADO PELA LEI Nº 8.952/94), A PARTICIPAÇÃO DO CÔNJUGE DO AUTOR OU DO RÉU, NAS AÇÕES POSSESSÓRIAS, APENAS É INDISPENSÁVEL EM CASOS DE COMPOSSE OU DE ATO POR AMBOS PRATICADO, O QUE NÃO SE VERIFICA NA HIPÓTESE DOS AUTOS.

- **COMPROVADOS OS REQUISITOS EXIGIDOS PELA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL, QUAIS SEJAM, A EXISTÊNCIA DA POSSE E O JUSTO RECEIO DE QUE SEJA ESTA MOLESTADA, DEVE SER DEFERIDO O INTERDITO PROIBITÓRIO.**

- **IRRELEVANTE PARA O DESLINDE DA QUESTÃO A AFIRMATIVA DE QUE A POSSE DOS ÍNDIOS SOBRE A REGIÃO DE PALMEIRA DOS ÍNDIOS REMONTA A TEMPOS IMEMORIAIS E ESTÁ ASSEGURADA PELO TEXTO CONSTITUCIONAL, PORQUE TAL DISCUSSÃO DIZ RESPEITO À PROPRIEDADE DA TERRA, CUJO EXAME FOGE AO ÂMBITO DESTA LIDE, MORMENTE TENDO EM VISTA QUE NÃO COMPROVADA A CONCLUSÃO DE QUALQUER PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO QUE GARANTA O DIREITO DOS INDÍGENAS SOBRE A ÁREA.**

- APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.

(TRF 5ª Região, Primeira Turma, AC 142.263/AL, Relator Desembargador Federal CESAR CARVALHO (Substituto), DJ 01/02/2005, p. 301, nº 22 - ANO: 2005)

Por fim, conforme informado no relatório, o Ministério Público Federal interpôs agravo contra a mesma decisão (AGTR 90.682-AL), apesar de ter se manifestado, no presente caso, pela manutenção da decisão agravada (fls. 38/46).

Dessa forma, conheço do presente recurso para negar-lhe provimento, mantendo a decisão agravada em sua integralidade.

Considerando que a mesma decisão foi agravada pela FUNAI e pelo Ministério Público Federal, nos recursos de nºs AGTR 89.176/AL e AGTR 90.682/AL, respectivamente, julgo-os prejudicados.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 90.758-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)
Agravante: JAMESSON PEREIRA DO NASCIMENTO
Agravados: UNIÃO, CENTRO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA DE PERNAMBUCO - HEMOPE E BAXTER HOSPITALAR LTDA.
Advs./Procs.: DRS. JAIRO MENEZES BEZERRA FILHO E OUTRO (AGRTE.), CARLOS DE BARROS PAIVA E OUTROS (1ª AGRDA.) E ROBERTA SILVA MELO FERNADES E OUTROS (2º AGRDO.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO E DO ESTADO-MEMBRO. SERVIÇOS DE HEMOTERAPIA. CONTAMINAÇÃO DE INFANTE PELOS VÍRUS HIV E HCV. NEXO DE CAUSALIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CONCESSÃO DE PENSÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE. - De acordo com os arts. 3º, II, e 4º da Lei nº 4.701/65, vigente à época da contaminação sanguínea, a disciplina e o controle da hemoterapia no Brasil competiam à União, sendo a atividade hemo-

terápica exercida por meio da conjugação de serviços executados por organizações oficiais e ou de iniciativa particular, sob a fiscalização de órgãos com autoridade de âmbito nacional, estadual, territorial e municipal, atuando no campo da saúde pública, o que releva, assim, a legitimidade passiva ad causam da União e do Estado de Pernambuco.

- Em se tratando de prestações de trato sucessivo, a prescrição só abrange as parcelas anteriores ao lustro, a contar da data do ajuizamento da demanda.

- A concessão de tutela antecipada deve ser deferida quando o direito do requerente se mostre verossímil e a demora da decisão venha a provocar dano irreparável ou de difícil reparação.

- É de se presumir que uma criança hemofílica tenha adquirido os vírus do HIV (causador da AIDS) e da HCV (causador da hepatite C) por meio da utilização dos serviços de transfusão de hemoderivados, inexistindo, até o momento, prova nos autos no sentido de que o recorrente tenha contraído tais vírus de forma diversa da narrada na exordial do feito de origem, sendo merecedor de destaque a pouca idade à época da contaminação, qual seja, onze anos, o que parece afastar, prima facie, a contaminação por uso de drogas injetáveis e a transmissão sexual.

- A presunção denexo de causalidade entre o evento danoso e a prestação do serviço público de transfusão de hemoderivados faz operar a inversão do ônus probatório (art. 6º, VIII, CDC) que, sendo matéria de natureza processual, é de aplicabilidade, portanto, imediata, inexistindo óbice ao seu emprego a fatos ocorridos anteriormente ao início de sua vigência.

- Hipótese em que se apresenta possível a antecipação de tutela recursal, mas para conceder a pensão pleiteada no montante de apenas 05 (cin-

co) salários mínimos, a ser custeado em partes iguais por todos os agravados: União, Estado de Pernambuco, Centro de Hematologia e Hemoterapia de Pernambuco - HEMOPE e Baxter Hospitalar Ltda., uma vez que não restou demonstrado nos autos ser indispensável mais alto valor para fazer face às despesas de cunho alimentar, mormente porque o tratamento, assim como os medicamentos, são oferecidos pelo Poder Público, não havendo que se falar em custeio de despesas com tais necessidades, além de a referida quantia ser isenta de tributação pelo Imposto de Renda.

- Agravo de instrumento parcialmente provido. Pedido de reconsideração prejudicado.

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 ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o pedido de reconsideração, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado):

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Jamesson Pereira do Nascimento contra decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, com o qual colimava a implantação e pagamento de pensão mensal no valor de 15 (quinze) salários mínimos, a ser suportada conjuntamente pelo pólo passivo, em face de haver contraído, em 1987, aos onze anos de idade, o

vírus da AIDS (HIV), bem como o da Hepatite C, ao se utilizar dos serviços de saúde (transfusão) na área dos hemoderivados, por ser hemofílico desde o nascimento.

Defende, em síntese, que:

a) está equivocada a decisão do juízo *a quo* ao afirmar que não existe perigo da demora aos portadores da HIV, devido ao seu conhecimento a respeito da existência de coquetéis de medicamentos que são adotados para o tratamento desta doença e que proporcionam uma sobrevida mais prolongada e com melhor qualidade de vida: a uma, porque não faz uso deste coquetel; a duas, por não haver garantia de tais resultados;

b) o *decisum* vergastado consiste em uma afronta à dignidade da pessoa humana, devido à demora no transcurso de uma lide ordinária, ressaltando que a ação foi proposta em junho de 2006 e apenas dois anos depois houve o pronunciamento a respeito do pedido liminar;

c) é evidente a relação de causalidade existente entre a realização de serviços de transfusão de hemoderivados em uma criança hemofílica, que se submetia regularmente a tais serviços, conforme comprovam os prontuários médicos e as fichas da psicóloga do agravado HEMOPE, e a aquisição, por aquele menor, dos vírus da AIDS e da Hepatite C, devido à utilização de medicamentos contaminados, os quais não foram previamente inspecionados pelos órgãos competentes, de modo que deve ser aplicada a inversão do ônus probatório ao caso.

O pedido para atribuir efeito ativo ao recurso foi parcialmente deferido em decisão às fls. 144/146, contra a qual foi apresentado pedido de reconsideração pela agravada Baxter Hospitalar, juntamente com a resposta ao recurso (fls. 149/165).

Regularmente intimadas, as partes agravadas apresentaram contra-razões.

A Baxter, ademais do pleito de reconsideração, roga pela improcedência do pleito recursal (fls. 149/165).

O Estado de Pernambuco (fls. 166/178) e a União (fls. 179/192) alegam, preliminarmente, em suas respostas, a ilegitimidade

passiva *ad causam*. No mérito, pugnam pelo não provimento do recurso.

O Centro de Hematologia e Hemoterapia de Pernambuco - HEMOPE (fls. 195/200) aduz a ocorrência da prescrição quinquenal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Relator Convocado):

A pretensão do agravante é formulada no sentido de obter a reforma de decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, com o qual colimava a implantação e pagamento de pensão mensal no valor de 15 (quinze) salários mínimos, a ser suportada conjuntamente pelo pólo passivo, em face de haver contraído, em 1987, aos onze anos de idade, o vírus da AIDS (HIV), bem como o da Hepatite C, ao se utilizar dos serviços de saúde (transusão) na área dos hemoderivados, por ser hemofílico desde o nascimento.

Inicialmente, cumpre analisar as preliminares de ilegitimidade passiva *ad causam* da União e do Estado de Pernambuco e a alegação de ocorrência de prescrição quinquenal, suscitada pelo HEMOPE em suas contra-razões, que não merecem guarida.

De fato, quanto à ilegitimidade passiva da União e do Estado, é de se destacar que, relativamente à União, esta matéria já foi devidamente tratada nos autos do AGTR nº 77.160-PE, de relatoria do Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, que ora substituo, restando assim ementado:

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. HEMOTERAPIA. CONTROLE E DISCIPLINA SOB RESPONSABILIDADE DA UNIÃO. CONTAMINAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. COMPETÊNCIA AO PROCESSAMENTO DA DEMANDA. JUSTIÇA FEDERAL.

1. Nos termos do art. 4º da Lei nº 4.701/65, vigente à época dos fatos que deram causa à contaminação sanguínea, a disciplina e o controle da hemoterapia no Brasil compe-

tiam à União, relevando-se, portanto, a legitimidade passiva da mesma no feito original.

2. Legítima a figuração da União na demanda, impõe-se o reconhecimento, em face das disposições constantes do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, da competência da Justiça Federal ao processamento da ação original.

3. Agravo de instrumento provido. Pedido de reconsideração prejudicado.

Outrossim, ao tratar da prestação dos serviços hemoterápicos e sua fiscalização, a Lei nº 4.071/65, vigente à época da contaminação do recorrente, previu, em seu art. 3º, II, *in verbis*:

Art 3º O exercício da atividade hemoterápica é decorrente da conjugação de serviços executados por organizações oficiais e ou de iniciativa particular, assim classificados:

1) Um órgão normativo e consultivo, ocupando-se do disciplinamento da referida atividade em todo o território nacional;

2) órgãos de fiscalização – com autoridade de âmbito nacional, estadual, territorial e municipal, atuando no campo da saúde pública;

3) órgãos executivos, de iniciativa governamental ou particular, e finalidade e amplitude variáveis, operando com sangue ou seus componentes e derivados. (Grifei)

Ressalte-se, ainda, que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 196, a responsabilidade solidária de todos os entes políticos em relação à prestação de serviços de saúde, determinando, para a consecução de tal desiderato, a criação do Sistema Único de Saúde - SUS, regulamentado pela Lei nº 8.080/90, que reforça a idéia de obrigação de competência comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Frise-se, ainda, que o Regulamento da Secretaria de Saúde do Estado de Pernambuco (Anexo I do Decreto Estadual nº 13.910/89), fixa, em seu art. 3º, IX, *b*, a competência desta Secretaria para a “normatização supletiva, de acordo com a legislação em vigor, da produção, transporte, guarda e utilização de insumos, medicamentos, substâncias e equipamentos de interesse para a saúde, incluindo os imunobiológicos e hemoderivados”, sendo válido destacar que o HEMOPE trata-se de fundação vinculada à Secretaria

de Saúde do Estado de Pernambuco, conforme Lei Complementar Estadual nº 049, de 31 de janeiro de 2003.

Assim, a argüição de ilegitimidade dos entes federativos na lide não carece de maiores divagações, não merecendo guarida.

No que tange à alegação do transcurso do lapso prescricional, observo que igualmente não é digna de acolhida.

É que, em se tratando de prestação de trato sucessivo, o fundo de direito não é atingido pela prescrição, que só alcança as parcelas vencidas no período anterior aos cinco anos que antecederam a data da propositura da ação.

Por tais razões, rejeito as preliminares e a prejudicial de mérito apresentadas.

Tecidas tais considerações e adentrando no mérito da contenda, observo que o pleito é digno de parcial acolhimento.

Para a concessão antecipada da tutela é necessário o preenchimento de certos requisitos inscritos no art. 273 do CPC, quais sejam: a) prova inequívoca e verossimilhança das alegações; b) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, caracterização do abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

In casu, vislumbro, em parte, a presença conjunta dos citados pressupostos.

Com efeito, é plausível a alegação do recorrente no sentido de que é de se presumir que uma criança hemofílica tenha adquirido os vírus do HIV (causador da AIDS) e da HCV (causador da hepatite C) por meio da utilização dos serviços de transfusão de hemoderivados, sendo certo que as soropositividades respectivas restam devidamente comprovadas nos autos e não é questão controvertida.

Ademais, não há prova nos autos de que o recorrente tenha contraído tais vírus de forma diversa da narrada na exordial do feito de origem, sendo merecedor de destaque a pouca idade à época da contaminação, qual seja, onze anos, o que parece afastar, *prima facie*, a contaminação por uso de drogas injetáveis e a transmissão sexual.

Sobre o tema, observem-se os trechos do aresto abaixo transcritos, que tratam de teses semelhantes às aqui analisadas:

CIVIL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. CONTAMINAÇÃO PELO VÍRUS DO HIV. TRANSFUSÕES DE SANGUE. COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. EXIGÊNCIA DE CONTROLE DO SANGUE UTILIZADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. HONORÁRIOS FIXADOS EM 5% SOBRE O VALOR DA CAUSA. ARTIGO. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDAS.

- Cuida-se de remessa necessária e de apelação cível de sentença que, nos autos de ação cautelar, julgou procedente o pedido, ratificando a liminar, para condenar a ré a pagar à autora pensão mensal vitalícia e intransferível no valor de R\$ 1.000,00, bem como para condená-la a fornecer toda a medicação necessária ao tratamento da autora, por prescrição médica, e todo respaldo material para exames laboratoriais e internações que se fizerem necessários ao longo do tratamento, até o julgamento final da lide principal (ação ordinária nº 92.0067778). Outrossim, condenou a União ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

(...)

- No que tange à legitimidade passiva da União, cumpre observar que sempre houve integração e coordenação entre as esferas federal e estadual no que se refere à fiscalização e ao controle dos bancos de sangue. Nesse sentido, a Lei 4.071/65 previa, em seu artigo 3º, inciso II, que “o exercício da atividade hemoterápica é decorrente da conjugação de serviços executados por organizações oficiais e ou de iniciativa particular” classificados como “órgãos de fiscalização com autoridade de âmbito nacional, estadual, territorial e municipal, atuando no campo da saúde pública”.

- Acrescente-se que o controle dos bancos de sangue já era previsto como dever específico da União, através da Comissão Nacional de Hemoterapia, e dos Estados, por meio da Secretaria do Estado de Saúde, desde o Decreto nº 1.754/78, denotando a existência de integração entre as referidas esferas no campo da saúde pública, especial-

mente no tocante à fiscalização e ao controle das atividades envolvendo sangue e hemoderivados.

- Em idêntica direção, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 196, estabeleceu a responsabilidade solidária de todos os entes políticos em relação à prestação de serviços de saúde e, com vistas ao alcance de tal objetivo, determinou a criação do Sistema Único de Saúde - SUS, regulamentado pela Lei nº 8.080/90, que reforçou a obrigação comum à União, Estados e Municípios.

(...)

- Com efeito, a imposição da realização de exames laboratoriais no sangue coletado deu-se a partir da vigência da Lei 7.649, de 25 de janeiro de 1988, que estabeleceu também a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue, visando a prevenir a propagação de doenças.

(...)

- Apesar de a obrigação jurídica de realização de testes anti-HIV ter sido instituída em 1988, desde a Lei 4.701/65 já se impunha ao ente público o dever de controle do sangue e seus derivados. Com efeito, o referido diploma legal, dispôs, em seu art. 2º, inciso III, que constitui base da Política Nacional de Sangue o estabelecimento de medidas de proteção individual do doador e do receptor. Ademais, em seu artigo 6º, a Lei 4.701/65 estipulou como competência da Comissão Nacional de Hemoterapia a fixação dos requisitos mínimos a que devem subordinar-se as instalações das organizações que operam com sangue e derivados, bem como exigências para seu funcionamento, no que concerne a pessoal, equipamento e qualidade dos produtos para consumo.

(...)

- Quanto ao nexo de causalidade entre a contaminação e as transfusões sangüíneas, merece destaque o fato de que não há nos autos prova de que a autora tenha contraído o vírus de forma diversa da narrada na inicial. De acordo com o aludido laudo pericial, o contexto clínico sugere que, realmente, a infecção ocorreu por meio das aludidas transfusões. Como ressaltado pelo perito, a autora tinha sete anos de idade em 1990, época do diagnóstico, o que parece afastar a contaminação pelo uso de drogas injetáveis e a transmissão sexual. De igual sorte, vale lembrar que a autora possuía irmã gêmea não contaminada e que sua mãe, conforme atesta o documento acostado às fls. 178

da ação principal, também não possuía o vírus. Tais elementos, ao que tudo indica, são suficientes para comprovar o nexo de causalidade entre o fato lesivo e o dano sofrido.

(...)

- Apelação e remessa necessária parcialmente providas. (TRF-2ªR., 5ª T., AC 317722, Rel. Des. Federal Vera Lúcia Lima, DJU 15.05.2008, p. 154)

Desta feita, a presunção de nexo de causalidade entre o evento danoso e a prestação do serviço público de transfusão de hemoderivados faz operar a inversão do ônus probatório, de modo que devem os recorridos apresentar, perante o juízo *a quo*, os registros do histórico do paciente no Centro de Hematologia e Hemoterapia de Pernambuco, de modo a afastar, se for o caso, a alegada utilização de medicamentos contaminados, assim considerados por terem sido elaborados a partir de sangue de terceiros integrantes dos considerados grupos de risco, conforme posteriormente noticiados pela imprensa, bem como o próprio laboratório Baxter Hospitalar Ltda., sucessor da Immonu Produtos Biológicos e Químicos Ltda., comprovar, igualmente perante o juízo de piso, durante a fase instrutória, que os remédios por esta fabricados e utilizados, à época, pelo agravante estavam isentos de qualquer tipo de infecção.

É de se destacar que a inversão do *onus probandi*, prevista no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, VIII, é matéria de natureza processual, de aplicabilidade, portanto, imediata, de modo que não há óbice ao seu emprego a fatos ocorridos anteriormente ao início de sua vigência.

De outro vértice, não vislumbro plausibilidade para, em sede de antecipação de tutela recursal, conceder a pensão pleiteada no montante de 15 (quinze) salários mínimos, uma vez que inexistente, nos autos, comprovação de que seja indispensável valor tão alto para fazer face às despesas de cunho alimentar, mormente porque o tratamento, assim como os medicamentos, são oferecidos pelo Poder Público, não havendo que se falar em custeio de despesas com tais necessidades, além de a referida quantia ser isenta de tributação pelo Imposto de Renda, de modo que entendo suficiente a concessão da pensão perseguida no valor de cinco salários mínimos.

Necessário se faz registrar que, em face do julgamento do recurso ora em análise, resta prejudicado o pedido de reconsideração.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, para determinar o pagamento de pensão mensal no valor de 05 (cinco) salários mínimos, a ser custeado em partes iguais por todos os agravados: União, Estado de Pernambuco, Centro de Hematologia e Hemoterapia de Pernambuco - HEMOPE e Baxter Hospitalar Ltda., e julgo prejudicado o pedido de reconsideração.

É como voto.

AGRAVO INOMINADO NO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 102.358-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Impetrante: MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA (PB)
Impetrado: DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Agravante: MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA (PB)
Advs./Procs.: DRS. ROBERTO NOGUEIRA GOUVEIA E OUTROS (IMPTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL. PRECATÓRIO. SEQUESTRO DE VALORES. ART. 78, § 4º, DO ADCT.

- Mandado de Segurança contra ato do Excentíssimo Senhor Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, em sede de Precatório, determinou, com fundamento no art. 78, § 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, o seqüestro de quantia correspondente a R\$ 7.323.924,58 (Sete milhões, trezentos e vinte e três mil, novecentos e vinte e

quatro reais e cinquenta e oito centavos) das verbas do impetrante, Município de João Pessoa/PB, com as ressalvas e cautelas registradas na decisão, colocando-se os valores constrictos à disposição da Presidência.

- O precatório está vencido desde o exercício de 1996, porquanto fora atualizado no Tribunal em julho de 1995. A EC nº 30/2000 permitiu que os precatórios que ainda pendiam de pagamento na data de sua promulgação seriam liquidados em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos. A mesma alteração constitucional trouxe a permissão do seqüestro da verba necessária à sua satisfação não apenas na hipótese de preterição da ordem cronológica dos precatórios, mas também nos casos em que o parcelamento não fora cumprido ou mesmo fora omitida a previsão orçamentária. No caso, nenhuma parcela fora adimplida desde o exercício de 2001.

- Mesmo a alegação de dificuldades orçamentárias, sobretudo o risco de ficar a Prefeitura impossibilitada do cumprimento de suas obrigações sociais mais relevantes, concernentes à saúde, educação e outros que tais, não estão acompanhadas da prova indispensável, de modo que não há efetiva demonstração de que o seqüestro determinado dê ensanchas à agonia Municipal, mormente dos munícipes.

- Manutenção do indeferimento da liminar. Agravo inominado improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 14 de janeiro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

O Município de João Pessoa, do Estado da Paraíba, impetra Mandado de Segurança contra ato do Excelentíssimo Senhor Presidente deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, em sede de Precatório de nº 42911-PB, determinou, com fundamento no art. 78, § 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, o seqüestro de quantia correspondente a R\$ 7.323.924,58 (sete milhões, trezentos e vinte e três mil, novecentos e vinte e quatro reais e cinquenta e oito centavos) das verbas do impetrante, com as ressalvas e cautelas registradas na decisão, colocando-se os valores constrictos à disposição da Presidência.

Aduz o impetrante, em síntese, que o credor dos valores é a CRC GUIMARÃES S/A (Massa Falida). Os autos do precatório baixaram ao juízo da execução para a tentativa de acordo, mas tal se revelou impossível, daí seu retorno ao Tribunal, onde a credora requereu o sequestro de que se cuida, alegando que desde 1995 o precatório encontra-se incluído no orçamento do município e permanece sem pagamento.

De acordo com o autor da ação mandamental, o ato vergastado porfiou conclusão equivocada, no sentido de que mesmo à mínima da quebra da ordem cronológica, seria deferível o seqüestro, considerando que não fora cumprido o parcelamento previsto no art. 78 do ADCT, advindo da Emenda Constitucional nº 30/2000.

No dizer da impetração, tal conclusão está divorciada da lei e da Constituição, até porque não houve parcelamento para pagamento do precatório.

De resto, aduz a impossibilidade de pagamento em razão das finanças da edilidade, o que ocasionaria o comprometimento da manutenção das políticas públicas na saúde e educação, entre outros setores de fundamental importância para a coletividade.

Em conclusão, reitera a tese de que só caberia a determinação de seqüestro se constatada a quebra da ordem cronológica de inscrição dos precatórios na Corte, e que as alterações trazidas pela EC nº 30/2000 não autorizam seqüestro de pecúnia pública para pagamento de precatório, a não ser que reste vencido o prazo de parcelamento, portanto só em 2011 e, ainda assim, se existente o descumprimento da ordem cronológica de precedência.

Em apertada síntese, é o relatório.

VOTO

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

Consoante já asseverei na decisão ora agravada, a tese não me parece plausível.

Como é cediço, a via da ação mandamental exige prova pré-constituída que seja robusta o suficiente a demonstrar a evidente ocorrência de ato violador de direito líquido e certo do impetrante que requesta a concessão de liminar. E penso que tal não é o caso presente.

Com efeito, o precatório de que se trata fora inscrito no Tribunal e atualizado desde julho de 1995, e o seu natural prazo para pagamento, deferido pelo legislador constitucional, findara com o exercício de 1996. É dizer, há mais de doze anos que o precatório dormita impago, considerando-se as regras da Constituição Federal, mesmo antes da EC nº 30/2000, consoante se extrai de seu art. 100:

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. § 1º - É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exer-

cício seguinte:

§ 2º – As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão executória determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)

§ 1º-A Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão executória determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)

§ 3º O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 3º O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a

Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)
§ 4º São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)

§ 5º A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no § 3º deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público. (Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000 e renumerado pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)

§ 6º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade. (Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000 e renumerado pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)

Mais que isso, com o advento da Emenda Constitucional nº 30/2000, veio a lume o art. 78 do ADCT, *in verbis*:

Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)

§ 1º É permitida a decomposição de parcelas, a critério do credor. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)

§ 2º As prestações anuais a que se refere o *caput* deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)

§ 3º O prazo referido no *caput* deste artigo fica reduzido para dois anos, nos casos de precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)

§ 4º O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou determinar o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)

Ora, o que se colhe do texto constitucional é que os precatórios que ainda pendiam de pagamento na data de promulgação da EC 30/2000 seriam liquidados em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos. O dispositivo, outrossim, não fora proclamado espúrio pelo Supremo Tribunal Federal, gozando de presunção de constitucionalidade, mormente em face de qualquer deslinde contrário nas ADINS 2.356-0 e 2.362-4.

Tal significa dizer que mesmo aqueles devedores cuja ausência de pagamento decorria de dificuldades orçamentárias, qual a insuficiência de recursos, tiveram o favor constitucional de adimplir parceladamente suas dívidas, nos termos dantes expendidos. Dito de outra forma, ficou conferida ao ente público a faculdade de parcelar o débito do precatório em prestações anuais. Doutra banda, a mesma alteração (refiro-me à EC 30/2000) trouxe a permissão do seqüestro da verba necessária à sua satisfação não apenas na hipótese de preterição da ordem cronológica dos precatórios, mas também nos casos em que o parcelamento não fora cumprido ou mesmo fora omitida a previsão orçamentária.

Consta dos autos cópia da informação da Divisão de Precatório no sentido de que o precatório em comento fora parcelado em dez prestações, com o primeiro pagamento previsto para o exercício de 2001, e até o presente momento não teria havido pagamento de qualquer parcela, nada obstante as tentativas de acordo e conciliação intermediados pelo MM. Juízo da 3ª Vara Federal na Paraíba, bem assim a ciência do ente público acerca do dito parcelamento.

Penso, enfim, ao menos nesse juízo perfunctório, que o Município não demonstra, *ictu oculi* onde estaria qualquer laivo de arbitrariedade na determinação presidencial. Mesmo a alegação de dificuldades orçamentárias, sobretudo o risco de ficar a Prefeitura impossibilitada do cumprimento de suas obrigações sociais mais relevantes, concernentes à saúde, educação e outros que tais não estão acompanhadas da prova indispensável, de modo que não há efetiva demonstração de que o seqüestro determinado dê ensanchas à agonia Municipal, mormente dos munícipes.

A inadimplência é vetusta. Em rigor, remonta a 1996, exercício financeiro para o pagamento do precatório inscrito e atualizado no tribunal até 01 de julho de 1995. Mais que isso, ainda que se considere parcelado o débito a partir da EC 30/2000, o fato é que desde 2001 nenhuma das parcelas foi adimplida. A previsão constitucional no ADCT, ademais, é expressa quanto à possibilidade do seqüestro ora açoitado.

Não é demais observar, bem assim, que a ação de desapropriação remonta a 1973, o que significa dizer que os valores concernentes a uma indenização prévia e justa ainda permaneciam sem a devida entrega ao seu titular há mais de 36 (trinta e seis) anos.

Enfim, toda prova que dos autos consta milita, ao contrário das alegações do impetrante, em favor da hígidez do ato que se busca zurzir.

Por derradeiro, é de se registrar que também não seria o caso de concessão de liminar, porquanto esse Relator tem dúvidas sobre a adequação da via processual eleita, dado que se trata de ato do Presidente em sede de precatório e que desafia o manejo de agravo inominado para o egrégio Plenário da Corte.

Com essas considerações, nego provimento ao agravo inominado.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.341-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelantes: AIRTON LOPES PIZARRO E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs. DRS. JOÃO DE DEUS QUIRINO FILHO E OUTRO

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE AUXÍLIO-DOENÇA, INDEFERIDO PELO INSS, COM BASE EM PERÍCIA MÉDICA CONTRÁRIA. SEGURADO PORTADOR DE AIDS, CUJA INCAPACIDADE LABORATIVA RESTOU DEMONSTRADA POR DIVERSOS ATESTADOS MÉDICOS, EXAMES COMPLEMENTARES E BOLETINS DE ATENDIMENTO AMBULATORIAL, EXPEDIDO POR HOSPITAL ESPECIALIZADO EM DOENÇAS INFECTO-CONTAGIOSAS, CORROBORADA PELA PROVA TESTEMUNHAL. SUFICIÊNCIA.

- Laudo Judicial desconsiderado por ter sido elaborado por médico generalista, que se limitou a entrevistar o periciado, revelando-se superficial na aferição das reais condições do promovente, acometido de doença incurável que vai, paulatinamente, atacando o sistema imunológico do paciente, minando-lhe as forças para o trabalho.

- Direito ao auxílio-doença, com efeitos retroativos à data do requerimento administrativo, com base no § 1º do art. 60 da Lei 8.213/91. Precedente desta egrégia 3ª Turma: AC 433.118-PE, de minha relatoria, julgado em 15 de maio de 2008, DJU-II de 09 de junho de 2008. Remessa oficial e apelação do INSS improvidas. Recurso do autor provido, em parte, para determinar o pagamento do benefício a contar do requerimento, e não da citação, como deferido na sentença.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial e à apelação do INSS e dar provimento, em parte, ao recurso do autor, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 11 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

O Instituto Nacional do Seguro Social apelou de sentença que julgou procedente pedido de auxílio-doença, formulado por Airton Lopes Pizarro, determinando o pagamento do benefício com efeitos retroativos à citação, antecipando os efeitos da tutela executória.

Sustenta a autarquia-apelante a ausência dos requisitos exigidos para o deferimento da tutela antecipada, previstos no art. 273 do CPC, e a necessidade de recebimento da peça recursal também no efeito suspensivo para resguardar a Fazenda do perigo da irreversibilidade da medida. No mérito, aduziu que a incapacidade laborativa do promovente foi afastada pela perícia judicial, apesar de reconhecer que este é portador do vírus HIV. Por fim, pretende a redução da verba honorária para cinco por cento sobre o valor da condenação, observado o limite da Súmula 111 do STJ.

O promovente, por sua vez, recorreu da sentença para que os efeitos financeiros dela sejam a partir do requerimento administrativo, ao fundamento de que desde 2002, é portador da AIDS, conforme atestado de fl. 49, e que, por ser uma doença incurável e degenerativa, tem comprometido seu sistema imunológico, pretendendo, ainda, a elevação dos juros de mora para um por cento ao mês, a partir da citação, por se tratar de benefício de natureza alimentar.

Ambos responderam aos recursos, rechaçando, cada qual, os argumentos da irresignação adversa, fls. 145-159 e 162-165.

Duplo grau obrigatório.

O INSS asseverou a impossibilidade de formulação de acordo judicial, fls. 168-176.

É o relatório, no essencial.

Dispensada a revisão. Em pauta.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Inicialmente, pretende o instituto apelante o recebimento do recurso no duplo efeito, mas o juízo *a quo* afastou tal intento, apenas quanto à tutela antecipada, por ser incompatível com esta, fl. 144.

Os arts. 59 e 62 da Lei 8.213/91 dispõem sobre as regras para recebimento de auxílio-doença, nos seguintes termos:

Art. 59 - O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Art. 62 - O segurado em gozo de auxílio-doença, insuscetível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, for aposentado por invalidez.

O indeferimento do auxílio-doença foi motivado, exclusivamente, pela perícia médica contrária, fls. 39-40.

A prova técnica deferida para aferir as reais condições de saúde do autor foi realizada por médico generalista, fl. 82, que se limitou a examinar o periciado, sem considerar a natureza incurável da moléstia de que era portador (AIDS), examinando-o, apenas clinicamente, no momento da entrevista, sem analisar o histórico

médico ou quaisquer exames complementares, asseverando: *Paciente diz ser portador do HIV (soropositivo), desde 06/2002. No presente, diz não ter forças para exercer atividades físicas. Tabagista crônico. Estado geral conservado – anictérico, acianótico, normocorado –* *ACR- N.D.N P.A: 140x80mmhg, f. 85.*

Recentemente, já me pronunciei sobre a necessidade de realização da perícia por profissional especializado na área médica atinente ao mal de que é acometido o autor, sob pena de configuração do cerceamento de defesa e nulidade da sentença que nesta prova se baseara, a exemplo do seguinte precedente:

Previdenciário e Processual Civil. Pedido de auxílio-doença. Perícia judicial requisitada à Policlínica, mas efetuada por médico generalista, em laudo lacônico e desprovido de fundamentação. Cerceamento de defesa, por não ter sido indicado médico especialista para examinar o requerente, como requerido por ele, tempestivamente. Nulidade da sentença acolhida. Precedente desta eg. 3ª Turma: AC 361.798-PB, Des. Ridalvo Costa, julgado em 25 de agosto de 2005, *DJU-II* de 23 de setembro de 2005. Apelação provida, neste aspecto. Retorno dos autos à primeira instância para a reabertura da instrução processual, com a realização da perícia (AC 437.638-PB, de minha relatoria, julgado em 02 de setembro de 2008, *DJU-II* de 18.11.2008).

Entretanto, tendo a sentença combatida, reconhecido o direito do promovente, com base nos demais elementos de prova trazidos aos autos, inexistiu prejuízo à defesa do requerente, pelo que deixo de declarar a nulidade da decisão, ora guerreada e, em homenagem ao princípio do livre convencimento motivado do julgador, atendo-me aos demais elementos de prova para alicerçar meu entendimento.

O promovente trouxe aos autos a ficha de atendimento ambulatorial, datado de junho de 2002, no qual é ratificada a condição de portador do vírus HIV positivo, com controle medicamentoso, fl. 49-51, além do atestado médico, firmado pelo Complexo Hospitalar de Doenças Infecto-Contagiosas – Dr. Clementino, firmado, recentemente (outubro de 2007, fl. 99), no qual foram indicados alguns comprometimentos de saúde, já decorrentes da AIDS, dentre eles a broncopneumonia.

A prova testemunhal revelou-se robusta, trazendo detalhes das condições de saúde do promovente, a exemplo das assertivas do médico Oscar Sobral Neto, ao afirmar que *conhece o autor e informa que ele é portador do vírus do HIV; que o vírus foi detectado há mais de 02 anos; que hoje o autor encontra-se incapacitado para o trabalho; que o paciente de AIDS perde, ao detectar o vírus, a autoestima e conseqüentemente a capacidade de trabalho. Há na sociedade preconceito e discriminação para com as pessoas com AIDS que têm restrição para conseguir trabalho; Os pacientes com HIV precisam se deslocar a cada 60 dias para João Pessoa-PB para proceder ao exame de contagem de carga viral e os exames CD4 e CD8; que o requerente toma apenas parte do coquetel de medicamentos; que em decorrência do vírus da AIDS o requerente vem perdendo peso e foi submetido, inclusive, a uma cirurgia de vesícula em decorrência da doença e houve dificuldade para realização dessa cirurgia devido ao autor ser portador de AIDS, (...) que o documento de fl. 99 é expedido pelo Hospital Clementino Fraga, referência em AIDS para toda a Paraíba e só é emitida após a realização de uma bateria de exames que constata a necessidade de tratamento e no documento de fl. 99 está constando que o autor está com depressão e broncopneumonia e precisa de medicamentos; que o requerente tem sido acometido de diarreias constantes nos últimos dias, fl. 114.*

Assim, reputo plenamente demonstrada a incapacidade laborativa do requerente, por mais de quinze dias, ainda que a última contribuição tenha ocorrido em setembro de 2005, cuja condição de segurado perdurou até outubro de 2006, como aduzido pelo INSS, fl. 18, pelo que tem direito o requerente ao auxílio-doença.

Ademais, há dispensa da carência para os casos em que o segurado for acometido de determinadas patologias, elencadas no art. 151 da referida lei:

Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionadas no inciso II do art. 26, independe de carência a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira, paralisia irreversível e incapacitan-

te; cardiopatia grave; doença de Parkinson; espondilostrose anquilosante; nefropatia grave; estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); síndrome da deficiência imunológica adquirida (AIDS) e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada.

Atendidos, pois, os requisitos previstos no art. 273 do CPC: verossimilhança do direito ao benefício e perigo da demora (natureza alimentar do benefício), correta a antecipação da tutela, deferida na sentença, não procede a irresignação da autarquia previdenciária.

Merece provimento, em parte, o recurso do autor, para que os efeitos financeiros da sentença retroajam à data do requerimento administrativo, quer porque desde então já havia prova da incapacidade do promovente, portador de AIDS, desde 2002, fl. 49, quer pela regra do § 1º do art. 60 da citada lei, ao dispor: *Quando requerido por segurado afastado da atividade por mais de 30 (trinta) dias, o auxílio-doença será devido a contar da data da entrada do requerimento.*

Portanto, tem direito o promovente ao pagamento do benefício com efeitos retroativos à data do pedido administrativo, formulado em 10 de janeiro de 2007, fl. 18.

Nesse sentido, vem decidindo esta egrégia 3ª Turma, a exemplo do julgamento da AC 433.118-PE, de minha relatoria, julgado em 15 de maio de 2008, *DJU-II* de 09 de junho de 2008.

Os juros de mora foram corretamente fixados em meio por cento ao mês, a partir da citação (Súmula 204 do STJ), considerando que a presente ação fora proposta em abril de 2007, fl. 01, na vigência da Medida Provisória 2.180-35/2001, pelo que não procede o pleito do autor para elevá-los para um por cento.

Os honorários advocatícios foram adequadamente fixados em dez por cento sobre o valor da condenação, respeitado o limite da Súmula 111 do STJ, a fim de remunerar condignamente o profissional e, em sintonia com precedentes desta egrégia 3ª Turma: REOAC 424.359-PE, de minha relatoria, julgado em 10 de abril de 2008, *DJU-II* de 29.05.2008.

Com este entender, nego provimento à remessa oficial e à apelação do INSS e dou provimento, em parte, ao recurso do autor, para determinar o pagamento do auxílio-doença desde a data do pedido administrativo (10.01.2007).

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 366.687-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: UNIMED NORTE/NORDESTE - CONFEDERAÇÃO DAS SOCIEDADES COOPERATIVAS DE TRABALHO MÉDICO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ RODRIGUES DE AQUINO FILHO E OUTRO (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. MÉDICOS, ASSOCIADOS DAS UNIMED'S, QUE PRESTAM SERVIÇO DIRETAMENTE À UNIMED NORTE/NORDESTE (COOPERATIVA DE COOPERATIVAS). INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVISTA NA LEI COMPLEMENTAR Nº 84/96, ART. 1º, I, SOBRE AS REMUNERAÇÕES AUFERIDAS. LANÇAMENTO MANTIDO. IMPROVIMENTO DO APELO.

- A UNIMED NORTE/NORDESTE é uma cooperativa de cooperativas (cooperativa de UNIMEDs), e daí que ela presta serviço às entidades que lhe são associadas; descabe imaginar que a atuação do ente regional dá-se, em caráter direto e imediato, em prol dos médicos (tal incumbência é, por si, de cada UNIMED à qual o profissional, pessoalmente, se vincula).

- Já daí se vê que não é possível, a partir da falsa premissa de que a UNIMED NORTE/NORDESTE

é quem prestaria serviço diretamente aos médicos, excluir a tributação incidente sobre as remunerações pagas àqueles que, sem vínculo empregatício, justo ao contrário, mourejam em seu benefício.

- A remuneração dos mencionados profissionais serve, sim, de base imponible para a incidência da exação contida na LC nº 84/96, art. 1º, I, que trata das contribuições sociais a “cargo das empresas e pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, no valor de quinze por cento do total das remunerações ou retribuições por elas pagas ou creditadas no decorrer do mês, pelos serviços que lhes prestem, sem vínculo empregatício, os segurados empresários, trabalhadores autônomos, avulsos e demais pessoas físicas”.

- As disposições contidas da LC nº 84/96, art. 1º, II, alusivas às contribuições a “cargo das cooperativas de trabalho, no valor de quinze por cento do total das importâncias pagas, distribuídas ou creditadas a seus cooperados, a título de remuneração ou retribuição pelos serviços que prestem a pessoas jurídicas por intermédio delas”, em nada interferem na tributação mencionada no item anterior, e não criam especialidade que rendesse ensejo, aqui, à evasão das contribuições, evidentemente devidas.

- 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, 11 de dezembro 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 apelação contra sentença que julgou improcedente o pleito veiculado na exordial, consistente no intuito de anular determinado lançamento perpetrado contra a autora, alusivo, por sua vez, a contribuições sociais (devidas ao INSS).

Nas razões recursais são repisados os mesmos argumentos postos na petição vestibular; diz-se, em resumo, que a LC nº 84/96, em seu art. 1º, I, não se aplicaria aos pagamentos que a autora faria aos “seus cooperados” (nas exatas palavras da recorrente), mormente em face do contido no inciso II; fala-se, ainda mais, que os atos mencionados seriam cooperativos, os quais não se subsumiriam àquela norma; menciona-se, em desdobramento, o que seria uma agressão aos arts. 6º, 7º, 8º e 9º da Lei nº 5764/71.

Houve contra-razões (fls. 247 e ss.).

É o relatório.

VOTO

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

Registro, inicialmente, que o lançamento vergastado (NFLD nº 35.443.209-5) é mais abrangente que o objeto da presente demanda, isto é, ele contém a identificação de tributos – devidos – que não foram atacados no processo de que ora se cuida. Tal distinção também já fizera a sentença, apenas para dar ao julgamento a sua exata dimensão objetiva. Com tal constatação, faço a análise que o caso reclama.

Destaco a fragilidade da tese autoral, ainda que bem urdida; trata-se de esforço exegético que, com todas as vênias, não permite outra conclusão que não aquela a que chegou o ato combatido.

Acerca dos atos cooperativos, tenho sempre em mente certas premissas que já foram consagradas neste Regional.

É que a Constituição Federal, tratando das cooperativas, determina que o legislador lhes dê “adequado tratamento ao ato coope-

rativo”. Note-se, e este ponto é de fácil apreensão e não se expõe a dúvidas maiores, que a Carta Magna não instituiu imunidade em favor das cooperativas. A norma constitucional refere-se apenas ao ato cooperativo e não às cooperativas. É dizer-se: a preocupação da Constituição não é com as cooperativas (aspecto pessoal ou subjetivo), mas com o ato cooperativo (aspecto material ou objetivo).

D’outro lado, a norma constitucional não imuniza o ato cooperativo. Ao contrário, determina que a lei lhe dê adequado tratamento. E adequado tratamento não é sinônimo de imunidade.

É verdade que, ao apregoar o adequado tratamento ao ato cooperativo, a Constituição não desejou agravar a situação deste contribuinte. Não. Determinou, sim, um tratamento mais benéfico, compatível com o estímulo à formação e à sobrevivência das cooperativas. Porém, não chegou a ponto de prescrever a imunidade. E a interpretação sistemática da Constituição demonstra que o legislador constituinte, quando quis prescrever imunidades, fê-lo às claras, aberta e expressamente.

A lei de regência das cooperativas deu-lhes, assim, tratamento mais benéfico, excluindo – genericamente – as contribuições incidentes sobre os tais atos cooperativos.

Mas, ao defini-los (refiro-me aos atos cooperativos), fê-lo de maneira restrita, daí por que não comungo com a tese que enxerga ato cooperativo em toda a atuação da cooperativa.

Impõe-se destacar que o Magno Texto (CF, art. 146, III, c), ao estabelecer que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre o “adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas”, há que ser compreendido num duplo viés: de um lado, a) fundou notável distinção entre os atos, porquanto, se todo ato praticado por cooperativa fosse cooperativo, a referência normativa (“ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas”) seria redundante e abusiva, o que não corresponde à realidade (haja vista que, claramente, sociedades cooperativas podem praticar atos não cooperativos); de outro, b) está evidente que leis ordinárias podem disciplinar a tributação dos atos não

cooperativos – e mais ainda as complementares, como aquela de que ora se cuida, como se verá.

Ademais, e ainda quanto ao primeiro dos aspectos mencionados no parágrafo anterior, impõe-se lembrar a Lei nº 5.764/71, no quanto esta aparta as atuações tipicamente cooperativas das outras:

Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais.

Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria.

Postas as balizas iniciais de meu pensamento, realço que a UNIMED NORTE/NORDESTE é uma cooperativa de cooperativas (cooperativa de UNIMED's), e daí que ela presta serviço às entidades que lhe são associadas; descabe imaginar que a atuação do ente regional dá-se, em caráter direto e imediato, em prol dos médicos (tal incumbência é, por si, de cada UNIMED à qual o profissional, pessoalmente, se vincula).

Já daí se vê que não é possível, a partir da falsa premissa de que a UNIMED NORTE/NORDESTE é quem prestaria serviço diretamente aos médicos, excluir a tributação incidente sobre as remunerações pagas àqueles que, sem vínculo empregatício, justo ao contrário, mourejam em seu benefício.

A remuneração dos mencionados profissionais serve, sim, de base imponível para a incidência da exação contida na LC nº 84/96, art. 1º, I, que trata das contribuições sociais a **“cargos das empresas e pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, no valor de quinze por cento do total das remunerações ou retribuições por elas pagas ou creditadas no decorrer do mês, pelos serviços que lhes prestem, sem vínculo empregatício, os segurados empresários, trabalhadores autônomos, avulsos e demais pessoas físicas”**.

As disposições contidas da LC nº 84/96, art. 1º, II, alusivas às contribuições a **“cargos das cooperativas de trabalho, no valor de quinze por cento do total das importâncias pagas, distribuídas ou creditadas a seus cooperados, a título de remuneração”**.

ração ou retribuição pelos serviços que prestem a pessoas jurídicas por intermédio delas”, em nada interferem na tributação mencionada no item anterior, e não criam especialidade que rendesse ensejo, aqui, à evasão das contribuições. É que, ao prever a hipótese de incidência mencionada, incluiu uma outra (específica para as cooperativas de trabalho), sem ter – parece evidente – excluído a anterior.

Com tais e bastantes considerações, nego provimento à apelação, mantendo a sentença na integralidade.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 413.436-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (CONVOCADO)
Apelante: MARCELO GRABOIS GADELHA
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advs./Procs.: DRS. MARCOS VINICIUS VIANNA E OUTROS (APTE.) E SANDRA PRADO ALBUQUERQUE E OUTROS (APDA.)

EMENTA: CIVIL. MÚTUO DO SFH. CONTRATO QUITADO. REVISÃO. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO COLENDO STJ. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. REQUISITOS DO § 3º DO ART. 515 DO CPC SATISFEITOS. JULGAMENTO IMEDIATO DA LIDE PELO TRIBUNAL. CABIMENTO. TAXA REFERENCIAL (TR). LEGITIMIDADE COMO INDEXADOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA. ANATOCISMO. MOMENTO DE AMORTIZAÇÃO. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. - Jurisprudência consolidada nas egrégias Turmas que compõem a 2ª Seção do colendo STJ no sentido de ser possível a revisão judicial dos contratos bancários extintos pela novação ou pela quitação. Entendimento consolidado no enunciado da Súmula 286 da Corte Superior.

- Sentença que extinguiu a ação sem resolução do mérito, na forma do art. 267, IV, do CPC, por entender não ser cabível a discussão judicial de contrato já resolvido pela liquidação antecipada insubsistente.

- Presentes os requisitos do § 3º do art. 515 do CPC, deve o Tribunal julgar de imediato a lide.

- Não há ilegalidade na utilização da Taxa Referencial (TR) como indexador de correção monetária da dívida, quando haja previsão contratual de utilização do índice oficial das cadernetas de poupança e tenha ocorrido a sua celebração após a vigência da Lei nº 8.177/91 - exegese da Súmula 295/STJ.

- É legítima a atualização do saldo devedor antes da dedução da parcela de amortização do financiamento nos contratos do SFH não indexados ao salário mínimo e, portanto, não sujeitos às regras do art. 6º da Lei nº 4.380/64. Do contrário, seria admitir que o mutuário permanecesse com a disponibilidade do montante emprestado por trinta dias, devolvendo-o com idêntico valor nominal, porém com menor valor real, situação que consistiria em subsidiar o tomador do empréstimo, em prejuízo do SFH, de forma não prevista em lei.

- Inexiste óbice ao acolhimento de laudo elaborado pela Assessoria Contábil do Juízo, órgão especializado, equidistante da pretensão das partes, sem qualquer interesse na causa, que demonstra inexistir a prática de anatocismo na efetivação do contrato.

- Apelação provida para anular-se a sentença. Pretensão à restituição de indébito deduzida na ação julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação para

anular a sentença e, na forma do art. 515, § 3º, do CPC, decidir de imediato a lide, julgando improcedente a pretensão deduzida na ação, 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, 20 de janeiro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Convocado):

Marcelo Grabois Gadelha move a presente ação de rito ordinário contra a CEF - Caixa Econômica Federal, objetivando a revisão judicial de mútuo hipotecário firmado sob a égide das normas que regem o SFH, resolvido antes do ajuizamento da ação mediante a quitação antecipada da dívida com desconto, a fim de que lhe seja restituído valor que diz ter pago a maior, em face da cobrança de juros de forma capitalizada, correção monetária indevida pela Taxa Referencial, além disso porque as amortizações das prestações ocorriam após a correção monetária do saldo devedor.

O MM. Juiz *a quo* extinguiu o processo sem exame do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por entender ausentes as condições da ação, ante a ausência de interesse processual do postulante, já que o contrato já extinto não poderia mais ser revisado, sob pena de afronta ao ato jurídico perfeito.

Inconformado, apela o autor, sustentando que a ação reúne as condições de desenvolvimento válido e regular, já que é inequívoco o seu interesse e direito à restituição do que pagou a maior, por conta das condutas irregulares da apelada, mencionadas na petição inicial. Requer, portanto, a anulação da sentença e o retorno dos autos à Vara Federal de origem para que seja concluído o processamento do feito e julgado o mérito da lide.

Oferecidas as contra-razões, admitido o recurso, subiram os autos, vindo-me conclusos.

Dispensada a revisão, determinei a sua inclusão em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Relator Convocado):

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

Passo ao seu exame.

Ao contrário do entendimento esposado pelo MM. Juiz sentenciante, tenho ser legítimo o interesse manifestado pelo recorrente na ação, de se ver ressarcido do valor que sustenta ter pago a maior na liquidação do contrato, a justificar o pleito que formula ao Estado Juiz. Reúne a ação, portanto, os requisitos intrínsecos e extrínsecos de constituição válida e regular.

No que tange à possibilidade da discussão judicial do contrato já resolvido, sigo o entendimento consolidado no colendo STJ, Corte uniformizadora da interpretação da legislação federal, para reconhecer o seu cabimento. Cito, a título de ilustração, os seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. FCVS. REVISÃO DE CONTRATO JÁ EXTINTO PELO PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido da possibilidade de revisão judicial de contratos já extintos pelo pagamento ou objeto de renovação.

2. A revisão judicial do contrato originário poderá proporcionar ao mutuário vantagens superiores ao desconto que ele obteve por intermédio do acordo que celebrou com o agente financeiro, para a quitação antecipada.

3. Deve ser levado em conta, ainda, o fato de que o contrato objeto da presente demanda conta com a garantia de quitação do saldo devedor com recursos do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, a afastar a responsabilidade do mutuário no tocante ao referido débito.

4. Não se pode falar, assim, em impossibilidade jurídica do pedido.

5. Agravo regimental desprovido.

(Ag Reg. no REsp 878525-RS, 1ª T., Relatora Ministra Denise Arruda, julg. 08/04/2008, DJ 30/04/2008, v.u.) - grifei.

AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO. CONFISSÃO DE DÍVIDA. SÚMULA 300/STJ. PROCESSO EXECUTÓRIO NÃO INSTRUÍDO COM O PRIMITIVO CONTRATO. DISCUSSÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS ORIGINÁRIAS. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 286/STJ. EMENDA À PETIÇÃO INICIAL DETERMINADA NO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. APLICAÇÃO DO ART. 616 DO CPC. INÉRCIA DA PARTE. EXTINÇÃO DO PROCESSO. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA.

(...)

2. Não menos robusta, é a compreensão no âmbito desta Corte quanto à possibilidade de se revisar os contratos e suas cláusulas, para afastar eventuais ilegalidades, ainda que tenha havido quitação ou novação, a teor do que informa o verbete sumular nº 286/STJ: “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores”.

(...)

(AgRg no REsp 871.400-SC, 4ª T., Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, julg. 13/02/2007, DJ 12/03/2007 p. 253, v.u.) - grifei.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. CONTRATO BANCÁRIO. MÚTUO. REVISÃO DE CONTRATOS FINDOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO.

- A jurisprudência das Turmas que compõem a 2ª Seção é tranqüila no sentido de que é possível a revisão judicial dos contratos extintos pela novação ou pela quitação.

- Recurso especial conhecido pela divergência jurisprudencial e nessa parte provido.

(REsp 455.855-RS, 3ª T., Rel. p/acórdão Ministra Nancy Andrighi, julg. 14/02/2006, DJ 19/06/2006 p. 131) - grifei.

Peço vênia para reportar-me, ainda, ao enunciado da Súmula 286 da Corte Superior:

A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores.

Ante o exposto, Acolho o argumento manifestado no apelo para tornar sem efeito a sentença recorrida.

Preenchidos os requisitos do art. 515, § 3º, do CPC, passo ao julgamento imediato da postulação formulada na ação.

Sustenta o postulante que pagou valor excessivo a título de liquidação do mútuo que firmou com a CAIXA sob a égide das normas que balizam o SFH porque, no cálculo da dívida, foi utilizada como indexador de correção monetária a Taxa Referencial.

Verifico na cláusula nona do contrato, fl. 23, a previsão de que o saldo devedor do financiamento seria atualizado mensalmente, no dia correspondente ao da sua assinatura, mediante o coeficiente aplicável aos depósitos de poupança. Na data da celebração do pacto, já estava em vigor a Lei nº 8.177/91, que estabeleceu a Taxa Referencial como índice de atualização das cadernetas de poupança.

Desse modo, não há que se falar em ilegalidade na utilização da TR como indexador de correção monetária da dívida, conforme a tranqüila jurisprudência sobre a matéria, espelhada na Súmula 295 do colendo STJ, de seguinte teor:

A Taxa Referencial (TR) é indexador válido para contratos posteriores à Lei nº 8.177/91, desde que pactuada.

Não procede, portanto, o argumento suscitado.

Sustenta ainda o requerente ter a ré agido de forma irregular ao, primeiro, atualizar o saldo devedor do financiamento para, depois, efetivar o abatimento da parcela de amortização, aduzindo que a conduta correta seria a inversa.

Entendo que não procede a alegação.

Nos mútuos do SFH, o momento em que deve ocorrer a amortização das prestações já encontra entendimento jurisprudencial sedimentado no sentido de que, primeiramente, deve o saldo devedor ser corrigido, para, logo após, ser amortizado.

A Lei nº 4.380/64, consoante o disposto nos seus artigos 5º e 6º, regula a forma e os requisitos para aplicação da correção monetária ao contrato de mútuo vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação, que prevê a indexação das prestações à variação do salário mínimo.

O artigo 6º da Lei nº 4.380/64, faz algumas exigências para que se efetue o reajustamento das prestações de acordo com a variação do salário mínimo e posterior correção monetária, entre eles, que a amortização do saldo devedor deveria anteceder a correção do mesmo.

Esse dispositivo de lei, como já reconheceu a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Representação nº 1.288-DF) e do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 6.908-BA, Rel. Min. Ilmar Galvão, Segunda Turma, DJ 18.03.1991), foi parcialmente revogado pelo artigo 1º do Decreto-Lei nº 19/66, que vedou a indexação da prestação ao salário mínimo para os imóveis cujo valor superassem 75 (setenta e cinco) salários mínimos e tornou obrigatória a cláusula de correção monetária em todos os contratos de SFH.

No contrato discutido, não se prevê a indexação de suas prestações ao salário mínimo, nem é atribuído ao imóvel valor venal inferior a 75 salários mínimos, circunstâncias que afastam a incidência do artigo 6º da Lei nº 4.380/64.

Acrescente-se que o critério utilizado pela CAIXA – de atualizar o saldo devedor previamente à sua amortização – tem amparo na lógica do contrato, uma vez que a prestação é paga um mês após o empréstimo do capital, sendo este valor, que constitui o saldo devedor, aquilo que se pretende remunerar, e não o valor do saldo devedor subtraído do que foi pago na primeira parcela.

Com efeito, pretender o contrário fere a lógica do financiamento, pois, nesse caso, o mutuário terá permanecido com a disponibilidade do montante emprestado por trinta dias, devolvendo-o com idêntico valor nominal, porém com menor valor real, situação que trará prejuízo ao detentor do capital.

Ante o exposto, tenho que não merece acolhimento o argumento do requerente.

Quanto à alegada prática de anatocismo, verifico que a Assessoria Contábil do Juízo (fls. 131/147), instada a se pronunciar, informa que não houve irregularidade na efetivação do contrato, e o autor/apelante, intimado, não opôs contestação, deixando de demonstrar, objetivamente, equívoco nos cálculos elaborados pelo Órgão Auxiliar do Juízo, não havendo, portanto, óbice ao acolhimento do seu parecer como elemento de formação de convicção do julgador.

A jurisprudência, em casos como o presente, firma-se no sentido de que se deve prestigiar o trabalho do perito nomeado pelo Juízo, profissional equidistante das partes e sem qualquer interesse na causa. A título de ilustração, cito os seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DEVEDOR. CÁLCULOS. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO. RAZÕES DE APELAÇÃO GENÉRICA.

I - As razões de apelação do embargante em face dos cálculos exequêndos são genéricas, limitando-se à alegação de existência de excesso de execução sem, entretanto, demonstrar o alegado, não trazendo nenhum elemento que possa fragilizar os cálculos elaborados pelo Contador Judicial.

II - Apelação cível improvida. Sentença mantida *in totum*. (TRF 2ª R., 1ª T., AC 297.811-RJ, Rel. Juiz Ney Fonseca, julg. 10/03/2003, DJU 08/04/2003 pág. 98, unânime - grifei).

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. RECURSO QUE ATACA GENERICAMENTE O CÁLCULO. NÃO APRESENTAÇÃO DE NOVO CÁLCULO HOMOGENEIZADO E ANALÍTICO. APELO IMPROVIDO.

1. Recurso de apelo, no qual é atacado de forma genérica cálculo de Contador Judicial, ao argumento de que o cálculo não observou a Lei nº 8.213/91 (arts. 29 a 31) e inciso II, do artigo 41, sem que demonstre, de forma clara e indubitosa, no que consiste a inobservância e o erro e o seu porquê, nem tampouco apresente novo cálculo homogeneizado e analítico,

no qual se expurgou as alegadas incorreções e demonstrou-as de modo a possibilitar a apreensão da lide a ser resolvida para a entrega imediata da prestação jurisdicional, não enseja acolhida.

2. Apelo a que se nega provimento.

(TRF 3ª R., 1ª T., AC 451.901-SP, Rel. Juiz Gilberto Jordan, julg. 09/05/2000, *DJU* de 05/09/2000, pág. 321, unânime - grifei).

Esta egrégia Quarta Turma, no julgamento de casos análogos, proferiu acórdão que estão ementados nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. CÁLCULO DO CONTADOR DO JUÍZO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE.

1. Os cálculos elaborados pela Contadoria do Juízo, que atua como auxiliar do Juízo, gozam de presunção *juris tantum* de veracidade.

2. Inexistência de prova, produzida por quem de direito, que infirme a conta.

3. Agravo improvido.

(AGTR 38.535-RN, Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, julg. 18.06.2002, *DJU* 18/08/2002, pág. 641, unânime - grifei).

EMBARGOS À EXECUÇÃO. 47,94%, DIFERENÇAS. CÁLCULO RATIFICADO PELO CONTADOR DO JUÍZO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. HONORÁRIOS.

1. As informações prestadas pela Contadoria do Foro – que atua como auxiliar do Juízo em posição equidistante dos litigantes – gozam de presunção *juris tantum* de veracidade.

2. Hipótese em que os cálculos apresentados pelo Contador Judicial é acolhido pelo Juízo singular.

3. Honorários advocatícios reduzidos, em face da simplicidade da matéria.

4. Apelação parcialmente provida.

(AC 242.240-RN, Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, julg. 11/06/2002, *DJU* 08/08/2002, pág. 634, unânime - grifei).

Não restando comprovada a prática do anatocismo, desacolhe-se também a alegação.

Ante o exposto, julgo improcedente a pretensão deduzida pelo autor da ação.

Condeno-o a arcar com as custas do processo e ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, os quais arbitro em R\$ 500,00.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 417.221-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelantes: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DR. WAGNER LUIZ DIAS ANDRADE

EMENTA: TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO A QUO. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, SE NÃO HOUE ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO (CTN, ART. 173, I). INAPLICABILIDADE DO PRAZO PREVISTO NO ART. 46 DA LEI 8.212/91. INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA VINCULANTE Nº 8. FÉRIAS. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CDA. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA.

- O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

- No caso concreto, não houve antecipação do pagamento referente à contribuição previden-

- ciária. É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.*
- *Implementou-se a decadência em relação às parcelas anteriores ao exercício de 1996, com débitos constantes na CDA nº 35.446.116-8, vez que, na hipótese, o prazo decadencial de que dispõe o INSS para constituir o crédito tributário é de cinco anos a contar “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 173, I, do CTN), e, tendo o auto de infração sido lavrado em 20.12.2002, vê-se claramente o transcurso do lapso temporal de 5 anos.*
 - *O Supremo Tribunal Federal, em 11.06.2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 46 da Lei nº 8.212/91 e aprovou a Súmula Vinculante nº 8, nos seguintes termos: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.*
 - *Sobre a remuneração de férias, por integrar o conceito de remuneração, está sujeito à incidência de contribuição previdenciária.*
 - *A CDA possui presunção de liquidez e certeza que só pode ser ilidida por cabal prova em contrário.*
 - *Apelações e remessa oficial improvidas.*

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de apelação interposta pelo INSS e pela ECT contra sentença da lavra do MM. Juízo da 21ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, exarada às fls. 272/282 dos autos, que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução fiscal opostos pela ECT.

Isto porque o decisório vergastado considerou que parte dos créditos excutidos pelo INSS por meio de feito executivo fiscal em face da ECT, inscritos na dívida ativa sob o nº 35.446.116-8, referentes aos exercícios anteriores a 1995, foram alcançados pelo instituto da decadência, devendo o valor correspondente a tais períodos ser abatido do valor da dívida total.

Inconformada a ECT apela alegando, em suma: erro material da CDA porquanto o débito nela inscrito não corresponde ao valor efetivamente devido, haja vista que parte do débito já foi adimplido, ao mesmo passo em que foi reconhecida a decadência de parte do débito, pelo que deveria a CDA ser desconstituída; nulidade da CDA posto que constam empregados da ECT como co-responsáveis da dívida; inconstitucionalidade da Taxa Selic; que houve decadência total dos débitos excutidos; não incidência das contribuições sociais sobre as gratificações complementares de férias.

De outra banda, alega o INSS que a sentença vergastada deve ser reformada porquanto o prazo decadencial das contribuições sociais, a teor do art. 45 da Lei nº 8.212/91, é decenal.

Recebidos os recursos, com contra-razões, subiram os autos a esta Corte, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

De pronto ressalto que, com o advento da Súmula Vinculante nº 8, exarada pelo egrégio STF, e declaração da inconstitucionalidade do art. 46 da Lei nº 8.212/91, não há que se falar em aplica-

ção do prazo prescricional decenal previsto em tal dispositivo legal no que tange a créditos previdenciários. Senão, vejamos o teor da indigitada Súmula:

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Portanto, afastado desde já a aplicação do prazo prescricional previsto no art. 46 da Lei nº 8.212/91, o que torna improcedente o apelo do INSS.

Neste sentido, apenas a título de ilustração, trago à colação aresto do c. STJ:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. DECLARAÇÃO DO DÉBITO PELO CONTRIBUINTE: FORMA DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 46 DA LEI 8.212/91 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA VINCULANTE Nº 08/STF.

1. A apresentação, pelo contribuinte, de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF (instituída pela IN-SRF 129/86, atualmente regulada pela IN8 SRF 395/2004, editada com base no art. 5º do DL 2.124/84 e art. 16 da Lei 9.779/99) ou de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensada, para esse efeito, qualquer outra providência por parte do Fisco. A falta de recolhimento, no devido prazo, do valor correspondente ao crédito tributário assim regularmente constituído acarreta, entre outras consequências, as de (a) autorizar a sua inscrição em dívida ativa; (b) fixar o termo a *quo* do prazo de prescrição para a sua cobrança; (c) inibir a expedição de certidão negativa do débito; (d) afastar a possibilidade de denúncia espontânea.

2. O Supremo Tribunal Federal, em 11.06.2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 46 da Lei nº 8.212/91 e aprovou a Súmula Vinculante nº 8, nos seguintes termos: "São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que

tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 671.219 / RS Recurso Especial 2004/0107666-9, Ministro Teori Albino Zavascki (1124), T1 - Primeira Turma, 19/06/2008, DJ 30.06.2008, p. 1)

De outra banda, o Juízo *a quo*, ao julgar os embargos à execução opostos pela ECT em face da ação de execução fiscal manejada pelo INSS, apenas os julgou parcialmente procedentes, vez que constatou, no caso concreto, que parte dos créditos excutidos, referentes aos exercícios anteriores a 1996 e inscritos na dívida ativa sob o nº 35.446.116-8, foram alcançados pelo instituto da decadência.

Ora, conforme bem foi decidido na esfera *a quo*, efetivamente, no que tange aos créditos inscritos na supracitada CDA, referentes aos exercícios anteriores a 1996, configurou-se a decadência, porém, o mesmo não se verifica quanto aos débitos posteriores.

Ponto que, de acordo com entendimento já formulado pelo colendo STJ, o termo *a quo* para contagem do prazo decadencial dar-se-ia de duas formas distintas: ou aplicando-se a regra contida no art. 173, I, do CTN, para aquelas hipóteses onde não houve o pagamento da exação pelo contribuinte; ou o art. 150, § 4º, do CTN, para as hipóteses onde ocorreu antecipadamente o pagamento da exação pelo contribuinte.

No caso vertente, não tendo havido o pagamento total pela ECT da exação, aplica-se, pois, o disposto no art. 173, I, do CTN; senão vejamos tal dispositivo legal:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela noti-

figação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Deste modo, *in casu*, o prazo decadencial para constituição do crédito tributário segue o disposto no art. 173, I, do CTN, ou seja, o prazo é de cinco anos contados “*do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*”.

Portanto, na hipótese trazida a lume, não houve pagamento antecipado pelo contribuinte do valor total, apenas de parte dele, conforme doc. de fl. 26, na medida em que entendia indevida a incidência de contribuição previdenciária sobre algumas verbas pagas pela empresa a seus empregados.

Assim, o INSS lavrou Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD – em 20.12.2002, conforme consta nos documentos de fls. 54 dos autos, pugnano por débitos referentes aos exercícios de 1991 a 1999.

Desse modo, aplica-se a orientação do colendo STJ no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação cujo pagamento não foi antecipado pelo contribuinte, incide a regra do art. 173, I, do CTN.

Neste sentido, trago a lume arestos do colendo STJ:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL: (A) PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, SE NÃO HOUVE ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO (CTN, ART. 173, I); (B) FATO GERADOR, CASO TENHA OCORRIDO RECOLHIMENTO, AINDA QUE PARCIAL (CTN, ART. 150, § 4º). PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO.

1. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

2. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por ho-

mologação – que, segundo o art. 150 do CTN, “ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa” e “opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa” –, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes da 1ª Seção: EREsp 101.407/SP, Min. Ari Pargendler, *DJ* de 08.05.2000; EREsp 279.473/SP, Min. Teori Zavascki, *DJ* de 11.10.2004; EREsp 278.727/DF, Min. Franciulli Netto, *DJ* de 28.10.2003.

3. No caso concreto, não houve antecipação do pagamento referente à contribuição previdenciária. É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 550.561/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 10.4.2006, grifou-se)

TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TERMO INICIAL.

1. O crédito tributário constitui-se, definitivamente, em cinco anos, porquanto mesmo que o contribuinte exerça o pagamento antecipado ou a declaração de débito, a Fazenda dispõe de um quinquênio para o lançamento, que pode se iniciar, *sponte sua*, na forma do art. 173, I, mas que de toda sorte deve estar ultimado no quinquênio do art. 150, § 4º.

2. A partir do referido momento, inicia-se o prazo prescricional de cinco anos para a exigibilidade em juízo da exação, implicando na tese uniforme dos cinco anos, acrescidos de mais cinco anos, a regular a decadência na constituição do crédito tributário e a prescrição quanto à sua exigibilidade judicial.

3. Inexiste, assim, antinomia entre as normas dos arts. 173 e 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

4. Deveras, é assente na doutrina: a aplicação concorrente dos artigos 150, § 4º, e 173, o que conduz a adicionar o prazo do artigo 173 – cinco anos a contar do exercício

seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido praticado – com o prazo do artigo 150, § 4º – que define o prazo em que o lançamento poderia ter sido praticado como de cinco anos contados da data da ocorrência do fato gerador. Desta adição resulta que o *dies a quo* do prazo do artigo 173 é, nesta interpretação, o primeiro dia do exercício seguinte ao do *dies ad quem* do prazo do artigo 150, § 4º. A solução é deplorável do ponto de vista dos direitos do cidadão porque mais que duplica o prazo decadencial de cinco anos, arraigado na tradição jurídica brasileira como o limite tolerável da insegurança jurídica. Ela é também juridicamente insustentável, pois as normas dos artigos 150, § 4º, e 173 não são de aplicação cumulativa ou concorrente, antes são reciprocamente excludentes, tendo em vista a diversidade dos pressupostos da respectiva aplicação: o art. 150, § 4º, aplica-se exclusivamente aos tributos “cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa”; o art. 173, ao revés, aplica-se aos tributos em que o lançamento, em princípio, antecede o pagamento.

(...)

A ilogicidade da tese jurisprudencial no sentido da aplicação concorrente dos artigos 150, § 4º, e 173 resulta ainda evidente da circunstância de o § 4º do art. 150 determinar que considera-se “definitivamente extinto o crédito” no término do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador. Qual seria pois o sentido de acrescer a este prazo um novo prazo de decadência do direito de lançar quando o lançamento já não poderá ser efetuado em razão de já se encontrar “definitivamente extinto o crédito”? Verificada a morte do crédito no final do primeiro quinquênio, só por milagre poderia ocorrer sua ressurreição no segundo”. (Alberto Xavier, Do Lançamento. Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, 2ª Edição, p. 92 a 94).

5. Na hipótese, considerando-se a fluência do prazo decadencial a partir de 01.01.1991, não há como afastar-se a decadência decretada, já que a inscrição da dívida se deu em 15.02.1996.

6. Embargos de Divergência rejeitados.

(REsp 276.142/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28.2.2005)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO FAZENDÁRIO. PRAZO DECADENCIAL.

1. Tratam os autos de embargos de divergência de autoria do Estado de São Paulo objetivando a desconstituição de acórdão proferido pela 2ª Turma desta Corte que, em sede de recurso especial, exarou entendimento na linha de que, **não havendo o pagamento antecipado do tributo sujeito a lançamento por homologação**, ou havendo prova de fraude, dolo ou simulação, **tem incidência a regra do art. 173, I, do CTN**, para a decadência, ou seja, um quinquênio contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Traz como divergente aresto oriundo da 1ª Seção (EREsp 178.526/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 11/03/2002) que consignou que, nos casos de lançamento por homologação, a verificação do termo inicial da decadência deve ser feita por meio da análise conjunta dos arts. 173, I, e 150, § 4º, do CTN, perfazendo um total de dez anos para a Fazenda constituir o crédito tributário a partir da data do fato gerador.

2. Conforme já decidiu a egrégia Primeira Seção desta Corte, o prazo decadencial do direito de constituir o crédito tributário, na hipótese de tributos sujeitos a lançamento por homologação, rege-se pelo art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, ou seja, será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador (EREsp 184.262/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU 27.09.2004).

3. Embargos de divergência improvidos, prevalecendo o entendimento do acórdão embargado. (EREsp 432.984/SP, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, DJ de 13.6.2005, grifou-se)

Portanto, no caso em exame, implementou-se a decadência em relação às parcelas anteriores aos exercícios de 1996, com débitos constantes na CDA nº 35.446.116-8, vez que, na hipótese, o prazo decadencial de que dispõe o INSS para constituir o crédito tributário é de cinco anos a contar “*do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*” (art. 173, I, do CTN), e, tendo o auto de infração sido lavrado em 20.12.2002, sendo esta causa interruptiva da contagem do prazo decadencial, vê-se claramente o transcurso do lapso temporal de 5 anos.

Por outro lado, no que tange ao alegado pagamento parcial pela ECT referente aos débitos excutidos, frise-se que o comprovante de pagamento efetuado pela ECT constante às fl. 26, em confronto com o auto de infração de fls. 56 e seguintes, não corresponde à totalidade da dívida, pelo que se deve dar prosseguimento à execução quanto aos valores remanescentes, inclusive também subtraindo-se àqueles valores alcançados pela decadência.

De outra banda, impende destacar que o pagamento parcial ou a decadência parcial de débitos constantes na CDA não afetam a sua liquidez e certeza, pelo que não há como proceder as alegações de nulidade da CDA e erro material.

Isto porque o excesso na cobrança expressa na CDA, sob a alegação de pagamento parcial do crédito exequendo, não afeta a sua liquidez, desde que os valores possam ser revistos por simples cálculos aritméticos, situação presente nos autos.

A jurisprudência dominante vem firmando o entendimento de que o eventual excesso na cobrança expressa na CDA não afeta a sua liquidez, desde que os valores possam ser revistos por simples cálculos aritméticos, situação versada nos autos.

Confira-se, a respeito, o seguinte precedente do egrégio STJ:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. ICMS. COMERCIALIZAÇÃO DE GASES INDUSTRIAIS (CARGA RÁPIDA E ENCHIMENTO ESPECIAL). EXCESSO DECORRENTE DA INCLUSÃO DE VALORES DEVIDOS A TÍTULO DE ISS. POSSIBILIDADE DE RE-CÁLCULO DA DÍVIDA. LIQUIDEZ DO TÍTULO.

1. A nulidade de CDA e sua verificação, consoante cediço na Corte, encerra matéria de prova, cuja cognição é interdita em sede de recurso especial, ante a *ratio essendi* da Súmula 7/STJ.

2. Destarte, o excesso na cobrança expressa na CDA não macula a sua liquidez, desde que os valores possam ser revistos por simples cálculos aritméticos (Precedentes oriundos das Turmas de Direito Público: REsp 837.248/RS, publicado no *DJ* de 15.08.2006; REsp 721.751/SP, desta relatoria, publicado no *DJ* de 28.04.2006; e REsp 690000/MG, publicado no *DJ* de 02.05.2005).

3. *In casu*, o acórdão regional assentou a higidez da CDA no que pertine ao imposto lançado pelo fornecimento de

gás, mediante o procedimento de carga rápida e enchimento especial, por não ter sido constatada bitributação, ante a não cumulação do ISS e do ICMS sobre o mesmo fato gerador, bem como tendo em vista que:

“No referente ao excesso do auto de lançamento, na hipótese, embora as certidões incluam débitos indevidos, não se tem por inválidas, cabendo apenas afastar o excesso, visto que diz com vício substancial ou intrínseco (CPC, arts. 741, I, e 74), e não declarar a sua nulidade por descaracterização da liquidez. Esta só é gerada por violação dos requisitos formais ou extrínsecos (CTN, arts.202 e 203, Lei nº 6.830, art. 2º, § 5º)” (fls. 604/605).

4. Possibilidade de prosseguimento de execução fiscal, em que determinada a exclusão dos valores indevidamente tributados a título de ICMS, sem necessidade de novo lançamento para constituição do crédito tributário remanescente.

5. Recurso especial desprovido.

(REsp 726229/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, por unanimidade, DJ 12/03/2007, pág. 201).

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. LIQUIDEZ. PAGAMENTO PARCIAL. PROSSEGUIMENTO PELO SALDO REMANESCENTE.

1. Em nosso sistema processual, o juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se, apenas, que a decisão seja fundamentada. Aplica o magistrado ao caso concreto a legislação por ele considerada pertinente. Inocorrência de violação ao art. 535 do CPC.

2. A desconstituição parcial de dívida fiscal, consubstanciada em certidão de dívida ativa, não afeta a sua liquidez quando é possível, através de simples cálculos aritméticos, apurar-se o saldo remanescente, dando ensejo ao prosseguimento da execução fiscal. Desnecessidade de cancelamento da CDA.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 538.840/SP; Rel. Ministra Eliana Calmon; T2; DJ 06/06/2005)

Assim, na esteira desse precedente, ao qual me filio, ainda que diante de eventual de pagamento de alguns valores contidos na CDA, não há que se falar em nulidade do título executivo. O

mesmo ocorre com relação aos débitos alcançados pela deca-
dência, os quais podem simplesmente ser subtraídos dos débitos
constantes da CDA, sem que isso afete a sua liquidez.

Por outro lado, no que concerne à legalidade da Taxa Selic
quanto à aplicação da Taxa Selic como critério de atualização, con-
sidero que não há ilegalidade na sua aplicação, vez que o art. 161,
§1º, do CTN determina que os juros de mora são calculados à taxa
de 1% (um por cento) ao mês, se a lei não dispuser de modo diver-
so. Acontece que a Lei 9.065/95 instituiu o permissivo legal para
cobrança da referida taxa, não havendo, pois, qualquer ilegalidade
em sua aplicação.

Esta taxa foi criada através da Resolução nº 1.124 do Conse-
lho Monetário Nacional, e vem a ser o rendimento definido pela
taxa média ajustada dos financiamentos apurados no Sistema de
Liquidação e Custódia, calculado sobre o valor nominal e pago no
resgate dos títulos emitidos pelo Estado e negociados por institui-
ções financeiras, assim, a Taxa SELIC é o valor mensal dos juros
pagos na negociação destes títulos, sendo um instrumento hábil
para remuneração de capital, ou seja, para efetuar tanto o caráter
remuneratório de indenização, que é função dos juros de mora,
quanto o de fator de correção monetária.

A Taxa SELIC serve como referência para todas as demais
taxas de juros praticadas na economia brasileira e atende à ne-
cessidade jurídica de encontrar um percentual concreto que me-
lhor traduza a dinâmica de relações como esta, entre o Fisco e o
contribuinte, desta forma a cobrança de juros com base na Taxa
SELIC acompanha as oscilações econômicas do país.

É de se ressaltar, ainda, que a 1ª Seção do STJ, em julgado,
em sede de embargos de divergência do recurso especial, por
unanimidade, entendeu pela legalidade da aplicação da referida
taxa; afinal, os contribuintes também utilizam a SELIC para com-
pensação e repetição de indébito. Trago, pois, à colação a ementa
do julgado acima referido:

TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO DE DÉBITO. JUROS MO-
RATÓRIOS. TAXA SELIC. CABIMENTO.

1. O artigo 161 do CTN estipulou que os créditos não pa-
gos no vencimento serão acrescidos de juros de mora cal-

culados à taxa de 1%, ressalvando, expressamente, em seu parágrafo primeiro, a possibilidade de sua regulamentação por lei extravagante, o que ocorre no caso dos créditos tributários, em que a Lei 9.065/95 prevê a cobrança de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais (art. 13).

2. Diante da previsão legal e considerando que a mora é calculada de acordo com a legislação vigente à época de sua apuração, nenhuma ilegalidade há na aplicação da Taxa SELIC sobre os débitos tributários recolhidos a des-tempo, ou que foram objeto de parcelamento administrativo.

3. Também há de se considerar que os contribuintes têm postulado a utilização da Taxa SELIC na compensação e repetição dos indébitos tributários de que são credores. Assim, reconhecida a legalidade da incidência da Taxa SELIC em favor dos contribuintes, do mesmo modo deve ser aplicada na cobrança do crédito fiscal diante do princípio da isonomia.

4. Embargos de divergência a que se dá provimento. (STJ, EREsp 396.554-SC, 1ª Seção, julg. por unan. em 25/08/2004, publ. em 15/09/2004)

Neste passo, perfeitamente aplicável a Taxa SELIC, nos ditames do artigo 39, § 4º, da Lei 9.250/95, a partir de janeiro de 1996.

Por outro lado, no que concerne ao suposto vício da CDA por constar como co-responsáveis da dívida excutida empregados da ECT, comungo do entendimento exarado na esfera *a quo* de que com fulcro no art. 42 da Lei nº 8.212/91 são solidariamente responsáveis pelo pagamento de contribuições previdenciárias os administradores de empresas públicas.

Outrossim, não houve elemento probatório nos autos que pudesse ilidir a responsabilidade dos co-responsáveis apontados na CDA sob foco, pelo que deve prevalecer a presunção *juris tantum* da CDA.

Por fim, no que tange à celeuma acerca da incidência das contribuições sociais sobre as gratificações complementares de férias, tenho que, relativamente às férias, estas ostentam feição salarial, uma vez que há fato gerador – percepção de salário –

devendo apenas haver paralisação das atividades do obreiro, hipótese interruptiva do contrato de trabalho, porém incidindo a contribuição social sobre tal gratificação.

Trago arestos do colendo STJ neste sentido:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ADICIONAL DE FÉRIAS E 13º SALÁRIO. BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA. VERBAS DE CARÁTER REMUNERATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE INFRINGÊNCIA DO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO ART. 458, II, CPC. SÚMULA 282/STF.

1. O Sindfaz/RS interpõe recurso especial pretendendo a reforma de acórdão proferido pelo TRF 4ª Região, que entendeu que, com a edição da Lei 9.783/99, a contribuição previdenciária dos servidores públicos passou a incidir sobre o 13º salário e sobre o adicional de férias, porque compreendidos no conceito legal de remuneração.

2. Não se visualiza ofensa ao art. 535, II, CPC, visto que o Tribunal *a quo* ofereceu prestação jurisdicional devidamente fundamentada, sem nenhuma espécie de vício a macular a conclusão proferida. O art. 458, II, do CPC não se encontra prequestionado. Incidência da Súmula 282/STF.

3. As verbas recebidas a título de gratificação natalina bem como o terço constitucional de férias possuem natureza remuneratória, consonante jurisprudência pacificada pelo STF com a edição das Súmulas nº 688/STF e 207/STF, que dispõem respectivamente: “É legítima a incidência da contribuição a previdenciária sobre o 13º salário” e “As gratificações habituais, inclusive as de Natal, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário”. Não se tem, pois, por vulnerado o princípio da legalidade pela integração de ambos ao salário-contribuição para efeitos previdenciários, não sendo possível eximir-se da obrigação tributária em questão.

4. As contribuições de seguridade social constituem uma subespécie da espécie tributo – contribuição social –, e seu custeio obedece ao princípio da universalidade, conforme preceitua o art. 195 da CF/88, devendo ser financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 956.289/RS; Ministro José Delgado; DJ23/06/2008)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. LEI 9.783/99 E LEI 10.887/2004. INCIDÊNCIA, SALVO EM CASO DE INCONSTITUCIONALIDADE (SÚMULA VINCULANTE 10/STF), O QUE NÃO É O CASO.

1. O art. 1º e seu parágrafo da Lei 9.783/99 estabeleceu como base de cálculo da contribuição social do servidor público para a manutenção do seu regime de previdência “a totalidade da sua remuneração”, na qual se compreendem, para esse efeito, “o vencimento do cargo efetivo, acrescido de vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual, ou quaisquer vantagens, (...) excluídas: I - as diárias para viagens, desde que não excedam a cinquenta por cento da remuneração mensal; II - a ajuda de custo em razão de mudança de sede; III - a indenização de transporte; IV - o salário família”.

2. Critério semelhante foi adotado pelo art. 4º da Lei 10.887/2004, segundo o qual “A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de 11% (onze por cento), incidente sobre a totalidade da base de contribuição”, assim entendido, nos termos do § 1º, “(...) o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual ou quaisquer outras vantagens, excluídas: I - as diárias para viagens; II - a ajuda de custo em razão de mudança de sede; III - a indenização de transporte; IV - o salário-família; V - o auxílio-alimentação; VI - o auxílio-creche; VII - as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho; VIII - a parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança; e IX - o abono de permanência de que tratam o §º 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional no 41, de 19 de dezembro de 2003”.

3. Não há dúvida, portanto, de que o legislador adotou, para efeito da base de cálculo (ou de contribuição), o critério da remuneração total do servidor público, com exclusão apenas das parcelas por ele indicadas. A adoção de outro critério (considerando como base de cálculo as parcelas que serão incorporadas aos proventos de aposenta-

doria), significa negar vigência à norma legal estabelecida, o que somente será viável se tal norma for declarada inconstitucional, na forma do art. 97 da Constituição (Súmula vinculante 10/STF).

4. Não há razão para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º do previdenciário hoje consagrado na Constituição, especialmente após a EC 41/2003, que alterou o art. 40, § 3º, da CF, tem caráter contributivo, mas traz incorporado um princípio antes previsto apenas para o regime geral da previdência: o princípio da solidariedade. Por força desse princípio, o financiamento da previdência não tem como contrapartida necessária a previsão de prestações específicas ou proporcionais em favor do contribuinte. A manifestação mais evidente do enunciado é a sujeição à contribuição dos próprios inativos e pensionistas.

5. A gratificação natalina (13º salário) e o acréscimo de 1/3 sobre a remuneração de férias, direitos assegurados pela Constituição aos empregados (CF, art. 7º, incisos VIII, XVII e XVI) e aos servidores públicos (CF, art. 39, § 3º), por integrarem o conceito de remuneração, estão sujeitos à contribuição previdenciária.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 731.132/PE; Ministro Teori Albino Zavascki; DJ 20/10/2008)

Com fulcro no todo acima exposto, nego provimento às apelações e remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 427.783-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelante: RAIMUNDO LUIZ SOBRAL VILA NOVA DE CARVALHO
Apelado: DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT
Repte.: PROCURADORIA DO DNIT
Advs./Procs.: DRS. MARCELO AUGUSTO BARRETO DE CARVALHO E OUTRO (APTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. MATÉRIA PRECLUSA. ART. 473 DO CPC. NÃO-CONHECIMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE DE VEÍCULO PROVOCADO PELA INVASÃO DE ANIMAL EM RODOVIA FEDERAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS ESTÉTICOS. NÃO-COMPROVAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. OCORRÊNCIA. NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO. INDENIZAÇÃO.

- Apelação adesiva interposta pelo DNIT para rediscussão de matéria já decidida em primeira instância e não recorrida pela parte interessada. Operada a preclusão, é incabível o conhecimento do recurso que versa apenas sobre a matéria já apreciada.

- O Estado tem o dever de diligência, consistente em prever as conseqüências de sua conduta ativa e omissiva, adotando todas as providências necessárias para evitar a consumação de danos a terceiros.

- Os atos omissivos podem gerar a responsabilidade objetiva quando o ato infringir um dever de agir ou quando a omissão se refere a ato que visa evitar a consumação de um resultado danoso.

- No caso específico, o acidente causado pela

invasão de animais em rodovia federal só ocorreu devido à ausência de barreiras protetivas ou, ao menos, de pistas de rolamento que permitam a visualização do animal, de forma que seja possível evitar o acidente.

- Danos estéticos não comprovados de forma separada dos danos morais. Prejuízos materiais, referentes às despesas médico-hospitalares e medicamentos, devem ser ressarcidos pela ré, de acordo com notas e recibos constantes dos autos. Danos morais arbitrados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em harmonia com os critérios adotados pelo TRF da 5ª Região e STJ. Precedentes.

- Recurso adesivo do DNIT não conhecido e apelação do particular provida, para reformar a sentença e julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, invertendo-se o ônus da sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 427.783-SE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em não conhecer do recurso adesivo e dar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 11 de novembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Cuida-se de apelação e recurso adesivo interpostos, respectivamente, por Raimundo Luiz Sobral Vila Nova de Carvalho e pelo DNIT, contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal

de Sergipe, que julgou improcedente o pedido, indeferindo a pretensão autoral quanto ao ressarcimento por danos materiais e morais ocasionados por acidente automobilístico ocorrido em trecho da BR-235 (Km 5, sentido Aracaju/São Cristóvão), ocasionado pelo abalroamento do veículo do autor em animais soltos na rodovia.

2. Em suas razões recursais, o particular sustenta a necessidade de reforma da sentença, uma vez que, configurada a falta de serviço por parte do réu, deve este ser condenado pelos prejuízos causados.

3. O DNIT, por sua vez, recorre adesivamente suscitando sua ilegitimidade *passiva ad causam*.

4. Contra-razões pela partes recorridas.

5. É o relatório.

VOTO

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

1. Inicialmente, cuido da análise do tema devolvido a esta Corte em razão da interposição de agravo retido, ainda na fase de instrução, contra decisão interlocutória que decidiu pela manutenção do compromisso legal assumido por duas testemunhas arroladas pela defesa. Na versão do agravante, a qualidade de servidores públicos federais dos depoentes comprometeria a lisura de seus testemunhos, vez que a contenda se dá em desfavor de autarquia pública federal.

2. No ponto, entendo não merecer reforma a decisão combatida, por não vislumbrar qualquer razão plausível para o descrédito das testemunhas arroladas. Ao contrário, exatamente por serem servidores públicos federais diretamente ligados ao cotidiano dos fatos em debate, e também por gozarem de presunção relativa de veracidade as declarações dos prepostos da Administração, seus testemunhos são de extrema importância para o esclarecimento das querelas em apreço.

3. Não bastasse, foram as testemunhas advertidas das sanções penais decorrentes do falso testemunho. Por essas razões, deve ser mantido o compromisso firmado.

4. Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, suscitada em sede de recurso adesivo pelo DNIT, verifico que o MM. Juiz *a quo* já se pronunciou acerca da matéria quando proferiu despacho de saneamento do processo (fls. 188/189), nos seguintes termos:

[...]

Acatar a preliminar de fl. 136. A ré-União não é parte legítima para responder pela presente demanda, por pertencer esta, exclusivamente, ao réu-DNIT, na condição de responsável pela conservação e manutenção das estradas federais, não sendo o termo de transferência aludido na contestação de fl. 140 suficiente para excluir sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

(...)

Rejeito, também, a preliminar de fl. 161, atroada pelo réu-DNIT. O fato de existir ou não seguro não exclui a responsabilidade do ente federal encarregado da manutenção e conservação das estradas federais.

[...]

5. Contra a mencionada decisão, a parte interessada não interpôs agravo, embora tenha sido devidamente intimada, conforme certidão de fl. 194.

6. Dessa forma, não é mais possível se discutir, em sede de apelação adesiva, sobre a ilegitimidade argüida, por ter se operado a preclusão.

7. Confira-se o disposto no art. 473 do Código de Processo Civil:

Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

8. Dessa forma, não conheço da apelação adesiva porque referente apenas à ilegitimidade.

9. Quanto ao mérito, devolvido ao TRF da 5ª Região pela apelação do particular, vejo que o cerne da questão cinge-se em analisar a possibilidade de responsabilização do Estado por acidentes de veículos provocados por aparecimentos de animais nas rodovias federais.

10. Cumpre indagar sobre a responsabilidade civil da Autarquia recorrida, enquanto Administração Pública que, mediante atribuições na sua esfera de atuação, não teria cumprido a obrigação legal de manter a rodovia federal BR-235 em condições seguras de tráfego, provocando o sinistro e, em caso de resposta afirmativa, sobre a obrigação de indenizar.

11. Sobre o tema responsabilidade civil do Estado, ensina a melhor doutrina que o Poder Público, como qualquer sujeito de direito, obriga-se a reparar economicamente os danos que causar ao patrimônio jurídico de outrem, através de comportamentos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, puramente fácticos ou jurídicos.

12. Acerca desta matéria, dispõe o § 6º do artigo 37 da Constituição da República de 1988:

Art. 37. (...)

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

13. A análise do dispositivo transcrito revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. É a tese da responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo.

14. Em voto proferido na AC 415.871/RN, 3ª Turma do TRF da 5ª Região, o Desembargador Federal convocado Frederico Azevedo, analisando caso similar, explica que “a teoria do risco administrativo esteia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais”.

15. Prossegue o ilustre Desembargador:

Entendem-se por agentes públicos todos aqueles que agem em nome de todas as pessoas de direito público, assim como quaisquer outras de direito privado que, não obstan-

te alheias à estrutura central da administração pública, desempenhem funções imputáveis ao Estado, mercê de concessão ou de delegação.

Cabe, ainda, esclarecer que a conduta lesiva ensejadora da responsabilidade estatal pode surgir: ou em decorrência do próprio comportamento do Estado, que gera o dano; ou da omissão do Estado perante o evento alheio que causa o gravame, caso em que se caracteriza a falta de serviço; ou, ainda, por ato que suscite situação propiciatória do dano, que exponha alguém a risco.

Convém ressaltar que a responsabilidade do Estado concretiza-se em ocorrendo um dano juridicamente reparável, além de reclamar ofensa a algo que o ordenamento jurídico reconheça em favor de um sujeito de direito. Neste diapasão, dano juridicamente reparável não pressupõe necessariamente dano econômico, podendo atingir, por certo, o patrimônio moral do indivíduo.

16. No caso dos autos, trata-se de responsabilização estatal por infração ao dever de diligência, por ato omissivo, referente à fiscalização das rodovias federais e de manutenção de barreiras protetivas, a fim de evitar invasão de animais.

17. A responsabilidade civil do Estado depende de uma conduta estatal, ativa ou passiva, que produza efeito danoso a terceiro. Deve existir uma relação de causalidade necessária e suficiente entre a ação ou omissão estatal e o resultado danoso.

18. O Estado tem, ao meu ver, um dever de diligência, consistente em prever as conseqüências de sua conduta ativa e omissiva, adotando todas as providências necessárias para evitar a consumação de danos a terceiros.

19. Infringindo esse dever, atuando de forma displicente, descuidada, inábil ou imprudente, configura-se a conduta ilícita e surgirá a responsabilidade civil, se houver dano.

20. A responsabilização civil por ato comissivo é objetiva, ou seja, basta configurar o nexo de causalidade entre o ato e o dano para gerar o direito à indenização.

21. Reconheço que, quanto aos atos omissivos, parte da doutrina entende que a responsabilidade é subjetiva, ou seja, deve existir culpa ou dolo.

22. Contudo, entendo que os atos omissivos podem gerar responsabilização objetiva quando o ato infringir um dever de agir ou quando a omissão se refere a ato que visa evitar a consumação de um resultado danoso.

23. Neste sentido, bem discorreu Marçal Justen Filho, *in verbis*:

Mas existe outra situação, que é o núcleo dos problemas. É aquela situação em que não há norma impondo explicitamente o dever de agir, mas em que o agir é o meio para evitar a consumação de um resultado danoso e prejudicial, reputado antijurídico. Tal se passa, por exemplo, quando um servidor público deixa de sinalizar a existência de um defeito na pavimentação rodoviária, dando oportunidade à consumação de acidente de trânsito. Não é necessário existir lei determinando o dever de agir. Ele se configura como inerente ao cumprimento diligente das funções públicas exercidas.

(...)

Nesse caso, a responsabilização apenas surgirá se houver omissão juridicamente reprovável, consistente na infração a um dever de diligência. Assim, por exemplo, o Estado pode ser responsabilizado quando deixar de limpar galerias, daí derivando inundação das vias públicas e prejuízo a terceiros.

(*in* Curso de Direito Administrativo - São Paulo: Saraiva, 2005, p. 801.)

24. Assim, no caso dos autos, entendo possível a responsabilização do Estado, uma vez que este tem o dever de manter as condições das estradas, fiscalizando-as, sinalizando os perigos existentes e tomando todas as medidas acautelatórias.

25. Neste caso específico, penso que o acidente causado pela invasão de cavalos em rodovia federal só ocorreu devido à ausência de barreiras protetivas ou, ao menos, de pistas de rolamento que permitam a visualização do animal, de forma que seja possível evitar o acidente.

26. Desta forma, houve uma infração ao dever de diligência estatal, sendo, assim, aplicável a responsabilidade objetiva, bastando, portanto, a demonstração do dano e do nexo de causalidade, que foram amplamente comprovados nos autos.

27. Neste diapasão, trago à guisa arestos dos Tribunais Regionais e do colendo Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. AUSÊNCIA DE GRADES DE PROTEÇÃO NO LOCAL. DEMONSTRAÇÃO DE RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A OMISSÃO E AS MÓRTEES.

1. Recurso especial interposto contra v. Acórdão que julgou improcedente ação ordinária de reparação de danos em face da Prefeitura Municipal de São Paulo, objetivando a indenização pelo falecimento dos pais dos recorrentes, ao argumento de que os mesmos vieram a falecer em razão de acidente automobilístico ocorrido na Marginal do Tietê, pois no local do acidente não existiam grades de proteção, o que impediria a queda do veículo.

2. Para que se configure a responsabilidade objetiva do ente público basta a prova da omissão e do fato danoso e que deste resulte o dano material ou moral.

3. O exame dos autos revela que está amplamente demonstrado que o acidente ocorreu e que o evento morte dele decorreu e que a estrada não tinha grade de proteção.

4. A ré só ficaria isenta da responsabilidade civil se demonstrasse – o que não foi feito – que o fato danoso aconteceu por culpa exclusiva da vítima.

5. A imputação de culpa está lastreada na omissão da ré no seu dever de, em se tratando de via pública, zelar pela segurança do trânsito e pela prevenção de acidentes (arts. 34, parágrafo 2º, do Código Nacional de Trânsito, e 66, parágrafo único, do Decreto nº 62.127/68).

6. Jurisdição sobre a referida marginal de competência da ré, incumbindo a ela a sua manutenção e sinalização, advertindo os motoristas dos perigos e dos obstáculos que se apresentam. A falta no cumprimento desse dever caracteriza a conduta negligente da Administração Pública e a torna responsável (art. 66, parágrafo único, do Decreto nº 62.127/68) pelos danos que dessa omissão decorrerem.

7. Estabelecido assim o nexa causal entre a conduta omissiva e o falecimento dos pais dos recorrentes, responde a ré pela reparação dos prejuízos daí decorrentes, no caso, os danos patrimoniais pela cessação da fonte de sustento dos menores.

8. Recurso provido.

(STJ - Superior Tribunal de Justiça, REsp - 439.408/SP, Primeira Turma, decisão: 05/09/2002, DJ, Data: 21/10/2002, página: 308, LEXSTJ VOL.: 00159, página: 210, Relator José Delgado).

ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ÓBITO DA GENITORA DOS DEMANDANTES. AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO QUANTO AOS RISCOS EFETIVOS DA RODOVIA. RESPONSABILIDADE DO DNER. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA. APLICABILIDADE.

1. Aplica-se a teoria da culpa administrativa quando há omissão ou falha por parte do Estado na prestação de um serviço público.

2. O atropelamento de um animal, que fez o veículo em que viajava a genitora dos autores cair em uma vala cheia de água, causando o falecimento dela, deveu-se à falta de sinalização quanto ao trânsito comum de animais na área e à falta de defensas na estrada, caracterizando a culpa do DNER pelo evento em face da falta do serviço.

3. O dano moral imposto a três crianças de cinco, dez e treze anos em decorrência da perda da mãe que lhes dava sustento e carinho é presumido, dispensando demonstração.

4. Os danos materiais foram demonstrados nos autos.

5. Comprovados os danos, a responsabilidade do poder público, em razão da falta do serviço, e a relação de causa e efeito entre ambos, inexistindo culpa da vítima, resta caracterizado o dever indenizatório do Estado.

6. Decisão que não viola os dispositivos legais e constitucionais prequestionados pela parte.

7. Apelação e remessa oficial improvidas.

(Tribunal - Quarta Região, AC - Apelação Cível/RS, Terceira Turma, decisão: 26/11/2002, DJU, data: 05/02/2003, página: 294, Relator Sérgio Renato Tejada Garcia).

CIVIL. RESPONSABILIDADE. RESSARCIMENTO DE DANO. ACIDENTE DE VEÍCULO. QUESTÕES PRELIMINARES. DANOS MATERIAIS E MORAIS. PENSÃO MENSAL. SUCUMBÊNCIA.

1. Inépcia da inicial não reconhecida, porque a ação tem como causa de pedir a responsabilidade do DNER pela

fiscalização das estradas federais, cabendo à autarquia diligenciar no sentido de descobrir a identidade do dono do proprietário do cavalo que invadiu a estrada e provocou o acidente.

2. Carência de ação afastada, com base na Súm-132 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Solicitadas pelo Ministério Público peças da ação penal promovida contra o proprietário do cavalo, que não serviram para formar a convicção do juiz, não há cerceamento de defesa por haver este convertido o feito em diligência para atender a promoção.

4. Cabe ao DNER a administração, guarda, sinalização, policiamento e demais atos inerentes ao poder de polícia de trânsito e de tráfego nas rodovias federais.

5. Demonstrado onexo causal entre o fato lesivo imputável à administração e o dano, exsurge para o Estado o dever de indenizar o particular, mediante o restabelecimento do patrimônio lesado por meio de compensação pecuniária compatível com o prejuízo (art-37, par-6 da, Constituição Federal - CF/88).

6. Se a causa do acidente foi o surgimento de um cavalo na pista, não provada a culpa da vítima, configurada a responsabilidade do DNER, em face da sua omissão, por permitir acesso de animal à pista.

7. Indenização fixada no menor valor com base em orçamento idôneo, pensão estabelecida por força da responsabilidade objetiva, indenização por dano moral por morte do pai do autor mantidas, com base em precedentes jurisprudenciais, elevada a última por consideradas as seqüelas da perda, porque o acidente ocorreu quando o filho possuía apenas três anos de idade, privando-o de crescer ao amparo da figura e da segurança paterna, o que lhe frustrou desenvolvimento emocional em condições de normalidade.

8. Critérios de atualização monetária e sucumbência, esta reduzida para o percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, fixados na esteira de precedentes da Turma.

9. Apelação do autor provida e do DNER parcialmente provida.

(Tribunal - Quarta Região, AC - Apelação Cível/RS, Quarta Turma, decisão: 20/09/1997, DJ, data: 01/07/1998, página: 754, Relatora Sílvia Goraieb).

28. Outro não é o entendimento desta egrégia Corte Regional:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA OBJETIVA. ESTRADA SEM CONSERVAÇÃO.

I - Incide nos efeitos da responsabilidade civil, por força de teoria objetiva, o órgão público, que além de ser responsável pela conservação das estradas de rodagem, não tomam providências para sinalizar buracos na pista e que, em face dessa omissão, provocam acidente com danos em veículos.

II - É indubitável, em tal circunstância, o direito do proprietário do veículo sinistrado, em decorrência da má conservação da estrada, em ser indenizado pelos prejuízos sofridos.

III - Apelação e remessa oficial improvidas. Precedente desta Primeira Turma: TRF5, AC 43.953/AL, Rel. Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, *DJU* 03.09.1999, p. 903.

(Tribunal - Quinta Região, AC - 344.176/AL, Primeira Turma, decisão: 16/12/2004, *DJ* - data: 14/03/2005 - página: 664 - nº: 49, Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante).

ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE VEÍCULO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

1. Demonstrados onexo causal e o dano, impõe-se à administração pública o dever de indenizar. Exegese do art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

2. Responsabilidade civil decorrente do dever do órgão público de conservar a estrada de rodagem, inclusive não permitindo a sua invasão por animais, a fim de evitar acidentes.

3. A isenção somente seria possível se ficasse comprovado que a vítima agiu com culpa ou dolo.

4. Remessa oficial improvida.

(Tribunal - Quinta Região, REO - 160.355/SE, Terceira Turma, decisão: 11/10/2001, *DJ* - data: 13/03/2002 - página: 1264, Desembargador Federal Nereu Santos).

29. Assim, demonstrada a responsabilidade quanto à conservação, à manutenção e à fiscalização das estradas, tem o Estado o dever de adotar todas as medidas necessárias à prevenção de acidentes, inclusive as que impedem a invasão de animais na pista.

30. Só seria possível a isenção de tal responsabilidade se a culpa do acidente pudesse ser atribuída à vítima, o que de fato foi ventilado pelo DNIT, que conclui pela negligência do condutor no momento do acidente, sem, contudo, colacionar qualquer prova a respeito, limitando-se a especular a aplicação de alta velocidade pelo motorista.

31. As informações carreadas aos autos, em sentido contrário à defesa do DNIT, dão conta da omissão da ação estatal esperada, e não ocasionalmente, caracterizando uma omissão habitual, como se vê, por exemplo, no depoimento de uma das testemunhas arroladas, policial rodoviário federal (fl. 207):

(...) É costume a presença de cavalos no local, acrescentando o depoente que próximo à cidade, como era o caso, é sempre comum a presença de animais na pista. Há uma equipe da Polícia Rodoviária Federal que, quase que diariamente, recolhe animais na pista. Não se recorda se neste dia a equipe da Polícia Rodoviária Federal atuou. (...)

32. Entendo, portanto, pela necessidade de reforma da sentença combatida, para declarar a responsabilidade do Estado quanto ao acidente tratado na inicial.

33. Caracterizado, assim, o dever de indenizar, passo a arbitrar o *quantum* indenizatório, que deve atender os fins a que se presta a indenização por danos em casos como o presente.

34. Quanto ao dano estético, o autor não conseguiu provar separadamente sua ocorrência em face do noticiado acidente. Em que pese a natural existência de seqüelas físicas, entendo que eventual desconforto com estas se inserem no âmbito do abalo moral como um todo.

35. Em relação aos danos materiais, referentes aos gastos com medicamentos e despesas médico-hospitalares, deve o DNIT ser condenado ao ressarcimento dos prejuízos comprovadamente suportados, consoante notas fiscais colacionadas, no importe de R\$ 7.460,84 (sete mil, quatrocentos e sessenta reais e oitenta e quatro centavos), valor esse que, diga-se de passagem, não foi impugnado pela Autarquia demandada, que se limitou a tecer crítica de forma generalizada em sua contestação.

36. O referido valor deve ser atualizado pelos índices do manual de cálculos do Conselho da Justiça Federal - CJF desde a data de seus efetivos dispêndios e acrescido de juros de mora (art. 406, CC), contados da citação.

37. Finalmente, em relação à perquirida indenização pelos danos morais, julgo-a merecida, por haver a omissão estatal, de forma indubitável, causado inúmeros transtornos e abalos psíquicos ao autor, especialmente pelas dores físicas sofridas, internamentos hospitalares e seqüelas resultantes do fatídico episódio, entre elas o trauma do acidente e o desconforto com as cicatrizes e deformação em uma de suas pernas.

38. O montante dessa indenização deve ser suficiente para desencorajar a reiteração de condutas ilícitas e lesivas por parte do réu e, ao mesmo tempo, amenizar, na medida do possível, os abalos causados ao autor lesado. Por outro lado, a reparação pecuniária não pode se afigurar como excessiva diante da lesão causada, sob pena de resultar em enriquecimento indevido do autor.

39. Nesse contexto, arbitro em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) o valor devido à título de indenização por danos morais, atualizado pelos índices do manual de cálculos do Conselho da Justiça Federal - CJF a partir da presente decisão e acrescido de juros legais desde a data do acidente (REsp 703.194/SC), destacando que o *quantum* se mostra condizente com a prática desta Corte e do colendo STJ, como se extrai dos seguintes julgados:

(...) Realmente, mesmo em casos de dor emocional extremada, tal a causada pela morte ou acidente grave, em dramas causados por acidente e traumas, a indenização moral não vem sendo arbitrada na importância encontrada pelo acórdão recorrido. De fato, no REsp 768.992/PB (DJ 28/06/2006, Rel. Min. Eliana Calmon), no qual a indenização por dano moral se deveu a evento de morte por choque elétrico, estipulou-se o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). (...)

(STJ, REsp 842.515/DF, 1.ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 7/11/2006).

(...) Destarte, restou demonstrado, no caso, a existência do nexo de causalidade entre os danos sofridos pelo recorrido e a conduta omissiva do DNER, não caracterizada

a culpa da vítima, configurando a responsabilidade objetiva da Administração Pública e o seu dever de reparar os danos sofridos pela vítima, consistentes nas dores físicas decorrentes da fratura exposta e dos ferimentos e sucessivas operações, com todos constrangimentos e inconvenientes daí decorrentes, cujo valor arbitrado pelo magistrado *a quo*, deve ser reduzido ao montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em harmonia com o entendimento jurisprudencial de nossos Tribunais de que o valor da indenização por danos morais não pode ser módico, de forma a representar ausência de sanção efetiva ao ofensor; nem excessivo, a fim de evitar o enriquecimento sem causa da vítima. (TRF5, AC 325.108/PG, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde Cavalcante, DJ 14/8/2007).

40. Com essas considerações, não conheço do recurso adesivo interposto pelo DNIT e dou provimento à apelação do particular, para reformar a sentença de primeira instância, julgando parcialmente procedente os pedidos formulados na inicial, consoante fundamentação aqui exposta, invertendo, por conseguinte, o ônus da sucumbência, condenando a autarquia ré ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 5% sobre o valor final da condenação.

41. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 428.611-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelante: TREBIANO COM/ LTDA.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. MÁRIO ROBERTO CEZAR JÁCOME E OUTROS (APTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. NULIDADE DA PENHORA REGISTRADA EM CARTÓRIO TIDO COMO INCOMPETENTE QUE NÃO SE SUSTENTA. PREFERÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DIVERGÊNCIA DE

PREÇO QUE SE TEM COMO AFRONTA AO INTERESSE PÚBLICO.

- É incontroverso quanto ao arresto efetivado em 26 de fevereiro de 1999 por esta Justiça Federal e o seu registro perante o 6º Ofício de Nota em 30 de março de 1999, que deu plena publicidade ao ato de constrição (fls. 257 a 260 destes autos).

- Consta do próprio Edital de Praça ter sido o imóvel em discussão “objeto da matrícula nº 38.026, Registro Imobiliário da 2ª Zona desta comarca, hoje Circunscrição Imobiliária da 3ª Zona, 7º Ofício de Notas, sendo relevante o fato de não haver a Trebiano, no agravo interposto contra a decisão referida, expressamente admitido esse fato (fl. 374), suscitando questão referente à procedência de penhoras que não foi acolhida por este Tribunal.

- Conquanto não tenha o 7º Ofício de Notas dado cumprimento às determinações legais, para ampla publicidade dos gravames existentes no registro anterior, não trouxe prejuízo nem gerou nulidade à averbação da penhora, feita relativamente à matrícula anterior, porquanto o embargante tinha ciência do gravame.

- Deve-se destacar que esse registro ocorreu muito antes da arrematação e, mesmo que não existisse o registro da penhora, este nunca foi fator de validade da penhora nem muito menos para elidir um privilégio de crédito fazendário.

- O art. 619 do CPC não se aplica à Fazenda Pública porquanto o seu crédito goza de privilégio que vai além de possibilidades no campo do direito real.

- A alegação de boa-fé da embargante deve ser afastada, diante de um crédito privilegiado da Fazenda, mormente quando já estava penhorado e registrado o ato como aqui já restou satisfatoriamente fundamentado.

- Não obstante tenha sido avaliado o bem objeto destes embargos por R\$ 1.200.000,00, perante a Justiça Estadual, e arrematado por R\$ 650.000,00, foi ele reavaliado e arrematado nesta Justiça Federal por R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) fl. 430, em 6 de março de 2007 (auto de fl. 445), o que afronta o interesse público.

- Conquanto não deve ser exigida a certidão negativa de débito de que trata o art. 47, I, b, da Lei nº 8.212/91 da empresa na alienação ou oneração de bem imóvel a qualquer título perante o Ofício, no momento da arrematação tornava-se indispensável a comprovação, para o registro válido perante o cartório respectivo, de que a empresa executada não possuía débitos perante a Seguridade Social.

- O art. 53, § 1º, da Lei nº 8.212/91, que trata da indisponibilidade dos bens penhorados é perfeitamente aplicável ao caso em tela já que a execução objeto de embargos de terceiro foi de natureza fiscal e promovida pela União.

- Apelação improvida.

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelação interposta por TREBIANO COM/LTDA.

contra sentença que julgou improcedentes os embargos de terceiro em que pleiteava a suspensão da execução e, ao final, afastar o bem de sua propriedade dos efeitos da penhora decretada na Execução Fiscal nº 98.0007649-2.

Considerou, o MM. Juiz *a quo*, que a alegação de que a penhora, para sua validade, deveria ser registrada perante o 7º Ofício, por várias razões, portanto, não se sustenta. Nesse sentido, dispõe a Lei dos Registros Públicos - LRP que “Quando o título anterior estiver registrado em outro cartório, o novo título será apresentado juntamente com certidão atualizada, comprobatória do registro anterior, e da existência ou inexistência de ônus (art. 197) (fls. 51/57). Entendeu, também, que houve aviltamento do preço e que o crédito tributário goza de privilégio em todas as circunstâncias.

Em suas razões recursais, argüiu a empresa ora apelante a inexistência de penhora por ausência de registro no cartório competente que seria o 3ºCRI/7º Ofício de Notas (Lei Complementar nº 51/87), e não o 2º CRI/6º Cartório de Notas.

Aduziu, também, a inexistência de infração ao art. 47 da Lei nº 8.212, pois tal dispositivo legal não se aplica à Carta de Arrematação, mas tão somente a alienações não coativas, bem como de infração ao art. 53, § 1º, do referido dispositivo legal pela mesma razão.

Defendeu, ainda, a inexistência de suposta incompetência do Juízo alienante, bem como de arrematação a preço vil, ao argumento de que o preço da arrematação somente poderia ser reputado vil se não tivesse alcançado pelo menos 50% do valor da respectiva avaliação (R\$ 1.200.000,00) do bem, realizada ao tempo da arrematação (R\$ 650.000,00), o que não ocorreu no caso.

Contra-razões apresentadas às fls. 630/643 pela Fazenda Nacional, onde aduziu que a sentença recorrida se encontra em perfeita harmonia com o conjunto probatório, encontrando-se a arrematação realizada na Justiça Federal perfeita e acabada. Alegou, ainda, a preferência do crédito tributário e, ao final, pugnou pelo improvimento do apelo e manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Inicialmente, em relação a alegação de inexistência de penhora por ausência de registro no cartório competente não merece prosperar.

Como bem entendeu o MM. Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, Dr. Janilson Bezerra de Siqueira, “as alegações no sentido do desconhecimento dos gravames, pois, esbarram em vários fatos documentados nos autos. Em primeiro lugar, não se controverte quanto ao arresto efetivado em 26 de fevereiro de 1999 por esta Justiça Federal e o seu registro perante o 6º Ofício de Nota em 30 de março de 1999, que deu plena publicidade ao ato de constrição (fls. 257 a 260 destes autos). Consta, nesse sentido, do próprio Edital de Praça ter sido ele “objeto da matrícula nº. 38.026, Registro Imobiliário da 2ª Zona desta comarca, hoje Circunscrição Imobiliária da 3ª Zona, 7º Ofício de Notas (...). E é significativo o fato de não haver a Trebiano, no Agravo interposto contra a decisão referida, expressamente admitido esse fato (fl. 374), suscitando questão referente à procedência de penhoras, que ,como dito, não foi acolhida pelo Tribunal” (fl. 515).

Considerou, ainda, o MM. Juiz *a quo* que “se o registro anterior foi efetuado em outra circunscrição, a matrícula será aberta com os elementos constantes do título apresentado e da certidão atualizada daquele registro, a qual ficará arquivada em cartório” (art. 229). Mas outro dispositivo finaliza a discussão: segundo o art. 169 e inciso I, os atos de que trata o art. 167 (registros e averbações) realizar-se-ão no cartório da situação do imóvel, salvo “as averbações, que serão efetuadas na *matrícula ou à margem do registro a que referirem, ainda, que o imóvel tenha passado a pertencer a outra circunscrição*” (grifou-se).

Entendeu, assim, o Ilustre Magistrado que “deveria, é verdade, o 7º Ofício de Notas ter dado cumprimento às determinações legais, para ampla publicidade dos gravames existentes no registro anterior. O fato de não tê-lo feito não incorreu em prejuízo, nem gerou nulidade à averbação da penhora, feita relativamente à ma-

trícula anterior. Disso não resulta a pretensa nulidade nem a isenção do bem da constrição, já que a falha do Cartório não implicou o desconhecimento do gravame – do qual de fato esteve ciente a embargante, como se viu – nem a referida ilegalidade”.

Esse registro ocorreu muito antes da arrematação e, mesmo que não existisse o registro da penhora, este nunca foi fator de validade da penhora nem muito menos para elidir um privilégio de crédito fazendário.

Sustentou, ainda, o recorrente que mesmo que o arresto fosse equiparado à penhora, no sentido de caracterizar a Fazenda Nacional como credora pignoratícia para efeito de aplicação do art. 619 do CPC, o fato é que aquele gravame foi registrado em cartório incompetente, o que atingiu não apenas a publicidade do gravame mas também impediu que o mesmo se concretizasse, já que à época, tal requisito era constitutivo do ato.

Aduziu, ainda, a não obrigatoriedade de intimação da Fazenda Nacional, diante do desconhecimento, pelo Juízo alienante, de gravame em favor daquela: inaplicabilidade do art. 619 do CPC.

Na realidade, o crédito de Fazenda Pública, em razão de seu privilégio, não necessita de estar incluído no art. 619 do CPC, nem estender os efeitos daquele dispositivo a esta espécie de crédito, face a sua natureza.

Defendeu, ainda, a recorrente a sua presumida boa-fé, porquanto ao tempo da arrematação inexistia em favor da Fazenda Nacional penhora sobre o bem, tampouco arresto registrado no cartório competente, não havendo assim, publicidade *erga omnes*, de modo que sua presumida boa-fé apenas pode ser elidida por provas inequívocas, e não com base em suspeitas ou conceitos pré-concebidos, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica.

Esse ponto já restou satisfatoriamente demonstrado, pois não pode prevalecer a simples alegação de uma boa-fé diante de um crédito privilegiado da Fazenda, mormente quando já estava penhorado e registrado o ato, como aqui já restou satisfatoriamente fundamentado.

Em relação à alegação de que não houve preço vil na arrematação, como bem observou o MM. Juiz de Primeiro Grau, “nada obstante avaliado o bem objeto destes Embargos por R\$ 1.200.000,00, perante a Justiça Estadual, e arrematado por R\$ 650.000,00, foi ele reavaliado e arrematado nesta Justiça Federal por R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), fl. 430, em 6 de março de 2007 (auto de fl. 445). A ineficácia, portanto, não seria apenas de forma, mas de conteúdo, também, por configurar-se preço vil, embora não tomada como fundamento para a declaração de ineficácia na decisão deste Juízo”. (Fls. 593).

Em relação à preferência do crédito tributário, como bem destacou o MM. Juiz *a quo*:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O fato de um bem já estar penhorado em outro processo não impede sua sucessiva constrição em novas execuções. Resolve-se o problema por meio do concurso de preferências (art. 711). Quando, porém, a penhora tiver acontecido em Execução Fiscal movida pela União, suas autarquias e fundações, a Lei nº 8.212, de 24.07.1991, art. 53, § 1º, impõe automática indisponibilidade dos bens constritos. Como a penhora pressupõe disponibilidade dos bens a serem afetados torna-se impenhorável, por outros credores, o objeto da penhora efetuada em executivo fiscal intentado pela União e suas

autarquias e fundações públicas ... Em suma: a penhora da Fazenda Pública Federal acarreta indisponibilidade e conseqüentemente impenhorabilidade sucessiva por outros

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

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

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

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

O dispositivo assegura a preferência do crédito tributário sobre os créditos de natureza civil ou comercial consolidados em qualquer tempo, reafirmando, assim, o princípio da prevalência do interesse público sobre o interesse privado.

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

sula de indisponibilidade, evitando assim a alienação de referidos bens a ser efetivada por credores privados, independentemente da data da constrição.

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

Todo e qualquer tese ou justificativa da apelante sob o meu ângulo de visão cai por terra na espécie por se tratar de crédito privilegiado da Fazenda Pública concorrendo com o crédito particular sem nenhum privilégio ainda mais com diferença de valores aviltantes que só iria causar prejuízos à Fazenda Pública, o que em hipótese alguma seria razoável se acolher a pretensão do recorrente.

Convém destacar, ainda, que foi reconhecido no acórdão proferido em 03/05/2005 no agravo de instrumento nº 52.498/RN interposto pela empresa ora apelante, em que foi relator o saudoso Des. Federal Relator PETRUCIO FERREIRA, ora apelante, que houve prejuízo ao crédito tributário nos imóveis porquanto arrematados por valores inferiores ao da avaliação, o que justificaria a anulação da arrematação, *in verbis*:

(...)

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

Deve-se destacar ainda, que a Execução Forçada nº 001.9800836-5 foi promovida perante a 5ª Vara Cível da Comarca de Natal perante a 5ª Vara Cível em 29 de outubro de 1998 (fl. 174), nos autos da qual foi realizada a hasta pública do imóvel que a apelante diz ser proprietária. Enquanto que a Execução Fiscal nº 98.0007649-2 promovida pela União se deu em 17 de novembro de 1998 (fl. 220), tendo o referido imóvel (terreno situado à Av. Eng.

Roberto Freire, 1809, Capim Macio, Natal) sido arrematado (fl. 258) dos referidos autos.

Em relação à alegação de inaplicabilidade ao caso em tela, do art. 47 da Lei nº 8.212/91, não prospera.

Como bem observou o MM. Juiz *a quo*, o art. 47, inciso I, alínea b, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, prevê a exigência, para fins de alienação ou oneração de bens imóveis das empresas, a qualquer título, da apresentação de Certidão Negativa de Débito fornecida pelo INSS perante o Ofício competente.

E como bem entendeu o ilustre Magistrado, “na época da expedição da carta de arrematação, seria necessária a comprovação, para o registro válido perante o cartório respectivo, não da Certidão Negativa de Débito, mas de que a empresa executada não possuía débitos perante a Seguridade Social, independentemente da dispensa de apresentação da CND perante o Oficial de Registro. Portanto, a penalidade cabível, segundo o art. 48, *caput*, do Diploma mencionado, obviamente não seria a de responsabilizar os contratantes (já que no caso concreto não existe contrato, e sim arrematação), nem mesmo o Oficial de Registro (em face de o referido auxiliar estar cumprindo ordem judicial), mas sim a declaração de ineficácia da arrematação de pleno direito.

Em relação à alegação de inaplicabilidade do art. 53¹, § 1º, da Lei nº 8.212/91, também não merece prosperar, porquanto a execução objeto dos embargos é de natureza fiscal tendo sido promovida pela União.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

¹ Lei nº 8.212/91

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

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

(...).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 432.206-AL

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (CONVOCADA)
Apelação: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: ALEXSANDRA TENÓRIO DE BARROS
Reptes.: PROCURADORIA DO INSS E MARILENE TENÓRIO DE BARROS (APDA.)
Adv./Proc.: DRA. ANDRÉA KARLA CARDOSO AMARAL (APDA.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. INOCORRÊNCIA. SITUAÇÃO DE DESEMPREGO. PROVA. PERÍODO DE GRAÇA DE 24 MESES. DIREITO. EXISTÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 111 DO STJ.

- Não merece prosperar a preliminar de nulidade da antecipação da tutela deferida na sentença, ainda que não tenha esta última mencionado, expressamente, qual seria o perigo de dano irreparável. É evidente que, em se tratando de verba de caráter alimentar, o perigo de dano é sempre presente. A nulidade argüida pelo Instituto não tem o condão de invalidar a decisão, máxime porquanto suprível por este órgão ad quem.

- Nos termos do art. 15, § 2º, da Lei nº 8.213/91, o segurado desempregado mantém essa condição durante um período de 24 meses após a cessação das contribuições, desde que comprovada tal situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

- A jurisprudência vem abrandando a exigência dessa prova, considerando válida a apresentação da CTPS com a ausência de vínculo empregatício, tendo sido editada a Súmula nº 27 da Turma Nacional de Uniformização, segundo a qual “a ausência de registro em órgão do Ministério do Trabalho não impede a comprovação

do desemprego por outros meios admitidos em Direito”.

- Hipótese em que o pai da autora teve seu último vínculo empregatício cessado em 30.10.1990 e faleceu em 14.08.1992, após os 12 meses previstos no art. 15, II, da Lei nº 8.213/91. Ocorre que a ausência de registro de emprego no CNIS demonstra que ele estava desempregado, situação esta que elastece o período de graça para 24 meses, conforme o § 2º do referido dispositivo, de modo que o de cujus mantinha a qualidade de segurado na data do seu óbito, fazendo jus a sua filha ao benefício da pensão por morte.

- “Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre prestações vencidas após a sentença” (Súmula 111 do STJ).

- Preliminar afastada. Remessa oficial e apelação providas em parte.

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, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, do voto da Relatora e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 3 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA - Relatora Convocada

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (Convocada):

Cuida-se de remessa oficial e de apelação interposta pelo INSS contra sentença que julgou procedente o pedido de concessão de pensão à autora, em razão do falecimento do seu genitor, a ser

implantado no prazo de trinta dias, sob pena de incidência de multa correspondente a 5% do valor do benefício, condenando-o ainda ao pagamento dos atrasados, a contar da data do requerimento administrativo, acrescidos de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

O apelante suscita, preliminarmente, a prescrição quinquenal, nos termos do art. 103 da Lei nº 8.213/91, e a nulidade da sentença, por falta de fundamentação, no tocante à determinação para cumprimento da obrigação em trinta dias, aduzindo que, neste particular, foi deferida, de ofício, a antecipação de tutela, motivo pelo qual requer a sua sustação. No mérito, sustenta que, à época do óbito, o pai da demandante já havia perdido a qualidade de segurado, pois estava há mais de doze meses desempregado, sendo certo que esta situação não estava devidamente registrada junto ao órgão do Ministério do Trabalho, de modo que não faz jus, a promotivo, à pensão por morte pleiteada. Pugna, alfim, caso mantido o *decisum* atacado, que sejam excluídas da base de cálculo dos honorários advocatícios as prestações vencidas, a teor da Súmula 111/STJ.

Contra-razões.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (Relatora Convocada):

Inicialmente, saliento que não merece prosperar a preliminar de nulidade da antecipação da tutela deferida na sentença, ainda que não tenha esta última mencionado, expressamente, qual seria o perigo de dano irreparável. É evidente que, em se tratando de verba de caráter alimentar, o perigo de dano é sempre presente. A nulidade argüida pelo Instituto não tem o condão de invalidar a decisão, máxime porquanto suprível por este órgão *ad quem*.

Feito esse registro, observo que a matéria devolvida para exame deste Colegiado diz respeito à concessão de pensão por morte (pelo RGPS) à autora, em razão do falecimento de seu genitor.

No que se refere à argüição de prescrição, constato que, em se tratando de prestações de trato sucessivo, o fundo de direito

não é atingido pelo referido instituto, que só alcança as parcelas vencidas no quinquênio anterior à data da propositura da ação.

In casu, todavia, não há que se acolher a aludida prejudicial, uma vez que, embora a ação só tenha sido ajuizada em abr/07, anos depois do óbito do instituidor do benefício (ocorrido em 1992), a concessão dos atrasados teve como marco inicial a data do requerimento administrativo (22.11.06), não havendo que se falar em condenação antes disso.

Feito esse registro, ao examinar o caso, verifico que a decisão recorrida merece ser reformada apenas em parte.

No que concerne ao benefício pretendido, a Lei nº 8.213/91, em seu art. 16, I e § 4º, prevê, *in verbis*:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I- o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

(...)

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

No caso dos autos, restou demonstrado, através da certidão de nascimento acostada à fl. 16, que a autora era filha do falecido, cujo óbito ficou comprovado pela certidão de fl. 14.

O cerne da controvérsia gira em torno da qualidade de segurado do instituidor do benefício.

No documento de fls. 11/13, extraído da Carteira de Trabalho e Previdência Social, consta como data de rescisão do último vínculo de emprego do *de cujus* a de 30.10.1990. Como ele faleceu em 14.08.1992, após o período de graça, ou seja, após os 12 (doze) meses previstos no art. 15, II, da Lei nº 8.213/91, teria perdido a qualidade de segurado.

Ocorre que, de acordo com o § 2º do referido dispositivo, o prazo acima referido será acrescido de mais 12 (doze) meses para o trabalhador desempregado, “desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social”.

Essa exigência consignada ao final do parágrafo, entretanto, vem sendo abrandada pela jurisprudência, de modo que a situação de desemprego pode ser vislumbrada por outros meios, como, por exemplo, a simples apresentação da CTPS com ausência de vínculo empregatício.

As reiteradas decisões sobre a matéria nesse sentido originaram a Súmula nº 27 da Turma Nacional de Uniformização, cujo enunciado dispõe, *in verbis*:

Súmula nº 27 - A ausência de registro em órgão do Ministério do Trabalho não impede a comprovação do desemprego por outros meios admitidos em Direito.

Sobre o tema, vale conferir os seguintes julgados:

PENSÃO POR MORTE. ALEGAÇÃO DE PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. NÃO OCORRÊNCIA. PERÍODO DE GRAÇA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 15, § 2º, DA LEI 8.213/91. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO DE DESEMPREGO MEDIANTE REGISTRO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. SÚMULA 27 DESTA TURMA NACIONAL.

- Pedido de Uniformização de Jurisprudência sob o fundamento de ter a Turma Recursal de Pernambuco concedido pensão por morte à dependente do falecido, mesmo tendo havido a perda da qualidade de segurado.

- Divergência não comprovada. Aplicação do art. 15, § 2º, da Lei nº 8.213/91 que previu a possibilidade de manutenção do período de graça quando comprovado o desemprego.

- Essa Turma Nacional já se posicionou pela desnecessidade de registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social para comprovação do desemprego. Inteligência da Súmula 27 desta Turma.

- Incidente conhecido e improvido.

(TNU, Processo nº 200483200046050, rel. Juíza Federal Renata Andrade Lotufo, *DJU* 15.05.06. www.cjf.gov.br/juris)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. INOCORRÊNCIA.

- Nos termos do art. 15, II, § 1º e § 2º, da Lei 8213/91, o segurado desempregado mantém essa qualidade até 24 meses após a cessação das contribuições.

- A exigência do “registro no órgão próprio” para fins de comprovação da condição de desempregado tem sido abrangida pela jurisprudência pátria, de modo a valer, no caso concreto, a regra insculpida no § 2º do art. 15, II, da Lei nº 8.213/91. Precedentes desta Corte.

(TRF - 4ª R., Turma Suplementar, AC 200071080104865/RS, Rel. Des. Federal Luciane Amaral Corrêa Münch, DE 05.03.07, www.cjf.gov.br/juris)

No caso em tela, o CNIS não registra nenhum vínculo empregatício do Sr. Aleone Tenório de Barros após 30.10.1990, de forma que considero válido o documento de fls. 11/13 como prova do desemprego do referido senhor.

No que tange ao termo *a quo* da condenação, há de ser considerada a data do requerimento administrativo, a teor do art. 74 LBPS, consoante já fixado pelo Juiz sentenciante.

Por fim, merece ser modificada a sentença quanto aos honorários advocatícios, na medida em que hão de ser eliminadas da sua base de cálculo as parcelas com vencimento posterior ao julgamento de primeiro grau, a teor da Súmula nº 111 do STJ, na sua redação atual, *in verbis*:

Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença.

Com essas considerações, rejeito a preliminar suscitada e, no mérito, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial apenas para expungir da base de cálculo dos honorários advocatícios as parcelas vencidas após a sentença.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 436.518-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelantes: MARIA DO SOCORRO RAPOSO SALES E OUTROS
Apelados: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA E BANCO DO BRASIL S/A
Repte.: PROCURADORIA DO INCRA
Adv./Proc.: DRS. JOÃO MAURÍCIO CAVALCANTI GOMES DA FONSECA (APTES.) E DANIEL CARLOS CAVALCANTI DE ARAÚJO E OUTROS (2º APDO.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. REMESSA OBRIGATÓRIA INEXISTENTE. APELAÇÃO DE TERCEIROS INTERESSADOS (POSSEIROS). DESPACHO DE RECEBIMENTO DA APELAÇÃO. AGRAVO RETIDO. INCABIMENTO. ART. 522, CAPUT, DO CPC. DEFEITO DE REPRESENTAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE DA APELAÇÃO. FALTA DE LEGITIMAÇÃO E INTERESSE PROCESSUAL PARA RECORRER. PRELIMINARES REJEITADAS. JUSTA INDENIZAÇÃO. ACORDO CELEBRADO E HOMOLOGADO EM JUÍZO. LAUDO DE VISTORIA BEM FUNDAMENTADO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. DESOCUPAÇÃO DA ÁREA POR ARRENDATÁRIA. IMISSÃO PROVISÓRIA DEFERIDA ANTERIORMENTE.

- Inexiste remessa obrigatória no presente feito, eis que foi celebrado acordo entre as partes, fixando-se o valor da indenização no montante ofertado pelo INCRA na inicial.

- Mostra-se incabível a interposição de agravo retido contra a decisão que recebeu a apelação dos terceiros interessados em ambos os efeitos, porquanto as questões nele ventiladas – existên-

cia de defeito de representação na peça recursal em relação a alguns dos apelantes e intempetividade do recurso – não restaram abordadas na decisão agravada.

- Também não há como se conhecer do presente agravo retido no que tange aos efeitos em que a apelação fora recebida, por se tratar de questão que deve ser impugnada via agravo de instrumento, conforme preconizado no art. 522, caput, do CPC, com a redação determinada pela Lei nº 11.187/2005.

- Impossível se mostra a apreciação, em preliminar das contra-razões, do ponto relativo aos efeitos em que a apelação foi recebida, tendo em vista a ocorrência de preclusão temporal.

- O fato de o advogado dos apelantes ter sido intimado pessoalmente não gera a nulidade de tal procedimento, pelo simples fato de que, por não serem partes no processo, mas sim terceiros interessados, os nomes deles não constaram na publicação da sentença ocorrida na imprensa oficial. Além disso, a falta de intimação deles é que poderia gerar a nulidade de todo o procedimento por cerceamento de defesa, eis que caracterizado o seu interesse jurídico em apelar.

- Se o advogado dos recorrentes fora intimado pessoalmente em 20 de julho de 2007, somente em 25 de julho de 2007, data em que o respectivo mandado de intimação fora juntado aos autos, é que começou a fluir o prazo recursal de 15 (quinze) dias, o qual atingiu o seu dies ad quem em 09 de agosto de 2007, data em que a apelação foi interposta, caracterizando-se, assim, como tempestiva.

- Conforme a redação do art. 499 do CPC, “o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público”. Sendo assim, os posseiros dos engenhos

em vias de expropriação têm interesse e legitimidade para recorrer da sentença que homologou o acordo celebrado entre o INCRA e o Banco do Brasil, eis que o valor da indenização a ser pago ao expropriado vai refletir diretamente sobre o montante a que eles farão jus pelas benfeitorias erguidas naquela área.

- A apelação dos terceiros prejudicados contém o vício de representação processual apenas em relação aos peticionantes que não juntaram aos autos os instrumentos de mandato respectivos. Nesse caso, a preliminar de defeito de representação processual deve ser acolhida apenas no tocante àqueles terceiros interessados que não tenham juntado aos autos suas procurações, rejeitando-a em relação aos demais, para os quais a apelação deverá ser recebida.

- Conforme delineado no art. 12, caput, da Lei nº 8629/93, “considera-se justa a indenização que reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis”, observados alguns aspectos como a localização do imóvel, a sua dimensão etc. Para tanto, tal montante deverá corresponder ao valor que o proprietário do imóvel obteria se o vendesse a um particular, visando a que ele, de posse dessa quantia, venha a ter condições de adquirir um outro imóvel com as mesmas características do anterior.

- O valor da indenização ofertada pelo INCRA foi aceita logo no início do feito pelo Banco do Brasil, o que denota o caráter de justeza do mencionado quantum, em respeito à norma constitucional do art. 184. Não houve impugnação pelo banco expropriado, tendo ele concordado com todos os elementos trazidos aos autos pelo INCRA, através do seu laudo de avaliação.

- Não há que se falar em nulidade do acordo celebrado entre os litigantes, porquanto efetivado entre partes legítimas e capazes, com objeto lícito e disponível, tendo o INCRA, autarquia federal com competência para ajuizar as ações de desapropriação, de um lado; e o Banco do Brasil, proprietário das terras expropriadas, do outro.

- O laudo de vistoria administrativo do INCRA se mostra consistente e consentâneo com a realidade legalmente posta para as desapropriações. Trata-se de laudo bastante minucioso e conforme os ditames legais, tendo sido fixado o valor final da indenização após a realização de uma vasta pesquisa na região (método comparativo) e levando-se em conta, no caso das benfeitorias, o estado de conservação e de funcionalidade de uso de cada uma delas (método do custo de reposição), tendo como objetivo fixar o preço de mercado do imóvel.

- As benfeitorias correspondentes às casas de taipa e/ou de alvenaria construídas por pequenos posseiros e às suas culturas, classificadas como de subsistência, não foram computadas na avaliação, em razão da comissão de vistoria ter considerado que esses pequenos posseiros poderão lá permanecer, após a conclusão da presente ação, através de um regularização fundiária de suas posses.

- Para viabilizar a reforma da sentença que acolheu as conclusões do laudo de vistoria é necessário que o recorrente indique pormenorizadamente os motivos de sua insatisfação, motivando-os, o que não ocorreu no recurso de apelação.

- A imissão provisória na posse do imóvel confere ao expropriante todos os direitos inerentes à posse, podendo ele dispor do imóvel para iniciar o procedimento tendente à formalização da

declaração de interesse social, com o assentamento dos colonos. Sendo assim, a imissão judicial na posse do imóvel opera contra todos, sobrepondo-se a qualquer posse privada anterior.

- No laudo de vistoria administrativa do INCRA foi informado que a Usina Ipojuca ocupava grande parte do imóvel com a plantação de cana-de-açúcar, na condição de arrendatária. Mas, a despeito da imissão da autarquia federal na posse do aludido imóvel, tal usina não desocupou a área, continuando o cultivo de cana-de-açúcar, em flagrante desrespeito aos direitos de que passou a dispor o INCRA.

- Considerando que a posse da Usina Ipojuca sobre a área em foco é anterior ao início do processo, não há que se falar em esbulho à posse do INCRA. E, pelo mesmo motivo, é passível de deferimento o pedido de intimação do representante legal daquela usina para desocupá-la, bem como para que se abstenha de praticar qualquer ato que implique na sua exploração, devendo ser dado provimento ao agravo regimental.

- No intuito de efetivar a imissão do INCRA na posse da aludida área, poderá ser requisitado o auxílio de força policial, a teor do art. 6º, § 2º, da LC nº 76/93.

- Agravo retido não conhecido.

- Preliminar de defeito de representação processual acolhida em parte.

- Demais preliminares rejeitadas.

- Apelação improvida.

- Agravo regimental provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, não conhecer do agravo retido, acolher, em parte, a preliminar de defeito de representação

processual, rejeitar as demais preliminares, negar provimento à apelação e dar provimento ao agravo regimental, 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:

Trata-se de apelação em contrariedade à sentença da lavra da MM. Juiz Federal Substituto da 7ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, nos autos da ação de Desapropriação promovida pelo INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária contra o Banco do Brasil S/A, tendo como objeto os imóveis rurais denominados Engenhos Crauassú e Amazonas, localizados no Município de Ipojuca-PE, declarados de interesse social para fins de reforma agrária por Decreto Presidencial de 19 de maio de 2004.

O douto magistrado, ao sentenciar, homologou o acordo firmado entre as partes litigantes quanto ao preço do imóvel expropriado, restando a indenização fixada em R\$ 1.885.843,18 (um milhão, oitocentos e oitenta e cinco mil, oitocentos e quarenta e três reais e dezoito centavos), sendo R\$ 1.034.221,12 (um milhão e trinta e quatro mil, duzentos e vinte e um reais e doze centavos) pela terra nua, em TDA's, R\$ 851.622,05 (oitocentos e cinqüenta e um mil, seiscentos e vinte e dois reais e cinco centavos) pelas benfeitorias, em dinheiro, e R\$ 0,82 (oitenta e dois centavos) de sobra de TDA.

Tanto o Banco do Brasil quanto o INCRA renunciaram expressamente ao direito de recorrer da sentença (fl. 466).

A despeito disso, os posseiros das terras objeto da presente expropriação apelaram da sentença alegando que os peritos do INCRA, ao realizarem a vistoria *in loco*, não teriam considerado o preço de mercado para lançar o valor das benfeitorias, o que originou a oferta de um preço irrisório. Argumentaram que o acordo

realizado entre a autarquia expropriante e o Banco do Brasil seria nulo, porquanto nenhuma das duas partes teria direito sobre o objeto da transação. Pugnaram, portanto, pela nulidade da sentença com o retorno dos autos à vara de origem, a fim de que seja realizada perícia judicial no intuito de apurar o valor real de mercado das benfeitorias.

Por sua vez, o Banco do Brasil interpôs agravo retido alegando a intempestividade da apelação dos posseiros, por não ser aplicado aos seus advogados o benefício do art. 236, § 1º, do CPC, já que terceiros interessados não são parte no processo. Sustentou, ainda, a existência de defeito de representação no mencionado recurso, eis que tal peça não se encontra munida dos instrumentos de mandato de todos os apelantes; além de não ser cabível o recebimento do apelo no efeito suspensivo, a teor do art. 13 da Lei Complementar nº 76/93.

Nas suas contra-razões, o banco expropriado pleiteou, em preliminar, pelo conhecimento das razões do agravo, acaso não conhecido o mencionado recurso. Ainda em preliminar, sustentou a falta de legitimação e de interesse processual para recorrer, eis que não houve prejuízo para os terceiros recorrentes. No mérito, argumentou que, se os posseiros, na condição de terceiros interessados, sentiram-se prejudicados pelos termos do acordo celebrado entre as partes litigantes, devem se insurgir contra tal situação através de ação própria. Afirmou que os apelantes não trouxeram aos autos qualquer elemento de prova que pudesse apontar supostas falhas no procedimento administrativo expropriatório.

Por sua vez, o INCRA, nas suas contra-razões, suscitou a intempestividade do recurso, o defeito de representação de alguns recorrentes, a impossibilidade de ser a apelação recebida no efeito suspensivo e a falta de legitimidade e de interesse processual dos recorrentes. No mérito, afirmou não haver qualquer falha no procedimento relativo à avaliação administrativa do imóvel expropriado, sendo improcedentes os argumentos dos apelantes.

Instado a se pronunciar, o douto representante do Ministério Público Federal opinou, preliminarmente, pelo não conhecimento das matérias referentes à intempestividade da apelação e ao defeito de representação, bem como pelo não conhecimento do agra-

vo retido; e, no mérito, pelo provimento do mencionado recurso, para que seja a apelação dos terceiros interessados recebida apenas no efeito devolutivo. Quanto à apelação, opinou pelo seu desprovimento, mantendo-se a sentença em todos os seus termos.

Ao chegar neste Tribunal, o INCRA peticionou alegando que a Usina Ipojuca S/A vem ocupando e explorando parte da área expropriada sem autorização. Requereu, portanto, providências no sentido de notificar o representante legal da referida usina para desocupar a área em comento, bem como para que se abstenha de praticar qualquer ato que implique na exploração do local, sob pena de multa diária. Entretanto, tal pleito foi indeferido, o que ensejou a interposição de agravo regimental (fls. 813/816).

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Inicialmente, é de se observar que inexistente remessa obrigatória no presente feito, eis que foi celebrado acordo entre as partes, fixando-se o valor da indenização no montante ofertado pelo INCRA na inicial.

1. AGRAVO RETIDO:

No tocante ao agravo retido, algumas considerações merecem destaque.

O Banco do Brasil interpôs agravo retido alegando a existência de defeito de representação na peça recursal em relação a alguns dos apelantes, a intempestividade da apelação e a impossibilidade de ser o recurso recebido no efeito suspensivo, a teor do disposto no art. 13 da LC nº 76/93.

Tal recurso foi manejado contra a decisão que recebeu a apelação dos terceiros interessados nos seus regulares efeitos e concedeu vista dos autos à parte contrária para contra-razões.

Acontece que se mostra incabível o manuseio do recurso em comento para suscitar defeito de representação processual e intempestividade da apelação, por se tratar de questões que não restaram abordadas na decisão agravada. Podem, no entanto, ser

alegadas em preliminar das contra-razões de apelação, como de fato o foram, forçando, assim, o pronunciamento judicial sobre a matéria.

Portanto, não conheço do agravo retido no que tange às alegações de defeito de representação e intempestividade do apelo.

Também não há como se conhecer do presente agravo retido no que tange aos efeitos em que a apelação fora recebida, eis que uma situação desse jaez deve ser impugnada via agravo de instrumento, conforme preconizado no art. 522, *caput*, do CPC, com a redação determinada pela Lei nº 11.187/2005.

Segundo o disposto no mencionado artigo, das decisões interlocutórias caberá agravo na forma retida, exceto nos casos de *decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.*

Mostra-se, portanto, incabível o agravo retido para impugnar decisão relativa aos efeitos em que a apelação é recebida.

Sobre o tema, colhe-se jurisprudência dos tribunais pátrios, conforme atestam as ementas a seguir transcritas:

PROCESSUAL CIVIL. FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PRETENDIDO LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO DOS VALORES EXISTENTES EM CONTA INATIVA. EMPREGADO CELETISTA DE AUTARQUIA MUNICIPAL QUE ASSUME CARGO COMISSIONADO E POR ISSO CELEBRA ACORDO DE SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO, AUTORIZANDO NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES AO INSS E AO FGTS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE MERECE REFORMA DIANTE DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA O SAQUE, POR SER A SUSPENSÃO DO REGIME E DOS CREDITAMENTOS APENAS TEMPORÁRIA. AGRAVO RETIDO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE RECEBEU O APELO DA CEF NO DUPLO EFEITO, NÃO CONHECIDO.

1. É grosseiro o erro consistente em interpor agravo retido de decisão que recebe apelação em duplo efeito, posto que o recurso legalmente cabível é o agravo de instrumen-

to (artigo 522 do Código de Processo Civil). Recurso não conhecido.

2. Não há justa causa, especialmente no âmbito do artigo 20 da Lei nº 8.036/90, para justificar o saque, pelo titular da conta vinculada, do saldo de FGTS, quando o mesmo, empregado celetista de autarquia municipal, assume cargo comissionado no órgão público e por isso o contrato até então regido pela CLT vem a ser expressamente “suspensão”; nesse caso a suspensão dos creditamentos de FGTS se dará apenas enquanto o empregado conviver com o regime estatutário no qual o autor foi temporariamente incluído, e deverá ser retomada tão logo ele retorne ao quadro dos empregados celetistas da autarquia.

3. Apelação provida para reformar a sentença de procedência.

(Tribunal - Terceira Região, AC - 1276113/SP, Primeira Turma, decisão: 19/08/2008, DJF3, data: 17/09/2008, Juiz Johnson Di Salvo).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. CAUÇÃO DE BEM IMÓVEL. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS COM EFEITOS DE NEGATIVA. DESNECESSIDADE. POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DE PLEITO CAUTELAR NOS AUTOS DA AÇÃO DE CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO.

1 - A teor do disposto no art. 522, CPC, deixo de conhecer do Agravo Retido, por ser espécie inadequada à pretensão formulada no atual estágio da marcha processual. Contra decisão que recebe recurso de Apelação, apenas no efeito devolutivo cabe Agravo de Instrumento interposto diretamente no Tribunal.

2 - No mais, ajuizado o executivo fiscal, desaparece o interesse da apelante em prosseguir com a cautelar em que se objetiva a garantia de futura execução fiscal com o oferecimento de bens em caução já que, agora, tem o devedor a oportunidade de oferecer os bens na própria execução fiscal, com os mesmos efeitos.

3 - Agravo Retido não conhecido.

4 - Apelação desprovida.

(TRF - Primeira Região, AC - 200233000262233/BA, Sétima Turma, decisão: 21/08/2007, DJ, data: 23/11/2007, página: 132, Desembargador Federal Catão Alves).

Portanto, NÃO CONHEÇO DO AGRAVO RETIDO e passo ao exame das preliminares suscitadas.

2. PRELIMINARES:

2.1. INTEMPESTIVIDADE DA APELAÇÃO:

Os apelados argumentam que a publicação da sentença no Diário Oficial do Estado ocorreu em 10 de julho de 2007 e que a apelação apenas fora interposta em 09 de agosto de 2007, portanto, intempestivamente. Aduzem, ainda, não ser aplicável aos advogados dos apelantes o privilégio da intimação pessoal, previsto no art. 236, § 1º, do CPC, por não serem os recorrentes partes no processo. Pugnam, assim, pela nulidade absoluta da aludida intimação.

Acontece que o fato de os apelantes terem sido intimados pessoalmente não gera a nulidade de tal procedimento, pelo simples fato de que, por não serem partes no processo, mas sim terceiros interessados, seus nomes não constaram na publicação da sentença na imprensa oficial. Além disso, a falta de intimação deles é que poderia gerar a nulidade de todo o procedimento por cerceamento de defesa, eis que caracterizado o seu interesse jurídico em apelar, como veremos adiante.

Sendo assim, a atitude do douto magistrado em determinar a intimação pessoal dos apelantes foi precavida e justa, além de ter tido a intenção de atender ao disposto no art. 236, § 1º, do CPC.

Portanto, se o advogado dos recorrentes fora intimado pessoalmente em 20 de julho de 2007, somente em 25 de julho de 2007, data em que o respectivo mandado de intimação fora juntado aos autos (fl. 721), é que começou a fluir o prazo recursal de 15 (quinze) dias, o qual atingiu o seu *dies ad quem* em 09 de agosto de 2007, data em que a apelação foi interposta, caracterizando-se, assim, como tempestiva.

Destarte, REJEITO a presente preliminar.

2.2. FALTA DE LEGITIMAÇÃO E DE INTERESSE PARA RECORRER:

Urge afirmar que os posseiros dos engenhos objeto da presente ação expropriatória, na condição de terceiros interessados,

têm interesse e legitimidade para recorrer da sentença que homologou o acordo celebrado entre o INCRA e o Banco do Brasil.

Conforme a redação do art. 499 do CPC, *o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.*

No caso presente, o valor da indenização a ser paga ao Banco do Brasil vai refletir diretamente sobre os terceiros apelantes que, na condição de posseiros dessas terras expropriadas, terão direito a ser ressarcidos pelas benfeitorias erguidas naquela área.

Portanto, caracterizado está o interesse jurídico dos apelantes no deslinde da controvérsia da melhor forma possível, para que o montante que lhes será pago seja compatível com o valor de mercado das benfeitorias.

Sobre a possibilidade de o terceiro prejudicado interpor recurso, o egrégio STJ, no julgamento do REsp nº 24232-MA, pronunciou-se da seguinte forma: *O terceiro prejudicado, demonstrado o nexo entre o seu interesse e a relação jurídica posta em juízo, tem legitimidade para recorrer.*

Desta forma, REJEITO a preliminar em foco.

2.3. DEFEITO DE REPRESENTAÇÃO:

De fato, conforme estatuído nos arts. 36 e 37 do CPC, uma pessoa que pretenda requerer algo em juízo necessita estar representada por advogado legalmente habilitado, através de procuração na qual são a ele outorgados poderes para tanto. É o que se denomina capacidade postulatória.

Vale trazer à colação a redação do art. 37:

Art. 37. Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze), por despacho do juiz.

Parágrafo único. Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos.

Na situação ora sob julgamento, o advogado dos recorrentes, ao requerer a dilação de prazo para recorrer, tendo em vista os autos estarem com vistas ao Ministério Público Federal, pleiteou, também, pela concessão de prazo de 15 (quinze) dias para a apresentação dos instrumentos de mandato dos seis últimos petição-nantes elencados, com base no art. 37, *caput*, do CPC (fl. 490). Acontece que o prazo expirou sem que tais procurações tivessem sido juntadas aos autos, ensejando a irregularidade na representação processual desses apelantes.

Desta feita, ACOLHO a preliminar de defeito de representação processual apenas no tocante àqueles terceiros interessados que não tenham juntado aos autos suas procurações, REJEITANDO-A em relação aos demais, para os quais a apelação deverá ser recebida.

2.4. EFEITOS EM QUE O RECURSO FOI RECEBIDO:

Considerando que o despacho que mencionou os efeitos em que a apelação foi recebida deveria ter sido impugnado através de agravo de instrumento, conforme previsão do art. 522, *caput*, do CPC, e que o recurso manejado pelo Banco do Brasil foi o agravo retido, o qual restou não conhecido; impossível se mostra a apreciação desta questão em sede de contra-razões, tendo em vista a ocorrência de preclusão temporal.

Por esses argumentos, REJEITO a preliminar.

3. MÉRITO:

Cediço que o Juiz *a quo*, na fixação do valor da indenização, não está adstrito ao laudo apresentado pelo expropriante, tampouco resta vinculado ao estudo apresentado pelo perito oficial. Deve buscar o magistrado aproximar-se ao máximo de um justo valor, que corresponda efetivamente ao bem perdido pelo expropriado, nos termos da Constituição Federal, da Lei Complementar nº 76/93 e do Decreto-Lei nº 3.365/41.

Nesse sentido, há que se observar que o valor ofertado pelo expropriante na petição inicial, a título de indenização, R\$ 1.885.843,18 (um milhão, oitocentos e oitenta e cinco mil, oitocentos e quarenta e três reais e dezoito centavos), foi aceito pelo expropriado – Banco do Brasil –, tendo o douto magistrado homologado o acordo celebrado entre as partes.

Tal situação, inclusive, restou prevista no art. 10 da LC nº 76/93 e no art. 22 do Decreto-Lei nº 3.365/41, no sentido de que, havendo acordo sobre o valor ofertado, este será homologado por sentença.

Tal quantia se baseou em critérios e métodos de avaliação adotados pelos funcionários do INCRA – Engenheiros Agrônomos – que realizaram a vistoria do local, assim como na legislação pertinente às desapropriações para fins de reforma agrária.

Por tal motivo, não houve a realização de perícia judicial, prescindível no presente caso. A própria Lei Complementar nº 76/93, em seu art. 9º, § 1º, ao tratar do assunto, estabeleceu que caberá ao juiz, após o recebimento da apelação, decidir pela necessidade ou não de realização de prova pericial, ficando ela adstrita apenas aos pontos impugnados do laudo de vistoria administrativa.

Na situação em foco, o valor da indenização ofertada pelo INCRA foi aceito logo no início do feito pelo Banco do Brasil, o que denota o caráter de justeza do mencionado *quantum*, em respeito à norma constitucional do art. 184. Não houve impugnação pelo banco expropriado, tendo ele concordado com todos os elementos trazidos aos autos pelo INCRA, através do seu laudo de avaliação.

Entretanto, a despeito disso, os apelantes vêm alegar não refletir a referida indenização o justo preço do imóvel, pois alegam não ter sido fixada com base no real valor de mercado.

O art. 12 da Lei nº 8.629/93, com a redação determinada pela Medida Provisória nº 2.183-56/2001, disciplina:

Art. 12. Considera-se justa a indenização que reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis, observados os seguintes aspectos:

I - localização do imóvel;

II - aptidão agrícola;

III - dimensão do imóvel;

IV - área ocupada e ancianidade das posses;

V - funcionalidade, tempo de uso e estado de conservação das benfeitorias.

§ 1º Verificado o preço atual do mercado da totalidade do imóvel, proceder-se-á à dedução do valor das benfeitorias indenizáveis a serem pagas em dinheiro, obtendo-se o preço da terra a ser indenizado em TDA.

§ 2º Integram o preço da terra as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, não podendo o preço apurado superar, em qualquer hipótese, o preço de mercado do imóvel.

Conforme delineado no *caput* desse dispositivo legal, *considera-se justa a indenização que reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis*, observados alguns aspectos como a localização do imóvel, a sua dimensão etc. Para tanto, tal montante deverá corresponder ao valor que o proprietário do imóvel obteria se o vendesse a um particular, visando a que ele, de posse dessa quantia, venha a ter condições de adquirir um outro imóvel com as mesmas características do anterior.

O importante a frisar, diante dessa sistemática de avaliação, é que o *quantum* total fixado a título de indenização nunca poderá superar o preço de mercado do imóvel.

Analisando o laudo de vistoria administrativo do INCRA, percebe-se que se trata de documento consistente e consentâneo com a realidade legalmente posta para as desapropriações.

Caracteriza-se como um laudo bastante minucioso e conforme os ditames legais, tendo sido fixado o valor final da indenização, aí computadas a terra nua e as benfeitorias, após a realização de uma vasta pesquisa na região (método comparativo) e levando-se em conta, no caso das benfeitorias, o estado de conservação e de funcionalidade de uso de cada uma delas (método do custo de reposição), tendo como objetivo fixar o preço de mercado do imóvel.

Neste laudo, foram elencadas todas as benfeitorias passíveis de indenização existentes no imóvel, nominando-se um por um dos posseiros e indicando-se os valores a que cada um terá direito a título de indenização.

É bem verdade que não foram computadas nesta avaliação as benfeitorias correspondentes às casas de taipa e/ou de alvena-

ria construídas por pequenos posseiros e às suas culturas, classificadas como de subsistência, por ter a comissão de vistoria considerado que esses pequenos posseiros instalados na área expropriada poderão lá permanecer, após a conclusão da presente ação, através de um regularização fundiária de suas posses. Tal informação constou da conclusão do laudo de vistoria (fl. 124).

Portanto, a insatisfação dos apelantes não tem qualquer fundamento, ainda mais porque destituída de qualquer prova. Para viabilizar a reforma da sentença que acolheu as conclusões do laudo de vistoria administrativa é necessário que o recorrente indique pormenorizadamente os motivos de sua insatisfação, motivando-os, o que não ocorreu no recurso da autarquia expropriante.

Ademais, não há que se falar em nulidade do acordo celebrado entre os litigantes, porquanto efetivado entre partes legítimas e capazes, com objeto lícito e não vedado por lei, tendo o INCRA, autarquia federal com competência para ajuizar as ações de desapropriação, de um lado; e o Banco do Brasil, proprietário das terras expropriadas, do outro.

Quanto à disponibilidade do objeto do acordo, tratando-se de ação de desapropriação proposta pelo INCRA, somente o proprietário do bem em vias de ser expropriado é que poderia figurar no pólo passivo da demanda e, por isso, somente a ele caberia se pronunciar favorável ou não ao valor ofertado pelo expropriante.

4. AGRAVO REGIMENTAL:

O INCRA interpôs agravo regimental para requerer a reconsideração da decisão que denegou o seu pleito quanto ao envio de oficial de justiça, acompanhado de força policial, para notificar o representante legal da Usina Ipojuca S/A para desocupar a área dos Engenhos Crauassú e Amazonas que vem ocupando irregularmente.

Argumenta que nunca teve a posse da área ocupada pela referida usina, por ter sido a ela arrendada em data anterior ao início da presente ação e, por isso, não se poderia falar em esbulho. E afirma que a imissão do INCRA na posse do imóvel deve alcançar todos aqueles que estejam ocupando o imóvel, quer seja o proprietário, quer sejam terceiros, mesmo que na condição de arrendatários.

Compulsando os autos, observa-se que a autarquia expropriante foi regularmente imitada na posse provisória da área total dos Engenhos Crauassú e Amazonas, em 18 de outubro de 2005, conforme atesta o auto de imissão de posse à fl. 381.

Sabe-se que a imissão provisória na posse do imóvel confere ao expropriante todos os direitos inerentes à posse, podendo ele dispor do imóvel para iniciar o procedimento tendente à formalização da declaração de interesse social, com o assentamento dos colonos, em razão da urgência que o caso requer. Sendo assim, a imissão judicial na posse do imóvel opera contra todos, sobrepondo-se a qualquer posse privada anterior.

No caso em comento, no laudo de vistoria administrativa do INCRA foi informado que a Usina Ipojuca ocupava grande parte do imóvel com a plantação de cana-de-açúcar, na condição de arrendatária (fl. 124). Mas, a despeito da imissão provisória da autarquia federal na posse do aludido imóvel, tal usina não desocupou a área, continuando o cultivo de cana-de-açúcar, em flagrante desrespeito aos direitos de que passou a dispor o INCRA.

Portanto, considerando que a posse da Usina Ipojuca sobre a área em foco é anterior ao início do processo, não há, realmente, que se falar em esbulho à posse do INCRA. E, pelo mesmo motivo, é passível de deferimento o pedido de intimação do representante legal daquela usina para desocupá-la, bem como para que se abstenha de praticar qualquer ato que implique na sua exploração.

Por oportuno, no intuito de efetivar a imissão do INCRA na posse da aludida área, poderá ser requisitado o auxílio de força policial, a teor do art. 6º, § 2º, da LC nº 76/93.

Sobre o tema, colhe-se a seguinte ementa deste Tribunal:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. SERVIDÃO DE ELETRODUTO. IMISSÃO LIMINAR NA POSSE. REQUISITOS AUTORIZADORES PARA CONCESSÃO. DEPÓSITO PRÉVIO. ALEGAÇÃO DE URGÊNCIA. DESCUMPRIMENTO. REQUISICÃO DE FORÇA POLICIAL. POSSIBILIDADE. OFENSA AO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA.

- A Lei Geral de Desapropriações prevê como requisitos autorizadores para a concessão da imissão liminar na posse: alegação de urgência pela expropriante e prévio depósito da quantia calculada segundo critérios fixados em lei. Se estiverem presentes, o juiz concederá a liminar.

- Para assegurar o cumprimento de suas decisões, ao juiz é permitida a requisição de força policial.

- Agravo improvido.

(Tribunal - Quinta Região, AG - 22359/CE, Primeira Turma, Decisão: 08/03/2001 - Data: 01/06/2001 - Página: 291, Desembargador Federal Castro Meira).

Ante tais fundamentos, não conheço do agravo retido, acolho em parte a preliminar de defeito de representação, apenas no tocante àqueles terceiros interessados que não tenham juntado aos autos suas procurações, rejeito as demais preliminares, e, no mérito, nego provimento à apelação; e, ainda, dou provimento ao agravo regimental para determinar que um Oficial de Justiça, acompanhado de força policial, dirija-se à Usina Ipojuca S/A para notificar o representante legal da usina, no fito de desocupar a área a ela anteriormente arrendada, bem como de se abster de praticar atos que impliquem na sua exploração.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 453.541-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Apelado: ESTADO DE ALAGOAS

Advs./Procs.: DRS. CARLOS ANDRÉ CANUTO DE ARAÚJO E OUTROS (APTE.) E JOSÉ ROBERTO FERNANDES TEIXEIRA E OUTROS (APDO.)

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E DO CONSUMIDOR. CEF. EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTA APLICADA PELO PROCON. COMPETÊNCIA.

- Dentro da competência concorrente complementar dos Estados, cabe aos seus órgãos de defesa do consumidor (PROCONS), em razão do seu poder de polícia, fiscalizar as relações de consumo.

- A Caixa Econômica Federal, na exploração de atividade econômica, encontra-se submetida às mesmas normas disciplinadoras do consumo impostas às empresas privadas, podendo responder administrativamente por seus atos, decorrentes desta atividade, perante os órgãos de proteção ao consumidor estaduais e municipais, independentemente da sua condição de empresa pública federal. Precedentes deste Tribunal.

- A decisão administrativa que aponta, ainda que de forma sucinta, os pressupostos de fato e o enquadramento legal, encontra-se devidamente motivada, de modo a afastar a alegação de sua nulidade.

- Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de apelação interposta pela Caixa Econômica Federal contra sentença do MM. Juiz Federal Substituto da 4ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas, que julgou improcedente a presente

ação anulatória, proposta contra o Estado de Alagoas, através da qual se objetiva a desconstituição de decisão administrativa do PROCON-AL, que importou na aplicação de multa, no valor de R\$ 168.203,88 (cento e sessenta e oito mil, duzentos e três reais e oitenta e oito centavos).

Insistindo nos argumentos apresentados na inicial, alega a recorrente, diferentemente do que restou decidido na sentença de primeiro grau, que a decisão administrativa em questão é nula, em razão da incompetência da referida autarquia estadual para aplicar-lhe penalidade, tendo em vista a sua condição de empresa pública federal.

Aduz, ainda, a falta de motivação na citada decisão administrativa, uma vez que não cita nem analisa, em momento algum, os fatos ou atos por ela praticados que tenham infringido o CDC.

Ao final, pugna pela reforma do julgado, a fim de dar total procedência ao seu pedido (fls. 189/196).

Contra-razões recursais apresentadas, às fls. 203/208.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Como se depreende do relatório, a questão posta nesta ação cinge-se em saber se o PROCON-AL, autarquia estadual, poderia aplicar penalidade administrativa à autora, empresa pública federal, por descumprimento de dispositivo do Código de Defesa do Consumidor.

A matéria em comento foi examinada de forma percuciente pelo julgador *a quo*, não havendo o que reformar na sua sentença, cujos fundamentos são irretocáveis.

É que, na competência legislativa concorrente, que é a hipótese destes autos (v. art. 24, VIII, da CF), a União se limita a estabelecer normas gerais, não excluindo a competência suplementar dos Estados, consoante prescrevem os §§ 1º e 2º do art. 24 da CF/88.

Desta forma, a teor dos preceitos constitucionais acima invocados, conclui-se que cabe à União estabelecer normas gerais acerca do direito do consumidor, como o fez através da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), e aos Estados cabe suplementar tal legislação, atendendo às suas peculiaridades.

Assim, a criação dos PROCONS e a previsão das atribuições desses órgãos – como a aplicação de sanções para quem infrinja regras relativas aos direitos do consumidor – nada mais são do que a efetivação da competência concorrente dos Estados.

Ademais, não obstante seja a apelante uma empresa pública, é ela exploradora de atividade econômica, não possuindo vantagens e prerrogativas diversas das conferidas à iniciativa privada, sob pena de violação ao princípio da livre concorrência, sendo de destacar-se, ainda, que a CAIXA está, *in casu*, na condição de fornecedora de serviços, portanto, sujeita à legislação do consumidor e às suas conseqüentes sanções.

Neste sentido, aliás, são os precedentes deste tribunal, consoante se verifica nas ementas abaixo colacionadas:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 557 DO CPC. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. **PROCON. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA A EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. PRECEDENTES.**

- Trata-se de agravo regimental interposto pela Caixa contra a decisão que negou seguimento a recurso de apelação, em consonância com o art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, em ação ordinária, onde busca a agravante a declaração de nulidade do ato de fiscalização do Procon, e, conseqüentemente, da multa imposta em razão da utilização do Poder de Polícia, em face de se tratar, a entidade fiscalizada, de empresa pública.

- Possibilidade de aplicação do art. 557 do Código de Processo Civil, que prevê a negativa de seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

- **Assente a jurisprudência desta Corte no sentido de que não há qualquer impedimento para que a Caixa, empresa pública federal, sofra a fiscalização dos**

órgãos de proteção ao consumidor, tendo em vista sujeitar-se ao Regime Jurídico Próprio das Empresas Privadas, consoante artigo 173, II, parágrafo 1º, da Constituição Federal. Precedentes desta Corte: AC nº 402.684/AL, Quarta Turma, decisão de 16/01/2007, DJ de 30/01/2007, p. 653, nº 21, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, e AG nº 48.822/AL, Terceira Turma, decisão de 14/10/2004, DJ de 13/12/2004, p. 377, nº 238, Desembargador Federal Paulo Gadelha.

- Agravo regimental a que sega provimento.

(AC 430.264/01/PB, 1ª Turma, unân., Rel. Des. Federal Cesar Carvalho, julg. em 28/02/2008).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. EMPRESA PÚBLICA. APLICAÇÃO DE MULTA. RELAÇÃO CONSUMEIRISTA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI Nº 8.078/90. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO ADMINISTRATIVO ESTADUAL - PROCON.

- Trata-se de ação ordinária, cuja pretensão consiste em obter a anulação da decisão administrativa, conferida pelo Programa Estadual de Orientação e Proteção do Consumidor da Paraíba - PROCON-PB, o qual aplicou multa à Caixa por violações ao artigo 39, IX, da Lei nº 8.078/90 (CDC), c/c o artigo 13, XXIII, do Decreto nº 2.181/97.

- Consoante o artigo 3º do CDC, pessoa jurídica pública pode se enquadrar na definição de fornecedor.

- A imposição de multa decorre da responsabilidade da Caixa Econômica Federal pela prática de infração prevista no CDC, qual seja, atitude abusiva em negar prestação de serviço ao consumidor, conforme preleciona a redação do artigo 39, IX, do CDC.

- A Caixa Econômica Federal não está isenta de responder a processo administrativo em um órgão de defesa do consumidor, de natureza estadual, municipal ou federal.

- A competência dos órgãos estaduais, caso do Procon, responsáveis pela fiscalização das relações consumeiristas resulta do Poder de Polícia.

- A multa fixada pelo Procon em 5.000 (cinco mil) UFIR's apresenta-se razoável ao dano causado à consumidora e assume, mormente, função de coibir a continuidade de

tais atos abusivos, em conformidade ao Princípio da Proporcionalidade, motivo pelo qual não merece reparo.

- Permite-se ao PROCON-PB que inscreva a Caixa Econômica Federal no Cadastro Nacional de Maus Fornecedores e Prestadores de Serviços, tendo em vista o Processo Administrativo nº 2003/1998.

- Precedentes: TRF 5ª Região, Apelação Cível nº 408.651/PB, Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt, Segunda Turma, unânime, julgada em 06.11.2007, *DJ* de 17.12.2007; TRF 5ª Região, Apelação Cível nº 418.458/RN, Relatora Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Quarta Turma, unânime, julgada em 17.07.2007, *DJ* de 08.08.2007; TRF 5ª Região, Apelação Cível nº 394.294/AL, Relator Desembargador Federal Barros Dias (convocado), Quarta Turma, unânime, julgada em 31.10.2006, *DJ* de 14.12.2006; TRF 5ª Região, Apelação Cível nº 338.940/AL, Relator Desembargador Federal Barros Dias (convocado), Quarta Turma, unânime, julgada em 17.10.2006, *DJ* de 29.11.2006; TRF 5ª Região, Agravo de Instrumento nº 52.722/AL, Relator Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Segunda Turma, unânime, julgado em 20.04.2004, *DJ* de 19.05.2004.

- Inversão dos ônus sucumbenciais, arbitrados os honorários advocatícios em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, equivalentes a R\$ 1.000,00 (um mil reais), valor histórico em 2003.

- Apelação e remessa obrigatória providas.

(AC 335.918/PB, 1ª Turma, unân., Rel. Des. Federal César Carvalho, julg. em 14/02/2008)

ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE MULTA PELO PROCON. EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. DESVIO DE DEPÓSITO EM CONTA POUPANÇA. CDC. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

I. Apelação de sentença que julgou improcedente ação anulatória de decisão administrativa, proferida pelo Procon do Estado de Alagoas, aplicando penalidade de multa à CEF em razão de desvio de depósito em conta poupança efetuado em caixa rápido.

II. O fato da CEF ser uma empresa pública federal não impede que sofra a fiscalização dos órgãos de proteção ao consumidor, pois sujeitam-se ao Regime Jurídico Próprio das Empresas Privadas, consoante artigo 173, II, pa-

rágrafo 1º, da Constituição Federal. Precedente: (AGTR nº 52.722/AL. Rel. Des. Federal Paulo Machado Cordeiro. DJ 19/05/2004).

III. Conforme estabelece o CDC, nas relações de consumo inverte-se o ônus da prova. Cabe à CEF provar que o problema deu-se por negligência do correntista e não por ação de terceiros.

IV. Apelação improvida.

(AC 402.684/AL, 4ª Turma, unân., Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli, julg. em 16/01/2007)

Quanto à alegação de falta de motivação na citada decisão administrativa, também não vejo com prosperar, pois como bem salientou o MM. Juiz *a quo*, nela foram indicados os pressupostos de fato e o enquadramento legal, ainda que de modo conciso.

Forte em tais fundamentos, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 453.642-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO
Apelante: FLAMES CARLOS DA SILVA
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advs./Procs.: DRS. MARIA EVANE DE AQUINO MOURA ARRUDA LIMA (APTE.) E ANTONIO HENRIQUE FREIRE GUERRA E OUTROS (APDA.)

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. CANCELAMENTO DOS PODERES OUTORGADOS AO APELANTE PARA MOVIMENTAÇÃO DA CONTA BANCÁRIA DO SEU GENITOR-OUTORGANTE. REVOGAÇÃO TÁCITA DO MANDATO, EM VIRTUDE DA JUNTADA DE NOVA PROCURAÇÃO AOS AUTOS. ARTIGO 687 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. MERO DISSABOR. AUSÊNCIA DE DANO MORAL A SER REPARADO. DEFERIMENTO DA GRATUIDADE PROCESSUAL.

- Não caracterização do alegado dano sofrido pelo apelante, de sorte a ensejar o pagamento da indenização postulada, tendo em vista que houve a revogação tácita do mandato que lhe havia sido outorgado. Juntada de um novo instrumento, em favor de uma outra procuradora, sem ressalva quanto a procuração anterior, descabendo falar-se em evento potencialmente danoso à esfera da personalidade do apelante.

- “O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem a ela se dirige” (REsp nº 403.919/MG - STJ)

- Apelação provida, em parte, para afastar os ônus da sucumbência em face da gratuidade processual (STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 313.348-9/RS) reconhecida no Juízo a quo, em favor do apelante, e confirmada neste Juízo. Indevida a indenização por danos morais postulada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, à apelação, 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, 4 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO:

Ação Ordinária de Indenização por Danos Morais aforada por Flames Carlos da Silva contra a Caixa Econômica Federal - CEF, objetivando haver pagamento de indenização pelos danos sofridos, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), ante o constrangimento que lhe teriam infligido os prepostos da empresa pública, ao negar-lhe o direito à movimentação da conta do seu genitor, sob a alegativa de que o mandato de que era titular havia sido tacitamente revogado.

Segundo o autor-apelante, ao comparecer à Agência da Caixa Econômica Federal, situada na Rua da Paz, em Afogados, foi informado de que a procuração outorgada por seu genitor, titular do benefício previdenciário concedido pelo INSS, havia sido cancelada, o que o impediria de “... *realizar quaisquer movimentação da conta (sic) do Sr. José Carlos da Silva, ..., e que o cartão magnético da referida conta tinha sido bloqueada (sic) por ordem do apsentado*”.

Indignado, dirigiu-se ao gerente da respectiva Agência e, ao requerer verbalmente os documentos que cancelaram os poderes de sua procuração, foi informado de maneira hostil e constrangedora que não lhe iria ser fornecido “... *nenhum documento e que não tinha satisfação a lhe dar*”.

Aduz que, ao prestar reclamação junto ao Banco Central sobre a situação ocorrida, obteve a seguinte informação: “A **CEF** informou que o reclamante já está sabendo há bastante tempo de que se trata, pois existe demanda jurídica sobre o caso, onde está sendo analisada a emissão de Curatela (o Juiz solicitou opinamento médico). Todo o procedimento é do conhecimento do reclamante, que possui a documentação em mãos, pois é o autor da ação judicial. Ademais, do ponto de vista legal não tem como a Caixa acatar saque do reclamante, uma vez que a sua procuração é de 1996, tendo sido emitida, em 21 de agosto de 2002, nova procuração pública em nome de Sylvania Camilo da Silva, sendo a mesma, inclusive, cadastrada perante o INSS. O reclamante, embora

esteja ciente de todos os fatos e de que a CEF só poderá rever o atual posicionamento mediante decisão judicial, mostra-se inconformado, tendo sido orientado a procurar respaldo na esfera judicial'.

Salienta, por fim, que, nada obstante o agente público não ter sido judicialmente comunicado sobre o cancelamento dos poderes que lhe haviam sido outorgados, o novo instrumento procuratório não teria o condão de revogar o mandato anterior.

Em resposta, a CEF suscitou preliminar de prescrição do direito de ação do autor, sob amparo do disposto no artigo 206, § 3º, inciso V, do novo Código Civil, alegando que a suposta ilicitude que se lhe atribuiu, ocorrera em 03/10/2002, ou seja, há mais de 3 (três) anos do ajuizamento da ação (30/08/2007).

No mérito alegou que “... o instrumento de procuração com o qual o autor pretendeu, em meados de outubro de 2002, movimentar a conta de seu genitor”, fora revogado por novo instrumento público de procuração acostado aos autos, o que importou na revogação tácita do mandato que fora (ao autor-apelante) anteriormente concedido.

Por fim aduziu que descaberia falar em responsabilidade civil, e em obrigação de indenizar.

A réplica está às fls. 58/62. O douto Julgador *a quo* rechaçou a preliminar de prescrição e julgou improcedente o pedido, condenando o autor-apelante a pagar as custas e os honorários advocatícios, estes últimos fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), ficando, entretanto, suspensa a obrigação, se comprovada alteração na situação econômico-financeira do sucumbente.

No recurso, o apelante, além de ter repisado os mesmos fundamentos listados na petição inicial, pediu que se esperasse o resultado do laudo pericial, requerido junto ao Instituto de Criminalística, de sorte a que se possa aferir a legalidade do ato de lavratura do instrumento de procuração do seu genitor, constatando-se que o mesmo é incapaz e encontra-se interdito pelo autor-apelante, desde 2002. Pediu-se o provimento do recurso, com o conseqüente acolhimento dos pedidos.

As contra-razões foram apresentadas às fls. 158/163.

É, no que importa, o relatório.

Dispensada a revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

No tocante à preliminar de prescrição suscitada pela CEF, rechaço-a, adotando, como razões de decidir, os bem lançados fundamentos subscritos pelo insigne Magistrado *a quo*. Porque já figuram nos autos, reservo-me de não mais transcrevê-los aqui; mas passam a fazer parte integrante desta decisão, para todos os fins e efeitos legais, como se aqui se os tivesse reproduzir, na íntegra.

Destaco que o pedido formulado na apelação, no sentido de ser aguardado o resultado do laudo pericial, a ser emitido pelo Instituto de Criminalística, para que se possa aferir a legalidade do ato de lavratura do instrumento de procuração outorgado pelo genitor do apelante, não fora por ele pleiteado na petição inicial.

Ora, é defeso ao autor modificar seu pedido após a citação do réu (artigo 264 do Código de Processo Civil - CPC). Por isso, cumpre apreciar os pedidos, tal como expostos na petição inicial, e não no recurso (a pretensão referida no item a este antecedente, não se inscreve dentre aquelas que possam ser arguídas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.)

Feito o registro, cumpre saber se a atitude da CEF, ao negar ao apelante o direito à movimentação da conta bancária titularizada pelo seu genitor, foi ilegal, e se, por decorrência desse fato, o apelante teria suportado danos de ordem moral.

Do exame detido dos autos, verifico que o documento lançado à fl. 12 noticia que o mandante procedera a uma revogação tácita do mandato outrora outorgado ao apelante, ao instante em que nomeou, por procuração lavrada em Cartório de Notas, a Sr^a Silvânia Camila da Silva, outorgando-lhe poderes para representá-lo junto ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e à CEF.

Observo, a propósito, que a procuração anteriormente outorgada ao apelante em 1997, fora desativada em 24/10/1998 (fl. 29).

O artigo 687 do Código Civil ora em vigor autoriza a que se conclua que a juntada de uma nova procuração aos autos, sem ressalva expressa no tocante aos poderes que houvessem sido outorgados na procuração anterior, importou na revogação tácita do mandato judicial primitivamente outorgado.

No caso, à luz da norma codificada referida no item antecedente, é fácil concluir que o antigo mandatário foi destituído dos poderes a si outorgados, ao instante em que outros foram conferidos a um outro procurador; e a juntada da nova procuração aos autos tornou desnecessária a notificação – judicial ou extrajudicial – acerca da revogação dos poderes primitivamente conferidos àquele (o mandatário primitivo).

Com a razão o perillustre Magistrado *a quo*, ao consignar: “*Da análise dos autos, verifico que o Sr. José Carlos da Silva procedeu a uma revogação tácita, quando constituiu, por procuração lavrada em Cartório de Notas, a Sra. Silvânia Camila da Silva, dentre outros poderes, receber o benefício previdenciário de nº 49184163-9/42 junto à Caixa Econômica Federal. (...) não resta configurada a prática do ato ilícito pela Caixa Econômica Federal, já que agiu com cautela e só estava autorizada a efetuar o pagamento do benefício à nova procuradora Sra. Silvânia Camila da Silva*”.

Do exposto, infere-se que o preclaro Julgador, ao considerar lícita – e ditada pela cautela pertinente – a atuação da CEF, só poderia mesmo reconhecer que não houve qualquer gravame de ordem moral suportado pelo autor-apelante, que rendesse ensejo à paga da indenização perseguida, em feitio a compensar o alegado dano moral que teria derivado da conduta da instituição bancária, conduta essa já percucientemente anunciada neste voto.

Há dano moral sempre que alguém, injustamente, causa lesão a interesse não patrimonial.

No caso em apreço, a recusa imputada ao gerente da apelada/CEF, à vista do requerimento verbal formulado pelo apelante, no sentido de que lhe fossem apresentados os documentos com-

probatórios do cancelamento de sua procuração, teria provocado no máximo, um certo aborrecimento (dissabor), o que, de forma alguma, poderia ser considerado um evento – em ato ou em potência – danoso à esfera da personalidade do autor-apelante.

Assim, por entender que a situação descrita nos autos representou um mero transtorno vivenciado pelo apelante, e, bem assim, que o evento potencialmente danoso não restou caracterizado, descabe falar-se em qualquer prejuízo a ser ressarcido, a ensejar a reparação pretendida, a título de dano moral.

Quanto à condenação do autor-apelante ao pagamento da verba honorária advocatícia, penso que há de ser revista, dado que está a porfiar em Juízo sob o pálio da gratuidade processual, deferida no Juízo *a quo*, e que fica de logo confirmada neste Juízo (ver fl. 38).

O pagamento das custas e dos honorários advocatícios devem ser excluídos, na forma como já decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal, ao instante do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 313.348-9/RS, Relator o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, *verbis*:

Sem razão a agravante.

A exclusão dos ônus da sucumbência se defere conforme a situação atual de pobreza da parte.

Ao órgão jurisdicional não cabe proferir decisões condicionais.

Se um dia – quiçá em razão dos pingues benefícios que recebe do INSS – o vencido tiver condição econômica para responder por custas e honorários, persiga-os a autarquia pelas vias ordinárias.

Nego provimento ao agravo.

Em sendo o autor-apelante beneficiário da Justiça gratuita, melhor será que, em vez de os autos permanecerem por cinco (5) anos nos escaninhos da Justiça, à espera de que possa ocorrer mutação no estado de hipossuficiência da parte sucumbente, se reconheça de vez o benefício da gratuidade, que se estende, por igual, em relação às demais despesas do processo, notadamente as custas (ver artigo 4º, II, da Lei nº 9.289, de 4-7-1996).

Sob o influxo de tais considerações, dou provimento, em parte, à Apelação, apenas para afastar a condenação do autor-apelante nos ônus da sucumbência, em face do fato de ser beneficiário da gratuidade processual.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 455.457-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (CONVOCADO)
Apelantes: ÉRICO DA VEIGA PESSOA E OUTROS
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E UNIÃO
Adv./Proc.: DR. ORLANDO DE SOUZA REBOUÇAS (APTE.)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CAUTELAR INCIDENTAL DE SEQUESTRO E QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

- Trata-se da Ação Cautelar Incidental de Sequestro e Quebra de Sigilo Bancário/Fiscal nº 2001.81.00.014974-3, proposta pelo Ministério Público Federal, narrando que Érico da Veiga Pessoa, na qualidade de chefe do DNER/CE de 1993 a 27 de março de 2001, a partir de 1996 começou a fraudar os processos licitatórios da autarquia para beneficiar empresas em nome de "laranjas", esposa, amante, filhos, tia, etc., seja diretamente, seja impondo a outras vencedoras das licitações a obrigação de contratar as suas empresas como prestadoras de serviços.

- A sentença, ratificando a liminar parcialmente deferida, determinou o sequestro dos bens adquiridos por ele e mais 08 pessoas físicas e jurídicas, excluindo aqueles anteriores a sua gestão, e a quebra do sigilo bancário e fiscal.

- O Parquet deixou de modo bastante claro a sua

pretensão, abriu a referida peça elencando todos os integrantes do pólo passivo, com os seus respectivos domicílios, os requeridos se defenderam de forma adequada, tanto no aspecto formal, quanto meritório, restando imprópria a decretação de qualquer nulidade, face à inexistência de prejuízo para eles. Rejeição da preliminar de inépcia da inicial, por não haver o pedido expreso de citação dos requeridos e essa falta não ter sido objeto de intimação para fins de emenda, sob pena de extinção da ação.

- A parte apelante alegou a ocorrência fática da prescrição intercorrente, pois entre a propositura da ação e a sentença decorreu prazo superior ao quinquênio previsto no Dec. 20.910/32.

- A prescrição intercorrente na ação civil pública por improbidade administrativa é questão controversa. Pessoalmente, esta relatoria julga serem imprescritíveis as ações de ressarcimento, a teor do art. 37, § 5º, da Carta Magna: A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. Porém, ainda que fosse um instituto aplicável à espécie, resta patente nos autos que o Ministério Público Federal em nenhum momento quedou inerte em promover o andamento da ação: houve inúmeras manifestações quanto aos sucessivos pedidos de desbloqueio parcial de bens de determinados requeridos e cooperação com o Poder Judiciário em fornecer os domicílios deles para fins de citação. Preliminar desacolhida.

- Os vários depoimentos colhidos nos autos se apresentam como indícios suficientes de autoria e materialidade de crime de fraude ao procedimento licitatório a embasar a fumaça do bom direito no pedido acautelatório de sequestro de bens.

- A exordial traz uma extensa lista de irregularidades às fls. 14/17, extraídas do Processo nº 08105.000041/00-86, por meio do qual se coletaram inúmeras provas de natureza grafológica – o Sr. Érico da Veiga Pessoa teria assinado vários documentos das empresas geridas por seus parentes e conhecidos, que estão sendo periciados no processo principal – e depoimentos de administradores, servidores e funcionários das empresas privadas. A cópia do processo está acostada às fls. 79/557. Fumaça do bom direito presente.

- Ao que tudo indica, a maior parte das vantagens econômicas usufruídas irregularmente pelo Sr. Érico da Veiga Pessoa está em mãos de parentes seus e conhecidos, esposa, filho, amante, funcionário da Iderof Construções Ltda., que poderiam, acaso suspensa a medida de sequestro, alienar bens para terceiros adquirentes de boa-fé, gerando uma relação jurídica de difícil reversibilidade do prejuízo para o Estado.

- Aliás, apenas essa conduta, se comprovada, já agrava o manifesto intento de se locupletar, porquanto se alinha ao desvio perpetrado pelo servidor em si, isoladamente, um complexo ardil envolvendo várias outras pessoas para tentar evitar a percepção da ocorrência de crimes contra o bem público e, acaso descobertos, dificultar ao máximo qualquer tentativa de localização e recuperação dos bens ou ressarcimento ao erário. Perigo da demora claro.

Apelação cível desprovida.

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, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 29 de janeiro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (Convocado):

Érico da Veiga Pessoa, Maria Diana Freire Faustino, Maria Adauta Vieira, Inge Ribeiro Pessoa, Arthur Frederico Ribeiro Pessoa, Helga Ribeiro Pessoa, Iderof Construções Ltda., Mav Transportes Ltda. e Ceará Rent a Car interpuseram apelação conjunta, fls. 1.971/1.980, contra sentença do MM. Juiz Federal Substituto Leopoldo Fontenele Teixeira, da 7ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, fls. 1.959/1.967.

Trata-se da Ação Cautelar nº 2001.81.00.014974-3, incidental à Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa nº 2001.81.00.013874-5, promovida pelo Ministério Público Federal contra os ora apelantes, além da:

- 1) Art Premoldados Artefatos Ltda., excluída da lide, por não ter sido encontrado o seu domicílio para fins de citação, fls. 1.826/1.827;
- 2) Construtora Germânia Ltda., não recorrente;
- 3) Oficina Mecânica do Siqueira, não recorrente;
- 4) José Wanks Sales Meirelles, não recorrente.

A exordial elaborada pelo *Parquet* sustenta que Érico da Veiga Pessoa, na qualidade de chefe do DNER/CE de 1993 a 27 de março de 2001, a partir de 1996 começou a fraudar os processos licitatórios da autarquia para beneficiar empresas em nome de “laranjas”, esposa, amante, filhos, tia etc., seja diretamente, seja impondo a outras vencedoras das licitações a obrigação de contratar as suas empresas como prestadoras de serviços.

A cautelar está direcionada para o sequestro de bens e a quebra de sigilo bancário e fiscal de todos os requeridos nos seguintes termos, fls. 29/30:

- a) **decretar liminarmente *inaudita altera pars* a indisponibilidade dos bens** individuais dos réus indicados em relação anexa, bem como o **sequestro** de outros bens, também indicados na relação anexa, e de outros mais que forem encontrados em seus nomes ou de terceiros que porventura pertençam aos requeridos, oportunamente relacionados;
- b) **determinar a suspensão** de todo e qualquer ato dirigido à alienação de tais bens, **sustando** o registro nos cartórios imobiliários respectivos e no Departamento Estadual de Trânsito, de eventual alienação que já tenha sido concretizada em favor de terceiros, a partir de janeiro de 2000, data em que começou a tramitar o procedimento administrativo investigatório das irregularidades praticadas pelos promovidos no âmbito do DNER;
- c) **determinar que se oficie ao Banco Central do Brasil** para que informe as contas correntes e de poupança, assim também aplicações financeiras cujos titulares sejam os réus, em todas as instituições financeiras;
- d) **determinar** o bloqueio de toda e qualquer importância encontrada em conta cujos titulares sejam os requeridos, ainda que em conjunto com outrem, **ordenando a quebra do sigilo bancário**;
- e) **requisitar** cópias das **declarações de renda dos requeridos**, a partir do ano seguinte em que o **réu Érico da Veiga Pessoa** assumiu a Chefia do 3.º Distrito Rodoviário Federal, à Receita Federal, bem como demais informações fiscais dos requeridos ao Fisco Estadual e Municipal, **ordenando a quebra do sigilo fiscal**;
- f) **determinar** a expedição de ofício aos Cartórios de Registro de Imóveis de Fortaleza e de Caucaia, e ao Departamento Estadual do Trânsito, requisitando a relação dos bens registrados em nome dos promovidos a partir de janeiro de 2000, data em que começou a tramitar o procedimento administrativo investigatório;
- g) **determinar** o impedimento de toda e qualquer intervenção, ou modificação no estado dos bens, por eventuais adquirentes de tais bens. [Grifos do original].

O MM. Juiz Federal Marcos Mairton da Silva, então em exercício na 7ª Vara, acolheu em parte esse pleito, como se pode constatar a seguir, fls. 559/573:

4. Conclusão

Posto isso, **defiro parcialmente o pedido de liminar** formulado na inicial, decretando o seqüestro dos bens arrolados às fls. 31/34, nos seguintes termos:

- a) quanto aos bens imóveis ali relacionados, intime-se o MPF para informar os Cartórios de Imóveis nos quais estão registrados, para efetivação da medida ora concedida, para o que os cartórios respectivos devem ser oficiados, constando do ofício que o cartório deve informar a este Juízo o atual proprietário de cada bem e a data de aquisição do mesmo;
- b) quanto aos veículos relacionados no mesmo anexo, sujeitos a registro no órgão de controle de trânsito, expeça-se o ofício ao DETRAN, dando conta da medida ora decretada, constando do ofício que aquele órgão deve informar a este Juízo o atual proprietário de cada bem e a data de aquisição do mesmo;
- c) quanto aos bens não sujeitos a registro, listados às fls. 33/34, expeça-se mandado para que seja efetivada urgentemente a medida em relação aos que forem encontrados no endereço fornecido pelo MPF à fl. 34 (Rua Belfort Duarte, 117, Siqueira) e intime-se o MPF para fornecer possíveis localizações dos demais.

Após as medidas acima, os atuais possuidores dos bens seqüestrados devem ser nomeados fiéis depositários dos mesmos.

Com relação às demais medidas pleiteadas, defiro-as, nos seguintes termos:

- a) para determinar o bloqueio dos demais bens de propriedade dos réus, não relacionados nestes autos, tornando sem efeito todo e qualquer ato dirigido à alienação da propriedade dos mesmos, sustentando o registro nos cartórios de imóveis respectivos e DETRAN;
- b) para determinar a quebra de sigilo bancário dos réus, devendo-se oficial ao Banco Central do Brasil para que comunique a presente medida a todas as instituições financeiras do país, as quais deverão informar a este Juízo a existência de contas correntes, de poupança e aplicações financeiras cujos titulares sejam os réus, bem como o bloqueio das mesmas, em razão da determinação contida na alínea anterior;
- c) para determinar a quebra de sigilo fiscal dos réus, de-

vendo a Receita Federal neste Estado ser oficiada para fornecer as declarações de renda dos réus a partir do ano seguinte àquele em que o réu ÉRICO DA VEIGA PESSOA assumiu a chefia do DNER;

Finalmente, **indefiro**:

a) o pedido de requisição de informações fiscais aos fiscais Estadual e Municipal, por não haver compreendido a sua fundamentação;

b) o pedido de expedição de ofício aos cartórios de imóveis de Fortaleza e Caucaia e ao DETRAN, requisitando a relação de bens registrados em nome dos promovidos a partir de janeiro de 2000, por entender que tal ofício pode ser expedido diretamente pelo MPF; e

c) o pleito contido na alínea g do pedido (fl. 70), por carecer de melhor especificação. [Grifos do original].

Intimados para manifestar eventual interesse na lide, a União e o extinto DNER foram incluídos como litisconsortes ativos no litígio, fls. 617/618.

Houve inúmeras petições atravessadas pelos requeridos contra a constrição dos bens, gerando várias decisões monocráticas, em grande parte denegatórias, merecendo destaque apenas aquela reformada por esta egrégia Primeira Turma, através do Agravo de Instrumento nº 40.260-CE, julgado em 08 de fevereiro de 2007.

Foi desbloqueada conta corrente em nome de José Wanks Meirelles Sales, pois nela eram depositados seus proventos e vencimentos, verbas de natureza alimentícia, fls. 1918/1923.

Contestações nos autos: José Wanks Meirelles Sales, fls. 625/674; Érico da Veiga Pessoa, fls. 690/884; Iderof Construções Ltda., fls. 886/1054; MAV Transportes Ltda., fls. 1058/1202; Maria Adauta Vieira, Helga Ribeiro Pessoa e Inge Ribeiro Pessoa, em conjunto, fls. 1204/1289; Ceará Rent a Car, fls. 1291/1309; José Wankis Meirelles Sales, aditamento, fls. 1583/1586; Construtora Germânia Ltda., pela Defensora Dativa Ana Maria Marinho Moura, fls. 1956/1957.

A sentença tem o seguinte dispositivo, fl. 1967:

Isto posto, **JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO**, para ratificar a decisão de fls. 559/573 [a liminar parcialmente deferida], com os ajustes ocasionados pelas de-

cisões de fls. 1620/1621 [relativa ao Agravo de Instrumento nº 40.260-CE, que desbloqueara conta alimentícia de Érico da Veiga Pessoa] e 1691/1692 [a MM^a. Juíza Federal Niliane Meira Lima autorizara saques dos vencimentos e proventos depositados mensalmente em três contas correntes em nome de Érico da Veiga Pessoa e Helga Ribeiro Pessoa e três contas da MAV Transportes Ltda. e Ceará Rent a Car para pagamento e recebimento de valores pertinentes à atividade empresarial, inclusive vinculados a salários e tributos], sem prejuízo das decisões de fls. 1767 e 1860 [cancelamento de registro no DETRAN de um veículo de propriedade de Helga Ribeiro Pessoa, que, após um acidente, fora classificado como perda total].

A apelação, fls. 1971/1980, traz como preliminar a alegação da ocorrência fática da prescrição intercorrente quinquenal.

No mérito, em síntese, aduz: a) falta de fumaça do bom direito na Ação Cautelar, porquanto não há qualquer prova documental de autoria e materialidade de atos de improbidade administrativa, a justificar medidas tão drásticas contra as propriedades dos acusados, e tudo fora fruto de uma “denúncia revanchista formulada pelo ex-deputado estadual Pedro Julião”; b) além disso, apurações dos fatos realizadas por Comissão de Sindicância do DNER/CE e pelo Tribunal de Contas da União não apontaram qualquer irregularidade na administração de Érico da Veiga Pessoa; c) quanto ao perigo da demora, este pressuposto inexistiria, eis que a cautelar fora ajuizada 18 (dezoito) meses após o início da investigação administrativa e o MPF não explicita que bens teriam sido adquiridos indevidamente.

Na hipótese de não serem acolhidas essas alegações, roga pela exclusão dos bens móveis e imóveis adquiridos em datas anteriores à gestão de Érico da Veiga Pessoa à frente do DNER/CE, aqueles adquiridos por financiamento e os veículos, máquinas e utensílios de uso das pequenas empresas rés.

Contra-razões do Ministério Público Federal, contrapondo-se a todas essas alegações, fls. 1984/1995.

Contra-razões da União, pela manutenção da sentença, fls. 1998/2005.

Na pessoa de seu Procurador Regional da República Joaquim José de Barros Dias, o *Parquet* opinou pelo desprovisionamento total da apelação, fls. 2018/2023.

Encerrando o relatório, mediante consulta ao sistema de andamento processual da Seção Judiciária do Ceará, via internet, em 27 (vinte e sete) de janeiro de 2008, constata-se que a ação principal encontra-se em fase de instrução probatória, tendo sido oficiado à Secretaria da Receita Federal para que esta informe se a evolução patrimonial de Érico da Veiga Pessoa é compatível com a sua renda.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (Relator Convocado):

1. Preliminar de inépcia da exordial.

Há uma preliminar não reproduzida na apelação única dos particulares, mas que fora reiteradamente suscitada nas várias contestações autônomas deles e, por ser de ordem pública, deverá ser objeto de exame por esta egrégia Corte.

Refiro à alegação de inépcia da inicial, pelo fato de o Ministério Público Federal não ter requerido a citação dos requeridos e, ao invés de o Magistrado de primeiro grau determinar a intimação do autor para emendá-la, sob pena de extinção da ação, foram eles citados de ofício.

Não acolho a preliminar.

O *Parquet* deixou de modo bastante claro a sua pretensão, abriu a referida peça elencando todos os integrantes do pólo passivo, com os seus respectivos domicílios; os requeridos se defenderam de forma adequada, tanto no aspecto formal, quanto meritório, restando imprópria a decretação de qualquer nulidade, face à inexistência de prejuízo para eles.

Nessa linha de raciocínio segue lição de Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, na nota 17 ao art. 282, inciso VII, do CPC, *in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 40ª ed., pág. 433:

Art. 282: 17. “A circunstância de não se ter requerido a citação, não haverá de conduzir à nulidade do processo se aquela foi feita e atendida pelo réu, não se podendo colocar em dúvida que se postulava prestação jurisdicional” (STJ-3ª T. REsp 32.171-6-RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 8.2.94, não conheceram, v.u., DJU 28.2.94, p. 2886)
É irrelevante a falta de pedido de citação, se o réu se defendeu, sem prejuízo para ele (JTA 95/376).

2. Prescrição intercorrente quinquenal.

Os apelantes observam que a ação foi ajuizada em julho de 2001 e só em fevereiro de 2008, decorridos mais de 6 (seis) anos, prolatou-se a sentença. Logo, teria havido prescrição intercorrente, considerando-se o prazo de 5 (cinco) anos, prevista no Decreto nº 20.910/32.

Não desejamos excursionar em debates doutrinários e normativos quanto à prescritibilidade da ação civil pública para recomposição do patrimônio público. Afinal, há ilustres defensores em prol da tese de cabimento, *verbi gratia*, Ada Pellegrini Grinover, e contra, Hugo Nigro Mazzilli, como anota este último em sua obra “A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”, 20ª ed, pág. 195.

Recentemente, aliás, a questão chegou a ser suscitada junto ao v. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1003179/RO, em 5 (cinco) de agosto de 2008.

O Ministro Teori Albino Zavascki, relator desse feito, todavia, não a conheceu, por falta de prequestionamento. Prevaleceu neste ponto, assim, o entendimento do Tribunal de Justiça de Rondônia de que esse instituto apenas existe na ação penal e execução fiscal.

Anoto que tiveram a mesma sorte outros recursos especiais, não conhecidos monocraticamente, pela mesma razão. Veja-se o Agravo de Instrumento nº 927373/RS, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, decisão de 08 de outubro de 2007, e o Agravo de Instrumento nº 882581/PR, Relator o Ministro João Otávio de Noronha, em 15 de maio daquele mesmo ano.

Pessoalmente, julgo serem imprescritíveis as ações de ressarcimento, a teor do art. 37, § 5º, da Carta Magna: A lei estabele-

cerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento**.

De qualquer forma, ainda que se possa cogitar de sua aplicabilidade à ação de improbidade para ressarcimento do erário, haveria de ser prestigiada, também, toda a construção jurisprudencial acerca da matéria.

Pois bem, analisando os autos, resta patente que o Ministério Público Federal em nenhum momento ficou inerte em promover o andamento da ação: houve inúmeras manifestações quanto aos sucessivos pedidos de desbloqueio parcial de bens de determinados requeridos e cooperação com o Poder Judiciário em fornecer os domicílios deles para fins de citação.

A relativa demora até o pronunciamento de mérito foi, na verdade, efeito colateral intrínseco ao funcionamento da máquina judiciária em diligenciar para citar todos os envolvidos, intimar os litigantes para apreciarem as alegações trazidas parte a parte e diligenciar para a localização e sequestro dos bens.

Assim sendo, em caso tal, rejeitar-se-ia a alegação de prescrição intercorrente, em face do disposto na Súmula 106 do STJ: *Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência*.

Adentremos no mérito da apelação.

3. Dos pressupostos da cautelar de sequestro e quebra de sigilo bancário e fiscal versus mérito da ação de improbidade administrativa.

Dizem os arts. 9 e 16 da Lei nº 8.429/92:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procura-

doria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

O pedido de sequestro objetiva tornar indisponível coisa certa, determinada, supostamente adquirida ilicitamente por ato de improbidade administrativa, e, por isso mesmo, um pressuposto para o seu deferimento pelo Poder Judiciário é ter ela ingressado no patrimônio da parte requerida durante o exercício da função pública.

Claro, muitas vezes não será de conhecimento do autor da ação de improbidade a extensão de todos os bens auferidos anti-juridicamente. Daí a inegável importância do § 2.º do art. 16 da Lei de Improbidade, por meio do qual poderá o Judiciário decretar a quebra do sigilo bancário e fiscal do requerido para levantamento de todo o seu patrimônio e análise em separado daqueles bens adquiridos durante a investidura do cargo.

Tratando-se de medida acautelatória, devem estar presentes os seus dois pressupostos positivos: fumaça do bom direito e perigo da demora.

O *fumus boni iuris* relaciona-se com a presença de indícios de enriquecimento ilícito do servidor, ou em benefício de terceiro, em razão do exercício de seu cargo na máquina administrativa estatal.

Ressaltemos esse ponto.

É essencial, sob o risco de fragilizar totalmente essa medida cautelar de proteção da *res publica*, que o magistrado não se inebrie pelas argumentações da defesa do servidor extremamente intrincadas com matéria de prova, ainda sequer produzida.

A horizontalidade – extensão dos objetos, fatos e sujeitos investigados – e a verticalidade – estudo aprofundado de todo o material colhido – da dilação probatória exauriente, imprescindível ao reconhecimento da veracidade da acusação ou da resistência, só existem na ação de improbidade administrativa, no feito principal.

Em suma, apresentando-se elementos razoáveis para firmar a convicção no julgador da existência de fatos merecedores de uma mais aprofundada investigação, deve ser concedida a medida cautelar de sequestro e quebra de sigilo bancário/fiscal.

Bem, no caso concreto a **fumaça do bom direito** emerge, apenas para exemplificar, das seguintes acusações:

a) o Sr. Érico da Veiga Pessoa teria adquirido, via procuração outorgada a particular, motoniveladoras avaliadas em R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), compra incompatível com a sua renda;

b) o Sr. Ilomar de Deus Rocha Figueiredo, engenheiro da IDE-ROF Construções Ltda., depôs perante o Ministério Público Federal, sustentando que: a empresa MAV Transportes Ltda. está registrada em nome de uma tia e uma filha de Érico, a Ceará Rent a Car em nome de um filho estudante, a Construtora Germânia Ltda. seria do Sr. José Itamar de Barros, mero funcionário da IDEROF Construções Ltda., sem a menor condição financeira de ser detentor de 95% das ações, fls. 117/118;

c) depoimento do Sr. Eliano Leite Bezerra de que tais pessoas atuam como “laranjas” nas empresas do Sr. Érico, fl. 198;

d) declaração do Sr. Hicanuel Marques Maia, no sentido de “Que o dinheiro usado para adquirir tais bens [02 tratores, 05 caminhões, 03 motoniveladoras, 01 usina de asfalto, etc.] era proveniente de comissão paga pelas construtoras, como por exemplo QUEIROZ GALVÃO, DELTA CONSTRUÇÕES, PLANURB, TER-RABRÁS; que era o depoente que ia descontar os cheques recebidos em Recife, Salvador, os cheques das comissões, que a Construtora Delta depositava aproximadamente cento e cinquenta mil reais por mês para pagamento de Érico da Veiga Pessoa; que o esquema de fraude das licitações incluía o convite a três ou quatro empresas, em que já se sabia quem ia ganhar a licitação, e a

empresa que ganhasse iria apenas tirar o valor dos encargos sociais e todo o restante do pagamento era destinado à IDEROF, que a IDEROF não ganhava para não atrair atenção; (...).”

Destaque-se ser isso apenas uma pequena amostra.

A exordial traz uma extensa lista de irregularidades às fls. 14/17, extraídas do Processo nº 08105.000041/00-86, por meio do qual se coletaram inúmeras provas de natureza grafológica – o sr. Érico da Veiga Pessoa teria assinado vários documentos das empresas geridas por seus parentes e conhecidos, que estão sendo periciados no processo principal – e depoimentos de administradores, servidores e funcionários das empresas privadas. A cópia do processo está acostada às fls. 79/557.

O segundo pressuposto, *periculum in mora*, igualmente se apresenta, e consiste no risco de alta probabilidade de desaparecimento, desvio, ocultação, dilapidação, deterioração, inerente à situação que tal.

Lembremos, ao que tudo indica, estar a maior parte das vantagens econômicas usufruídas irregularmente pelo Sr. Érico da Veiga Pessoa em mãos de parentes seus e conhecidos – esposa, filho, amante, funcionário da Iderof Construções Ltda. – que poderiam, acaso suspensa a medida de sequestro, alienar bens para terceiros adquirentes de boa-fé, gerando uma relação jurídica de difícilíssima reversibilidade do prejuízo para o Estado.

Aliás, apenas essa conduta, se comprovada, já agrava o manifesto intento de se locupletar, porquanto se alinha ao desvio perpetrado pelo servidor em si, isoladamente, um complexo ardid envolvendo várias outras pessoas para tentar evitar a percepção da ocorrência de crimes contra o bem público e, acaso descobertos, dificultar ao máximo qualquer tentativa de localização e recuperação dos bens ou ressarcimento ao erário.

Gostaríamos de encerrar o voto, rebatendo os dois sustentáculos da apelação unificada dos requeridos.

O **primeiro** – “denúncia revanchista” do ex-deputado estadual Pedro Julião – apresenta-se como mera alegação, por falta de um mínimo sequer de prova. Na hipótese de ser verdadeira, caberá a

apuração e responsabilização em ação própria, não nessa cautelar.

O **segundo** – a Comissão de Sindicância do DNER/CE e o Tribunal de Contas da União atestaram a conduta regular do ex-dirigente Érico da Veiga Pessoa – ignoram dois aspectos.

Um, seus pareceres estão baseados em acusações pontuais de fraudes à licitação por parte do Sr. Érico, notadamente aquela formulada pelo Sr. Raimundo Rodrigues Gomes, Diretor da Conservadora Globo Recursos Humanos, sustentando a falta de publicação de determinada concorrência, vencida pela única participante, a IDEROF, fl. 635 e segs.

No presente caso, as supostas irregularidades são de maior envergadura: temporalmente, abrange o período de 1993 a 27 de março de 2001; subjetivamente, envolve 13 (treze) pessoas físicas e jurídicas.

Dois, qualquer conclusão alcançada por entes de natureza exclusivamente administrativa não tem o condão de afastar do Poder Judiciário o reexame da legalidade dos atos administrativos do Sr. Érico da Veiga Pessoa.

Por derradeiro, aprecio os pedidos sucessivos dos apelantes.

O primeiro consiste em que o sequestro não ocorra em relação aos bens móveis e imóveis adquiridos anteriormente à gestão de Érico da Veiga Pessoa no DNER/CE.

Denego esse pleito, porque a sentença chancelou integralmente a liminar concedida em favor do MPF e nela consta, fl. 566:

Entendo, portanto, como presentes os requisitos que autorizam, em gênero, as medidas cautelares pleiteadas, devendo este Juízo apenas limitar o seu espectro, a fim de que não sejam atingidos bens de terceiros de boa fé, nem bens que já eram de propriedade dos réus, antes do período investigado. É o que o STJ tem entendido – segundo penso, acertadamente – que, no caso de sequestro decorrente de ação de improbidade, o mesmo somente deve alcançar os bens adquiridos após o início do período apontado como aquele em que ocorreram as fraudes, e não a totalidade dos bens dos envolvidos.

Vê-se, portanto, que na primeira instância essa pretensão já fora garantida, inexistindo nos autos qualquer prova de extrapolação dos limites traçados na liminar e na sentença quanto ao sequestro.

O outro pleito é o de liberação dos bens adquiridos por financiamento e dos veículos, máquinas e utensílios de uso das pequenas empresas réis.

Ora, ressalvados os bens obtidos antes da gestão fraudulenta, todos os outros adquiridos futuramente, ainda que de modo lícito, em regra, podem servir de garantia ao ressarcimento do dano para os cofres da União.

Sem mais delongas, nego provimento à apelação.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 456.179-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: NELSON SOARES DA SILVA JUNIOR
Adv./Proc.: DRA. SIMONE HELENA ANDRADE ASFORA

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ABONO DE PERMANÊNCIA. ART. 40, § 19, DA CF/88 - EC 41/2003. INEXISTÊNCIA DE HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. VERBA DE NATUREZA INDENIZATÓRIA. PRESUNÇÃO DA NECESSIDADE DE CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO EM FACE DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. MANUTENÇÃO DOS HONORÁRIOS FIXADOS NA SENTENÇA.

- Versa a matéria sobre a incidência ou não do Imposto de Renda sobre o Abono de Permanência.

- Segundo a norma do art. 43 do CTN, renda tem sentido restrito (produto do capital, do trabalho

ou da combinação de ambos), e proventos tem sentido residual (outros acréscimos patrimoniais, não decorrentes do capital nem do trabalho).

- A indenização visa ressarcir direito não fruído em sua integralidade, seja para reparar garantia jurídica desrespeitada, seja em face de outros fundamentos normativamente tidos como relevantes.

- Diante da análise dos conceitos de renda e proventos de qualquer natureza e de indenização, à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da EC 41/2003 que instituiu o “abono de permanência”, bem como da interpretação exegética da vontade da lei, conclui-se que a natureza jurídica do abono de permanência é eminentemente indenizatória, na medida em que representa uma compensação em favor do agente público que permanece prestando serviços, indiscutivelmente, no interesse da Administração.

- Pode-se ainda aplicar ao caso presente o mesmo entendimento pertinente à natureza indenizatória das férias e licença-prêmio não gozadas por interesse da Administração, no sentido de que em relação a estas não deve incidir imposto de renda, entendimento este já sumulado pelo STJ, através das Súmulas 125 e 136.

- O agente público que preencher os requisitos para se aposentar, mas que permanecer prestando seus serviços à Administração Pública, tem direito a receber os valores retroativos à data em que cumpriu todos os requisitos da regra de aposentadoria, a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/2003.

- Quanto aos honorários advocatícios, é de se manter a condenação estabelecida na sentença no percentual de 10% sobre o valor da condenação, por se encontrar em conformidade com os termos do art. 20, § 4º, do CPC.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 18 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Cuida-se de apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial em face da sentença (fls. 83/85) que julgou procedente a ação ordinária para declarar a não incidência do imposto de renda sobre o abono de permanência, autorizando a devolução dos valores recolhidos indevidamente a partir de junho de 2004, corrigidos monetariamente.

Em suas razões de apelo (fls. 96/108), a Fazenda Nacional requer a reforma da sentença, sob o fundamento de que o abono de permanência possui natureza salarial, restando incluído no conceito de renda, previsto no art. 43 do CTN para efeitos de incidência do imposto de renda e, ao final, requer que sejam reduzidos os honorários advocatícios fixados na sentença, em obediência à norma contida no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Devidamente intimada, a apelada ofereceu as contra-razões.

É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Versa a matéria quanto à legalidade ou não da incidência do Imposto de Renda sobre o Abono de Permanência.

O imposto de renda, segundo defluiu tanto da previsão constitucional como da definição contida na norma do art. 43 do CTN, tem como fato gerador renda ou proventos de qualquer natureza.

Em seu art. 153, III, a Constituição Federal atribui à União Federal a competência para instituir imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:
(...)
III - renda e proventos de qualquer natureza.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 43, prevê:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:
I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Primeiramente, é de se definir conceito legal de renda e proventos de qualquer natureza abstraídos da norma do art. 43, I e II, do CTN anteriormente transcritos.

Na conceituação de renda, devemos tomar como critérios definidores a “fonte” e o “acréscimo patrimonial”. É de se considerar como renda o acréscimo do valor pecuniário do patrimônio entre dois momentos: o resultado oriundo da fórmula *receita menos despesas*, ou seja, o rendimento poupado acrescido da renda consumida, menos deduções e abatimentos admitidos em lei.

Com efeito, segundo a norma do art. 43 do CTN, renda tem sentido restrito (produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos) e provento tem sentido residual (outros acréscimos patrimoniais, não decorrentes do capital nem do trabalho).

Não obstante, a conceituação do texto legal, a palavra proventos tem acepção lata e, portanto, mais abrangente que a renda, pois o capital e o trabalho também geram proventos, ainda que com designações específicas (juros, aluguéis, salários, honorários etc).

Após o conceito de renda e proventos de qualquer natureza, se faz necessário o estudo das indenizações, e qual a relação desta com a renda e proventos.

O conceito de indenização, de acordo com o dicionário da língua portuguesa, é o ato ou efeito de indenizar; aquilo que se concede ou obtém como reparação ou compensação de um prejuízo, perda, ofensa, e em sentido genérico exprime toda compensação ou retribuição monetária feita por pessoa a outrem, para reembolso de despesas feitas ou para ressarcir perdas tidas.

Há as indenizações construídas a outros títulos, seja para ressarcir direito trabalhista não fruído em sua integralidade, seja para reparar garantia jurídica desrespeitada, seja em face de outros fundamentos normativamente tidos como relevantes. Nesse segundo grande grupo estão a indenização de férias não gozadas, de aviso prévio indenizado, a indenização por tempo de serviço (antiga figura dos arts. 477, *caput*, e 496/498, CLT) o próprio Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (Lei nº 8.036/90), a indenização especial por dispensa no mês anterior à data-base (art. 9º da Lei nº 7.238/84: Enunciados 182, 242 e 314, TST), as indenizações convencionais ou normativas por dispensa injustificada, as indenizações por ruptura contratual incentivada, as indenizações por não recebimento do seguro-desemprego, havendo culpa do empregador. Neste grupo podem agregar as indenizações por dano moral, dano material e por dano acidentário do trabalho.

Em relação aos servidores públicos, a Lei 8.112/90, em seu art. 49, incisos e parágrafos, estabelece, *in verbis*:

Art. 49. Além do vencimento, poderão ser pagas ao servidor as seguintes vantagens:

- I - indenizações;
- II - gratificações;
- III - adicionais.

§ 1º As indenizações não se incorporam ao vencimento ou provento para qualquer efeito.

§ 2º As gratificações e os adicionais incorporam-se ao vencimento ou provento, nos casos e condições indicados em lei.

Após as definições de renda, proventos de qualquer natureza e de indenização, necessário se faz analisar o significado de abo-

no de permanência atualmente percebido pelos servidores públicos federais por força do disposto no art. 40, § 19, acrescido por força da EC nº 41/2003.

Assim dispõem o art. 40 e seu § 19 da Constituição Federal:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

(...)

§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003). (Grifamos).

Observe-se que a aposentadoria é o direito à inatividade remunerada, assegurado, no caso do servidor público, em caso de invalidez, idade ou requisitos conjugados de tempo de exercício no serviço público e no cargo, idade mínima e tempo de contribuição. É o direito ao descanso remuneratório e tem como fundamento compensar aquele que trabalhou durante anos se dedicando à administração pública.

O abono de permanência é, pois, *um incentivo*, pago pela Administração para o servidor que já preencheu todos os requisitos para se aposentar, mas opta por permanecer na ativa. Portanto, para requerer tal benefício o servidor não pode estar aposentado, nem possuir processo de aposentadoria em andamento.

Deferido o abono, o servidor continua recolhendo a contribuição previdenciária, mas recebe de volta, na mesma folha de pagamento, valor idêntico que é pago pelo Tesouro Federal.

Poder-se-ia entender que a Administração instituiu o abono de permanência, para que o servidor público continuasse no serviço público até a sua aposentadoria compulsória.

A questão merece interpretação da norma jurídica consistente em identificar o seu sentido e alcance, uma vez que a continuidade no serviço público, objetivada e incentivada pela lei, mediante a concessão do Abono de Permanência e aplicação da lei (isto é, o enquadramento de um fato concreto no comando legal que lhe corresponda), seja ela feita pela autoridade administrativa, pelo julgador, ou pelo próprio sujeito passivo da obrigação tributária, supõe que a lei seja interpretada.

O interesse de permanência do servidor no serviço público tem como fundamento um dos princípios constitucionais da Administração Pública, isto é, o da eficiência previsto no art. 37, *caput*, inserido pela EC nº 19/98.

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estrutura disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação de serviço.

Portanto, não se pode desconsiderar que a permanência dos agentes públicos junto à Administração, após terem os mesmos preenchido os requisitos necessários à aposentadoria, enseja benefício para a Administração, na medida em que mantém, em seu quadro efetivo, funcionários com experiência nas suas áreas de atuação, a dar uma boa prestação de serviço, bem como não se pode negar que tal continuidade tem o condão de beneficiar a Administração, no sentido de que representa para a mesma maior economia financeira, considerando que o funcionário que permanece recebe como compensação apenas o valor de contribuição previdenciária, o que não ocorreria se a mesma tivesse de contratar novo funcionário onde teria de lhe pagar remuneração integral.

Diante da análise dos conceitos de renda e proventos de qualquer natureza e de indenização, à luz do nosso ordenamento jurídico, e, ainda, do dispositivo legal que instituiu o “abono de permanência”, conclui-se que a natureza jurídica do instituto do abono de permanência, ainda que seja contraprestação de um serviço realizado, é eminentemente indenizatória, na medida em que repre-

sentia uma compensação em favor do agente público que permanece prestando serviços, indiscutivelmente, no interesse da Administração.

Justifica-se tal posicionamento, de natureza jurídica de indenização, na medida em que não se pode confundir indenização com rendimento, vez que, naquela inexistente riqueza nova, portando falta de capacidade contributiva, escapando assim a incidência do Imposto de Renda, enquanto nesta há um acréscimo patrimonial e, portanto, tributável. Acrescenta-se, também, o entendimento de que as verbas recebidas, como compensação pela renúncia a um direito, como ocorre na hipótese, não constituem acréscimo patrimonial, pois, se assim não se entende, não há qualquer estímulo para que uma pessoa apta a se aposentar permaneça no trabalho, sem que lhe seja dada qualquer vantagem.

Conclui-se do exposto que os valores recebidos a título de Abono de Permanência não constituem fato gerador do Imposto de Renda na fonte.

Pode-se ainda aplicar ao caso presente o mesmo entendimento da natureza indenizatória das férias e licença-prêmio não gozadas por interesse da Administração, no sentido de que em relação a estas não deve incidir imposto de renda. Tal entendimento já restou sumulado pelo STJ, através das Súmulas 125 e 136 do STJ que dão a natureza de indenização às férias e licença-prêmio não gozadas pelos servidores públicos federais por necessidade do serviço, em cujos enunciados das Súmulas se lê:

Súmula nº 125 - Pagamento de Férias não Gozadas por Necessidade do Serviço - Imposto de Renda

O pagamento de férias não gozadas por necessidade do serviço não está sujeito à incidência do Imposto de Renda.

Súmula nº 136 - 09/05/1995 - DJ 16.05.1995

Licença-Prêmio Não Gozada por Necessidade do Serviço - Imposto de Renda

O pagamento de licença-prêmio não gozada por necessidade do serviço não está sujeito ao imposto de renda.

Neste sentido, é o precedente deste Tribunal, abaixo transcrito:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ABONO DE PERMANÊNCIA. ART. 40, § 19 DA CF/88 - EC 41/2003. INEXISTÊNCIA DE HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. VERBA DE NATUREZA INDENIZATÓRIA.

1. A natureza jurídica do abono de permanência é eminentemente indenizatória, na proporção que representa uma compensação em favor do agente público que permanece prestando serviços, indiscutivelmente, no interesse da Administração.

2. Aplica-se o mesmo entendimento pertinente à natureza indenizatória das férias e licença-prêmio não gozadas por interesse da Administração, no sentido de que em relação a estas não deve incidir imposto de renda, entendimento este já sumulado pelo STJ, através das Súmulas 125 e 136.

3. Apelação e remessa oficial não providas.

(AMS 94.899/PE - Data de julgamento: 30/09/2008 - Decisão: unânime)

Diante do exposto, o agente público que preencher os requisitos para se aposentar, mas que permanecer prestando seus serviços à Administração Pública, tem direito a receber os valores indevidamente descontados a título de Imposto de Renda, a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/2003.

Quanto aos honorários advocatícios, é de se manter a condenação estabelecida na sentença no percentual de 10% sobre o valor da condenação, por se encontrar em conformidade com os termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Por estas razões, nego provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 460.793-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelante: EUCLIDES NOVAES DINIZ DE CARVALHO
Apelada: UNIÃO
Adv./Proc.: DRA. DANIELLE CAVALCANTI (APTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. IMÓVEL PENHORADO. PAGAMENTO DE DÉBITO ATRELADO AO “ESCÂNDALO DA MANDIOCA”. ALIENAÇÃO ANTERIOR AO INÍCIO DA EXECUÇÃO FISCAL MAS POSTERIOR À DATA DA CONSTITUIÇÃO DA DÍVIDA. CONFIGURAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO. OCORRÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 185 DO CTN. VALIDADE DA PENHORA. RECURSO IMPROVIDO.

- Objetiva o apelante a desconstituição da sentença que concluiu por julgar improcedente o pedido de desconstituição da penhora incidente sobre imóvel constrito a garantir o pagamento de débito atrelado à operação denominada “Escândalo da Mandioca”, ao fundamento de que a sua alienação se deu em fraude à execução.

- Preceitua o art. 185 do Código Tributário Nacional que presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

- Embora o imóvel tenha sido alienado em 09.09.1982 e a propositura da execução correlata a este feito só tenha se iniciado em 1986, isto é, em momento ulterior, não há como afastar a caracterização de fraude à execução, porquanto a dívida que se visa garantir já tinha sido constituída desde 1981, ou seja, antes da venda do imó-

vel penhorado, tendo, inclusive, sido realizada por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente reconhecido por acórdão exarado pelo Tribunal de Contas da União.

- Acresça-se que, in casu, os indícios da alienação fraudulenta se robustecem diante do fato de que familiares do executado falecido, mesmo após a alienação do bem, continuaram morando no imóvel constricto por mais de 20 anos, conforme se infere da Certidão da Oficiala de Justiça de fls. 343v e 344 dos autos principais, e da indicação da viúva do executado como sua depositária, por ocasião da lavratura do auto de penhora.

- Fraude à execução que se caracteriza, implicando na validade da penhora incidente sobre o imóvel ora disputado.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 460.793-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 27 de janeiro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Cuida a hipótese de Apelação da sentença de fls. 36/40, da lavra do douto Juiz Federal Tiago Antunes de Aguiar, da 18ª Vara da SJ/PE, que, em Embargos de Terceiro, concluiu por julgar impro-

cedente o pedido de desconstituição da penhora incidente sobre o imóvel descrito no Auto de fls. 297, ao fundamento de que a sua alienação se deu em fraude à execução.

2. Em suas razões recursais, insurge-se o apelante pleiteando a reforma do julgado, argüindo, em síntese, que (I) cabe ao credor provar que a assunção do débito tenha resultado em benefício da família e que (II) as dívidas fiscais que deram ensejo ao suposto crédito da parte apelada jamais foram revertidas em benefício doméstico, haja vista que se trata de dívidas contraídas por suposta irregularidade junto ao Banco do Brasil.

3. Sem contra-razões.

4. É este o relatório.

VOTO

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

1. Inicialmente, penso ser importante destacar, tal como procedeu o ilustre Magistrado *a quo*, que o caso em apreço encontra-se relacionado ao denominado “Escândalo da Mandioca”, operação na qual funcionários do Banco do Brasil da agência situada no Município de Floresta desviaram, em benefício próprio e de terceiros, verbas do Programa de Garantia de Atividade Agropecuária que se destinavam a socorrer produtores rurais cujas obrigações financeiras se vissem obstaculizadas de ser cumpridas em razão da ocorrência de fenômenos naturais imprevisíveis, tais quais, pragas e doenças que atingissem seus bens, rebanhos e plantações.

2. Compulsando os autos, observa-se que o ilustre Juiz de Primeiro Grau, ao analisar e julgar a presente ação, entendeu, de logo, pela ilegitimidade da parte autoral em desafiar o pleito ora em apreço, porquanto, sendo o autor filho do executado Lourival Diniz de Carvalho, é, por conseguinte, seu sucessor e responsável pelas dívidas contraídas pelo *de cujus*, sendo-lhe, desse modo, defeso, de acordo com as normas processuais vigentes, figurar como terceiro na presente relação processual, deduzindo matéria que só poderia ser levantada por esta categoria, tal qual a penhora incidente sobre imóvel pertencente a outra pessoa. No mérito, por sua

vez, concluiu o Magistrado pela caracterização da fraude à execução, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC.

3. A respeito, vale transcrever os seguintes fundamentos de seu pronunciamento judicial:

Sobre as proposições do autor, mister asseverar que a parte embargante maneja a presente ação, apresentando conteúdo de embargos de terceiro, ao pleitear pela preservação do negócio jurídico relativo à alienação do imóvel penhorado. No entanto, não lhe assiste razão, visto que ao embargante descabe defender interesse de terceiro. Ora, o autor é sucessor do executado Lourival Diniz de Carvalho, sendo-lhe devida a responsabilidade pelas dívidas contraídas pelo *de cujus*, não se inserindo na condição de terceiro. Na verdade, ao ser dada ao embargante a oportunidade para oferecer a presente ação, em virtude da penhora realizada nos autos da execução Fiscal 00.0800623-7, aduz assunto que somente poderia ser esposado por terceiro, qual seja, a penhora incidente sobre bem imóvel de outra pessoa. Dessa forma, por ser parte, não poderia figurar como terceiro da relação processual, não lhe cabendo, portanto, embargar como pretendeu. Ademais, não poderia em nome próprio pleitear alheio, por expressa vedação legal, já que não se insere na exceção referida no art. 6º do Código de Processo Civil.

No mérito, pugna a parte autora pela desconstituição da penhora efetivada nos autos da demanda executiva, argumentando que o imóvel gravado foi alienado ao Sr. Francisco Cordeiro Barbosa em 09.09.1982, antes da propositura da ação executiva no ano de 1986, não se configurando a hipótese de fraude à execução. No entanto, tal pretensão não deve prosperar, pois, como bem observou a embargada, apesar da alienação ter ocorrido antes de iniciada a execução, familiares do executado Lourival Diniz de Carvalho moraram no imóvel constricto em anos posteriores, conforme se infere da certidão da oficiala de justiça de fls. 343v e 344. Inclusive, imperioso observar que, pelo auto de penhora de fl. 297 da execução fiscal 00.08006237, pelo menos até 21.08.02, ou seja, por mais de 20 (vinte) anos, a Sra. Joana Barros Novaes, esposa do executado já falecido, Lourival Diniz de Carvalho, ainda estava na posse do

imóvel, sendo constituída depositária do imóvel por ocasião da lavratura do auto, como também, ainda, em momento anterior, o oficial de justiça certificou, no ano de 1999, o aludido imóvel servia de residência à referida viúva. (Fl. 37).

4. Realmente, não há o que modificar no *decisum* atacado.

5. Com efeito, na dicção do art. 593 do CPC, a fraude de execução constitui-se nas seguintes circunstâncias jurídicas:

Art. 593 - Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III - nos demais casos expressos em lei.

6. É certo que o imóvel foi alienado em 09.09.1982 e a propositura da execução correlata a este feito só foi iniciada em 1986; no entanto, a dívida já tinha sido constituída desde 1981, ou seja, antes da venda do imóvel penhorado, o que legitima a presunção da ocorrência de fraude, posto que dita alienação foi realizada por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente reconhecido por acórdão exarado pelo Tribunal de Contas da União. Tal presunção vem estabelecida no *caput* do art. 185 do Código Tributário Nacional, nos seguintes termos:

Art. 185: Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

7. Ademais disso, causa estranheza que um imóvel vendido desde 1982 permaneça na posse da família do alienante por 20 anos, sem que o adquirente reivindique a posse para si.

8. Destarte, ao meu modesto sentir, há, nos autos, elementos mais do que suficientes a caracterizar a forma fraudulenta de transmissão da propriedade sob foco, motivo pelo qual deve se ter por válido o gravame sobre o bem ora disputado e mantida a irrepreensível sentença guerreada.

9. Neste mesmo sentido, vem caminhando a jurisprudência assente na Corte Regional, do que é exemplo o aresto abaixo colacionado:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE BENS QUE FORAM ALIENADOS PELO DEVEDOR AO EMBARGANTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 185 DO CTN. CONFIGURAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO.

A alienação de bens pelo devedor executado por dívida ativa regularmente inscrita goza da presunção de ter sido fraudulenta. (TRF5, AC 67.108-RN, Rel. Desembargador Federal Ridalvo Costa, DJU 23.02.1995).

10. Ante o exposto, nego provimento à apelação.

11. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 460.924-PE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: GUARARAPES AGRÍCOLA S/A
Apelados: ESTADO DE PERNAMBUCO E FAZENDA NACIONAL
Repte.: DRA. MARIA CRISTINA TAVARES DE LIRA (1º APDO.)
Advs./Procs.: DRS. GEORGE CLÁUDIO CAVALCANTI MARIANO E OUTROS (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. REGIME ADUANEIRO ESPECIAL. DRAWBACK SUSPENSÃO. ACONDICIONAMENTO. AGREGAÇÃO DE VALOR À MERCADORIA EXPORTADA. ARTIGO 130 DO CPC. ARTIGO 111, INCISO II, DO CTN.

- Não há cerceamento ao balizamento probatório imposto à parte autora, quando as provas materiais trazidas aos autos foram suficientes para a análise do direito requerido na inicial. No direito processual brasileiro vale o princípio do livre

convencimento do juiz que, na busca da verdade real, pode conhecer diretamente do pedido quando a questão meritória for unicamente de direito. O que se faz estritamente necessária é a fundamentação da decisão, onde, no caso dos autos, a realização da perícia apresenta-se desnecessária, encontrando-se a sentença devidamente motivada.

- O drawback é regime aduaneiro especial (artigo 78, inciso II, do DL nº 37/66), onde pode ser concedida, nos termos e condições estabelecidas no regulamento, a suspensão do pagamento dos tributos sobre a importação de mercadoria a ser exportada após beneficiamento, ou destinada à fabricação, complementação ou acondicionamento de outra a ser exportada.

- Nos termos do artigo 336, inciso IV, do Decreto nº 4.543/2002, que regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior, o regime de drawback poderá ser concedido a mercadoria destinada a embalagem, acondicionamento ou apresentação de produto exportado ou a exportar, desde que propicie comprovadamente uma agregação de valor ao produto final.

- No caso, são utilizadas as cantoneiras para a fixação em “palets” das caixas contendo as mercadorias a serem exportadas (uvas e mangas), com a função tão-somente de conferir maior segurança ao transporte das frutas, fixando-as nos estrados ou plataformas móveis, já estando as referidas mercadorias devidamente acondicionadas em caixas ou caixotes e envoltas por folhas de papel alveolado.

- Os filtros absorvedores de gás etileno e termógrafos elétricos, por sua vez, são instalados no interior dos containers utilizados no transporte das frutas exportadas, e não se ca-

racterizam como embalagem ou acondicionamento, mas apenas atendimento de exigência imposta pelos importadores dos mercados europeu e norte-americano, atinentes à preservação da qualidade das uvas e mangas, as quais, devido ao seu alto grau de fragilidade, necessitam ser transportadas com maiores cuidados.

- Tratando-se de importação de filtros de etileno, cantoneiras e termógrafos, onde tais produtos não agregam valor ao produto final a ser exportado (uvas e mangas), a empresa autora/apelante não faz jus ao favor fiscal, dada a disposição expressa do vigente inciso IV do artigo 336 do referido Regulamento Aduaneiro, onde tal agregação de valor ao produto final é condição para o gozo do benefício.

- O regulamento não foi além do conteúdo da lei, nem se afastou dos limites traçados, posto que o teor e o alcance do decreto regulamentador não impuseram limitação ao regime do drawback inexistente no Decreto-Lei 37/66, mas apenas estabeleceram os termos e condições a que se refere a referida legislação tributária, em seu artigo 78, inciso II.

- Agravo retido e apelação improvidos.

ACÓRDÃO

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

Recife, 20 de janeiro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Guararapes Agrícola S/A propôs ação declaratória contra a União Federal e contra o Estado de Pernambuco, objetivando a declaração definitiva da isenção do Imposto de Importação, do IPI e do ICMS para produtos importados (filtros de etileno, cantoneiras e termógrafos) no regime especial do *Drawback*, sob a alegação de que tais produtos eram necessários ao acondicionamento das suas mercadorias (uvas e mangas para exportação).

Houve contestação por parte da Estado de Pernambuco e da Fazenda Nacional com argumentos contrários.

A parte autora, ora apelante, interpôs agravo retido ao despacho de fl. 316, que entendeu pela desnecessidade de produção de mais provas decidindo pelo julgamento antecipado da lide. O magistrado manteve a decisão.

Ao final, a MM^a. Juíza *a quo* julgou improcedente o pedido, considerando que os filtros de etileno, cantoneiras e termógrafos não se caracterizam como embalagem ou acondicionamento, para o fim de fazerem jus ao incentivo fiscal do regime aduaneiro especial do *Drawback*-Suspensão.

Inconformada, apela a empresa autora, com as razões de fls. 350/363, pugnando, preliminarmente, pela apreciação do agravo retido nos autos, relativo ao indeferimento de pedido de produção de prova pericial com o conseqüente reconhecimento da nulidade dos atos processuais posteriores ao despacho saneador e, no mérito, em síntese, defendeu o enquadramento dos produtos importados no conceito de acondicionamento do artigo 78, inciso II, do DL nº 37/66.

Após contra-razões, 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):

Inicialmente, quanto à apreciação preliminar do agravo retido nos autos (fls. 320/329), relativo ao indeferimento de pedido de produção de prova pericial, no que concerne à aludida necessidade de prova pericial, entendo que não deve prosperar, uma vez que não houve cerceamento ao balizamento probatório imposto à parte autora, já que as provas trazidas aos autos eram suficientes para a análise do direito requerido na inicial.

Ademais, no direito processual brasileiro vale o princípio do livre convencimento do juiz que, na busca da verdade real, pode conhecer diretamente do pedido quando a questão meritória for unicamente de direito. Por sua vez, o artigo 130 do CPC aduz que *cabará ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

Na realidade, o que se faz estritamente necessária é a fundamentação da decisão. No caso dos autos, concordo que a produção de outras provas apresenta-se desnecessária, posto que a sentença encontra-se motivada. Desse modo, não há que se falar em nulidade.

O *drawback* é regime aduaneiro especial (artigo 78, inciso II, do DL nº 37/66), onde pode *ser concedida nos termos e condições estabelecidas no regulamento a suspensão do pagamento dos tributos sobre a importação de mercadoria a ser exportada após beneficiamento, ou destinada à fabricação, complementação ou acondicionamento de outra a ser exportada.*

De início, destaco para o disposto no artigo 336, inciso IV, do Decreto nº 4.543/2002, que regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior, *verbis*:

Art. 336. O regime de *drawback* poderá ser concedido a:
(...)

IV - mercadoria destinada a embalagem, acondicionamento ou apresentação de produto exportado ou a exportar,

desde que propicie comprovadamente uma **agregação de valor ao produto final**; ou (grifos nossos).

Ainda, o mesmo Regulamento Aduaneiro dispõe:

Art. 339. O regime de **drawback**, na modalidade de suspensão, poderá ser concedido e comprovado, a critério da Secretaria de Comércio Exterior, com base unicamente na análise dos fluxos financeiros das importações e exportações, bem assim da compatibilidade entre as mercadorias a serem importadas e aquelas a exportar.

Art. 341. As mercadorias admitidas no regime, na modalidade de suspensão, deverão ser integralmente utilizadas no processo produtivo ou na embalagem, acondicionamento ou apresentação das mercadorias a serem exportadas.

No caso sob exame, como visto no relatório, trata-se de importação de filtros de etileno, cantoneiras e termógrafos com pedido de incentivo fiscal do regime aduaneiro especial do *Drawback Suspensão*.

Ocorre que tais produtos não se prestam a agregar valor ao produto final a ser exportado (uvas e mangas), não fazendo jus, portanto, ao favor fiscal do regime *drawback* suspensão para a importação, dada a disposição expressa do vigente inciso IV do artigo 336 do referido Regulamento Aduaneiro, onde a agregação de valor ao produto final é condição para o gozo do benefício, em se tratando de embalagem, acondicionamento ou apresentação de produto exportado ou a exportar.

Neste caso concreto, o ponto nodal é se os produtos importados são ou não utilizados na embalagem ou acondicionamento das uvas e mangas exportadas pelo apelante.

A própria legislação tributária também oferece a definição do que seja acondicionamento, que é a vertente utilizada pela empresa autora, ora apelante, senão vejamos o que expõem os artigos 4º, inciso IV, e 6º, incisos I e II, § 1º, I, todos do Decreto nº 4.544/02 (RIPI):

Art. 4º Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoamento para consumo, tal como

(...)

IV - a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento); ou

Art. 6º Quando a incidência do imposto estiver condicionada à forma de embalagem do produto, entender-se-á:

I - como acondicionamento para transporte, o que se destinar precipuamente a tal fim; e

II - como acondicionamento de apresentação, o que não estiver compreendido no inciso I.

§ 1º Para os efeitos do inciso I, o acondicionamento deverá atender, cumulativamente, às seguintes condições:

I - ser feito em caixas, caixotes, engradados, barricas, latas, tambores, sacos, embrulhos e semelhantes, sem acabamento e rotulagem de função promocional e que não objetive valorizar o produto em razão da qualidade do material nele empregado, da perfeição do seu acabamento ou da sua utilidade adicional; e

Desse modo, vemos que o regulamento não foi além do conteúdo da lei, nem se afastou dos limites traçados, posto que o conteúdo e o alcance do decreto regulamentador não impôs limitação ao regime do *drawback* inexistente no Decreto-Lei 37/66, mas apenas estabeleceu os termos e condições a que se refere a referida legislação tributária, em seu artigo 78, inciso II.

Como muito bem explicitou a MM. Juíza de primeiro grau, em seu *decisum* (fl. 342), *para a fixação em paletes das caixas contendo as mercadorias (uvas e mangas) são utilizadas as cantoneiras importadas pela demandante, não se caracterizando estas como material destinado à embalagem ou acondicionamento, porquanto a função dessas cantoneiras é tão-somente conferir maior segurança ao transporte dessas frutas, fixando-as nos estrados ou plataformas móveis (palletes), frutas essas que já estão devidamente acondicionadas em caixas ou caixotes e envoltas por folhas de papel alveolado (docs. fls. 44, 46 e 49/52), e, ainda, que os filtros absorvedores de gás etileno e termógrafos elétricos instalados no interior dos containers, utilizados no transporte das frutas exportadas pela autora, não se caracterizam como embalagem ou acondicionamento, consoante afirma a própria autora em*

sua exordial (fl. 4). Onde a peticionante expõe que o mercado europeu, como o mercado norte americano exige que as frutas produzidas pela autora se façam acompanhar, dentro dos respectivos containers, dos filtros e dos termógrafos elétricos, como garantia de qualidade.

Ou seja, não se trata de agregação de valor ao produto exportado, mas mero atendimento de exigência de importador atinente à preservação da qualidade das uvas e mangas, as quais, devido ao seu alto grau de fragilidade, necessitam ser transportadas com maiores cuidados. Na realidade, as cantoneiras, os filtros e os termógrafos evitam que os produtos (mangas e uvas) percam o seu valor.

Outrossim, vale repisar que o favor fiscal é de ser interpretado de forma restritiva, não se podendo, inclusive, usar de analogia, nos termos do artigo 111, inciso II, do CTN (*Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre suspensão ou exclusão do crédito tributário; outorga de isenção*).

No mesmo sentido, cito a seguinte Jurisprudência:

TRIBUTÁRIO. POLÍTICA ADUANEIRA. REGIME *DRAWBACK*. ESTÍMULO À IMPORTAÇÃO. ATIVIDADE DISCRICIONÁRIA DO FISCO. PROTEÇÃO DO MERCADO INTERNO. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO ART. 315, IV, DO DECRETO Nº 91.030/85, SEM AS ALTERAÇÕES POSTERIORES INTRODUZIDAS PELO DECRETO Nº 102, DE 19/04/91. IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA LEGISLAÇÃO NOVA À DATA DOS FATOS. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A mercadoria importada com pretensão de ser submetida ao regime do *drawback* (arts. 75 e 78 do DL nº 37, de 18.11.66) há de observar a política adotada pelo Governo para o comércio exterior, com influência no mercado interno.

2. A fiscalização tributária, em tais circunstâncias, tem o direito de averiguar e analisar a oportunidade e a conveniência da concessão do incentivo em cada caso, observando as diretrizes fixadas para o momento vivenciado pela política de comércio exterior adotada.

3. Importação de sacaria de juta. Produto estrangeiro fortemente subsidiado que entra no Brasil, na época dos fa-

tos, livre de impostos, concorrendo com o similar nacional.

4. Entendimento da fiscalização no sentido de não conceder o regime *drawback* para a importação da sacaria de juta para embalar café a ser exportado. Pretensão da Fazenda Nacional para que se aplique legislação posterior à data de ocorrência dos fatos.

5. Há de ser confirmado acórdão do Tribunal de origem que, confirmando na íntegra a sentença, entendeu pela impossibilidade de retroagir os efeitos da alteração provocada no art. 315, IV, do Decreto nº 91.030/85, pelo Decreto nº 102, de 19/04/91.

6. Estabeleceu, originariamente, o art. 315, item IV, do Decreto nº 91.030, de 15/03/85, que o benefício do *drawback* poderia ser concedido a mercadoria destinada a embalagem, acondicionamento ou apresentação de produto exportado ou a exportar. Posteriormente, esse preceito legal veio a ser alterado pelo Decreto nº 102, de 19/04/91, o qual, imprimindo nova redação ao referido inciso IV, acrescentou-lhe a expressão: “desde que propicie comprovadamente uma agregação de valor ao produto final”.

7. **Se, atualmente, não se pode mais pôr em dúvida que a agregação de valor ao produto final é condição para o gozo do benefício, em se tratando de embalagem, acondicionamento ou apresentação de produto exportado ou a exportar**, à época da impetração (17/01/91) a redação original do preceito (art. 315, IV, do Dec. 91.030/85) não permitia essa clareza de interpretação que hoje resulta do texto, dado que o Decreto nº 102/91 só veio a ser publicado no *DOU* em 22/04/91. Inviável, pois, sua retroação para atingir fatos pretéritos.

8. Recurso especial improvido.

(STJ, REsp 280.346 RJ, *DJ* 25/06/2001, Relator Ministro José Delgado)

Diante do exposto, nego provimento ao agravo retido e à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.575-PE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: GENIVAL VIEIRA CAVALCANTI
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Adv./Proc.: DR. JOSÉ AUGUSTO BRANCO (APTE.)

EMENTA: PENAL. ESTELIONATO. ART. 171, § 3º, DO CP. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. RETORNO VOLUNTÁRIO AO TRABALHO. PERMANÊNCIA NA PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. NÃO COMUNICAÇÃO AO INSS DO RETORNO À ATIVIDADE LABORATIVA.

- Ainda que para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, previsto pelo art. 42 da Lei nº 8.213/91, tenham sido observados os requisitos legais, a manutenção na percepção do benefício após o retorno voluntário à atividade laborativa afasta a boa-fé, caracterizando o delito de estelionato contra a seguridade social, tipificado no art. 171, caput, e § 3º, do CP.

- Caso em que o réu, enquanto aposentado por invalidez, voltou plenamente ao mundo do trabalho e constituiu empresa com registro perante a Junta Comercial. O caráter grosseiro da prática de não informar ao INSS a insubsistência do benefício caracteriza-a como omissão penalmente relevante, pelo que resta tipificado o crime de estelionato pela percepção de vantagem ilícita, do erro ao qual foi induzido o INSS e do meio fraudulento (a não comunicação do retorno ao trabalho).

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional

Federal da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 27 de janeiro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI -
Relatora

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO (Relator Convocado):

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Genival Vieira Cavalcanti contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara Federal de Pernambuco (fls. 302/312), que julgou procedente a denúncia, condenando-o à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e à pena de multa de 10 (dez) dias-multa, calculado cada dia em 5 (cinco) salários mínimos, pelo crime previsto no art. 171, § 3º, CP, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito: prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos.

Diz a denúncia (fls. 04/05):

Consta dos autos do procedimento investigatório policial que, em 15 de fevereiro de 1984, foi concedido benefício previdenciário ao Sr. **GENIVAL VIEIRA CAVALCANTI**, em razão de invalidez causada por doença mental.

Ocorre que, em 18 de maio de 1990, mesmo ainda recebendo o benefício previdenciário, o denunciado, já evidentemente apto a exercer suas atividades laborais e no gozo de sua plena capacidade civil, constituiu sociedade empresária (GEVI TELECOMUNICAÇÕES LTDA.) e registrou-se como empresário na Junta Comercial do Estado de Pernambuco, descumprindo, assim, suas obrigações de segurado da previdência social, nos termos dos arts. 42 e 46 da Lei 8.213/91.

Observe-se que, apenas no ano de 2004 (competência 10/2004) o benefício recebido indevidamente foi cancelado, permanecendo o denunciado, durante todo esse período (junho de 1990 a setembro de 2004), na condição de

segurado da previdência social. Assim, o Sr. **GENIVAL VIEIRA CAVALCANTI** manteve o INSS em erro, mediante artifício fraudulento, obtendo vantagem ilícita e causando um prejuízo ao erário no valor de R\$ 1.238.535,05 (um milhão, duzentos e trinta e oito mil, quinhentos e trinta e cinco reais e cinco centavos), conforme apuração daquela entidade.

Nas razões de apelação (fls. 328/338), alega, em preliminar, o não cumprimento de diligências por ele requeridas, e deferidas e determinadas pelo douto Magistrado *a quo*, quando da fase do art. 499, CPP, as quais foram posteriormente indeferidas, cerceando o direito de trazer à tona a verdade real dos fatos, fulcrado na interpretação de que não se estaria a discutir a incapacidade mental do acusado, mas sim sua aptidão à atividade laboral.

No mérito, que o delito descrito no art. 171, CP (estelionato), seria caracterizado por três atitudes, de cunho comissivo, as quais não se aplicariam ao caso em testilha: obtenção de vantagem ilícita; indução ou manutenção de alguém em erro e utilização de artifício, arдил ou outro meio fraudulento.

Por fim, que não há exigência legal de que o aposentado é obrigado a comunicar sua volta ou retorno à atividade laborativa, mas apenas que a aposentadoria será automaticamente cancelada.

Nas contra-razões ao apelo (fls. 342/349), o Ministério Público Federal pede pelo improvimento do apelo e a confirmação da sentença.

O *Parquet* Federal com atuação neste egrégio Regional emitiu parecer, da lavra do Procurador Regional da República Domingos Sávio Tenório de Amorim, assim ementado (fls. 353/356):

Não se enquadrando o aposentado por invalidez na condição de garantidor, na conformidade do que preceitua e exige o § 2º do art. 13 do Código Penal para aceitar a relevância típica da omissão, não se configura estelionato, mas sim fraude civil, a ausência de comunicação do fato ao INSS, quando recupera a saúde, para cessação do benefício.

É o relatório.

Ao Revisor.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Na sentença condenatória, o Magistrado *a quo* pronunciou-se pela constatação da responsabilidade do ora apelante pela prática do crime descrito na denúncia (art. 171, § 2º, CP), fixando a pena privativa de liberdade em definitivo em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, posteriormente substituída por duas penas restritivas de liberdade: prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos, e pena de multa de 10 (dez) dias-multa, cada um valorado em 5 (cinco) salários mínimos.

A materialidade da conduta resultou devidamente positivada pelas certidões expedidas pela Junta Comercial do Estado de Pernambuco (fls. 21/22), pelo levantamento fotográfico (fls. 24/37), bem como pelos documentos que comprovariam a existência de veículos vinculados à empresa (fls. 38/43) pelo dossiê formado pelo INSS (fls. 54/79), pelo relatório conclusivo do exercício de atividade laborativa (fls. 80/81) e, por fim, pelo parecer resultante do exame médico-pericial (fls. 83/85).

No tocante à autoria, observo que o réu Genival Vieira Cavalcanti admitiu haver exercido diversas atividades de cunho laboral, entre os anos de 1984 a 2004 (interrogatório – fls. 202/204). Sobre isso, o magistrado sentenciante afirmou, na fundamentação do provimento condenatório, *“que o acusado, embora aposentado por invalidez decorrente de suposto quadro psiquiátrico, sempre esteve exercendo atividade que lhe possibilitava o sustento, conforme por ele próprio narrado”*.

Feitos estes esclarecimentos, divido o exame do recurso em duas partes. Primeiramente, cumpre-me examinar a alegação de cerceamento de defesa pelo indeferimento de diligências essenciais na fase do art. 499 da antiga redação do CPP. Após, passo ao exame do mérito.

Sobre o primeiro tema, não reconheço o alegado cerceamento da defesa pela não realização das diligências requeridas quando da fase do art. 499 do CPP, inicialmente deferidas pelo magistrado *a quo* e posteriormente indeferidas.

Na peça de fls. 273/274, atendendo à intimação para fins do art. 499 do CPP, tem-se que já em momento anterior (fls. 212/214) fora deferida (fl. 215) a juntada de documentação, a qual restou atendida de forma incompleta. Naquele momento anterior, pretendia-se que chegassem aos autos o laudo médico pericial para fins de obtenção da aposentadoria no ano de 1984, assim como os laudos médicos que mantiveram o benefício.

À fl. 275, sobre o pedido de diligências formulado na fase do art. 499, CPP, consta decisão indeferitória nos seguintes termos:

Indefiro o quanto postulado pela defesa na fase do art. 499 do CPP porque o que se está a discutir não é a incapacidade mental do réu à época da concessão do benefício, e sim o fato de estar apto para o trabalho em 18 de maio de 1990, quando, mesmo exercendo atividade laboral, continuou a receber as parcelas da aposentadoria por invalidez.

Nesse contexto, pouco importa saber de sua situação quando da concessão do benefício, ao contrário do que crê a defesa.

Importa, sim, saber de seu estado à época em que se verificou estar exercendo atividade laboral, embora aposentado por invalidez.

A leitura desse provimento não deixa qualquer dúvida: as diligências requeridas pela defesa eram, e são, desnecessárias para o esclarecimento da natureza criminosa da conduta do réu. Afinal, o que se discute não é o fundamento fático que motivou a concessão do benefício previdenciário, pois isso apenas interessaria, o que não é o caso, ao INSS enquanto parte lesada no plano civil. O problema desta ação penal está na cumulação entre a situação de aposentado por invalidez e a atividade laborativa do réu, desempenhada, dentre outras formas, por meio de empresa registrada na JUCEPE. Assim, em benefício do bom curso processual e da restrição cognitiva aos fatos juridicamente relevantes, o magistrado pode e deve indeferir provas inúteis ou de cunho protelatório, o que não representa dano para a defesa.

Sobre o tema, confira-se o seguinte precedente do STJ, como exemplo da jurisprudência daquele Tribunal:

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTELIONATO. EMISSÃO DE DUPLICATAS QUE NÃO CORRESPONDEM A MERCADORIAS VENDIDAS OU SERVIÇOS PRESTADOS. PEDIDO DE DILIGÊNCIA. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS. INDEFERIMENTO FUNDAMENTADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

1. É entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça que o Juiz pode, em decisão fundamentada, indeferir as diligências requeridas pela defesa, uma vez que ao julgador cabe aferir, em cada caso, a real necessidade da medida para a formação de sua convicção.

2. Se o Juiz indeferiu o pedido de expedição de ofícios, por entender que o deslinde da causa prescinde da realização da diligência requerida, porquanto seu convencimento está embasado em outros elementos dos autos, não há de se falar em cerceamento de defesa.

3. Ordem denegada.

(HC nº 78.774/SP, Sexta Turma, Rel. Og Fernandes, DJ 06/10/2008)

Superada a preliminar, passo ao exame do mérito.

O réu Genival Vieira Cavalcanti, ora apelante, sustenta a tese de inexistência dos elementos típicos do crime de estelionato, especialmente por não ter praticado qualquer conduta comissiva ou omissiva que tenha dado causa à imputação penal. Apega-se ao argumento de que “a não comunicação ao INSS do seu exercício laboral não é exigência estabelecida em lei, nem causa que eleve tal ação à configuração de um crime de estelionato” (fl. 333). Ao final, afirma não ter sido beneficiado com vantagem ilícita, ainda que confessadamente trabalhasse no curso da suposta invalidez.

Seu argumento não foi acolhido pelo magistrado de 1º grau. Sobre tal questionamento, colhe-se da sentença:

(...) o réu admitiu que entre os anos de 1984 e 2004 exerceu diversas atividades. Alegou que foi aposentado porque se sentia nervoso e tinha insônia. Relatou que um psiquiatra propôs-se a fornecer atestado médico, com o qual poderia buscar aposentadoria por invalidez. Narrou que sempre esteve trabalhando na administração do patrimônio da família e que em 1990 abriu uma firma individual,

logo encerrada. Em seguida, por volta de 1994 ou 1995, deu início à atividade mercantil na *Gevi Telecomunicações Ltda.* Ponderou ter se submetido a exames periódicos no INSS e ter tido acompanhamento psiquiátrico até 2003. Exibiu atestado no qual se consignou sofrer de depressão e síndrome do pânico.

(...)

Pois bem, resulta acima de questionamento que o acusado, embora aposentado por invalidez decorrente de suposto quadro psiquiátrico, sempre esteve exercendo atividade que lhe possibilitava o sustento, conforme por ele próprio narrado.

Na espécie, afigura-se irrelevante saber se na época da concessão do benefício previdenciário ostentava ou não ele condição impeditiva de auto-sustento. Importa saber, sim, que a partir do instante em que passou a exercer atividade laboral, em inequívoca demonstração de que o valor recebido a título de aposentadoria não mais lhe era devido, e silenciou a respeito dessa situação, e o que é pior, continuou a apresentar normalmente ao INSS para fins de perícia, ilaqueando os servidores federais, segundo afirmaram tanto o próprio denunciado, quando interrogado, quanto seu defensor, em alegações finais, manteve em erro a autarquia previdenciária, que prosseguiu pagando valores a quem não preenchia as condições objetivas para sua percepção. (Fls. 306/307)

A meu ver, trata-se de situação grosseira de lesão aos cofres públicos que não pode ser negligenciada pela seara penal. Está mais que caracterizado o crime de estelionato, haja vista a evidente conjunção de vontade e consciência do réu ora apelante em locupletar-se de benefício previdenciário que sabia indevido – ou seja, o dolo específico para o tipo penal do art. 171, *caput*, e § 3º, do CP.

É óbvio que o benefício previdenciário percebido pelo apelante é, em si, uma vantagem lícita, até porque estabelecida no art. 42 da Lei nº 8.213/91 como uma das prestações possíveis para os segurados do INSS. Por outro lado, ainda que se presuma que a aposentadoria por invalidez fosse devida, por critérios médicos, no momento de sua concessão em 1984, deve-se compreender que a vantagem material não se esgotou naquele momento, pois

se prolongou no tempo até seu cancelamento em 2004. Note-se que o dispositivo-base para o benefício em questão menciona que o segurado seja “incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição”; em outras palavras, a lei estabelece a capacidade laboral como critério não só para a concessão da aposentadoria, mas para a limitação de sua duração.

Por esse fundamento, considero que a percepção de benefício oriundo de aposentadoria por invalidez, quando cumulada com o exercício de atividade laboral constante, pública e duradoura por parte do segurado, configura vantagem ilícita para fins penais, por descumprir de modo frontal o art. 42 da Lei nº 8.213/91.

Respeito a tese manifestada pelo Ministério Público Federal em seu parecer (fls. 353/356) quando exclui o apelante da categoria penal de garante, como indicado nas alíneas do art. 13, § 2º, do Código Penal. Não há, de fato, obrigação específica do segurado em dirigir-se ao INSS assim que constate, num juízo subjetivo, já reunir condições para o trabalho, cabendo à autarquia implantar um sistema de fiscalização e controle permanente. Todavia, é possível enquadrar como omissão relevante, com base na alínea *c* do dispositivo supramencionado (“*com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado*”), certas situações em que o agente burla com total desfaçatez a legislação e engana por um período muito grande o sistema previdenciário.

É esse o caso dos autos. O apelante não se limitou, durante a percepção do benefício, a praticar pequenas atividades laborativas que, de certo modo, poderiam até mesmo auxiliá-lo no tratamento de sua doença mental. Ou seja, não foram trabalhos ocasionais e de pouca monta, mas sim verdadeira burla à sua condição de aposentado por invalidez. A meu ver, a prova mais evidente dessa conduta cínica – para não usar outros adjetivos – é o registro de seu nome como empresário na JUCEPE em 1990, enquanto sócio da empresa GEVI Telecomunicações Ltda. Ora, foram mais de 10 (dez) anos de trabalho do réu na atividade privada, enquanto recebia religiosamente seus proventos de aposentado. E não se alegue, em defesa desse verdadeiro acinte à moralidade pública e aos milhões de outros aposentados do país, que esse fato foi de-

corrente de insanidade. Como prova, confira-se o depoimento do médico Antônio Medeiros Peregrino:

(...) respondeu que o denunciado foi paciente do depoente do ano de 1999 até novembro de 2001; que não tem certeza, mas acredita que nessa época o acusado estivesse trabalhando; que o réu o procurou porque se sentia deprimido; que ele teve uma depressão grave, mas que não diria que ele estava incapacitado para atividade laboral; que não tem certeza, mas salvo engano ele era comerciante; que não sabe desde quando ele exercia esta atividade; que desconhecia estar o réu em gozo de aposentadoria por invalidez. (Fl. 264)

A partir daí, pergunta-se: é justo excluir a incidência penal contra o apelante para caracterizar sua conduta como mera fraude civil ou deslize ético? A meu ver, tal conclusão é impossível, ao menos que se considere que todos os beneficiários do INSS são inimputáveis ou ignorantes, pois qualquer cidadão de baixa escolaridade é capaz de ver a oposição existente entre ser aposentado por invalidez e trabalhar. Tanto é verdade que não houve qualquer esforço em negar tal situação, ainda que tenha o réu se usado do infantil argumento de não saber “que na qualidade de aposentado não podia abrir uma firma” (fl. 158).

Por tais considerações, julgo tipificado o crime de estelionato contra a seguridade social (art. 171, *caput*, e § 3º, do CP), haja vista a obtenção de vantagem ilícita (as dezenas de prestações mensais) por induzir a vítima (o INSS) a erro (não conhecimento de sua condição laborativa) mediante meio fraudulento (ausência consciente e voluntária de comunicação que sabia ser-lhe desfavorável). Deve, portanto, ser a condenação mantida em prol da defesa do bem jurídico atacado e, além disso, de um mínimo de moralidade e respeito no trato com o erário público.

Posto isso, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.645-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E EDMILSON SOUSA DO NASCIMENTO
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. PAULO DE SOUZA AZEVEDO E OUTRO (2º APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES DESAFIADAS POR AMBAS AS PARTES. ESTELIONATO (CP, ART. 171, § 3º). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, CONQUANTO VERIFICADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL (CP, ART. 59, CAPUT) DESFAVORÁVEL AO RÉU. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA SUFICIÊNCIA. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. EMENDATIO LIBELLI (ART. 383 DO CPP, NA REDAÇÃO ANTERIOR AO ADVENTO DA LEI 11.719/2008). DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA SE MANIFESTAR, NÃO OBSTANTE COMINADA PENA MAIS SEVERA.

Do elenco das oito circunstâncias judiciais hospedadas no art. 59, caput, do Código Penal, o douto julgador de primeiro grau considerou pensar contra o réu apenas uma, exatamente sua personalidade, que entendeu evidenciar caráter voltado para a prática de ilícitos da mesma natureza. Entretanto, esta Corte Regional vem decidindo que, a despeito das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP em desfavor da condenada, uma vez reconhecida a incidência do princípio da suficiência, pode-se aplicar a substituição da pena de reclusão por penas restritivas de direitos (ACR 4597/PE, Desª. Margarida Cantarelli, decisão unânime da Quarta Turma, em 29 de agosto de 2006). Ademais, é defeso considerar como

mau antecedente, para efeito de fixação da pena-base, na forma do art. 59 do CP, o fato de o réu estar respondendo a outros inquéritos ou processos penais, sob pena de restar violado o cânone constitucional da presunção de inocência, engaiolado no art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna. Precedentes das Cortes Superiores (STF, RHC 80071/RS, Ministro Marco Aurélio, decisão da Segunda Turma, em 13 de março de 2001; STJ, HC 79381/SP, Ministro Nilson Naves, decisão unânime da Sexta Turma, em 23 de outubro de 2007).

Apelo desafiado pelo réu que parte de premissa equivocada, ao pretender a declaração de nulidade da sentença recorrida, por ofensa ao regramento então previsto no art. 384 do CPP, que cuida da mutatio libelli, quando, em verdade, foi aplicado art. 383 do mesmo diploma processual, por se tratar de hipótese de emendatio libelli. Apelos desprovidos, para manter incólume o veredicto condenatório em todos os seus termos.

ACÓRDÃO

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

Recife, 11 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Apelações criminais desafiadas pelo Ministério Público Federal e Edmilson Sousa do Nascimento, em contrariedade à senten-

ça da lavra do MM. Juiz Federal [substituto] da 13ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, proferida nos autos da ação penal 2004.83.00.021914-3, instaurada no fito de investigar a prática do crime de apropriação indébita e frustração de direito assegurado pela lei trabalhista (art. 168, c/c art. 203 e art. 70, todos do Código Penal).

Narra a denúncia que o ora recorrente, na condição de administrador da empresa LET - Recursos Humanos e Serviços Gerais Ltda., contratada pela Prefeitura da Cidade do Recife, no interregno de outubro de 1998 a abril de 2000, deixou de recolher regularmente as quantias alusivas ao FGTS de seus empregados, utilizando-se, outrossim, de guias de recolhimento falsas para simular os depósitos nas contas dos respectivos fundistas.

Consta, ademais, que se apropriou indevidamente dos valores repassados pela UFPE, no mês de fevereiro de 2001, que destinar-se-iam ao pagamento da sua folha salarial.

A sentença hostilizada acolheu parcialmente a exordial acusatória, fls. 267-276, para, procedendo à emenda do libelo (CPP, art. 383), condenar o réu pela prática do crime de estelionato (CP, art. 171, § 3º), fixando a reprimenda em dois anos e oito meses de reclusão, cumulada com a pena pecuniária de sessenta dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos. Ademais, visualizando a presença de condições favoráveis, determinou a substituição da indigitada pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consubstanciadas em prestação de serviços e pagamento de dez salários mínimos.

Em suas razões recursais, fls. 288-306, o *Parquet* se insurge contra a referida substituição, atroando faltarem ao réu condições subjetivas para tanto, uma vez que a própria sentença reconheceu a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis (CP, art. 59, *caput*), exacerbando a sanção do seu mínimo legal. Pugna, pois, seja mantida a cominação segregativa, elegendo-se o regime semi-aberto para o início do seu cumprimento, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do CP.

Por seu turno, o réu persegue a declaração de nulidade do decreto condenatório, porquanto não observados os rigores encastelados no art. 384 do CPP, que exige a prévia intimação da

defesa para se manifestar, conquanto tenha aplicado pena mais grave.

Subiram os autos a esta Corte Regional, donde foram ao *custos legis*, que opinou pelo desprovemento de ambas as pretensões recursais, fls. 365-372.

É o relatório.

Encaminhar o feito ao douto Revisor, para os fins do art. 222 do RITRF-5ª Região.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Inicialmente, conheço do apelo interposto pelo Ministério Público Federal, conquanto o faça para rechaçá-lo.

O *Parquet* atoa em suas razões recursais a impossibilidade, no caso vertente, da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que o julgador de primeiro grau valorou circunstância judicial contra o réu, majorando a pena-base do seu mínimo legal.

Correndo os olhos sobre o decreto condenatório hostilizado, observo que, do elenco das oito circunstâncias judiciais hospedadas no art. 59, *caput*, do Código Penal, o douto julgador considerou pesar contra o réu apenas uma, exatamente sua personalidade, que entendeu evidenciar caráter voltado para a prática de ilícitos da mesma natureza. Nesse passo, consignou que (...) *Quanto à personalidade, entendida esta como as qualidades morais do réu, o antagonismo com a ordem social e a possibilidade de voltar a delinquir, observo que o réu possui predisposição para a prática de infrações semelhantes (fls. 173/177- IPL), fl. 274.*

Ocorre que, levando em consideração o montante da reprimenda privativa de liberdade imposta na sentença vergastada (dois anos e oito meses de reclusão), bem assim as circunstâncias judiciais favoráveis ao recorrente, entendo mostrar-se indubitável que os atos apenados não comportam grau de censura suficiente para reclamar o encarceramento do réu, até porque a tendência mais moderna é de reservar esta sanção extrema para os casos

que realmente evidenciem a inaptidão do criminoso para o convívio social. Ninguém há de olvidar a difícil situação em que se encontra o sistema penitenciário pátrio. Não é segredo que, há muito, as penitenciárias não vêm cumprindo seu papel de ressocialização, antes funcionando como uma escola de marginalização, onde quem entra, muitas vezes, sai pior do que era quando entrou.

Sob esse prisma, a jurisprudência desta Corte Regional vem avisando que, *a despeito das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP em desfavor da condenada, uma vez reconhecida a incidência do princípio da suficiência, pode-se aplicar a substituição da pena de reclusão por penas restritivas de direitos* (ACR 4597/PE, Des^a. Margarida Cantarelli, decisão unânime da Quarta Turma, em 29 de agosto de 2006).

Não bastasse, conforme bem anotou o *Parquet* Regional em seu parecer, fls. 365-372, os elementos considerados pelo juiz *a quo* como justificativa para desvalorizar a personalidade do acusado, exatamente os constantes das fls. 173-177 do IPL, dizem respeito a outro inquérito policial em andamento, porquanto, nos fólios em comento, apenas consta traslado de relatório exarado nos autos do IPL 457/94.

Neste particular, tenho perfilhado o escólio que orienta ser desfeito ter em conta de maus antecedentes o fato de o réu estar respondendo a outros inquéritos ou processos penais, sob pena de ofensa ao cânone constitucional da presunção de inocência, engaiolado no art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna.

Nessa vereda vêm caminhando as Cortes Superiores, à medida que o STF já teve a oportunidade de registrar *que conflita com o princípio da não-culpabilidade – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) – evocar processos em curso e outros extintos pela prescrição da pretensão punitiva a título de circunstâncias judiciais (artigo 59 do Código Penal), exacerbando a pena-base com fundamento na configuração de maus antecedentes* (RHC 80071/RS, Min. Marco Aurélio, decisão da Segunda Turma, em 13 de março de 2001). Por seu turno, o colendo STJ já registrou que *resta assentada a jurisprudência deste Tribu-*

nal Superior no sentido de que “viola o princípio constitucional da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII, da CF) a consideração, à conta de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento para a exacerbação da pena-base e do regime prisional” (REsp 675.643/RS, Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 13 de dezembro de 2004), e que, “por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência (art. 64, I, CP), excluindo-se processo criminal em curso e indiciamento em inquérito policial” (HC 31.693/MS, Min. Paulo Medina, DJ 06 de dezembro de 2004) (HC 92382/SP, Min. Arnaldo Esteves Lima, decisão unânime da Quinta Turma, em 18 de dezembro de 2007).

Por conseguinte, nego provimento à apelação ministerial.

Quanto ao apelo desafiado pelo réu, mostram-se desnecessárias maiores considerações, à medida que parte de premissa equivocada, ao pretender a declaração de nulidade da sentença recorrida por ofensa ao regramento então previsto no art. 384 do CPP, que cuida da *mutatio libelli*, quando, em verdade, foi aplicado art. 383 do mesmo diploma processual, por se tratar de hipótese de *emendatio libelli*.

Deveras, o que o douto sentenciante fez foi conferir aos fatos narrados na denúncia definição jurídica diversa, concluindo tipificar a narrativa do *dominus litis* crime de estelionato, na forma prevista no art. 171, § 3º, do CP. Entendeu, pois, que, *por meio fraudulento (utilização de guias de recolhimento de FGTS falsas), a Prefeitura da Cidade do Recife foi induzida em erro, possibilitando a obtenção de vantagem ilícita, qual seja, o recebimento indevido dos valores decorrentes do aditivo ao contrato 293/98-MR, pela empresa gerida pelo acusado, em prejuízo dos cofres públicos, fl. 270.*

Conseqüentemente, a despeito de haver aplicado pena mais grave, a ausência de intimação da defesa para se manifestar não resulta em qualquer nulidade, visto que esta providência apenas era exigida para os casos de *mutatio libelli*, não de *emendatio libelli*, na forma dos arts. 383 e 384 do CPP, ambos hoje com redação modificada pela Lei 11.719/2008.

Forte nessas considerações, nego provimento a ambas as apelações, para manter incólume o veredicto condenatório em todos os seus termos.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.434-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Impetrante: DR. LUCAS CLEMENTE DE BRITO PEREIRA
Impetrado: JUÍZO DA 2ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
Paciente: PAOLO BALZANO (RÉU PRESO)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA. RÉU ESTRANGEIRO HABEAS CORPUS MANEJADO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PROGRESSÃO AO REGIME SEMI-ABERTO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROLAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. INOCORRÊNCIA. CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO, CASA DE PROSTITUIÇÃO, QUADRILHA ARMADA E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. DECRETO DE EXPULSÃO E MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA (GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL). DETERMINADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. REQUISITOS SUBJETIVOS À CONCESSÃO DO REGIME DE SEMILIBERDADE. NÃO PREENCHIMENTO. PERICULOSIDADE E ELEVADO GRAU DE CULPABILIDADE. RÉU TRANSFERIDO PARA PRESÍDIO FEDERAL. PROBABILIDADE DE EVASÃO PARA LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. MATÉRIA DE MÉRITO E REVOLVIMENTO DE PROVAS. VIA INADEQUADA. ORDEM DENEGADA.

- *Por ter a execução penal caráter jurisdicional, submetendo-se aos mesmos princípios do processo de conhecimento, sempre que a coação ilegal resultar evidente, líquida e certa, cerceando o direito de defesa, o devido processo legal e qualquer outra garantia do preso, legitimada estará a utilização do writ.*
- *Conforme o enunciado da Súmula nº 716 do STF e o disposto na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.*
- *A despeito de não haver dúvidas acerca do atendimento ao requisito temporal – cumprimento do período mínimo de um sexto da pena – para se ter direito à progressão, não há satisfação ao requisito subjetivo.*
- *Cuida-se de acusado estrangeiro que respondeu ao processo sob o pálio da prisão preventiva, cuja imperiosa necessidade de sua manutenção durante a fase recursal ficou determinada na sentença condenatória, mormente a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal (risco de evasão), excetuada a necessidade para a conveniência da instrução criminal.*
- *No próprio decreto condenatório, houve determinação expressa de ordem de expulsão do País, após o cumprimento da pena corporal.*
- *Há notícias da transferência do paciente para Presídio Federal em face de articulação de plano de fuga.*
- *A progressão ao regime semi-aberto é incompatível com a situação do estrangeiro cujo cumprimento da ordem de expulsão está aguardando o cumprimento de pena privativa de liberdade por crimes praticados no Brasil, sob pena de desnaturar a sua finalidade (precedentes do STF).*
- *Ordem de habeas corpus denegada.*

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira 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 dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 11 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de ação de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente Paolo Balzano, de nacionalidade italiana, tendo como autoridade impetrada o Exmo. Sr. Juiz Federal da 2ª Vara/RN (Natal), que, nos autos da Execução Penal Provisória nº 2007.84.00.001667-3, indeferiu pedido de liberdade provisória e de progressão de regime de cumprimento de pena.

Objetiva-se no presente *writ* a revogação ou anulação da decisão singular que indeferiu ao paciente o benefício da progressão de regime.

Alternativamente, pleiteia, em consequência da progressão do regime fechado para o semi-aberto, que o paciente cumpra a pena, preferencialmente na Penitenciária Estadual do Seridó, em Caicó/RN, mais próximo do meio social e familiar, em face, inclusive, de, atualmente, o paciente está recolhido ao Presídio Federal de Campo Grande/MS.

O paciente foi condenado à pena de 7 anos de reclusão e 1 ano e 6 meses de detenção, pela prática de crime previsto no artigo 229, do Código Penal (casa de prostituição); art. 288, parágrafo único, do CP c/c art. 1º da Lei nº 9.034/95 (quadrilha armada) e art. 12 da Lei nº 10.826/2003 (posse irregular de arma de fogo), incidindo, na espécie, as disposições da Lei nº 9.034/95 que, em seu artigo 10, determina que o cumprimento das penas dos crimes

decorrentes de organização criminosa será iniciado no regime fechado.

Dispensei pedido de informações ao Juízo *a quo* em virtude de o presente *writ* está afeto à Apelação Criminal nº 5179-RN, atualmente, nesta Corte, sob minha relatoria, para análise dos recursos interpostos pela Acusação e Defesa.

De uma leitura da decisão singular (fls.14/24), verifica-se que o Exmo. Sr. Juiz Federal da 2ª Vara/RN, ao manter o decreto preventivo e indeferir o pedido de progressão de regime, ressaltou que a gravidade dos fatos recomenda parcimônia no exame da questão, destacando que ficou consignado na sentença condenatória a imperiosa necessidade da manutenção da prisão preventiva durante a fase recursal.

Registra, ainda, aquele magistrado, que, na verdade, se trata de uma organização criminosa chefiada pelos estrangeiros Giuseppe Ammirabile e Salvatore Borrelli, com a co-autoria dos outros italianos Vito Francesco Ferrante, Paolo Quaranta, Paolo Balzano e Simone de Rossi, além do envolvimento de outros nacionais, que também concorreram para o cometimento dos ilícitos.

Em relação ao benefício da progressão de regime pleiteado, previsto no artigo 112 da Lei nº 7.210/84 e artigo 33, § 2º, do CPB, destaca o magistrado que, no caso presente, mesmo considerando o atendimento do requisito de ordem objetiva, não houve o atendimento do requisito subjetivo, por se tratar de réu que cumpria papel de fundamental importância no plano delituoso, em virtude de gerenciar as atividades ilícitas da quadrilha, não inspirando a confiabilidade necessária à concessão do direito pleiteado.

Por fim, de uma leitura da parte final da sentença condenatória prolatada nos autos da ação criminal 2005.84.00.010012-2, cuja cópia se encontra às fls. 58/59, existe determinação expressa no sentido de que se adotem as medidas tendentes à expulsão dos estrangeiros passíveis de tal medida, ao término do cumprimento de suas penas, nos termos do art. 68 e seguintes da Lei nº 6815/80 (Estatuto dos Estrangeiros).

O Ministério Público Federal, em parecer (fls. 104/109) da lavra do Exmo. Sr. Procurador Regional da República, Dr. Joaquim

José Barros Dias, opinou pela denegação da ordem de *habeas corpus*, ao argumento de que não restou demonstrado que a decisão monocrática que indeferiu o pedido de progressão de regime se deu ao arrepio da lei, nem que se encontra despida dos elementos indispensáveis para a sua configuração.

Traz o ilustre Representante do MPF, no seu parecer, precedente do Supremo Tribunal Federal, no HC nº 68315/DF, no sentido de que “a progressão ao regime semi-aberto é incompatível com a situação do estrangeiro cujo cumprimento da ordem de expulsão está aguardando o cumprimento de pena privativa de liberdade por crime praticado no Brasil, sob pena de desnaturar a sua finalidade”.

Por fim, há notícia nestes autos (fls. 43/45), bem como nos autos do Agravo em Execução Penal nº 997-RN, que trago a julgamento nesta sessão, bem como no HC 2913-RN, já julgado por esta Turma, que o paciente, atualmente, encontra-se recolhido no Presídio Federal de Campo Grande/MS, em virtude de a transferência ter sido determinada em vista a plano de fuga (relatos oficiais da Polícia Federal e do Ministério Público Federal).

É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Paolo Balzano, de nacionalidade italiana, condenado, juntamente com outros cidadãos italianos e brasileiros, pelos crimes de favorecimento à prostituição com intuito lucrativo, casa de prostituição, quadrilha armada, lavagem de dinheiro e falsidade ideológica, postula na presente ordem de *habeas corpus* a revogação ou anulação da decisão singular que indeferiu pedido de liberdade provisória e de progressão de regime de cumprimento de pena.

Aduz para tanto a existência de coação ilegal, em face de o paciente atender ao requisito objetivo ou temporal para a concessão da progressão de regime, qual seja, o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena que lhe foi imposta, nos termos do artigo 112, *caput*, da Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/84.

Afirma que o requisito subjetivo para a concessão do benefício – bom comportamento carcerário (art. 112 da Lei 7.210/84 com redação dada pela Lei 10.792/2003) –, também se encontra presente, conforme se comprova pelos documentos juntados à exordial (docs. 04 a 09).

Passo à análise.

Inicialmente, registre-se que é no processo de execução penal onde se resolve um conflito natural entre o Estado, objetivando a satisfação da pretensão executória, e o condenado (reeducando), com expectativa de obter a liberdade, através de um sistema gradativo de cumprimento de pena.

A despeito disso, por ter a execução penal caráter jurisdicional, submetendo-se aos mesmos princípios do processo de conhecimento, sempre que a coação ilegal resultar evidente, líquida e certa, cerceando o direito de defesa, o *due process of law* e qualquer outra garantia do preso, legitimada estará a utilização do *writ*.

A execução criminal tem inescandível caráter de processo judicial, que, por isso, como garantia que é do réu, deve observar os princípios constitucionais respectivos. Não é possível o Juiz da Execução excluir algum benefício prisional, quer indeferindo-o quer revogando-o, sem a observância do devido processo legal, fazendo ouvir previamente o réu e assegurando a ele a assistência técnica indispensável a que se observe o preceito constitucional do contraditório – nesse sentido TACRIM-SP – HC nº 132.753/5, 5ª C.Cr., Rel. Juiz Adauto Suannes).

Acerca da possibilidade de progressão de regime prisional, dispõe a Súmula nº 716 do Supremo Tribunal Federal que “admitese a progressão de regime de cumprimento de pena ou aplicação imediata de regime menos severo nela determinado, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Tal concessão deve atender aos pressupostos exigidos na Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/84, que disciplina a execução criminal.

Na hipótese, ora em exame, no que diz respeito ao indeferimento do pedido de progressão de regime prisional, oportuno registrar excertos da decisão singular (fls. 20/24). *Verbis*:

(...) Quanto ao pedido de progressão de regime prisional, melhor sorte também não está a acompanhar o pleito do requerente.

Nos termos da sentença proferida no processo criminal nº 2005.84.00.10012-2, o sentenciado PAULO BANZANO foi condenado nos delitos previstos no artigo 229 do Código Penal (casa de prostituição); art. 288, parágrafo único, do CP c/c art. 1º da Lei nº 9.034/95 (quadrilha armada) e art. 12 da Lei nº 10.826/2003 (posse irregular de arma de fogo), de ordem que as sanções aplicadas a título de PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE do reeducando ficaram no quantitativo de 07 anos de reclusão e 01 ano e 06 meses de detenção, a ser cumprida em regime fechado (nota: incidindo, na espécie, as disposições da Lei nº 9.034/95 que em seu artigo 10 determina que o cumprimento das penas dos crimes decorrentes de organização criminosa será iniciado no regime fechado).

O benefício da progressão de regime pleiteado está previsto no art. 112 da Lei nº 7.210/84 e no § 2º do art. 33 do Código Penal (...).

Inferre-se, da leitura desses dispositivos, que se exige, para a concessão da citada progressão, a observância de um requisito de cunho objetivo – o cumprimento de um sexto da pena – e o atendimento da condição de caráter subjetivo expressa nas orações “e seu mérito indicar a progressão” e “segundo o mérito do condenado (...).

No caso em deslinde, por se tratar de fato delituoso e de condenação efetivada anterior à vigência da recente Lei nº 11.464 de 28 de março de 2007, que deu nova redação aos §§1º e 2º da Lei dos Crimes Hediondos, ou a eles equiparados, majorando o percentual de cumprimento da execução, se o reeducando for primário, para 2/5 (dois quintos) da pena e, se for reincidente, para 3/5 (três quintos), não tem aplicabilidade, em homenagem aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade da pena, não podendo a lei penal incidir nas situações pretéritas, salvo para beneficiar o réu (CF, art. 5º, XXXIX e XL) (...).

Desta forma, por não haver restrição para a incidência da lei nova mais benigna às situações pretéritas, tem-se que a previsão do regime inicialmente fechado aplica-se aos crimes hediondos, verificados antes da vigência da lei nova, contudo, o percentual aritmético a incidir na situação para

efeito da progressão do regime prisional é o de 1/6 da pena executada, sem prejuízo da satisfação dos demais requisitos previstos na LEP, não incidindo, em hipóteses tais, o novo percentual estabelecido no § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, por ser visivelmente mais gravoso à hipótese do requerente.

No caso presente, mesmo considerando o atendimento do requisito de ordem objetiva, nem por isso é de ser concedido o direito à progressão do regime, pois não houve satisfação do requisito subjetivo.

Nesse sentido, tendo em conta a hipótese dos autos, por se tratar de delitos complexos, envolvendo a formação de quadrilha e o crime organizado, além do papel desempenhado por cada um dos sentenciados na empreitada criminosa, observa-se que apresentação do documento de fl. 09, relativo à comprovação do comportamento carcerário do requerente, mostra-se insuficiente para embasar o deferimento do pleito em consideração.

É consabido que na avaliação do requisito subjetivo para a concessão da progressão do regime, o Juiz pondera sobre a conduta global do preso, no sentido de verificar se o reeducando inspira confiança e responsabilidade para progredir para o regime prisional de semiliberdade.

Procedendo-se a uma análise dos elementos constantes dos autos, vejo que, muito embora o réu tenha apresentado comportamento carcerário não desabonador da sua conduta, todavia, não há como se ignorar o seu elevado e decisivo grau de envolvimento na empreitada criminosa abordada pela Polícia Federal, uma vez que o mesmo exercia a função de segurança, gerente e representante dos chefes maiores da organização criminosa.

Ademais, restou evidenciado nos autos o caráter armado do bando, pois, por ocasião do cumprimento da prisão preventiva dos acusados, a Polícia Federal apreendeu em poder de PAULO BALZANO, um dos integrantes da quadrilha, uma arma de fogo e munições, encontrando ainda, nas dependências da Pousada Europa, um revólver de marca Rossi, W496981, calibre 38, oxidado, com capacidade de cinco tiros, bem como 76 cartuchos intactos calibre 38.

Ou seja, patenteia-se do acima exposto que se trata o requerente, em verdade, de alguém cuja ação cumpria papel de fundamental importância no plano delituoso em apreço,

responsável que era pela segurança e gerenciamento das atividades ilícitas da organização, o que, a meu juízo, revela elevado grau de culpabilidade e de periculosidade na prática dos crimes objeto do julgamento, não inspirando, por enquanto, a confiabilidade necessária à concessão do direito pleiteado.

Nesse prisma, não há dúvidas de que as características do caso vertente apontam para a inviabilidade do retorno do condenado ao convívio coletivo, na medida em que o regime semi-aberto almejado redundará na sua gradativa liberdade, senão pelas benesses próprias desse regime – tais como trabalho externo, saída temporária, entre outras – mas, sobretudo, pela sistemática adotada em nosso Estado, no qual ocorre uma espécie de revezamento, onde o apenado permanece a maior parte do tempo em liberdade, recolhendo-se no período noturno ao estabelecimento prisional, a cada intervalo de três noites.

Além disso, não se afigura confiável conceder a progressão de regime, pois tendo sido apurado que o reeducando está envolvido com a criminalidade, escorada em ampla base organizativa, esta composta de diversos integrantes, e com clara ramificação internacional, denota que caso o requerente fique solto, os crimes por ele praticado têm concreta probabilidade de retomar o seu curso, seguramente, com a substituição dos agentes que se encontram presos. Tal temeridade torna-se visivelmente palpável, quando se considera que a organização criminosa conta com uma rede de influência transnacional de expressivo poder econômico, que precisa se alimentar, mostrando-se, no caso, altamente provável que o requerente, uma vez solto, até por imposição da sobrevivência da organização criminosa, volte a exercer o papel e domínio das condutas criminosas anteriores, ou então, simplesmente venha evadir-se para local incerto e não sabido, gerando a sensação reprovável da impunidade, por falta de aplicação da lei penal, razão pela qual, torna-se patente a necessidade da manutenção da medida segregativa.

Destarte, nota-se que o conjunto de circunstâncias indicam que a pena imposta e parcialmente cumprida, com todos os seus consectários, ainda não preencheu sua finalidade, impondo-se, ao menos por enquanto, a manutenção do regime fechado estabelecido na sentença (...).

No que se refere à execução da pena privativa de liberdade, a pena será fixada de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 do CP, nos regimes fechado, semi-aberto e aberto. Será cumprida de forma progressiva, para o regime menos rigoroso, ou em determinados casos, sujeitando-se o sentenciado à regressão.

Corroborar-se o entendimento do eminente Juiz Federal de primeiro grau no sentido de que o percentual aritmético a incidir na situação para efeito da progressão de regime é o de 1/6 (um sexto) da pena executada, sem prejuízo da satisfação dos demais requisitos subjetivos previstos na lei, em face de se tratar de fato delituoso (setembro de 2005) e de condenação (11 de dezembro de 2006) efetivada anteriormente à vigência da recente Lei nº 11.464/2007, que deu nova redação aos parágrafos 1º e 2º do artigo 2º da Lei de crimes hediondos ou a ele equiparados, majorando o percentual de cumprimento da execução, se o reeducando for primário, para 2/5 (dois quintos) da pena e, se for reincidente, para 3/5 (três quintos), que não se aplica, no presente caso, por força e em homenagem ao princípio da legalidade e da anterioridade da pena, não podendo a lei penal retroagir, salvo para beneficiar o réu – artigo 5º, XXXIX e XL, da Constituição Federal.

Tal desconto, de forma progressiva, passando-se de regime mais severo para menos rigoroso, quando o sentenciado que tiver cumprido, pelo menos, 1/6 (um sexto) da pena no regime mais rigoroso e seu mérito indicar a medida, poderá progredir de regime prisional. Nesse sentido, assim dispõe o artigo 122 da Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/84, *in verbis*:

Artigo 122 da LEP (Lei nº 7.210/84). A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.

Na hipótese dos autos, o paciente alega que estaria sofrendo constrangimento ilegal decorrente da ilegalidade da decisão que indeferiu pedido de progressão, quando, segundo o impetrante, o paciente faz jus ao mesmo há mais de dois anos.

Quanto ao requisito temporal para concessão da progressão prisional, colhe-se da decisão singular que não há dúvidas acerca do seu atendimento – cumprimento do período mínimo de um sexto da pena para se ter direito à progressão.

Ocorre que, na mesma decisão, restou claro que quanto ao requisito subjetivo, o mesmo não foi satisfeito. Ressaltou o eminente Juiz Federal de primeiro grau que a gravidade dos fatos recomenda parcimônia no exame da questão, destacando que ficou consignada na sentença condenatória a imperiosa necessidade da manutenção da prisão preventiva durante a fase recursal, mormente a necessidade da medida para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, excetuada a necessidade para a conveniência da instrução criminal (fl. 54).

O Paciente respondeu ao processo sob o pálio da prisão cautelar. A despeito disso, é cediço, contudo, que, mesmo se tivesse sido a hipótese de exigência de recolhimento à prisão do réu para apelar, prescrita no citado artigo 594, somente deve ser imposta quando presentes, no caso, os requisitos do artigo 312 do CPP. O artigo 594, destarte, não poderia ser interpretado isoladamente, mas em conjunto com o citado artigo 312. Nesse sentido, a sentença foi motivada quanto aos requisitos do artigo 312 do CPPB, foi mantida a prisão preventiva do ora paciente (fl. 54). Confira-se o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. RECOLHIMENTO À PRISÃO PARA APELAR (CPP, ART. 594). SENTENÇA SUFICIENTEMENTE MOTIVADA. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 594 do Código de Processo Penal não implica o recolhimento compulsório do apelante. Ao contrário, cuida de modalidade de prisão cautelar, razão por que deve ser interpretado em conjunto com o art. 312 do mesmo diploma.

2. No caso concreto, a sentença condenatória mostra-se suficientemente motivada quanto aos requisitos ensejadores da prisão preventiva do paciente.

3. Ordem denegada.

(STF, HC nº 84104/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, unânime, DJ 6.8.2004, p. 42.)

Registra, ainda, aquele magistrado, que se trataria de uma organização criminosa chefiada pelos estrangeiros Giuseppe Ammirabile e Salvatore Borrelli, com a co-autoria dos outros italianos Vito Francesco Ferrante, Paolo Quaranta, Paolo Balzano e Simone de Rossi, além do envolvimento de outros nacionais, que também teriam concorrido para o cometimento dos ilícitos.

Em relação ao benefício da progressão de regime pleiteado, previstos no artigo 112 da Lei nº 7.210/84 e artigo 33, § 2º, do CPB, destaca o magistrado que, no caso presente, mesmo considerando o atendimento do requisito de ordem objetiva, não houve o atendimento do requisito subjetivo, por se tratar de réu que cumpria papel de fundamental importância no plano delituoso, em virtude de gerenciar as atividades ilícitas da quadrilha, não inspirando a confiabilidade necessária à concessão do direito pleiteado.

Por fim, de uma leitura da parte final da sentença condenatória prolatada nos autos da ação criminal 2005.84.00.010012-2, cuja cópia se encontra às fls. 58/59, existe determinação expressa no sentido de que se adotem as medidas tendentes à expulsão dos estrangeiros passíveis de tal medida, ao término do cumprimento de suas penas, nos termos do art. 68 e seguintes da Lei nº 6.815/80 (Estatuto dos Estrangeiros).

Some-se a tais argumentos, que, por si sós, autorizam a manutenção da decisão singular, que há notícia nestes autos (fls. 43/45), bem como nos autos do Agravo em Execução Penal nº 997-RN, que trago a julgamento nesta sessão, bem como no HC 2913-RN, já julgado por esta Turma, que o paciente, atualmente, encontra-se recolhido no Presídio Federal de Campo Grande/MS, em virtude de a transferência do Presídio Estadual ter sido determinada em vista a plano de fuga (relatos oficiais da Polícia Federal e do Ministério Público Federal).

Naufraga, pois, a alegação de ilegalidade da decisão singular que inferiu ao paciente, estrangeiro de cidadania italiana, progressão do regime fechado para o semi-aberto.

Nessa linha de entendimento defendeu o Exmo. Sr. Procurador Regional da República, quando da oferta do parecer ministerial, que, inclusive, colacionou jurisprudência do Supremo Tribunal

Federal e do Superior Tribunal de Justiça, valendo as transcrições. Confira-se:

HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO CONDENADO. EXPULSÃO DECRETADA. PROGRESSÃO AO REGIME SEMI-ABERTO.

A progressão ao regime semi-aberto é incompatível com a situação do estrangeiro cujo cumprimento da ordem de expulsão está aguardando o cumprimento da pena privativa de liberdade por crime praticado no Brasil, sob pena de desnaturar a sua finalidade.

Habeas corpus conhecido, mas indeferido.

(STF, HC nº 68135/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 13.09.91)

EMENTA. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. ESTRANGEIRO. DECRETO DE EXPULSÃO AGUARDANDO CUMPRIMENTO. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA 4 ANOS DE RECLUSÃO. ORDEM DENEGADA.

1 - A orientação jurisprudencial deste STJ e do STF é de que a progressão de regime prisional é inacessível ao condenado estrangeiro que teve contra si decretada a expulsão.

2 - A expulsão é a retirada compulsória de estrangeiro cuja permanência em território nacional é inconveniente (art.65 da Lei 6.815/80). A progressão, por seu turno, é a paulatina recondução do condenado ao meio social de que proveio. A implementação desta frustraria os propósitos daquela.

3 - Parecer Ministerial pela denegação da ordem.

4 - Ordem denegada.

(STJ, HC Nº 92736/AC, Quinta Turma, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 18/08/2008).

Ademais, é de se ter presente, na hipótese, que o crime pelo qual o paciente, em tese, foi condenado agride/atinge a dignidade da pessoa humana, tanto no plano moral, quanto material, não sendo por demais se afirmar que a sua permanência em território nacional seja inconveniente. Não sendo, portanto, somente hipótese de se presumir que o fato de o paciente ser estrangeiro implicaria em fuga do mesmo do território nacional, não, e explico: a sua

permanência no meio social é que é indesejada pelo Estado, daí ser inoportuna a progressão ora pleiteada.

A título de esclarecimento, no que tange aos argumentos da acusação para se manter a decisão singular, trago à colação excertos das contra-razões ofertadas pelo MPF, no agravo em execução penal nº 997-RN, cuja cópia se encontra às fls. 92 e seguintes:

(...) De fato, não basta o bom comportamento carcerário para preencher o requisito subjetivo. Segundo ensina Hans Göbbels (*execução penal - comentário à Lei nº 7.210 - Julio Fabrini Mirabete - São Paulo - Atlas - 1997*): “O bom comportamento de um preso não pode ser determinante imediata para estabelecer-lhe um prognóstico biológico-social favorável, principalmente porque ‘tal comprovante’ de melhoria se baseia fundamentalmente em informes de funcionários de prisões, fornecidos pouco antes da liberação, e que se atêm ao bom comportamento externo, a fim de facilitar a readaptação sem inconvenientes ao termo de condenação. Mas este comportamento externo só de forma incompleta permite tirar conclusões sobre o caráter e a conduta futura do preso. Na verdade, a adaptação do sentenciado à organização do estabelecimento se deve a vários múltiplos fatores simultâneos e justapostos, e somente a verificação dos motivos predominantes permitirá uma conclusão sobre o caráter”.

Na hipótese dos autos, embora tenha a agravante apresentado comportamento carcerário não desabonador, não há como ignorar o elevado grau de envolvimento do acusado na empreitada criminosa pela Polícia Federal, uma vez que o mesmo exercia a função de segurança, gerente e representante dos chefes maiores da organização criminosa.

Ademais, restou evidenciado o caráter armado do bando, pois, por ocasião do cumprimento da prisão preventiva dos acusados, a Autoridade Policial apreendeu em poder de **PAOLO BALZANO, um dos integrantes da quadrilha, uma arma de fogo e munições, além de um revólver de marca Rossi, nº W496981, calibre 38, com capacidade para cinco tiros, bem como 76 cartuchos intacos calibre 38.**

Verifica-se também que o agravante cumpria papel de fun-

damental importância no plano delituoso em apreço, pois era segurança e gerenciava as atividades ilícitas da organização, o que revela elevado grau de culpabilidade e de periculosidade na prática de crimes objeto do julgamento, o que impossibilita a concessão do pleito.

Portanto, afigura-se correta a decisão do Juízo que indeferiu o pedido de progressão de regime, uma vez que como o agravante está envolvido com a criminalidade, escorada em ampla base organizativa, esta composta de diversos integrantes, e com clara ramificação internacional, existe o risco de, caso seja ele solto, os crimes por ele praticados têm concreta probabilidade de retomar o seu curso, com a substituição dos agentes que se encontram presos (...)

Assevere-se, por último, que o âmbito estreito “do *habeas corpus*” não permite haja análise fática profunda e exauriente, de mérito, mormente quando já está em curso trâmite das apelações criminais interpostas ao decreto condenatório, quando serão analisadas as matérias atinentes à autoria e materialidade delituosas e à própria dosimetria das penas aplicadas pelo juiz *a quo*, sendo mais prudente uma análise de tais questões naquela via mais abrangente, que é o próprio recurso de apelação.

A propósito, inclusive, convém trazer a lume os seguintes precedentes do STJ, de acordo com os quais é imprópria a via do HC para fins de aferição da justiça da pena aplicada:

PROCESSUAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ABSOLVIÇÃO E REDUÇÃO DE PENA AO MÍNIMO LEGAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PERMANENTE. ABSOLVIÇÃO QUANTO A ESTE ÚLTIMO PARA OS CO-RÉUS. AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO TAMBÉM PARA O PACIENTE.

1 - O *habeas corpus* não é a via adequada para se aferir a existência de suficientes provas para a condenação e a justiça da pena aplicada, para reduzi-la ao mínimo legal, pois são intentos que demandam dilação probatória, não condizente com o angusto veio de conhecimento do *writ*.

2 - Excluída a condenação pelo delito do art. 14 da Lei nº 6.368/76 para os co-réus, denunciados pelos mesmos fatos que desencadearam a persecução penal contra o pa-

ciente, há de ser afastado aquele delito também para este último.

3 - Ordem parcialmente concedida.

(Superior Tribunal de Justiça, HC nº 23871/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, maioria, julg. 3.12.2002, DJ 19.12.2002.)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. JULGAMENTO DA APELAÇÃO CONFIRMANDO A SENTENÇA CONDENATÓRIA. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE CARÊNCIA DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA.

1. Não há que se falar em *reformatio in pejus*, decorrente da decisão que determina a expedição de mandado de prisão, após o julgamento da apelação criminal que confirma a sentença condenatória, mesmo que o magistrado de primeiro grau tenha condicionado a expedição do respectivo mandado ao prévio trânsito em julgado da condenação penal, porque tal registro na sentença apenas garante ao réu o direito de apelar em liberdade, não vinculando os órgãos judiciais competentes para apreciar os demais recursos eventualmente interpostos.

2. O habeas corpus não é instrumento adequado para se aferir a existência de suficientes provas para a condenação ou a justiça da pena-base aplicada, quando se pretende a absolvição ou a redução da reprimenda ao mínimo legal, tendo em vista que esses intentos demandam dilação probatória, impróprios na via eleita, que deve restringir-se à verificação da legalidade da decisão, na observância das circunstâncias judiciais inscritas no art. 59 do Código Penal.

3. Na hipótese, verifica-se que tanto na sentença como no acórdão que confirmou a condenação, encontram-se fundamentos para a imposição da pena-base acima do mínimo legal, considerando o conjunto das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, que não se restringe à primariedade e aos antecedentes criminais.

4. Na fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda,

menda imposta na sentença, não se deve considerar, isoladamente, apenas a quantidade da pena aplicada (CP, art. 33, § 2º), mas, igualmente, as condições pessoais do réu (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59), que podem, eventualmente, como na hipótese, justificar a imposição de regime mais gravoso.

5. Ordem denegada.

(Superior Tribunal de Justiça, HC nº 38003/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, unânime, julg. 14.12.2004, DJ 21.2.2005, p. 200)

PROCESSUAL PENAL. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INAPLICABILIDADE. SENTENÇA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PENA. FIXAÇÃO. OBEDIÊNCIA AO ART. 59, DO CP. JUSTIÇA DA REPRIMENDA. REVOLVIMENTO DE PROVAS. *HABEAS CORPUS*. VIA INADEQUADA. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONCURSO MATERIAL.

1 - Não há falar em nulidade da sentença se foi ela proferida por juiz substituto que não presidiu a instrução, em virtude da não aplicabilidade do princípio da identidade física do juiz no processo penal.

2 - Atendidos os ditames do art. 59, do CP, dizer da justiça da pena, se foi ou não exacerbada, é intento não condizente com a via estreita do *habeas corpus*, onde não há espaço para incursões na seara fático-probatória, indispensável em irresignações deste jaez.

3-Entre estupro e atentado violento ao pudor há concurso material e não crime continuado.

4-Ordem denegada.

(Superior Tribunal de Justiça, HC nº 12751/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, unânime, julg. 5.9.2000, DJ 25.9.2000, p. 143.)

Diante de tais considerações, inexistindo nos autos justificativa convincente, por parte do paciente, a ensejar a reforma da decisão singular que indeferiu pedido de progressão ao regime semi-aberto, entendo que não há se falar em constrangimento ilegal, mormente quando não existe direito adquirido a regime prisional mais brando em se tratando de superveniência de ausência de requisito subjetivo para concessão de tal benesse, e ainda, quando o próprio Magistrado da execução penal provisória noticia que o apenado gerenciava as atividades ilícitas da organização crimino-

sa a revelar elevado grau de culpabilidade e de periculosidade, a merecer destaque, inclusive, na oportunidade da sua transferência de unidade prisional do Estado para uma Federal.

Ex positis, denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 101.831-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Impetrante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Impetrado: JUÍZO DA 2ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO
NORTE
Lit. Passivos: PAULO HENRIQUE CUNHA VIEIRA, RUAN TALES
DA SILVA DE OLIVEIRA E RAUL BEZERRA DE AR-
RUDA JUNIOR

EMENTA: PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO CONTRA ATO JUDICIAL QUE CONCEDERA LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

- Mandado de Segurança, com pedido liminar, impetrado para o fim de atribuir efeito suspensivo a Recurso em Sentido Estrito, desafiado em face da decisão que concedera aos Réus a liberdade provisória.

- A ação de Segurança se destina à proteção de direito líquido e certo (artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal vigente, e artigo 1º da Lei nº 1.533, de 1951).

- Possibilidade de o Mandado de Segurança ser utilizado na esfera criminal, desde que presentes os requisitos autorizadores, no caso, a violência ou ameaça de violência a direito líquido e certo, devidamente comprovado, por ato ilegal

ou abusivo, de autoridade pública.

- A teor do art. 584 do CPP, não se configura como direito líquido e certo do MPF a utilização do Mandado de Segurança para restringir a liberdade dos acusados, via mandado de segurança, da decisão que concedera liberdade provisória.

- O Superior Tribunal de Justiça, em decisão liminar, concedeu a ordem de Habeas Corpus no HC nº 111.117/RN, no dia 20.10.2008, a Ruan Talles da Silva de Oliveira, restabelecendo, até o julgamento do recurso em sentido estrito, a decisão que lhe revogara a prisão preventiva.

- Extensão dos efeitos do Habeas Corpus aos litisconsortes necessários, nos termos do art. 580 do CPP.

- Mandado de Segurança denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a Segurança, 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, 6 de novembro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Ação de Segurança impetrada pelo Ministério Público Federal - MPF, com pedido liminar, contra ato imputado ao MM. Juiz Federal Substituto da 2ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, que, nos autos da Ação Penal ajuizada para o julgamento da

prática do crime previsto no art. 1º, inc. I, da Lei nº 9.034/95, art. 10, da Lei nº 9.296/96, art. 10 da LC nº 105/2001, arts. 288, 155, § 4º, II e IV, c/c os arts. 69 e 71 do Código Penal, concedeu liberdade provisória aos acusados Paulo Henrique Cunha Vieira, vulgo “Furacão”, Ruan Tales da Silva de Oliveira, e Raul Bezerra de Arruda Júnior, mediante a imposição de certas condições como, por exemplo, não freqüentarem *Lan Houses*, apresentarem-se quinzenalmente ao Juízo para informar suas atividades e, ainda, ler e resumir livros indicados pelo Juízo, sendo o primeiro “A hora e a vez de Augusto Matraga”, de Guimarães Rosa - fl. 106.

Esclarece o *Parquet* que os réus foram presos na chamada “Operação *Colossus*” da Polícia Federal, destinada a investigar os crimes de informática praticados por *crakers*, que obtinham, de maneira fraudulenta, os dados bancários de clientes de diversas instituições bancárias, mediante o envio de vírus por meio de mensagens eletrônicas falsificadas que alertavam as vítimas sobre possíveis invasões de contas, registradas como inadimplentes na SERASA, com aviso de irregularidade com o CPF ou declaração de rendimentos à Receita Federal, pedindo-lhes que digitassem os dados sobre o banco, a agência, a conta e as senhas, as quais eram registradas na página eletrônica do servidor utilizado pela associação criminosa.

Com os dados das vítimas, providenciavam a transferência dos valores das contas para outras contas, disfarçando a remessa da quantia como compra eletrônica de bens e de serviços, ou como pagamento de impostos e taxas.

Sustenta o impetrante estarem presentes os requisitos necessários à outorga do provimento cautelar. O *fumus boni iuris* consistiria na necessidade da manutenção da prisão preventiva por estarem presentes, ainda, os requisitos referidos no art. 312 do CPP - Código de Processo Penal, porque os três acusados constituiriam perigo real à ordem pública, sendo contumazes na prática delituosa, tanto que respondem a processos também na 3ª Vara Federal, e no Estado do Ceará, pelos crimes de quadrilha, estelionato, furto e falsificação de documentos particulares.

O acusado Raul Bezerra de Arruda Júnior é proprietário de uma *Lan House*; de forma que as condições impostas pelo Juízo o

impediriam de entrar em seu local de trabalho. Já o réu Ruan Tales da Silva de Oliveira fora preso anteriormente por posse de cocaína para uso próprio. Por isso os Réus não possuem os bons antecedentes, a residência fixa e nem exercem atividade lícita, requisitos necessários à aferição da possibilidade da revogação da prisão preventiva.

O segundo requisito – *periculum in mora* – encontra-se demonstrado pela plausibilidade do direito, pois os fatos acima descritos apontam para a perspectiva de retorno dos réus à delinqüência, se postos em liberdade. Por isso que a ordem pública deveria ser acautelada, retirando-se do convívio da sociedade pessoas dotadas de periculosidade e que praticassem delitos de forma contumaz.

Requeru-se a concessão de medida liminar para o fim de se conferir efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito, da decisão que concedeu aos réus a liberdade provisória, até a decisão final do recurso pendente. A liminar foi indeferida (fls. 241/244).

As “informações” prestadas pela autoridade apontada coatora repousam às fls. 51/52. Nelas se sugere, em preliminar, a oitiva dos réus, na condição de litisconsortes passivos necessários; no mérito, aduz-se ser impróprio cogitar da inexistência de direito líquido e certo do Ministério Público, em face do incabimento da Ação de Segurança para atribuir efeito suspensivo a Recurso em Sentido Estrito, de decisão concessiva de liberdade provisória, a teor da farta jurisprudência do **Superior** Tribunal de Justiça - **STJ**, especialmente das Quintas e Sextas Turmas, que são as competentes para a apreciação da matéria penal.

O MPF requereu a oitiva dos Réus, na condição de litisconsortes necessários - fls. 313/315.

Citado como litisconsorte necessário, o réu Ruan Talles Silva de Oliveira sustentou estarem ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, comunicando que impetrara *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça (fls. 323/336).

O réu Paulo Henrique da Cunha Vieira alegou, em preliminar, a inépcia da inicial: não haveria a prova pré-constituída do direito líquido e certo do **MPF** à concessão de efeito suspensivo ao recur-

so; quanto ao mérito, foi dito que inexistiriam requisitos autorizados da prisão preventiva; por isso, louvou a decisão que lhe concedera a liberdade provisória - fls. 426/435.

A douta Procuradoria da República opinou, em preliminar, pela perda de objeto, em face da prolação de sentença, que absolveu o ora impetrante. Para o caso de ser ultrapassada a preliminar, pediu-se a denegação da Ordem, porque a decisão que indeferiu o requerimento da produção de prova pericial feito pelo Réu-Impetrante, além de devidamente fundamentada, demonstra que a informação que ele pretendia obter encontrava-se posta nos autos.

O litisconsorte Raul Bezerra de Arruda Júnior requereu a extensão dos efeitos do HC nº 111.117/RN, que, em sede liminar, concedeu no dia 20.10.2008, a ordem de *Habeas Corpus*, para restabelecer a decisão que revogou a prisão preventiva do paciente Ruan Talles Silva de Oliveira, afirmando que o art. 580 do Código de Processo Penal - **CPP** admite a extensão da ordem porque a situação se assemelha no que toca à atuação de todos os litisconsortes - fls. 445/448.

É o relatório.

Dispensada a revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

O Mandado de Segurança é impetrado com o objetivo de atribuir efeito suspensivo à Carta Testemunhável interposta da decisão que negou seguimento ao Recurso em Sentido Estrito, que por sua vez fora manejado em face da decisão que indeferira o pedido de realização da prova pericial no prazo do art. 499 do Código de Processo Penal - **CPP**.

A Ação de Segurança busca proteger direito líquido e certo; direito líquido e certo, para os fins da ação constitucional de segurança, é o que é comprovado de plano; e é assim porque, do contrário, estaria comprometida toda a celeridade que é nota característica da ação de segurança.

Hely Lopes Meirelles¹ pontuava que “Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. **Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante:** se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meio judiciais”.

E na seqüência esclarecia:

Quando a lei alude a “direito líquido e certo”, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, ‘direito líquido e certo’ é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. Evidentemente, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (CC, art. 1.533)².

Embora a ação de segurança possa ser utilizada na esfera criminal, quando tal ocorre, deve ser aferida a presença dos requisitos autorizadores, no caso, a violência ou a ameaça de violência a direito líquido e certo, devidamente comprovado, por ato ilegal ou abusivo, de autoridade pública.

O art. 584 do Código de Processo Penal - **CPP**, que trata taxativamente do recurso em sentido estrito, indica as hipóteses, também restritivas, acerca da concessão de efeito suspensivo ao referido recurso, cabível apenas nos casos de perda da fiança, denegação ou deserção da apelação, da decisão que trata da unificação das penas e da que converte multa em detenção ou em prisão simples.

¹ *In Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, 24ª edição, Malheiros, p. 35/36

² *In Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*. 15ª edição, Malheiros, p. 36.

Portanto, de acordo com o disposto no art. 584 do **CPP**, não se configura como direito líquido e certo, a concessão de efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito, via de Mandado de Segurança.

Além disso, sendo a decisão que concede a liberdade provisória um ato judicial passível de recurso – que, inclusive, encontra-se pendente de julgamento –, a decisão concessiva poderá ser reformada – deve ser aplicado à espécie o disposto na Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

Súmula nº 267: Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

Nesse sentido, o colendo **Superior** Tribunal de Justiça, em decisão liminar, concedeu a ordem de *Habeas Corpus* no HC nº 111.117/RN, ao ora litisconsorte necessário Ruan Talles da Silva de Oliveira; confira-se:

Foi o paciente, Ruan Talles da Silva de Oliveira, preso preventivamente e denunciado por furto qualificado e quadrilha.

Por considerar que não subsistem os fundamentos para a manutenção da prisão preventiva, foi a segregação revogada pelo Juiz da 2ª Vara Federal de Natal.

Dessa decisão, o Ministério Público Federal interpôs recurso em sentido estrito e, concomitantemente, impetrou mandado de segurança com o fim de dar efeito suspensivo àquele recurso.

No Tribunal Regional da 5ª Região, o Desembargador Federal Élio Siqueira deferiu a liminar (MS nº 2008.0500.028166-0).

Daí o presente *habeas corpus*, no qual se pleiteia a revogação, em definitivo, da prisão cautelar.

Prestadas as informações, manifestou-se a Subprocuradora-Geral Zélia Oliveira pela “concessão parcial da ordem para tornar insubsistente a decisão atacada – a que concedeu a liminar no mandado de segurança – e, de conseqüência, restabelecer a sentença que revogou a prisão preventiva, até que seja proferida decisão de mérito no recurso em sentido estrito”.

Correto, mais uma vez, o pronunciamento ministerial. É por todos sabido que o Ministério Público não se pode utilizar do mandado de segurança a fim de restringir liberdade do acusado, uma vez que a ação constitucional tem por escopo proteger direito líquido e certo (direito individual) não amparado pelo *ha-*

beas corpus. Há, no Superior Tribunal, inclusive, projeto de súmula. Vão aqui dois precedentes:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. LIBERDADE PROVISÓRIA. RECURSO. MANDADO DE SEGURANÇA PARA CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO. DESCABIMENTO.

- É descabido e impróprio o uso do mandado de segurança pelo Ministério Público para conferir efeito suspensivo a recurso interposto contra decisão que favorável ao *status libertatis* do acusado.

- *Habeas corpus* concedido.

(HC-18.359, Ministro Vicente Leal, *DJ* de 18.2.02)

PENAL. PROCESSUAL. LIBERDADE PROVISÓRIA. REVOGAÇÃO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. EFEITO SUSPENSIVO. CONCESSÃO LIMINAR. *HABEAS CORPUS*.

1. O deferimento de liminar, em Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público, para conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito tirado de decisão concessiva de liberdade provisória, configura constrangimento ilegal, sanável em *Habeas Corpus*. Precedentes.

2. *Habeas Corpus* conhecido; pedido deferido.

(HC-15.614, Ministro Edson Vidigal, *DJ* de 27.8.01)

Tais as circunstâncias, concedo a ordem a fim de restabelecer, até o julgamento do recurso em sentido estrito, a decisão que revogou a prisão preventiva do paciente. Fl. 446.

(Rel Min. Nilson Naves, dec. 20.10.2008, publ. 22.10.2008).

Com essa decisão, o eminente Ministro prestigiou a jurisprudência do colendo **Superior**, que se acha estampada nos seguintes precedentes:

CRIMINAL. HC. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO CONCESSIVA DE LIBERDADE PROVISÓRIA. EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. IMPROPRIEDADE DO *MANDAMUS*. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ATO ILEGAL PASSÍVEL DE RECURSO OU CORREIÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

I. O mandado de segurança não se presta para atribuir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto

pelo Ministério Público contra decisão que concede liberdade provisória. Precedentes.

II. Não obstante ser cabível a utilização de mandado de segurança na esfera criminal, deve ser observada a presença dos seus requisitos constitucionais autorizadores.

III. Ausente o direito líquido e certo e tratando-se de ato ilegal passível de recurso ou correição, torna-se descabida a via eleita.

IV. Ordem concedida para restabelecer a decisão monocrática que deferiu a liberdade provisória do paciente.

(Quinta Turma, HC nº 34.861/SP, Min. Gilson Dipp, julg. 22.02.2005, publ. *DJU* 14.03.2005, pág. 391).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENAL. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. LIBERDADE PROVISÓRIA.

I - Incabível o **mandado de segurança**, conforme pacífica orientação desta Corte, para conferir **efeito suspensivo** a recurso em sentido estrito interposto contra decisão concessiva de liberdade provisória. **Precedentes**.

II - Ademais, o recorrente não demonstrou a ocorrência de quaisquer das hipóteses que justifiquem a prisão preventiva, não havendo como reconhecer-lhe direito líquido e certo à restauração da custódia dos acusados.

III - Eventual erro de procedimento cometido pelo MM. Juízo monocrático (deferimento de liberdade provisória sem ouvir o *Parquet*) será examinado e, se o caso, reparado na sede própria: o recurso em sentido estrito.

Recurso desprovido.

(Quinta Turma, ROMS nº 15.548/RS, Min. Félix Fischer, julg. 20.03.2003, publ. *DJU* 28.04.2003, pág. 217).

Ante o exposto, **denego a Segurança**, cassando a liminar anteriormente concedida, na decisão do MM. Juízo Federal da 2ª Vara do Rio Grande do Norte, que deferira a liberdade provisória dos Litisconsortes.

Em face da similitude de condições (*do modus operandi*) na ação criminal em que figuram como réus os demais denunciados, em favor deles deve ser estendida, também, a decisão proferida no HC nº 11.117/RN, que beneficiou o réu Ruan Talles Silva de Oliveira; a afirmativa faço-a com arrimo nas disposições do art. 580 do **CPP**, que transcrevo com o só fito de facilitar o acompanhamento do raciocínio que se está a desenvolver – *verbis*:

Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 29), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

Sobre o alcance do art. 580, ensina Mirabete³: “*Além dos efeitos devolutivo (transferência para a instância superior, ou eventualmente para a mesma instância, do conhecimento de determinada questão) e suspensivo (não execução da decisão até que ocorra o julgamento), os recursos podem ter o efeito extensivo, previsto no art. 29 do CP, a norma procura evitar, tanto quanto possível, decisões iníquas ou contraditórias, por não ter o co-réu, também lesado pela decisão, dela recorrido, fazendo com que ele também se beneficie com o provimento do recurso*”.

Neste mesmo sentido, inclina-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF:

STF: No caso de concurso de pessoas (art. 29 do CP), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam exclusivamente de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros (art. 580 do CPP). Assim “a decisão em favor de um réu só poderá ser estendida a outro se forem idênticas as situações de ambos no mesmo processo” (STF - RJ 67/685).
(*Código de Processo Penal Interpretado*, ed. Atlas, 9ª edição, 2001, pág. 1424).

Assim, além da impossibilidade da utilização do mandado de segurança para conceder efeito suspensivo à decisão que concedeu a liberdade aos ora litisconsortes, impõe-se a extensão dos efeitos do referido HC a Paulo Henrique Cunha Vieira e Raul Bezerra de Arruda Júnior, em face da identidade de situação com Ruan Tales da Silva de Oliveira, de acordo com o art. 580 do CPP, pois seria discriminatória e injusta a manutenção da prisão dos réus que não puderam ajuizar *habeas corpus* perante o Tribunal Superior.

É como voto.

³ In *Código de Processo Penal Interpretado*, ed. Atlas, 9ª edição, 2001, pág. 1424.

MEDIDA CAUTELAR (PRESIDÊNCIA) Nº 2.453-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO (PRESIDENTE)

Requerente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Requeridos: APOLO SANTANA VIEIRA, MATTEO BOLOGNA, MARCO ARCE, RODRIGO ARCE, EDUARDO MANOEL PRIORI FERREIRA DA SILVA, MARIA DAS GRAÇAS DE QUEIROZ GOMES, ANTÔNIO HENRIQUE VIEIRA NUNES, CARLOS RAFAEL DE SANTANA, MARIA SILZA PEREIRA DE LAVOR, JOSEMA GONÇALVES DA SILVA, EUDES QUEIROZ GOMES, WALTER DA SILVA VIEIRA, ROBSON MAGNO CONCEIÇÃO FONSECA, GIL TAVARES DE FREITAS E EVANDRO ANTÔNIO DO NASCIMENTO

EMENTA: AÇÃO CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ADMITIDO. PROCESSO PRINCIPAL ENCAMINHADO AO STJ. TUTELA DE URGÊNCIA DEFERIDA PELO STJ PARA SUSPENDER OS EFEITOS DA DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DO TRF/5ª REGIÃO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DA CAUTELAR REQUERIDA PERANTE O TRF/5ª REGIÃO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL SUPERVENIENTE. PROCESSO EXTINTO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO (CPC, ART. 267, VI).

- *Ação cautelar requerida perante a Presidência do TRF/5ª Região para que se atribua efeito suspensivo a recurso especial.*
- *Recurso especial admitido e autos remetidos ao STJ.*
- *Tutela de urgência deferida pelo STJ no sentido de suspender a decisão da Presidência do TRF/5ª Região.*
- *Perda superveniente de objeto da cautelar. Falta de interesse processual superveniente. Extinção do processo sem julgamento de mérito (CPC, art. 267, VI).*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão plenária, por maioria, extinguir o processo sem julgamento de mérito, nos termos do voto do Relator e do que consta nas notas taquigráficas que ficam integrando este julgado.

Recife, 28 de janeiro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator Presidente

RELATÓRIO

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

Cuida-se de medida cautelar requerida pelo Ministério Público Federal, incidental a recurso especial, com o objetivo de emprestar efeito suspensivo ao mencionado recurso interposto contra a ordem de trancamento da Ação Penal nº 2002.83.00.006661-5, deferida pela Terceira Turma deste Tribunal, em sede do *Habeas Corpus* nº 2.763-PE, impetrado por Apolo Santana Vieira e outros, relatado pelo Desembargador Federal Ridalvo Costa, assim ementado:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECISÃO FINAL FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE. INVIABILIDADE DA AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE *HABEAS CORPUS*.

- Decisão favorável ao contribuinte em processo administrativo fiscal no qual se discutia o crédito tributário.
- Sem a constituição definitiva do crédito tributário, os pacientes não podem ser criminalmente responsabilizados pela ocorrência dos ilícitos previstos nos arts. 1º, III, e 4º, V, da Lei 8.137/90; 1º, incisos V, VI e VII, e § 4º, da Lei nº 9.613/98; 22 da Lei nº 7.492/86, e 71 do Código Penal.
- Concessão da ordem de *habeas corpus*.¹

¹ Fls. 217-218.

Postula o Ministério Público Federal a concessão liminar da medida e, ao final, o acolhimento dos argumentos tecidos, com a conseqüente atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial, a fim de possibilitar a imediata retomada do curso do processo penal nº 2002.83.00.006661-5.

Sustenta, inicialmente, a competência do Presidente deste Tribunal para apreciar a medida, aduzindo ao depois sobre a presença dos seus pressupostos autorizadores. A aparência de seu bom direito a vislumbra na probabilidade do conhecimento e do provimento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, considerando a impropriedade da via eleita (*habeas corpus*) para trancamento da ação penal, com fundamento na ausência de justa causa, sem o exame de provas, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 81.611/DF, foi claro ao afirmar a ausência de constituição definitiva de crédito tributário como fator que inviabiliza, por falta de justa causa, apenas as ações penais por crimes fiscais de resultado. A urgência do provimento postulado a aponta na necessidade de se restabelecer o curso da ação penal sobrestada, sob pena da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva e de prejudicar os trabalhos de combate à criminalidade organizada.

Deferido o pedido liminar para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto (fls. 311-314).

Contestação e pedido de reconsideração da decisão liminar que determinou o efeito suspensivo ao recurso especial. Sustentam os requeridos que inexistem os pressupostos autorizadores da cautelar. A aparência de bom direito inexistente, segundo aduzem, ante a impossibilidade de conhecimento e processamento do recurso especial por falta de interesse de agir do Ministério Público, haver pretensão de reexame do conjunto probatório, ausência de identidade entre paradigma e decisão recorrida e deficiência no cotejo analítico; enquanto o perigo da demora não existe porquanto ausente o fundado receio de lesão grave e irreparável (fls. 320-364).

Requerimento para que seja apreciado o pedido de reconsideração (fls. 420-422).

Ratificação da contestação pelo requerido Antônio Henrique Vieira Nunes (fl. 466) e pelos requeridos Eduardo Manoel Priori Ferreira da Silva e Evandro Antônio do Nascimento (fls. 469-470).

Requerimento para suspensão da decisão agravada e para remessa dos autos para o Superior Tribunal de Justiça, considerando ter sido realizado o juízo de admissibilidade do recurso especial (fls. 472-477).

Impugnação à contestação pelo Ministério Público Federal (fls. 491-513).

Telegrama do Superior Tribunal de Justiça comunicando o deferimento de tutela de urgência para suspender os efeitos da decisão desta Presidência que concedeu efeito suspensivo ao recurso especial do Ministério Público Federal nos autos do *Habeas Corpus* nº 108.328/PE (fl. 582).

Na fl. 600 dos autos, o Ministério Público Federal, em manifestação subscrita pelo Procurador Regional da República Fábio George Cruz da Nóbrega, informa a comprovação do falecimento dos requeridos Maria Silza Pereira de Lavor e de Rodrigo Arce e pugna pela extinção da ação sem resolução de mérito, considerando que o Superior Tribunal de Justiça suspendeu os efeitos da decisão exarada por esta Presidência.

Por derradeiro, os requeridos pedem que seja apreciada a petição de fl. 600, do Ministério Público Federal, com a consequente determinação do arquivamento do feito (fls. 659-661).

É o relatório.

VOTO

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

Examino, primeiramente, a competência do Presidente deste Tribunal para julgar a presente causa, em virtude de o recurso especial ao qual o requerente da cautelar pretende agregar efeito suspensivo já ter sido admitido e os autos terem sido remetidos ao Superior Tribunal de Justiça, qual denota o resultado de consulta ao sistema informatizado deste tribunal.

A competência do Presidente de Tribunal *a quo* para conhecimento e julgamento de incidente a recurso especial tem como limite o juízo de admissibilidade do respectivo recurso, à luz do artigo 16, inciso XVI, letra *g*, do Regimento Interno desta Corte, que dispõe ser atribuição do Presidente decidir sobre a admissibilidade de recurso especial e de recurso extraordinário, resolvendo os incidentes que se suscitarem.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal já pacificou a questão ao editar as Súmulas 634 e 635 que, não obstante se reportarem a recurso extraordinário, denotam a diretriz adotada pela Corte Suprema acerca do tema, que não destoam do entendimento aqui esposto:

Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem. (Súmula 634).

Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade. (Súmula 635).

Na esteira deste entendimento, note-se, ainda, a ementa do acórdão proferido na Reclamação 1.509/PB:

MEDIDA CAUTELAR SUSPENSIVA DOS EFEITOS DA DECISÃO RECORRIDA: DEMARCAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA CONCEDÊ-LA, ANTES E DEPOIS DA ADMISSÃO DO RECURSO.

1. Durante algum período, o STF reservou-se, com exclusividade, a competência para decidir do pedido de medida cautelar suspensiva dos efeitos de decisão sujeita a recurso extraordinário, subordinando, porém, a sua admissibilidade a já ter sido o RE admitido (cf. RCL 416, 3.12.92, Celso, RTJ 144/718).

2. Essa orientação, contudo – com vistas a obviar os riscos da demora entre a interposição e o juízo de sua admissibilidade –, passou a admitir que, nesse intervalo, o pedido cautelar fosse decidido pelo Presidente do Tribunal *a quo* (cf. voto Pertence, no AgRPet 535, 1ª T, Moreira, 11.02.92, RTJ 140/756; Pet 1872, 1ª T, Moreira, 07.12.99, DJ 14.04.00; AgRPet 1903, Pleno, Néri, 01.03.00, Inf. STF 180).

3. O poder cautelar do Presidente do Tribunal pode exercer-se até o despacho de admissão do RE, inclusive; mas finda com a prolação desse, que devolve ao STF a jurisdição sobre o caso, nela incluída a de conceder medida cautelar da eficácia da decisão futura do recurso extraordinário (RISTF, art. 21, IV e V).

4. Uma vez admitido o RE – com o que se instaura o poder cautelar do STF com relação a ele –, usurpa-lhe a competência a decisão do Presidente do Tribunal *a quo* que, re-considerando despacho anterior de indeferimento, confere efeito suspensivo ao recurso: para preservá-la, julga-se procedente a reclamação, sem prejuízo de que o pedido seja endereçado ao STF, se for o caso, mediante petição instruída com as peças necessárias.²

Desta orientação, não discrepa o Superior Tribunal de Justiça, 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 N°S 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 n°s 634 e 635 do STF. Precedentes.

2 - *Omissis*.

3 - Agravo regimental desprovido.³

² Ementa de ac., por maioria, do STF - Pleno, aos 21/06/2000, na Rcl 1509/PB, Rel. p/Acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, pub. DJ06/09/2001, p. 00009.

³ Ementa de ac., un., da Quarta Turma do STJ, aos 12/12/2006, no AGRMC 11961/RJ, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, pub. DJ 16/04/2007, p. 200.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal decidiu, mais recentemente:

1. Trata-se de ação cautelar que tem por objeto a concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário pendente de juízo de admissibilidade perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região - TRF5.

2. A medida liminar foi deferida pela Presidência daquela Corte (fls. 282/312). Contra essa decisão foi interposto agravo regimental. O recurso extraordinário da União foi admitido antes da apreciação do agravo regimental e do mérito da ação cautelar.

3. É a síntese do necessário. Decido.

4. O TRF5 determinou a remessa dos autos de medida cautelar de sua competência a esta Corte.

5. O recurso de agravo regimental interposto contra a decisão de fls. 282/312 permanece sem julgamento. **Ainda que o recurso extraordinário da União tenha sido admitido, o TRF5 continua competente para a apreciação da presente ação cautelar e de seus incidentes**, ainda que para extingui-la por perda superveniente de objeto.

Restituam-se os autos ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

[...].⁴

In casu, à época da propositura da ação cautelar e da apreciação da liminar, pendia de juízo de admissibilidade o recurso especial interposto, razão pela qual a Presidência deste Tribunal tinha competência para apreciar o pedido liminar e tem para julgar a ação cautelar, ainda que seja para extingui-la sem julgamento de mérito.

Com efeito, tal como requereu o Ministério Público Federal, impõe-se a extinção do processo sem julgamento de mérito.

É que o Superior Tribunal de Justiça já deferiu tutela de urgência suspendendo os efeitos da decisão exarada por esta Presidência, qual se verifica nos autos (fl. 582).

⁴ Decisão do STF, aos 27/03/2007, proferida pelo Min. EROS GRAU, na Ação Cautelar nº 1.607-0-AL, pub. DJ de 02/04/2007. Os negritos não estão no original.

Neste sentido, implica na perda superveniente do objeto desta ação e na falta de interesse processual superveniente do titular da ação, o que torna inócuo suspender-se o feito, na forma do artigo 265, I, do Código de Processo Civil, em face do falecimento de dois dos requeridos.

Com tais considerações, julgo extinto o processo sem julgamento de mérito (CPC, artigo 267, VI).

É como voto.

MEDIDA CAUTELAR (PRESIDÊNCIA) Nº 2.544-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Requerentes: MARIA DE FÁTIMA DA SILVA, JOÃO JOSÉ REBOUÇAS, ÁUREA RÉGIA ROCHA REBOUÇAS, MARIA MARLI TOMÉ PRACIANO, EXPEDITO TOMÉ DE SOUSA E FRANCISCA ELIETE DE SOUSA
Requerido: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Repte.: PROCURADORIA DO INCRA
Advs./Procs.: DRS. EUGÊNIO DUARTE VASQUES E OUTRO (REQTES.)

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA PROFERIDA EM PROCESSO DE CONHECIMENTO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. ÓBICE PREVISTO NO § 3º DO ART. 542 DO CPC. NÃO CONFIGURADA FUMAÇA DO BOM DIREITO. MEDIDA CAUTELAR QUE SE JULGA IMPROCEDENTE.

- No caso em análise, importa registrar que o processo originário (ação de desapropriação) transitou em julgado em maio de 1993 e a ação anulatória, por sua vez, apenas foi ajuizada em 2005.

- Além de configurada a incidência da coisa

julgada material, não se pode olvidar que os eventuais possuidores dos imóveis rurais localizados na área em conflito não serão prejudicados, visto que o seu alegado direito sub-roga-se no valor depositado a título de indenização da terra e benfeitoria em razão da desapropriação levada a efeito pelo INCRA.

- Pedido cautelar que se julga improcedente.

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 maioria, julgar improcedente a medida cautelar ajuizada, nos termos do voto do Relator.

Recife, 28 de janeiro de 2009 (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 Maria de Fátima da Silva e outros em face do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, a fim de que, ultrapassando o óbice estatuído no § 3º do art. 542 do CPC, seja atribuído efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto, com fundamento no art. 102, III, a e § 3º, da Magna Carta, contra acórdão da Segunda Turma deste Tribunal, nos autos da AGTR nº 67.842/CE.

Os requerentes alegam que os recursos excepcionais, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução, ficarão retidos nos autos e somente serão processados se os reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final ou para as contra-razões, por força do disposto no § 3º do art. 542 do CPC.

Aduzem que aguardar o trâmite processual previsto no § 3º do art. 542 do CPC ensejaria perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, no que toca aos imóveis que se encontram na sua posse.

Ressaltam, ainda, que, embora sejam legítimos detentores de parte da área expropriada, não teriam sido devidamente citados para compor a lide nos autos do processo de desapropriação.

Outrossim, destacam o aspecto social que circunda a lide, consubstanciado no fato de que 200 famílias estão instaladas na área em litígio, o que deixaria inócua a sentença final proferida nos autos da ação anulatória nº 2005.81.00.006808-6, acaso julgada favorável aos requerentes, dado que a referida área estaria ocupada em razão do Projeto de Assentamento previsto para aquele local.

Por sua vez, o *periculum in mora* reside na circunstância de que “levada a cabo a desapropriação, com a expulsão dos autores de suas casas, estas seguramente serão destruídas, sendo o processamento regular do recurso matéria que se impõe” (v. fl. 04).

Liminar indeferida às fls. 491/494.

Às razões de sua contestação, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA argüiu que não estariam presentes os requisitos autorizadores da medida cautelar.

Instado o MPF para se manifestar, por força do § 2º do art. 18 da Lei Complementar nº 76/93, ofereceu parecer opinando pelo indeferimento da medida cautelar (v. fls. 534/537).

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 interposto recurso especial (v. fls. 33/55) e estando este pendente 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 apontando 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 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,

¹ Ementa de ac., un., da Quarta Turma do STJ, aos 12/12/2006, no AGRMC 11961/RJ, Rel.: Min. MASSAMI UYEDA, pub. DJ 16/04/2007, p. 200.

quais sejam: a aparência do bom direito e o perigo na mora da tutela jurisdicional.

No escopo de aquilatar a existência da fumaça do bom direito, verifica-se que a ação de desapropriação nº 00.0044191-0, cuja sentença transitou em julgado em maio de 1993, vale dizer, há mais de 15 (quinze) anos, teve como objeto os imóveis rurais “Sabiaguaba” e “Córrego do Roncador”, com área total de 864,5536 ha (oitocentos e sessenta e quatro hectares, cinqüenta e cinco ares e trinta e seis centiares), situados no Município de Amontada - CE, declarados de interesse social para fins de reforma agrária, através do Decreto nº 94.033/87, da Presidência da República.

Por sua vez, a ação anulatória nº 2005.81.00.006808-6, a que se refere o AGRT 67.842/CE, apenas foi ajuizada em 2005, quando já ultrapassados 12 (doze) anos do trânsito em julgado da ação de desapropriação referida.

A este respeito, por oportuno, trago a lume excerto do voto condutor do AGTR 67.842-CE, da Segunda Turma deste Regional, que, de forma precisa, dirimiu a *vexata quaestio* nos seguintes termos:

Penso que, em situações como a que ora se apresenta, há que se ponderar os princípios nela envolvidos: de um lado, tem-se uma sentença transitada em julgado, em ação de desapropriação, em que foi determinado o bloqueio dos valores devidos a título de indenização, em razão das dúvidas existentes sobre a titularidade do domínio do imóvel, e de outro lado, encontram-se diversas pessoas que alegam ter residência no imóvel expropriado e não foram citadas para participar da Ação de Desapropriação, tendo ajuizado ação anulatória da referida desapropriação.

Observa-se que, no caso em exame, deve prevalecer a autoridade da coisa julgada incidente sobre a sentença proferida na ação de desapropriação, máxime porque tal decisão teve o cuidado de manter bloqueados os valores da indenização até que se chegasse a uma conclusão acerca da titularidade da área expropriada, não havendo qualquer prejuízo aos proprietários do imóvel.

Ademais, tendo a sentença na ação expropriatória transitado em julgado, é direito do INCRA a imissão na posse do imóvel, posto que já foi depositado o montante da indenização.

Dessa forma, o eventual direito dos ora agravantes sub-roga-se na indenização da desapropriação, não lhes assistindo o direito de permanecerem no imóvel já desapropriado por sentença transitada em julgado.

Sob esta perspectiva, em exame de cognição sumária, conquanto seja consabido que, via de regra, as ações envolvendo conflito fundiário ensejam uma indesejável situação de tensão social, não se pode olvidar que, no particular, existe uma sentença proferida nos autos de desapropriação transitada em julgado há mais de 15 (quinze) anos (maio de 1993).

Com efeito, além de configurado o óbice da coisa julgada material, verifica-se que os eventuais possuidores dos imóveis rurais localizados na área em conflito, a toda evidência, não serão pegos de surpresa com a determinação judicial para sua retirada.

Demais disso, é ponto pacífico nos autos que o INCRA já teria adimplido com sua obrigação no que toca ao depósito do montante da indenização, não sendo razoável, nem conforme os princípios norteadores da segurança jurídica, conferir os efeitos pretendidos pelos ora requerentes, em razão do ajuizamento da ação anulatória nº 2005.81.00.006808-6, intentada, repise-se, após o transcurso de 15 (quinze) anos do trânsito em julgado da ação de desapropriação referida, no sentido de impedir que o INCRA destine as terras expropriadas à implantação do Projeto de Assentamento na região.

Por outro lado, vale registrar que o eventual direito dos ora requerentes sub-roga-se no valor depositado a título de indenização da terra e benfeitorias em razão da desapropriação levada a efeito pelo INCRA.

Ainda em exame superficial da questão, não se assenta em razoável fundamento atribuir ao INCRA responsabilidade pelo descumprimento do prazo trienal, previsto no art. 16 da Lei nº 8.629/93, para destinação da respectiva área aos beneficiários da reforma agrária, quando a ele o mesmo não deu causa, visto que tal ocorreu motivado pela posse de terceiros, bem como pela demora proveniente das dificuldades inerentes à própria máquina judiciária.

Destarte, dentro do limite processual imposto à análise do direito material discutido em sede de providência cautelar, verifica-se que a pretensão do requerente não se encontra revestida da fumaça do bom direito.

Assim, neste juízo de prelibação, considerando que a con-

cessão de medida liminar pressupõe a coexistência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a inexistência do primeiro requisito torna despicienda a análise do segundo, motivo pelo qual indefiro a medida requestada.

Sob esta perspectiva, à míngua de fundamentação relevante a justificar a alteração do entendimento esposado na decisão supra, julgo improcedente a medida cautelar ajuizada.

É como voto.

REVISÃO CRIMINAL Nº 58-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Requerente: WEBER COELHO TEIXEIRA
Requerido: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA: PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. GREVE DA DEFENSORIA PÚBLICA. DESIGNAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. SÚMULA 708/STF. INAPLICABILIDADE. ACÓRDÃO. DEFENSOR PESSOALMENTE INTIMADO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- *Greve dos Defensores Públicos da União que, por seu prolongamento, tornou necessária a designação de uma defensora dativa para representar o réu no julgamento da apelação, para o qual foi ela previamente intimada.*
- *Desnecessidade de se intimar o acusado para constituir novo patrono, quando aquele, beneficiário da assistência judiciária gratuita, não poderia fazê-lo. Inaplicabilidade da Súmula 708 do STF.*
- *Comprovação de que, após o julgamento, a advogada dativa foi pessoalmente cientificada do acórdão, ficando afastada necessidade de intimação pessoal do réu. Precedentes.*
- *Improcedência do pedido.*

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar improcedente o pedido, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 7 de janeiro de 2009 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de revisão criminal requerida por Weber Coelho Teixeira, representado pela Defensoria Pública da União, na qual o mesmo alega ter sido condenado, por suposta violação ao art. 171, § 3º, do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, sendo a primeira substituída por 2 (duas) penas restritivas de direitos.

Prossegue afirmando que, em face dessa decisão, foi interposta apelação pela Defensoria Pública da União, que, no entanto, foi apreciada por esta Corte sem que aquele órgão fosse pessoalmente intimado da data em que se realizaria a sessão de julgamento.

Salienta que o acórdão já transitou em julgado, conforme atesta certidão anexa, e que os autos foram remetidos à 12ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará, sendo designada audiência para o fim de esclarecer o apenado sobre as condições da pena imposta.

No tocante ao cabimento da ação, assevera que o caso vertente se enquadra no preceito do inciso I do art. 621 do CPP, que dispõe ser admissível a revisão dos processos findos “*quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei ou à evidência dos autos*”. A hipótese, aqui, seria de contrariedade a texto expresso de lei, mais especificamente aos ditames dos arts.

5º, LV, da Constituição Federal; 370, § 4º, do Código de Processo Penal; e 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50 (Lei de Assistência Judiciária).

Nesse contexto, aduz, com base em jurisprudência, que, a teor dos dispositivos supra, a intimação pessoal do defensor público ou dativo deve ser pessoal, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa.

Assim, em face do estado de greve dos Defensores Públicos da União, foi nomeada uma defensora dativa para representá-lo no julgamento da apelação e nas fases ulteriores do processo, até que as atividades daquela instituição voltassem ao normal. Contudo, somente a defensora foi intimada para a sessão de julgamento.

Argumenta que deveria ter sido intimado pessoalmente para, querendo, constituir um novo advogado, e somente diante de sua inércia poderia o relator ter nomeado um defensor dativo, conforme prevê a Súmula 708 do STF.

No mais, questiona o fato de também não ter sido intimado pessoalmente para a ciência do acórdão proferido naquele julgamento. Novamente, somente a defensora dativa foi intimada, e não interpôs qualquer recurso, tendo tal decisão passado em julgado. A Defensoria Pública da União, a seu turno, somente foi intimada quase seis meses após o trânsito em julgado do acórdão.

Postula, ao final, as seguintes providências:

a) liminarmente, a suspensão do processo de execução da pena até o julgamento da presente ação, determinando-se ao Juízo da 12ª Vara da Seção Judiciária do Ceará que se abstenha de praticar qualquer ato que venha a impor o cumprimento da pena estabelecida na sentença;

b) no mérito, pede a anulação do acórdão com que foi julgada a apelação, dando-se continuidade ao feito a partir da intimação, para nova sessão de julgamento, da Defensoria Pública da União que atua junto a este Tribunal, ou, quando não, que seja anulado o trânsito em julgado do acórdão, com a conseqüente intimação pessoal da mesma Defensoria, para a devida ciência do julgado.

A liminar foi indeferida na decisão de fls. 174-178.

Por fim, a douta Procuradoria Regional da República opinou, em seu parecer, pela improcedência do pedido (fls. 181-183).

É o relatório.

Submeti o feito à apreciação da douta Revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

O exame mais aprofundado do caso, reforçado pelos argumentos expendidos pelo ilustre integrante do *Parquet*, somente endossa as impressões colhidas por ocasião da decisão com que foi indeferida a liminar.

Não desconheço o teor da Súmula 708 do egrégio STF, que dispõe ser “*nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro*”. Considero-a, contudo, inaplicável ao caso dos autos, conforme passo a explicar.

Consta que o réu estava sendo beneficiado, desde o início, pelo serviço de assistência judiciária gratuita, prestado pela Defensoria Pública da União/Núcleo do Ceará; responsável, inclusive, pelo recurso de apelação.

O recurso tramitava normalmente nesta Corte quando, em razão do prolongamento da greve dos Defensores Públicos da União, fez-se necessária a designação de uma defensora dativa para representar o réu no julgamento da apelação, tendo ela sido devidamente intimada da respectiva data (cf. fls. 135-141).

Ora, se o réu não dispunha de recursos para contratar um advogado de sua escolha, tendo de ser representado pela Defensoria Pública da União, resta evidente que, em face da greve dessa instituição, não haveria lógica em o relator intimá-lo para constituir outro patrono, já que o recorrente, “pobre na forma da lei”, não poderia mesmo fazê-lo.

Por outro lado, não seria razoável a paralisação do processo por tempo indeterminado, à espera de uma indefinida solução para a greve dos defensores.

A hipótese, portanto, não se enquadra nos termos da citada súmula do STF, conforme já havia salientado ao indeferir a liminar.

No tocante à questão da intimação do acórdão e o conseqüente trânsito em julgado, também não procede a alegação de que teria ocorrido cerceamento de defesa, quando se verifica que o julgado foi publicado no *DJU* de 6.9.2006, conforme a certidão de fl. 131, após o que a nobre defensora dativa foi devidamente intimada de seu teor, como o evidencia o mandado de fl. 152.

Tais providências afastam a necessidade de intimação pessoal do réu, o que, aliás, resta assentado por arestos de nossos tribunais superiores.

Do colendo STJ, temos os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS, TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE E PORTE ILEGAL DE ARMA. APELO DA ACUSAÇÃO. PROVIMENTO. **ACÓRDÃO. RESCINDIBILIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU E DO SEU DEFENSOR CONSTITUÍDO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA AMPLA DEFESA. ORDEM DENEGADA.**

1. “(...) 2. Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Excelso Supremo Tribunal Federal, firmou já entendimento no sentido de que **a intimação pessoal a que se refere o artigo 392 do Código de Processo Penal só tem aplicação em se tratando de decisão de primeiro grau, não alcançando, pois, as intimações em segundo grau e nas instâncias superiores.**

3. O parágrafo único do artigo 609 do Código de Processo Penal e o inciso III do artigo 506 do Código de Processo Civil, este com incidência subsidiária na dimensão processual penal, **fazem da publicação das conclusões do acórdão na imprensa oficial o instrumento de sua intimação ao réu e ao seu advogado constituído”.** (HC 17.437/SP, da minha Relatoria, *in DJ* 4/2/2002).

2. Ordem denegada.

(HC 24.238/SP, rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, 6ª Turma, *DJ* 19.12.2003, p. 625) - destacamos.

RHC. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. **INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE INTIMAÇÃO DO RÉU PARA O ACÓRDÃO DA APELAÇÃO.** ALEGAÇÃO

DE CERCEAMENTO DE DEFESA. MATÉRIA CARACTERÍSTICA DA REVISÃO CRIMINAL.

No âmbito do julgamento dos colegiados, esta Corte tem entendido que a intimação da decisão por eles proferida dá-se medida a publicação no órgão de imprensa oficial, não servindo ao caso a imposição do art. 392 do CPP. (Precedentes).

A alegação de cerceamento de defesa, quando importar na análise de todo o procedimento criminal, a fim de averiguar eventual prejuízo, reclama a cognição plena da revisão criminal, cuja extensão não comporta a via estreita do *habeas corpus*.

Recurso desprovido.

(STJ, 6ª T., RHC 23.118/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ 16.6.2008, p. 1) - destacamos.

Também o egrégio Supremo Tribunal Federal registra decisões nesse sentido, a exemplo do acórdão abaixo transcrito, da relatoria do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE:

Sentença condenatória (acórdão): intimação pessoal (C. Pr. Pen., art. 392): exigência restrita às sentenças do Juiz singular, uma vez que, com relação, independentemente da L. 9.271/96, o C. Pr. Penal já emprestara efeitos de intimação à respectiva publicação (C. Pr. Penal, art. 609, parag. único, 619 e 632, depois revogado).

(STF, 1ª T., HC 77.071/SP, DJ 21.8.98) - destacamos.

Vogando no mesmo entendimento, merece registro este outro julgado, que teve como Relator o Min. SYDNEY SANCHES:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO: JULGAMENTO. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. INTIMAÇÃO DOS RÉUS E SEU DEFENSOR PELA IMPRENSA OFICIAL: VALIDADE (ART. 370 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE MANDADO DE PRISÃO. HABEAS CORPUS.

1. A intimação pessoal ao réu é exigível apenas quando se trate de sentença condenatória de 1º grau (art. 392, I, do Código de Processo Penal). Não, assim, quando se cuide de acórdão, que, julgando apelações da Defesa e do Ministério Público, provê, em parte, apenas o recurso deste último, para condenar

um dos réus e aumentar a condenação do outro, como ocorreu no caso.

2. A intimação do acórdão faz-se apenas pela simples publicação de sua conclusão no órgão oficial de imprensa, mencionados os nomes das partes e de seus advogados, nos termos do art. 370 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei n° 8.701, de 1° de setembro de 1993.

3. Sendo unânime o acórdão da apelação e não tendo efeito suspensivo os recursos eventualmente cabíveis (Extraordinário e Especial), a ordem de prisão poderia ter sido imediata, como foi.

4. HC indeferido.

(STF, 1ª T., HC 75.536/MG, DJ 21.11.97) - destacamos.

Assim, restando assentado que a advogada dativa foi devidamente cientificada do teor do acórdão, descabida se mostra a alegação de cerceamento de defesa, razão pela qual julgo improcedente o pedido revisional.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA

4758-RN	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	13
---------	---	----

AGRAVO DE INSTRUMENTO

88338-CE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	25
89580-AL	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	29
90758-PE	Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado)	35

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA

102358-PB	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	45
-----------	---	----

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

1341-PB	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	53
---------	---	----

APELAÇÃO CÍVEL

366687-PB	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	59
413436-CE	Rel. Des. Federal Paulo Machado Cordeiro (Convocado)	64
417221-PE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	73
427783-SE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	89
428611-RN	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	102
432206-AL	Rel ^a . Des ^a . Federal Joana Carolina Lins Pereira (Convocada)	113
436518-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	119
453541-AL	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	136
453642-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	142
455457-CE	Rel. Des. Federal Cesar Carvalho (Convocado).	149
456179-PE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	164
460793-PE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	173
460924-PE	Rel ^a . Des ^a . Federal Margarida Cantarelli	178

APELAÇÃO CRIMINAL

5575-PE	Rel. ^a . Des. ^a . Federal Margarida Cantarelli	187
5645-PE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	196

HABEAS CORPUS

3434-RN	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	202
---------	--	-----

MANDADO DE SEGURANÇA

101831-RN	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	219
-----------	--	-----

MEDIDA CAUTELAR (PRESIDÊNCIA)

2453-PE	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho.	229
2544-CE	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho.	236

REVISÃO CRIMINAL

58-CE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	242
-------	---	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

A

Trbt	Ação anulatória. Médicos, associados das UNIMED'S, que prestam serviços diretamente à UNIMED Norte/Nordeste (cooperativa de cooperativas). Incidência da contribuição social prevista na Lei Complementar nº 84/96, art. 1º, I, sobre as remunerações auferidas. Lançamento mantido. AC 366687-PB 59
PrCv	Ação cautelar. Recurso especial. Pedido de efeito suspensivo. Recurso admitido. Processo principal encaminhado ao STJ. Tutela de urgência deferida pelo STJ para suspender os efeitos da decisão da presidência do TRF/5ª Região. Perda superveniente do objeto da cautelar requerida perante o TRF/5ª Região. Falta de interesse processual superveniente. Processo extinto sem julgamento de mérito. MCPR 2453-PE 229
Adm	Ação cautelar incidental de sequestro e quebra de sigilo bancário e fiscal. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Índícios suficientes de autoria e materialidade de crime de fraude ao procedimento licitatório a embasar a fumaça do bom direito no pedido acautelatório de sequestro de bens. AC 455457-CE 149
PrCv	Ação rescisória. Ação civil pública. Pensão por morte. Menor sob guarda. Interesse individual homogêneo. Legitimidade do Ministério Público Federal. Proteção ao menor. Ausência dos pressupostos do CPC, art. 485. Improcedência da rescisória. AR 4758-RN 13

PrCv Ato do Presidente do Tribunal. Precatório. Sequestro de valores. Possibilidade. ADCT, art. 78, § 4º. AgRg em MSPL 102358-PB .. 45

PrCv e Prev Auxílio-doença. Pedido indeferido pelo INSS com base em perícia médica contrária. Segurado portador de AIDS cuja incapacidade laborativa restou demonstrada por diversos atestados médicos, exames complementares e boletins de atendimento ambulatorial expedidos por hospital especializado em doenças infecto-contagiosas, corroborados por prova testemunhal. Suficiência. Direito ao auxílio-doença com efeitos retroativos à data do requerimento administrativo. APELREEX 1341-PB 53

C

Ct e Cons Caixa Econômica Federal. Empresa pública federal. Ação anulatória de multa aplicada pelo PROCON. Competência do PROCON para fiscalizar as relações de consumo que resulta do poder de polícia. AC 453541-AL 136

Adm, Ct e Amb Criação de unidade de conservação. Omissão do poder público. Zona de amortecimento em área urbana consolidada. Impossibilidade. Manutenção da proibição de concessão de licenciamento restrita à área do ecossistema intocado, preservando a integridade do Parque Ecológico do Cocó, em Fortaleza. AgTr 88338-CE 25

D

- Ct, Adm e PrCv Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Inexistência de remessa obrigatória. Apelação de terceiros interessados (posseiros). Despacho de recebimento da apelação. Agravo retido. Incabimento. Justa indenização. Acordo celebrado e homologado em juízo. Laudo de vistoria bem fundamentado. Desocupação da área por arrendatária. Imissão provisória deferida anteriormente. AC 436518-PE 119

E

- Trbt Embargos à execução fiscal. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Prazo decadencial de constituição do crédito. Termo *a quo*. Primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, se não houve antecipação do pagamento. Inaplicabilidade do prazo previsto na Lei nº 8.212/91, art. 46. Inconstitucionalidade. Férias. Incidência de contribuição previdenciária. CDA. Presunção de liquidez e certeza. AC 417221-PE 73
- PrCv Embargos de terceiro. Execução fiscal. Imóvel penhorado. Pagamento de débito atrelado ao “escândalo da mandioca”. Alienação anterior ao início da execução fiscal, mas posterior à data da constituição da dívida. Configuração de fraude à execução. Validade da penhora. AC 460793-PE 173
- PrCv Embargos de terceiro. Nulidade da penhora registrada em cartório tido como incompetente que não se sustenta. Preferência

	do crédito tributário. Divergência de preço do bem objeto dos embargos que se tem como afronta ao interesse público. AC 428611-RN 102
Pen	Estelionato. Aposentadoria por invalidez. Retorno voluntário ao trabalho. Continuação de percepção do benefício previdenciário. Não comunicação ao INSS do retorno à atividade laborativa. ACr 5575-PE 187
Pen e PrPen	Estelionato. Pena privativa de liberdade. Substituição por penas restritivas de direitos, ainda que verificada circunstância judicial desfavorável ao réu. Cabimento. Princípio da suficiência. ACr 5645-PE 196
Pen e PrPen	Execução penal provisória. Réu estrangeiro. <i>Habeas corpus</i> manejado contra decisão que indeferiu progressão ao regime semiaberto. Sentença condenatória. Prolação. Trânsito em julgado. Inocorrência. Crimes de lavagem de dinheiro, casa de prostituição, quadrilha armada e posse irregular de arma de fogo. Decreto de expulsão e manutenção da prisão preventiva (garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal). Requisitos subjetivos à concessão do regime de semiliberdade. Não preenchimento. Periculosidade e elevado grau de culpabilidade. Ordem denegada. HC 3434-RN 202
I	
Trbt	Imposto de renda. Abono de permanência. Inexistência de hipótese de incidência da exação. Verba de natureza indenizatória. Presunção da necessidade de continuidade da prestação do serviço público em face

do princípio da eficiência da Administração Pública. AC 456179-PE 164

Cv e PrCv Interdito proibitório. Audiência prévia da União e da Funai. Necessidade de simples oitiva das pessoas jurídicas de direito público. Intimação pessoal do advogado para contrarrazões. Desnecessidade. Comprovação da posse indireta por escritura pública de compra e venda e recibo do ITR. Processo de demarcação de terras indígenas não concluído. Garantia de posse tranqüila até a conclusão da demarcação. AgTr 89580-AL 29

M

Pen Mandado de segurança. Concessão de efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto contra ato judicial que concedera liberdade provisória. Ausência de direito líquido e certo. MSTR 101831-RN 219

PrCv Medida cautelar. Recurso extraordinário interposto contra decisão interlocutória proferida em processo de conhecimento. Atribuição de efeito suspensivo. Óbice previsto no CPC, art. 542, § 3º. Fumaça do bom direito não configurada. MCPR 2544-CE .. 236

Cv Mútuo do SFH. Contrato quitado. Revisão. Possibilidade. Entendimento consolidado do colendo STJ. Anulação da sentença. Requisitos do CPC, art. 515, § 3º, satisfeitos. Julgamento imediato da lide pelo Tribunal. Cabimento. Taxa referencial. Legitimidade como indexador de correção monetária. Anatocismo. Momento de amortização. Restituição de indébito. AC 413436-CE 64

P

- Ct, Adm e PrCv Pedido de implantação e pagamento de pensão mensal. Legitimidade passiva *ad causam* da União e do Estado-Membro. Serviços de hemoterapia. Contaminação de infante pelos vírus HIV e HCV. Nexo de causalidade. Inversão do ônus da prova. Concessão de pensão. Antecipação de tutela. Possibilidade. AgTr 90758-PE 35
- Prev Pensão por morte. Perda da qualidade de segurado. Inocorrência. Situação de desemprego. Prova. Período de graça de 24 meses. Direito. Existência. AC 432206-AL 113

R

- Adm e PrCv Recurso adesivo. Matéria preclusa. Não conhecimento. Responsabilidade civil do Estado. Acidente de veículo provocado pela invasão de animal em rodovia federal. Responsabilidade objetiva. Danos estéticos. Não comprovação. Danos morais e materiais. Ocorrência. Nexo de causalidade demonstrado. Indenização. Direito. AC 427783-SE 89
- Trbt Regime aduaneiro especial. *Drawback* suspensão. Acondicionamento de produtos. Agregação de valor à mercadoria exportada. Não ocorrência. Inexistência de direito da recorrente ao favor fiscal do regime *drawback* suspensão para a importação. AC 460924-PE 178
- Cv Responsabilidade civil. Cancelamento dos poderes outorgados ao apelante para movimentação da conta bancária do seu genitor-outorgante. Revogação tácita do man-

dato, em virtude da juntada de nova procuração aos autos. Mero dissabor. Ausência de dano moral a ser reparado. AC 453642-PE 142

PrPen

Revisão criminal. Greve da defensoria pública. Designação de defensor dativo. Súmula nº 708/STF. Inaplicabilidade. Defensor pessoalmente intimado do acórdão. Nulidade. Inocorrência. Improcedência do pedido. RvCr 58-CE 242