

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

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

Número 79 - Maio/Junho - 2009

R. TRF 5ª Região, nº 79, p. 1-316, Maio/Junho - 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 - Doutrina	13
II - Jurisprudência	23
III - Índice Sistemático	305
IV - Índice Analítico	309

DOUTRINA

UNIÃO ESTÁVEL

Desembargador Federal Paulo Gadelha*

Senhores rotarianos.

Agora, dentro do espírito desta palestra, uma abordagem sobre união estável.

Remonta a tempos pré-históricos a união entre o homem e a mulher na construção da vida em comum.

É, pois, da condição humana o interagir entre os sexos.

Sem dúvida, fenômeno cultural inerente a todo segmento social, aqui e alhures.

No Brasil, o primeiro grande avanço em relação à dinâmica da legislação de família surgiu logo após a queda da Monarquia, em 15 de novembro de 1889, com a implantação da República.

É que, o Governo Provisório edita, no dia 24 de janeiro de 1890, o Decreto nº 181, cimentando, de forma definitiva, o casamento civil, liberando-o das exigências das normas canônicas.

A partir deste procedimento, abriram-se as perspectivas para a construção de um sóbrio, moderno, trepidante e mutável direito de família, embora, no meio do caminho, continuassem empecilhos prejudicando a formatação de um novo tempo no campo da norma familiar, espelhados, sobretudo, na manutenção do dogma constitucional que inibia, proibia e vetava, com o endosso dos pulpitos, a inserção do instituto do divórcio na legislação pátria.

Sabem todos – e não vai nisso nenhum segredo de Polichinelo – que o Brasil foi dos últimos países a abolir a cláusula de indissolubilidade do vínculo matrimonial.

* Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Fê-lo, é bom não esquecer, depois de titânica e hercúlea batalha, com o irresponsável argumento de que todas as grandes e civilizadas nações de todo o mundo, fazia tempo, já conviviam com o divórcio.

Assim, somente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, foi extirpado do ordenamento constitucional brasileiro o dogma da imutabilidade do vínculo matrimonial, aliás existente na legislação do direito canônico desde o Concílio Tridentino, em 1545.

Destarte, ante a inexorável realidade advinda, o legislador, forçado e/ou premido pelas circunstâncias, passou a mentalizar novas alternativas para reordenar a vida civil entre o homem e a mulher.

O papel da Constituição Federal de 1988 na formação da união estável

Indubitavelmente, a Lei Maior, promulgada no dia 5 de outubro de 1988, promoveu uma verdadeira revolução no campo da legislação de família, quando, pela dicção do § 3º, do artigo 226, enfatizou que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Da concisão definidora do novel instituto da união estável, a doutrina, em uníssono, a entende como aquela convivência pública, duradoura, afetiva e contínua entre o homem e a mulher, vivendo, como se casados fossem, sob o mesmo teto, solenizando de fato, uma família.

No seu conceituado livro – “Código Civil anotado” – 9ª edição, Saraiva, ano 2003, página 1183, a professora Maria Helena Diniz, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, ensina que “a união estável é a relação convivencial *more uxorio*, que possa ser convertida, ante ausência dos impedimentos do artigo 1521 do Código Civil, visto que as causas suspensivas arroladas no art. 1523 não impedem sua caracterização, e reconhecida como entidade familiar. Consiste numa convivência pública entre homem e mulher livres, contínua e duradoura, constituindo uma família”.

Para o Desembargador Antônio Elias de Queiroga, ex-presidente do Tribunal de Justiça da Paraíba, e professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba, no seu livro “Manual de Direito Civil (Direito de Família)”, Edições Ciências Jurídicas, página 197, “união estável é o relacionamento prolongado, notório, exclusivo, contínuo, entre um homem e uma mulher, com possibilidade legal de ser transformado em casamento. Equivale ao antigo concubinato puro”.

Depois, de forma pragmática, Álvaro Villaça Azevedo, no seu “Estatuto da família de fato”, observa que “a união do homem e da mulher, que se mostra como um acontecimento social, espontâneo, criando uma família, que reclama uma proteção da Ciência do Direito, por não ter surgido segundo as normas legais do casamento, mas com todas as condições de regularizar-se”.

Assim, da indiscrepante hermenêutica entre os civilistas, emergem os dois valores essenciais à lisura e legalidade da união estável.

Noutra ponta, surgem os impedimentos à vida em comum.

Impedimentos

Da leitura do texto encartado no artigo 1521, do Código Civil, emerge, com invulgar clareza, o elenco de impedimentos à vida em comum, no espírito e na prática da união.

Assim, estão proibidos de formalizarem a união estável:

a) ascendentes e descendentes, independente de que o parentesco seja civil ou natural;

b) afins em linha reta;

c) o adotante e quem foi cônjuge do adotando, bem como do adotado com quem o foi do adotante;

d) os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau;

e) o adotado com o filho do adotante;

f) as pessoas casadas;

g) o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Sóbrio o magistério do professor Álvaro Villaça de Azevedo, quando lembra que “a vigorar este último dispositivo de pré-legislação, dizia eu, estarão impossibilitados de manter a convivência em união estável os cônjuges separados de fato ou de direito (separação judicial). Aqui, verdadeiro golpe na história do instituto, porque esse preceito fazia, nesse caso, voltarem as consequências do concubinato puro, que é hoje a união estável”. (Comentários ao Código Civil. Coordenação: Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo. Editora Saraiva, 1ª edição, 2003, página 258).

Pressupostos da união estável

A Lei nº 9.278/96, conhecida como Lei dos Conviventes, na dicção do seu artigo 1º, define: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Por sua vez, o Código Civil, mais moderno, foi mas denso na definição de união estável, quando conceituou, no artigo 1723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Assim, ato de repercussão social, aberto, transparente, a formação da união estável pressupõe a existência de expedientes que lhe definem a sua estrutura.

Para ser tido como procedimento legalmente irrepreensível, valores ético-sociais são indispensáveis à sua tessitura.

Destartes, são o desenho deste tema para a sua validade:

a) Diversidade de sexo – o que pressupõe, como condição indispensável que união ocorra entre o homem e a mulher.

As uniões homoafetivas não se amoldam tecnicamente ao espírito e à materialidade da união estável

b) Publicidade – é pressuposto fundamental à vivência do interagir estável.

A presença constante do casal, as visitas públicas, tudo isso dá transparência no viver a nova situação.

Nada às escondidas. Tudo às claras, com a leveza e a assumida postura de um verdadeiro casal, cômico dos seus deveres com a sociedade.

União estável – efeitos patrimoniais

A Súmula 380, do Supremo Tribunal Federal é apodítica:

“Comprovada a existência de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Depois, outras conquistas foram deferidas aos companheiros.

É o caso, por exemplo, da política previdenciária.

Assim, o artigo 217, I, da Lei nº 8112/90, determina:

São beneficiários das pensões:

I – vitalícia:

a) *omissis*;

b) *omissis*;

c) o companheiro ou companheira designado que comprovou união estável como entidade familiar;

d) *omissis*;

e) *omissis*;

A Constituição Federal, no seu artigo 201, V, estatui:

Art. 201 – A Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei a:

V – pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge de companheiro e dependente.

Por outro lado, a Instrução Normativa nº 25, de 07 de junho de 2000, editada pelo Instituto Nacional de Seguridade Social, no seu artigo 3º, reza:

Art. 3º A comprovação da união estável e dependência econômica far-se-á através dos seguintes documentos:

I – declaração do Imposto de Renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;

II – disposições testamentárias;

III – declaração especial feita perante tabelião (escritura

pública declaratória de dependência econômica);
IV – prova de mesmo domicílio;
V – prova de encargos domésticos evidentes existência de sociedade ou comunhão dos atos da vida civil;
VI – procuração ou fiança reciprocamente outorgada;
VII – conta bancária conjunta;
VIII – registro em associação de classe, onde conste o interessado como dependente do segurado;
IX – anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;
X – apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada com sua beneficiária;
XI – ficha de tratamento em instituição de assistência médica da qual conste o segurado como responsável;
XII – escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome do dependente;
XIII – quaisquer outros documentos que possam levar à convicção do fato a comprovar.

Na mesma linha de amparo legal, o Decreto nº 3000, de 26 de março de 1999, que regulamenta o Imposto de Renda, no parágrafo 1º, II, do artigo 77, garante:

Art. 77 (...)

§ 1º - Poderão ser considerados como dependentes, observado o disposto no art. 4º, §§ 3º, e 5º, parágrafo único (Lei nº 9150, de 1995, art. 35):

II – o companheiro ou companheira, desde que haja vida em comum por mais de cinco anos, ou por período menor se da união resultou filho.

O artigo 793 do Código Civil e a proteção dos concubinos

Art. 793 – É válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava de fato.

O Desembargador Jones Figueredo Alves, no livro – Novo Código Civil comentado – coordenação do deputado Ricardo Fiúza, comentando o dispositivo invocado, doutrina: “Com o advento da Carta Magna de 1988, denominada pelo saudoso Ulysses Guimarães, ‘Constituição Cidadã’, é evidente que tais restrições ruíram por terra, em homenagem aos princípios constitucionais nela

albergados. Como ressaltado, foi no campo do Direito de Família, havendo incursionado com maior profundidade, veio de reclamar do codificador civil uma nova regulamentação, operando-se, de fato, as novas regras, com destaque marcante, no efeito da presente análise, para a seguinte linha inovativa: a família passou a ser reconhecida e protegida, independentemente do casamento (art. 226, *caput* e § 3º), muito embora a entidade familiar, oriunda da união estável, não alcance a qualificação jurídica inerente àquela relação”.

Uso do nome do companheiro e/ou companheira

Embora a Lei de Registro Público – Lei nº 6015/73 – seja anterior à Constituição de 1988, o companheiro e/ou a companheira, cada um pode usar o nome do(a) companheiro ou companheira.

Euclides de Oliveira, na sua obra – União estável: do concubinato ao casamento – antes e depois do Novo Código Civil, 6ª edição – Método, 2003, página 253, ensina: “Se a união estável, assim conceituada, possibilita mais extensos direitos (alimentos, herança e meação), além de permitir conversão em casamento, resulta claro que poderá, também, ensejar requerimento de acréscimo do nome do companheiro, ainda que não comprovada vida em comum por cinco anos. Faz lembrar o adágio: ‘Quem pode o mais, pode o menos”.

Com sua cultura, sobriedade e elegância intelectual, na abordagem dessa temática, o mestre Sílvio Rodrigues doutrina: “Uma vez concordando ambos os companheiros com a utilização por um do patronímico do outro, a questão deixa de ser relacionada a efeitos intrínsecos da relação (para a qual se exigiria legislação própria), passando a ser efeito exterior da união estável”.

E continua o professor Sílvio Rodrigues: “E como tal, efeito da relação observada a união estável perante o Estado e a sociedade, na amplitude desejada da norma constitucional, não se poderá negar o pedido de utilização do sobrenome do parceiro, formulado em conjunto pelos companheiros. E nessa linha, não mais se exigem os requisitos da lei nº 6015/73, nem tampouco se aplicam as restrições nela previstas”. (Direito Civil: direito de família, Saraiva, 2002, vol. 6, páginas 298 e 299).

Assim, senhores e senhoras rotarianos, em apertada síntese, é esta a visão que tenho de tão oportuno tema.

Realmente, o instituto da união estável é bela construção do direito pátrio, cimentado em dois valores fundamentais: o amor e a segurança jurídico-legal.

Muito obrigado.

Texto de palestra no Rotary Club do Recife, sobre o Novo Código Civil - Recife, 11/08/05.

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 5.529-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Parte Autora: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Partes Rés: CONSTRUTORA ESTRELA S/A, JOÃO BATISTA FUJITA E REJANE CARVALHO FUJITA
Advs./Procs.: DRS. ELIAS MENEZES DE AGUIAR E OUTROS (PARTE A)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. CESSÃO DE CRÉDITOS. ENGEA. LEGITIMIDADE ATIVA. CONSTRUÇÃO CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. CONTRATO. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. REPASSE DE VERBAS. SOBRES-TAMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CON-DENAÇÃO. OFENSA A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. ERRO DE FATO. NÃO CONSTATAÇÃO. DEPÓSITO PRÉVIO. REVERSÃO.

- Decisão rescindenda que condenou a CEF a indenizar a Construtora Estrela Ltda., João Batista Fujita e Rejane Carvalho Fujita em face do desfazimento – motivado por inadimplemento da instituição financeira – dos contratos de financiamento dos conjuntos Residencial Cruzeiro do Sul I e II e Residencial Nova Metrópole V, Setor A, bem assim ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

- Muito embora a ENGEA possa haver sucedido a Caixa Econômica Federal em determinados e controversos direitos creditícios, oriundos de relações contratuais travadas entre a CEF e seus clientes ou parceiros, isto não lhe retira a legitimidade para propor as ações rescisórias relativas às decisões judiciais proferidas nos processos em que figurou como parte, sobretudo quan-

do integra o pólo passivo da respectiva demanda executória.

- A omissão quanto a se comunicar o termo aditivo ao contrato em litígio, no curso da ação originária, não pode ser imputada apenas aos então autores, ora réus, mas igualmente à CEF, parte integrante do referido termo aditivo. O pleito não se alteraria com a inovação contratual, tampouco a defesa seria prejudicada por ela, justamente por essas razões, em nada tal comunicação modificaria a prestação jurisdicional. Erro de fato não configurado.

- Recurso apelatório interposto ainda antes do ato processual oficial de comunicação do julgamento dos embargos declaratórios, mas após ciência de decisão interlocutória proferida em data posterior àquele julgamento, ocasião em que a parte recorrente deu-se, tacitamente, por ciente do julgamento dos aclaratórios. Jurisprudência do STF, trazida pelo Ministério Público Federal, a considerar intempestivas as manifestações recursais prematuras, quais sejam, as anteriores às respectivas publicações dos decisórios recorridos nos órgãos oficiais. Matéria controvertida e de índole processual. Precedentes que se devem aplicar com cautela, tendo em vista a comumente denominada “política judiciária”, especificamente no tocante ao conhecimento dos recursos especiais e extraordinários interpostos antes do julgamento dos embargos declaratórios e desde que não ratificados após o julgamento. Precedentes do STJ flexibilizando o rigorismo da citada corrente (AEREsp - 492461/MG, Corte Especial, decisão: 17/11/2004, DJ data: 23/10/2006 pg: 00235, Relator Gilson Dipp). Alegação de intempestividade afastada, por não se reconhecer infringência, em sede de ação rescisória, a literal dispositivo do código de ritos no ato processual de conhecimento do re-

curso de apelação interposto antes do ato oficial de comunicação do julgamento.

- Equívoco na numeração de folhas a que se atribuiu, indevidamente, o cometimento de erro de fato pela decisão rescindenda, ao fazer menção ao número de folhas em que estaria consignada a primeira sentença, anulada, e não à sentença efetivamente recorrida. Argumento examinado com propriedade pelo órgão do Ministério Público Federal em seu parecer, do qual se transcreve: “Em que pese o Relatório (fls. 322/323) fazer menção à sentença anulada, o MM. Relator respaldou seu voto na Sentença válida. Não se pode dizer que a primeira influenciou na sua conclusão, até porque da análise de seu Voto, percebe-se que ao se reportar às razões de ambas as partes, contrapõe a fundamentação da Sentença válida. Além disso, o indigitado ‘erro’ não se adequa à exigência do § 1º do art. 485, do CPC”.

- Impróprio o argumento de que seria impossível a execução de sentença por haver condenado a CEF utilizando-se, para individualização dos valores, da UPFd. A unidade padrão de financiamento (UPF) ou unidade padrão de financiamento diária (UPFd) era o indexador utilizado pelos contratos firmados sob a égide do Sistema Financeiro de Habitação, não destoando desta regra o contrato então em litígio. Mesmo ao tempo do ajuizamento da ação originária (13 de março de 1994), ainda se encontrava em pleno uso o indexador. Perfeitamente possível a conversão da UPFd em moeda de curso forçado, pelo último valor oficial do indexador, e sua atualização, a partir daí.

- Ação originária a pugnar pela extinção dos contratos, exoneração da promovente de toda e qualquer obrigação assumida, inclusive de guarda e conservação do terreno e das construções

edificadas, extinção da fiança e condenação da Caixa à indenização pelos lucros cessantes e perdas e danos. Tendo sido acatados todos os pedidos, a parcial procedência a que se refere o dispositivo da sentença consignou apenas o não acolhimento de dois pontos, constantes da individualização dos valores relativos tão-só às perdas e danos, quais sejam: a) as despesas com empréstimos realizadas pela construtora para o prosseguimento das obras, durante a paralisação dos repasses; e b) os gastos com a guarda e conservação das edificações inacabadas e o terreno. Razoabilidade na condenação exclusiva da Caixa ao pagamento das verbas honorárias.

- Não apenas as relações jurídicas derivadas dos atos administrativos e contratos celebrados com a participação da Administração Pública, mas as próprias decisões do Tribunal de Contas da União podem ser submetidas ao Poder Judiciário para controle de legalidade, por ostentarem, também estas últimas, autêntica natureza administrativa. Muito embora possa haver racionalidade e acerto, do ponto de vista econômico e gerencial, no ato administrativo, de sobrestamento dos repasses das verbas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para cumprimento dos contratos semelhantes aos celebrados entre a autora e os réus, este ato, como os demais atos administrativos, pode ser submetido ao Poder Judiciário em face de lesão ou ameaça a direito.

- A ação rescisória é via excepcional e não se presta, como iterativamente reafirmado pela jurisprudência desta e. Corte, a substituir o manejo do recurso próprio, tampouco à reabertura da fase recursal, após o trânsito em julgado da decisão.

- Honorários advocatícios a serem suportados pela autora fixados, por maioria, em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

- Tendo em vista o desacolhimento dos pedidos constantes da inicial, e nos estritos termos legais, ou seja, desde que unânime o julgamento nesse sentido, defiro o pedido de reversão do depósito prévio em favor dos réus, condicionando a efetiva liberação do respectivo valor, outrossim, ao trânsito em julgado desta decisão.
- Ação rescisória improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória e, por maioria, fixar os honorários em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas na forma legal.

Recife, 7 de janeiro de 2009 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de ação rescisória, com pedido liminar, interposta pela Caixa Econômica Federal contra Acórdão da Terceira Turma desta Corte, relatado pelo Desembargador Federal Élio Siqueira, proferido nos autos da Apelação Cível nº 202199-CE.

O decisório rescindendo condenou a CEF a indenizar a Construtora Estrela Ltda., João Batista Fujita e Rejane Carvalho Fujita em face do desfazimento motivado por inadimplemento da instituição financeira, dos contratos de financiamento dos imóveis Residencial Cruzeiro do Sul I e II e Residencial Nova Metrópole V, Setor A, bem assim ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

A ação originária fora proposta pelos ora réus, em 28.03.94, contra a CEF buscando a rescisão dos respectivos contratos, exoneração das obrigações, extinção da fiança, ressarcimento dos lucros cessantes e das perdas e danos.

Segundo a autora, em 12.09.94, teria havido a rerratificação do contrato em litígio, referente ao empreendimento residencial denominado Cruzeiro do Sul I e II, com a substituição do imóvel hipotecado (Quadra I) por outros dois, estes denominados Quadra II e Quadra III, onde efetivamente teriam sido construídos os empreendimentos, passando a garantir o crédito da CEF. Este fato, segundo afirma, não teria sido dado a conhecer ao Juízo da 7ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, por omissão dos ora réus (fl. 04). A condenação foi fixada em R\$ 10.698.463,69 (dez milhões, seiscentos e noventa e oito mil, quatrocentos e sessenta e três reais e sessenta e nove centavos) (fls. 126/137).

A CEF interpôs embargos de declaração, julgados improcedentes (fls. 147/148).

Em sede de apelação, a instituição financeira logrou a anulação da sentença, com a conseqüente devolução dos autos à instância de origem, a fim de serem examinados os demais pedidos constantes da inicial, sobretudo o relativo à fixação da responsabilidade pela guarda e conservação dos imóveis (fls. 174/191).

Nova sentença foi proferida (fls. 192/210), desta feita condenando a CEF ao pagamento de 364.350,63 UPFd, corrigidas pelos índices oficiais do INPC, até a data do efetivo pagamento, acrescendo-se juros de 0,5% ao mês, após o trânsito em julgado da sentença, mais custas e honorários, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Contra esta decisão, novos embargos de declaração foram interpostos pela Caixa Econômica Federal, também inexitosos.

Ambas as partes apelaram, sendo improvido o recurso da autora e parcialmente provido o dos réus para determinar que o termo *a quo* dos juros moratórios coincidissem com a data do inadimplemento, bem assim fossem pagas as despesas alusivas à guarda e manutenção dos imóveis, devidamente comprovadas, atinentes ao período de março de 1994 a julho de 1995, corrigidos, acres-

centando-se os juros relativos às parcelas pagas com atraso, fixados em 0,5% ao mês.

Quanto à matéria de direito, a inicial defende a intempestividade do recurso de apelação dos ora réus, porque protocolado após o prazo legal, cujo início se daria com a efetiva intimação e não com a juntada aos autos do mandado devidamente cumprido, nos termos do art. 506, II, do CPC.

Caso não prevaleça essa tese – se entender este órgão julgador que a aludida intimação por oficial de justiça não se destinava à ciência da decisão que julgou os embargos de declaração, mas a comunicar a decisão interlocutória que determinou a desocupação das unidades invadidas do empreendimento e a sua demolição –, então requer a desconstituição do acórdão proferido nos autos do agravo de instrumento nº 44263-CE.

Para a autora, erro havido na numeração de folhas do feito originário teria induzido o Relator da última apelação a pensar, conforme se infere da menção por ele feita no acórdão, que o recurso impugnaria a primeira sentença, já anulada, pois a sentença recorrida estaria consignada às fls. 1405/1424, enquanto a decisão anterior, anulada, demorar-se-ia às fls. 1747/1758.

Seria de se rescindir, afirma a inicial, também o primeiro acórdão (o que anulou a primeira sentença), pois não inverteu os ônus da sucumbência, ao prover o recurso da CEF, em afronta ao art. 20 do CPC.

Sustenta, como razão para se desconstituir o último acórdão, que a condenação ao pagamento de indenização em UPFd seria inexecutável, pois o indexador teria sido extinto pela Resolução nº 2130/94 do Banco Central, e feriria o disposto na Resolução nº 2.084/94, de mesma origem, a restringir o uso da UPFd aos contratos do Sistema Financeiro de Habitação.

Este último acórdão, por outro lado, ao dar apenas parcial provimento à apelação dos réus, não teria atentado para a equitativa distribuição entre as partes dos ônus da sucumbência, condenando tão-só a CEF ao pagamento de honorários, à revelia do Código de Processo Civil.

Também restaria ilegal a decisão judicial verberada por rescindir o contrato em litígio mesmo diante da decisão do Tribunal de Contas da União que, no exercício do controle que lhe é próprio, ao julgar representação da 8ª IGCE sobre irregularidades na utilização do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, teria determinado a suspensão dos repasses de verbas, em harmonia com as deliberações do Conselho Curador do FGTS, até o restabelecimento do fluxo financeiro do fundo.

Arrimada nesses fundamentos, a inicial pugna pela desconstituição do julgado e por novo julgamento da causa para: a) negar seguimento à apelação dos réus por intempestividade; b) dar provimento à apelação da CEF para extinguir o feito sem resolução do mérito por impossibilidade jurídica do pedido de rescisão dos contratos do SFH, vez que afetados por decisão do TCU, ou, ainda, por impossibilidade jurídica do pedido de reparação em unidade padrão de financiamento diária (UPFd), já extinta; c) anular a sentença e determinar o retorno dos autos à primeira instância para apreciação da preliminar de ilegitimidade da CEF ou, sucessivamente, do litisconsórcio passivo com a União, como representante legal do TCU, CCFGTS e do Ministério que atuava na matéria à época do contingenciamento; d) determinar o retorno dos autos, após anulação da sentença, para a realização de perícia contábil e de engenharia civil, a fim de se verificarem eventuais vícios de construção.

Pede a Caixa, ademais, seja rescindida a decisão proferida no AGTR nº 44263-CE, em face da intempestividade do recurso, mantendo-se a decisão agravada.

Recebida a inicial, deferi parcialmente o pedido liminar (fls. 415/416), para impedir fosse ultimado o processo de execução, acautelando os valores eventualmente arrecadados para cumprimento da decisão exequenda.

Na contestação, argüiu-se a inépcia da inicial por impossibilidade jurídica dos pedidos, referindo-se ao de rescisão do acórdão, ainda não proferido, nos autos do AGTR nº 44263-CE e do acórdão que, a requerimento da própria CEF, anulara a primeira sentença.

Segundo narram os demandados, tampouco haveria intempestividade do apelo por eles interposto, pois não teriam sido intimados da sentença, ou melhor, da decisão que julgou os embargos declaratórios. O mandado de intimação de que se serviria a CEF para contar o prazo do apelo, em verdade, apenas cuidou de cientificar as partes da decisão interlocutória, tomada pelo Juízo após a sentença, de expulsão dos invasores do imóvel cujo contrato para construção se encontrava em litígio.

Afirmam, ademais, que, mesmo sendo considerada válida como intimação da sentença a diligência do oficial de justiça, deve-se contar o prazo recursal a partir da juntada do mandado aos autos devidamente cumprido. Trazem jurisprudência nesse sentido.

Sustentam, ainda, não haver incorrido em erro de fato o acórdão rescindendo, pois examinou com minúcias todo o processo e as alegações das partes. Além do mais, a primeira sentença teria sido anulada apenas em face da omissão atinente à posse e guarda dos imóveis, razão pela qual a segunda sentença sequer precisaria tratar dos demais pontos, embora os tenha examinado e chegado às mesmas conclusões estampadas na decisão anulada, razão por que a menção, no acórdão rescindendo, a uma ou outra sentença em nada justificaria a alegação de erro de fato.

Consignam na peça contestatória a impropriedade do argumento que lastreia o pedido de rescisão do primeiro acórdão (que anulou a primeira sentença), por não haver ele arbitrado os ônus da sucumbência, porquanto aquela decisão, não pondo fim à lide, não poderia mesmo distribuir os ônus sucumbenciais.

Quanto à inexequibilidade da decisão rescindenda, por utilizar-se da UPFd ao invés de fixar em moeda de curso forçado a condenação, os réus sustentam que a ação fora proposta em data anterior à extinção do indexador e os contratos foram firmados sob sua égide, daí por que legítima sua utilização no caso concreto.

Indo além, acrescentam que, a vingar a tese da CEF, igualmente as execuções por ela promovidas, referentes aos contratos firmados em UPFd, seriam impossíveis, o que não se sustenta.

Também não se poderia falar em perda do objeto da ação, porquanto o pedido refere-se, é bem verdade, ao valor da indenização em UPFd, mas também a seu equivalente em moeda corrente da época.

No concernente à rerratificação contratual, afirmam os contestantes que o documento fora produzido em papel timbrado da CEF e esteve, como ainda está, todo o tempo em poder dela e em nenhum momento ela o utilizou, porque tal fato em nada alterava o pedido formulado na ação originária, tampouco produziu qualquer prejuízo ou dificuldade à defesa da então demandada, pois a pretensão era a da autorização judicial para rompimento da avença e a imposição à instituição financeira da posse e guarda dos imóveis onde efetivamente foram erguidas as construções.

Quanto à alegação de impossibilidade jurídica do pedido por afronta ao acórdão do TCU, só agora trazido aos autos, afirmam que a decisão administrativa a autorizar a autora a suspender os contratos em que ela se encontrava inadimplente jamais poderia tolher direitos subjetivos de terceiros, sobretudo porque não chamados a compor o processo administrativo, nem poderia afastar do Poder Judiciário o exame de pedidos de prestação jurisdicional.

Os réus impugnaram o valor da causa.

Defendem, em suma, a improcedência da ação e a perda, em seu favor, do depósito prévio efetuado pela CEF.

Acolhido o incidente de impugnação ao valor da causa – em sede de agravo regimental em que o Pleno, à unanimidade, manteve a decisão do Relator –, fixou-se em R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) o montante.

A CEF efetuou a complementação do depósito prévio às fls. 751/753, em 23 de julho de 2007.

Em face da penhora de valores no processo de execução, pleiteou a autora a ampliação da medida liminar, alegando para tanto que a execução deveria seguir o rito do art. 730 do CPC, pedido este indeferido às fls. 739/740.

À fl. 759 e seguintes, atravessa petição a CEF pugnando pela juntada de documentos e intimação dos réus para se manifestarem.

Em réplica, os demandados reiteraram as razões da contestação, acrescentando, quanto à juntada de acórdão do TCU, que jamais se poderia impor a eles, réus, os efeitos de uma decisão administrativa de cujo processo não fizeram parte e que, embora preexistente à decisão judicial rescindenda, em nenhum momento fora oposta pela demandante naqueles autos.

Asseveram, na mesma peça, que as duas decisões – a judicial (rescindenda) e a administrativa – não se contradizem. Enquanto o TCU examinou a conveniência dos desembolsos efetuados pela CEF, suspendendo os contratos, nada dispôs acerca das rescisões contratuais, e nem poderia, até porque os réus não foram chamados a integrar aquele procedimento.

À fl. 894, os réus atravessam petição pleiteando o reconhecimento da ilegitimidade ativa da autora nesta ação rescisória, em face da cessão dos seus créditos à ENGEA e, por conseguinte, a condenação da autora por litigância de má-fé.

No exercício do contraditório, a autora sustentou, na peça de fls. 937/940, o próprio interesse jurídico, tanto por haver composto a lide originária como por figurar no pólo passivo da execução em curso.

Parecer do Ministério Público Federal, da lavra do ilustre Procurador Regional, Dr. Humberto de Paiva Araújo, às fls. 941/947v, em que opina pela parcial procedência da ação, em face de violação a literal dispositivo de lei e erro de fato, decorrentes do conhecimento e parcial provimento do recurso “intempestivo” dos ora réus e da sucumbência mútua, não considerada na decisão rescindenda para fins de distribuição dos ônus processuais.

Relatei.

Remeta-se o feito à revisão, nos termos regimentais.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Registro, por uma questão de lealdade processual, a petição de fls. 949/965, protocolada pelos réus após o parecer do Ministério Público Federal, intitulada “MANIFESTAÇÃO SOBRE O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL”.

Dela, entretanto, deixo de conhecer como peça processual propriamente dita, por inoportuna, e determino seu desentranhamento e fixação na contracapa, permanecendo sua participação no feito à guisa, apenas, de memorial.

Dito isso, trato, em primeiro lugar, de examinar a questão da ilegitimidade ativa da CEF, muito embora apenas argüida pelos réus às fls. 894/902, pois que, cuidando-se de condição da *actio*, sua não concorrência implicaria inexistência do próprio direito de ação.

Parece-me, de antemão, haverem os réus lançado mão de um argumento, pelo menos, arriscado, do ponto de vista da defesa de seus interesses, pois, a prevalecer a tese, também a demanda executiva, em primeira instância, deveria ser extinta, por ilegitimidade passiva da CEF.

Entretanto, o argumento – assim me parece – não procede.

Muito embora a ENGEA possa haver sucedido a Caixa Econômica Federal em determinados e controversos direitos creditícios, oriundos de algumas relações contratuais travadas entre a CEF e seus clientes ou parceiros, isto, ao meu sentir, não lhe retira a legitimidade para propor as ações rescisórias relativas às decisões judiciais proferidas nos processos em que figurou como parte.

É a dicção do art. 487 do Código de Processo Civil: Tem legitimidade para propor a ação (rescisória): I - quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular; (...).

Por outro lado, é ela, a Caixa Econômica Federal, quem figura no pólo passivo do processo de execução em curso na primeira instância, demanda proposta pelos ora réus, é dizer, eles próprios demandaram a autora, reconhecendo sua legitimidade para cumprimento do acórdão rescindendo.

Evidente, portanto, o interesse jurídico da CEF em ver desconstituída a decisão judicial atacada por esta ação rescisória, razão pela qual afasto a preliminar de ilegitimidade ativa.

Passemos, agora, ao exame dos argumentos trazidos pela autora como fundamentos dos pedidos de rescisão, que os trarei na ordem, de meu ponto de vista, mais apropriada à compreensão dos fatos.

Em primeiro lugar, trato da rerratificação do contrato celebrado entre a construtora e a Caixa, no curso da ação originária, e a implicação deste fato no desenrolar do processo e no teor da prestação jurisdicional.

Segundo a demandante, o Juízo Federal da 7ª Vara teria sido induzido em erro, tanto quanto este Tribunal, por *leviandade, irresponsabilidade e deslealdade processual* dos ora réus (fl. 34), pois se teriam omitido, eles, os então autores, ora réus, em trazer àquele processo contrato celebrado em data posterior ao ajuizamento daquela ação originária. Pacto este firmado entre eles e a CEF, onde restou substituído o imóvel denominado “Quadra 1” (um terreno) em que inicialmente seriam construídos prédios das obras “Cruzeiro do Sul I e II”, pelas “Quadras 2 e 3”, onde efetivamente foram erguidos alguns prédios residenciais.

O argumento não me impressiona.

Em primeiro lugar, sendo a Caixa uma das partes celebrantes da indigitada rerratificação, também ela se omitiu em levar àqueles autos o aditivo contratual, daí por que só posso tomar a utilização de termos tão fortes, tais como *leviandade, irresponsabilidade e deslealdade processual*, lançados contra os réus, conforme estampados na inicial, como retórica grosseira, arrimada em raciocínio que perfeitamente se poderia aplicar à própria Caixa.

De qualquer modo, vejamos se a omissão poderia trazer conseqüências de fato lesivas à precisão do comando jurisdicional atacado.

Pois bem, o fato se resume a, após o início da ação originária, ter havido a celebração, entre a demandante e os demandados, de um aditivo contratual onde fora substituído o terreno, em que originalmente prevista a construção de parte das obras, por outros dois, nos quais foram efetivamente erguidos prédios.

Pelo que se depreende dos autos, quando fora proposta a ação originária, a perseguir a rescisão do contrato e o depósito das obras, no estado em que se encontrassem, além das indenizações pelas despesas adicionais despendidas pela construtora, em face das paralisações dos repasses pela Caixa, os contratos estavam em pleno vigor e as obras ainda em curso.

Nessa altura, houve a substituição de um terreno por outros dois, onde parte dos prédios que compunham os residenciais Cruzeiro do Sul I e II foram erguidos.

Ora, o pedido era de rescisão contratual, indenização e depósito das edificações em nome da Caixa, porém, nenhuma referência faz a inicial à quadra tal ou qual.

O pleito não se alteraria com a inovação contratual, tampouco a defesa seria prejudicada por ela, justamente por essas razões, em nada tal comunicação modificaria a prestação jurisdicional. Talvez por isso mesmo a própria defesa técnica da instituição financeira, à época, não tenha reputado relevante a comunicação ao Juízo da indigitada inovação contratual, caminhando, nesse ponto, *pari passu* com os então autores.

Não vejo, portanto, como atribuir à omissão a relevância jurídica vislumbrada pela autora, mormente em sede rescisória, em que o episódio deveria representar, para implicar a procedência da ação, erro de fato, cuja rigorosa definição colhe-se do artigo 485 do Código de Processo Civil:

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

(...)

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

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

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

A sentença, em suma, não se fundou em erro algum motivado pelo desconhecimento da substituição de um terreno por outros dois, em que edificada parte das obras.

Passemos a contemplar o argumento, trazido na inicial, de intempestividade da apelação dos réus, cujo parcial provimento dera ensejo à ampliação da sucumbência da promovente.

Vamos aos fatos.

Proferida nova sentença, em cumprimento ao acórdão que anulara a primeira prestação jurisdicional, interpuseram-se embargos declaratórios, julgados improcedentes, e, posteriormente, ambas as partes apelaram, sendo inexitoso o recurso da CEF e parcialmente provido o dos réus, para determinar que o termo *a quo* dos juros moratórios coincidissem com a data do inadimplemento das parcelas, bem assim fossem pagas as despesas alusivas à guarda e manutenção dos imóveis, devidamente comprovadas, atinentes ao período de março de 1994 a julho de 1995, corrigidas, acrescentando-se os juros relativos às parcelas pagas com atraso, fixados em 0,5% ao mês.

Este recurso, segundo a promovente, seria intempestivo.

A assertiva se ampara no fato de que, após o julgamento dos embargos declaratórios, fora expedido mandado de intimação aos então autores, cumprido em 15.07.2002 (fl. 245) e juntado aos autos em 23.07.2002.

A apelação mencionada, por seu turno, fora protocolada em 07.08.2002.

Para a demandante, o prazo deveria ter início com a efetiva intimação, terminando no dia 30.07.2002, em oposição ao entendimento que supõe tenha sido o acolhido pelo Juízo *a quo* para o recebimento do recurso, este a enxergar o início da contagem do prazo apenas com a juntada aos autos do mandado de intimação devidamente cumprido, ou seja, em 23.07.2002. De acordo com esta tese, o prazo se encerraria em 07.08.2002, data em que protocolado o recurso.

Estes argumentos também não prosperam.

Efetivamente, à época da interposição da apelação, havia controvérsia jurisprudencial acerca do início da contagem do prazo para a interposição de recurso. Discutia-se se a regra do art. 241, II, do CPC – a estipular como início da contagem dos prazos o dia da juntada aos autos do mandado devidamente cumprido, quando a intimação se efetivasse por oficial de justiça – seria ou não aplicável aos prazos recursais, em face do disposto no art. 242 do mesmo diploma, a estabelecer que os prazos recursais têm início com a intimação.

Em primeiro lugar, a ofensa a literal disposição de lei já restaria descaracterizada pelo próprio reconhecimento da controvérsia acerca da interpretação das indigitadas normas processuais.

Depois, não posso deixar de reconhecer que a divergência fora pacificada em favor da primeira tese, a confirmar a tempestividade do recurso, ou seja, no sentido de reconhecer o início do prazo recursal, quando a intimação é feita por oficial de justiça, com a juntada aos autos do mandado devidamente cumprido, nos termos do art. 241, II, do Código de Processo Civil, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. INTIMAÇÃO PESSOAL. TERMO INICIAL DE CONTAGEM DO PRAZO RECURSAL. DATA DE JUNTADA AOS AUTOS DO MANDADO DE INTIMAÇÃO CUMPRIDO.

1. A Corte Especial, no EREsp 601.682/RJ, Rel. Min. José Delgado, julgado em 06.10.2004, firmou posicionamento no sentido de que o prazo para interpor recurso começa a fluir da data de juntada aos autos do mandado de intimação cumprido.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AGREsp nº 719043/PE, Primeira Turma, decisão de 07/06/2005, publicada no *DJ* de 27/06/2005, p. 278, Relator Min. Teori Albino Zavascki).

Seja como for, essa controvérsia passa ao largo do cerne da questão, pois – a mim me parece – o mandado de intimação de que se cuida não fora o instrumento hábil à cientificação do teor do julgamento dos embargos de declaração, opostos contra a sentença, mas tão-somente da decisão interlocutória proferida posteriormente ao julgamento.

É o que demonstra o documento de fl. 246, ao dispor expressamente que *INTIME, nesta cidade, a CONSTRUTORA ESTRELA S/A, na pessoa do seu Representante legal, na Av. Dom Manuel, nº 299, do inteiro teor do despacho de fls. 1570/1580.* (Grifei).

Tal decisão apenas resolvia questões pendentes, relativas à demolição e desocupação dos imóveis.

Isto nos leva a concluir que o recurso apelatório fora interposto ainda antes do ato processual de comunicação do julgamento dos embargos declaratórios.

Pois bem, embora se demonstre, com isso, a inconsistência dos fundamentos da autora quanto à extemporaneidade da peça recursal, justamente nesse ponto reside, para o Ministério Público, a prova da intempestividade do recurso de apelação.

O distinguido órgão do Ministério Público Federal invoca, como sustentação de sua tese, recentes jurisprudências do Supremo Tribunal Federal a considerarem intempestivas as manifestações recursais prematuras, quais sejam, as anteriores às respectivas publicações dos decisórios recorridos nos órgãos oficiais.

Em primeiro lugar, esse posicionamento, embora pudesse ser encontrado na jurisprudência, inclusive à época dos atos processuais aqui em exame, não se poderia dizer pacífico. Ainda hoje não é.

Penso, com todo o respeito pelos elevados juristas integrantes das altas Cortes de Justiça nacionais, ser esta uma posição bastante razoável no que se refere à comumente denominada “política judiciária”, especificamente no tocante ao conhecimento dos recursos especiais e extraordinários interpostos antes do julgamento dos embargos declaratórios e desde que não ratificados após o julgamento. Nesse sentido:

ASSINATURA BÁSICA MENSAL. TELEFONIA. COBRANÇA. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO ANTERIOR À PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE.

I - A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento segundo o qual deve ser considerado intempestivo o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração e não ratificados no momento oportuno.

II - Tal entendimento aplica-se, inclusive, aos processos em curso.

(REsp 933.438-SP, Corte Especial, julgado em 21/05/2008)

III - Agravo regimental improvido.

(STJ - AGREsp nº 1060196/MG, Primeira Turma, decisão de 02/09/2008, publicada no DJE de 15/09/2008, Relator Francisco Falcão).

Contudo, não me parece primorosa a tese se tomada como regra geral.

No caso específico, cuida-se de recurso de apelação interposto após o julgamento dos respectivos embargos, quando a parte, por ter tomado ciência de outra decisão, interlocutória, deu-se, de forma tácita, por ciente do julgamento dos aclaratórios.

O Superior Tribunal de Justiça, Corte incumbida, precipuamente, da interpretação das normas infraconstitucionais, vem, inclusive, revendo a aplicação irrestrita ou absoluta da tese invocada pelo *Parquet*, como se percebe do seguinte julgado:

PROCESSO CIVIL. RECURSO. TEMPESTIVIDADE. MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de considerar intempestivo o recurso interposto antes da publicação da decisão no veículo oficial.

2. Entendimento que é revisto nesta oportunidade, diante da atual sistemática de publicidade das decisões, monocráticas ou colegiadas, divulgadas por meio eletrônico.

3. Alteração jurisprudencial que se amolda à modernização da sistemática da publicação via INTERNET.

4. Agravo regimental provido.

(STJ - AEREsp - 492461/MG, Corte Especial, decisão: 17/11/2004, DJ, data: 23/10/2006 pg: 00235, Relator Gilson Dipp).

Nessa linha, afasto a tese de intempestividade, por não reconhecer infringência a literal dispositivo do código de ritos no ato processual de conhecimento do já mencionado recurso de apelação.

Passo a me debruçar, agora, sobre o pedido alternativo eventual cumulado pela autora, para o caso de rejeição da tese de intempestividade do recurso de apelação, como sendo o de desconstituição do acórdão proferido nos autos do agravo de instrumento nº 44263-CE, pelos mesmos fundamentos (intempestividade).

Pois bem, deixo de conhecer desse pedido, a uma, porque sequer havia acórdão no momento em que fora protocolada a inicial – o acórdão em questão, peça inexistente nestes autos, só

fora publicado em 22.08.2008 – e, a duas, porque, conforme consta do sistema de informação processual desta Corte, sequer transitou em julgado, pois pendente de admissibilidade o recurso especial contra ele interposto.

A mesma sorte merece o pedido de desconstituição do denominado “primeiro acórdão”, referência feita pela inicial à decisão desta e. Corte que, julgando procedente a apelação da própria demandante, Caixa Econômica Federal, anulou a primeira sentença e determinou o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição, para o exame dos demais pedidos não enfrentados.

Indaga-se, de início: onde o interesse da postulante em rescindir acórdão que, a despeito de não haver examinado o mérito da demanda, acolheu a pretensão por ela formulada em sua peça recursal, anulando a primeira sentença?

Mais a mais, o fundamento deste pleito residiria no fato de o apontado acórdão não haver distribuído os ônus da sucumbência, infringindo o disposto no art. 20 do Código de Ritos.

Ora, não havendo a entrega da prestação jurisdicional – pois o acórdão determinara o retorno dos autos à primeira instância –, impossível saber qual das partes, e em que grau, sucumbiu. Tampouco seria possível, exatamente por essa razão, distribuir os ônus da sucumbência.

Por esses fundamentos, não conheço, também, desse pedido.

A autora enxerga, ademais, erro de fato em face de o acórdão rescindendo, já em fase de execução no primeiro grau de jurisdição, fazer menção ao número de folhas em que estaria consignada a primeira sentença, anulada, e não à sentença efetivamente recorrida.

Isto teria ocorrido em razão de erro na numeração das folhas dos autos.

De fato houve erro na numeração de folhas dos autos originários, ao que se pode inferir das peças trasladadas para os presentes autos, equívoco, registre-se, já corrigido. Isto, contudo, não dera ensejo ao suposto erro de fato.

Sintético e preciso, nesse ponto, o Ministério Público Federal, em seu parecer, cujo trecho específico peço licença para transcrever (fl. 947):

Em que pese o Relatório (fls. 322/323) fazer menção à sentença anulada, o MM. Relator respaldou seu voto na Sentença válida. Não se pode dizer que a primeira influenciou na sua conclusão, até porque da análise de seu Voto, percebe-se que ao se reportar às razões de ambas as partes, contrapõe a fundamentação da Sentença válida. Além disso, o indigitado “erro” não se adequa à exigência do § 1º do art. 485, do CPC.

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

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

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

Marinoni preleciona:

Para a admissão da rescisória fundada em “erro de fato” é preciso que exista nexo de causalidade entre ele e a sentença rescindenda. É necessário em outras palavras, que um erro de fato tenha determinado o resultado da sentença.

Não identificado o suposto erro de fato, passemos a percorrer a alegada infringência ao disposto na Resolução do Banco Central nº 2130, de 22.12.94, que teria culminado na pretensa inexecutabilidade da sentença.

Para a autora, “estaríamos diante de um caso emblemático de obrigação impossível” (fl. 31) pois a sentença teria imposto condenação ao pagamento de valor fixado em unidades de um indexador, a UPFd (unidade padrão de financiamento diária), extinto em 22.12.94 pela Resolução nº 2130 do Banco Central.

Ora, também essa tese se revela inconsistente.

É que a unidade padrão de financiamento era utilizada justamente pelos contratos firmados sob a égide do Sistema Financeiro de Habitação, não destoando desta regra o contrato então em litígio, firmado entre a autora e os réus. Mesmo ao tempo do ajuí-

zamento da ação originária (13 de março de 1994), ainda se encontrava em pleno uso o apontado indexador.

Portanto, como se discutia o inadimplemento de contrato afeto ao SFH e o atraso nos repasses de valores ali previstos, em UPFd, nada mais natural do que se calcular, utilizando-se essa unidade, o montante da indenização pleiteada na ação originária.

Por outro lado, nenhuma dificuldade há em converter-se a UPFd em moeda de curso forçado, pelo último valor oficial do indexador, e, a partir daí, atualizar-se o montante encontrado.

É esse, aliás, o procedimento de que se deve ter utilizado a própria Caixa Econômica Federal, se ainda não o faz, para aparelhar as execuções que promove, relativas aos contratos mais antigos firmados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação.

Afastado mais esse argumento, passemos ao que se segue, o de infringência, pelo acórdão rescindendo, ao disposto no art. 20 do Código de Processo Civil, em face da condenação da Caixa, então ré, ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor da condenação, muito embora haja acolhido apenas parcialmente a pretensão dos autores.

Pois bem, na ação originária pugnou-se pela extinção dos contratos, exoneração da promovente de toda e qualquer obrigação assumida, inclusive de guarda e conservação do terreno e das construções edificadas, extinção da fiança e condenação da Caixa à indenização pelos lucros cessantes e perdas e danos.

Todos os pedidos foram julgados procedentes. A parcial procedência a que se refere o dispositivo da sentença consigna apenas o não acolhimento de dois pontos, constantes da individualização dos valores relativos às perdas e danos, quais sejam: a) as despesas com empréstimos realizadas pela construtora para o prosseguimento das obras, durante a paralisação dos repasses; e b) os gastos com a guarda e conservação das edificações inacabadas e o terreno.

Vê-se, portanto, atendido em sua quase totalidade o pedido formulado na ação originária, daí por que razoável, entendo, a condenação exclusiva da Caixa no pagamento das verbas honorárias.

Tendo o acórdão rescindendo apenas ampliado essa condenação, nada mais razoável do que se manter os ônus sucumbenciais.

Passo, doravante, a examinar o argumento de impossibilidade de rescisão dos contratos, por estarem afetados pela decisão do Tribunal de Contas da União.

Para a postulante, nem mesmo o Tribunal de Contas da União teria competência para anular ou rescindir os contratos em questão, ilação que extrai do teor do art. 71 da Constituição Federal.

Por outro lado, segundo afirma, estaria respaldada por decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, que, em data anterior ao julgamento do processo originário, ao examinar a execução de contrato semelhante, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, teria respaldado a suspensão do repasse das verbas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, conforme determinado pelo Conselho Curador do FGTS, até o restabelecimento do fluxo financeiro do fundo.

Este argumento não tem melhor sorte que os demais.

Não apenas as relações jurídicas derivadas dos atos administrativos e contratos celebrados com a participação da Administração Pública, mas as próprias decisões do Tribunal de Contas da União podem ser submetidas ao Poder Judiciário para controle de legalidade, por ostentarem, também estas últimas, autêntica natureza administrativa.

Nesse passo, muito embora possa haver racionalidade e acerto, do ponto de vista econômico e gerencial, no ato, administrativo, de sobrestamento dos repasses das verbas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para cumprimento dos contratos semelhantes aos celebrados entre a autora e os réus, este ato, como os demais atos administrativos, pode ser submetido ao Poder Judiciário em face de lesão ou ameaça a direito.

Mais a mais, os ora réus jamais foram chamados a compor processo administrativo no âmbito do Tribunal de Contas da União acerca dos contratos *sub examine*. Isto, só por si, já afastaria a submissão deles à decisão.

Insubsistente, portanto, também esse argumento estampado na inicial.

Traz a rescisória, outrossim, como fundamento para a rescisão, a necessidade de retorno dos autos à primeira instância para exame da pretensa ilegitimidade da Caixa Econômica Federal e, sucessivamente, da legitimidade da União para compor o pólo passivo da ação primária, bem assim para a realização de perícia contábil, em que seriam apurados eventuais vícios na construção dos imóveis e distinguidos quais imóveis se teriam tornado litigiosos, se a Quadra 1 ou as Quadras 2 e 3.

O tema da legitimidade da União e da promovente fora exaustivamente repassado no curso daquela ação e bem enfrentado pela sentença rescindenda. Entretanto, mesmo se injurídica a solução ali perfilhada, e registro de antemão minha inteira concordância com a solução adotada pelo julgador monocrático, não vejo como reexaminar a decisão rescindenda nesta via processual.

A ação rescisória é via excepcional e não se presta, como iterativamente reafirmado pela jurisprudência desta e. Corte, a substituir o manejo do recurso próprio, tampouco à reabertura da fase recursal, após o trânsito em julgado da decisão.

Quanto ao tema da substituição do terreno pelo termo aditivo ao contrato original, ele já fora enfrentado anteriormente, restando patente, ao meu sentir, a irrelevância jurídica da inovação contratual.

Os réus pugnam, ao fim, pela reversão em seu próprio favor do depósito prévio de que trata o art. 488, II, do Código de Processo Civil.

O preceptivo tem a seguinte dicção:

Art. 488. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor:

(...)

II - depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente.

Tendo em vista o desacolhimento dos pedidos constantes da inicial, e nos estritos termos legais, ou seja, desde que unânime o julgamento nesse sentido, defiro o pedido de reversão do depósito prévio em favor dos réus, condicionando a efetiva liberação do respectivo valor, outrossim, ao trânsito em julgado desta decisão.

Em face do exposto, julgo improcedente a presente ação rescisória e condeno a Caixa Econômica Federal em custas e honorários advocatícios que fixo em 1% sobre o valor da causa, com amparo no art. 20, § 4º, do CPC.

Assim voto.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 6.074-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR (CONVOCADO)
Parte Autora: RAISSA TEIXEIRA CABRAL DE ARRUDA (INCAPAZ)
Parte Ré: CENTRO FEDERAL DE EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA DE PERNAMBUCO – CEFET/PE
Reptes.: JOSÉ RAIMUNDO CABRAL DE ARRUDA (AUTORA) E PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO (CEFET/PE)
Advs./Procs.: DRS. ISRAEL DOURADO GUERRA FILHO E OUTRO (PARTE A)

EMENTA: PROCESUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESCISÓRIA FUNDADA NO ART. 485, VI, DO CPC, VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO NORMATIVA. VISA A PARTE AUTORA MATRÍCULA EM CENTRO FEDERAL DE EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA, COM VALIDADE RETROATIVA AO ANO LETIVO DE 2008. DISPOSITIVO APOSTADO COMO VIOLADO: ART. 24 DA LEI 9.394/96. SENTENÇA QUE TRATA SOBRE SISTEMÁTICA DE COTAS PREVISTA NO EDITAL DE SELEÇÃO PÚBLICA. INSATISFAÇÃO DA PARTE AUTORA COM OS TERMOS DA SENTENÇA. HIPÓTESE QUE NÃO CONFIGURA VIOLAÇÃO LITERAL A

DISPOSITIVO DE LEI. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCISÓRIO.

- Ação rescisória fundada no artigo 485, VI, do CPC, por suposta violação ao art. 24 da Lei nº 9.394/96, visando a parte autora matricular-se em Centro Federal de Educação Tecnológica.

- Sentença que trata sobre a sistemática de cotas para ingresso de alunos na instituição ré, oriundos de escolas da rede pública estadual ou municipal de ensino, conforme o edital da respectiva seleção pública. Sentença que constata também que a parte ora autora não é egressa de escola pública.

- Insatisfação da parte autora com o entendimento esposado na sentença. Hipótese que não enseja ação rescisória. Violação de lei que não se configura.

- Improcedência do pedido da ação rescisória.

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 do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão plenária, realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, julgar improcedente o pedido da ação rescisória, nos termos do voto do Relator.

Recife, 29 de abril de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR (Convocado):

I Exposição da Causa

1.1 Alegações da parte autora

Cuida-se de ação rescisória fundada no artigo 485, VI, do Código de Processo Civil – violação literal de lei, no caso ao artigo 24 da Lei nº 9.394/96.

A sentença rescindenda denega a segurança impetrada perante o juízo federal da 21ª Vara Federal em Pernambuco¹.

Com o mandado de segurança, objetivava a impetrante a confirmação da sua matrícula no curso de Química, ministrado pelo Centro Federal de Educação Tecnológica do Estado de Pernambuco - CEFET/PE, considerando que fora aprovada na seleção pública realizada, para o mencionado curso, em vaga destinada aos alunos oriundos de escolas da rede pública estadual ou municipal (cotistas).

Alega que a sentença fora proferida quando já havia concluído, praticamente, todas as tarefas escolares, com êxito.

Com tais alegações, pugna pela rescisão da sentença para que lhe seja concedido o *writ*, permitindo a sua matrícula no CEFET-PE, com validade retroativa ao primeiro semestre letivo de 2008, nos termos da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação).

Junta cópia da sentença rescindenda e da certidão do trânsito em julgado.

1.2 Razões do(s) réu(s)

O réu sustenta que não se vislumbra ofensa a literal disposição de lei, qual seja, artigo 24 da Lei nº 9.394/96, que dispõe sobre o aproveitamento escolar e verificação do rendimento do aluno, além de controle de frequência. Isso porque a situação de fato criada com a frequência da autora às aulas não justifica a desconstituição da coisa julgada, sendo inadmissível a aplicação da teoria do fato consumado para justificar a sua matrícula no curso.

No mandado de segurança cuja sentença se pretende rescindir foi verificado que a atual impetrante inscreveu-se para a condi-

¹ Fls. 07 *usque* 10.

ção de cotista oriunda de escola pública, mas na realidade, era oriunda de escola particular.²

Afirma, ainda, que a rescisória foi utilizada como substituto do recurso não interposto na época própria.

Pede a improcedência do pedido.

1.3 Parecer do Ministério Público Federal

Propugna o *parquet* pela improcedência da rescisória por não vislumbrar violação literal a dispositivo de lei³.

VOTO

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

II Fundamentação

Ao exame da sentença rescindenda, vê-se que não há, na hipótese, situação ensejadora de rescisória, porquanto não se vislumbra ofensa ao dispositivo de lei apontado como violado.

A questão posta na sentença rescindenda está focada na sistemática de cotas para ingresso de alunos na instituição ré, oriundos de escolas da rede pública estadual ou municipal de ensino, conforme o edital da respectiva seleção pública.

Não consta que tal sistemática de cotas vulnere o artigo 24 da Lei nº 9.394/96, de 20/12/1996, que dispõe sobre a organização da educação básica nos níveis fundamental e médio, estabelecendo carga horária, critérios de aproveitamento do aluno e frequência escolar.

Por outro lado, na sentença, resta claro que a impetrante, ora autora, não é oriunda de escola estadual ou municipal da rede pública de ensino e que o edital previu a possibilidade de verificação das inscrições em momento posterior ao da realização das provas. A sentença rescindenda confirma a incorreta menção na ficha

² Fls. 24.

³ Fls. 29 *usque* 31.

de inscrição quanto à condição de cotista, condição não preenchida pela autora desta rescisória.

Ademais, também ressalta que a ora autora não lograria êxito em sua pretensão, ainda que se aproveitasse a sua inscrição entre os candidatos não cotistas.

Em rescisória, não cabe o reexame de provas.

Observa-se, realmente, que a ação rescisória foi utilizada como sucedâneo recursal, porquanto se insurge a parte autora, a rigor, contra o entendimento esposado na sentença rescindenda, com o qual ela não concorda.

A situação descrita não configura, portanto, violação a dispositivo de lei.

III Dispositivo

Destarte, voto pela improcedência do pedido rescisório.

À causa foi atribuído o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Logo, considerando o disposto no parágrafo 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, arbitra-se os honorários advocatícios em R\$ 1.000,00.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.520-CE

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI
Apelantes: COELCE - COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ,
ANEEL - AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA E CHESF - COMPANHIA HIDROELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Repte.: PROCURADORIA DA ANEEL
Advs./Procs.: DRS. ANTÔNIO CLETO GOMES E OUTROS (1º APTE.) E IGOR MONTARROYOS DE SOUSA E OUTROS (3º APTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

E REVISÃO TARIFÁRIA. CONTROLE DE ÍNDICES PELO PODER JUDICIÁRIO.

- Tem legitimidade o Ministério Público para propor ação civil pública referente a contrato de concessão de energia elétrica. O direito discutido envolve interesses sociais relevantes. Precedentes.

- A utilização do índice IGP-M – média de três índices: atacado (60%), consumo (30%) e construção civil (10%) – não é ilegal. As distorções nas tarifas de energia elétrica são causadas por outros fatores, tais como assimetria informacional, ineficiência dos controles da ANEEL, dentre outros, aspectos esses não discutidos na presente lide.

- Impossibilidade de o Judiciário, ex officio, ampliar o objeto da lide.

- Pedido limitado. Improcedência. Apelações e remessa necessária providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, DECIDE a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento às apelações e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 12 de março de 2009 (data do julgamento).

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Relator

RELATÓRIO

O JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI:

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou ação civil pública contra a COELCE - COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ, a ANEEL - AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA e a CHESF - COMPANHIA HIDROELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO. Alegou o autor, na inicial que, em 16 de abril de 2003:

a ANEEL - AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA baixou a Resolução nº 201, em que autorizou, por força da primeira revisão tarifária periódica da Companhia Energética do Ceará – COELCE, o reposicionamento das tarifas de fornecimento de energia elétrica ao consumidor final, resultando num acréscimo tarifário da ordem de 31,29% a partir do dia 22 de abril do ano em curso.

Salientou, o autor:

Antes mesmo de editada tal Resolução, ainda quando pendente de fixação o percentual da revisão, foi instaurado na Procuradoria da República no Ceará procedimento administrativo com o objetivo de apurar a legalidade e razoabilidade do reajuste que então era anunciado.

No curso do aludido procedimento, foram requisitadas informações à COELCE e à CHESF, para a cabível instrução do procedimento.

Assim é que ficou evidenciado que o reajuste em comento não decorria de simples aplicação de índices inflacionários, mas constituía um verdadeiro procedimento de revisão contratual, denominada “primeira revisão tarifária periódica da Companhia Energética do Ceará – COELCE”.

E tal revisão decorria de estipulação expressa do Contrato de Concessão de Distribuição nº 001/98, celebrado entre a ANEEL e a COELCE, que em sua cláusula sétima, na sétima subcláusula, prevê tal medida como forma de preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (fl. 65). Ocorre que, dentre as inúmeras fórmulas e variáveis que compõem o cálculo de revisão tarifária periódica, foi incluída a aplicação do índice inflacionário **IGP-M da Fundação Getúlio Vargas**, eleito como parâmetro de reajustamento de preços, de acordo com a subcláusula sexta da cláusula sétima daquele contrato (fl. 65).

É certo que o contrato existe e prevê a aplicação de tal índice no reajustamento das tarifas de energia elétrica. Mas também é certo que, em se tratando de relação de consumo, mais especificamente de um bem ou serviço essencial, as estipulações contratuais que atingem a terceiros (consumidores) não podem ser inteiramente regida pela autonomia da vontade. Devem obediência, isso sim, aos princípios que regem as relações consumeristas, deles não podendo distoar.

Por tal razão, propõe o Ministério Público Federal ação civil coletiva com o objetivo de expurgar das fórmulas e cálculos da revisão o **IGP-M da FGV**, índice inadequado e abusivo para reajustes tarifários de serviços públicos essenciais à população, tal como a energia elétrica, devendo ser aplicado outro índice que melhor se ajuste ao princípio modicidade tarifária, sem prejuízo da continuidade na prestação do serviço público.

Como restará demonstrado ao final desta peça, a aplicação do **IGP-M da FGV** onera desproporcionalmente a relação de consumo, reclamando a aplicação de outro índice oficial que, respeitando a continuidade do serviço público, obedeça ao princípio da modicidade das tarifas públicas.

Defendeu a legitimidade ativa do Ministério Público para a demanda, com base nos arts. 127 e 129, III, da CF/88, e no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Afirmou que, após serem colhidas as indispensáveis informações, tem condição de concluir “que efetivamente o reajuste autorizado pela Resolução nº 201 da ANEEL de 16 de abril último, foi abusivo e feriu o princípio da modicidade das tarifas públicas”.

Argumentou, ainda, o M.D. Representante do Ministério Público Federal que, nos últimos anos, os reajustes de energia elétrica teriam sido motivados tanto pela necessidade de manutenção do equilíbrio financeiro do contrato, mas em outros casos “pela ineficiência do poder público em gerir a política do setor energético”. Teceu, ainda, considerações sobre os reajustes anteriores a 2003 e sobre os elevados reajustes do fornecimento pela CHESF, concluindo que a “COELCE não suportaria um decréscimo na cobrança da energia ao consumidor final sem que obtivesse, paralelamente, uma redução no valor da energia que compra e que constitui a maior parte de seus custos operacionais”. Apresentou, em seguida, quadro comparativo da evolução do IGP-M, comparando-o com o IPCA e o INCC, para, ao final, concluir pela abusividade da utilização daquele para reger as correções tarifárias do setor elétrico. Invocou o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sobretudo os arts. 39, X, e 51, para, após, citar a Lei nº 8.987/95, art. 9º, e Código Civil, arts. 478, 421 e 422.

Requeru antecipação da tutela para que a COELCE deixasse de utilizar o IGP-M como índice de correção monetária, adotando-se o INPC, declarando-se, ao cabo, “a nulidade das cláusulas contratuais que prevêm o reajustamento pelo IGP-M tanto do contrato CHESF-COELCE, quanto do contrato ANEEL-COELCE, devendo prevalecer preferentemente o INPC ou, subsidiariamente, o IPC-A, que melhor refletem os reajustes das relações de consumo, devendo ser formulado novo cálculo de revisão tarifária a partir da aplicação de um desses índices, mediante perícia contábil a ser determinada por esse Juízo, prevalecendo, até sentença final, os valores a serem cobrados mediante aplicação do redutor referido no pedido de antecipação de tutela”.

A inicial foi instruída com os autos do Processo Administrativo nº 0.15.000.000431/2003-02 do Núcleo de Tutela Coletiva da Procuradoria da República – CE.

As partes foram citadas e também intimadas para se manifestarem sobre o pedido de antecipação de tutela.

A COELCE contestou o pedido (fls. 369/394), alegando inexistência de qualquer vício em relação à revisão tarifária ocorrida. Invocou os arts. 22, IV, e 175, da CF/88; a Lei nº 9.427/96, art 2º, 3º e 4º, e defendeu que a revisão tarifária, objeto de discussão, fora efetuada nos termos e limites da legislação de regência. Procurou demonstrar que a utilização do IGP-M para os reajustes tarifários teria amparo legal. Citou decisões judiciais e discorreu sobre o contrato com a CHESF. Manifestou-se sobre o pedido de antecipação de tutela, afirmando inexistir prova inequívoca a justificar a medida (fls. 390/392) e destacando a existência de risco de irreversibilidade. Requeru a improcedência do pedido e a não concessão do provimento antecipado.

A resposta foi instruída com documentos.

A CHESF apresentou contestação (fls. 677/697), citando, inicialmente, o conjunto normativo responsável pela fixação das tarifas de energia elétrica (Leis nºs 8.613/93, 9.427/96, 8.987/95), defendendo, em seguida, a aplicação do índice IGP-M sob os seguintes argumentos:

De forma a manter o equilíbrio dos contratos de prestação do serviço público, é conferido o reajuste das tarifas de energia, conforme artigo 4º da Lei nº 8.631/93.

Os parâmetros deste reajuste é verificado através dos termos do contrato de compra e venda firmado entre a Chesf e a Coelce, em 27 de janeiro de 2000, e homologado pela ANEEL.

Dada a complexidade da prestação do serviço, evidenciada nas mais diversas esferas de custos envolvidos, fazia-se necessário a aplicação de índice de reajuste condizente com esta complexidade.

Verificando esta necessidade, a ANEEL definiu como índice mais justo a ser aplicado o índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M).

O IGP-M, divulgado pela Fundação Getúlio Vargas, entidade de ensino e pesquisa de credibilidade pública e notória, é formado pela média ponderada dos seguintes índices inflacionários:

- IPA – Índice de Preços por Atacado, na proporção de 60% (sessenta por cento);
- IPC – Índice de Preços ao Consumidor, na proporção de 30% (trinta por cento);
- INCC – Índice Nacional de Preços da Construção Civil, na proporção de 10% (dez por cento).

O primeiro dos índices (IPA) contempla, principalmente a variação dos custos das matérias-primas, ou *commodities*, necessários entre outros aspectos, para se calcular o custo da produção industrial.

O segundo (IPC), abrange a variação dos preços ao consumidor (produtos finais), espelhando gastos mais diversos nos custos realizados pela população, tais quais, vestuário, aluguel, despesas com saúde, moradia, etc.

Já o terceiro (INCC), demonstra a variação dos gastos com a construção civil, tanto no tocante aos materiais de construção propriamente ditos, como aos gastos com a mão-de-obra do setor.

O acerto na escolha do IGP-M como base para o reajuste das tarifas de energia decorre de que esta envolve:

- os gastos com a compra de insumos para a produção da energia elétrica, tais quais: petróleo, no tocante às termelétricas; ligas de metal, *commodity* para produção dos cabos e torres envolvidos na distribuição de

- energia, e demais produtos básicos necessários à prestação do serviço público, verificado mediante o IPA;
- a variação dos preços para o consumidor, de forma a não desvirtuar a fixação da tarifa com os gastos reais deste, dentro de seu orçamento, verificado mediante o IPC;
 - os custos da construção civil, indispensável para equalizar as despesas com materiais de construção e mão-de-obra indispensáveis na consecução da construção de novas unidades geradoras e distribuidoras de energia elétrica, tais quais usinas, subestações, linhas de transmissão, etc., bem como empreender a manutenção das já existentes.

Desta forma, de acordo com os dados acima verificados, não se observa a afronta à modicidade das tarifas públicas a fixação do IGP-M como indexador do contrato, *ex vi* a abrangência, em sua determinação, de todos os segmentos necessários ao reajustamento equânime do serviço, ponderando-se na forma de se encontrar o índice mais justo.

Em outro viés, o IGP-M garante, também, por ser constituído da união de vários índices, uma garantia de estabilidade para o parâmetro de reajuste, minorando surtos inflacionários setoriais da economia, representados, por exemplo, por quebras de safra, escassez de determinada matéria-prima industrial, elevação excessiva de custos de habitação e/ou educação ou dos gastos da construção civil, tão comuns em nossa economia.

Por outro lado, os índices indicados para o reajuste pelo *parquet*, o IPCA ou o INPC, ambos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, são índices restritos, uma vez que demonstram a inflação apenas em relação aos consumidores, sem levar em consequência os demais custos das empresas envolvidas para o fornecimento de energia elétrica.

A aplicação de índice setorial, inicialmente apresentada como bastante eficaz à garantia da modicidade do serviço, pode se constituir numa verdadeira armadilha futura aos mesmos consumidores que busca o autor defender. Tal assertiva decorre da possibilidade de surtos inflacionários setoriais posteriores, que majoram de forma desproporcional os custos de produtos ao consumidor, “infectar”

os citados índices, sem que haja um contrapeso, verificada na conjugação dos índices formadores do IGP-M.

Só a título de argumentação, corroborando com os argumentos acima noticiados, no ano de 2003, o IGP-M tem saldo acumulado de 5,89% (cinco vírgula oitenta e nove por cento), enquanto o IPCA e o INPC, sugeridos pelo *parquet* dispõem saldo respectivo de 6,64% (seis vírgula sessenta e quatro por cento) e 7,84% (sete vírgula oitenta e quatro por cento).

Citou acórdão sobre a aplicação do IGP-M (do e. STJ). Afirmando a inexistência de lesão ao direito do consumidor. Fez exposição sobre a existência de pluralidade de classes de consumidores. Procurou defender a necessidade de respeito aos contratos e, ao final, formulou pedidos de improcedência da ação civil pública e indeferimento do pedido de antecipação de tutela.

A resposta foi instruída com documentos.

A ANEEL contestou o pedido (fls. 807/829), defendendo, inicialmente, a ilegitimidade ativa do Ministério Público, por entender tratar-se de direito individual homogêneo disponível e que “muitos consumidores podem estar conscientes de seu dever de pagar o justo preço cobrado pela energia elétrica”. No mérito, dissertou sobre as formas de alteração tarifária (reajustes e revisão), sobre a competência da ANEEL, na atividade de regulação, sobre a razoabilidade da utilização do IGP-M como índice de correção monetária. Apresentou quadro comparativo entre os índices, na mesma linha do exposto pela CHESF. Defendeu a não ingerência do Judiciário sobre atos discricionários da Administração Pública e requereu o indeferimento do pedido de antecipação de tutela, o acolhimento da preliminar (art. 267, VI, do CPC) e, caso ultrapassada, a improcedência do pedido.

Resposta também instruída com documentos.

O Ministério Público Federal, em longa e circunstanciada peça (fls. 1002/1024), se manifestou sobre as contestações, renovando o pedido de antecipação de tutela.

Em seguida, conclusos os autos, o MM. Juiz de 1º grau julgou procedente o pedido, após rejeitar a preliminar de ilegitimidade do Ministério Público Federal, assim decidindo:

À luz do exposto, julgo procedente a ação para tornar inválida e inaplicável a cláusula do contrato CHESF-Coelce, bem como do contrato ANEEL-Coelce, que determinaram o cômputo do IGPM em relação à primeira revisão tarifária da Coelce, no ano de 2003. Este índice (o IGP-M) deverá ser modificado, para todos os fins desta mesma revisão tarifária, pelo INPC ou o índice que vier a substituí-lo, porque melhor refletiu a variação dos preços do consumidor no período e se adequa ao princípio da modicidade das tarifas no setor. O novo cálculo da revisão tarifária será objeto de liquidação de sentença, momento em que será fixado o *quantum* a ser ressarcido mediante compensação nas contas dos interessados na execução da sentença. Indefiro a antecipação de tutela requerida, dado o seu caráter satisfativo e tendo em conta que os valores impugnados já foram pagos, podendo ser objeto de devolução uma vez transitada em julgado o *decisum*.

Condeno as rés ao pagamento das custas e de honorários, estes arbitrados em 10% sobre o valor dado à causa. Sentença sujeita a duplo grau obrigatório.

Houve embargos de declaração, rejeitados (fls. 1047/1048).

Apelaram da sentença:

- a COELCE (fls. 1052/1073), com contra-razões às fls. 1080 e segs.
- a ANEEL (fls. 1110/1127), com contra-razões às fls. 1025 e segs.
- a CHESF (fls. 1157/1173), com contra-razões às fls. 1075 e segs.

Declarada a improcedência do pedido cautelar (fls. 1299/1300).

Publicado edital para ciência de terceiros interessados.

Subiram os autos e me foram distribuídos.

Encaminhados os autos à M.D. Procuradoria Regional da República, aquele órgão, na pessoa do M.D. Procurador Fábio Nóbrega, opinou pelo não conhecimento dos recursos, tendo em vista a ausência de interesse recursal, ante a inexecutibilidade da sentença recorrida e, no mérito, pelo não provimento das apelações,

as quais foram fundamentadas nos argumentos refutados. Fundou, o ilustre Procurador, seu parecer, basicamente, no seguinte:

[...] foi dito no relatório acima elaborado que a COELCE, em suas razões recursais, sustenta, dentre outros argumentos, a tese de inexigibilidade da sentença recorrida, porquanto o IGP-M simplesmente não seria um índice levado em consideração, ainda que indiretamente, no cálculo das revisões tarifárias periódicas relativas aos serviços de fornecimento e distribuição de energia elétrica. Por esse raciocínio, impossível, portanto, seria vislumbrar qualquer eficácia na decisão recorrida, uma que esta foi no exato sentido de *“tornar inválida e inaplicável a cláusula do contrato CHESF-Coelce, bem como do contrato ANEEL-Coelce, que determinaram o cômputo do **IGP-M em relação à primeira revisão tarifária da Coelce, no ano de 2003**”*. Essa tese, inclusive, foi sustentada por essa concessionária em embargos declaratórios interpostos contra sentença ora recorrida (fls. 1.042-1045), os quais, contudo, foram rejeitados nos termos da decisão de fls. 1.047-1.048), por entender o magistrado de origem que o IGP-M seria levado em consideração, sim, no cálculo das revisões tarifárias periódicas, e não apenas no dos reajustes tarifários anuais.

O exame dessa questão, conforme se vê, é claramente prejudicial ao exame dos demais argumentos trazidos nos três recursos de apelação sob análise. E isso porque, se procedente for a tese em comento, interesse recursal algum terão os entes recorrentes, para reformar a contestada decisão, haja vista a total carência de eficácia desta. Analiso esse problema, pois, com a devida prioridade, e tomo imediatamente como base um interessante caderno temático extraído do sítio da ANEEL - www.aneel.gov.br (documento anexo), no qual todo o complexo processo de fornecimento e distribuição de energia elétrica, incluindo os modos de recomposição tarifária desses serviços, é explicado com riqueza de detalhes.

Vejamos:

Segundo se depreende da leitura desse caderno, existem dois mecanismos ordinários de recomposição das tarifas do serviço público em referência, ambos vocacionados à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, mas sob aspectos distintos:

Um é o **reajuste tarifário anual**, o qual, segundo o item 5.1 do documento em estudo tem por objetivo o restabelecimento anual do poder de compra da receita obtida pela empresa concessionária.

O outro é a **revisão tarifária periódica**, a qual, segundo o item 5.2, é realizada, após um período médio de quatro anos, com o objetivo de rever o valor da receita necessária para a cobertura dos custos operacionais eficientes e da remuneração adequada sobre os investimentos realizados com prudência.

O reajuste tarifário anual obedece à seguinte fórmula:

$$IRT = \frac{VPA1 + VPB \times (IVI - + X)}{RAO}$$

Onde:

- IRT = índice de reajuste tarifário;
- VPA1= valor da parcela A, correspondente aos custos não gerenciáveis da concessionária, ou seja, aqueles cuja determinação independe das decisões administrativas da empresa prestadora do serviço público;
- VPB = valor da parcela B, correspondente aos custos gerenciáveis da concessionária, ou seja, aqueles que por ela podem ser administrados;
- IVI= refere-se ao “número índice” obtido pela divisão dos índices do **IGP-M** da Fundação Getúlio Vargas, ou do índice que vier a sucedê-lo, do mês anterior à data do reajuste em processamento e do mês anterior à data de Referência Anterior;
- X= é um “número índice” fixado pela ANEEL, a cada revisão periódica, conforme definido no contrato de concessão, a ser subtraído ou adicionado ao IVI a cada reajuste tarifário anual.

Já a revisão tarifária periódica é realizada mediante o cálculo do chamado REPOSICIONAMENTO TARIFÁRIO e do estabelecimento do acima referido FATOR X.

Ambos os referido cálculos são realizados nos termos das informações constantes das fls. 23-26, a cuja leitura remeto os senhores julgadores, para não tornar este parecer desnecessariamente longo.

Pois bem. O constatado, após longo dessas duas figuras destinadas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de energia elétrica, é que o impugnado IGP-M apenas é utilizado para o cálculo dos reajustes tarifários anuais, segundo a transcrita fórmula

matemática. Nunca, nem mesmo indiretamente, é utilizado no cálculo das revisões tarifárias periódicas, realizadas em média, a cada quatro anos.

O que ocorre, na revisão tarifária periódica, é o estabelecimento do fator X, o qual, nos reajustes subsequentes, é subtraído do IGP-M, para fim de distribuição dos ganhos decorrentes do aumento da eficiência do serviço aos consumidores de energia elétrica.

Nesse sentido, aliás, é explícita a oitava subcláusula da cláusula sétima do contrato de concessão de distribuição nº 01/98 – ANEEL/COELCE (fl. 89 destes autos):

Oitava Subcláusula – No processo de revisão das tarifas, estabelecido na subcláusula anterior, a ANEEL estabelecerá os valores de X, que deverão ser subtraídos ou acrescidos do IVI ou seu substituto, nos reajustes anuais subsequentes, conforme descrito na Subcláusula Sexta. Para os primeiros 4 (quatro) anos.

E o cálculo do fator X é realizado nos termos da alínea b, do item 5.2, a qual momento algum menciona a utilização do IGP-M em sua base de cálculo.

Assim, uma vez verificado que o IGP-M constitui um índice utilizado apenas na base de cálculo dos reajustes tarifários anuais, e não, ainda que indiretamente, na base de cálculo das revisões tarifárias periódicas, forçoso é concluir que a sentença recorrida simplesmente é inapta a surtir qualquer efeito prático, fato este a ensejar uma segunda conclusão pela **total ausência de interesse recursal por parte dos entes apelantes.**

Após acurado exame dos autos, dispensei a revisão e incluí o processo em pauta.

É o relatório.

VOTO

O JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI (Relator):

Inicialmente, convém destacar, a título de introdução, a indiscutível existência de graves problemas na área de regulação no Brasil. Muito se tem debatido acerca dessas entidades, criadas, aqui, como um dos pilares do projeto de desestatização, com um poder normativo bastante alargado, embora, respeitados os limites da legalidade.

Precisa-se repetir com ARTUR CAVALCANTI, que lembrava há dois anos:

o verdadeiro problema que se apresenta nesses dez anos de existência dos entes reguladores é, na verdade, a captura e a politização, que faz com que as agências não visem o bem comum, mas se tornem instrumentos no interesse do capital. (CAVALCANTI, Artur. Legalidade e Regulação pelas Agências Brasileiras. *Revista da Esmafe*, nº 16, Recife, dez. 2007. p. 158).

Na mesma linha, consulte-se José dos Santos Carvalho Filho (Agências Reguladoras e Poder Normativo. *In: ARAGÃO, Alexandre (org.). O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 87/89). Lembraria, ainda, a chamada “Lei de Stiglitz”, em verdade, conclusão do notável economista sobre a tendência dessas instituições a serem “capturadas”, ou pelo conjunto econômico dos regulados e/ou pelo setor político. Bem acentua Paulo Roberto Ferreira Motta que

como asseguram as experiências do direito comparado, as agências reguladoras, com o tempo, são capturadas pelas empresas prestadoras de serviço público, razão pela qual a existência delas não é garantia de controle e fiscalização eficaz, restando, em consequência, vasto campo perante os poderes judiciário e legislativo para que a cidadania exerça seus direitos e obrigue as prestadoras a cumprirem suas obrigações legais e contratuais. (MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri (SP): Manole, p. 196)

Essa questão das capturas política (nomeações, clientelismos etc) e econômica pelo setor regulado, mesmo em países desenvolvidos, é objeto de notável exame por Maria Salvador Martinez, em relevante obra denominada *Autoridades Independentes* (Barcelona: Ariel, 2002, p. 382 e segs.). No caso brasileiro, a situação é mais grave que na Alemanha, Itália, Espanha, Grã-Bretanha, EUA ...

Essa ineficiência, captura ou algo mais grave tem sido objeto de fundadas preocupações de parte mais isenta da doutrina, e de órgão de controle como o Tribunal de Contas da União. Observem-se algumas situações narradas pelo Ministro Walton Alencar

Rodrigues, daquela Corte, em relação ao setor elétrico e à ANEEL. Destacou:

Assente a competência constitucional do TCU de realizar auditorias e inspeções, de natureza operacional, e aferir a obediência ao princípio constitucional da eficiência, bem como a legitimidade da ação estatal, não poderia prescindir a Corte de Contas de fiscalizar a ponta de lança final da atuação das agências reguladoras, os contratos de concessão, os de permissão e os atos de autorização, para a prestação de serviços públicos. Os prestadores de tais serviços geram bens e direitos públicos – e.g. rodovias, portos etc. – ou de natureza semelhante, como os bens reversíveis, afetados à prestação do serviço público e, em última análise, respondem pelo próprio serviço delegado, pertencente à União, titular de tais prestações.

Como exemplo de atuações relevantes do TCU, cita-se a recente auditoria operacional, incidente sobre a gestão do encargo tarifário **“Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolados – CCC-ISOL”**, consistente em subsídios empregados nas Regiões Norte e Nordeste. O gigantesco montante de recursos envolvidos decorre do percentual de três a sete por cento das contas de energia elétrica pago por todos os usuários do sistema. O TCU apurou a inexistência de mecanismos de controle da regularidade dos gastos; o patente conflito de interesse na atuação da Eletrobrás, ora como gestora da CCC, ora como destinatária de 49% desses mesmos recursos, por meio de sua subsidiária Manaus Energia S/A; a ausência de elaboração da regulamentação exigida por ele; o problemático e injusto repasse integral das perdas elétricas às tarifas, a contribuir para a inadmissível despreocupação com a eficiência das concessionárias locais de energia.

No acompanhamento da licitação para a outorga de concessão do serviço público de transmissão de energia elétrica, o Tribunal verificou a ocorrência de irregularidades relacionadas ao cálculo da Receita Máxima Anual, constante do Edital 001/Aneel. As falhas variavam de simples erros de preenchimento de planilhas a erros mais graves, com direta repercussão econômico-financeira, como o cálculo incorreto da variação de índice de preços do IGP-M e do encargo ‘Reserva Global de Reversão’, projetado até o ano de 2034, muito embora a Lei 10.438/2002 tenha esta-

belecido a sua extinção ao final do exercício de 2010. No regime jurídico-constitucional brasileiro, em que a fiscalização do TCU pode ocorrer prévia, concomitante e posteriormente, todas essas questões relevantes, exigentes de imediata correção, foram levadas ao conhecimento das agências, a tempo de elas formularem as alterações nas licitações em andamento, antes que se tornassem imprescindíveis as determinações do TCU. Posteriormente, nos relatórios dos processos de auditorias, o TCU expediu determinações e recomendações, de similar objeto, destinadas a evitar a repetição futura das impropriedades. Outro problema grave, relacionado às concessões de transmissão de energia elétrica, refere-se à ausência de mecanismos de apropriação de ganhos de eficiência empresarial e de competitividade, conforme disciplina o art. 14, IV, da Lei 9.472/1997. No âmbito do TC-006.226/2004-8, verificou-se que os contratos de concessão obrigavam as concessionárias a reduzir os custos, criando condições para a redução das tarifas, por ocasião dos reajustes e revisões, mas na parte que disciplinavam a realização dos reajustes e revisões não contemplavam nenhuma hipótese que permitisse a efetiva realização dessa redução. Na ocasião, o TCU, por meio de Acórdão 649/2005, determinou expressamente à Aneel que cumprisse a lei e estabelecesse os mecanismos exigidos de transferência desses ganhos aos usuários. Importante contribuição do TCU decorreu da auditoria incidente sobre a “Tarifa Social”, instituída pela Lei 10.438/2002, com o objetivo de subsidiar o fornecimento de energia elétrica aos consumidores residenciais de baixa renda (TC-014.698/2002-7).

E ainda:

Na ocasião, o cruzamento dos dados de renda e de consumo da amostra extraída da Pesquisa sobre Padrões de Vida do IBGE identificou problemas com o critério estabelecido em lei – consumo de energia elétrica – para identificar os beneficiários da especialíssima tarifa. A escolha somente seria adequada se houvesse forte correlação entre consumo de energia elétrica e renda, o que na prática não se verificou. Assim, a aplicação dos critérios legais, além de excluir consumidores de baixa renda, fez incluir, entre os beneficiários, quantidade considerável de domicí-

lios de média e alta renda, produzindo resultado oposto aos objetivos declarados na lei.

Por meio de auditorias, realizadas nas agências reguladoras e nos ministérios, com a atuação relacionada à área de infra-estrutura, o Tribunal de Contas da União identificou a insuficiência das políticas e diretrizes macro-setoriais. Essa lacuna fez com que as agências, de forma anômala, exorbitassem de seus mandatos legais, pois, para regular todo o setor, foram obrigadas a tomar decisões afetas aos organismos governamentais formuladores de políticas públicas.

No setor energético, a ausência de diretrizes políticas decorria, antes de tudo, da falta de atuação do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), instituído pela Lei nº 9.478/1997, a quem caberia assessorar o Presidente da República, na formulação da política energética nacional. No setor de telecomunicações, verificou-se a omissão do Ministério das Comunicações, a quem competia o papel de assessorar o Presidente da República na formulação das políticas do setor, não existindo previsão em lei de colegiado com tal competência.

(RODRIGUES, Walton Alencar. O Controle da Regulação no Brasil. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasil, ano 36, nº 104, Abr./Jun. 2005, p. 09 e10)

Essa preocupação com as revisões tarifárias gerou, inclusive, no TCU, a expedição da Portaria nº 35/2001 e da Instrução Normativa nº 43/2002, pois a Aneel fixou critérios de revisão tarifária, por não ter preenchido o legislador esse espaço (Lei nº 8.987/95, art. 29).

Defende-se que,

não tendo a lei fixado critérios, mas linhas gerais, restou ao regulador, fundado em sua discricionariedade técnica, estabelecer metodologia de revisão que contemplasse o exame da estrutura de custos da empresa, das condições do mercado, comparando-se os níveis de tarifas no contexto nacional e internacional, e estimulando-se a eficiência econômica da concessionária que se expressa em modicidade tarifária, preservando, assim, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. (ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. A Agência Nacional de Energia Elétrica, o Tribunal de Contas da União e a fiscalização dos

processos de revisão tarifária dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica. *Revista da Esmafe*, Recife, nº 15, 2007, p.183).

Ocorre que, essa “metodologia” construída pela ANEEL é prejudicada desde o início pelas características do Regulador Setorial, fragilizado pelo fenômeno da captura. Apresenta, o setor, os seguintes problemas:

- a) precariedade no sistema de aferição dos “ganhos de produtividade”, critério que vem substituindo o de “variação de custo” das concessionárias, nas três áreas de concessão do setor elétrico: 1- Distribuição, 2- Transmissão e 3- Produção (geração);
- b) a patente assimetria informacional que tem caracterizado as planilhas de custos das concessionárias (vide COELHO, André Felipe Canuto. *Assimetria Informacional e Colapso Regulatório. O caso da Agência Nacional de Telecomunicação*. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE. p. 117 e segs);
- c) a utilização de “paradigmas empresariais” sem o abatimento das vantagens econômico-financeiras das concessionárias brasileiras;
- d) nítida preocupação do regulador em “amparar” o regulado, em desequilíbrio com a posição fragilizada do usuário;
- e) falta de procedimentalização adequada como instrumento de legitimação da atuação do regulador, diferentemente do que ocorre em países como os EUA (vide, p. ex., CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis Muga. *Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 53 e segs).

Esse descontrole sobre o custo da energia elétrica tem gerado graves preocupações, pois a elevação desenfreada das tarifas apresenta-se como elemento inibidor do desenvolvimento. A revista *Conjuntura Econômica*, de outubro de 2008, em artigo da autoria de Daniela Matos, denominado “Custo de energia compromete crescimento”, destacava um dado preocupante em relação aos custos de energia elétrica:

As tarifas de 2000 a 2007 aumentaram 217% e a tendência é de que a alta prossiga, pelo menos até 2012, para quando se esperam o início das operações das hidrelétricas na região norte e o aumento da produção nacional de gás. O tema preocupa as indústrias: energia cara é um fator altamente recessivo para a economia, uma vez que desestimula investimentos produtivos.

Salienta-se, por fidelidade à verdade, que houve também ampliação dos encargos setoriais que “saltaram de 35,91% da receita bruta do setor, em 2002, para 46,33% em 2006”.

Tudo isso se reflete sobre as variações tarifárias, que são de duas espécies, nos termos dos artigos 9º ao 13 da Lei Geral de Concessão: reajuste e revisão.

O reajuste corresponde às modificações normais de tarifas, regra geral com periodicidade anual, composta de duas parcelas. A primeira referente aos custos gerenciáveis, à qual aplica-se o índice previsto no edital da concorrência e no contrato firmado (IGP-M, INPC etc). A segunda parcela refere-se aos “custos não gerenciáveis” cuja variação vai compor, com a primeira, o percentual do reajuste. É normalmente nessa segunda parcela que surgem as inserções assimétricas indevidas, custos fictícios etc.

A revisão que pode ser ordinária (na periodicidade prevista no contrato) ou extraordinária, correspondente à “possibilidade de modificação imprevisíveis na formação dos custos necessários à prestação dos serviços” (JUSTEN Filho, Marçal. *Teoria Geral das Concessões do Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 263), ou na obtenção de ganhos de produtividade necessários ao aprimoramento do serviço, englobando a situação que a clássica doutrina francesa denominava de imprevisão ou “fato do príncipe”.

Não olvide lição de GASPARIANO, acerca das graves dificuldades do controle judicial sobre a política tarifária, quando leciona:

aunque el Derecho de los servicios públicos se ha perfeccionado considerablemente en los últimos años, las dificultades técnicas del juicio económico de un Tribunal subsisten y los sistemas probatorios de nuestras leyes procesales no son los adecuados para estos casos. La única

forma de que un juez pueda emitir un juicio fundado sobre la elevación (o no) de una tarifa o sobre la procedencia (o improcedencia) de una subvención compensadora de su insuficiencia, es que cuando el asunto llegue hasta él, se encuentren incorporados al expediente análisis económicos fiables, objetivos, neutrales, elaborados, tras las alegaciones de las partes, por un ente regulador o tribunal administrativo, independiente que informe preceptivamente, con carácter previo, sobre él. (ARIÑO, Gaspar. *Precios y Tarifas in Sectores Regulados*. Granada: Comares, 2001, introducción, p. XVII)

No Brasil, o Judiciário sofre com a atecnia nessa área tão especializada e não tem o elemento neutro informador (como tal não podem ser consideradas as Agências Brasileiras). Mesmo assim, dado o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, enfrentar-se-á a questão.

Preliminarmente, deve ser afastada a pretensa ilegitimidade do Ministério Público. Pacificada já a jurisprudência, no sentido que, mesmo frente a direitos individuais homogêneos, em tese disponíveis, a legitimidade ativa do *Parquet* para a ação civil pública tem amparo constitucional, quando se trata de direitos socialmente relevantes, o que é o caso. A energia elétrica responsável pela adequada preservação de bens, funcionamento de equipamentos em residências, indústrias, prestadores de serviços: escolas, hospitais, comércio em geral; iluminação de vias públicas, edifícios públicos (quartéis, presídios, fóruns, dentre outros), não pode ser tida como uma questão cuja relevância não possa ser objeto de ativa preocupação do Ministério Público, quer para a instauração de procedimentos administrativos, quer para a propositura de ações judiciais.

A preliminar é de ser rejeitada, reconhecendo-se a legitimidade e o interesse processual do Ministério Público no caso.

A segunda preliminar a ser examinada é aquela suscitada pelo Representante do Ministério Público, no parecer apresentado a esta Corte, quando defendeu a “ausência de interesse recursal ante a alegada inexequibilidade da sentença recorrida, uma vez que o IGP-M não é levado em consideração no cálculo das revisões tarifárias periódicas, mas apenas no dos reajustes tarifários anuais” (p. 1312).

Argumentou o ilustre Procurador, conforme já transcrito no relatório, que não haveria aplicação do IGP-M na hipótese de “revisão tarifária”, só nos reajustes anuais. A preliminar do M.D. Representante do Ministério Público Federal é, apesar de bem fundamentada, equivocada. Observa-se que o pedido esboçado na inicial (fl. 24) é bem mais amplo que a discussão sobre revisão. Pleiteou-se:

Seja declarada a nulidade das cláusulas contratuais que prevêem o reajustamento pelo IGP-M, tanto do contrato CHESF-COELCE, quanto do contrato ANEEL-COELCE, devendo prevalecer preferentemente o INPC ou, subsidiariamente, o IPC-A, que melhor refletem os reajustes das relações de consumo, devendo ser formulado novo cálculo de revisão tarifária a partir da aplicação de um desses índices, mediante perícia contábil a ser determinada por esse Juízo, prevalecendo, até sentença final, os valores a serem cobrados mediante aplicação do redutor referido no pedido de antecipação de tutela.

Além disso, a leitura da extensa Nota Técnica nº 049/2003, da ANEEL, referente à discutida revisão tarifária de 2003 (fls. 395 e segs – sobretudo fls. 166 e segs), demonstra que o IGP-M tem relevância, mesmo na revisão, pois, se reduzida a parcela dos reajustes anuais representados em relação aos custos gerenciáveis pelo índice, o acréscimo da diferença entre a receita e os custos considerados, tem como inevitável consequência o aumento do Fator “X”. Não há, pois, como se falar em inutilidade e inexecutabilidade da sentença que acolheu o pedido.

Ocorre que, no meio de tantos equívocos e descasos da regulação, dentre isso não se encontra a previsão, nos editais, do IGP-M. Esse índice nunca será um índice extremo, quer para mais, quer para menos. O IGP-M é uma média de três índices: o IPA-M (Índice de Preços por Atacado), o IPC (Índice de Preços ao Consumidor) e o INCC (Índice Nacional da Construção Civil), com pesos de 60%, 30% e 10%. Fácil é vislumbrar essa ponderada posição do IGP-M. Nesse sentido, observe-se a seguinte notícia:

IGP-M

O Índice Geral de Preços – Mercado (IGP-M) subiu 0,26% em fevereiro, ante deflação de 0,44% em janeiro, informou

ontem a Fundação Getúlio Vargas (FGV). A FGV anunciou ainda os resultados dos três indicadores que compõem o IGP-M de fevereiro. O Índice de Preço por Atacado-Mercado (IPA-M) subiu 0,20% em fevereiro, após registrar deflação de 0,95% em janeiro. O Índice de Preços ao Consumidor-Mercado (IPC-M) apresentou aumento de 0,40% em fevereiro, em comparação com a elevação de 0,75% em janeiro. Já o Índice Nacional de Custos da Construção-Mercado (INCC-M) registrou avanço de 0,35%, após subir 0,26% em janeiro. Até fevereiro, o IGP-M acumula queda de 0,18 e taxa positiva de 7,86% em 12 meses. (Jornal DCI, de 27/02/2009, p. A3).

Deve-se observar, ainda, alguns aspectos:

- a) a relação entre a CHESF e a COELCE não é relação de consumo nos termos da Lei nº 8.078 (CDC). É a relação entre uma produtora de energia e, também, concessionária de transmissão, não sendo adequada a aplicação de índice de aferição de variação inflacionária referente ao consumo (exclusivamente), onde se leva em conta itens que nada têm com produção, sobretudo de energia elétrica. Por outro lado, não se podem olvidar fontes múltiplas e custos diferenciados de energia em grosso, originárias de concessões antigas tarifadas, energia adquirida no mercado e energia nova;
- b) a questão da exacerbação das revisões e reajustes de energia elétrica não tem decorrido dos índices, como o IGP-M, mas da absorção de pretensos custos “não gerenciáveis” e de conferência “precária” pela ANEEL.

Observam-se, por exemplo, reajustes recentes autorizados para 2009, pela ANEEL, em relação às subsidiárias da Companhia Paulista de Força e Luz (CPFL). Em período no qual o IGP-M foi de 8,15%, os índices autorizados foram de 24,09% para Santa Cruz CPFL; 12,94% para a CPFL – Leste Paulista; 11,36% para CPFL Jaguari; 11,64% para a CPFL Paulista; 11,18% para CPFL Mococa, e, mesmo assim, as distribuidoras estão insatisfeitas, pleiteando revisão dos índices.

Em verdade, o grande problema não é o IGP-M, mas o “plus” que se adiciona àquele. Nesse adicional é que têm surgido os grandes problemas.

Observe-se, nessa linha, o pronunciamento de Márcio Sant’anna, Sócio Diretor da Ecom Energia:

... há ainda outros itens que passam a ser cobrados esse ano no mercado cativo e que o livre já pagou, entre eles o encargo sobre o sistema (ESS) e o reajuste da tarifa de energia de Itaipu, que teve aumento autorizado de 8,77% pela Aneel, além do aumento de custo com a desvalorização do real frente ao dólar. A agência utilizou taxa de câmbio de R\$ 2,3083 para os reajustes da CPFL. “Com todos esses componentes para o preço da energia, já trabalhamos com um aumento de até 18% para os consumidores industriais”, revelou o executivo. ‘Se considerarmos que o Brasil teve uma inflação de 4% a 5%, é um absurdo chegarmos a quase 20%’, criticou ele. Por esse motivo, Sant’anna aposta na retomada da migração de diversos consumidores para o mercado livre (Jornal DCI, de 27/02/2009, p. A6).

O resultado dessa demanda é melancólico.

A regulação da energia elétrica tem sido precária, deficiente e prejudicial ao consumidor. As empresas do setor têm tido elevada rentabilidade (vide *Conjuntura Econômica*, out. 2005, v. 59, nº 10 – Um recorde na divisão de lucros – p. 34/40), e a COELCE teve a melhor rentabilidade setorial. Ocorre que o Ministério Público Federal, apesar de bem intencionado, atacou com a presente ação uma dos poucos aspectos não puníveis de revisão judicial - o índice “IGP-M”, salientando que não tem sido ele que infla as tarifas. Nada há a fazer no caso.

Com essas considerações, DOU PROVIMENTO às apelações e à remessa oficial, para julgar improcedente o pedido.

É como voto.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2.851-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelantes: MARIA JOSELINA PEREIRA DA SILVA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Repte: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. RAIMUNDO DA SILVA ARAÚJO E OUTRO (1º APTE.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. RESTABELECIMENTO. CONVERSÃO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. POSSIBILIDADE. LAUDO MÉDICO PERICIAL COMPROBATÓRIO DA INCAPACIDADE DEFINITIVA. PORTADORA DE SEQUELAS DE TUMOR CEREBRAL. FATORES SOCIOECONÔMICOS QUE CONDUZEM À IMPOSSIBILIDADE DE REABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE QUE LHE GARANTA SUBSISTÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. POSSIBILIDADE. JUROS DE MORA.

- O benefício de Aposentadoria por Invalidez é devido ao segurado que, estando ou não em gozo do Auxílio-Doença, for considerado incapaz para o trabalho e insusceptível de reabilitação, dependendo, para tanto, apenas da verificação da condição de incapacidade, mediante exame médico pericial.

- Restou provado nos autos, através de laudo médico-pericial (fl. 207), que o autor é portador de seqüelas por Neuromioma do Acústico à esquerda que comprometem a marcha, fala, audição e visão, patologia de caráter permanente e progressivo, necessitando de tratamento contínuo para evitar o agravamento motor e neurológico, com limitações que o incapacitam para o exercício de atividade laborativa, conforme

consta do referido laudo.

- Comprovada a incapacidade laborativa do segurado, e verificado que se encontra totalmente incapacitado para a reabilitação em outra atividade que lhe garanta a subsistência, deve ser mantida a sentença que lhe concedeu a Aposentadoria por Invalidez.

- Nos casos de benefícios previdenciários, deve ser confirmada a antecipação da tutela contra o INSS, pois o risco de irreversibilidade da medida não deve ser observado em detrimento da própria subsistência do segurado.

- Em se tratando de débitos previdenciários, cuja natureza é alimentar, devem incidir juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação (Súmula 204 do STJ).

- Apelação do INSS e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELREEX 2.851-CE, 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 cível do INSS e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 17 de março de 2009 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de remessa oficial e de apelação cível interposta pelo INSS contra sentença de fls. 219/226, da lavra da eminente Juíza Federal da 8ª Vara da SJ/CE que julgou procedente o pedido formulado na peça exordial, determinando ao INSS que seja pro-

cedido o restabelecimento do benefício de Auxílio-Doença, com a conversão em Aposentadoria por Invalidez, em favor da autora, pagando-lhes as parcelas em atraso devidas desde a cessação, acrescidas de atualização monetária e de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação; a Autarquia Previdenciária foi condenada, ainda, no pagamento de honorários fixados em 10% sobre o valor da condenação (Súmula 111 do STJ).

2. O INSS, em sede de razões recursais, alega em síntese que: (a) não poderia ter se concedido antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, o que infringe frontalmente o ordenamento jurídico; (b) requer a atribuição de efeito suspensivo à Apelação, para que se obste a implantação do benefício; (c) não resta comprovada a incapacidade irreversível e permanente do recorrido e, da mesma forma, não há indicação da data de incapacidade a ensejar a continuidade do pagamento da aposentadoria por invalidez; (d) conforme precedentes jurisprudenciais, quando o laudo não esclarece a data de início da incapacidade, o termo inicial do benefício deve-se a partir do ajuizamento da ação. Requer, por fim, caso seja mantida a decisão de primeiro grau, a modificação do julgado no que se refere à condenação em juros de mora.

3. Contra-razões apresentadas às fls. 255/261.

4. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

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

1. A matéria tratada nos presentes autos versa sobre a possibilidade (ou não) de restabelecimento do benefício de Auxílio-Doença e sua transformação em Aposentadoria por Invalidez.

2. Aduz o INSS, em preliminar, que não poderia ter-se concedida a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, o que infringe frontalmente o ordenamento jurídico, assim, requer a atribuição de efeito suspensivo à Apelação, para que se obste a implantação do benefício.

3. Respeitando os posicionamentos adversos, entendo que a antecipação de tutela deve ser confirmada, tendo em vista que

restou demonstrado, por meio de laudo pericial conclusivo pela inaptidão ao trabalho, o direito à concessão do benefício de Aposentadoria por Invalidez ora postulado; restou demonstrado, ainda, por meio de início de prova material corroborada pela prova testemunhal que a autora é segurada especial na qualidade de Trabalhadora Rural.

4. Ademais, nos casos de benefícios previdenciários, deve-se levar em conta a natureza alimentícia da prestação, cuja demora na concessão pode acarretar graves prejuízos à sobrevivência da demandante. Assim, diante do estado de pobreza da segurada e em face da verossimilhança dos fatos alegados, o risco da irreversibilidade da medida não deve ser observado a ponto de comprometer a proteção de direitos fundamentais, como a própria subsistência do jurisdicionado.

5. Ao adentrar no mérito da demanda, vale tecer algumas considerações acerca do benefício de Auxílio-Doença e dos requisitos para a sua transformação em Aposentadoria por Invalidez.

6. O auxílio-doença é benefício pago em decorrência de incapacidade temporária, sendo devido enquanto permanecer a incapacidade, e renovável a cada oportunidade em que o segurado dele necessite. Conforme preceitua o art. 59 da Lei 8.213/91, 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 sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.*

7. Compulsando os autos, verifica-se que o INSS concedeu à ora apelada, em 1997, o benefício de Auxílio-Doença, em razão da mesma encontrar-se incapacitada para o exercício de suas atividades laborais, sendo que o cancelamento do referido benefício previdenciário ocorreu em 2003, quando a perícia médica teria constatado a inexistência de incapacidade para trabalhar.

8. Portanto, o cerne da questão para o restabelecimento do benefício de Auxílio-Doença é a constatação da incapacidade para o exercício da atividade laborativa.

9. Constata-se, à fl. 207 dos autos, que o perito médico, designado pelo Juízo, concluiu que a autora é portadora de seqüelas por

Neuromioma do Acústico à esquerda que comprometem a marcha, fala, audição e visão à esquerda, paralisia facial com acentuado desvio da comissura labial à direita, com limitações que a incapacitam para o exercício de qualquer atividade laborativa.

10. Respondendo aos quesitos, o perito sustentou, ainda, que *as seqüelas são de caráter permanente e definitivo necessitando de tratamento continuado para evitar o agravamento motor e neurológico.*

11. Observo, *a priori*, que a Autarquia previdenciária não poderia ter cancelado o Auxílio-Doença da autora como o fez, em 2003, sem que a mesma estivesse apta a desempenhar sua atividade habitual ou tivesse sido reintegrada ao trabalho em atividade compatível com a sua condição física.

12. O artigo 62 da Lei 8.213/91 prescreve, *in verbis*:

Art. 62 - O segurado em gozo de auxílio doença, insusceptível 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, aposentado por invalidez.

13. Por outro lado, é de se observar que, para conversão do Auxílio-Doença em Aposentadoria por Invalidez, outros aspectos relevantes ao caso, como a idade e as condições socioeconômicas e profissionais, devem ser consideradas, uma vez que o segurado não pode permanecer *ad eternum* percebendo Auxílio-Doença, ainda que a sua incapacidade laborativa seja parcial.

14. É sabido que a Administração Pública pode rever os seus próprios atos e anulá-los, em caso de vício, ou revogá-los, por inoportunos ou inconvenientes, sendo essa prerrogativa administrativa uma real e inafastável necessidade, em vista de erros, equívocos e fraudes que podem efetivamente ocorrer na confecção dos atos que emite.

15. Entretanto, na suspensão ou cancelamento do mencionado benefício não pode haver quaisquer arbitrariedades por parte da autarquia previdenciária, devendo o ente público, ao verificar

qualquer irregularidade, averiguar claramente a recuperação do segurado e sua possibilidade de reinserção no mercado de trabalho, devendo conceder-lhe, ainda, oportunidade para prestar esclarecimentos e produzir provas que avaliar necessárias.

16. No caso dos autos, é de se considerar que a autora, além de ser portadora de diversas seqüelas de tumor cerebral, que a tornam definitivamente incapacitada para o exercício de qualquer atividade laborativa, conforme consta do laudo pericial, é cinqüentenária (nascida em 1959) e não tem o grau de instrução necessário para a prática de outras atividades, ou seja, para o exercício de profissão que, apesar de não exigir esforço físico, requeira alguma capacidade intelectual; o que seria pura utopia imaginar-se que uma pessoa nessas condições, encontraria facilidade em inserir-se no mercado de trabalho, hipótese sequer possível para aquelas que são jovens, iniciando sua vida profissional, como é sabido.

17. Destaque-se que a disciplina do ordenamento jurídico denominado Direito Previdenciário possui certas especificidades que servem para distingui-la das demais disciplinas, haja vista tratar-se de parte do sistema jurídico que cuida de questões fundamentais para a vida humana, quais sejam a vida e a saúde.

18. Ademais, já é pacífica a jurisprudência pela qual, em face da idade avançada e das peculiaridades do caso, é de ser deferida a aposentadoria por invalidez, cuja situação é sabidamente mais rigorosa, ainda que o autor não seja totalmente incapaz para qualquer atividade, por ausência de condições de ser inserido no mercado de trabalho:

PREVIDENCIÁRIO. INCAPACIDADE LABORATIVA. CONVERSÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. POSSIBILIDADE. GRATIFICAÇÃO NATALINA DEVIDA.

1. Deve-se levar em consideração para fins de conversão do benefício de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez outros aspectos relevantes ao caso, como a idade do autor e as condições socioeconômico e profissional de seu trabalho, nos exatos termos do comando do art. 5º da LICC.

(TRF5, AC 127.231-PE, Segunda Turma, Rel. Des. Federal PETRUCIO FERREIRA, DJU 30.10.98, p. 235).

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INÉPCIA DA INICIAL. SENTENÇA *EXTRA PETITA*. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. QUALIDADE DE SEGURADO.

Comprovado pelo conjunto probatório que o segurado é portador de moléstia que o incapacita para o exercício de atividade habitual e não é passível de reabilitação profissional, concede-se a aposentadoria por invalidez a contar do laudo pericial.

(TRF4, AC 200371140015182-RS, Sexta Turma, Rel. Des. Federal JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, *DJU* 29.09.04, p. 770).

19. Assim, diante dos fundamentos aqui expostos, é mais coerente com o texto constitucional brasileiro, que apregoa com tanta força o dever de observância aos valores da saúde e da vida, entender-se insubsistentes as alegações formuladas no recurso de apelação do INSS, devendo ser mantida a sentença de Primeiro Grau que condenou a Autarquia apelante ao restabelecimento do benefício de Auxílio-Doença da autora a partir da suspensão indevida, com a transformação em Aposentadoria por Invalidez, tendo em vista que, em razão de sua limitação física, idade e condições socioeconômica e profissional, encontra-se insusceptível de reabilitação para o exercício de outra atividade que lhe garanta a subsistência

20. Ressalto, por fim, que, nas causas previdenciárias, aplica-se a Lei nº 6.899/81 e suas alterações posteriores no cálculo da correção monetária das parcelas em atraso (Súmula nº 148/STJ), bem assim, sobre os juros de mora, incide o percentual de 1% ao mês, a partir da citação.

21. Tal é o posicionamento uníssono no Superior Tribunal de Justiça, como se depreende da ementa abaixo transcrita:

PREVIDENCIÁRIO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. PERCENTUAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 148/STJ.

1. É entendimento desta Corte que os juros de mora, nas ações previdenciárias, incidem a partir da citação, à razão de 1% ao mês. Aplicação da súmula 204 - STJ. Precedentes.

2. Este Tribunal consolidou o entendimento no sentido do cálculo da correção nos termos da Lei 6.899/81, devendo,

entretanto, ser aplicada às parcelas devidas anteriormente ao ajuizamento da ação, ante o caráter alimentar do benefício previdenciário, de acordo com o critério estabelecido pelas Súmulas 43 e 148/STJ.

(REsp 396.424-CE, Sexta Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJU02.09.02, p. 261).

22. Desta forma, tendo em vista os fundamentos expendidos, nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, mantendo a sentença pelos seus próprios e doutos fundamentos.

23. É como voto.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 3.401-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: JOÃO LOPES FRAZÃO E OUTROS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. MARIA LUCIA SOARES DE ALBUQUERQUE MARQUES E OUTROS (APDOS.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. REVISÃO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. RECONHECIMENTO EM SENTENÇA TRABALHISTA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DO INSS. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS
- Versam os autos de pedido de revisão da renda mensal inicial de aposentadoria, requerendo os autores que sejam computados no valor do seu benefício o adicional de periculosidade reconhecido judicialmente pela justiça do trabalho.
- Desnecessidade de prévio esgotamento das instâncias administrativas para ingresso em juízo.
- Por se tratar de relação de trato sucessivo, encontra-se atingida pela prescrição apenas as

prestações vencidas anteriormente a cinco anos do ajuizamento da ação, nos termos da Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça.

- O § 9º da Lei nº 8.212/91 elenca taxativamente as parcelas que não integram o salário-de-benefício para os fins legais, sem contudo incluir a decorrente do adicional de periculosidade. No caso dos autos, o direito dos apelados ao recebimento do adicional de periculosidade, no percentual de 40%, foi reconhecido judicialmente por meio de ação trabalhista.

- Em face do reconhecimento, em ação trabalhista, do direito dos segurados ao adicional de periculosidade, têm direito os aposentados à alteração do valor do salário-de-contribuição, com recálculo do salário-de-benefício e, conseqüentemente, a alteração da renda mensal inicial dos seus benefícios de aposentadorias.

- No que pertine à data de início do pagamento das diferenças, fixo-a na data do ajuizamento da ação em face de não ter havido requerimento administrativo prévio e, na dada de concessão das referidas aposentadorias, não havia o reconhecimento judicial do adicional de periculosidade.

- Deve ser mantida a condenação contida na sentença de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, em razão de se tratar de verba de natureza alimentar (benefício previdenciário).

- Segundo o entendimento jurisprudencial de nossas Cortes Regionais, inclusive deste egrégio Tribunal, nas ações previdenciárias, devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, incidente sobre as parcelas vencidas (Súmula 111/STJ).

- Reexame necessário não provido e apelação parcialmente provida, apenas para fixar a data de início de pagamento das prestações em atraso.

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 ao reexame necessário e dar parcial provimento à apelação, na forma do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 28 de abril de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de reexame necessário e apelação cível interposta pelo INSS contra sentença, prolatada em ação ordinária, que reconheceu aos apelados o direito à revisão da RMI dos seus benefícios previdenciários, de modo a incluir os valores relativos ao adicional de periculosidade reconhecido em reclamação trabalhista, respeitado o teto de contribuição.

A sentença determinou o pagamento das parcelas em atraso, respeitada a prescrição quinquenal e devidamente atualizadas com juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

Nas razões, alega o INSS: a) carência do direito de ação em face da ausência de requerimento na via administrativa; b) ausência do direito de inclusão, no cálculo da RMI do benefício, de valores sobre os quais não incidiu contribuição previdenciária; c) impossibilidade de modificação da sistemática de cálculo da RMI em face do ato jurídico perfeito, consistente na conclusão do processo de aposentação; d) que o pagamento das diferenças seja fixado a partir do efetivo recebimento dos valores devidos a título de adicional de periculosidade e depois de recolhidas as contribuições previdenciárias, e, em não sendo acolhido tal entendimento, roda pelo pagamento das diferenças com termo inicial na data do ajuizamento da ação ou, sucessivamente, na data que transitou

em julgado a Reclamação Trabalhista nº 00.0011597-5; e) redução dos juros de mora para 0,5% ao mês; f) aplicação do § 4º, art. 20 do CPC na fixação dos honorários advocatícios, entendendo descabida a sua fixação sobre o valor da condenação.

Contrarrazões às fls. 268/385.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Versam os autos de reexame necessário e apelação cível interposta pelo INSS contra sentença que reconheceu aos apelados o direito à revisão da RMI dos seus benefícios previdenciários, de modo a incluir os valores relativos ao adicional de periculosidade reconhecido em reclamação trabalhista, respeitado o teto de contribuição.

Analiso inicialmente a preliminar de carência de ação alegada pelo INSS. O prévio esgotamento das instâncias administrativas não é requisito para ingresso em juízo, conforme entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO RURAL. DESNECESSÁRIO O PRÉVIO INGRESSO NA VIA ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que o prévio requerimento na esfera administrativa não pode ser considerado como condição para propositura da ação de natureza previdenciária. Precedentes.

2. Recurso especial provido para determinar a remessa dos autos à Corte de origem para que prossiga no exame do mérito.

(STJ, Sexta Turma, REsp 386570, Relatora Maria Thereza de Assis Moura, DJE, data: 12/05/2008 RJPTP, vol.: 00018, p.: 00122)

No que se refere a prescrição, por se tratar de relação de trato sucessivo, encontra-se atingida apenas as prestações anteriores

a cinco anos do ajuizamento da ação, nos termos da Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça.

Passo à análise do mérito.

Versam os autos de pedido de revisão da renda mensal inicial de aposentadoria, requerendo os autores que sejam computados no valor dos seus benefícios o adicional de periculosidade reconhecido judicialmente pela Justiça do Trabalho.

Dispõe o art. 28 da Lei nº 8.213/91 que o valor do benefício será calculado com base no salário-de-benefício. Por sua vez, dispõe o art. 28, I, sobre o que se entender por salário-de contribuição:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

O § 9º da Lei nº 8.212/91 elenca taxativamente as parcelas que não integram o salário-de-benefício para os fins legais, sem contudo incluir a decorrente do adicional de periculosidade.

No caso dos autos o direito dos apelados ao recebimento do adicional de periculosidade, no percentual de 40%, foi reconhecido judicialmente por meio de ação trabalhista (RE 00.00115975).

Assim, em face do reconhecimento, em ação trabalhista, do direito dos segurados ao adicional de periculosidade, têm direito os aposentados à alteração do valor do salário-de-contribuição, com recálculo do salário-de-benefício e, conseqüentemente, a alteração da renda mensal inicial dos seus benefícios de aposentadorias.

Neste sentido o precedente abaixo:

PREVIDENCIÁRIO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. RECONHECIMENTO DO DIREITO NA JUSTIÇA DO TRABALHO. CÁLCULO DA RMI. JUROS DE MORA.

1- O direito ao adicional de periculosidade no percentual de 30%, verba de natureza salarial, somente foi reconhecido em 12 de fevereiro de 2001, data do trânsito em julgado da Reclamação Trabalhista nº 01.03.0356/01. Por essa razão, não pôde ser levado em consideração no momento da concessão do benefício em 18 de fevereiro de 1999.

2- Quando do deferimento administrativo do auxílio-doença, o autor estava efetivamente submetido à atividade perigosa. **Por conseguinte, faz ele jus ao cálculo de seu salário-de-benefício levando em consideração os salários-de-contribuição majorados pela incidência do adicional de periculosidade, nos termos reconhecidos pela Justiça do Trabalho, respeitados os limites legalmente fixados e a prescrição quinquenal.** Precedentes.

(TRF-5ª R. - AC 2006.85.00.001923-4 - (413324/SE) - 1ª T. - Rel. Francisco Cavalcanti - *DJe* 15.12.2008 - p. 133) Grifos acrescidos.

Não merece respaldo a alegação do apelante de que os apelados não teriam direito à inclusão, no cálculo da RMI dos benefícios, de valores sobre os quais não incidiu contribuição previdenciária, bem como, de impossibilidade de modificação da sistemática de cálculo da RMI em face do ato jurídico perfeito.

Inicialmente, convém destacar que o ato de concessão do benefício não está imune à alteração, pois comprovado que o ato encontra-se eivado de alguma falha na sua formação, perfeitamente possível a revisão, não caracterizando tal atitude ofensa ao ato jurídico perfeito.

Ademais, o fato de não ter sido recolhido às contribuições previdenciárias sobre o adicional de periculosidade não impede a revisão do benefício, uma vez que compete à autarquia previdenciária promover a execução das contribuições que não lhe foram repassadas pelo empregador, não podendo tal ausência prejudicar os requerentes.

Neste sentido a jurisprudência deste egrégio Tribunal:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. MAJORAÇÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. IMPROVIMENTO.

1. A instituição de decadência decenal do direito à revisão de benefício pela Lei nº 9.528/97 somente flui, em relação aos fatos pretéritos, a partir da data de sua entrada em vigor.

2. É garantida a conversão em tempo de serviço comum do período em que o serviço foi prestado em atividade profissional considerada perigosa, insalubre ou penosa pelos Decretos nº 53.831/64 e 83.030/79, antes da edição da Lei nº 9.032/95, independentemente da produção de laudos periciais comprovando efetiva exposição do empregado a agentes nocivos, especialmente quando decisão da Justiça do Trabalho, transitada em julgado, reconhece a nocividade, concedendo ao empregado adicional de periculosidade.

3. As Reclamações Trabalhistas, transitadas em julgado, que ocasionem aumento da remuneração do empregado, devem ser consideradas para o cálculo da Renda Mensal Inicial do benefício da aposentadoria, sendo irrelevante a alegação da autarquia previdenciária de que o recolhimento das contribuições não abrangeu a majoração promovida pela decisão judicial, pois é de sua responsabilidade promover a execução dos valores que não foram corretamente repassados pelo empregador.

4. Recurso improvido.

(TRF-5ª R. - AC 243.553 - (2001.05.00.004149-5) - RN - 2ª T. - Rel. Des. Fed. Petrucio Ferreira - DJU 27.10.2003 - p. 553)

No que pertine à data de início do pagamento das diferenças, fixo-as na data do ajuizamento da ação em face de não ter havido requerimento administrativo prévio e, na dada de concessão das referidas aposentadorias, não havia o reconhecimento judicial do adicional de periculosidade.

Deve ser mantida a condenação contida na sentença de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, em razão de se tratar de verba de natureza alimentar (benefício previdenciário).

Segundo o entendimento jurisprudencial de nossas Cortes Regionais, inclusive deste Egrégio Tribunal, nas ações previdenciárias, devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, incidente sobre as parcelas vencidas (Súmula 111/STJ).

A respeito deste assunto, verifica-se o seguinte precedente deste egrégio Tribunal:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. TRABALHADOR RURAL. SEGURADO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. IMPROCEDÊNCIA. APOSENTADORIA POR IDADE. REQUISITOS. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. COMPLEMENTAÇÃO POR MEIO DE PROVA TESTEMUNHAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DEFERIMENTO POR OCASIÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Não prospera a irrisignação quanto ao efeito suspensivo, posto que tal discussão é tema que deve ser enfrentado em recurso próprio, distintamente da apelação.

2. Comprovados o exercício e o tempo de atividade rural da autora como segurada especial, por meio de razoável início de prova material (cópias da certidão de casamento, constando a profissão do seu marido como agricultor e do contrato de parceria agrícola), corroborada com a prova testemunhal, bem assim o implemento da idade mínima necessária à obtenção do benefício, não se vislumbram restrições à concessão da aposentadoria pleiteada.

3. É inócua discutir a antecipação dos efeitos da tutela, deferida em primeira instância, se o benefício, em verdade, é mesmo de ser deferido, sendo que, contra o acórdão que agora o confirma, só se cogita de irrisignações desprovidas de efeito suspensivo (e daí a natural execução imediata da decisão).

4. Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, como na hipótese vertente, ainda que de menor complexidade, devem ser fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, observados os limites da súmula 111 do STJ.

5. Aplicação da taxa SELIC em substituição à correção monetária e aos juros de mora.

6. Apelação e remessa oficial parcialmente providas para

reduzir o percentual dos honorários advocatícios, excluindo as parcelas vincendas do seu cálculo e para explicitar o critério de juros de mora e correção monetária, cumulativamente representados pela SELIC, a contar da citação. (Origem Tribunal Regional Federal - 5ª Região Classe APEL-REEX - Apelação / Reexame Necessário. Número do processo: 2008.05.99.003474-5. Órgão julgador: Terceira Turma Relator Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, data de julgamento: 27/11/2008). (Destacou-se).

Pelas razões acima expostas, nego provimento à remessa oficial e dou parcial provimento à apelação do INSS, apenas para fixar o termo *a quo* para pagamento das parcelas em atraso a data do ajuizamento da ação.

É como voto.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 3.783-SE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelada: COMPANHIA DE SANEAMENTO DE SERGIPE - DESO
Remetente: JUÍZO DA 4ª VARA FEDERAL DE SERGIPE
Advs./Procs.: DRS. GENIVAL FRANCISCO DA SILVA FEITOZA E OUTROS (APDA.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL (ART. 174 DO CTN). PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTIVA. INOCORRÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DO DIREITO À IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 30 DA LEI 8.212/91. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. BENEFÍCIO DE ORDEM. MULTA.

- A jurisprudência dos tribunais vem entendendo que a matéria pertinente à prescrição dos cré-

ditos previdenciários, a partir da Constituição de 1988, passou a ter natureza tributária. Em assim sendo, somente lei complementar poderia dispor sobre prescrição e decadência. Precedente: AGREsp 616348, Min. Relator Teori Albino Zavascki, DJ 14.02.2005.

- O fato de a primeira citação – realizada nos termos da Lei no 6.830/80 – ter sido tornada sem efeito pelo Juízo a quo, que determinou nova citação na forma do art. 730 do CPC, não impede a interrupção da prescrição, tendo em vista que o ajuizamento da execução pela Fazenda Nacional demonstra sua inequívoca intenção de cobrar o crédito. Ademais, a mora na citação se deu por motivos alheios à atuação da Fazenda Nacional, posto não haver dado causa à paralisação do feito, devendo ser observada a Súmula 106 do STJ. Precedente: TRF 5ª Região, AC 410656/SE, Primeira Turma, rel. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, DJ 14/07/2008.

- Nos termos do artigo 30 da Lei nº 8212/1991, a solidariedade tributária ora discutida, não comporta o benefício de ordem, de modo que pode o INSS cobrar os valores devidos a título de contribuição previdenciária de qualquer um dos obrigados à satisfação do crédito, seja o contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, seja o executor.

- A embargante é sociedade de economia mista, portanto pessoa jurídica de direito privado, não se confundindo com ente da Administração de Direito Público. Assim, não há que se falar em violação ao § 2º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, alterado pela Lei nº 9.032/95.

- A concessão de imunidade tributária só ocorrerá se as entidades assistenciais preencherem os requisitos exigidos em lei ordinária, quais sejam os presentes no art. 55 da Lei nº 8.212/91, sem as alterações realizadas pela Lei nº 9.732/98.

- Não existindo prova nos autos de que a embargante atende a todos os requisitos previstos no artigo 55 da Lei 8.212/1991 para a isenção das contribuições sociais, não há como lhe conceder o benefício da isenção prevista no artigo 195, § 7º, da CF/88.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de afirmar a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, motivo pelo qual não há razão para falar-se em direito à imunidade por prazo indeterminado. A exigência de renovação periódica do CEBAS não ofende os artigos 146, II, e 195, § 7º, da Constituição. Precedente: STF, RMS 27093 / DF, Segunda Turma, Rel. Min. EROS GRAU, DJ 14.11.2008.

- Caracterizado o atraso do contribuinte em recolher o tributo devido, correta a incidência de multa moratória, nos termos do artigo 35 da Lei 8.212/1991.

- Remessa oficial e apelação providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 10 de março de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de embargos à execução fiscal opostos pela Companhia de Saneamento de Sergipe - DESO contra a Fazenda Na-

cional, objetivando a extinção da execução sob o argumento da prescrição quinquenal e nulidade do débito por ser imune quanto às contribuições para a Seguridade Social (artigo 195, § 7º, da CF/88). Afirma ser inconstitucional a multa estabelecida progressivamente, sendo esta confiscatória, havendo violação, ainda, ao artigo 71, § 2º, da Lei nº 8.666/1993.

Apresentou impugnação a embargada, arguindo a preliminar de intempestividade, ao passo que, no mérito, rebate os argumentos lançados pela parte adversa, defendendo a validade do crédito discutido nos autos. Por fim, requereu a improcedência do pedido.

O MM. Juiz monocrático julgou procedentes os embargos, acolhendo a prejudicial de prescrição quinquenal, extinguindo o processo com resolução do mérito. Condenou a embargada ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 800,00 (oitocentos reais), corrigidos nos termos do manual de Cálculos da Justiça Federal.

Inconformada, recorre a Fazenda Nacional, alegando que não ocorreu a prescrição da ação, tendo em vista que foi determinada a citação da exequente em 27.03.2000. Citada, a apelada interpôs embargos à execução que foram indeferidos. A exequente requereu nos autos da execução que fossem aplicados ao feito executivo os procedimentos estabelecidos nos artigos 730 e seguintes do CPC, afastando a execução pelo rito previsto na Lei 6.830/80. Entendendo que as sociedades de economia mista também devem ser beneficiadas pelo rito estabelecido no CPC para a Fazenda Nacional, em 01.10.2007, o Juízo singular acatou o pleito formulado, anulando a execução desde a citação, aplicando o novo rito. Procedeu-se, então, a nova citação, ofertando, a apelada, novos embargos, nos quais alegou a prescrição da ação. Defende que não pode ser prejudicada pelo fato de o Judiciário ter tardiamente entendido que o rito aplicado ao feito estaria incorreto, invocando a Súmula 106 do STJ.

Argumenta, ainda, a apelante, que, mesmo que tenha sido anulada a primeira citação, a segunda, para fins de interrupção de prescrição, retroagiria à data da propositura da ação, quando ainda não havia transcorrido o período de cinco anos, aplicando-se o art. 219, § 1º, do CPC. Sustenta que, nos termos do artigo 174,

parágrafo único, I, do CTN, a prescrição se interrompe pelo despacho que ordena a citação.

Após contrarrazões, subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

A jurisprudência dos tribunais vem entendendo que a matéria pertinente à prescrição dos créditos previdenciários, a partir da Constituição de 1988, passou a ter natureza tributária. Em assim sendo, somente lei complementar poderia dispor sobre prescrição e decadência. Esse foi o entendimento da 1ª Turma do STJ no julgado trazido à colação:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. IMPRESCRITIBILIDADE. INOCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. PRAZO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 45 DA LEI 8.212, DE 1991. OFENSA AO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO.

1. Não há, em nosso direito, qualquer disposição normativa assegurando a imprescritibilidade da ação declaratória. A doutrina processual clássica é que assentou o entendimento, baseada em que (a) a prescrição tem como pressuposto necessário a existência de um estado de fato contrário e lesivo ao direito e em que (b) tal pressuposto é inexistente e incompatível com a ação declaratória, cuja natureza é eminentemente preventiva. Entende-se, assim, que a ação declaratória (a) não está sujeita a prazo prescricional quando seu objeto for, simplesmente, juízo de certeza sobre a relação jurídica, quando ainda não transgredido o direito; todavia, (b) não há interesse jurídico em obter tutela declaratória quando, ocorrida a desconformidade entre estado de fato e estado de direito, já se encontra prescrita a ação destinada a obter a correspondente tutela reparatória.

2. As contribuições sociais, inclusive as destinadas a fi-

nanciar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, *b*, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social.

3. Instauração do incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial (CF, art. 97; CPC, arts. 480-482; RISTJ, art. 200).

(AGREsp 616348, Min. Relator Teori Albino Zavascki, *DJ* 14.02.2005, pág 144)

Adotando-se a premissa da natureza tributária das contribuições devidas à Seguridade Social, o prazo prescricional a ser considerado hoje é de cinco anos.

Observa-se, no caso em apreço, que o crédito tributário foi constituído em 30 de março de 1999. Foi proposta a execução fiscal e a primeira citação da embargante ocorreu em 08 de maio de 2000. Ora, em 2007 foi proferida decisão nos autos de execução, mediante a qual passou aquele feito a seguir o procedimento da execução contra a Fazenda Pública, pois inicialmente era apenas o INSS, nos termos do art. 100 da CF/88 e art. 730 do CPC, tornando-se sem efeito a citação antes realizada.

É de se ressaltar que o fato de a citação realizada nos termos da Lei nº 6.830/80 ter sido tornada sem efeito pelo Juízo *a quo*, que determinou nova citação na forma do art. 730 do CPC, não impede a interrupção da prescrição, tendo em vista que o ajuizamento da execução pela Fazenda Nacional demonstra sua inequívoca intenção de cobrar o crédito.

Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “evidenciado o inequívoco exercício do direito e a boa-fé do autor, ainda que com a propositura de ação incabível, interrompe-se o prazo prescricional”. (REsp 54788/SP, Segunda Seção, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, j. 28 fev. 2007, unânime, *DJ* 11 out. 2007, p. 282).

Neste sentido já se posicionou esta Corte, conforme abaixo transcrito:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRAZO PRESCRICIONAL QÜINQUÊNAL (ART. 174 DO CTN). PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTIVA. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE EX-DIRETOR DE EMPRESA PÚBLICA. MERO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ART. 135 DO CTN.

1. Tratando-se de crédito tributário (*in casu*, multa sancionatória aplicada em face do não recolhimento de tributos federais), o prazo prescricional a ser observado é o do artigo 174 do CTN, o qual estabelece que “a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 05 (cinco) anos, contados da data de sua constituição definitiva”.

2. Na hipótese dos autos, embora a notificação do lançamento ao sujeito passivo tenha sido efetuada em 25.06.98, os créditos só foram definitivamente constituídos em 26.07.98, quando vencido o prazo de trinta dias para impugnação (cf. art. 15 do Decreto nº 70.235/72), pois, “a constituição definitiva do crédito tributário se dá quando não mais cabível recurso ou após o transcurso do prazo para sua interposição, na via administrativa” (REsp nº 239106/SP).

3. Assim, considerando que a constituição definitiva do crédito se deu em 26.07.98 e tendo a execução fiscal sido ajuizada em 01.09.2000 (com despacho citatório proferido em 13.09.2000), infere-se que o lapso prescricional quinquenal não restou configurado.

4. O fato de a primeira citação – realizada nos termos da Lei nº 6.830/80 – ter sido tornada sem efeito pela juíza a quo, que determinou nova citação na forma do art. 730 do CPC, não impede a interrupção da prescrição, tendo em vista que o ajuizamento da execução pela Fazenda Nacional demonstra sua inequívoca intenção de cobrar o crédito.

5. Demais disso, conforme mencionado na sentença, a mora na citação se deu por motivos alheios à atuação da Fazenda Nacional, posto não haver dado causa à paralisação do feito.

6. Tratando os autos de empresa pública, a responsabili-

dade tributária do seu ex-diretor – que se encontra prevista no artigo 135 do CTN – não se funda no mero inadimplemento da sociedade, mas na conduta dolosa ou culposa, especificamente apontada pelo legislador, por parte do gestor da pessoa jurídica. Precedente do STJ: Primeira Turma, AGREsp 739717/MG, Relator Min. Francisco Falcão, j. 2 ago. 2005, unânime, *DJ* 3 out. 2005, p. 151.

7. Apelação improvida.

(TRF 5ª Região, AC 410656/SE, Primeira Turma, Rel. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, *DJ* 14/07/2008)

Ademais, o despacho determinando a citação, que ocorreu em 08.05.2000 – a teor do artigo 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80 c/c a redação atribuída ao inciso I do parágrafo único do art. 174, CTN, pela LC 118/05, interrompeu a prescrição. Mesmo que se considerasse a redação vigente à época do art. 174 acima citado, a qual dispunha que a citação seria interrompida com a efetiva citação, esta não ocorreu por exclusiva inércia do Judiciário, não se podendo culpar a exequente, aplicando-se, ao caso, a Súmula 106 do STJ, de sorte que não estaria prescrita a presente execução fiscal.

Assim, considerando que a demora na citação se deu por motivos alheios à atuação da Fazenda Nacional, tal fato não pode ser atribuído à mesma, posto não haver dado causa à paralisação do feito.

É sabido que, à luz do artigo 515, § 3º, do CPC, nos casos de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

Penso, outrossim, que, não obstante o dispositivo legal em tela se refira a hipóteses em que o feito seja extinto sem resolução de mérito, penso que sua aplicação pode se dar inclusive nas hipóteses de reconhecimento de prescrição e decadência pela instância de origem, desde que, naturalmente, o feito esteja em condições de imediato julgamento.

Confira-se, nesse sentido, o seguinte precedente do egrégio STJ:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA. PRAZO DECADENCIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DE MÉRITO. AFASTAMENTO DA PRELIMINAR EM SEGUNDO GRAU. EXAME DAS DEMAIS QUESTÕES DE MÉRITO PELO TRIBUNAL A QUO. FACULDADE.

Consoante entendimento assente, o Tribunal, em apelação, possui a faculdade de apreciar o mérito da demanda, após ter afastado a preliminar de decadência imposta pela sentença. Não está jungido ao dever de imediatamente solucionar o *meritum causae*, podendo, caso lhe pareça mais prudente, determinar o retorno dos autos à origem. Recurso não-conhecido. (REsp 409811/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJ02/08/2004, p. 481, Quinta Turma, por unanimidade)

Cingindo-se a controvérsia sobre matéria eminentemente de direito, configurada está a aplicação do artigo 515, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.352/01, autorizando o Tribunal a apreciar o mérito propriamente dito da demanda sem a necessidade do retorno dos autos à origem, vez que a causa encontra-se madura para julgamento.

Argumenta a embargante que não tem aplicabilidade, ao caso, a redação dada ao artigo 31, VI, da Lei 8212/91, pela Lei nº 9711/1998, que impõe à contratante/embargante, o dever de recolher a contribuição previdenciária dos empregados da contratada, salvo se alusiva aos fatos geradores ocorridos após a edição da Lei nº 9.711/1998.

Também alega a embargante que não responde solidariamente pela dívida, tendo em vista que no período cobrado (01.04.1996 a 31.10.1998), não estavam em vigor as alterações introduzidas pela Lei 9.711/1998.

Inicialmente, esclareça-se a embargante que a fundamentação legal posta na NFLD juntada aos autos (fl. 157) refere-se ao artigo 30, VI, da Lei 8212/1991.

O instituto da responsabilidade tributária solidária tem por finalidade proporcionar ao Fisco meios mais eficazes para cobrança do crédito tributário. Tal instituto tem assento no art. 124 do CTN, que assim prevê:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Ainda a respeito da matéria, estabelecem os artigos 30 e 31 da Lei nº 8.212/91, *in verbis*:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 8.620, de 5.1.93)

VI - o proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor, e estes com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem; (Redação dada pela Lei 9.528, de 10.12.97)

(...)

Art 31º (...)

§ 3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.98)

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços: (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.98)

(...)

III-empregada de mão-de-obra; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20.11.98)

Percebe-se que a solidariedade tributária ora discutida não comporta o benefício de ordem, de modo que pode o INSS cobrar os valores devidos a título de contribuição previdenciária de qualquer um dos obrigados à satisfação do crédito, seja o contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, seja o executor.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte tem se posicionado no sentido de que não há benefício de ordem nesses casos, conforme os precedentes a seguir:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE A EMPRESA TOMADORA E A PRESTADORA DE SERVIÇOS PELAS OBRIGAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RECURSO PROVIDO.

1. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que, nos contratos de execução de serviços mediante cessão de mão-de-obra, o contratante e a empresa contratada respondem solidariamente pelo cumprimento das obrigações previdenciárias decorrentes dos serviços realizados. Tal responsabilização somente poderá ser afastada em relação à empresa tomadora se esta comprovar que a prestadora dos serviços recolheu os valores devidos.

2. O instituto da solidariedade tributária caracteriza-se por não comportar o benefício de ordem, de maneira que pode o credor cobrar os valores devidos a título de contribuição previdenciária de qualquer um dos obrigados à satisfação do crédito, seja o contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, seja o executor.

3. Recurso especial provido.

(STJ - REsp 794118/RS, Rel.(a) Min.(a) Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 26.10.2006 p. 237)

MEDIDA CAUTELAR. AGRAVO REGIMENTAL. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. *FUMUS BONI IURIS PERICULUM IN MORA* NÃO CARACTERIZADOS. PROCESSO EXTINTO.

(...)

2. O instituto da solidariedade tributária previsto no art. 124 do CTN distingue-se pela inexistência do benefício de ordem, resultando na possibilidade de o credor exigir de

qualquer um dos coobrigados a satisfação do seu crédito.
(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg na MC 8.923/SC, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 1º.2.2005)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ART. 31 DA LEI Nº 8.212/91. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE. NÃO-INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Em exame agravo regimental interposto por Petropar Agroflorestal Riograndense S/A em face de decisão que deu provimento a recurso especial do INSS intentado contra acórdão que discutiu a incidência de contribuição previdenciária sobre a prestação de serviços contratados mediante cessão de mão-de-obra.

2. O entendimento deste Tribunal é uníssono no sentido de que o tomador de serviço é solidariamente responsável pelo recolhimento da contribuição previdenciária sobre a folha de salários de empresa que lhe prestou serviços por regime de cessão de mão-de-obra (art. 31 da Lei nº 8.212/91).

3. Nesse sentido:

- O artigo 31 da Lei nº 8.212/91, impõe ao contratante de mão-de-obra a solidariedade com o executor em relação às obrigações de recolhimento das contribuições previdenciárias, bem como outorga o direito de regresso contra o executor, permitindo, inclusive, ao tomador a retenção dos valores devidos ao executor para impor-lhe o cumprimento de suas obrigações. (AgRg no REsp 186.540/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJ* de 15/12/2003).

1. A responsabilidade do tomador de serviço pelas contribuições previdenciárias é solidária, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212/91.

2. Recurso especial improvido. (REsp 520.052/CE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 25/10/2006).

4. A questão não envolve apreciação de matéria de fato, a ensejar o emprego da Súmula nº 7/STJ. Trata-se de pura e simples aplicação da jurisprudência pacificada e da legislação federal aplicável à espécie.

5. Agravo regimental não-provido.
(STJ, AgRg no REsp 970264 / RS, Rel. Ministro José Delgado, *DJe* 23/04/2008)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. BENEFÍCIO DE ORDEM. ART. 31, § 3º, DA LEI Nº 8.212/91. ELISÃO. NECESSIDADE. COMPROVAÇÃO. RECOLHIMENTO.

1. A responsabilidade solidária na contratação de quaisquer serviços por cessão de mão-de-obra foi instituída pela Lei nº 8.212/91, notadamente, em seu art. 31, ou seja, há solidariedade entre o contratante dos serviços executados mediante cessão de mão-de-obra e o executor desses serviços. A responsabilidade solidária do contratante está definida, em linhas gerais, nos artigos 124 e 128 do Código Tributário Nacional. O § 1º do art. 124 do CTN prevê expressamente que a solidariedade nele descrita não comporta benefício de ordem.

2. A solidariedade somente poderia ser elidida, caso obedecido o preceito do § 3º do art. 31 da Lei nº 8.212/91 – o executor deveria comprovar o recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída na nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando da respectiva quitação. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.
(STJ, AgRg no REsp 741766/PR, Ministro Castro Meira, *DJe* 23/10/2008)

TRIBUTÁRIO. NULIDADE DE LANÇAMENTO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTRATANTE E DO CONSTRUTOR.

- Responsabilidade solidária da Administração Pública pelo recolhimento das contribuições previdenciárias decorrentes da execução de contrato – Lei nº 8.666/93, art. 71, § 2º.

- A solidariedade do dono da obra e do construtor não comporta benefício de ordem, podendo a dívida ser cobrada de qualquer um dos sujeitos passivos, indistintamente. Exegese do inciso VI do art. 30 da Lei nº 8.212/91, com redação conferida pela Lei nº 9.528/97.

- Legalidade da utilização da taxa SELIC na atualização do crédito tributário e da multa moratória aplicada. (AC 388914/SE; Terceira Turma; Rel. Des. Federal Rivaldo Costa; DJ 16/11/2006)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TOMADOR DOS SERVIÇOS. APLICABILIDADE. ENTE PÚBLICO. ART. 71, § 2º, DA LEI Nº 8.666/93.

I - A responsabilidade pelo cumprimento das obrigações previdenciárias é solidária entre o tomador e o executor de obras de construção, sendo somente elidida se a prestadora de serviço recolher, previamente, as ditas contribuições previdenciárias.

II - A referida regra aplica-se mesmo aos entes públicos, ante a previsão do art. 71, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

III - Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 460862-CE, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 17.05.2004)

Não havendo benefício de ordem, cabe à empresa fiscalizada o ônus de provar que as contribuições previdenciárias devidas em razão da prestação dos serviços foram recolhidas aos cofres públicos, seja pela contratante, seja pela contratada.

No caso, a apelante não apresentou qualquer documento que provasse que as contribuições previdenciárias objeto do auto de infração foram recolhidas.

Verifica-se, mais no art. 30, VI, da Lei 8.212/1991, que o legislador optou pelo uso da técnica tributária da responsabilização por substituição, sem restringir a incidência das contribuições com base nas diferenças relativas à natureza dos contratos, quer de cessão de mão-de-obra, quer de construção de obra certa (empreitada). E sem que tal fato detenha o condão de desnaturar o instituto da responsabilidade solidária a cujo regime se sujeitam os contratos de obra certa.

Nos termos da Lei nº 8.212/91, a fiscalização, no presente caso, constitui-se prerrogativa do INSS, à qual se contrapõe a obrigação da empresa fiscalizada de exibir todos os documentos pertinentes, bem como prestar quaisquer outros esclarecimentos adicionais solicitados.

A recusa à apresentação de documentação ou a sua sonegação, quando houver prévia solicitação à contratante ou à empresa contratada para realizar a obra, a despeito de outras penalidades previstas, podem acarretar o lançamento de ofício, onde a aferição indireta se constitui o principal instrumento posto à disposição da Fiscalização para suprir a falta ou deficiência das informações.

A faculdade deferida à Administração não traduz qualquer discricionariedade; longe disto, apresenta-se como atividade plenamente vinculada, encontrando na letra da lei a descrição dos seus pressupostos e no interesse público seu único fim.

Preceitua o art. 33 da Lei nº 8.212/91:

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o Departamento da Receita Federal (DRF) podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

§ 4º Na falta de prova regular e formalizada, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante cálculo da mão-de-obra empregada, proporcional à área construída e ao padrão de execução da obra, cabendo ao proprietário, dono da obra, condômino da unidade imobiliária ou empresa co-responsável o ônus da prova em contrário.

(...)

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

Evidenciada a constitucionalidade da responsabilidade solidária atribuída à tomadora de serviços de mão-de-obra, em razão do seu vínculo com o fato gerador da obrigação principal, não há óbice a cobrança imposta.

A Lei nº 9.528 de 10.12.97, que deu nova redação ao inciso VI do art. 30 da Lei nº 8.212/91, revogou a Súmula 126 do ex-TFR,

estabelecendo que a solidariedade do dono da obra com o construtor não comporta benefício de ordem, como já citado acima.

Preceitua o artigo 31 da Lei nº 8.212/1991, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98, questionado pela embargante, *in verbis*:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33.

Anote-se o disposto no art. 219 do Decreto nº 3.048/1999, responsável por regulamentar a matéria introduzida pela nova Lei:

Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, deverá reter 11% do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada.

§ 1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, entende-se cessão de mão-de-obra como a colocação à disposição da contratante, em suas dependências ou de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário, entre outros.

§ 2º Enquadram-se na situação prevista no *caput* os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:

(...)

VII - cobrança

(...)

XIII - entrega de contas e documentos.

Nos termos do dispositivo legal acima citado, entende-se que a empreitada de mão-de-obra na construção civil está sujeita à retenção e recolhimento dos 11% de modo que as empresas que contratam construtoras podem efetuar a retenção e o recolhimento referido.

Trata-se de técnica arrecadatória via substituição tributária, mediante a qual compete à empresa tomadora dos serviços reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação dos mesmos, bem como recolher, no prazo legal, a importância retida. Cuida-se de previsão legal de substituição tributária.

O Pleno do STF, em sessão realizada em 03.11.2004, julgando o RE 393.946/MG, assentou entendimento no sentido de que a Lei 9.711/98 apenas criou nova sistemática de arrecadação, tornando as empresas tomadoras de serviços responsáveis tributárias pelo regime de substituição tributária, sem afetar a base de cálculo ou a alíquota da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.

Contudo, ressalte-se que a NFLD foi fundamentada no artigo 30, VI, da Lei nº 8.212/1991 e não no artigo 31 da citada lei.

Ressalte-se, que a embargante é sociedade de economia mista, portanto pessoa jurídica de direito privado, não se confundindo com ente da Administração de Direito Público. Assim, não há que se falar em violação ao § 2º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, alterado pela Lei nº 9.032/95.

Nos presentes embargos à execução fiscal o ônus da prova cabia à parte embargante, interessada na desconstituição do crédito tributário regularmente lançado. Não há qualquer demonstração do pagamento do débito, nem que houve irregularidades em seu lançamento.

Com relação à imunidade tributária alegada pela embargante, dispõe o art. 195, § 7º, da Constituição Federal de 1988:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§ 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

O Código Tributário Nacional trata da matéria nos artigos 9º e 14º, com as alterações implementadas pela Lei Complementar nº 104, de 10/01/2001. O primeiro determina que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não podem cobrar impostos sobre o patrimônio, a renda ou serviços de instituições de assistência social, sem fins lucrativos, respeitados os requisitos constantes no segundo. O art. 14 do CTN dispõe que:

Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do art. 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I - não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no §1º do art. 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do art. 9º são exclusivamente os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previsto nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

A Lei nº 8.212/91, ao dispor sobre a organização da Seguridade Social e instituir Plano de Custeio, em seu art. 55, trouxe, originariamente, os requisitos a serem atendidos cumulativamente para que entidades beneficentes tenham isenção das contribuições previdenciárias, *verbis*:

Art. 55. Fica isenta das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 desta Lei a entidade beneficente de assistência social que atenda aos seguintes requisitos cumulativamente:

I - seja reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal;

II - seja portadora do Certificado ou do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Serviço Social, renovado a cada três anos;

III - promova a assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, a menores, idosos, excepcionais ou pessoas carentes;

IV - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título;

V- aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais, apresentando anualmente ao Conselho Nacional da Seguridade Social relatório circunstanciado de suas atividades.

§ 1º Ressalvados os direitos adquiridos, a isenção de que trata este artigo será requerida ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, que terá o prazo de 30 (trinta) dias para despachar o pedido.

§ 2º A isenção de que trata este artigo não abrange empresa ou entidade que, tendo personalidade jurídica própria, seja mantida por outra que esteja no exercício da isenção.

Mais tarde, esse texto legal sofreu alterações, passando a ostentar a seguinte redação:

Art. 55. Fica isenta das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 desta Lei a entidade beneficente de assistência social que atenda aos seguintes requisitos cumulativamente:

I - seja reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal;

II - seja portadora do Certificado e do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos;

III - promova, gratuitamente e em caráter exclusivo, a assistência social beneficente a pessoas carentes, em especial a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência;

IV - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título;

V - aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais apresentando, anualmente ao órgão do INSS competente, relatório circunstanciado de suas atividades.

§ 1º Ressalvados os direitos adquiridos, a isenção de que

trata este artigo será requerida ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, que terá o prazo de 30 (trinta) dias para despachar o pedido.

§ 2º A isenção de que trata este artigo não abrange empresa ou entidade que, tendo personalidade jurídica própria, seja mantida por outra que esteja no exercício da isenção.

§ 3º Para os fins deste artigo, entende-se por assistência social beneficente a prestação gratuita de benefícios e serviços a quem dela necessitar.

§ 4º O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS cancelará a isenção se verificado o descumprimento do disposto neste artigo.

§ 5º Considera-se também de assistência social beneficente, para os fins deste artigo, a oferta e a efetiva prestação de serviços de pelo menos sessenta por cento ao Sistema Único de Saúde, nos termos do regulamento.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn nº 2.028-5 - DF, em 11/11/1999, publicado no *DJ* de 16/06/2000, Relator Ministro Moreira Alves, referendou concessão de medida liminar para suspender, até a decisão final da ação direta, a eficácia do art. 1º, na parte em que alterou a redação do art. 55, inciso III, da Lei nº 8.212, de 20/7/1991, e acrescentou-lhe os §§ 3º, 4º e 5º, bem como dos arts. 4º, 5º e 7º da Lei nº 9.732, de 11/12/1998. Observa-se, assim, que o art. 55 da Lei nº 8.212/91, continua em pleno vigor, sem as alterações, no entanto, trazidas pela Lei nº 9.732/98.

Destaca-se, outrossim, que, apesar de a Constituição Federal de 1988 referir-se à isenção em seu art. 195, § 7º, o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que se trata, em verdade, de imunidade estabelecida em favor de entidades beneficentes de assistência social, desde que sejam preenchidos os requisitos estabelecidos em lei.

A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre o Sistema Tributário Nacional, determinou que caberia a lei complementar regular as limitações ao poder de tributar, conforme se extrai da leitura do art. 146.

Apesar da previsão acima referida, a Constituição Federal reservou a lei ordinária a regulamentação sobre constituição e fun-

cionamento de entidades assistenciais que podem ser beneficiadas com a imunidade comentada. Nesse sentido, precedente do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

EMENTA: I. Imunidade tributária: entidade filantrópica: CF, arts. 146, II e 195, § 7º: delimitação dos âmbitos da matéria reservada, no ponto, à intermediação da lei complementar e da lei ordinária (ADI-MC 1802, 27.8.1998, Pertence, *DJ* 13.2.2004; RE 93.770, 17.3.81, Soares Muñoz, RTJ 102/304). **A Constituição reduz a reserva de lei complementar da regra constitucional ao que diga respeito “aos lindes da imunidade”, à demarcação do objeto material da vedação constitucional de tributar; mas remete à lei ordinária “as normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune”.** II. Imunidade tributária: entidade declarada de fins filantrópicos e de utilidade pública: Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos: exigência de renovação periódica (L. 8.212, de 1991, art. 55). **Sendo o Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos mero reconhecimento, pelo Poder Público, do preenchimento das condições de constituição e funcionamento, que devem ser atendidas para que a entidade receba o benefício constitucional, não ofende os arts. 146, II, e 195, § 7º, da Constituição Federal a exigência de emissão e renovação periódica prevista no art. 55, II, da Lei 8.212/91.** (RE 428815 AgR / AM - Amazonas; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário; Relator: Min. Sepúlveda Pertence; julgamento em: 07/06/2005; Primeira Turma; Publicação: *DJ* de 24/06/2005)

Assim, a concessão de imunidade só ocorrerá se as entidades assistenciais preencherem os requisitos exigidos em lei ordinária, quais sejam os presentes no art. 55 da Lei nº 8.212/91, sem as alterações realizadas pela Lei nº 9.732/98.

Neste sentido, cito a seguinte decisão do STF:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. IMUNIDADE. CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - CEBAS. RENOVAÇÃO PERIÓDICA. CONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. OFENSA AOS

ARTIGOS 146, II e 195, § 7º DA CB/88. INOCORRÊNCIA.

1. A imunidade das entidades beneficentes de assistência social às contribuições sociais obedece a regime jurídico definido na Constituição.

2. O inciso II do art. 55 da Lei nº 8.212/91 estabelece como uma das condições da isenção tributária das entidades filantrópicas, a exigência de que possuam o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - CEBAS, renovável a cada três anos.

3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de afirmar a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, razão motivo pelo qual não há razão para falar-se em direito à imunidade por prazo indeterminado.

4. A exigência de renovação periódica do CEBAS não ofende os artigos 146, II, e 195, § 7º, da Constituição. Precedente [RE nº 428.815, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* de 24.6.05].

5. Hipótese em que a recorrente não cumpriu os requisitos legais de renovação do certificado. Recurso não provido. (STF, RMS 27093 / DF, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* 14.11.2008)

No presente caso, a embargante não preencheu os requisitos exigidos em lei para a concessão do requerido na inicial, não colacionando aos autos os documentos necessários que demonstrassem o alegado, entre eles, o Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, com renovação, inclusive com validade no período em que engloba o débito exequendo.

No que tange à aplicação da multa, ressalto que esta tem previsão no art. 35 da Lei nº 8.212/91, *verbis*:

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos:

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa:

a) sessenta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento;

b) setenta por cento, se houve parcelamento;

c) oitenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento;

d) cem por cento, após o ajuizamento da execução fiscal,

mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento.

Multa não é tributo, mas sim penalidade pecuniária aplicada a quem comete o ilícito administrativo fiscal de não pagar a obrigação principal a tempo e a modo, ou ainda, de não cumprir com as obrigações acessórias, pelo que não se aplica a ela o disposto no artigo 150, IV, da Constituição Federal.

Assim, não tendo a Carta Magna fixado limite para a multa, cabe ao legislador ordinário estipulá-la, e se a Lei nº 8.212/91 não foi declarada inconstitucional, não há como deixar de se aplicar o percentual da multa ora combatida – 60%, que não importa em ofensa ao princípio da vedação ao confisco. Inclusive, o próprio Código Civil em seu artigo 412 admite multa até 100%.

Nestes termos, não existe o efeito confiscatório previsto no artigo 150, IV, da Constituição Federal na multa imposta, no presente caso, tendo-se como legítima a punição aplicada ao contribuinte faltoso de suas obrigações.

Diante do exposto, dou provimento à remessa oficial e à apelação, para determinar o prosseguimento da execução fiscal. Inverta-se o ônus da sucumbência.

É como voto.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 4.389-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Dep. Jud.: JOSÉ CÍCERO RUFINO
Adv./Proc.: DR. CARLOS ALBERTO FERREIRA (DEP. JUD.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AMPARO SOCIAL. ART. 203, V, DA CF/88. LEI Nº 8.742/93. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INDEFERIMENTO NA VIA ADMINISTRATIVA SOB MOTIVO DE QUE A RENDA MENSAL DO GRUPO FAMILIAR É IGUAL OU SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. PROVA

TESTEMUNHAL FIRME E COERENTE, COLHIDA EM JUÍZO, RATIFICANDO AS ALEGAÇÕES DO AUTOR DA EXISTÊNCIA DA DEFICIÊNCIA INCAPACITANTE PARA O TRABALHO E DA IMPOSSIBILIDADE DE PROVER SUA SUBSISTÊNCIA OU DE TÊ-LA PROVIDA POR SUA FAMÍLIA. DECLARAÇÃO SOBRE A COMPOSIÇÃO DO GRUPO FAMILIAR. EXISTÊNCIA. REQUISITOS PREENCHIDOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERCENTUAL REDUZIDO PARA 10%, SOBRE AS PRESTAÇÕES VENCIDAS. ART. 20, § 3º, DO CPC. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL. SÚMULA Nº 111 DO STJ.

- É devido o pagamento do amparo social ao portador de deficiência que comprove não possuir meios de prover sua manutenção ou de tê-la provida por sua família. Inteligência do art. 203, V, da CF/88, regulamentada pela Lei nº 8.742/93 e pelo Decreto nº 1.744/95.

- Comprovado nos autos, através de prova testemunhal, colhida em juízo, associada à declaração da composição do grupo familiar, a existência de deficiência incapacitante para o trabalho, bem como o preenchimento do requisito da renda mensal do grupo familiar inferior a 1/4 do salário mínimo, faz jus o autor ao benefício assistencial do amparo social.

- Percentual dos honorários advocatícios reduzidos para 10%, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, bem como da jurisprudência deste egrégio Tribunal, incidentes sobre as prestações vencidas, nos termos da súmula nº 111 do STJ.

- Apelação e remessa oficial parcialmente providas, apenas para reduzir o percentual dos honorários para 10%, e determinar sua incidência apenas sobre as prestações vencidas, nos termos da súmula nº 111 do STJ.

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de apelação interposta pelo INSS contra sentença que julgou procedente o pedido do autor, condenando o Instituto Previdenciário na concessão do Amparo Social, bem como ao pagamento das parcelas atrasadas, desde a data do requerimento administrativo, devidamente corrigidas. Condenou, ainda, o INSS ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor da condenação. Sentença submetida ao duplo grau.

Aduz o INSS que o autor não preencheu o requisito contido no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, que trata da renda mensal do grupo familiar.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

A questão debatida no presente recurso versa sobre os requisitos necessários à concessão do amparo social.

O amparo social está previsto no art. 203, V, da Carta Magna de 1988, na seção correspondente à assistência social, *in verbis*:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguri-

dade social, e tem por objetivos:

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Com a edição da Lei nº 8.742/93, Lei Orgânica da Assistência Social, que regulamentou o referido art. 203, V, da CF/88, restou devido um salário mínimo mensal à pessoa deficiente e ao idoso que comprovar não possuir condições de prover sua manutenção ou de tê-la provida por sua família, nos termos do art. 2º da referida lei, *in verbis*:

At. 2º. A assistência social tem por objetivos:

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Por esta razão, o disposto no art. 203, V, da Carta Magna/88, tem eficácia contida, pois sua regulamentação só foi efetivada com a edição da referida Lei nº 8.742/93 e do Decreto nº 1.744/95.

Quanto à incapacidade do autor, observo que o INSS não fez nenhuma ressalva, razão pela qual entendo que se trata de matéria incontroversa.

Passo, assim, à análise da condição de miserabilidade do autor, prevista no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, *in verbis*:

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

Compulsando os autos, observo à fl. 34 declaração sobre a composição do grupo e renda familiar, onde consta a informação de que o grupo familiar do autor é composto de 05 (cinco) pessoas, e que apenas o pai do autor possui rendimento mínimo, observando, assim, que está devidamente preenchido o requisito previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93.

As informações contidas no referido documento foram devi-

damente ratificadas nos depoimentos das testemunhas, colhidos com as devidas cautelas do juízo (fls. 53/54), cujos trechos passo a transcrever, *in verbis*:

(...) que o promovente não tem condições de trabalhar; que a família do promovente não tem condições financeiras; que o promovente precisa tomar remédio, mas as condições financeiras não dá para comprar; que a família do promovente, também não dispõe de recursos para ajudá-lo; que o promovente não tem, de forma alguma, condições de trabalhar. (1ª testemunha - Manoel Olímpio dos Santos)

(...) que o promovente não tem condições de trabalhar; que a família do promovente não tem condições financeiras; que o promovente não tem nenhuma pensão; que o promovente precisa tomar remédio, mas as condições financeiras não dá para comprar; que a família do promovente, também não dispõe de recursos para ajudá-lo; que o promovente não tem, de forma alguma, condições de trabalhar; que o irmão que às vezes ajuda o promovente a comprar remédio é um pequeno agricultor. (2ª testemunha - Amadeus Moisés da Silva)

Portanto, analisando os documentos oferecidos aos autos, entendo que o autor preenche os requisitos necessários ao recebimento do amparo social previsto no art. 203, V, da CF/88.

Quanto às parcelas em atraso, com termo *a quo* na data do requerimento administrativo, *in casu*, 19.11.2007 (fl. 11), entendo que devem ser devidamente corrigidas, conforme consta no dispositivo sentencial.

No tocante ao percentual dos honorários advocatícios, entendo que deve ser reduzido para 10%, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, bem como da jurisprudência deste egrégio Tribunal, incidentes sobre as prestações vencidas, nos termos da Súmula nº 111 do STJ.

Com essas considerações, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, apenas para reduzir o percentual dos honorários para 10%, incidindo, apenas, sobre as prestações vencidas, nos termos da Súmula nº 111 do STJ.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 325.398-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelado: ROBERTO FERREIRA DA SILVA
Advs./Procs.: DRS. AIDA MASCARENHAS CAMPOS E OUTROS (APTE.) E JOSÉ PEREIRA DE BARROS (APDO.)

EMENTA: CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS MONITÓRIOS ACOLHIDOS EM PARTE. PEDIDO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADIMPLEMENTO PELO DEVEDOR. OBSERVÂNCIA AO PRECEITO DO PACTA SUNT SERVANDA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULAS 596 E 648 DO STF. PRECEDENTE DESTA CORTE. APELO PROVIDO.

- Trata-se de apelação interposta pela CEF contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal/SE que, nos autos de ação monitória movida pela ora apelante no intuito de reaver a quantia de R\$ 1.444,27 (um mil, quatrocentos e quarenta e quatro reais e vinte e sete centavos) em face do inadimplemento por parte do recorrido de Contrato de Crédito Rotativo em Conta Corrente ajustado com a promovente, julgou procedente em parte os embargos monitórios aforados pelo demandado, determinando o pagamento da quantia de R\$ 1.042,93 (um mil e quarenta e dois reais e noventa e três centavos) em favor da suplicante, bem como determinando a aplicação do art. 21 do CPC, em face da ocorrência da sucumbência recíproca.

- O MM. Magistrado sentenciante entendeu pela redução do montante a ser restituído à CEF ao aceitar o cálculo apresentado pelo embargante, aduzindo não ser possível a cobrança pela instituição financeira autora de “taxas relativas ao

contrato de conta corrente para atualizar débito oriundo de um equívoco seu, que depositou dinheiro indevidamente na conta do correntista” (fl. 39).

- Inconformada, a embargada apela, aduzindo, em síntese, a necessidade de reforma do julgado tendo em vista que os valores atribuídos como devidos pelo embargado são oriundos do cálculo resultante da evolução da dívida contraída pelo apelado em face da inadimplência do contrato de Crédito Rotativo firmado entre o recorrente e o embargante (conforme documento de fl. 17), alegando, no que concerne à taxação dos juros em patamar superior a 12% ao ano, a inaplicabilidade do Decreto nº 22.626/33 (Lei da Usura).

- O Código de Defesa do Consumidor prevê a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, sendo certo que, in casu, o que se observou foi o descumprimento dos contratos em face do inadimplemento por parte do promovido, pelo que, em consonância com o preceito do pacta sunt servanda, não se vislumbra a ilegalidade apontada pelo embargante. Precedente desta egrégia Corte.

- As limitações fixadas pelo Dec. nº 22.626/33, relativas à taxa de juros remuneratórios de 12% ao ano, não são aplicadas aos contratos firmados com instituições financeiras. Também não se admite evocação ao § 3º do art. 192 da Constituição Federal, revogado pela EC 40/2003, porquanto, mesmo quando vigente, teve sua eficácia limitada por ausência de regulamentação (Súmulas 596 e 648 do STF).

- Apelo provido, determinando-se a constituição de título executivo em favor da CEF no valor de R\$ 1.444,27 (um mil, quatrocentos e quarenta e

quatro reais e vinte e sete centavos), conforme demonstrativo de cálculo apresentado pela ora recorrente à fl. 17.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 325398-SE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em dar provimento ao apelo, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 17 de março de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de apelação interposta pela CEF contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal/SE que, nos autos de ação monitória movida pela ora apelante no intuito de reaver a quantia de R\$ 1.444,27 (um mil, quatrocentos e quarenta e quatro reais e vinte e sete centavos) em face do inadimplemento por parte do recorrido de Contrato de Crédito Rotativo em Conta Corrente ajustado com a promovente, julgou procedente em parte os embargos monitórios aforados pelo demandado, determinando o pagamento da quantia de R\$ 1.042,93 (um mil e quarenta e dois reais e noventa e três centavos) em favor da suplicante, bem como determinando a aplicação do art. 21 do CPC, em face da ocorrência da sucumbência recíproca.

2. O MM. Magistrado sentenciante entendeu pela redução do montante a ser restituído à CEF ao aceitar o cálculo apresentado pelo embargante, aduzindo não ser possível a cobrança pela instituição financeira autora de *“taxas relativas ao contrato de conta corrente para atualizar débito oriundo de um equívoco seu, que depositou dinheiro indevidamente na conta do correntista”* (fl. 39).

3. Inconformada, a embargada apela, aduzindo, em síntese, a necessidade de reforma do julgado tendo em vista que os valores atribuídos como devidos pelo embargado são oriundos do cálculo resultante da evolução da dívida contraída pelo apelado em face da inadimplência do contrato de Crédito Rotativo firmado entre o recorrente e o embargante (conforme documento de fl. 17), alegando, no que concerne à taxação dos juros em patamar superior a 12% ao ano, a inaplicabilidade do Decreto nº 22.626/33 (Lei da Usura).

4. Devidamente intimado, o apelado deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de suas contra-razões (conforme fl. 57-v).

5. É o breve relatório.

VOTO

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

1. Pretende a CEF a reforma do julgado prolatado pelo juízo de origem que acolheu em parte os embargos monitórios aforados no intuito de revisão de contrato de crédito rotativo firmado entre a apelante e ROBERTO FERREIRA DA SILVA, em face do inadimplemento por parte do mutuário do ajuste.

2. Compulsando os autos, verifico que assiste razão à recorrente.

3. Com efeito, no caso em tela, o que se observa é que o embargado firmou contrato de crédito rotativo com a instituição financeira exequente e, posteriormente, não logrou cumprir com o que havia sido acordado naquele ajuste.

4. Ressalte-se, por oportuno, que o Código de Defesa do Consumidor prevê a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, sendo certo que, *in casu*, a majoração do saldo devedor deu-se em consequência do não pagamento, vale dizer, do descumprimento do contrato, em consonância com o preceito do *pacta sunt servanda*, não se verificando, destarte, na hipótese dos autos, a ilegalidade apontada pelo embargante.

5. Sobre a matéria discutida na presente *actio*, colho precedente desta egrégia Corte, *litteris*:

CIVIL E ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PEDIDO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADIMPLENTO PELO DEVEDOR. OBSERVÂNCIA AO PRECEITO DO *PACTA SUNT SERVANDA*. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRECEDENTE DESTA CORTE. APELO IMPROVIDO.

1. Trata-se de apelação interposta por Maria de Fátima Carvalho Cordeiro contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal/PE que, nos autos de ação monitória movida pela CEF, no intuito de reaver a quantia de R\$ 4.497,24 (quatro mil, quatrocentos e noventa e sete reais e vinte e quatro centavos), em face do inadimplemento por parte da recorrente de contrato de crédito rotativo em conta corrente ajustado com a promovente, julgou improcedentes os embargos monitórios aforados pela demandada, condenando-a no pagamento dos honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor atualizado da causa.

2. Não merece acolhimento o argumento ventilado pela apelante da ocorrência de cerceamento de defesa, quando aduz não ter tido oportunidade de se defender do pleito trazido à exordial pela recorrida, tendo em vista o que restou consignado no mandado de citação de fls. 31 e 31-v, sendo certo, ainda, que a recorrente manifestou-se às fls. 34/35.

3. O Código de Defesa do Consumidor prevê a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, sendo certo que, *in casu*, o que se observou foi o descumprimento dos contratos em face do inadimplemento por parte do promovente, pelo que, em consonância com o preceito do *pacta sunt servanda*, não se vislumbra a ilegalidade apontada pela apelante. Precedente desta eg. Corte. (AC 366332/CE, Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, DJ 27/04/2007, p. 1041, nº 81).

4. Apelo improvido.

(TRF 5ª R., 2ª Turma, AC 362655/PE, Rel. Des. Federal Manoel Erhardt, DJ 06/01/2009, p. 52, nº 03)

6. Outrossim, no que se refere à matéria relativa à cominação dos juros moratórios em percentual acima de 12% ao ano, apresento alguns arestos que cuidam do tema, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CRÉDITO ROTATIVO. (...) CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. INAPLICABILIDADE. JUROS REMUNERATÓRIOS, SEM LIMITAÇÃO DE 12% AO ANO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

(...)

3. Admite-se a capitalização de juros para os contratos firmados após a vigência da Medida Provisória nº 1.963-17, de 30.03.2000, reeditada pela Medida Provisória nº 2.170-36/2001, não se admitindo apenas para os contratos anteriores, em face do Decreto nº 22.626/1933 e Súmula nº 121 do Supremo Tribunal Federal.

4. No caso, o contrato de crédito rotativo foi firmado antes da vigência da Medida Provisória nº 1.963-17, de 30.03.2000, sendo inadmissível a capitalização de juros.

5. Não se aplica a limitação de juros remuneratórios de 12% ao ano, prevista na Lei de Usura (Decreto nº 22.626/1933), aos contratos bancários não normatizados em leis especiais.

6. Sendo recíproca a sucumbência das partes, não haverá condenação ao pagamento de honorários advocatícios (CPC, art. 21, *caput*).

7. Sentença reformada, em parte.

8. Parcialmente provida a apelação da CEF, desprovido o recurso dos embargantes.

(TRF 1ª R., 6ª T., AC 200035000136563/GO, Rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, DJ 12/02/2008, p. 36)

DIREITO FINANCEIRO. CONTRATO DE CRÉDITO ROTATIVO EM CONTA CORRENTE. INADIMPLÊNCIA DE DÍVIDA. TAXAS DE JUROS. SÚMULAS 596 E 648 DO STF. (...).

1. O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que as disposições limitadoras constantes do Decreto 22.626/33 não se aplicam às instituições financeiras.

2. As disposições constitucionais – já revogadas – a respeito da limitação da taxa de juros a 12% ao ano não ostentavam auto-aplicabilidade.

3. Recentemente a 2ª Seção do e. Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é viável a capitalização mensal dos juros em contratos bancários celebrados a partir de 31 de março de 2000, atualmente reeditada sob o nº 2.170-36/2001, cujo artigo 5º autoriza tal procedimen-

to, desde de que expressamente pactuado (nesse sentido, os REsp nº 602.068/RS e 603.043/RS, j. em 22.04.2004).

4. No caso dos autos, o contrato de crédito que originou o débito cobrado é datado de 01 de outubro de 2001 (fl. 10), posterior, portanto, à vigência da norma acima mencionada.

(...)

6. Recurso desprovido.

(TRF 2ª R., 8ª Turma Especial, AC 383791/RJ, Rel. Juiz Poul Erik Dyrlyund, DJU 04/07/2007, p. 209)

CONTRATOS BANCÁRIOS. CHEQUE ROTATIVO. AÇÃO REVISIONAL. PERÍCIA. CDC. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO ANUAL. EXCLUSÃO DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. ENCARGOS MORATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. RESTITUIÇÃO. SUCUMBÊNCIA.

(*Omissis*)

É teoricamente aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, embora seu efeito prático decorra de comprovação de abuso por parte do agente financeiro.

As limitações fixadas pelo Dec. nº 22.626/33, relativas à taxa de juros remuneratórios de 12% ao ano, não são aplicadas aos contratos firmados com instituições financeiras. Também não se admite evocação ao § 3º do art. 192 da Constituição Federal, revogado pela EC 40/2003, porquanto, mesmo quando vigente, teve sua eficácia contida por ausência de regulamentação.

A limitação da taxa de juros remuneratórios depende de comprovação da abusividade, decorrente da fixação em percentuais fora do contexto do mercado.

A capitalização mensal de juros é admitida somente em casos específicos, previstos em lei, v.g., cédulas de crédito rural, comercial e industrial, incidindo no caso, portanto, a letra do art. 4º do Dec. nº 22.626/33, bem como a Súmula nº 121 do STF.

Estando previstos encargos contratuais moratórios e compensatórios em favor do mutuante, deve ser afastada a incidência da comissão de permanência da avença pactuada. Os juros moratórios são devidos nos termos da lei civil, prevalecendo, quando expresse, o percentual pactu-

ado (art. 1.062, CCB/1916 e art. 406, CCB/2002). A previsão contratual de 1% ao mês para os juros de mora, no caso de impuntualidade no adimplemento da obrigação, está de acordo com os termos do Dec. nº 22.626/33, e em consonância com a jurisprudência pacífica do e. STJ. A multa moratória deve ser restringida em 10% nos contratos bancários celebrados na vigência do Código de Defesa do Consumidor, até a edição da nova redação do art. 52, § 1º, do CDC, dada pela Lei 9.298/96, ocasião em que o limite passou a ser de 2%.

Não havendo previsão no contrato de qual indexador deve ser utilizado para a correção monetária, é de aplicar-se o índice oficial utilizado pela Justiça Federal.

Quando não incide a comissão de permanência, a cobrança de todos os encargos pactuados, inclusive os moratórios, sobre o débito devem cessar a partir do ajuizamento da ação de revisão do contrato, quando, então, passam a ser aplicados tão-somente os juros legais e correção monetária utilizados pela Justiça Federal.

(*Omissis*).

(TRF 4ª R., 4ª T., AC 200371120028390/RS, Rel. Valdemar Capeletti, DJ 14/05/2007)

CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CEF. CONTRATO DE CRÉDITO ROTATIVO CHEQUE ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DA TR. INEXISTÊNCIA DE ANATOCISMO.

(*Omissis*)

- Por outro lado, a jurisprudência mais avisada sempre orientou ser legítima a aplicação, pelas instituições financeiras, de taxas de juros superiores a 12% (doze por cento) ao ano, limite estabelecido no Decreto nº 22.626/33. Nesse sentido é o enunciado da Súmula n.º 596 da Suprema Corte.

- Não há falar, portanto, na observância do art. 192, parágrafo 3º, da Constituição Federal, que inclusive foi revogado pela Emenda Constitucional nº 40/2003.

- Apelação provida.

(TRF 5ª R., 1ª T., AC 241923/RN, Rel. Des. Federal José Maria Lucena, DJ 27/04/2007, p. 877, nº 81)

7. Face ao exposto, entendo merecer censura o *decisum* ora objurgado, pelo que dou provimento ao apelo, para determinar a

constituição de título executivo em favor da CEF no valor de R\$ 1.444,27 (um mil, quatrocentos e quarenta e quatro reais e vinte e sete centavos), conforme demonstrativo de cálculo apresentado pela ora recorrente à fl. 17.

8. É como voto, eminentes Pares.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 370.333-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelante: UNIÃO
Apelado: SERGIO HIRAKAWA
Adv./Proc.: DR. GERCINO FERREIRA DE MENEZES (APDO.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MENOR. PAIS BRASILEIROS. NASCIMENTO OCORRIDO NO EXTERIOR. REQUERIMENTO PARA EXPEDIÇÃO DO PASSAPORTE. SUPRIMENTO DO CONSENTIMENTO. INTERESSE PARA AGIR. MULTA A SER APLICADA AO AGENTE PÚBLICO QUE RETARDAR OU DEIXAR DE CUMPRIR A DECISÃO JUDICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. MANUTENÇÃO DO VALOR FIXADO. JUROS DE MORA MANTIDOS DE ACORDO COM O CRITÉRIO FIXADO NA SENTENÇA.

- Hipótese de ação ordinária em que se busca o suprimento do consentimento da mãe do menor para fins de expedição de passaporte em menor, bem como a adoção por parte da União das providências necessárias do documento de viagem com os dizeres 'Passaporte concedido à luz do art. 12, inciso I, alínea c, da Constituição da República, de modo a viabilizar a viagem do menor para o Brasil.

- De acordo com a alínea a do inciso I do art. 12 da Constituição Federal, os filhos de pais brasi-

leiros que não estejam a serviço do país, são brasileiros natos, bem como os nascidos no exterior e registrados na repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e façam a opção, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira (art. 12, I, c, da Constituição Federal com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 54, de 2007).

- O regulamento do Consulado Geral do Brasil em Nagóia, competente para a expedição de passaporte do menor, exige como condição para obtenção de tal documento a autorização do pai e da mãe ainda que estes estejam separados e que um deles tenha a guarda daquele ou no caso de impossibilidade de um deles, a autorização será suprida judicialmente por aquele que detiver o pátrio poder.

- Resta, assim, configurado o interesse de agir pela necessidade de suprimento judicial do consentimento.

- Em relação à aplicação de multa diária à Fazenda Pública, em caso de descumprimento da sentença, é inadequada por terminar onerando os cofres públicos, e, conseqüentemente, o contribuinte, sem que atinja o objetivo coercitivo contra quem está realmente em falta, no caso o agente público responsável pela prática do ato.

- Por essa razão, a multa deve ser aplicada ao agente público que retardar ou deixar de cumprir a decisão judicial, a qual fixo em 10% sobre o valor da causa (R\$ 500,00), no termos do art. 14, parágrafo único, do CPC.

- Quanto aos honorários advocatícios sucumbenciais arbitrado em R\$ 200,00 (duzentos reais) corrigidos monetariamente, entendo que não devem ser modificados, tendo em vista que na sua fixação foi observado o que dispõe o art. 20, § 4º, do CPC.

- *Em relação aos juros de mora, não devem ser modificados porquanto foi determinado na sentença que fossem aplicados de acordo com o Código Civil anterior e vigente incidentes a partir da data da publicação da sentença, sobre o valor corrigido monetariamente.*
- *Apelação improvida e remessa oficial parcialmente provida, apenas para redirecionar a multa ao agente público que retardar ou deixar de cumprir a decisão judicial, fixando-a em 10% sobre o valor da causa (R\$ 500,00), no termos do art. 14, parágrafo único, do CPC.*

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 e dar parcial provimento à remessa oficial, na forma do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 28 de abril de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelação interposta pela União de sentença que em ação ordinária promovida por SERGIO HIRAKAWA contra a União, julgou procedente o pedido para suprir o consentimento da mãe do menor em questão para requerer a expedição de passaporte em qualquer repartição brasileira, sediada no Brasil ou no Exterior, e determinando a União que providencie, por repartição própria, o documento de viagem noticiado em sua defesa, com os dizeres “Passaporte concedido à luz do art. 12, inciso I, alínea c, da Constituição da República”.

Em suas razões recursais, aduziu a União que o pedido de emissão de passaporte para o menor que se encontra residindo com o seu genitor, foge às atribuições da Polícia Federal, por padecer esta de competência para fazê-lo, porquanto tal atribuição compete às Missões Diplomáticas ou Repartições Consulares Brasileiras no exterior, segundo a regra do art. 5º do Decreto nº 1.983/96, no caso, o Consulado Geral do Brasil em Nagóia - Japão.

Sustentou, ainda, que o Manual de Serviço Consular Jurídico, no capítulo 5º, que trata da nacionalidade, dispõe no 5.1.5: “a autoridade consular deverá recomendar sempre aos brasileiros que efetuem o registro de seus filhos na Repartição Consular por constituir o registro prova da filiação. Aos (às) filhos(as) de brasileiro ou brasileira nascidos(as) no exterior após 07/06/1994, cujos pais não estejam a serviço do Governo brasileiro, será expedido, até a maioridade, documento de viagem brasileiro com a seguinte anotação: ‘Passaporte concedido à luz do artigo 12, inciso I, alínea c, da Constituição Federal’”.

Alegou, ainda, que de acordo com o Manual de Serviço Consular Jurídico - Capítulo 12, que trata dos documentos de viagem, 12.1.29, que na falta ou impossibilidade de obter assinaturas dos genitores de menor de 18 anos no requerimento de expedição de documento de viagem, a mesma pode ser suprida por autorização judicial ou da autoridade local competente, ou ainda, em situação de emergência, pela Autoridade Consular, que dela dará conhecimento à SERE/DPP.

Afirmou que não constam dos autos, qualquer indeferimento, por parte do aludido Consulado, do pedido de expedição do documento de viagem em nome do menor impúbere, filho do autor, o que configura a ausência de uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir.

Por último, disse que não havia necessidade do autor recorrer ao Poder Judiciário, razão pela qual deve o processo ser extinto, sem o exame do mérito, com respaldo no art. 267, VI, do CPC.

Sem contra-razões.

Instado a se pronunciar, o Ministério Público Federal às fls. 102/106, opinou pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

O ilustre Procurador Regional da República, SADY D'ASSUNÇÃO TORRES FILHO, em parecer colacionado às fls. 102/106, analisou a questão trazida nestes autos (suprimento do consentimento da mãe do menor Keiichi Furusato Hirakawa, filho de pais brasileiros, que não estavam a serviço do Brasil nascido no exterior – Japão e registrado na repartição consular brasileira, para fins de requerimento de expedição de passaporte), razão pela qual adoto-o, como fundamentos de minha decisão, *in verbis*:

O direito à nacionalidade do menor não restou controvertido no presente recurso. A própria União, ora apelante, admite o direito deste, adotando a mesma tese defendida pelo magistrado sentenciante acerca da alínea a, do inciso I, do art. 12 da Constituição Federal, segundo a qual os filhos de pais brasileiros que não estejam a serviço do país, nascidos no exterior e registrados no consulado brasileiro competente, são brasileiros natos até a maioridade, devendo, a partir de então, optarem pela nacionalidade do Brasil. Neste sentido há vasta jurisprudência:

I. NACIONALIDADE BRASILEIRA DE QUEM, NASCIDO NO ESTRANGEIRO, É FILHO DE PAI OU MÃE BRASILEIROS, QUE NÃO ESTIVESSE A SERVIÇO DO BRASIL: EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL E SITUAÇÃO VIGENTE.

1. Na Constituição de 1946, até o termo final do prazo de opção – de quatro anos, contados da maioridade –, o indivíduo, na hipótese considerada, se considerava, para todos os efeitos, brasileiro nato sob a condição resolutiva de que não optasse a tempo pela nacionalidade pátria.

2. Sob a Constituição de 1988, que passou a admitir a opção “em qualquer tempo” – antes e depois da ECR 3/94, que suprimiu também a exigência de que a residência no País fosse fixada antes da maioridade, altera-se o status do indivíduo entre a maioridade e a opção: essa, a opção – liberada do termo final ao qual anteriormente subordinada –, deixa de ter a eficácia resolutiva que, antes, se lhe emprestava, para ganhar – desde que a

maioridade a faça possível – a eficácia de condição suspensiva da nacionalidade brasileira, sem prejuízo – como é próprio das condições suspensivas –, de gerar efeitos *ex tunc*, uma vez realizada.

3. A opção pela nacionalidade, embora potestativa, não é de forma livre: há de fazer-se em juízo, em processo de jurisdição voluntária, que finda com a sentença que homologa a opção e lhe determina a transcrição, uma vez acertados os requisitos objetivos e subjetivos dela.

4. Antes que se complete o processo de opção, não há, pois, como considerá-lo brasileiro nato.

II. *Omissis*.

5. *Omissis*.

6. *Omissis*. (Grifou-se).

(STF, AC-QO, Processo: 70, UF:RS, Fonte DJ 12-03-2004, PP-00035, EMENT, Vol. 02143-01 PP-00001, Relator(a) SEPÚLVEDA PERTENCE).

CONSTITUCIONAL.NACIONALIDADE: OPÇÃO. CF, ART. 12, I, C, COM A EMENDA CONSTITUCIONAL DE REVISÃO Nº 3, DE 1994.

I - São brasileiros natos os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que venham a residir no Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira.

II - A opção pode ser feita a qualquer tempo, desde que venha o filho de pai brasileiro ou de mãe brasileira, nascido no estrangeiro, a residir no Brasil. Essa opção somente pode ser manifestada depois de alcançada a maioridade. É que a opção, por decorrer da vontade, tem caráter personalíssimo. Exige-se, então, que o optante tenha capacidade plena para manifestar a sua vontade, capacidade que se adquire com a maioridade.

III - Vindo o nascido no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, a residir no Brasil, ainda menor, passa a ser considerado brasileiro nato, sujeita essa nacionalidade a manifestação da vontade do interessado, mediante a opção, depois de atingida a maioridade. Atendida a maioridade, enquanto não manifestada a opção, esta passa a constituir-se em condição suspensiva da nacionalidade brasileira.

IV - Precedente do STF: AC 70-QO/RS, Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, 25,9.03, DJ de 12.3.04.

V - RE conhecido e não provido. (Grifou-se).
(STF, RE, Processo: 418096, UF: RS, Fonte *DJ* 22-04-2005 PP-00015 EMENT vol. 02188-04 PP-00756 LEXS-TF v. 27, n. 318, 2005, p. 246-254 RT v. 94, n. 838, 2005, p. 176-180 RTJ vol. 00194-03 PP-01069, Relator(a) CARLOS VELLOSO).

CONSTITUCIONAL. BRASILEIRO NATO, POR OPÇÃO. CONSTITUIÇÃO, ART. 12, I, C. IMPOSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. GRAFIA INCORRETA DO NOME DA GENITORA.

1. São brasileiros natos os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou mãe brasileira que venham residir no Brasil e que optem a qualquer tempo pela nacionalidade brasileira.

2. Em havendo a prova de que o optante é filho de mãe brasileira e que está residindo no Brasil, válida é sua opção, para garantir-lhe a nacionalidade como brasileiro nato (art. 12, I, c, da Constituição).

3. A justiça brasileira, naturalmente, não tem jurisdição para determinar retificação pelas autoridades da Guiana Francesa, entretanto deve constar o nome correto da sua genitora, na inscrição cartorária de sua opção pela nacionalidade, eis que houve flagrante erro material na grafia no nome do optante.

4. Negado provimento à remessa. (Grifou-se).

(TRF 1ª Região, REO 199931000019530, UF: AP, órgão julgador: Segunda Turma, data da decisão: 03/10/2000, Fonte *DJ*, data: 29/11/2000, p.: 27, Relator(a) JUIZ CARLOS FERNANDO MATHIAS).

(...)

Não se controverte, igualmente, o direito de o menor de, como brasileiro nato, obter passaporte que possibilite viajar ao Brasil ou a outros países, com a ressalva de constar no referido documento a expressão “passaporte concedido à luz do art. 12, inciso I, alínea c, da Constituição da República”.

A questão do apelo cinge-se à falta de interesse de agir do autor do presente pleito. Consoante argumenta a apelante, o pai do menor, possuidor único do pátrio poder sobre este, poderia simplesmente requerer a expedição do passaporte, sem necessidade de ajuizamento do feito para suprir o consentimento da mãe. Dessa forma deveria ser o

pleito extinto sem julgamento de mérito.

Ocorre que, no regulamento do Consulado Geral do Brasil em Nagóia, na parte referente à expedição de passaporte, está prevista a seguinte exigência:

Mesmo que os pais estejam separados ou divorciados, é necessário a autorização do pai e da mãe, ainda que um deles tenha a guarda do menor de idade. Só não precisa de autorização quando o pai ou a mãe tiver o pátrio poder concedido por Juiz brasileiro. (Fl. 08). (Grifou-se).

Verifica-se, assim, que, a despeito de o pai do menor possuir o pátrio poder outorgado perante autoridade japonesa – o prefeito de Hiroshima – tal não é o bastante para a emissão do passaporte. O autor, possuindo aquele documento produzido ante a autoridade do Japão visa a que o juiz brasileiro supra o consentimento da mãe, de modo a preencher as condições estabelecidas pelo Consulado Geral do Brasil em Nagóia.

Dessa forma, configurado está o interesse de agir na presente demanda, não devendo ser extinta sem julgamento de mérito, como defende a apelante.

Em relação a aplicação de multa diária à Fazenda Pública, em caso de descumprimento da sentença, entendo ser inadequada por terminar onerando os cofres públicos, e, conseqüentemente, o contribuinte, sem que atinja o objetivo coercitivo contra quem está realmente em falta, no caso o agente público responsável pela prática do ato.

Por essa razão, a multa deve ser aplicada ao agente público que retardou ou deixou de cumprir a decisão judicial, a qual fixo em 10% sobre o valor da causa, no termos do art. 14, parágrafo único, do CPC.

Quanto aos honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em R\$ 200,00 (duzentos reais) corrigidos monetariamente, entendo que não deve ser modificado, tendo em vista que na sua fixação foi observado o que dispõe o art. 20, § 4º, do CPC.

Em relação aos juros de mora também, entendo que não devam ser modificados porquanto foi determinado que fossem aplicados de acordo com o Código Civil anterior e vigente incidentes a

partir da data da publicação da sentença, sobre o valor corrigido monetariamente.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial apenas para reduzir o valor da multa diária fixada para R\$ 50,00 (cinquenta reais), em caso de descumprimento da sentença.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 376.738-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelantes: EMPRESA SANTA MARIA LTDA. E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. ANTONIO CLETO GOMES E OUTROS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PESSOA JURÍDICA. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM DÍVIDA ATIVA. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Hipótese em que, após ter pago multa imposta em auto de infração, no valor de R\$ 3.695,83 (três mil seiscentos e noventa e cinco reais e oitenta e três centavos), a autora teve seu nome indevidamente incluído no rol de devedores da Dívida Ativa, equívoco esse que somente foi corrigido depois de aproximadamente um ano.

- O dano moral, em face da sua subjetividade, presume-se com a ocorrência do ilícito, eis que não há como ser provado. Ele existe tão-somente pela ofensa, e dela é presumido, sendo o bastante para justificar a indenização.

- Em se tratando de pessoa jurídica, onde o sofrimento psicológico é biologicamente impossível, o dano moral é representado pela depreciação da imagem, com reflexo na consideração da clientela, quando não verificado outros danos,

de natureza material, como o abalo de crédito ou a perda de oportunidade de negócios.

- Dano moral fixado em R\$ 3.000,00, à mingua de demonstração de ocorrência de danos materiais.

- Tendo a indenização sido fixada em montante muito inferior ao pleiteado, qual seja, vinte vezes o valor da dívida indevidamente inscrita, deve ser estabelecida a sucumbência recíproca.

- Apelação da autora improvida, e apelação da União e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 16 de outubro de 2008 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de remessa oficial e de apelações interpostas pela União Federal e por Empresa Santa Maria Ltda. contra sentença que julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação ordinária por essa última movida, reconhecendo-lhe o direito ao recebimento de indenização por danos morais no valor de R\$ 7.391,66 (sete mil trezentos e noventa e um reais e sessenta e seis centavos), equivalentes, em 15/03/2000, ao dobro do débito que foi indevidamente inscrito na dívida ativa.

Irresignada, apela a autora aduzindo que a indenização teria sido fixada de forma insuficiente para recompor os danos sofridos,

devendo ser aumentada para montante correspondente a 20 (vinte) vezes o valor da dívida indevidamente inscrita.

Por seu turno, apela a União sustentando que não haveria dano moral a ser indenizado, uma vez que efetivamente errou ao inscrever indevidamente o nome da autora na dívida ativa, mas providenciou a correção do erro, de modo que não se pode asseverar que tenha existido uma ação antijurídica.

Em seguida, defende que não teria havido nexo de causalidade entre os supostos danos morais e a ação por ela perpetrada, dado que a autora sofreu diversas inscrições na dívida ativa, decorrentes de fatos diversos e anteriores ao que ensejou a presente lide, o que demonstra que os danos apontados não poderiam decorrer da indevida inscrição realizada em 15/03/2000. Para a apelante, considerando que ao tempo da inscrição indevida, o nome da autora já se encontrava inserido no rol de devedores da dívida ativa, não se poderia asseverar que a causa que diretamente produziu o resultado foi a inscrição em questão.

Argumenta, também, que a indenização perseguida não seria devida, já que a autora não teria demonstrado ser uma empresa absolutamente idônea, que somente a partir da indevida inscrição na dívida ativa teria passado a integrar o rol dos seus devedores, bem como não teria comprovado que efetivamente passou a sofrer prejuízos decorrentes do malferimento a sua imagem.

Aduz, ainda, que a indenização teria sido fixada em valor elevado, correspondente a mais de 25 (vinte e cinco) salários-mínimos, devendo ser reformada para que corresponda a, no máximo, 05 (cinco) salários-mínimos.

Por fim, sustenta que, em sendo vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem ser fixados com a observância do § 4º do art. 20 do CPC, e não do § 3º, e que, ademais, como o pedido foi apenas parcialmente procedente, deveria ser estabelecida a sucumbência recíproca.

Ambas as partes ofertaram contra-razões.

É o relatório.

VOTO

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

Discute-se se a autora faria jus ao recebimento de indenização por danos morais que teria sofrido com a indevida inscrição de seu nome na dívida ativa.

A autora sofreu a lavratura do auto de infração nº 003221695 e, em 20/08/99, pagou a multa nele imposta, mas, a despeito disso, o débito (R\$ 3.695,83 - três mil seiscientos e noventa e cinco reais e oitenta e três centavos) foi inscrito na Dívida Ativa da União no dia 15/03/2000. O equívoco somente foi corrigido após a Delegacia Regional do Trabalho, a requerimento da autora, ter enviado Ofício à Procuradora Chefe da Procuradoria da Fazenda Nacional, em 22/03/2001, comunicando que a multa imposta no auto de infração havia sido paga.

A questão de fato ensejadora da presente lide, qual seja, a inclusão indevida do nome da autora na Dívida Ativa da União, é absolutamente clara, e sobre ela as partes não controvertem. Sendo assim, a controvérsia gira em torno da existência ou não do alegado dano moral.

Entendo que o dano moral, em face de sua subjetividade, presume-se com a ocorrência do ilícito, eis que não há como ser provado. Ele existe tão-somente pela ofensa, e dela é presumido, sendo o bastante para justificar a indenização.

O fato da União ter corrigido o erro, e o fato da autora já ter tido seu nome inscrito outras vezes na Dívida Ativa, não elidem o dano moral, devendo ser considerados, apenas, para a fixação de uma indenização menos expressiva.

Para a aferição da indenização não pode haver arbítrio puro do magistrado, devendo ser feita em atenção a critérios objetivos, tais como, o *status* de que goza o ofendido, a condição financeira do ofensor, a extensão dos efeitos do dano etc.

A fixação do dano moral se reveste de dupla função: a de natureza compensatória, mediante a recomposição do dano para, de alguma forma, satisfazer a parte que tivera seu bem jurídico lesa-

do; e a de natureza sancionatória, que visa a punir o agente que praticou o ato ilícito, de modo a desestimular a conduta e inibir que esse fato venha novamente a ocorrer.

Neste diapasão, ainda que se entenda relativo o dano sofrido, posto que a autora já teria tido outras inscrições em dívida ativa, é importante deferir o pedido ainda que com o escopo de punir o erro em que incidiu a Administração, servindo a reprimenda como elemento didático e de estímulo ao necessário controle de qualidade dos atos administrativos.

De outro lado é importante anotar ser possível identificar e indenizar danos morais causados às pessoas jurídicas. É certo que o dano moral é modernamente representado pelo constrangimento, pela frustração, pelo sofrimento, enfim, aspectos que somente podem vitimar, no sentido próprio, as pessoas físicas. Estas, mercê de suas características biológicas é que são dotadas de terminais nervosos (órgãos do sentido, pensamento, sensibilidade) receptáculos do sentir e do sofrer.

Quanto às pessoas jurídicas, porém, a proteção à honra deve ser entendida como relativa à honra objetiva, à imagem, a consideração que a seu respeito fazem as demais pessoas, físicas ou jurídicas, que com ela se relacionam no ambiente social. Registrar impontualidade e inadimplência de pessoa jurídica, quando tal não se deu, ou manter o registro por tempo irrazoável após a regularização dos débitos, implica comprometer o bom nome da pessoa, a imagem objetiva que dela faz a clientela atual ou potencial, podendo, em tese, acarretar abalo de crédito e perdas de oportunidades de negócios, resvalando para o dano material. Se os danos materiais não se acham comprovados, são indenizáveis, ao menos, o desconforto operacional das atividades necessárias à correção do equívoco e o desprestígio já apontado causado pela ciência do fato (não ocorrido) da inadimplência.

Mas não é o caso de fixação de indenização expressiva, seja porque de danos matérias não se cuidou, seja porque o valor da impontualidade indevidamente apontada foi diminuto, cerca de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), seja, enfim, por ser a autora pessoa que já contava com outras anotações de inadimplência, fato que somente não dispensa a indenização porque a Adminis-

tração que errou não deve ser beneficiada por este particular aspecto da vítima.

Desse modo, entendo ser razoável a fixação da indenização em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Assiste razão à União unicamente quanto aos honorários advocatícios, pois como a indenização foi fixada em valor muito inferior ao pleiteado, houve sucumbência recíproca.

Com tais considerações, nego provimento à apelação da autora e dou parcial provimento à apelação da União e à remessa oficial, para fixar a indenização em R\$ 3.000,00 e excluir a condenação em honorários de advogado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 379.854-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (CONVOCADO)
Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, JOSÉ MARIA DE LIMA GOMES E DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS CONTRA AS SECAS - DNOCS
Apelados: OS MESMOS
Reptes.: PROCURADORIA DO INSS E PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. CARLOS EUDENE GOMES DA FROTA E OUTROS

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROC. CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. VALOR DA CONDENÇÃO OU DO DIREITO CONTROVERTIDO INFERIOR A 60 (SESSENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS. INEXIGIBILIDADE. MOMENTO OPORTUNO. PROLAÇÃO DO DECISUM. SENTENÇA ILÍQUIDA. UTILIZAÇÃO DO VALOR ATUALIZADO DA CAUSA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO COL. STJ. PRELIMINARES. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. AÇÃO DECLARATÓRIA. PRES-

CRIÇÃO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. SÓCIO-COTISTA. SEGURADO OBRIGATÓRIO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- “3 Cabe ao juiz prolator da sentença constatar se está presente, ou não, alguma hipótese de incidência de reexame necessário, devendo, para tanto, aferir também se o valor da condenação ou do direito controvertido é, naquele momento, superior ao limite de sessenta salários mínimos. 4. Líquido o quantum apurado em sentença condenatória, este valor será considerado para exame do limite em apreço. Ilíquido o valor da condenação ou, ainda, não havendo sentença condenatória, utiliza-se o valor da causa atualizado como critério. Se assim não fosse, esvaziar-se-ia o conteúdo do artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, determinando o reexame necessário todas as vezes em que ilíquido o valor da condenação. 5. Em verdade, aguardar a liquidação da sentença para constatar se foi atingido, ou não, de fato, o valor limite de sessenta salários mínimos implicaria nítida violação ao artigo 475, § 2º, da Lei de Rito, uma vez que restaria inócuo o escopo da norma em restringir a amplitude do reexame necessário”. (STJ, REsp 655046/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, decisão unânime, DJ 03.04.2006).

- A ação declaratória é via apropriada para o reconhecimento de tempo de serviço para fins previdenciários. Precedentes desta e. Corte. Inteligência da Súmula nº 242-STJ.

- Sobre a ação declaratória, que se destina à verificação da existência ou inexistência de relação jurídica, não se aplicam as regras de prescrição.

- Reconhecido o direito da autora de ter averbado, junto à Previdência Social, apenas o tempo de

serviço declarado e devidamente comprovado através de anotações em sua CTPS; do registro de empregados admitidos e desligados junto ao Departamento Nacional de Mão de Obra - Min. Do Trabalho e Previdência Social; das guias de recolhimento das contribuições previdenciárias da empresa e da folha de pagamento, tudo isso corroborado pelos depoimentos das testemunhas arroladas.

- Não se reconhece como tempo de serviço para efeitos previdenciários, os períodos em que o autor, na condição de sócio-cotista da empresa, não comprova o recolhimento das contribuições mensais para a Previdência Social, porquanto, como segurado obrigatório dessa instituição, não poderá se eximir deste ônus. Precedentes.

- Em sendo a parte autora sucumbente da maior parte do pedido, deverá arcar com o pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 400,00(quatrocentos reais), que deverão ser repartidos entre o INSS e o DNOCS.

- Preliminares rejeitadas. Apelação da parte autora parcialmente provida. Apelações do DNOCS e do INSS providas. Remessa obrigatória não conhecida.

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, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar parcial provimento à apelação da parte autora e provimento às apelações do DNOCS e do INSS e não conhecer da remessa obrigatória, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 19 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (Convocado):

Cuida-se de remessa obrigatória e de apelações cíveis contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido da parte autora e determinou ao INSS a averbação do tempo de serviço prestado pelo postulante no período de maio/74 a dezembro/76, como sócio cotista da empresa FORT-LAR - Fortaleza Móveis Eletrodomésticos Ltda., e a expedição da respectiva certidão. Condenou, também, o DNOCS a averbar o referido tempo diante da certidão expedida pelo INSS, na forma do art. 103, V, da Lei nº 8.112/90, e determinou o pagamento, pelos demandados, dos honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), *pro rata*.

Nas razões recursais, o INSS suscita as preliminares de prescrição e de impropriedade da ação declaratória para reconhecimento de tempo de serviço e, no mérito, insiste na insuficiência dos elementos de prova carreados aos autos para demonstração do tempo de serviço que se almeja ver reconhecido.

A parte autora, também, insurge-se contra o *decisum* com o objetivo de ver reconhecido o tempo de serviço prestado à empresa Viúva Antônio Gomes Sobrino, no período entre julho de 1968 até março de 1974, na condição de auxiliar contábil, de acordo com os documentos acostados e os depoimentos das testemunhas arroladas.

O DNOCS, por sua vez, nas razões do recurso, reitera as preliminares argüidas pelo INSS e, no mérito, de igual modo, alega a imprestabilidade da exclusividade da prova testemunhal para comprovar o tempo de serviço vindicado.

Contra-razões apresentadas pelas partes aos recursos interpostos pelas demais.

Relatei.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (Relator Convocado):

IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA

A jurisprudência desta e. Corte vem se firmando no sentido de considerar adequada a ação declaratória para o reconhecimento do tempo de serviço para fins previdenciários, a exemplo dos precedentes abaixo transcritos:

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. ALUNO-APRENDIZ. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE APOSENTADORIA. SÚMULA Nº 96 DO TCU. PRECEDENTES.

1. A Ação Declaratória constitui meio processual adequado à comprovação de tempo de serviço.

2. O tempo de serviço prestado na condição de Aluno-Aprendiz junto a Escola Técnica Federal deve ser contado para os devidos fins previdenciários (aposentadoria), desde que remunerado pelos cofres públicos.

3. Aplicação, na hipótese, da Súmula nº 96-TCU e precedentes das Terceira e Quarta Turmas desta Corte.

4. Apelação e remessa oficial, improvidas.

(Tribunal - Quinta Região, AC - 288577/RN, Quarta Turma, decisão: 16/11/2004, DJ - data: 17/02/2005 - página: 717 - nº: 32, Desembargador Federal Marcelo Navarro).

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. MEIO ADEQUADO. TEMPO DE SERVIÇO URBANO RECONHECIDO POR SENTENÇA TRABALHISTA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. TESTEMUNHOS. AVERBAÇÃO DEVIDA.

- A ação declaratória é a via adequada para reconhecimento de tempo de serviço, nos termos do art. 4º, I, do CPC.

- O tempo de serviço reconhecido por decisão do Juízo Trabalhista deve ser admitido para os fins previdenciários, não como efeito da coisa julgada, que se limita às partes na reclamatória, mas pela presunção de veracidade da anotação, ausente prova em contrário. Existência de prova testemunhal. Direito à averbação.

(Tribunal - Quinta Região, AC - 310691/PB, Terceira Turma, decisão: 03/06/2004, DJ - data: 02/08/2004 - página: 345 - nº: 147, Desembargador Federal Rivalvo Costa).

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. VIA PRÓPRIA PARA COMPROVAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. PROVA TESTEMUNHAL COLHIDA EM JUÍZO, ASSOCIADA A INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. EXISTÊNCIA.

- Ação declaratória ou condenatória é via própria para comprovação de tempo de serviço prestado na atividade rural.
- A prova testemunhal, colhida com as devidas cautelas do juízo, associada a início razoável de prova material, faz prova da atividade rural.

- Apelação improvida.

(Tribunal - Quinta Região, AC - 327398/CE, Terceira Turma, decisão: 22/04/2004, DJ - data: 19/05/2004 - nº: 95, Desembargador Federal Paulo Gadelha).

PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. AVERBAÇÃO. POSSIBILIDADE. INÍCIO DE PROVA DOCUMENTAL. PROVA TESTEMUNHAL.

- Ação declaratória é cabível para fins de comprovação de tempo de serviço, tendo em vista a averbação previdenciária. Precedente desta Corte (AC 109538/RN, Rel. Juiz Manoel Erhardt, julg. 07.08.97, DJ 27.10.97, p. 90010).

(...)

(AC nº 135483-CE, Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde, 1ª Turma, DJ 24.03.00)

No mesmo diapasão, é o teor da Súmula nº 242 do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Ei-la:

Cabe ação declaratória para reconhecimento de tempo de serviço para fins previdenciários.

Preliminar rejeitada.

PRESCRIÇÃO

Exibe-se completamente sem fundamento a referida preliminar, pois, não se aplicam as regras de prescrição em se tratando de ação declaratória, através da qual se objetiva a simples afirmação da existência ou inexistência de uma relação jurídica, que, na hipótese em epígrafe, é o reconhecimento do tempo de serviço.

Neste sentido são os precedentes desta egrégia Corte, senão vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ESTÁGIO PROFISSIONAL. TRABALHO NÃO EVENTUAL. TEMPO DE SERVIÇO. PROCEDÊNCIA EM PARTE.

1. A ação declaratória é imprescritível. A sua finalidade é de definir a existência ou não de uma relação jurídica.
2. É assente no direito brasileiro que o contrato de estágio profissional não gera proteção previdenciária ou cria vínculo de emprego, não contando como tempo de serviço se estiver dotado exclusivamente de finalidade pedagógica e com objetivo de formação profissional do estagiário.
3. Se, apesar de contratado para prestar serviço eventual nos moldes do art. 111 do Dec.-Lei 200/67, o trabalho desenvolvido nada tinha de ocasional ou esporádico ante a habitualidade e cumprimento de escala regular de trabalho, deve ser reconhecida a relação trabalhista e o tempo de serviço.
4. A jurisprudência se manifesta no sentido de que deve ser considerado a natureza da relação de trabalho e não o *nomem juris* que a ela se confere.
5. Apelação e remessa oficial providas parcialmente. (Tribunal - Quinta Região, AC - 270884/RN, Primeira Turma, decisão: 30/10/2003, DJ - data: 17/02/2004 - página: 419 - nº: 33, Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo).

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA PURA. PRESCRIÇÃO. NÃO CABIMENTO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. ALUNO-APRENDIZ. PROVA DE REMUNERAÇÃO À CONTA DA UNIÃO. EXISTÊNCIA.

1 - Na ação declaratória pura, isto é, naquele que se restringe meramente a declarar a existência ou inexistência de uma relação jurídica, não incide o lapso prescricional previsto no Decreto nº 20910/32 e na Lei nº 4.597/42;

2 - A atividade laborativa exercida por aluno-aprendiz em escola agrotécnica federal ou estadual deve ser computada para todos os efeitos previdenciários, desde que comprovada a contraprestação à conta do orçamento dos serviços prestados pelo estudante;

3 - A certidão de freqüência escolar, a qual informa que a atividade prestada pelo aluno-aprendiz era retribuída pecuniariamente à conta do orçamento da União Federal, ainda que mediante a concessão de alimentação, fardamento, material escolar e parcela da renda de sua produção, é elemento suficiente a caracterizar a existência de remuneração por parte da União durante o período reclamado;

4 - Apelação e remessa oficial improvidas.
(Tribunal - Quinta Região, AC - 323839/origem: Tribunal - Quinta Região, Classe: AC - Apelação Cível - 323839, Processo: 200184000103040, Terceira Turma, decisão: 07/11/2002, DJ - data: 08/04/2003 - página: 560, Desembargador Federal Paulo Gadelha).

Rejeito, pois, a preliminar.

Assim voto.

VOTO MÉRITO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (Relator Convocado):

De início, forçoso reconhecer a inexistência, no presente caso, do reexame necessário a teor do art. 475, § 2º, do CPC, em face do valor do direito controvertido não ultrapassar 60 salários mínimos.

Visando, pois, a dar aplicabilidade ao dispositivo acima mencionado, o colendo STJ tem entendido que, nos casos em que não há sentença líquida, o parâmetro para estabelecer o valor de 60 salários mínimos, contido na norma, é retirado do valor da causa atualizado.

Nesse sentido, trago o seguinte precedente do colendo STJ, cuja ementa passo a transcrever:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR COM ARRIMO NO ARTIGO 557 DO CPC. CABIMENTO. LIMITAÇÃO AO REEXAME NECESSÁRIO. INTRODUÇÃO DO § 2º DO ART. 475 DO CPC PELA LEI Nº 10.352/01. CAUSA DE VALOR CERTO NÃO EXCEDENTE A 60 (SESSENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS.

1. Com a nova redação dada pela Lei nº 9.756/98 ao art. 557 do Código de Processo Civil, o relator pode negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência do respectivo tribunal ou de tribunal superior, ainda que não sumulada. Essa nova sistemática teve como escopo desafogar as pautas dos tribunais, possibilitando, assim, maior rapidez nos julgamentos que de fato necessitem de apreciação do órgão colegiado.

2. O “valor certo” referido no § 2º do art. 475 do CPC deve ser aferido quando da prolação da sentença e, se não for líquida a obrigação, deve-se utilizar o valor da causa, devidamente atualizado, para o cotejamento com o parâmetro limitador do reexame necessário. Precedentes.

3. Agravo desprovido. [grifei]

(STJ, AgRg no REsp nº 911273/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, decisão unânime, DJ11.06.2007)

Portanto, como no caso analisado o valor atribuído à causa foi muito aquém do patamar fixado no citado dispositivo legal, resta forçoso reconhecer a inexistência da remessa necessária.

Passo ao exame dos recursos apelatórios.

A matéria, objeto dos presentes recursos, diz respeito ao direito da parte autora ao reconhecimento do tempo de serviço nos períodos compreendidos entre julho/68 a março/74 e maio/74 a dezembro/76, durante os quais, respectivamente, trabalhou para a empresa Viúva Antonio Gomes Sobrinho e integrou a empresa FORT-LAR - Fortaleza Móveis Eletrodomésticos Ltda., como sócio-quotista.

A pretensão formulada na inicial foi parcialmente acolhida, porquanto o douto sentenciante só considerou comprovado o período em que foi sócio da empresa FORT-LAR.

Compulsando os autos, verifica-se que a parte autora só logrou comprovar, satisfatoriamente, o vínculo empregatício com a empresa Viúva Antonio Gomes Sobrinho, no período de novembro de 1973 a janeiro de 1974, através de anotações em sua CTPS (fl. 14), do registro de empregados admitidos e desligados junto ao Departamento Nacional de Mão de Obra - Min. Do Trabalho e Previdência Social (fls. 22/23), das guias de recolhimento das contribuições previdenciárias da empresa (fl. 24) e da folha de pagamento (fls. 26/27), tudo isso corroborado pelos depoimentos das testemunhas arroladas (fls. 87/89).

Com relação ao restante do período de serviço prestado à referida empresa, não foram colacionados quaisquer documentos para demonstrar a existência do vínculo alegado e a exclusividade da prova testemunhal não é admitida para efeito de comprovação de tempo de serviço, conforme entendimento já consolidado pelo e. STJ através da Súmula de nº 149.

Neste sentido, acolho apenas em parte a irresignação do autor, ora apelante, para reconhecer o período de nov/73 a jan/74.

No tocante à reclamação dos demais recorrentes, o INSS e o DNOCS, tem-se também que o período reconhecido pela r. sentença, o de maio/74 a dezembro/76, em que o postulante integrava a empresa FORT-LAR, como sócio-quotista, não há de ser mantido.

Não obstante os documentos colacionados, tais como, a cópia do aditivo ao contrato social da mencionada empresa, em que consta o autor como sócio, cópias de notas promissórias e de guia de arrecadação do PIS referentes à empresa, eles são insuficientes ao reconhecimento do tempo de serviço declarado em favor do postulante.

Há de se atentar, ainda, para o fato, segundo o qual, o aproveitamento do tempo de serviço desempenhado pelo sócio-quotista, para fins previdenciários, está condicionado ao recolhimento das contribuições aos cofres da instituição. *In casu*, inexistem documentos demonstrativos dessa ocorrência. O ilustre sentenciante relevou este aspecto da questão por entender que, em ocorrendo a decadência do direito de cobrança das contribuições em alusão, seria dispensada a prova de tal pagamento.

Discordo, data vênia, deste posicionamento.

O sócio-quotista é segurado obrigatório da Previdência Social a teor do art. 5º, III, da Lei nº 3.807/60, em vigor, à época, e, nesta condição, obriga-se ao pagamento da contribuição mensal para o custeio do sistema previdenciário, não podendo se eximir desta obrigação sob o argumento de que caberia à empresa fazê-lo. O art. 69, alínea c, do citado diploma legal prevê o custeio da previdência social pelas contribuições das empresas em quantia igual a que for devida pelos segurados sócios-quotistas, ou seja, à empresa caberá o arrecadamento, mas não o ônus de desembolsar o montante por cada um deles.

Assim, são os precedentes firmados pelos Tribunais da 3ª e desta 5ª Regiões, senão vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. VIABILIDADE. TERMO INICIAL.

VALOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. CUSTAS PROCESSUAIS. PRÉVIO REQUERIMENTO DA PRESTAÇÃO NA VIA ADMINISTRATIVA.

I - (...);

II - (...);

III - (...);

IV - (...);

V - No caso, conforme está positivado nos autos por informe produzido pelo INSS, a autarquia, em 20 de setembro de 1999, levou a cabo a contagem do tempo de serviço disponibilizado pelo apelado, e apurou o montante de 33 (trinta e três) anos, 7 (sete) meses e 13 (treze) dias de trabalho até 16 de dezembro de 1998, e 34 (trinta e quatro) anos, 4 (quatro) meses e 16 (dezesesseis) dias, até 19 de setembro de 1999, em decorrência de, no período de 14 de abril de 1970 a 31 de maio de 1972, o vínculo previdenciário ter se dado na condição de sócio-gerente, do que dimana a obrigatoriedade do pagamento das contribuições previdenciárias pertinentes.

VI - Na sistemática instituída pela Lei nº 3.807/60, e mantida durante a vigência da Lei nº 5.890/73, o encargo do recolhimento de contribuição previdenciária de titular de firma individual e diretor, sócio-gerente, sócio solidário, sócio-cotista e sócio de indústria – art. 5º, III, da LOPS – competia à empresa - art. 176, I, do Decreto nº 60.501/67 e art. 235, I, do Decreto nº 72.771/73 –, daí porque o pagamento e repasse da exação aos cofres da autarquia era presumido em favor daqueles segurados, conforme, a título exemplificativo, a previsão contida no art. 79, § 1º, da Lei nº 5.890/73.

VII - Tal moldura legislativa, em um primeiro momento, daria, portanto, azo ao entendimento de não se constituir em encargo do apelado, por sua condição de sócio nos períodos em comento, a demonstração da regularidade de sua situação previdenciária, à época, o que não se mostra verdadeiro, contudo, pois, no caso, a presunção de cumprimento da obrigação de recolhimento das contribuições previdenciárias pertinentes, como forma de isentar o segurado da necessidade de demonstrar a satisfação da exigência, não milita em favor do autor, pois não pode ser invocada por aquele que pratica atos de gestão da empresa, como *in casu*, em que o autor ostentava a qualidade de sócio-gerente de pessoa jurídica e, portanto, pessoal-

mente responsável por sua condução, ao que se acrescenta ser a presunção a que ora se alude destinada precisamente à proteção dos trabalhadores, pressupondo a hipossuficiência do interessado em relação à empresa. Precedentes do TRF-4ª Região.

VIII - Como consequência do entendimento ora firmado, não é aplicável à espécie a restrição imposta pelo art. 80 da LOPS, no sentido da preservação de documentos atinentes ao recolhimento de contribuição previdenciária por apenas cinco anos, eis que a norma é endereçada à empresa, e não ao próprio segurado, a quem é transferida a obrigação de guarda de papéis hábeis a demonstrar sua situação previdenciária, para fins de gozo dos benefícios disponibilizados pela Previdência Social.

IX - O debate a respeito da incidência de decadência da constituição do crédito tributário e de prescrição de sua exigibilidade não vem a calhar, eis que, mesmo que se pudesse falar, em tese, em sua consumação, é descabida a aplicação dos institutos em comento ao caso.

X - A questão é de ser encarada por ângulo diverso, vale dizer, como inscrito na Previdência Social à época enfocada neste feito, na condição de sócio-gerente, o apelado estava obrigado ao desembolso das contribuições previdenciárias decorrentes de tal vínculo, e a ausência de regularidade no pagamento da exação implicou na impossibilidade de ser considerado, no interregno, como segurado, dada a ausência de um dos requisitos a tanto necessário, qual seja, a comprovação de regularidade do custeio.

XI - Disso deriva que o período de ausência de vínculo previdenciário não pode, por óbvio, ser admitido para cômputo de tempo de serviço, sem que a hipótese envolva, portanto, liame com os institutos da decadência e da prescrição, eis que, aqui, é do interesse do próprio beneficiário ver admitida a contagem do período com vistas à obtenção de aposentadoria.

XII - Pela mesma razão, inclusive, é que descabe falar-se em ofensa a direito adquirido ou a ato jurídico perfeito – art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal –, porque, ao exigir do contribuinte individual o desembolso de contribuição previdenciária relativa a período de trabalho como sócio-gerente, embasa-se o INSS não em legislação atual, do momento do requerimento do benefício, mas na legislação da

própria época da prestação da atividade laborativa, a qual, como visto, já condicionava o vínculo à Previdência Social ao pagamento da exação.

XIII - Acresça-se que em consonância à exigência em questão é a medida prevista no artigo 45, § 1º, da Lei nº 8.212/91, na redação da Lei nº 9.876/99, segundo o qual “Para comprovar o exercício de atividade remunerada, com vistas à concessão de benefícios, será exigido do contribuinte individual, a qualquer tempo, o recolhimento das correspondentes contribuições”.

XIV - Esclareça-se, também, que tal possibilidade é providência que, na verdade, vem em favor do segurado, porquanto, de outro modo, estaria vedada a oportunidade de, quitando a dívida, ver computado o lapso temporal pertinente para a aposentação.

XV - É de se concluir que a orientação administrativa representa exigência que, além de amoldada à legislação de regência da matéria, encontra amparo na norma do art. 195, CF, que encarrega toda a sociedade pelo financiamento da seguridade social, segundo os preceitos ali contidos.

XVI - *In casu*, não demonstrado o recolhimento das contribuições previdenciárias do período de 14 de abril de 1970 a 31 de maio de 1972, descabe o seu cômputo para fins de concessão de aposentadoria por tempo de serviço.

XVII - Ressalve-se que anotação posta na CTPS do apelado, em sua página 81, no sentido da prestação da atividade de sócio no interregno em comento, não implica em quitação da indigitada exação, traduzindo apenas um estado de fato vivenciado pelo autor.

XVIII - No tocante ao pedido de concessão de aposentadoria por tempo de serviço, por força da orientação aqui adotada, e observada a contagem do labor disponibilizado pelo apelado até 16 de dezembro de 1998, consoante o “Resumo de Documentos para Cálculo de Tempo de Contribuição” elaborado pela autarquia, além do informe que se lhe seguiu, tem-se o cômputo do montante de 33 (trinta e três) anos, 7 (sete) meses e 13 (treze) dias, suficientes à concessão do benefício, nos termos do art. 52 da Lei nº 8.213/91.

XIX - O termo inicial do benefício corresponde à data da citação, realizada em 03 de março de 2000, consoante determinado na sentença, na falta de recurso do autor e

da demonstração da existência de requerimento administrativo prévio, de acordo com a orientação da Turma a respeito da matéria.

XX - No que tange ao valor da aposentadoria, resultará da aplicação do coeficiente de 88% (oitenta e oito por cento) do salário-de-benefício, representado este pela média dos 36 (trinta e seis) últimos salários-de-contribuição, todos corrigidos monetariamente, nos termos do art. 53, II, combinado ao art. 29, redação original, da Lei nº 8.213/91, observados os limites mínimo e máximo a que alude o seu § 2º.

XXI - A correção monetária das parcelas vencidas incide na forma das Súmulas nº 08 deste Tribunal, e 148, do STJ, bem como da Lei nº 8.213/91 e legislação superveniente, a contar do vencimento de cada prestação, o que fica expressamente estabelecido.

XXII - Juros moratórios contados a partir da citação, à base de 6% ao ano.

XXIII - Honorários advocatícios mantidos ao índice de 10% (dez) por cento, conforme o art. 20, § 3º, CPC, limitada a base de cálculo, porém, às parcelas vencidas até a sentença, segundo o enunciado da Súmula nº 111/STJ e da Turma.

XXIV - É indevida a condenação do Instituto ao pagamento das custas processuais, eis que delas isento, conforme o disposto no art. 4º, I, da Lei nº 9.289/96, sendo cabível tão-somente o reembolso daquelas adiantadas pelo apelado, segundo a guia respectiva presente nos autos.

XXV - Preliminar rejeitada. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

(Tribunal - Terceira Região, AC - 711128/SP, Nona Turma, decisão: 25/06/2007, DJU, data: 16/08/2007, página: 470, Juíza Marisa Santos).

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA. AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. URBANO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. TESTEMUNHAS. TRABALHADOR AUTÔNOMO. SÓCIO-COTISTA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

I - Remessa oficial não conhecida, tendo em vista a nova redação do artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 10.352/2001.

II - Havendo início de prova material, corroborada por testemunhas, em relação alguns períodos, deve ser reconhecido o direito à averbação de tempo de serviço cumprido pelo autor, sem o correspondente registro, independentemente da comprovação do recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias, pois tal ônus cabe ao empregador.

III - O trabalhador autônomo é obrigado ao recolhimento de contribuições previdenciárias, por iniciativa própria, a teor do disposto no artigo 142, inc. II, do Decreto nº 77.077/76 e do artigo 139, inciso II, do Decreto nº 89.312/84.

IV - O sócio-cotista enquadra-se como segurado obrigatório da Previdência Social, nos termos do art. 5º, §3º, do Decreto nº 77.077/76, estando obrigado a proceder ao recolhimento de contribuições, sob pena de não se computar o tempo de serviço correspondente.

V - Ante a sucumbência recíproca cada uma das partes arcará com as despesas que efetuou, inclusive verba honorária de seus respectivos patronos, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil.

VI - Remessa oficial não conhecida. Apelação do réu parcialmente provida.

(Tribunal - Terceira Região, AC - 68538/SP, Décima Turma, decisão: 14/06/2005, *DJU*, data: 06/07/2005, página: 291, Juiz Sérgio Nascimento).

PREVIDENCIÁRIO. SÓCIO-COTISTA. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES. EXTRAVIO DECORRENTE DE ALAGAMENTOS. PROVA TESTEMUNHAL IDÔNEA.

1. Demonstração de a parte autora ter feito parte da empresa Norte Placa Indústria e Comércio Ltda., na condição de dirigente, no período que pretende averbar, através da colação de prova documental.

2. A presunção da regularidade dos recolhimentos efetuados em favor de empregado com carteira assinada não alcança o empresário segurado exercente de cargo de gestão, porquanto responsável pela regularidade de tais pagamentos.

3. No caso concreto tal requisito restou satisfeito, vez que a demandante demonstrou, mediante robusta prova testemunhal, que o extravio dos comprovantes dos recolhimentos previdenciários decorreu de alagamentos ocorridos na

sede da empresa, bem assim no arquivo da Autarquia Previdenciária.

4. Apelação e remessa oficial improvidas.

(Tribunal - Quinta Região, AC - 387448/RN, Segunda Turma, decisão: 25/09/2007, *DJ* - data: 14/11/2007 - página: 793 - nº: 219, Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria).

PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO URBANO COMO EMPREGADO. PROVAS TESTEMUNHAL E DOCUMENTAL.

- Reconhecimento de tempo de serviço como empregado: prova testemunhal produzida em justificação judicial anterior, e ratificada na ação declaratória, sem qualquer contradita, e sem que tenha sido posto em dúvida o fato testemunhado, ou a idoneidade dos depoentes. Prova documental firmada através de cópia dos contratos sociais de constituição, e respectivas alterações, das firmas onde o autor trabalhou, devidamente registradas na Junta Comercial. Período de atividade urbana como empregado reconhecido.

- Alteração do contrato social da firma, com arquivamento perante a Junta Comercial, onde se verifica que, a partir de 06.04.71 o autor passou a ser sócio-cotista. Impossibilidade de se averbar o tempo de serviço, com o consequente reconhecimento da filiação à Previdência, sem a prova do recolhimento das contribuições de empresário.

(Tribunal - Quinta Região, AC - 111526/SE, Terceira Turma, decisão: 11/09/1997, *DJ* - data: 03/11/1997 - página: 92807, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira).

Por outro lado, apenas uma das testemunhas arroladas, em seu depoimento, alega a participação do requerente como sócio da empresa da família, juntamente com a mãe e os irmãos, não se referindo, porém, à existência da empresa FORT-LAR, enquanto a outra depoente não fez qualquer alusão à mencionada sociedade.

Posto isso, dou provimento às apelações do DNOCS e do INSS e dou parcial provimento à apelação da parte autora tão-somente para reconhecer-lhe o direito à averbação do tempo de serviço durante o período de novembro de 1973 a janeiro de 1974, e, considerando-a sucumbente da parte maior do pedido, condeno-a ao pagamento dos honorários advocatícios arbitrados em R\$ 400,00

(quatrocentos reais) que deverão ser repartidos entre o INSS e o DNOCS e não conheço da remessa obrigatória.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 425.546-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelantes: JOACY GUILHERME DE ALMEIDA FERREIRA E OUTRO
Apelada: ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO BRASIL - ANOREG/BR
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO MARCOS DE ARAUJO E OUTROS (APDA.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E DIREITO AUTORTAL. REGISTRO DE BASE DE DADOS REFERIDA NO INC.XIII DO ART. 7º DA LEI 9.610, DE 1988. ANULAÇÃO POR NÃO SE CONSTITUIR EM OBRA DE INTELECTO HUMANO. OCORRÊNCIA, EM VERDADE, DE LITÍGIO, OBJETIVANDO A RETIRADA DO EMPEÇO, TRADUZIDO NO REGISTRO MENCIONADO, PARA PODER A DEMANDANTE, ORA APELADA, EXPLORAR O SEU SISTEMA LIVREMENTE. VIA INADEQUADA. SENTENÇA REFORMADA.

- Registro de sistema, intitulado de Central de Informações Patrimoniais de Pessoas Físicas e/ou Jurídicas, efetuado pelos apelantes, na Fundação Biblioteca Nacional, com fulcro no inc. XIII, do art. 7º da Lei 9.610, de acordo com as normas insertas na Lei 5.988, de 1973.

- Exploração pela apelada do sistema Cartório 24 horas, tendo por objeto dados ocorrentes em cartórios imobiliários, serviço semelhante, mas não igual, ao dos apelantes.

- Ocorrência do verdadeiro problema na explo-

ração, por parte dos litigantes, de sistema semelhante, apresentando de comum o fato de ambos trabalharem com dados, colhidos em cartórios imobiliários, buscando a autora, ora apelada, com a anulação do registro, poder explorar também o sistema por ela criado.

- A pretensão deve ser resolvida em outras vias e outro juízo, não sendo de se decretar a nulidade de um registro que é fruto do intelecto humano, concretizado com fundamento na Lei 5.988, não apresentando, formal nem substancialmente, nenhum motivo para ser retirado do mundo jurídico, nem se revelando a presente demanda no veículo adequado para discutir o monopólio ou não da utilização de dados existentes em cartórios imobiliários, âmagô, afinal, do litígio.

- Provisamento do recurso.

ACÓRDÃO

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

Recife, 19 de março de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Ação ordinária declaratória de nulidade de registro autoral movida pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil, contra Joacy Guilherme de Almeida Ferreira, Antônio Carlos Telles de Mello e, posteriormente, a Fundação Biblioteca Nacional, pretendendo, em liminar antecipatória de tutela, que os dois primeiros demandados se abstenham de realizar quaisquer atos que impeçam ou obstaculizem o funcionamento do *site* “Cartório 24 horas”,

de autoria da entidade demandante, e, ao final, seja julgado procedente o pedido, declarando-se que a base de dados intitulada “Central de Informações Patrimoniais” é desprovida de proteção do direito autoral, e a declaração de nulidade do registro 293.074, Livro 531, folha 234, perante o Escritório de Direitos Autorais da Fundação Biblioteca Nacional, fl. 30.

Defende na inicial que o serviço por ela prestado no “*site* cartório24horas.com.br” não afrontou nenhum direito autoral que os demandados dizem possuir com o registro da base de dados intitulada “Central de Informações Patrimoniais”, já que tal criação não pode ser considerada obra intelectual originária, pois apenas se utiliza de informações patrimoniais contidas nos cartórios de registro de imóveis de todo país, e, também, por se constituírem serviços distintos: o da demandante visa ao fornecimento de certidão aos usuários, enquanto o dos demandados, mera informação sem caráter oficial.

Na contestação, os demandados defendem a natureza intelectual da obra denominada “Central de Informações Patrimoniais”, protegida pelo direito autoral, devidamente registrada no órgão competente, e que a demandante, indevidamente, está fazendo uso desse patrimônio, fls. 99-124.

A Fundação Biblioteca Nacional, respondendo, anota que o registro da obra dos demandados obedeceu aos requisitos legais, carregando a presunção relativa de verdade quanto a sua autoria, uma vez que, ao solicitarem o registro, os requerentes assinaram termo de responsabilidade pela declaração de autoria da obra, fls. 251-260.

O pedido foi julgado procedente, para declarar a nulidade do ato de registro na Fundação Biblioteca Nacional da base de dados denominada “Central de Informações Patrimoniais”, declarando, também, que referida base de dados não está definida em lei como obra de criação de espírito originária, e, portanto, não se encontra sob a égide do direito autoral.

Entendeu o D. Magistrado que os réus não criaram uma forma de expressão distinta e inovadora sobre dados patrimoniais de imóveis, *já que reuni-los, selecioná-los pela localidade, órgão de registro, data, número de registro e característica do bem patrimo-*

nial é, nada mais, do que enumerar os dados, inexistindo qualquer traço originário, criativo ou distintivo nessa forma de organização, fls. 439-455.

Os réus apelaram da sentença, repetindo, em linhas gerais, os fundamentos contidos na contestação, fls. 459-470.

Nas contrarrazões, a entidade apelada levanta a preliminar de deserção do recurso, pois o recolhimento das custas só se deu depois do prazo de interposição da apelação, pugnando, no mérito, pela manutenção da sentença.

É o que importa relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

A douta sentença, fls. 430-455, julgou procedente a pretensão, formulada pela apelada, no sentido de declarar nulo o registro 293.074, feito pelos apelantes, perante a Fundação Biblioteca Nacional, ao argumento de não se cuidar, a base de dados registrada, de *obra intelectual a merecer a proteção da Lei n° 9.610/98*, fl. 453, entre outros e expoentes argumentos.

Os apelantes, na ação, demandados, inconformados, ofereceram apelo, fls. 459-470, na tentativa de reverter a douta decisão.

De início, a preliminar de deserção do apelo, por ter o pagamento do preparo sido feito depois de encerrado o prazo destinado ao recurso, fls. 477-481, não prospera. No juízo federal, mercê da Lei 9.289, de 4 de julho de 1996, há um prazo de cinco dias, após a oferta do apelo, para o pagamento das custas processuais relativas ao preparo do recurso. No inciso II do art. 14, está esteado que aquele que recorrer da sentença pagará a outra metade das custas, dentro do prazo de cinco dias, sob pena de deserção. É de se presumir que tal prazo, de cinco dias, seja concedido para que, ao apelar, no prazo de quinze dias, possa ter o apelante conhecimento do total das custas a serem recolhidas, de maneira a ficar assentado que, no juízo federal, a parte dispõe do prazo de quinze dias para apelar e de mais cinco dias para efetuar o preparo. A Lei 9.289 tem suas normas dirigidas especificamente ao juízo

federal, de forma a ser aplicada em feitos em trâmite nas suas varas.

No caso, o preparo foi efetuado em 21 de maio de 2007, fl. 472, ou seja, dentro do prazo de cinco dias, de que fala o inciso II do art. 14 da Lei 9.289, levando em conta ter o apelo dado entrada no último dia do prazo, em 18 de maio de 2007, fl. 459.

Rejeito, desta forma, a preliminar.

No mérito, observo estar em foco a perseguida anulação da base de dados registrada pelos apelantes na Fundação Biblioteca Nacional, com esteio no inc. XIII do art. 7º da Lei 9.610, de 1998.

A teor da documentação que instruiu o pedido, a base (banco) de dados, centraliza informações patrimoniais a partir de uma coletânea de dados, realizada por seus organizadores, em Cartórios Públicos de Imóveis e Órgãos de Registro Patrimoniais Públicos no Brasil, ou em qualquer outro país do mundo, que a legislação permita acesso a tais informações, sendo as mesmas neles contidas atualizadas sempre que os organizadores tenham informações de alterações, conforme disposto nos campos 1 a 19 da página 04 e de 1 a 18 da página 05 (TELAS Resultado da Pesquisa).

Essas informações são prestadas pelos responsáveis legais dos respectivos Cartórios de Registros e/ou de Registro Patrimoniais de acesso público, e não substituirão as Certidões Legais, fl. 50.

Em outro campo, o sistema adotado pela entidade-demandante, ora apelada, denominado de Cartório 24 Horas, adota procedimento que a inicial descreve, ou seja, *trata-se de serviço de solicitação on-line de qualquer certidão oficial para serem enviadas por SEDEX ao endereço do solicitante, fl. 07.*

Ou seja, o “Cartório 24 Horas” mantido pela autora [ora apelada] é apenas um serviço de “correio eletrônico”, onde são concentrados os pedidos de certidões, os quais são remetidos aos cartórios competentes para que busquem e emitam a certidão pedida e enviem ao solicitante, inexistindo qualquer banco de dados em seu sistema.

Frisa-se que o serviço oferecido pela autora apenas é de armazenar e enviar a solicitação do usuário para o respectivo cartó-

rio e, neste, é onde se procedem as buscas necessárias, nos seus cadastros próprios, para a emissão da certidão, fl. 07.

Um sistema, o dos apelantes, utilizando-se de dados colhidos em cartórios (Cartórios Públicos de Imóveis e Órgãos de Registro Patrimoniais Públicos, fl. 50), fornece, assim que solicitado, na forma pelos autores ditada, as informações devidas. Não se trata de uma certidão, mas de informações relativas ao imóvel indicado.

O outro, o da apelada, ante o pedido, endereçado por interessado, envia, via sedex, através do cartório devido, a certidão relativa ao imóvel, assinada pelo escrivão da área do imóvel.

Ambos os sistemas se calcam nos dados dos cartórios imobiliários. Um presta informações. O outro, em contato com o cartório devido, faz com que este expeça certidão que é dirigida ao interessado.

Alguns traços em comum dos dois sistemas se centralizam nos dados cartorários, isto é, em dados existentes em cartórios imobiliários, atinentes a imóveis. Mas, no seu funcionamento, as diferenças são mais fortes, porque, enquanto o sistema dos apelantes colhe, junto aos cartórios, os dados devidos e envia as informações (não certidão) ao interessado, o outro, da apelada, remete o pedido de certidão para o cartório, onde o imóvel se encontra inscrito, a fim de que este cartório, via sedex, o remeta ao interessado. Não é a entidade-autora a responsável pelo envio da certidão, mas o próprio cartório, funcionando a entidade-autora apenas como intermediária do negócio.

Não são, desta forma, idênticos os sistemas, pelos traços de distinção ocorrentes entre um e outro, no seu funcionamento.

Aliás, a maneira de operação de um e de outro não é objeto de nenhuma controvérsia, presumindo-se ser, como se colhe da documentação de fl. 50 e das assertivas constantes da peça inicial. Tanto que, sobre a matéria, nem a sentença alevantou qualquer dúvida nem os litigantes procuraram desmentir a verdade ostentada por cada um.

O que se discute, aqui, única e exclusivamente, é a pretensão da demandante, ora apelada, no sentido de ver a base de dados dos demandados, ora apelantes, desprovida de qualquer proteção

conferida pela Lei 9.610, e, em conseqüência, anulado o registro do banco de dados dos apelantes. Em contrapartida, os apelantes defendem, ao apelar, o direito de exclusividade no fornecimento das informações já destacadas. Pelo menos é o que demonstra na defesa da assertiva de que *dando [a norma] ao titular/criador o direito de proibir a sua reprodução, tradução, adaptação, reordenação e distribuição*, fl. 464, como se dissesse, em outras palavras, que tal tipo de serviço – o de prestar informações acerca da situação de imóveis – passava, com o registro na Fundação Biblioteca Nacional, a ser algo de sua exclusiva atribuição. Um monopólio, portanto.

O fundamento da pretensão da associação-demandante, que a doura sentença acolheu, é que à base de dados inscrita na Fundação Biblioteca Nacional não se amolda a base de dados a que se refere o inc. XIII do art. 7º da Lei 9.610, ou seja, não é a mesma coisa, por não se cuidar de uma obra de criação intelectual dos demandados, ora apelantes, visto que estes apenas colheram dados em cartórios imobiliários, não sendo, portanto, uma obra de criação qualificada, a ponto de merecer o apoio da referida norma.

É de se levar em conta, de logo, que não ocorreu demonstração efetiva de como funciona um sistema e de como funciona o outro, partindo-se da presunção de serem os dois de acordo com o que o documento de fl. 50 indica, no que se refere ao demandante, ora apelante, e de acordo com os esclarecimentos prestados na inicial.

Penso que, antes de tudo, ante a verdade alevantada pela entidade-autora, ora apelada, de se cuidar, como, efetivamente, se cuida, de sistemas diferentes, um problema deve ser abordado e enfrentado de logo, relativo ao defeito, formal e/ou substancial, que acoima o registro dos apelados, na Fundação Biblioteca Nacional, de alguma nulidade.

A Central de Informações Patrimoniais de Pessoas Físicas e/ou Jurídicas, fl. 49, é uma obra do intelecto humano, como é um sermão religioso, um texto de obra literária, uma conferência, uma composição musical, entre outras das muitas que estão arroladas nos incisos que formam o art. 7º da Lei 9.610, de 1998. É obra do intelecto humano à proporção em que foi criada pelo homem, fruto de sua inteligência, embora com fins comerciais.

Justamente aí, na exploração da informação relativa aos dados cadastrais ou da certidão de registro imobiliário, é que vai pouso o epicentro da controvérsia. Em verdade, o que a autora persegue é poder se utilizar do sistema Cartório 24 horas, também. O que os apelantes buscam é continuarem a explorar a Central de Informações Patrimoniais de Pessoas Físicas e Jurídicas, sozinhos. Ou seja, é a finalidade comercial de exploração de um serviço que está em jogo, camuflado na análise da Central de Informações Patrimoniais de Pessoas Físicas e Jurídicas e no seu enquadramento ou não na expressão base de dados, inserto no inc. XIII do art. 7º da Lei 9.610.

O enquadramento ou não da mencionada Central com a base de dados é apenas um artifício utilizado pela apelada para poder continuar a explorar o sistema Cartório 24 horas.

Acho que o problema não se resolve com a declaração de nulidade do registro de direito autoral, como buscado pela apelada, fl. 03, principalmente levando em conta que uma base de dados foi registrada, não especificando a norma qual deve ser, afinal, o seu conteúdo, nem estabelecendo medidas e exigências na norma específica para a sua inscrição. O problema repousa na exploração de um sistema que apresenta como fonte o cartório imobiliário e os dados nele constantes, que ambos os litigantes fazem uso, de maneira a se indagar se, cuidando-se de dados obtidos em cartórios imobiliários, a apelada também poderia, depois do registro do sistema dos apelantes, explorar serviços parecidos, não exata e matematicamente idênticos? O fato de os apelantes terem saído na frente, no que tange ao registro da base de dados, faz com que só eles possam se utilizar de dados constantes de documentos públicos, que, afinal, não foram obra de sua criação, mas que já existem, como continuarão existindo, e como prosseguirão sendo objeto de registros?

Em um exemplo, um sistema, que tenha por centro o fornecimento de informações contidas em jornais do século dezanove, registrado por uma entidade, faz com que só essa entidade possa, doravante, fornecer informações colhidas nos ditos jornais? Ora, o sistema é original, mas se calca em dados que estão inseridos em jornais do século dezanove, afinal, de acesso ilimitado a

todos os interessados, e não somente ao ente que teve a iniciativa de criá-lo.

Penso que as respostas resolvem o litígio, mas em outra via e em outro juízo. Não aqui, porque o sistema registrado, fls. 47-53, não apresenta nenhum traço que comine o ato combatido em nulo, nem formal nem substancialmente, por se cuidar, repito, em obra do intelecto humano. Se a apelada, por explorar serviço semelhante, vislumbra no registro do sistema dos apelantes um obstáculo, torno a repetir, o problema deve ser resolvido em outras vias, não se justificando a anulação de um registro que não apresenta nenhum defeito formal, nem substancial, independentemente de todos os méritos da douta sentença, que acatou a pretensão.

Acho que a perseguida anulação do registro da base de dados em comento não é o caminho adequado para resolver a controvérsia entre os litigantes, mesmo porque o registro atacado se encontra em perfeita harmonia com os ditames da Lei 5.988, de 1973, de tal maneira que não há vício algum capaz de provocar a sua retirada do mundo jurídico, como bem o defendeu a Fundação Biblioteca Nacional.

Por este entender, dou provimento ao presente recurso, invertendo o ônus sucumbencial, reservando aos litigantes o uso de outras vias, querendo.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 426.265-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES

Apelantes: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL-CEF, UNIÃO E MUNICÍPIO DE CAMPINA GRANDE (PB)

Apelados: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, UNIÃO, MUNICÍPIO DE CAMPINA GRANDE (PB), EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT E PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A

Advs./Procs.: DR. ISAAC MARQUES CATÃO E OUTROS (1º APTE.), RODRIGO AZEVEDO GRECO E OUTROS (3º APTE.), RAFAEL ALMEIDA DE HOLANDA E OUTROS (4º APDO.) E CARMEN RACHEL DANTAS MAYER (5º APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. MUNICÍPIO INSCRITO NO SIAFI E NO CADIN POR FORÇA DE IRREGULARIDADES EM CONVÊNIOS CELEBRADOS COM ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES PREVISTAS NA IN/STN nº 01/97, C/ A REDAÇÃO DADA PELA IN/STN Nº 05/01. SUSPENSÃO DA RESTRIÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO.

- A ação cautelar é a via adequada para que o município-requerente pleiteie a suspensão das inscrições do seu nome feitas no CADIN e no SIAFI, até que seja definitivamente examinada, na ação principal, questão relativa a possíveis irregularidades existentes nos convênios por ele celebrados, através de suas gestões anteriores, irregularidades essas que comprometem a liquidez e certeza dos débitos cobrados e que originaram as questionadas inscrições. Preliminar de inadequação da via eleita que se afasta.

- O pedido da tutela jurisdicional não está condicionado à prévia postulação administrativa. Exi-

gir-se de forma diversa, estar-se-ia negando ao autor direito fundamental contido na Constituição Federal (art. 5º, XXXV), concernente à inafastabilidade de apreciação jurisdicional de qualquer lesão ou ameaça a direito. Preliminar de falta de interesse de agir rejeitada.

- Conformando-se o autor com o despacho inicial que determinou o chamamento da CHESF, da ELETROBRÁS e da PETROBRÁS para integrarem o pólo passivo da relação processual, a ele caberá arcar com o ônus da sucumbência em relação a ditas empresas, que, ao final do processo, foram consideradas partes ilegítimas. Condenação que se mantém.

- O FDNE e a FUNASA são entes públicos dotados de personalidade jurídica própria, razão pela qual é a UNIÃO parte ilegítima para responder pelos atos por elas praticados.

- Cumpridas, pelo ente político, as exigências contidas no § 2º do art. 5º da IN/STN nº 01/97, na redação dada pela IN/STN nº 05/01, ou seja, (a) ter outro administrador que não o faltoso, (b) comprovar a instauração da devida tomada de contas especial e (c) comprovar a imediata inscrição, pela unidade de contabilidade analítica, do potencial responsável em conta de ativo “Diversos Responsáveis”, é de ser-lhe concedida a suspensão judicial da inadimplência registrada no SIAFI e/ou n o CADIN pela União e pela CEF, em virtude das situações previstas nos incisos I e II do § 1º do art. 5º da referida Instrução Normativa.

- Ainda que prevalecesse o entendimento segundo o qual o apelante estaria, por força da sua condição de ente público, dispensado do oferecimento de garantia idônea e suficiente para pleitear em juízo a suspensão de inscrição efetivada em decorrência de débitos relativos à prestação de serviços postais, os quais foram objetos de no-

***tificação extrajudicial, tal situação não se enquadra naquelas previstas nos incisos I e II do § 1º do art. 5º da IN/STN nº 01/97, na redação dada pela IN/STN nº 05/01. Improcedência da ação em relação à inscrição feita pela ECT.
- Apelações desprovidas.***

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações, 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, 17 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelações interpostas pelo Município de Campina Grande, pela Caixa Econômica Federal e pela União contra sentença do MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, que, julgando procedente, em parte, a presente ação cautelar, determinou a suspensão das inscrições feitas no CADIN e no SIAFI referentes a dois convênios celebrados entre o primeiro apelante e as duas outras recorrentes (fls. 703/728).

Em seu apelo, de fls. 743/749, insiste a CEF na preliminar de falta de interesse processual do Município de Campina Grande, por inadequação processual da via eleita e, no mérito, pugna pela improcedência da ação, uma vez que a suspensão das inscrições no CADIN e no SIAFI só se mostra cabível com o atendimento de todas as exigências contidas no § 2º do art. 5º da IN/STN nº 01/97, na redação dada pela IN/STN nº 05/01, o que não foi feito pelo requerente, apesar de ter instaurado a tomada de contas especial. Alega, portanto, a recorrente que, a prevalecer os fundamentos da

sentença recorrida, estará se negando vigência ao princípio da legalidade, previsto no art. 37, *caput*, da CF, bem como os demais dispositivos do ordenamento jurídico relacionados com a matéria sob exame.

A União, em suas razões de fls. 753/766, também suscita a preliminar de falta de interesse de agir, uma vez que o Município requerente, *em momento nenhum, demonstrou haver sofrido qualquer negativa da Administração à sua pretensão de ver suspensa a restrição decorrente do descumprimento de termos do convênio pela gestão municipal anterior, para que pudesse obter transferências de recursos federais para obras e ações destinadas a suprir as necessidades prementes da população do Município.* No mérito, defende os mesmos argumentos apresentados pela CEF, em sua apelação.

Já o último apelante, o Município de Campina Grande, às fls. 769/784, insurge-se contra os itens I, III e VII da r. sentença que: a) excluiu a CHESF, a ELETROBRÁS e a PETROBRÁS do pólo passivo da ação, ao fundamento de que ditas empresas foram chamadas a integrar a lide por determinação do próprio julgador *a quo* (fl. 66); b) reconheceu a ilegitimidade passiva da UNIÃO, quanto às inscrições no CADIN/SIAFI efetivadas pelo FNDE e pela FUNASA, e; c) julgou improcedente a ação, em relação à sua inscrição no CADIN efetivada pela ECT, pois, segundo alega, a suspensão da referida inscrição independe do oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, em razão de gozar da presunção de solvabilidade, por ser pessoa jurídica de direito público. Acrescenta, ainda, que a dívida que ensejou a questionada inscrição no CADIN está sendo discutida em juízo, desde 2004, o que importa em dizer que se deve aguardar o deslinde daquela ação (2005.82.00.012128-5) para, somente então, ser procedida a inscrição do Município no CADIN. Neste sentido, reporta-se a precedente deste Tribunal.

Aduz, por fim, que a Prefeitura Municipal de Campina Grande, através da sua atual gestão, tomou todas as providências possíveis e necessárias de modo a responsabilizar os antigos gestores, não podendo, portanto, ser penalizada, como também a população local, pelos erros das administrações passadas.

Contra-razões apresentadas pela ECT (fls. 804/807), pela Petrobrás Distribuidora S/A (fls. 809/814) e pela União (fls. 861/866).

Em apertada síntese, é o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Inicialmente, passo a examinar preliminares suscitadas pela CEF e pela UNIÃO, consubstanciadas na inadequação da via eleita e na falta de interesse de agir do autor, o Município de Campina Grande (PB), também apelante.

Com relação à falta de interesse processual do referido município em razão da alegada inadequação da via processual eleita, tenho que não procedem as alegações da CEF.

É que a presente ação cautelar tem por objeto a suspensão das inscrições positivas no CADIN e no SIAFI efetivadas contra o autor – Município de Campina Grande (PB), até que seja definitivamente examinada, na ação principal, questão relativa a possíveis irregularidades existentes nos convênios celebrados pelo referido município, por suas gestões anteriores, as quais comprometem a liquidez e certeza dos débitos cobrados.

Se, no bojo da inicial desta cautelar, o requerente teceu considerações sobre as irregularidades existentes nos convênios inadimplidos, foi para demonstrar que, a seu favor, militava a fumaça do bom direito, um dos pressupostos da presente ação.

É evidente, por outro lado, o fundado receio do requerente de que a permanência do seu nome nos cadastros dos referidos órgãos, até que haja o deslinde da ação principal, venha lhe causar lesão grave e de difícil reparação, na medida em que estará impossibilitado de realizar novos convênios e receber repasses públicos.

Outra, portanto, não poderia ter sido a via processual a ser escolhida.

Rejeito, portanto, esta preliminar.

No tocante à preliminar de falta de interesse de agir, alega a União que, em momento algum, o Município autor demonstrou ter sofrido qualquer negativa, por parte da Administração, quanto à sua pretensão de ver suspensa a restrição decorrente do descumprimento de termos do convênio pela gestão municipal anterior, até porque, nos termos do art. 26 da MP nº 2095-74/2001, a alegada restrição encontra-se suspensa para a execução de ações sociais, bastando, portanto, ao referido município levar ao conhecimento da Administração a sua situação concreta, a fim de se adequar ao que se acha previsto na legislação de regência.

Com efeito, diante do dispositivo acima indicado, em princípio, bastaria que o autor pleiteasse administrativamente a suspensão da questionada restrição, o que tornaria desnecessária a invocação da tutela jurisdicional, por não ter se caracterizado, ainda, a resistência à pretensão autoral.

Acontece, que o pedido da tutela jurisdicional não está condicionado à prévia postulação administrativa. O entendimento firmado por este Tribunal é no sentido de que a ausência de tal postulação não constitui óbice à instauração da ação judicial.

Exigir-se de forma diversa, estar-se-ia negando ao autor direito fundamental contido na Constituição Federal (art. 5º, XXXV), concernente à inafastabilidade de apreciação jurisdicional de qualquer lesão ou ameaça a direito.

Afasto, portanto, a preliminar de falta de interesse de agir suscitada pela União.

Quanto à questão de mérito impugnada tanto pela CEF como pela União, em suas apelações, também não enxergo o que reformar na sentença sob exame, que tão bem analisou a matéria relativa à possibilidade de suspensão das restrições feitas ao autor decorrentes de sua inscrição no CADIN e no SIAFI.

Por oportuno, transcrevo trecho do referido julgado, que ora adoto como razão de decidir:

[...]

Desse modo, a suspensão das inscrições no CADIN e no SIAFI só se mostra cabível em uma das seguintes hipóteses:

I - quanto às situações de não prestação de contas, final ou parcial, de recursos recebidos através de convênio ou de não aprovação pelo órgão/ente concedente da prestação de contas por qualquer fato que resulte em prejuízo ao erário, conforme previsto nos incisos I e II do § 1º do art. 5º da IN/STN nº 01/97, na redação dada pela IN/STN nº 05/01, quando a entidade atender aos requisitos previstos no § 2º do mesmo artigo, ou seja, (a) ter outro administrador que não o faltoso, (b) comprovar a instauração da devida de(sic) tomada de contas especial e (c) comprovar a imediata inscrição, pela unidade de contabilidade analítica, do potencial responsável em conta de ativo “Diversos Responsáveis” sendo a suspensão da inadimplência realizada por ato expreso do ordenador de despesas do órgão concedente;

II - nessas situações e nas demais, se obtida a suspensão da exigibilidade do crédito originador do registro, seja administrativa ou judicialmente, na forma da lei, ou se ajuizada ação para discutir a existência ou o valor desse crédito e oferecida garantia idônea e suficiente ao Juízo, nos termos da lei.

Quanto à hipótese indicada no item I do parágrafo anterior, entendo que a norma do art. 5º, § 2º, da IN/STN nº 01/97, na redação dada pela IN/STN nº 05/01, dirige-se à regulamentação da atuação do ordenador de despesas do órgão concedente em relação à suspensão da inadimplência, devendo, em relação à postulação judicial desta inadimplência, ser interpretada com algum temperamento em relação aos requisitos ali estabelecidos:

I - pois, das exigências ali feitas, apenas a de ter outro administrador que não o faltoso e a de requerer a instauração de tomada de contas especial estão sob a responsabilidade exclusiva da entidade beneficiária do convênio, vez que a instauração em si da tomada de contas especial e a inscrição, pela unidade de contabilidade analítica do concedente, do potencial responsável em conta de ativo “Diversos Responsáveis” são atribuições a serem exercidas pelo concedente;

II - e, portanto, em face do explicitado no item anterior, não pode a demora nessas duas últimas providências ser imputada à entidade beneficiária do convênio, razão pela qual, cumprindo ela as outras duas primeiras exigências referidas ou cumprindo ela a primeira dessas duas outras exi-

gências (ter outro administrador que não o faltoso) e já devendo ter sido realizadas pelo concedente as três outras em face do trâmite da fiscalização da execução do convênio, é de ser-lhe concedida a suspensão judicial da inadimplência registrada no SIAFI e/ou do CADIN em virtude das situações previstas nos incisos I e II do § 1º do art. 5º da IN/STN nº 01/97, na redação dada pela IN/STN nº 05/01 (fls. 722/723).

Examinadas as apelações da CEF e da União, passo a apreciar as razões recursais do Município de Campina Grande, autor desta ação.

Primeiramente, no tocante à insurgência do apelante contra a parte da sentença que excluiu da lide a CHESF, a ELETROBRÁS e a PETROBRÁS, entendo que não lhe assiste razão, pois, se é certo que o chamamento de ditas empresas para integrar o pólo passivo da relação processual decorreu da determinação do Juízo *a quo*, também é certo que, contra a referida decisão, o autor não manifestou a sua irrisignação através da interposição de recurso próprio.

Ora, conformando-se o autor com o que restou decidido à fl. 66 e vindo as referidas empresas aos autos, tendo, inclusive, contestado a ação, uma vez reconhecida, ao final, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, é forçoso reconhecer que caberá ao autor arcar com o ônus da sucumbência.

Quanto ao reconhecimento da ilegitimidade passiva da UNIÃO em relação às inscrições no CADIN/ SIAFI efetivadas pelo FNDE e pela FUNASA, entendo, igualmente, não haver o que reformar no *decisum* vergastado, uma vez que o FNDE e a FUNASA são entes públicos dotados de personalidade jurídica própria.

Por fim, sobre a improcedência do pedido em relação à suspensão da inscrição no CADIN efetivada pela ECT, entendo não prosperarem as alegações em sentido contrário apresentadas pelo apelante.

É que, como bem salientou o MM. Juiz de 1º grau, *in verbis*:

Os documentos de fls. 357/378 e 380/383 indicam que a dívida que levou à inscrição pela ECT do MUNICÍPIO DE CAMPINA GRANDE no CADIN diz respeito a débitos rela-

tivos a prestação de serviços postais, tendo sido esses débitos objeto de notificação extrajudicial ao referido Município, conforme documentos de fls. 385/386, além de ter o Requerente firmado, em sua Administração anterior, o termo de confissão de dívida de fls. 388/389.

Vê-se, pois, que a inadimplência originadora do registro no CADIN realizado pela ECT não se enquadra nas situações previstas nos incisos I e II do § 1º do art. 5º da IN/STN nº 01/97, na redação dada pela IN/STN nº 05/01, razão pela qual a alegação do Requerente de cumprimento em relação a essa inscrição das exigências previstas no parágrafo 2º, do referido dispositivo legal não tem qualquer idoneidade para ensejar a sua suspensão pleiteada na inicial. (Fls. 723/724). Grifei.

Desta forma, ainda que prevalecesse o entendimento de que o Apelante estaria, por força da sua condição de ente público, dispensado do oferecimento de garantia idônea e suficiente para pleitear em juízo a suspensão da questionada inscrição, a dívida que deu azo a tal restrição não se enquadra nos termos dos dispositivos legais que regem a matéria, como restou demonstrado na sentença sob exame.

Forte nestes fundamentos, nego provimento às apelações.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 446.940-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: CEC INTERNACIONAL S/A
Apelada: UNIÃO
Adv./Proc.: DR. HELIO APOLIANO CARDOSO (APTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ATIVIDADE DE EXPORTAÇÃO. VARIAÇÃO DA POLÍTICA CAMBIAL. DIREITO A INDENIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

- Hipótese em que se discute se a autora, ora apelante, empresa que exerce atividade de ex-

portação, faz jus ao recebimento de indenização por danos que teria sofrido em decorrência da ampliação da banda cambial ocorrida em janeiro de 1994.

- A política cambial se sujeita às variações do mercado externo, sendo natural, previsível, que ocorram mudanças, de modo que não se pode falar em responsabilidade estatal por eventuais prejuízos experimentados por aqueles que tratam em moeda estrangeira.

- Compreende a natureza da atividade de comércio exterior a sensibilidade para antecipar-se aos fatos econômicos ou inserir nos contratos cláusulas que segurem os contraentes em função de mudanças cambiais. Demais disso, as mudanças tanto podem prejudicar como beneficiar o empreendedor, cabendo-lhe suportar os ônus tanto como recolhe os bônus, na hipótese de mudanças benéficas.

- Inexistência de irregularidade na atuação do BACEN.

- 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, à unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 15 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:

Cuida-se de apelação interposta por CEC Internacional S/A

contra sentença que julgou improcedente pedido por ela formulado em ação ordinária movida contra a União Federal, com intuito de ver reconhecido o direito ao recebimento de indenização por danos materiais.

Aduz a apelante que faria jus à indenização perseguida, tendo em vista que exerce a atividade de exportação e teria sofrido prejuízo em virtude de alteração na política cambial (desvalorização da moeda nacional por ocasião da ampliação da banda cambial), a partir de 1994, por meio da Medida Provisória nº 434/94, o que o Presidente da República teria afirmado que não iria ocorrer, e, ademais, somente teria sido corrigida em 1999.

Argumenta que a súbita desvalorização do real frente ao dólar norte-americano configuraria verdadeira irregularidade de atuação do BACEN, causa que seria mais que suficiente para responsabilizar a União, pois a variação cambial não estava dentro do risco da atividade de exportação.

Sustenta que até janeiro de 1999, era utilizado o sistema de bandas fixas, onde o governo fixava um valor máximo e um mínimo para o dólar norte-americano, podendo a cotação variar dentro desse limite. De repente, quando ninguém esperava, teria havido mudança nesse sistema cambial, que passou a ser o de “bandas endógenas”, que logo em seguida deu lugar à livre flutuação.

Defende que tão drástica e inesperada mudança não poderia ser incluída dentro dos riscos normais da atividade de exportação, e que o que estaria incluído dentro desse risco seria uma variação dentro das bandas já fixadas pelo governo, ou então uma ampliação dessa banda, mas nunca uma completa mudança na política cambial.

A União ofertou contra-razões.

É o relatório.

VOTO

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

Discute-se se a autora, ora apelante, empresa que exerce atividade de exportação, faz jus ao recebimento de indenização por

danos que teria sofrido em decorrência da ampliação da banda cambial ocorrida em janeiro de 1994.

Segundo a apelante, o direito à indenização perseguida decorreria do fato da alteração cambial ter ocorrido inesperadamente, não podendo ser considerada como estando incluída dentro do risco inerente a sua atividade.

Não lhe assiste razão, pois a estabilidade da política cambial se sujeita às variações do mercado externo, sendo natural, previsível, que ocorram mudanças, de modo que não se pode falar em responsabilidade estatal por prejuízos sofridos por aqueles que exercem atividade cujas contratações são feitas em moeda estrangeira.

O fato do Presidente da República fazer um prognóstico sobre determinada questão não vincula o Estado, tendo em vista que a conjuntura econômica pode sofrer alterações.

Desse modo, diferentemente do sustentado pela apelante, o risco decorrente da variação cambial é, sim, inerente à atividade por ela exercida, e não houve qualquer irregularidade na atuação do BACEN.

Importante frisar, neste passo, que a desvalorização da moeda nacional frente ao dólar, ou a deste frente à moeda nacional, jamais decorre apenas de alteração na política cambial ou no instrumento de aferição do valor relativo da moeda. Ao contrário do sustentado no apelo, a substituição do sistema de banda fixa, pela flutuação do valor do dólar, não traz por si só nenhuma alteração no valor das mencionadas moedas. O mecanismo de definição do valor do dólar, flutuante ou limitado a patamares previamente estabelecidos, não imprime ao dólar qualquer crescimento. A alteração no valor da moeda é sempre e necessariamente uma consequência dos humores do mercado externo de impossível ou difícil previsão.

E tanto é plástico e mutável o comércio exterior que as regras constitucionais que preservam a estabilidade, v. g., do sistema tributário, não aventuraram jungir os tributos incidentes sobre o mercado externo ao princípio da anterioridade ou anualidade. Aqui o Governo é livre para aumentar ou reduzir os tributos, inclusive atra-

vés de atos administrativos. A carga tributária incidente sobre o comércio exterior e a organização do sistema cambial, ficam sempre vinculados à necessidade de abastecimento do País com relação a bens e capital. Daí porque a liberdade de gestão é assegurada, para que o Governo, no exercício de sintonia fina com as circunstâncias de cada momento, promova os meios de assegurar a estabilidade da moeda, a liquidez de seus caixas e o abastecimento.

O empresário vinculado ao mercado exterior tem pleno domínio destas circunstâncias, integrando o cabedal de conhecimento que dele se exige a capacidade de prever o comportamento do mercado, diagnosticar os possíveis problemas decorrentes da conjuntura vigente, prognosticar o comportamento da Administração e prover soluções que não comprometam a saúde financeira do negócio que explora.

É verdade que os prognósticos que realiza se sujeitam a erros. Mas estes são previsíveis, inerentes à função, e não podem ser utilizados para justificar a cobrança de indenizações do Governo. Aliás, as alterações que, segundo se diz, prejudicaram o apelante, certamente beneficiaram os importadores e nem por isso os lucros que produziram são trazidos para o tesouro da União ou com ela repartidos.

Quem recolhe os bônus (e ao empresário são reservados os bônus gerados pela atividade) deve suportar os ônus.

Enfim, alguma álea compõe necessariamente os negócios internacionais, não sendo possível qualificar de imprevisível mudança no sistema cambial, alteração, ao fim e ao cabo, determinada pelas conjunturas econômicas e de mercado.

Também não colhe a pretensão indenizatória fundada em mera expectativa decorrente de discurso ufanista do Presidente da República ou de qualquer outro governante, por mais altas que sejam as funções que desempenhe. A palavra do homem presidente não vincula a Administração, até porque se presume que emitida em face das circunstâncias de momento, nada assegurando que frases ditas já não se acomodem em realidades diferentes. Assim, v. g., não há que se deferir indenizações a empresários que viram soçobrar seus negócios, engolfados pela crise internacional, apenas

porque o Presidente errou quando prognosticou que o “tsunami” americano não passaria, aqui, de sereníssima marola (!!!). O mesmo de diga do famoso bloqueio dos cruzados, consumado pelo presidente Collor, depois de reiteradamente negado nos dias que antecederam as eleições. Se o Estado brasileiro fosse civilmente responsável pelas afirmações presidenciais, máxime as emitidas no calor da disputa eleitoral, já de há muito estaria definitivamente levado a bancarrota.

Sendo assim, a apelante não faz jus à indenização almejada.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 458.031-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelante: GEICIANE LIMA DE SOUSA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. MOISÉS CASTELO DE MENDONÇA E OU-
TRO (APTE.)

***EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATER-
NIDADE. LABOR RURAL EM REGIME DE ECO-
NOMIA FAMILIAR. DESCARACTERIZAÇÃO.
COMPANHEIRO QUE POSSUÍA VÍNCULO EM-
PREGATÍCIO URBANO NOS DEZ MESES ANTE-
RIORES AO NASCIMENTO DO FILHO.***

- Pretensão da apelante de haver o pagamento do benefício salário-maternidade, previsto no art. 71 da Lei nº 8.213/91, em virtude do nascimento do filho em 20-8-2006, ao argumento de que exercia atividade rural com o grupo familiar respectivo.

- Descaracterização do alegado exercício do labor rural em regime de economia familiar, vez que há nos autos extratos do CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais que demons-

tram vários vínculos empregatícios urbanos do companheiro da apelante, genitor do seu filho, desde 1996, datando o último de 2004, em uma empresa localizada na capital cearense, fora do campo, achando-se tal vínculo ainda em aberto, eis que não consta notícia de transferência ou rescisão do contrato de trabalho.

- Embora se tenha alegado que, nos dez meses anteriores ao nascimento da criança, o genitor já havia se desligado do emprego em Fortaleza/CE, dedicando-se a partir daí, à atividade no campo, tal como a apelante, tal fato não foi comprovado nos autos.

- Os depoimentos testemunhais (2) não merecem ser prestigiados, quando afirmam que a apelante sempre trabalhou na roça com o companheiro, porque colidem com as informações, dotadas de fé pública, contidas no CNIS.

- Ante a incongruência da prova apresentada, insuficiente para comprovar o exercício de atividade rural em regime de economia familiar no lapso temporal de dez meses anteriores ao nascimento do filho, incabível a concessão do benefício de salário-maternidade.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento 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, 5 de março de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO:

Apelação interposta por Geiciane Lima de Sousa em face da sentença de fls. 68/72, que julgou improcedente o pedido de concessão do benefício “salário-maternidade”, por entender que não teria sido comprovado o lapso temporal de 10 (dez) meses efetivamente trabalhados, anteriores ao nascimento da criança.

Na apelação, a autora argumentou que os documentos acostados aos autos, aliados à prova testemunhal, comprovariam a sua condição de rurícola, e o fato do seu esposo trabalhar em atividade urbana, complementando a renda necessária à sobrevivência da família, não descaracterizaria o regime de economia familiar. Disse haver nos autos indício razoável de prova material, apto a comprovar o exercício de atividade rural nos 12 (doze) meses anteriores ao fato gerador do benefício.

Por fim, requereu a reforma da sentença, condenando-se o INSS ao pagamento da verba honorária de sucumbência, no percentual de 20% sobre o valor da condenação.

Contra-razões fls. 83/84.

É o relatório.

Dispensada a revisão.

VOTO

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

Penso que a sentença não merece reforma.

Pretende a apelante haver o pagamento do benefício previdenciário “salário-maternidade”, previsto no art. 71 da Lei nº 8.213/91, em face do nascimento do filho Miquéias Lima Nunes, em 20/08/2006 (fl. 12), acrescido dos juros legais, da correção monetária, e dos honorários advocatícios.

O salário-maternidade é devido à trabalhadora rural, desde que atendidos os seguintes requisitos: (a) comprovação da qualidade de segurada especial; (b) comprovação do exercício de atividade

rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores ao requerimento do benefício, mesmo que de forma descontínua; (c) comprovação do nascimento de filho (a).

Tais exigências acham-se encartadas na legislação de regência, conforme se observa do disposto no § 2º do art. 93 do Decreto nº 3.048/99, que assim dispõe, *verbis*:

Será devido o salário-maternidade à segurada especial, desde que comprove o exercício de atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores ao requerimento do benefício, mesmo que de forma descontínua, aplicando-se, quando for o caso, o disposto no parágrafo único do art. 29.

Atente-se para o fato de que, para os trabalhadores rurais referidos no inciso VII do art. 11 da Lei nº 8.213/91, não se faz necessária a comprovação da carência em número de contribuições, a teor do art. 26, III, da Lei nº 8.213/91; a exigência da carência, para esta categoria de trabalhadores, se transmuda na necessidade de comprovação do exercício de atividade rural, em número de meses referentes à carência – tempo de serviço – do referido benefício, nos termos do parágrafo único, do art. 39 do citado Diploma legal.

Por outro lado, o art. 11, VII, § 1º, da Lei nº 8.213/91, assim dispõe, *verbis*:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

(...)

VII - como segurado especial: o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam suas atividade, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 14 (quatorze) anos ou a ele equiparados, desde que trabalhem comprovadamente, com o grupo familiar respectivo.

§ 1º Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados. (Destaquei)

Examinando o conjunto probatório encartado nos autos, penso que não ficou comprovado o exercício da atividade rural da apelante nos últimos 10 (dez) meses anteriores ao nascimento do filho – de outubro de 2005 a agosto de 2006 – em regime de economia familiar, já que o nascimento da criança ocorreu em 20-8-2006 (fl. 12).

A apelante fez juntar aos autos, dentre outras, as cópias dos seguintes documentos: Certidão do Tribunal Regional Eleitoral, onde consta a sua profissão como a de agricultora (fl. 10); declaração de fl. 14, onde o proprietário do imóvel rural denominado “Cachimbo” declara que a apelante lá exerceu atividades rurais como comodataria, de 2002 a 2007; Carteira do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Amontada/CE, onde consta a sua filiação em 17-3-2004, embora a expedição do documento tenha ocorrido em 14-8-2007 (fl. 15).

O INSS, por sua vez, trouxe aos autos cópia do procedimento administrativo, onde consta Declaração de Exercício de Atividade Rural da Apelante, no período de 5 (cinco) anos, em regime de economia familiar, perante o Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Amontada/CE, datada de 25-7-2007.

Tais documentos, em princípio, constituiriam razoável início de prova material do exercício da atividade rural da apelante, nos últimos 10 (dez) meses anteriores ao nascimento do filho, nos termos da Lei nº 8.213/91.

Há, contudo, nos autos, documento apresentado pelo INSS (extratos do CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais), que demonstra a existência de vários vínculos empregatícios urbanos do companheiro da apelante, pai do seu filho, tendo o último sido iniciado em 2004, com a Microempresa Estação Verde Ltda., em Fortaleza/CE, estando ainda em aberto, eis que não consta notícia da transferência ou rescisão do contrato de trabalho (fls. 29/31).

Sobre tal documento, a autora/apelante afirma que não tem o condão de descaracterizar a sua qualidade de rurícola, porque no interregno a ser provado – outubro de 2005 a agosto de 2006 – o genitor da criança já havia se desligado do emprego na capital cearense, passando a dedicar-se às atividades no campo, tal como a ora apelante (fls. 36/37).

Em seu depoimento pessoal, a apelante diz que “*Eugênio Francisco Nunes é seu marido desde 2002, que nunca se separou dele, que quando seu marido veio embora para cá eles se ajuntaram, que seu marido não voltou mais para Fortaleza, que sua profissão é agricultora, que na gravidez do Miquéias trabalhou até o 8º mês, que do 6º ao 8º mês debulhava, colocava o feijão para secar, que estudou até 8ª série, que trabalha nas terras do Sr. Benedito Gonçalves de Sousa, que o Miquéias é seu segundo filho, que mora com o marido*” - fl. 65.

As testemunhas ouvidas (2), por sua vez, afirmam que a apelante sempre trabalhou na agricultura com o marido - fls. 66/67.

Ressalto, entretanto, que os extratos do CNIS infirmam as provas apresentadas pela apelante, quanto ao reconhecimento do exercício de atividade rural em conjunto com o grupo familiar, já que o pai do seu filho, com quem vive em união estável, possui vínculos empregatícios urbanos desde 1996, sendo o último datado de 2004, ainda em aberto, donde se presume que, quando do nascimento do filho em comum, e nos 10 (dez) meses anteriores, o mesmo permanecia trabalhando em atividade urbana, na capital cearense, daí a descaracterização da atividade rural em regime de economia familiar.

Os depoimentos testemunhais, que disseram que o genitor da criança sempre trabalhou na roça junto com a demandante, não se coadunam com as informações trazidas pelo CNIS, que dão conta que o companheiro da apelante trabalhava na Empresa Estação Verde Ltda. desde 2004, localizada em Fortaleza/CE.

Sopesadas provas, penso que devem ser prestigiados os documentos dotados de fé pública (extratos do CNIS), mormente porque não foram desconstituídos pela ora apelante; desse modo, não tendo sido comprovado o exercício de atividade rural em regime de economia familiar no lapso de dez meses antes do nascimento do filho. Tendo sido assim, seria incabível a concessão do benefício de salário-maternidade.

Neste sentido, confirmam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

PREVIDENCIÁRIO. RURÍCOLA. SALÁRIO-MATERNIDADE. EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL. INEXISTÊNCIA

DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL INSUFICIENTE PARA A COMPROVAÇÃO. INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 8.213/91. SÚMULA 149/STJ.

1. Para a concessão de salário-maternidade à rurícola, na condição de segurada especial, exige-se a comprovação do exercício da atividade rural, nos 12 meses imediatamente anteriores ao início do benefício.

2. Não obstante constar na certidão de casamento a profissão de agricultora da demandante, informação que, diga-se, foi prestada pela própria interessada, a mesma afirmou em entrevista realizada com o INSS que “[...] reside no Sítio São Domingos desde o ano de 2001 e trabalha com o esposo no Sítio Riacho da Vaca Morta”. Ocorre que, o marido da autora possui vínculos empregatícios urbanos desde 1992 até 2003, consoante demonstra consulta feita ao Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, o que evidencia a incongruência das provas.

3. O contrato de parceria agrícola apesar de ser datado de 02/05/2001, só teve a firma reconhecida em 29/10/2003, restando claro o quão frágil é seu teor probatório.

4. A declaração fornecida pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais não se encontra homologada pelo INSS, não atendendo, portanto, ao disposto no art. 106, parágrafo único, III, da Lei nº 8.213/91. Possuí, assim, natureza de prova meramente testemunhal.

5. A ficha, a carteira e o controle de pagamentos do sindicato dos trabalhadores rurais, apenas comprovam a filiação da autora à entidade, mas não o efetivo exercício de atividade rural.

6. A escritura de compra e venda de imóvel rural não é documento capaz de comprovar a condição de rurícola pretendida nos presentes autos, pois sequer contém o nome da demandante. Mesmo raciocínio aplica-se ao Certificado de Cadastro de Imóvel Rural - CCIR.

7. A entrevista realizada pelo INSS com a requerente teve a seguinte conclusão: “A requerente declara que trabalha com o esposo, haja vista que o mesmo tem vínculo urbano em 1999 a 2003, portanto a mesma não se enquadra como segurada especial”.

8. Quanto ao espelho de consulta da Justiça Eleitoral, a informação objeto desse documento é o cumprimento das obrigações eleitorais, que possui a presunção de verdade.

A informação acerca da condição de agricultora da autora não goza da mesma fé pública e foi obtida com base em declarações prestadas pela mesma ao órgão da Justiça Eleitoral. Possui, portanto, a natureza de mera prova testemunhal.

9. A declaração da EMATER/PB, afirmando que a autora é agricultora tem natureza ideologicamente testemunhal, sendo insuficiente para preencher os requisitos legais à obtenção do benefício postulado. Ademais, é posterior ao parto.

10. O termo de homologação da atividade rural, em verdade, deixou de homologar o período de 02/05/2001 a 20/02/2003.

11. Não possuem os documentos apresentados consistência suficiente para serem considerados início de prova material, conforme exigido pelo art. 55, parágrafo 3º, da Lei nº 8.213/91.

12. A Lei nº 8.213/91 não admite a prova exclusivamente testemunhal para a comprovação do exercício de atividade rural, o que foi ratificado pela Súmula 149 do STJ.

13. Remessa oficial provida.

(TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO, REO - 445115/PB, Primeira Turma, Decisão: 12/06/2008, DJ - Data: 18/08/2008 - Página: 797 - Nº: 158, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti.)

PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADORA RURAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. DOCUMENTOS INSUFICIENTES À AFE-RIÇÃO DA EFETIVA ATIVIDADE CAMPESINA. EXERCÍ- CIO DE ATIVIDADE URBANA REMUNERADA. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. DESCARACTERIZAÇÃO. NÃO CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

1. Para o deferimento de salário maternidade é indispensável a comprovação do exercício de labor no campo, ainda que de forma descontínua, nos dez meses anteriores ao requerimento do benefício. (art. 39, parágrafo único, da Lei 8.213/91 c/c art. 93, parágrafo 2º do Decreto 3.048/99).

2. É pacífico o entendimento de que, diante das dificuldades do rurícola em obter documentos que comprovem sua atividade, deve o juiz valorar o início de prova documental, desde que idôneo e harmônico com a prova testemunhal colhida em Juízo, a fim de formar o seu convencimento.

3. O início de prova material, de acordo com a interpreta-

ção sistemática da lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador.

4. Para comprovar referida atividade campesina, a autora colacionou aos autos os seguintes documentos: Certidão de Nascimento dos Filhos, nascidos em 04.10.99 e 10.06.02, fato que gerou o benefício em questão; Cartão de Vacinação da Criança; Certidão do TRE-CE, onde consta a profissão da demandante como estudante, bolsista, estagiário e assemelhados.

5. A prova testemunhal colhida em juízo afirma que a autora viajou para estudar em Juazeiro do Norte em 1996, somente retornado em 2002, não informando em nenhum momento que a mesma exercia atividade rural naquela cidade, durante o período de carência do benefício.

6. Ademais, de acordo com informações prestadas pela DATAPREV, **através do CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais (fls. 80/83), constata-se que a demandante e seu marido exerceram atividade urbana no período de 1997 a 2007, o que torna evidente a descaracterização da condição de segurada especial da apelante.**

7. Pela análise do conjunto probatório trazido aos autos é de se concluir que a autora não exerceu atividade rural no período de carência exigido na legislação previdenciária; assim, não atendidos os requisitos legais, inviável se torna a concessão do benefício de Salário Maternidade, tal como requerido.

8. Apelação do particular improvida.

(Tribunal - Quinta Região, AC - 448736/CE, Segunda Turma, Decisão: 28/10/2008, DJ - Data: 05/11/2008 - Página: 296 - Nº: 215, Desembargador Federal Manoel Erhardt).

Previdenciário. Pedido de aposentadoria por idade, sob a alegação de prestação de serviço rural, em regime de economia familiar de subsistência. Prova de que o marido da autora trabalhou, por mais de oito anos, em atividades urbanas. Descaracterização da natureza de subsistência do serviço rural desenvolvido. Precedentes desta eg. 3ª Turma: AC 428.128-PE, da minha relatoria, julgado em 06 de março de 2008. Improcedência do pedido. Remessa e apelação providas.

(Tribunal - Quinta Região, AC - 432227/CE, Terceira Turma, Decisão: 15/05/2008, DJ - Data: 03/07/2008 - Página: 166 - Nº: 126, Desembargador Federal Vladimir Carvalho).

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 458.934-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: EXPEDITO LUIZ SILVESTRE E OUTRO
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advs./Procs.: DRS. BERNARDINO JOSÉ DO COUTO FILHO (APTE.) E PEDRO JORGE SANTANA PEREIRA E OUTROS (APDA.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE CONSOLIDAÇÃO E RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDA. EMBARGOS. AÇÃO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS DOS CONTRATOS RENEGOCIADOS. PROCEDÊNCIA. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO, FATO MODIFICATIVO DO DIREITO. HIPÓTESE DO ART. 462 DO CPC. NECESSIDADE DE REVISÃO DO VALOR DO CONTRATO CONSOLIDADO POR MEIO DE PERÍCIA CONTÁBIL. ANULAÇÃO DA SENTENÇA.

- Tendo sido anuladas, através de decisão transitada em julgado, as cláusulas contidas em contratos anteriormente firmados entre as partes, os valores das dívidas deles resultantes, que foram renegociadas e deram origem a um novo contrato, devem ser revistas, delas excluindo-se os juros capitalizados e a cumulação da comissão de permanência com a correção monetária, o que importa, forçosamente, na revisão do valor confessado e consolidado através do contra-

to de confissão e renegociação de dívida, que ora se executa.

- O título executivo embargado, contudo, não se encontra eivado de nulidade, pois, à época da propositura da respectiva ação de execução, gozava de plena liquidez e certeza, já que o valor nele contido decorria do que realmente havia resultado da consolidação das dívidas pertinentes aos antigos contratos renegociados, cujas cláusulas ainda não haviam sido anuladas judicialmente.

- Configurando-se a hipótese prevista no art. 462 do CPC, caberia ao julgador a quo, antes de julgar os embargos, levar em consideração o fato modificativo do direito da exequente, determinando a realização de perícia contábil, através da qual chegar-se-á a uma conclusão categórica sobre o quantum debeatur, objeto de renegociação e que deu origem ao título que ora se executa.

- Sentença que se anula. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 17 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelação interposta por Expedito Luiz Silvestre e

outro contra sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal Substituto da 23ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco que julgou procedentes, em parte, os embargos opostos à execução, determinando que, na elaboração dos cálculos da dívida, fossem afastadas a capitalização dos juros e a cumulação da comissão de permanência com a correção monetária previstas no contrato de confissão e consolidação de dívida, objeto da execução.

Irresignados, aduzem os recorrentes/embargantes que, conquanto tenham sido reconhecidas as nulidades existentes no referido contrato de consolidação da dívida, o que também se busca, nestes embargos, é a correta e integral apreciação do título ora exequendo, de modo a afastar, igualmente, da referida renegociação as nulidades pré-existentes nos contratos iniciais, as quais foram reconhecidas judicialmente, através de ação de revisão contratual, na qual o *decisum* transitou em julgado

Requerem, ao final, a reforma da sentença, para que seja reconhecida e declarada, nos termos do art. 618 do CPC, a nulidade do título executivo, por ser ilícido, incerto e inexigível, além de consolidar obrigação ilícita (fls. 195/224).

Contrarrazões apresentadas, às fls. 235/244

Em apertada síntese, é o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Pelo que depreendo dos autos, a CEF, ora embargada, em 03.04.1995, promoveu ação de execução de título extrajudicial contra os ora embargantes, tendo como objeto a cobrança de quantia líquida e certa decorrente de contrato de confissão e renegociação de dívida, vencido e não pago, o qual havia consolidado dívidas anteriormente contraídas pelos executados/embargantes, através dos contratos nº 606.004-42; 606.007-95, 606.011-71, firmados entre as partes, em 1º.07.1993 (fls. 53/64).

Acontece que, mesmo com a tramitação da mencionada execução (Ação nº 95.0005337-3), os ora apelantes ajuizaram, em 09.12.1997, perante o Juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, Ação de Revisão, Desconstituição e Nulidade

de Cláusulas Contratuais (Ação nº 97.0015647-8), na qual se discutiu a legalidade dos contratos que, posteriormente, foram objeto do Contrato de Confissão e Consolidação de Dívida cuja execução havia sido requerida anteriormente pela Caixa.

Essa ação revisional foi julgada parcialmente procedente, tendo sido anuladas as cláusulas contratuais que previam a cobrança de juros capitalizados e da comissão de permanência cumulada com a correção monetária, havendo o *decisum* transitado em julgado em 31.05.2005 (doc. de fl. 141).

É amparado neste fato superveniente à propositura da ação de execução, que os executados interpuseram os presentes embargos, alegando a nulidade do título executivo – o contrato de confissão e consolidação de dívida, uma vez que o seu valor originário resultante da consolidação das dívidas provenientes dos contratos anteriores, é ilíquido e incerto, em decorrência do que restou decidido na Ação Revisional acima citada.

Com efeito, por força da coisa julgada na Ação nº 97.0015647-8, os valores das dívidas resultantes dos contratos 606.004-42, 606.007-95 e 606.011-71 devem ser revistos, deles excluindo-se os juros capitalizados e a cumulação da comissão de permanência com a correção monetária, o que importa, forçosamente, na revisão do valor confessado e consolidado pelos ora apelantes através do contrato de confissão e renegociação de dívida, que ora se executa.

Assim ocorrendo, além da cobrança dos juros capitalizados e da cumulação da comissão de permanência com a correção monetária afastada pelo julgador *a quo* do contrato de renegociação de dívida, subsiste questão relativa à retificação do valor originário do referido título executivo, em decorrência do que restou decidido nos autos daquela Ação Revisional.

Diferentemente do que alegam os embargantes, todavia, entendendo que o multicitado título executivo não se encontra eivado de nulidade, pois, à época da propositura da respectiva ação de execução, gozava de plena liquidez e certeza, já que o valor nele contido decorria do que realmente havia resultado da consolidação das dívidas pertinentes aos antigos contratos renegociados, cujas cláusulas ainda não haviam sido anuladas judicialmente.

Na hipótese destes autos, portanto, verifico configurar-se o previsto no art. 462 do CPC, *in verbis*:

Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença. (Destaquei)

Desta forma, com base no dispositivo de lei acima transcrito e diante do fato superveniente, modificativo do direito da exequente, ora embargada, consubstanciado na nulidade de cláusulas existentes nos contratos originais, cujos valores foram renegociados e consolidados no título executivo ora vergastado, é forçoso reconhecer que o julgador *a quo*, antes de julgar os presentes embargos, deveria ter enfrentado a questão de modo a verificar, por meio de perícia contábil, se na renegociação e consolidação da dívida decorrente dos antigos contratos foram embutidos os juros capitalizados e a comissão de permanência cumulada com a correção monetária, encargos estes tidos como ilegais no *decisum* que transitou em julgado.

Assim, em que pesem os judiciosos fundamentos do ilustre sentenciante de primeiro grau, verifico que, *in casu*, não se trata, simplesmente, de analisar a legalidade das cláusulas contidas no novo contrato de renegociação da dívida, cuja cópia se encontra às fls. 56/62.

Em verdade – repita-se –, diante do fato modificativo do direito sob exame, a questão relativa à incidência dos encargos financeiros, que foram praticados e tidos como abusivos nos antigos contratos renegociados, deve ser igualmente examinada neste feito, para que possa se chegar a uma conclusão categórica sobre o *quantum debeatur*, objeto de renegociação e que deu origem ao título que ora se executa, que, aliás, tem também questionada a legalidade de algumas de suas cláusulas nos presentes embargos.

Por oportuno, trago à colação precedentes deste Tribunal, cujas ementas são as seguintes:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. ARGUIÇÃO DE FATO NOVO. ART. 462 DO CPC. POSSIBILIDADE.

1. Se depois da propositura da ação, algum fato novo constitutivo, modificativo, ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao Juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

2. Independente de existir nos autos a comprovação de exercício de atividade rural do autor, o INSS trouxe em sede de contra-razões planilha do CNIS, onde comprova que o apelante já se encontra aposentado como trabalhador urbano, servidor público da Prefeitura de Pacatuba/CE. Diante de tal fato novo, não há como conceder-se o pretendido benefício de aposentadoria, por idade de trabalhador rural.

3. Apelação improvida.

(AC 418788/CE, 2ª Turma, Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira, unânime, julg. em 28.8.2007)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. INCABIMENTO DE COMPENSAÇÃO EM FACE DA MODIFICAÇÃO DO CTN. LEI COMPLEMENTAR Nº 104, DE 10.01.2001. APLICAÇÃO DO ART. 462 DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. O art. 170-A, introduzido no Código Tributário Nacional pela Lei Complementar nº 104, de 10.01.2001, vedou a compensação antes do trânsito em julgado da decisão judicial proferida na ação principal.

2. Precedente (3ª Turma, AC nº 210.284-PE, Rel. Des. Federal Ridalvo Costa, julg. 05.04.2001, unân.).

3. “Se depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao Juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”. - Art. 462 do CPC.

4. Apelação improvida e remessa oficial, tida como interposta, provida.

(AC 107166/PE, 3ª Turma, Des. Federal Nereu Santos, unânime, julg. em 15.8.2002)

Com estas considerações, dou provimento, em parte, à apelação para anular a sentença proferida nos presentes embargos, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem, a fim de que, em razão do fato modificativo do direito, seja revisto e apura-

do o real valor originário do título executado, sobre o qual passaram a incidir novos encargos financeiros, cuja legalidade também se questiona.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 465.243-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelantes: RAQUEL RODRIGUES DOS SANTOS SALAZAR E OUTROS E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. LÍTIO TADEU COSTA RODRIGUES DOS SANTOS E OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA PROMOVIDA POR ORGANIZAÇÃO SINDICAL, NA QUALIDADE DE SUBSTITUTO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO. DESNECESSIDADE. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO.

- O Plenário do STF já firmou entendimento no sentido de que os sindicatos possuem ampla legitimidade ativa para atuarem como substituto processual na defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, sendo desnecessária a autorização individual dos substituídos.

- As conquistas judiciais obtidas pelo sindicato, reconhecidas em sentença transitada em julgado, são extensivas a toda categoria funcional que ele representa, não se restringindo apenas aos seus filiados ou pessoas por ele elencadas em qualquer espécie de lista. É irrelevante o fato de os integrantes da categoria serem, ou não, filiados ao sindicato.

- São legitimados ativos para a execução os servidores que, independentemente de filiação ao sindicato, provarem, na fase executiva, fazer parte da categoria representada e se enquadrarem na situação jurídica contemplada pelo título executivo.

- Precedentes do STF, do STJ e desta egrégia Turma.

- Nas execuções de títulos judiciais, os honorários advocatícios podem ser fixados de acordo com os percentuais previstos no § 3º do art. 20 do CPC, bem como ser determinada em valor certo, aquém ou além daqueles limites, de acordo com o valor da causa ou da condenação.

- Apelação dos particulares parcialmente provida e apelação da União prejudicada, ante a perda superveniente do objeto.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação dos particulares e ter por prejudicada a apelação da União, ante a perda superveniente do objeto, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 10 de março de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

A União opôs embargos à execução promovida por Raquel Rodrigues dos Santos Salazar, Ana Cláudia de Andrade Lima, Ana Cristina Vieira de Barros Correia, Isabelantonia de Moraes, Lislie Maria Pontes Xavier, Marcelo Henrique de Amorim Mendonça, Paulo Henrique Ferreira da Paz, Shirley Rossiter Guimarães e Sídia Ma-

ria Porto Lima, que objetivavam o cumprimento da sentença prolatada nos autos do Processo nº 2002.83.00.014405-5, em que o ente federal foi condenado a incorporar aos vencimentos dos substituídos processuais do Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário Federal em Pernambuco - SINTRAJUF, que exerceram função comissionada e aperfeiçoaram o lapso temporal no período de 02/04/98 a 05/09/01, as parcelas relativas aos quintos.

O juízo da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco julgou procedentes os embargos apresentados, para declarar a nulidade da execução ante a ilegitimidade ativa dos embargados, uma vez que seus nomes não constavam na lista anexa à exordial, condenando-os ainda ao pagamento de R\$ 300,00 (trezentos reais) cada um, a título de honorários advocatícios, em razão da singeleza do feito.

Os embargados apelaram, fundamentando que possuem legitimidade para figurar no pólo ativo da demanda, na medida em que o sindicato que promoveu a ação de conhecimento que resultou no julgado cuja execução é pretendida não agiu como representante apenas das pessoas que constavam na lista anexa à exordial, mas como verdadeiro substituto processual de toda a categoria, em observância à sua função constitucional.

Pugnaram, ao final, pelo total provimento do recurso, para que os embargos à execução sejam julgados improcedentes e a União seja condenada ao pagamento de honorários advocatícios à base de 20% (vinte por cento) do valor atribuído à causa.

A União, por seu turno, também apelou, pleiteando a majoração do valor dos honorários sucumbenciais e a condenação dos embargados em litigância de má-fé.

As apelações foram contra-arrazoadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Inicialmente, passo a examinar o recurso de apelação interposto pelos embargados.

O art. 8º, III, da Constituição Federal dispõe que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

Inclusive, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que os sindicatos possuem ampla legitimidade ativa para atuarem como substituto processual na defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Tal legitimidade abrange tanto a fase de conhecimento quanto a liquidação e execução, sendo desnecessária autorização individual dos substituídos, senão vejamos:

PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O artigo 8º, III, da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam.

Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores.

Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos.

Recurso conhecido e provido.

(STF, Pleno, RE 210.029-3/RS, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 17.08.2007).

Esclareça-se que a legitimação das organizações sindicais para a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria é extraordinária, ocorrendo, nesses casos, verdadeira substituição processual, razão pela qual é desnecessária a autorização expressa dos substituídos.

Desse modo, as conquistas judiciais obtidas pelo sindicato, reconhecidas em sentença transitada em julgado, são extensivas a toda categoria funcional que ele representa, não se restringindo apenas aos seus filiados ou pessoas por ele elencadas em qualquer espécie de lista. É irrelevante o fato de os integrantes da categoria serem, ou não, filiados ao sindicato.

Quanto ao tema, cumpre transcrever trecho do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no RE 210.029-3/RS (STF, Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 17.08.2007):

Considero irrelevante, nessa hipótese, o fato de todos os empregados serem, ou não, associados ao SINDICATO. A Constituição conectou a legitimação extraordinária do SINDICATO para a ação coletiva à categoria profissional por ele representada.

Nada, na Constituição, nesse ponto, quanto a filiados.

O fato de o trabalhador ser, ou não, filiado ao SINDICATO não tem efeito algum na legitimação deste, porque os direitos demandados são de tipo especial, defensáveis em ação coletiva:

- Direitos “individuais comuns” ou “homogêneos” de integrantes da categoria profissional.

A Constituição deu consequência à opção política pela unicidade sindical.

Cada categoria dispõe de um só SINDICATO em cada base territorial.

Há monopólio da representação sindical, imposto pelo sistema legal.

Por isso, somente o SINDICATO, por ser o único, pode defender coletivamente “direitos e interesses individuais da categoria”, na sua base territorial.

Daí a irrelevância de serem, ou não, os substituídos filiados ao SINDICATO.

Vincular o SINDICATO, nessa ação coletiva, somente aos filiados, sendo livre aos integrantes da categoria o associar-se ao SINDICATO, inviabilizaria, por completo, a defesa coletiva dos interesses e direitos individuais homogêneos, próprios da categoria.

A defesa ficaria restrita aos associados e não à categoria.

Assim, são legitimados ativos para a execução os servidores que, independentemente de filiação ao sindicato, provarem, na fase executiva, fazer parte da categoria representada e se enquadrarem na situação jurídica contemplada pelo título executivo.

Em caso semelhante, já tive a oportunidade de me posicionar nesse mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO. EX-

TENSÃO DO DIREITO À CATEGORIA. NOVOS FILIADOS.

1. Os sindicatos têm legitimidade para propor a liquidação e a execução de sentença proferida em ação declaratória na qual atuaram como substitutos processuais, caso não promovidas pelos interessados, hipótese em que as referidas entidades atuam em regime de representação processual, sendo, as conquistas judiciais obtidas pelo sindicato extensivas a toda a categoria funcional que ele representa, não se restringindo apenas aos seus filiados, ou aos filiados à época da propositura da ação ordinária.

2. Apelação improvida.

(TRF-5, Quarta Turma, AC 336217/RN, Rel. Des. Federal Marcelo Navarro, *DJ* 03.12.2007)

Trago, corroborando esse entendimento, o seguinte precedente do Superior Tribunal Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA PROMOVIDA POR ENTIDADE DE CLASSE NA QUALIDADE DE SUBSTITUTO PROCESSUAL. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. AUTORIZAÇÃO. DESNECESSIDADE. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL.

1. Os sindicatos e associações, na qualidade de substitutos processuais, estão legitimados para ajuizar ações visando à defesa dos direitos de seus filiados, independentemente de autorização.

2. Desse modo, ainda que não tenha autorizado, expressamente, o sindicato de sua categoria para lhe representar na ação de conhecimento, o servidor tem legitimidade para propor execução individual oriunda de ações coletivas.

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ, Quinta Turma, AgRg no Ag 1024997/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 10/06/2008, *DJe* 04/08/2008)

Portanto, não há nenhum óbice ao prosseguimento da execução promovida pelos substituídos Raquel Rodrigues dos Santos Salazar, Ana Cláudia de Andrade Lima, Ana Cristina Vieira de Barros Correia, Isabelantonia de Moraes, Lislíe Maria Pontes Xavier, Marcelo Henrique de Amorim Mendonça, Paulo Henrique Ferreira da Paz, Shirley Rossiter Guimarães e Sídia Maria Porto Lima.

Quanto à questão dos honorários advocatícios, o Superior Tribunal de Justiça já editou a Súmula 345, cujo enunciado afirma

serem devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas. O arbitramento justifica-se em razão do dever que o credor possui de individualizar e liquidar o seu crédito, demonstrando sua titularidade.

A controvérsia reside exclusivamente na quantificação do valor a ser arbitrado.

Nesse passo, o art. 20, § § 3º e 4º, do Código de Processo Civil dispõe que:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

(...)

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior.

Da interpretação da norma acima transcrita, verifica-se que, nas causas mencionadas no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios devem ser estabelecidos de acordo com a apreciação equitativa do juiz, observados o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Deveras, a equitativa apreciação do juiz, a que se refere o § 4º do citado artigo, representa uma liberalidade do julgador para, nos casos lá mencionados, fixar os honorários sem que esteja obrigado a obedecer aos limites mínimos de 10% ou no máximo de 20%.

Desse modo, nas execuções de títulos judiciais, os honorários advocatícios podem ser fixados de acordo com os percentuais previstos no § 3º daquele artigo, bem como ser determinada em valor certo, aquém ou além daqueles limites, de acordo com o valor da causa ou da condenação.

Há, inclusive, precedentes do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. SÚMULA 345/STJ. INAPLICABILIDADE DA MP Nº 2.180/2001. PRECEDENTES. ART. 20, § 4º, DO CPC. APRECIÇÃO EQÜITATIVA DO JUIZ.

(...)

4. *In casu*, cuida-se de execução de sentença proferida em ação coletiva proposta por sindicato, razão pela qual são cabidos honorários advocatícios.

5. Nas execuções de títulos judiciais, a verba advocatícia deve ser estabelecida de acordo com a apreciação eqüitativa do juiz, razão pela qual pode ser fixada de acordo com os percentuais previstos no § 3º do artigo 20 do CPC, bem como ser estipulada em valor certo, aquém ou além daqueles limites, de acordo com o valor da causa ou da condenação. Aplicação do disposto no § 4º do mencionado artigo.

Precedente.

6. Agravos regimentais improvidos.

(STJ, Sexta Turma, AgRg no REsp 825.986/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 03.02.2009, DJe 16.02.2009)

AGRAVOS REGIMENTAIS. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DIFERENÇAS DE VENCIMENTOS. EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERCENTUAL.

(...)

2. Nas execuções fundadas em título judicial ou extrajudicial, embargadas ou não, os honorários de advogado po-

dem ser fixados em percentuais acima ou abaixo daqueles previstos no artigo 20, § 3º, do CPC.

(...)

4. Agravos regimentais improvidos.

(STJ, Sexta Turma, AgRg no Ag 554.609/MG, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ02.10.2006)

Assim, condeno a União ao pagamento da quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de honorários advocatícios, sendo condizente com o trabalho demonstrado no curso do processo.

Em face das considerações expostas anteriormente, tenho por prejudicada a apelação interposta pela União, ante a perda superveniente do objeto.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação dos particulares e tenho por prejudicada a apelação da União, ante a perda superveniente do objeto, determinando o prosseguimento da execução.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 4.826-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelado: PAULO MATOS MOURA
Adv./Proc.: DR. ROBERTO BALDO CUNHA (APDO.)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO MINISTERIAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA, NOS MOLDES DO ART. 386, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONTRAFAÇÃO DE OFÍCIOS COM APARÊNCIA DE EMANADOS DA RECEITA FEDERAL, EFETUADA POR SERVIDOR DO ÓRGÃO FAZENDÁRIO, DURANTE CUMPRIMENTO DE PENA DE RECLUSÃO EM REGIME SEMI-ABERTO, DETERMINADA PELA JUSTIÇA FEDERAL. UTILIZAÇÃO DE TAIS EXPEDIENTES JUNTO À DIREÇÃO DA PENITEN-

CIÁRIA PARA O FIM, ALCANÇADO, DE OBTER AUTORIZAÇÃO PARA SAÍDAS TEMPORÁRIAS (FINAIS DE SEMANA), COM EFETIVOS REGRESSOS À UNIDADE PENAL. EVASÃO NÃO CARACTERIZADA. SENTENÇA MANTIDA. ATRIBUIÇÃO QUE EXCEDE A COMPETÊNCIA DO DIRETOR DA PENITENCIÁRIA, VISTO QUE EXCLUSIVA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL, NOS TERMOS DOS ARTS. 65, IV, E 123 DA LEI Nº 7.210/84 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL - LEP). CRIME IMPOSSÍVEL (ART. 17 DO CÓDIGO PENAL). POTENCIALIDADE LESIVA DO FALSO QUE SE EXAURE APENAS NA SAÍDA IRREGULAR DA PRISÃO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE OUTRAS MODALIDADES DE RESPOSTA ESTATAL SANCIONATÓRIA, A EXEMPLO DA PENALIDADE ADMINISTRATIVA DO SERVIDOR FAZENDÁRIO, NOS TERMOS DA LEI Nº 8.112/90, OU POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, COMO RECOMENDADO POR COMISSÃO PROCESSANTE DE INQUÉRITO DISCIPLINAR, BEM COMO ADVINDAS, SE O CASO, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO DISCIPLINAR REGULADO PELA LEP, EM SEUS ARTS. 59 E 60, A CARGO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL, SEM NOTÍCIA NOS AUTOS.

- Ínfimas, para não dizer inexistentes, porquanto não identificadas nos autos, as conseqüências do agir do apelado em relação à paz social, principalmente pela não configuração da “fuga”, muito menos de seus deletérios consectários, mormente quanto à fiel aplicação da lei, dado o imediato regresso do sentenciado em todas as vezes que deixou o presídio.

- Inocorrência, vez que não há informes nos autos, de quaisquer danos à paz social, porventura relacionados às saídas irregulares.

- Ausência, ainda que em grau mínimo, de lesividade dos documentos contrafeitos, remanes-

cente ao episódio dos autos, para além do desiderato atingido.

- Extreme de dúvidas a ineficácia absoluta dos documentos apresentados pelo detento ao diretor do presídio, para a produção do resultado (saídas temporárias), incapazes, inclusive, de produzir ofensa a qualquer bem jurídico protegido, pois o ato não se entremostra apto a produzir nenhum resultado (crime impossível), visto que a competência para autorizar a saída é exclusiva do juízo da execução da pena, nos termos dos arts. 65, IV, e 123 da LEP.

- Escorreito comando sentencial que determinou a apuração (esta sem notícia nos autos), pelo Ministério Público, de eventual responsabilidade criminal do então diretor da unidade prisional que indevidamente autorizou as saídas temporárias do apelado.

- Hipótese dos autos, acertadamente enfrentada pelo magistrado sentenciante com o emprego de razoabilidade e proporcionalidade, que reclamou observância plena dos modernos ditames consagrados pela doutrina penal ocidental, paradigmas de um Direito Penal “mínimo”, sendo a responsabilização criminal a ultima ratio, a ter lugar excepcionalmente, quando inúteis ou insuficientes outras modalidades de sanção, o que não reflete a situação objeto do presente reexame, passível de repressão estatal através de outras modalidades.

- Impõe-se negar provimento à apelação ministerial.

ACÓRDÃO

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

Recife, 10 de março de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Convocado):

Cuida-se, em síntese, de apelação interposta pelo Ministério Público Federal, de fls. 260/271, relacionada à sentença de fls. 250/254, que deu pela absolvição do ora apelado, acusado da prática do crime previsto no art. 297, *caput*, e § 1º, c/c art. 61, I, e 92, I, a, todos do Código Penal.

Narra, em suma, a denúncia de fls. 02/04 (1º vol.), recebida em 05.04.04 (fl. 07), haver o acusado, Técnico da Receita Federal em Aracaju-SE, efetivamente confeccionado, de forma fraudulenta, entre o mês de agosto de 2002 e o mês de julho de 2003, quando encontrava-se cumprindo pena em regime semi-aberto (condenação oriunda da Justiça Federal), 05 (cinco) ofícios com aparência de serem oriundos da Receita, com o propósito atingido de induzir o diretor da Penitenciária a erro e obter permissão para saídas da prisão aos finais de semana.

A sentença recorrida, de fls. 250/254, reconheceu a falsificação operada nos expedientes, tanto através do resultado de perícia técnica específica, quanto em razão da confissão do próprio denunciado. Todavia, assinalou o magistrado *a quo*, dentre outras razões, que “...um ofício, supostamente assinado por um chefe de setor administrativo da Receita Federal, não é apto para induzir a erro um diretor de presídio, levando-o a liberar um condenado, a título de saída temporária, quando deveria, isto sim, encaminhar dita solicitação ao Juízo das Execuções Penais. Efetivamente, o documento falsificado não era apto, sob qualquer ângulo de análise, a produzir o efeito que efetivamente produziu”. O denunciado foi absolvido com base no art. 386, III, do CPP.

A apelação ministerial de fls. 260/271 buscou a integral reforma do veredicto absolutório, principalmente através da exposição das teses adiante elencadas apenas em seus principais tópicos:

a) da efetiva existência de contrafação dos ofícios mencionados na denúncia; b) da caracterização precisa do delito perseguido, como sendo o de falsificação de documento público, e sua autonomia e diferenciação em relação ao crime de uso; c) da desnecessidade de efetivo prejuízo, visto se tratar de crime formal; d) da potencialidade lesiva do falso, além do fim desejado pelo réu; e) da incidência do art. 92, I, do CP, dada a violação a dever funcional do agente perante a Administração. Pugnou-se, ao final, pela condenação do ora apelado nas sanções do art. 297, §1º, c/c 61, I, e 92, I, todos do CPB.

Às fls. 273/282, contra-razões do apelado, insistindo na manutenção do decreto absolutório, ao defender o acerto jurídico como que se houve prolatado.

Por intermédio do Parecer de fls. 293/295, o representante do Ministério Público Federal postulou o acolhimento da apelação, visto entender presentes a autoria e materialidade delituosas atribuídas ao réu, aqui apelado, mormente em razão da sua própria confissão produzida em juízo, confirmada pela prova pericial da contrafação.

É o relatório.

À douta Revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Eis a suma da acusação descrita na denúncia de fls. 02/04:

(...) O denunciado, entre o mês de Agosto do ano de 2002 e o mês de Julho de 2003, encaminhou 05 (cinco) ofícios, supostamente assinados pelo Sr. Washington Luís Freire de Oliveira, Chefe da Seção de Fiscalização da Delegacia da Receita Federal em Aracaju/SE ao Diretor do Reformatório Penal de Areia Branca/SE, nos quais é solicitada a liberação do mesmo, que lá se encontra por estar cumprindo pena em regime semi-aberto, em razão de condenação da Justiça Federal por falsificação de DARF. Em Julho do ano de 2003, Givaldo Siqueira de Jesus, Diretor do Reformatório Penal de Areia Branca/SE, encami-

nhou ao Sr. Washington Luís Freire de Oliveira um Ofício em que requisitava que este confirmasse se era o próprio quem assinava os Ofícios acima relatados. O Sr. Washington Luís afirmou estar surpreso com tal pergunta consoante nunca assinara, nem mandara nenhum Ofício ao DESIPE.

Em seu interrogatório, perante a autoridade policial, o denunciado afirmou que se utilizava dos papéis com timbre da Receita Federal que continha no sistema de computação, pois o mesmo trabalha no setor de fiscalização com computadores. Informa, ainda, que foi o próprio quem elaborou e assinou, os Ofícios que foram encaminhados pessoalmente ao Reformatório, entregando-o na portaria ao Agente Penitenciário responsável pelo plantão, acrescentando-se que se utilizou efetivamente do documento “umas três vezes” (fls. 21 do IP).

Às fls. 176/177 do IP, consta o Laudo de Exame Documentoscópico (grafotécnico), o qual concluiu que os documentos de fls. 16/20 são inautênticos, ou seja, que as assinaturas não foram provenientes do punho escritor do Sr. Washington Luís Freire de Oliveira.

Assim, o denunciado, valendo-se da condição de servidor público federal, bem como das facilidades que o cargo lhe oferece, fabricou os documentos públicos e inseriu falsamente a assinatura do Sr. Washington Luís Freire de Oliveira nos docs. de fls. 16/20, a fim de se ausentar da Penitenciária de Areia Branca, onde cumpre pena. (...)

Pois bem. Aponto, de início, o que para mim representam os dois pontos seminais para o deslinde da *quaestio*: 1) não houve fuga do prisioneiro, aqui apelado; 2) não restou patenteada a ocorrência de qualquer dano decorrente da saída irregular do detento. Explico adiante.

Existiu, sem dúvida, a contrafação reiterada (algo em torno de cinco documentos) de expedientes (ofícios) que guardam inafastável semelhança com documentos oriundos da administração fazendária, produzidos pelo apelado com o intuito (alcançado) de conferir lastro a requerimento de saída temporária (finais de semana) do réu, enquanto detento cumprindo pena em regime semi-aberto no Reformatório Penal de Areia Branca (SE), no período especificado na denúncia, por sentença oriunda da Justiça Federal.

Repousam, tais documentos fraudulentamente confeccionados, às fls. 09/13 (cópias) e 16/20 do IPL em apenso, seguidos do respectivo Laudo de Exame Documentoscópico (Grafotécnico), de fls. 176/178, e que, acompanhados da confissão do réu produzida em juízo (fls. 13/14, vol.01), apontam para a censurabilidade do agir do sentenciado.

Mas não vislumbro como considerar tais “saídas temporárias”, como a própria nomenclatura dispõe, idênticas a uma evasão propriamente dita, quando os autos apontam que às saídas irregulares do apenado correspondeu o seu pronto regresso, logo findos os respectivos finais de semana.

E não havendo “fuga”, não podemos falar de lesão física produzida a nenhum agente público lotado na penitenciária, muito menos de dano ao patrimônio público, sendo este representado pelo prédio da unidade prisional correspondente, a justificar a ocorrência, somente como exemplo ilustrativo, do tipo penal previsto no art. 352 do CPB (evasão mediante violência contra a pessoa).

Também inexistem nos autos quaisquer notícias de práticas delituosas porventura produzidas extramuros pelo sentenciado, durante as “saídas temporárias”, que ao menos pudessem, hipoteticamente, guardar nexos causais com as tais benesses conquistadas ao largo do procedimento regular e ordinário para a sua obtenção.

Entendo que o veredicto absolutório de fls. 250/254 afigura-se irrepreensível, justamente por representar a firme adequação do singular caso dos autos aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, agasalhados pelo nosso ordenamento jurídico, e que nitidamente exsurtem da valoração do grau, inexistente, de alguma ofensa a bem(ns) juridicamente tutelado(s).

Como bem concluiu o magistrado *a quo*, a potencialidade lesiva do falso exauriu-se, no caso concreto dos autos, no único propósito de o apelado usufruir das “saídas temporárias”, sem que se possa cogitar do mínimo grau de lesividade dos tais documentos contrafeitos, quiçá remanescente a este particular episódio, para além do desiderato já atingido: “...a falsidade levada a efeito não detém autonomia para a prática de outros delitos, isto é, o *falsum* não é apto a, de forma potencial, induzir, em outras situações, pes-

soas a erro. Ele se exaure no fim almejado pelo acusado, que consistia na saída temporária do presídio ao qual devia se recolher à noite e em finais de semana” (fl. 252 da sentença).

Tenho, assim, como ínfimas, para não dizer totalmente inexistentes, porquanto não passíveis de identificação nos autos, as conseqüências do agir do apelado em relação à paz social, principalmente, como já disse alhures, pela não configuração da “fuga”, muito menos de seus deletérios consecutórios, mormente quanto à fiel aplicação da lei, visto o imediato regresso do sentenciado em todas as vezes que deixou o presídio.

Verifico que bem andou o magistrado sentenciante ao ressaltar a necessidade de merecer a conduta perpetrada pelo réu a devida reprimenda, mas que não necessariamente seja o infrator responsabilizado criminalmente, devendo a resposta estatal ter lugar na seara específica, não-penal: *“Ora, não se releva aqui a gravidade da conduta do acusado. Todavia, essa gravidade pode consistir em reprimenda na esfera administrativa, por suposta violação dos deveres que o servidor tem para com a Administração Pública. Quanto à esfera penal, a conduta não constitui crime”* (fls. 253 da sentença).

Observo, nessa linha, a instauração e processamento do Inquérito Administrativo Disciplinar apuratório da conduta do acusado (fls. 40/172 do IPL anexo), dada a sua condição de Técnico da Receita Federal, onde resultou deliberado o encaminhamento das peças ao Exm^o. Sr. Ministro da Fazenda, com a recomendação (vide fls. 169 e 171 do IPL) de aplicação das penalidades específicas do Regime Jurídico Único dos Servidores da União, previstas na Lei nº 8.112/90 (art. 117, IX) e, também, da Lei de Improbidade Administrativa (art. 11, I, da Lei nº 8.429/92), sem que tenha sido colocada aos autos, até a presente data, notícia de eventual aplicação de penalidade administrativa, nos termos sugeridos pela comissão processante.

Mais: já será o bastante se, além da reprimenda acaso estabelecida ao nível da Administração, pela condição de servidor público que detém(inha) o sentenciado, houvesse a aplicação, pelo Juízo das Execuções Penais, das sanções previstas na Lei nº 7.210/1984, precisamente as dos arts. 49, 50 e seguintes, com a

tramitação do procedimento disciplinar regulada pelos arts. 59 e 60 da LEP, dentre outros dispositivos, dado o incidente das “saídas temporárias” irregulares, ocorrido durante o cumprimento da pena.

E, acaso estabelecido, pelo Juízo da Execução Penal, o procedimento apuratório de tal incidente na execução da sentença, com a devida observância ao contraditório (art. 59 da LEP), vários e importantes serão seus reflexos, como provável regressão de regime prisional a outro mais rigoroso, bem como eventual perda do período remido pelo trabalho do sentenciado, além da possibilidade de perder eventual possibilidade de requerer futuras saídas temporárias, dentre outras conseqüências desfavoráveis ao apenado, pela infração disciplinar praticada durante o cumprimento da pena.

Não poderia, por fim, deixar de ressaltar o acerto do julgado aqui atacado, por também haver tratado de outro aspecto fundamental, traduzido na imprestabilidade do ofício emanado da Receita Federal, contrafeito ou não, a ensejar a saída temporária do detento para visitar familiares, pela incompetência legal absoluta do diretor da penitenciária para tanto, daí ensejar a absolvição do apelado nos moldes do inc. III do art. 386 do CPP.

Assim, resulta patente, extreme de dúvidas, a ineficácia absoluta dos documentos apresentados pelo detento ao diretor do presídio, para a produção do resultado (saídas temporárias), incapazes, inclusive, de produzir ofensa a qualquer bem jurídico protegido, pois o ato, repito, não se entremostra apto a produzir nenhum resultado (**crime impossível**): “(...) a autorização de saída temporária somente pode ocorrer com autorização judicial, depois de observado todo um procedimento, conforme exaustivamente dispõe o art. 123 da LEP... (...) um ofício, supostamente assinado por um chefe de setor administrativo da Receita Federal, não é apto para induzir a erro um diretor de presídio, levando-o a liberar um condenado, a título de saída temporária, quando deveria, isto sim, encaminhar dita solicitação ao Juízo das Execuções Penais” (sentença, fl. 253).

Escoreito, portanto, o comando sentencial que determinou a apuração (esta sem notícia nos autos), pelo Ministério Público, de

eventual responsabilidade criminal do então diretor da unidade prisional que autorizou as saídas temporárias do apelado.

Como visto, a hipótese dos autos, acertadamente enfrentada pelo magistrado sentenciante, reclamou observância plena dos modernos ditames já consagrados pela doutrina ocidental, paradigmas de um Direito Penal considerado “mínimo”, sendo a responsabilização criminal a *ultima ratio*, a ter lugar excepcionalmente, quando inúteis ou insuficientes outras modalidades de sanção, o que, convenhamos, não reflete a situação objeto do presente reexame, passível de repressão estatal através de outras modalidades.

Com essas considerações, nego provimento à apelação ministerial.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.812-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelantes: OSMUNDO EVANGELISTA REBOUÇAS, ERNANI JOSÉ VARELA DE MELO, RAIMUNDO NONATO CARNEIRO SOBRINHO, BYRON COSTA DE QUEIROZ, ANTONIO ARNALDO DE MENEZES E MARCELO PELÁGIO DA COSTA BOMFIM
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. ORLANDO DE SOUZA REBOUÇAS (1º APTE.), ANTÔNIO JURANDY PORTO ROSA E OUTROS (2º E 3º APTE.) E ANASTÁCIO JORGE MATOS DE SOUSA MARINHO E OUTRO (4º, 5º E 6º APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E FORMAÇÃO DE QUADRILHA (ARTS. 4º E 10 DA LEI 7.492/86 C/C ART. 288 DO CP), EM TESE, PERPETRADOS PELA DIRETORIA DO BANCO DO NORDESTE DO BRASIL,

NO CEARÁ. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E DE NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. CARÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA A PROLAÇÃO DE VEREDITO CONDENATÓRIO. ABSOLVIÇÃO.

- É admissível a juntada de documentos novos em grau recursal, desde que obtidos após a prolação da sentença, a fim de evitar a supressão de instância (ACR 199740000059099/PI, Des. Olindo Menezes, decisão unânime da Terceira Turma, julgado em 4 de setembro de 2006).

- Nos crimes societários, o sistema repressor pátrio admite o oferecimento de denúncia que descreva, genericamente, a participação de cada réu, reservando a tarefa de discernir as eventuais responsabilidades para a instrução criminal. Entretanto, o mesmo viés não pode ser admitido quando do advento da sentença, momento em que deve reinar a certeza absoluta sobre a antijuridicidade dos fatos atribuídos aos réus, sob pena de afronta ao cânone da presunção de inocência, hospedado no art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna.

- Embora nosso ordenamento agasalhe a total independência entre a esfera administrativa e a criminal, não há como cerrar os olhos à força que deriva dos julgamentos administrativos do TCU, até porque, calcados em critérios eminentemente técnicos, provêm, justamente, do órgão constitucionalmente destinado a satisfazer tal múnus público, na forma preconizada pelo art. 71 da Carta Magna.

- À míngua da realização de perícia técnica contábil, a voz que pode ser considerada mais abalizada, neste caso, é justamente a do BACEN, que, através do seu Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional - CRFSN, concluiu pela descaracterização de irregularidade de natureza grave, fl. 2157.

- Sob esse prisma, a única certeza que resulta da análise dos autos é a de que as provas colhidas no curso da instrução processual não permitem um juízo derradeiro sobre a ocorrência dos ilícitos de gestão fraudulenta e temerária em foco, inclusive porque a comprovação do dolo restou inexitosa, e o prejuízo, se houve, não teve como ser quantificado.

- Acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva, arguida pelo réu Antônio Arnaldo de Menezes, para excluí-lo da lide. Provimento das apelações dos demais réus, para absolvê-los de todas as imputações, com fulcro no art. 386, inciso VI, do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, acolher a preliminar de ilegitimidade passiva, arguida pelo réu Antônio Arnaldo de Menezes, para excluí-lo da relação processual, e dar provimento às apelações dos réus Osmundo Evangelista Rebouças, Ernani José Varela de Melo, Raimundo Nonato Carneiro Sobrinho, Byron Costa de Queiroz e Marcelo Pelágio da Costa Bonfim, para absolvê-los de todas as imputações, com fulcro no art. 386, inciso VI, do CPP, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 31 de março de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Apelações criminais desafiadas por Osmundo Evangelista Rebouças, Ernani José Varela de Melo, Raimundo Nonato Carneiro Sobrinho, Byron Costa de Queiroz, Antônio Arnaldo de Menezes e Marcelo Pelágio da Costa Bonfim em contrariedade à sentença

da lavra do MM. Juiz Federal [substituto] da 12ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, proferida nos autos da ação penal 2002.81.00.007605-7, instaurada no fito de investigar a prática dos crimes hospedados nos arts. 4º e 10 da Lei 7.492/86 c/c art. 288 do CP.

Narra a denúncia, fls. 03-31, que os ora recorrentes, no quadriênio de 1997 a 2000, quando compunham a diretoria do Banco do Nordeste do Brasil, na Capital do Ceará, perpetraram diversas irregularidades na administração das carteiras de crédito daquela instituição financeira, com vista a beneficiar grandes devedores inadimplentes e encobrir a real situação patrimonial atravessada pelo BNB.

Consta da exordial acusatória que as indigitadas fraudes foram praticadas através da utilização reiterada de instrumento denominado carta-reversal, em que se verificava a rolagem de dívidas sem qualquer análise técnica, mediante simples correspondências epistolares, encetadas à míngua da realização de análises sobre as condições e garantias do cliente. Segundo o *Parquet*, tal instrumento provocaria as seguintes consequências: a) *primeiramente, como se por passe de mágicas, a dívida que estava em atraso passa à condição de “em dia”*; b) *consequentemente, não é constituído qualquer provisionamento para a provável perda, ou seja, o crédito “podre”, de improvável recuperação, fica representado na contabilidade do Banco como sendo um crédito normal*; c) *não se providencia a cobrança da dívida que, de fato, está vencida – e a probabilidade de reaver o crédito, aí, via de regra, é inversamente proporcional ao tempo que se leva para executá-la*, fl. 07. Afirma, ainda, que o Banco Central identificou 129 grandes devedores sob o manto das cartas-reversais, no montante de R\$ 1,06 bilhões, sendo R\$ 514 milhões no BNB e R\$ 546 milhões no FNE, fl. 08.

A peça vestibular atoa, em adição, que ocorreram diversas rolagens em bloco de operações de crédito, sem que fosse observada a formalização de documento escrito, além da concessão de empréstimo ruinoso, em favor da empresa Frunorte - Frutas do Nordeste, à época, detentora de restrições cadastrais.

A sentença hostilizada julgou parcialmente procedente a denúncia, fl. 2400-2549, condenando os réus pela prática dos crimes

de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira, previstos, respectivamente, na cabeça e no parágrafo único do art. 4º da Lei 7.492/86, não obstante os absolvendo das demais imputações, cominando, alfim, as seguintes reprimendas (totalizadas):

I) Byron Costa de Queiroz: treze anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de seiscentos dias-multa, no valor unitário de dez vezes o salário mínimo vigente ao tempo dos fatos;

II) Ernani José Varela de Melo: nove anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de quatrocentos dias-multa, no valor unitário de oito vezes o salário mínimo vigente ao tempo dos fatos;

III) Osmundo Evangelista Rebouças: onze anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de quatrocentos dias-multa, no valor unitário de oito vezes o salário mínimo vigente ao tempo dos fatos;

IV) Raimundo Nonato Carneiro Sobrinho: onze anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de quatrocentos dias-multa, no valor unitário de oito vezes o salário mínimo vigente ao tempo dos fatos;

V) Marcelo Pelágio da Costa Bonfim: onze anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de trezentos dias-multa, no valor unitário de oito vezes o salário mínimo vigente ao tempo dos fatos;

VI) Antônio Arnaldo de Menezes: onze anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de trezentos dias-multa, no valor unitário de oito vezes o salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Os réus ofereceram apelação.

Antônio Arnaldo de Menezes, em suas razões recursais, fls. 2734-2790, aduz preliminar de ilegitimidade passiva, alegando que não fazia parte da diretoria do BNB na época dos fatos. Assevera, outrossim, a inépcia da denúncia, por não descrever de forma pormenorizada a participação individualizada de cada réu. Afirma que a sentença também não personaliza suficientemente as condutas perquiridas. No mérito, nega a ocorrência dos fatos, sustentando que todos os atos da instituição financeira eram supervisionados

semestralmente pelo BACEN, que, inclusive, em sede de procedimento administrativo, concluiu definitivamente pela inexistência dos ilícitos, através do seu Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional - CRSFN, *atestando a completa regularidade das contas do Banco do Nordeste e, por consequência, a não culpabilidade dos então membros da sua diretoria*, fl. 2766. Insurge-se, ainda, contra a dosimetria da pena, acoimando-a de exacerbada, especialmente no pertinente à pena de multa. Por fim, clama pela anulação da sentença, pela absolvição ou, pelo menos, pela redução das sanções impugnadas.

Byron Costa de Queiroz e Marcelo Pelágio da Costa Bonfim aduzem razões de apelo bem semelhantes às apresentadas por Antônio Arnaldo de Menezes, inclusive subscritas pelos mesmos causídicos, fls. 2891-2962.

Osmundo Evangelista Rebouças, por seu turno, fls. 2971-2988, apela afirmando a impossibilidade de condenação conjunta pelos tipos de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira, visto que um crime excluiria o outro. Argúi, outrossim, que o crime de gestão temerária não fora declinado na denúncia, tampouco foi observada a aplicação do art. 384 do CPP, pelo juiz da condenação, que olvidou de determinar a baixa dos autos para que a defesa falasse e produzisse prova (consoante determinava a redação do indigitado artigo, antes do advento da Lei 11.719/2008). Afirma, igualmente, a inépcia da exordial acusatória, que não haveria procedido à individualização das condutas de cada réu, bem assim a nulidade da sentença, que também não discerniu as responsabilidades de forma meticulosa e destacada, punindo-os *apenas pelo fato de serem administradores da instituição bancária*, fl. 2977. Aduz inexistir prova suficiente para a condenação, uma vez que não fora realizada perícia contábil nas contas do BNB, razão pela qual não houve como saber se os atos perquiridos causaram prejuízo à instituição financeira. Reitera a alegação de que o Banco Central, através de recurso administrativo, concluiu pela inexistência dos ilícitos esquadrinhados. Por derradeiro, clama pela absolvição, ou ainda, pela exclusão ou desclassificação do delito de gestão temerária, permanecendo apenas a imputação no crime de gestão fraudulenta de instituição financeira.

Raimundo Nonato Carneiro Sobrinho e Ernani José Varela de Melo, embora desafiem apelações distintas, apresentam razões recursais idênticas, fls. 3017-3057 e 3058-3109, onde arguem a inépcia da denúncia e a nulidade da sentença, face a não individualização das condutas. Reclamam da não realização de perícia, que consideram imprescindível para dirimir todas as dúvidas quanto às eventuais responsabilidades. Queixam-se da condenação simultânea pelos delitos de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira, tipificações que também consideram dissonantes e excludentes. Asseveram a licitude da utilização das cartas-reversais, aduzindo ser o BNB um banco de fomento, não estritamente comercial. Negam a existência de prejuízo, aduzindo que os riscos de perdas potenciais não extrapolaram os limites das regras de prudência bancária. Alfim, pedem a absolvição ou anulação do processo, em decorrência da omissão na descrição das condutas e do indeferimento da perícia contábil.

Contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público Federal em oportunidades diversas, sempre pugnano pela manutenção do veredicto condenatório, em todos os seus termos (fls. 2991-3009, 3113-3133 e 3135-3155).

Foram os autos ao *Parquet* Regional, que opinou pelo total improvemento dos apelos, fls. 3159-3207.

É o relatório.

Encaminhar o feito ao douto Revisor, para os fins do art. 197, parágrafo único, do RITRF-5ª Região.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Inicialmente, conheço da preliminar de ilegitimidade passiva, arguida pelo apelante Antônio Arnaldo de Menezes.

Este recorrente traz a lume documento novo, fls. 2790-2879, conseguido somente depois do avento da sentença, que vem a ser, exatamente, cópia do acórdão 3538/2007, proferido pela Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União, cujo teor eximiria totalmente sua responsabilidade quanto à prática dos fatos examinados.

Em primeiro lugar, impende registrar que a jurisprudência é remansosa em admitir a juntada de documentos novos em grau recursal, desde que *obtidos após a prolação da sentença, a fim de evitar a supressão de instância* (ACR 199740000059099/PI, Des. Olindo Menezes, decisão unânime da Terceira Turma, julgado em 4 de setembro de 2006).

Sob esse prisma, procedendo ao exame do indigitado meio de prova, observo que, de fato, a augusta Corte de Contas foi assertiva em concluir pela impossibilidade de vinculação deste apelante com as condutas esquadrihadas, assinalando, fls. 2833-2834, que, *sobre a afirmação de que os achados da IGC se referem exclusivamente ao exercício de 1999, período no qual não era Superintendente de Supervisão Regional, portanto não lhe caberia responsabilização, observe-se que assiste razão ao responsável, porquanto o Sr. Arnaldo ainda não ocupava o cargo pelo qual foi ouvido em audiência. (...) Quanto à alegação de incompetência para questões relativas a provisionamento (item 'a' da audiência), assiste razão ao responsável no tocante ao presente exercício, uma vez que a Superintendência que ocupava não lidava diretamente com provisionamento e contabilização de eventos que afetassem os resultados do balanço. (...) Assim, no que pertine ao processo, devem ser aceitas as justificativas apresentadas pelo gestor no sentido de ser excluída a responsabilidade.*

É certo que nosso ordenamento agasalha a total independência entre a esfera administrativa e a criminal, razão pela qual o magistrado não se encontra adstrito a seguir as orientações emanadas do Tribunal de Contas. Entretanto, não há como cerrar os olhos à força que deriva dos julgamentos administrativos deste jaez, até porque, calcados em critérios eminentemente técnicos, provêm, justamente, do órgão constitucionalmente destinado a satisfazer tal múnus público, na forma preconizada pelo art. 71 da Carta Magna.

Nesse passo, *mutatis mutandis*, a jurisprudência vem orientando que *o julgamento pelo Tribunal de Contas, atestando a regularidade do procedimento do administrador, em relação ao orçamento da entidade por ele dirigida, ou seja, a adequação à lei das contas prestadas, sob o exclusivo prisma do art. 89 da Lei 8.666, é, em princípio, excludente da justa causa para a ação penal, quan-*

do nada pela ausência do elemento mínimo da culpabilidade que viabiliza seja alguém submetido a um processo criminal, dada a falta de probabilidade ainda que potencial de uma condenação (STJ, APN 323/CE, min. Fernando Gonçalves, decisão unânime da Corte Especial, em 13 de fevereiro de 2006). Perfilhando este entendimento, já decidiu o TRF-1ª Região que, tendo o *Tribunal de Contas da União*, que havia detectado as irregularidades que deram origem à denúncia, isentando de responsabilidade um dos denunciados, *inexiste justa causa para a ação penal contra ele tentada, merecendo confirmação a decisão que rejeitou a denúncia* (RCCR 199801000628159/AM, Des. Osmar Tognolo, decisão unânime da Terceira Turma, em 03 de novembro de 1998).

Consequentemente, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva deduzida pelo apelante Antônio Arnaldo de Menezes, para absolvê-lo de todas as imputações, com fulcro no art. 386, inciso IV, do CPP.

Avançando agora para o conhecimento dos recursos manejados pelos demais réus, mas ainda em sede de preliminar, cumpre a este órgão fracionário enfrentar as arguições de inépcia da exordial e de nulidade da sentença condenatória, ambas calcadas na insuficiência da descrição das condutas impingidas a cada réu.

Quanto à alegada eiva da exordial acusatória, é inegável que o argumento deve ser rejeitado de plano, porquanto os autos cuidam de persecução criminal instaurada no fito de perquirir os chamados crimes coletivos ou societários, ou seja, praticados por réus que, em grupo, exercem a gerência de pessoa jurídica, motivo pelo qual, muitas vezes, torna-se impossível, quando do oferecimento da denúncia, divisar e discernir a parcela de responsabilidade de cada um deles.

Em tais casos, a jurisprudência há muito já consolidou o entendimento que mitiga o rigor quanto à descrição exaustiva das condutas ainda *initio litis*, reservando tal tarefa para a instrução criminal, sem que isto implique qualquer prejuízo ao direito de defesa constitucionalmente assegurado ao réu.

Nesse passo vêm caminhando os precedentes desta Terceira Turma, que, perfilhando o entendimento das Cortes Superiores, sempre defenderam que *nos crimes societários, em que se apre-*

senta impossível individualizar, de imediato, a participação dos acusados, tem-se firmado iterativa jurisprudência no sentido de abrandar a regra do artigo 41 do Código de Processo Penal, a permitir o recebimento da denúncia que descreve genericamente a infração e narra o fato delituoso, com todas as suas circunstâncias, mediante a apresentação de prova material e indícios suficientes dos autores do delito (HC 2082/CE, Des. Paulo Gadelha, decisão unânime da Terceira Turma, em 28 de abril de 2005).

O mesmo viés, entretanto, não merece guarida na fase da prolação da sentença, momento em que deve reinar a certeza absoluta sobre a antijuridicidade dos fatos atribuídos aos réus, sob pena de afronta ao cânone da presunção de inocência, hospedado no art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna.

A propósito, já decidiu o colendo TRF-3ª Região que *embora se admita uma certa tolerância com a denúncia, no caso de crime coletivo ou societário, tal não pode acontecer com a sentença que, em face do princípio constitucional da inocência presumida, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna, há de ser exaustiva com relação a esclarecer a participação de cada um dos acusados na prática dos crimes que se lhes aponta (HC8993/SP, Des. Oliveira Lima, decisão unânime da Primeira Turma, em 26 de fevereiro de 2002).*

E, no caso vertente, conquanto o magistrado de primeiro grau tenha desenvolvido um trabalho minucioso e digno de louvor, exarando sentença que chega a quase cento e cinquenta laudas, é forçoso reconhecer que o veredicto condenatório não alcança todos os fatos imputados aos réus, tampouco examina e individualiza, por completo, as responsabilidades.

Com efeito, consoante a peça acusatória, fl. 08, somente no que concerne à utilização das cartas-reversais, o Banco Central identificou cento e vinte e nove grandes devedores, cujas dívidas, somadas, superavam, à época, um bilhão de reais.

Seria necessário, de fato, um esforço hercúleo para examinar caso a caso, aferir as condutas, sopesar as participações, ver quem, de fato, seria o autor de cada ato, identificar quem teria sido o responsável pela rolagem da dívida, pelo exame das condições financeiras das empresas. Enfim, discernir se há culpados ou inocentes.

Decerto, nosso sistema repressor não admite uma condenação por amostragem. Acertam, portanto, os apelantes quando afirmam ser *inadmissível condenação penal por atacado, em bloco*, fl. 3028. A garantia constitucional da presunção de inocência repudia que alguém seja incriminado apenas por integrar um órgão colegiado.

Analisando o caso, exclusivamente, sob esse prisma, considero que seria judicioso dar provimento aos apelos, para decretar a nulidade da sentença, determinando a baixa dos autos ao juízo de origem.

Entretanto, há ainda outros elementos a serem considerados, elementos estes que reclamam um final mais favorável para os apelantes.

De início, causou-me espécie perceber que, em uma persecução criminal onde se investigam condutas que, em tese, teriam gerado ao erário prejuízos vultosos, um caso em que, somente os autos apensos contam aproximadamente cento e quarenta volumes, não se tenha realizado perícia contábil para testificar se os atos atribuídos aos réus podem ser enquadrados como má prática bancária, o bastante para se subsumirem a alguma moldura típica.

É certo ser o juiz o senhor do processo, cumprindo-lhe eleger os meios probatórios que considere eficientes para dirimir as controvérsias, indeferindo aqueles que considerar protelatórios ou inúteis. Nada obsta que o magistrado proceda da maneira que procedeu, indeferindo, no corpo da sentença, fls. 2412-2413, a perícia requerida pelos réus, ao fundamento de que o feito se encontrava maduro para julgamento e a realização da prova pericial importaria em procrastinação da demanda.

Não obstante, entendo que as provas colhidas nestes nove volumes de cadernos processuais são por demais frágeis para alicerçar um decreto condenatório.

Em primeiro lugar, considero que a perícia contábil ajudaria a elucidar se os atos narrados pelo *dominus litis*, de fato, configuram crime, ou se, ao menos, podem ser encarados como incompetência administrativa, sem olvidar que a mera má gestão, des-

provida do elemento subjetivo do dolo, não chega às raias do ilícito.

Nesse passo caminha sobranceira a jurisprudência dos diversos pretórios nacionais, sendo muitos os precedentes a afirmarem que *se o crime de gestão temerária (art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86) somente é punido na forma dolosa, deve ser descartada a responsabilização criminal de funcionário que age de boa fé, embora de forma reconhecidamente negligente e contrária às normas internas do Banco, ao antecipar o crédito a cliente com base em uma relação de confiança* (ACR 4917/ES, Des. Maria Helena Cisne, decisão unânime da Primeira Turma Especializada, julgada em 4 de outubro de 2006).

A indigitada perícia far-se-ia necessária, inclusive, para testificar se as condutas atribuídas aos réus causaram prejuízos à instituição financeira. Neste particular, a sentença sequer chegou a um juízo conclusivo, consignando o douto magistrado da condenação que *há indicação razoável dos prováveis prejuízos causados para o patrimônio público da União, em decorrência dos crimes praticados e apurados pela Inspeção Global Consolidada, na ordem de R\$ 2.556.218.000,00 (dois bilhões, quinhentos e cinquenta e seis milhões, duzentos e dezoito mil reais). Entretanto, por não ser a sede adequada para dirimir, com exatidão, o quantum dos prejuízos causados, tenho que a melhor solução para o eficiente ressarcimento do prejuízo é, após o trânsito em julgado da sentença, remeter o título para liquidação e execução no juízo cível, com a possibilidade da participação assistencial da União e também do Banco Central*, fl. 2533 (grifei).

Sem a perícia contábil, a voz, que pode ser considerada como mais abalizada, é justamente a do Banco Central do Brasil. E, mais uma vez, acertam os recorrentes quando afirmam que o BACEN não se manifestou assertivamente sobre a ocorrência dos ilícitos investigados. Ao revés, a autarquia financeira, ao conhecer do Processo Administrativo 9900964613, através do seu Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional - CRFSN, concluiu pela *descaracterização de irregularidade de natureza grave*, fl. 2157.

Em diversos momentos, a decisão, cujo traslado repousa às fls. 2157-2287, pareceu referendar a prática adotada pelos réus

na gerência do BNB, considerando-a compatível com a vocação de fomento desta instituição, senão vejamos:

I) Ao analisar a *celebração de operações financeiras sem a observância dos princípios da boa técnica bancária e o deferimento de crédito a clientes detentores de restrições cadastrais* (fl. 2242), após tecer preciosa digressão sobre as normas que já regulamentaram as renovações de crédito, afirmou que *desse breve histórico podemos concluir que a legislação atual permite livremente a renegociação de dívidas, sendo possível a incorporação de encargos em casos de difícil ou duvidosa liquidação, possibilidade não mais limitada aos chamados “créditos periclitantes”, sendo perfeitamente legítima, em quaisquer casos, a incorporação de encargos da operação original quando da composição da dívida, da prorrogação, da novação, da concessão de nova operação para liquidação parcial ou integral de operação anterior ou qualquer outro tipo de acordo que implique na alteração nos prazos de vencimento ou nas condições de pagamento originalmente pactuados. Na verdade, o que as citadas normas objetivaram foi determinar os critérios para a celebração de operação financeira, de maneira a minimizar os efeitos de uma política creditícia lesiva à instituição financeira, trazendo um desequilíbrio ao sistema bancário. Realizar operações é conceito diverso de sua renegociação, pois nesta o crédito já está alocado e o risco já está assumido pela instituição financeira. Quando há a concessão do crédito (celebração da operação) assume-se o risco da operação e, portanto, devem ser observados os princípios da boa técnica bancária; nas renegociações posteriores, por sua vez, ocorre a mera administração do risco*, fls. 2245-2246 (grifei).

II) Sobre a não transferência para “*créditos em liquidação*” de operação de crédito vencida há mais de 360 dias e de operações consideradas de difícil liquidação, a diretriz apontada pelo BACEN foi de que **com o advento da Resolução nº 2.682/99, a infração em análise deixou de ser considerada grave ante a inexistência de um dispositivo que expressamente trouxesse essa previsão, a exemplo do art. 15 da Resolução nº 1.748/90. Conclui-se, portanto, que, tendo em vista a retirada do sistema normativo de que as condutas presentes devem ser considera-**

das como infração grave, a Administração Pública deixou de considerá-la como tal, não mais se lhe aplicando o § 4º do art. 44 da Lei nº 4.595/64. Opera-se, no caso, a retroatividade da lei mais benéfica, princípio constitucionalmente assegurado (art. 5º, inciso XL). É o que dispõe o art. 2º do Código Penal, verbis: art. 2º. *Ninguém poderá ser punido por fato que a lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado*, fl. 2247 (grifei).

O fato de o BACEN ter concluído pela inexistência de infração grave não escapou ao crivo do juiz *a quo*, que, não obstante, entendeu ser ainda possível a subsistência da responsabilidade criminal, à vista da independência de instâncias. Estrugiu, portanto, que o fato de o acórdão ter descaracterizado a infração grave, ou mesmo que tivesse silenciado quanto à ocorrência de gestão fraudulenta/temerária, não obstaria a instauração ou mesmo a continuidade do processo criminal, em atenção ao princípio da independência das esferas penal e administrativa, fl. 2485.

Consoante já fiz questão de registrar, ao conhecer da preliminar de ilegitimidade passiva, embora seja verdadeiro que nosso ordenamento hospeda o princípio da independência de instâncias, não há como subtrair ao acórdão administrativo a presunção de veracidade que lhe é inerente, a ponto de fazer tábula rasa de suas conclusões. Se os atos imputados aos réus não foram reprováveis o suficiente para caracterizarem infração grave na via administrativa é porque, no mínimo, sua licitude deve ser seriamente examinada na seara penal.

A única certeza que resulta da análise dos autos, assim, é de que as provas colhidas no curso da instrução processual não permitem um juízo derradeiro sobre a ocorrência dos ilícitos de gestão fraudulenta e temerária em foco, inclusive porque, consoante já anotado, a comprovação do dolo restou inexitosa, e o prejuízo, se houve, não teve como ser quantificado.

Por todo o exposto, penso que o caso reclama a aplicação do imortal brocardo *in dubio pro reo*.

Forte nessas considerações, dou provimento aos apelos interpostos pelos réus Osmundo Evangelista Rebouças, Ernani José Varela de Melo, Raimundo Nonato Carneiro Sobrinho, Byron Costa de Queiroz e Marcelo Pelágio da Costa Bonfim, para absolvê-los de todas as acusações, com fulcro no art. 386, inciso VI, do CPP.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.108-CE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: RICARDO RODRIGUES DE SOUSA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (APTE.)

EMENTA: PENAL. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. ART. 155, § 4º, I, C/C ART. 14, II, DO CP. MANUTENÇÃO DA CAPITULAÇÃO COMO DANO QUALIFICADO. ART. 163, PARÁGRAFO ÚNICO, III, DO CP. INEXISTÊNCIA DE RES FURTIVA. ARROMBAMENTO DE PORTA. VALOR IRRISÓRIO DO DANO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

- Apelação contra sentença que condenou o réu pelo crime de tentativa de furto qualificado (art. 155, § 4º, I, c/c art. 14, II, do CP). No caso, foi o réu preso em flagrante em sala de universidade federal enquanto vasculhava gavetas, após haver arrombado a tranca da porta com tesoura de jardinagem.

- “É inepta a denúncia que não descreve qual o objeto material do delito de furto, pois, tratando-se de crime de resultado, o valor da res furtiva traz importantes conseqüências quanto à tipicidade do delito” (HC nº 78833/SP, Quinta Turma, Rel. Arnaldo Esteves Lima, DJ 28/10/2008).

- A inexistência de res furtiva e de qualquer sinal de subtração, ainda que temporária, bem como a ausência de expectativa quanto a bens valiosos indica a inexistência de furto, ainda que sob a forma tentada. Correta a capitulação contida na denúncia pelo reconhecimento de dano qualificado consumado (art. 163, parágrafo único, III, do CP).

- Seja enquanto furto tentado ou dano consumado, é de se aplicar o princípio da insignificância para excluir a tipicidade da conduta, em face da pequena monta do prejuízo sofrido pela universidade e da ausência de periculosidade social da conduta. Conserto da porta estimado em R\$ 80,00 (oitenta reais).

- A prisão cautelar do réu por quase 06 (seis) meses, desde o flagrante até o trânsito em julgado da sentença, revela-se sanção processual penal mais que suficiente para reprimir o desvio de conduta discutido nestes autos.

- Apelação provida. Absolvição do réu, nos termos do art. 386, III, do CPP.

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 dar provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 10 de março de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de apelação proposta por Ricardo Rodrigues de Sousa contra sentença do Juízo da 11ª Vara Federal do Ceará que, no curso da Ação Penal nº 2008.81.00.000847-9, condenou-o à pena de 01 (um) ano de reclusão e multa, substituída por duas restritivas de direito, por tentativa de furto qualificado – art. 155, § 4º, I, c/c art. 14, II, do CP (fls. 142/152).

O magistrado de 1º grau entendeu provada a denúncia do Ministério Público Federal de ter o réu, na tarde de 31/01/2008, entrando sem autorização na sala de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da UFC, mediante o arrombamento de abraçadeira e cadeado que trancavam a porta. Em continuação, foi o réu flagrado “remexendo nas gavetas dos birôs existentes no interior daquela sala” (fl. 74), o que motivou a acusação com base no art. 163, parágrafo único, III, do CP. Todavia, na sentença o magistrado operou a *emendatio libelli* para capitular os fatos como tentativa de furto qualificado, e não de dano qualificado como havia sugerido o MPF.

Em sua apelação de fls. 158/167, apresentada pela Defensoria Pública da União, o réu restringe-se a alegar a atipicidade da conduta por aplicação ao caso do princípio da insignificância. Sustenta que o único prejuízo sofrido pela Administração foi o conserto da porta da sala, calculado em meros R\$ 80,00 (oitenta reais), pelo que não haveria suficiente lesividade a ponto de ensejar a punição.

Contrarrazões às fls. 193/198.

O MPF atuante junto ao 2º grau, no parecer de fls. 205/206, opina pelo improvimento da apelação.

É o relatório.

Ao Desembargador Federal Revisor.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Conforme relatado, o apelante Ricardo Rodrigues de Sousa foi condenado segundo o art. 155, § 4º, I, c/c art. 14, II, do CP, pois o magistrado sentenciante capitulou sua conduta como tentativa

de furto qualificado, ao contrário da imputação de dano qualificado fornecida pelo MPF em sua denúncia. Ao fundamentar a *emendatio libelli*, afirmou o seguinte:

13. Cumpre observar, *ab initio*, quanto à prática atribuída ao acusado na denúncia de arrombar a porta da sala de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da UFC, sendo flagrado remexendo nas gavetas dos móveis existentes no interior da referida sala, que tal conduta melhor se subsume à descrição típica prevista no art. 155, § 4º, I, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal Pátrio, uma vez que, ao assim proceder, o acusado arrombou a porta da sala não com o objetivo de causar um dano, mas de adentrar na sala e subtrair bens. (fl. 144)

Apesar de reconhecer a dificuldade de estabelecer a fronteira entre as duas tipificações possíveis, considero mais acertada a capitulação dada pelo MPF ao caso concreto, classificando-o como dano qualificado nos termos do art. 163, parágrafo único, III, do CP.

Tanto a materialidade como a autoria da conduta são incontroversas, mas em todos os momentos, desde o início até o fim do processo, foi reafirmado o mesmo cenário fático, assim resumido: a) o apelante, com o auxílio de uma tesoura de jardinagem, arromba a abraçadeira e cadeado da porta da sala de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da UFC, danificando-a; b) após essa etapa, adentra na sala e lá permanece em conduta de observação e busca indiscriminada; c) em seguida, é flagrado pelo segurança da Universidade, sem que possuísse qualquer objeto em mãos.

É crível e digno de menção o depoimento do segurança responsável pelo flagrante, enquanto testemunha ocular dos fatos:

(...) que recorda que o réu entrou na Faculdade sob a alegativa de ir a uma das livrarias que fica no prédio novo, sendo que o depoente percebeu o encaminhamento do réu para o prédio velho, tendo o depoente ido verificar tal fato, sendo que quando ainda estava no térreo e próximo à escadaria de acesso ao 1º andar do prédio velho, **escutou barulhos de arrombamento, tendo o depoente subido a escada e constatado que o réu se encontrava dentro do departamento de Direito Processual, reme-**

xendo em uns birôs que se encontravam por trás do balcão de atendimento; que o depoente constatou que a porta fora arrombada (...); que o réu foi rendido pelo depoente, respondendo que estava procurando uma prova que realizara e que era advogado; que recorda que o réu ainda afirmou que o depoente poderia ser morto no dia seguinte (...); que soube, por um funcionário da obra que está sendo realizada no estacionamento do Mestrado, que o réu solicitara um calço, sob a alegativa de que iria fixar a mesma em um computador, sendo que tal pedido não foi concedido. (fls. 99/100)

Além da tragicomicidade da cena – um estranho que se passa por advogado à procura de antiga prova e é preso em flagrante justamente na sala de Direito Processual Penal – um detalhe chama a atenção. Segundo indica o depoimento do condutor da prisão, o apelante não subtraiu nenhum objeto da sala, pois não detinha nenhuma coisa móvel junto a si ou em suas mãos por ocasião do flagrante. Ou seja, não há sequer registro da *res furtiva*, um dos elementos do tipo objetivo do furto.

É sabido que, para que haja a tentativa, é preciso por um lado que não tenha havido a consumação (no caso, o resultado material de subtração), e, por outro, que o agente tenha deixado os atos preparatórios e adentrado à fase de execução. Ocorre que, nesse caso, não se pode falar em início da conduta de furto se inexistente, ao menos em potencial, um objeto a ser furtado, além de algum sinal exterior de que o agente tivesse algum grau de posse sobre a coisa. Note-se que, no processo, há referência ao verbo “remexer”, que indica uma prática de observação indiscriminada e sem ânimo formado pela subtração, embora indevida.

Parece-me pouco provável que o apelante adentrasse a uma sala da UFC para, remexendo nas gavetas das mesas, encontrar dinheiro – algo sabidamente raro nas universidades públicas federais do país, mormente em gavetas de antigas faculdades de direito. Caso diverso seria o do criminoso que invade local destinado a pagamentos (agência postal, por exemplo), no qual há uma expectativa de bem relevante a ser subtraído. Não há, em contrapartida, registro de que estivesse apreciando ou tocando os objetos mais valiosos que ali poderiam estar (computador, televisão, pro-

jetor *datashow* etc.), mas apenas papéis. Cuida-se, então, da conhecida figura do descuidista, que espera a existência de uma oportunidade interessante para, aí sim, tentar furto quanto a objeto certo e determinado. Em síntese, não vejo como atribuir à conduta a capitulação de furto tentado, quando não houve nem determinação da *res furtiva* nem qualquer ato físico de subtração, ainda que temporária e frustrada.

Observo, quanto a isso, o seguinte precedente do STJ, aplicável indiretamente a este caso:

HABEAS CORPUS. FURTO. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DA RES FURTIVA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. É inepta a denúncia que não descreve qual o objeto material do delito de furto, pois, tratando-se de crime de resultado, o valor da *res furtiva* traz importantes conseqüências quanto à tipicidade do delito.

2. O reconhecimento do princípio da insignificância não se limita apenas à análise da expressão monetária do objeto receptado, mas, também e principalmente, à desvalorização do resultado, elemento material do tipo (teoria constitucionalista do delito), em que se aferem as conseqüências do crime.

3. No caso concreto, a tentativa de subtrair algumas mercadorias de mercado local, embora se amolde à definição jurídica do crime de furto tentado, não ultrapassa o exame da tipicidade material, mostrando-se desproporcional a imposição de pena privativa de liberdade, uma vez que a ofensividade da conduta se mostrou mínima; não houve nenhuma periculosidade social da ação; a reprovabilidade do comportamento foi de grau reduzidíssimo e a lesão ao bem jurídico se revelou inexpressiva.

4. Ordem concedida para trancar a Ação Penal nº 050.05.089537-0 (controle 1688/05), da 15ª Vara da Comarca da Capital/SP.

(HC nº 78833/SP, Quinta Turma, Rel. Arnaldo Esteves Lima, DJ 28/10/2008 - sem grifo no original)

Em virtude desse entendimento, afigura-se mais adequada a capitulação contida na denúncia, pois, de fato, o apelante praticou

o crime de dano qualificado, assim previsto no art. 163, parágrafo único, III, do CP:

Art. 163. Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:
Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Parágrafo único. Se o crime é cometido:

(...)

III - contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista;

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Contudo, seja por um tipo penal ou pelo outro, deve-se reconhecer a atipicidade da conduta por incidência do princípio da insignificância ou bagatela, como sustentado na apelação.

Segundo orientação firmada no STF e STJ, o princípio da insignificância no campo penal abrange 4 (quatro) elementos de presença indispensável no caso concreto: a) mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade; d) inexpressividade da lesão jurídica (STF, Segunda Turma, HC nº 94765/RS, Rel. Ellen Gracie, julgado em 09/09/2008). Seu propósito não é o de simplesmente isentar de punição os que praticam crimes de pequena monta; na verdade, cuida-se de um instrumento para a concretização do ideal da intervenção penal mínima, ou seja, que atua subsidiariamente e apenas nos casos em que se faça realmente necessária.

Em diligência requerida pelo apelante na antiga fase do art. 499 do CPP, a UFC informa que o conserto da porta arrombada teve o custo total de R\$ 80,00 (oitenta reais) para os cofres públicos (fl. 113). Ou seja, não foi provocado um prejuízo objetivamente grande para a Administração, a ponto de exigir a repressão penal e não apenas por outras vias, como uma virtual ação cível de ressarcimento. Por outro lado, não houve violência na conduta. Trata-se, assim do típico crime de bagatela, cuja pequenez de objeto e consequências sociais não tornam razoável que se prossiga na persecução penal.

Seja quanto ao furto ou ao dano, observe uma tendência favorável da jurisprudência do STJ e do STJ ao reconhecimento da atipicidade da conduta. Passo aos exemplos:

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. TENTATIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. OCULTA COMPENSATIO.

1. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa e casuística.

2. Princípio que se presta a beneficiar as classes subalternas, conduzindo à atipicidade da conduta de quem comete delito movido por razões análogas às que adota São Tomás de Aquino, na Suma Teológica, para justificar a *oculta compensatio*. A conduta do paciente não excede esse modelo.

3. O paciente se apropriou de um violão cujo valor restou estimado em R\$ 90,00 [noventa reais]. O direito penal não deve se ocupar de condutas que não causem lesão significativa a bens jurídicos relevantes ou prejuízos importantes ao titular do bem tutelado, bem assim à integridade da ordem social. Ordem deferida.

(STF, HC nº 94770/RS, Segunda Turma, Rel. Eros Grau, DJ 11/12/2008)

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

1. A intervenção do Direito Penal apenas se justifica quando o bem jurídico tutelado tenha sido exposto a um dano com relevante lesividade. Inocorrência de tipicidade material, mas apenas a formal, quando a conduta não possui relevância jurídica, afastando-se, por consequência, a ingerência da tutela penal, em face do postulado da intervenção mínima.

2. No caso, não há como deixar de reconhecer a mínima ofensividade do comportamento do paciente, que subtraiu, juntamente com outra pessoa, do interior de um estabelecimento comercial, uma garrafa de bebida e um pacote de goma de mascar, sendo de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta.

3. Ordem concedida.

(STJ, HC nº 118481/SP, Sexta Turma, Rel. Og Fernandes, DJ 09/12/2008)

Mais importante que esses exemplos, contudo, é o reconhecimento de um fato de suma relevância: preso em flagrante em 31/01/2008, o apelante Ricardo Rodrigues de Sousa permaneceu pre-

so até 10/07/2008, quando, após o trânsito em julgado da sentença para a apelação, o magistrado de 1º grau determinou sua soltura (fl. 182). Afastando-se todas as questões dogmáticas envolvidas e atendo-me, como magistrada, a um mínimo sentimento de justiça e proporcionalidade, acredito que permanecer preso por quase 06 (seis) meses pelo arrombamento de uma porta foi sanção processual penal mais que suficiente para reprimir o desvio de conduta discutido nestes autos.

Ante o exposto, dou provimento à apelação de Ricardo Rodrigues de Sousa para absolvê-lo do crime de tentativa de furto qualificado (art. 155, § 4º, I, c/c art. 14, II, do CP), ora capitulada como dano qualificado (art. 163, parágrafo único, III, do CP), com base no princípio da insignificância (art. 386, III, do CPP).

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.145-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO (CONVOCADO)
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E JOAQUIM PE-REIRA DA COSTA FILHO
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, JOAQUIM PE-REIRA DA COSTA FILHO, GERALDO PEREIRA DA SILVA E JOSÉ MARTINS DIAS
Adv./Proc: DR. CÉLIO AVELINO DE ANDRADE (2º APTE.)
Def. Dativos: DRS. ETIENE NIETE DE CASTRO (3º APDO.) E EVANDRO DA FONSECA VASCONCELOS FILHO (4º APDO.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA QUANTO A DOIS APELADOS. ESTELIONATO. OCUPAÇÃO ILÍCITA DO CARGO DE JUIZ CLASSISTA. UTILIZAÇÃO DE MEIOS FRAUDULENTOS PARA A NOMEAÇÃO. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. CONFIGURAÇÃO.

- A indicação fraudulenta de pessoa para ocupar o cargo de juiz classista configura crime instantâneo, de modo que, considerando que delito foi praticado em janeiro/1996 e a denúncia foi recebida em maio/2004, bem assim que um dos apelados possuía mais de setenta anos, o que reduz o prazo prescricional pela metade, há que se reconhecer, para este, a ocorrência da prescrição pela pena in abstrato.

- Levando em conta os elementos probatórios constantes dos autos, há de se concluir que o réu que foi absolvido na 1ª instância, contribuiu, de modo consciente, para a prática do estelionato cometido entre 1996 e 1999, devendo o mesmo ser condenado, embora seja forçoso o reconhecimento da prescrição pela pena in concreto quanto a tal acusado.

- Tendo em vista as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, impõe-se a majoração da pena-base do réu investido no cargo de juiz classista, uma vez que, durante quase uma década, influiu, sem qualificação para tanto, na vida de diversos jurisdicionados da Justiça do Trabalho de 1ª e 2ª Instâncias, movido pelo desejo de auferir benefícios pecuniários e posição social, sendo alto o grau de reprovabilidade de sua conduta.

- As condutas praticadas caracterizam a continuidade delitiva, prevista no art. 71 do Estatuto Penal, uma vez que configuram o mesmo crime (estelionato) e foram consumadas sucessivamente (nos períodos de 1992/1993, 1993/1996 e 1996/1999), em condições semelhantes de tempo, lugar e forma de execução, de modo que deve incidir a causa de aumento estabelecida no referido dispositivo.

- Apelo do réu improvido. Apelação do MPF parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo do réu e dar parcial provimento ao apelo do Ministério Público Federal, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 10 de março de 2009 (data do julgamento).

**DESEMBARGADOR FEDERAL MARCO BRUNO MIRANDA
CLEMENTINO - Relator Convocado**

RELATÓRIO

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

Cuida-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal e por Joaquim Pereira da Costa Filho contra sentença que o condenou, pela prática do delito previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal (em razão de ter ocupado o cargo de juiz classista, durante anos, utilizando-se de artifícios fraudulentos), à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e multa no valor equivalente a 5 (cinco) salários mínimos, tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direito, a serem cumpridas no período de 2 (dois) anos, sendo a primeira a de prestar 8 (oito) horas semanais de trabalho gratuito a uma entidade de assistência social não-governamental, e, a segunda, a de entregar, mensalmente, 20 (vinte) cestas básicas na Vara de Execuções Penais. A sentença reconheceu a ocorrência da prescrição em abstrato com relação a Carlos Alfredo Henrique Pimentel e José Martins Dias e absolveu os acusados Geraldo Pereira da Silva e Maria Cristina da Silva, por insuficiência de provas.

Em seu recurso (fls. 1467/1486), o MPF pede: a) a condenação dos réus José Martins Dias e Geraldo Pereira da Costa Filho, nos termos da denúncia; b) o reconhecimento da continuidade delitiva em relação aos delitos de estelionato narrados na denúncia e não alcançados pela prescrição, consumados nos períodos

de 1992/1993 (na 5ª Junta de Conciliação e Julgamento de Recife), de 1993/1996 e de 1996/1999 (ambos no Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região); c) a fixação da pena privativa de liberdade para o condenado Joaquim Pereira da Costa Filho superior a 4 (quatro) anos de reclusão.

Contra-razões apresentadas por Joaquim Pereira da Costa Filho, às fls.1494/1497, alegando inexistência de crime e ocorrência de coisa julgada quanto à sua nomeação para o cargo de juiz classista.

Contra-razões de Geraldo Pereira da Costa Filho, às fls. 1507/1512, e de José Martins Dias, às fls. 1513/1515, ambas requerendo a manutenção da sentença.

Em seu apelo (fls. 1522/1528), Joaquim Pereira da Costa Filho sustenta a inexistência de crime, a ocorrência de coisa julgada, a rejeição da denúncia (ante a falta de proposta de suspensão do processo) e a prescrição, requerendo, ao fim, a sua absolvição. Contra-razões do MPF às fls. 1532/1541.

Parecer do Ministério Público Federal, oficiando como *custos legis*, pelo improvimento do apelo do réu e pelo parcial provimento do recurso do MPF, a fim de que a sentença seja reformada em parte para: a) condenar José Martins Dias e Geraldo Pereira da Silva às penas sugeridas, mas que seja decretada a extinção da punibilidade em face da prescrição, pela pena *in concreto*; b) majorar a pena aplicada a Joaquim Pereira da Costa Filho, levando em consideração as diretrizes do art. 59 do CP e do art. 71 do CP, com o aumento máximo ali previsto, resultando em uma pena de reclusão de 4 (quatro) anos, mantida a sentença nos demais termos.

É o relatório.

Ao Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO (Relator Convocado):

Inicialmente, merecem ser rechaçadas as preliminares arguidas pelo réu Joaquim Pereira da Costa Filho em seu apelo.

No que diz respeito à alegação de coisa julgada, observo que os atos de habilitação e nomeação do réu para ocupar o cargo de juiz classista possuem caráter administrativo e não têm força jurisdicional, além de que não significam que não possam estar eivados de vícios, inexistindo qualquer impedimento de serem apurados na esfera judiciária penal.

Quanto ao argumento de que a denúncia deve ser rejeitada pelo fato de não haver sido proposta a suspensão do processo, verifico que igualmente não merece prosperar, uma vez que, apesar de a pena mínima cominada para o estelionato ser de um ano, nos termos do art. 171 do CP, no caso incide a majorante do § 3º do mesmo dispositivo, já que o delito foi cometido contra pessoa jurídica de direito público, de forma que o mínimo penal em abstrato é 1 (um) ano e 4 (quatro) meses. Sobre o tema foram editadas as Súmulas 723 do STF e 243 do STJ, como expôs o *Parquet* à fl. 1533, em suas contra-razões.

As demais alegações do réu sobre a inexistência de crime e a ocorrência de prescrição serão examinadas adiante, quando da análise do mérito referente à sua conduta.

Passo agora ao exame do pedido do MPF para condenar os réus José Martins Dias e Geraldo Pereira da Silva.

Com relação a José Martins Dias, penso que merece ser mantida a sentença que decretou a extinção da punibilidade, em face da ocorrência da prescrição da pena em abstrato, uma vez que, mesmo que se considere a colaboração do citado réu para a prática do terceiro estelionato, ou seja, para a investidura de Joaquim Pereira da Costa Filho no cargo de juiz classista no período de 1996 a 1999, a contagem do lapso prescricional iniciou-se a partir da data da nomeação deste último acusado, através do Decreto do Presidente da República publicado em 10 de janeiro de 1996, conforme edital de fl. 220. Esta é a data que deve ser considerada a da consumação do delito e não aquela em que Joaquim Pereira da Costa Filho deixou de perceber a vantagem indevida dos cofres públicos, em 1999, como pretende o MPF.

É que a forma de contagem da prescrição na situação em tela assemelha-se àquela utilizada para o crime de estelionato previdenciário, que pode ser classificado como delito permanente ou

instantâneo, a depender do tipo de participação dos sujeitos ativos: para o beneficiário da Previdência Social, ele é de natureza permanente, protraindo-se no tempo até o recebimento da última parcela do benefício indevido; já para aquele que participou da fraude sem auferir o benefício, o crime é instantâneo, consumando-se com o pagamento da primeira prestação.

Ilustrativamente, trago à colação os seguintes precedentes do STJ e desta Corte, respectivamente:

ESTELIONATO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA IRREGULAR. PERCEPÇÃO DE BENEFÍCIO. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. PRESCRIÇÃO. LAPSO QUE SE INICIA A PARTIR DA CESSAÇÃO DO RECEBIMENTO DA VANTAGEM INDEVIDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 111, III, DO CP. DISSÍDIO COMPROVADO.

1. Dissente da orientação adotada neste Tribunal decisão que declara extinta a punibilidade, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, considerando que o ilícito de estelionato praticado contra a Previdência Social, mediante o recebimento de aposentadoria de forma irregular, é crime instantâneo.

2. Nos termos do inciso III do art. 111 do CP o lapso prescricional referente aos delitos que se protraem no tempo inicia-se a partir da cessação da permanência, no caso, com a última percepção do benefício indevido, e não do recebimento da primeira parcela da prestação previdenciária.

3. Recurso especial conhecido e provido para reformar o acórdão impugnado e a decisão de Primeiro Grau, afastando-se o reconhecimento da prescrição e determinando-se o prosseguimento do feito.

(STJ, 5ª T., REsp 928819/SP, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 13.10.08)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO. ART. 171, PARÁG. 3º, DO CP. CRIME PERMANENTE OU INSTANTÂNEO A DEPENDER DA PARTICIPAÇÃO DO SUJEITO. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS AGENTES. PARECER DO MPF FAVORÁVEL. EXAME DO MÉRITO PREJUDICADO. SÚMULA 241 DO TFR.

1. A prescrição retroativa atinge a pretensão punitiva tendo

por base a pena *in concreto*, cujo termo inicial pode ser a data do fato, fluindo até o recebimento da denúncia ou queixa, ou entre esta e a sentença condenatória.

2. Estelionato previdenciário pode ser crime permanente ou instantâneo, a depender da participação do sujeito. É considerado de natureza permanente para o beneficiário da Previdência Social, porque o delito se prolonga no tempo e perdura até o recebimento do último benefício indevido, dependendo da vontade do agente a cessação da consumação. É delito instantâneo para o co-autor que apenas participou da ação fraudulenta, entretanto não recebeu vantagens advindas da fraude, pois esse agente, após a consumação, não tem o poder de cessar a conduta delituosa.

(...)

6. À pena pecuniária e às penas restritivas de direitos aplicam-se os mesmos prazos prescricionais das privativas de liberdade (arts. 109, parágrafo único, e 114, II, do CP).

7. A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal. (Súmula 241 do TFR).

8. Extinção da punibilidade dos réus, face à ocorrência da prescrição retroativa. Apelações prejudicadas.

(TRF-5ª R., 2ª T., ACR 5694/SE, Rel. Des. Federal Convocada Amanda Lucena, DJ 29.07.08, p. 188). (grifei)

Desse modo, considerando que a pena máxima cominada para o crime previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal é de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses, o prazo prescricional, nos termos do art. 109, III, CP, é 12 (doze) anos, devendo, *in casu*, ser reduzido pela metade, em razão de que José Dias Martins possuía mais de 70 (setenta) anos de idade (fl. 237) na data da sentença (cf. art. 115 do CP).

Sendo assim, tomando-se como início da contagem a data de janeiro/1996, quando se consumou o delito, com a posse de Joaquim Pereira para o triênio 1996/1999, conclui-se que transcorreram mais de seis anos dessa data até a data de recebimento da denúncia em maio/2004 (fl. 1257), ocorrendo, então, a prescrição *in abstracto*, razão pela qual não merece ser reformada a sentença quanto a José Dias Martins.

No que diz respeito a Geraldo Pereira da Silva, registro, inicialmente, que este é o nome correto do acusado, apesar de a sentença, em seu dispositivo, havê-lo chamado de “Geraldo Pereira da Costa Filho”, o que revela um pequeno erro material em seu dispositivo, que merece ser corrigido de ofício.

No tocante ao pedido do MPF para que seja o mencionado réu condenado, observo que, de fato, ele concorreu para a prática do estelionato referente ao triênio 1996/1999, uma vez que, na qualidade de Presidente do Sindicato de Empregados em Empresas de Turismo no Estado de Pernambuco, indicou indevidamente Joaquim Pereira da Costa Filho para ocupar o cargo de juiz classista na 2ª instância, indicação esta que foi acolhida e repassada ao TRT da 6ª Região pelo réu José Dias Martins, que, à época, era o Presidente da Federação Interestadual de Empregados de Turismo e Hospitalidade dos Estados de Pernambuco, Paraíba e Rio Grande do Norte (cf. depoimentos dos réus José Dias Martins e Geraldo Pereira, respectivamente, às fls. 233 e 296).

A indicação foi fraudulenta porque Joaquim Pereira não possuía os dois anos de filiação ao Sindicato, exigidos pelo art. 661, f, da CLT, para que pudesse concorrer a uma vaga de juiz classista, uma vez que só se associara à entidade em 31 de março de 1995 (fl. 255) e a indicação ocorreu em dezembro de 1995 (fls. 198/199). Além disso, como observou o Membro do *Parquet*, em seu parecer à fl. 1552, a própria filiação de Joaquim Pereira ao Sindicato baseou-se em declaração falsa, pois, apesar de constar na ficha de inscrição que ele trabalhava na empresa Skytour Viagens e Turismo há dois anos, consta de sua CTPS que ele somente saiu da empresa GEPE Viagens e Turismo Ltda. em 24 de fevereiro de 1995 (fl. 223) e que foi admitido na Skytour somente em 15 de março de 1995 (fl. 724).

Quanto à ciência de Geraldo Pereira da Silva acerca da falta do tempo mínimo de sindicalização de Joaquim Pereira para a ocupação do cargo de juiz classista, não há qualquer dúvida, uma vez que era presidente do Sindicato, que, segundo ele mesmo, foi fundado em 03 de dezembro de 1994 (fl. 297), de forma que não poderia indicar ninguém para a vaga de juiz classista em dezembro de 1995, quando a entidade estava completando apenas um ano de existência e a lei exigia dois anos de filiação.

E, quanto à ciência acerca das falsas declarações, também não há como concluir de forma diferente, haja vista que, conforme declarou em seu depoimento às fls. 296/297, na fase do inquérito, Geraldo Pereira da Silva era amigo de Joaquim Pereira da Costa Filho, desde 1993, e havia sido sócio-proprietário da empresa GEPE e, depois, promotor de vendas da mesma empresa, durante o período em que constava na inscrição junto ao Sindicato que Joaquim Pereira da Costa Filho estaria empregado na Skytour.

Desse modo, considerando que o referido réu contribuiu, de forma consciente, para a investidura ilícita de Joaquim Pereira no cargo de juiz classista, no período de 1996 a 1999, entendo que deve o mesmo ser condenado pela prática do delito tipificado no art. 171, § 3º, do CP, à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, considerando as circunstâncias do art. 59 do CP.

Com a fixação dessa pena, forçoso é reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, também com relação a Geraldo Pereira da Silva, pela pena *in concreto*, já que entre a data da consumação do delito, em janeiro/1996, e o recebimento da denúncia, em maio/2004, transcorreram mais de quatro anos (art. 109, V, CP).

Com relação a Joaquim Pereira da Costa Filho, não há dúvidas quanto à autoria e materialidade delitiva, consistente no uso de documentação falsa que permitiu a sua escolha e nomeação para o cargo de juiz classista, na 1ª e 2ª instâncias, durante os períodos de 1989/1992, 1992/1993, 1993/1996 e 1996/1999, com a obtenção das vantagens inerentes ao referido cargo, conforme atestam os documentos acostados aos autos e apontados minuciosamente na denúncia, aliados aos depoimentos dos réus.

Quanto ao pedido do acusado de reconhecimento da prescrição, vê-se, de logo, que somente prescreveu o crime cometido no período de 1989/1992, como já restou dito na sentença e não foi objeto de recurso do MPF, de modo que, considerando o lapso prescricional de 12 (doze) anos, como já referido acima, não há que se falar em prescrição quanto aos demais lapsos.

No que tange à majoração da pena-base, verifico que, nada obstante o réu ser primário e ter bons antecedentes, há que se

considerar a sua culpabilidade, personalidade, os motivos e consequências do crime, de acordo com o art. 59 do CP.

Percebe-se que o grau de reprovabilidade de sua conduta é alto, haja vista a relevância do cargo ocupado indevidamente, prejudicando, por quase uma década, a adequada prestação jurisdicional do Estado na área trabalhista, influenciando na vida de centenas (ou milhares) de jurisdicionados. Movido pela “avidez por poder e riqueza, alcançada mediante benefícios pecuniários indevidos, em detrimento dos cofres públicos, assim como a obtenção de posição social privilegiada oriunda de um cargo de maior relevância”, o réu Joaquim Pereira da Costa Filho não demonstrou qualquer “sensibilidade ética ao atentar recorrentemente contra as determinações do ordenamento jurídico” (cf. parecer do MPF, fl. 1554).

Por tais razões, entendo que a pena-base do acusado deve ser majorada para 2 (dois) anos, que acrescidos de 1/3, nos termos do § 3º do art. 171 do CP, perfazem 2 (dois) anos e 8 (oito) meses.

Merece acolhida, por fim, a alegação do Ministério Público de que as condutas praticadas pelo réu caracterizam a continuidade delitiva, prevista no art. 71 do Estatuto Penal, uma vez que configuram o mesmo crime (o estelionato), foram consumadas sucessivamente (nos períodos de 1992/1993, 1993/1996 e 1996/1999), em condições semelhantes de tempo, lugar e forma de execução, de modo que deve incidir a causa de aumento estabelecida no referido dispositivo (1/6 a 2/3), no patamar de 2/6 ou 1/3 (dois sextos ou um terço).

Assim sendo, a pena definitiva a ser aplicada ao réu Joaquim Pereira da Costa Filho deve ser 3 (três) anos e 6 (seis) meses, devendo ser alterado para esse *quantum* o tempo de cumprimento das penas restritivas de direito cominadas na sentença, nos termos do art. 55 do Código Penal.

Com essas considerações, nego provimento ao apelo do réu e dou parcial provimento ao apelo do MPF para condenar Geraldo Pereira da Silva à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, reconhecendo, contudo, a ocorrência da prescrição pela pena *in concreto* quanto a este réu, bem como para aumentar a pena-base de Joaquim Pereira da Costa Filho para 2 (dois) anos, fazen-

do sobre ela incidir a majorante de 1/3 do § 3º do art. 171 do CPC e a causa de aumento prevista no art. 71 do CP, consistente em 2/6 da pena, tornando-a definitiva em 3 (três) anos e 6 (seis) meses, *quantum* esse a repercutir na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, mantendo incólume a pena pecuniária.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.658-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Suscitante: JUÍZO DA 13ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Suscitado: JUÍZO DA 4ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Parte Autora: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Parte Ré: VERA LÚCIA DOS SANTOS SILVA

EMENTA: PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZES FEDERAIS DA MESMA SEÇÃO JUDICIÁRIA. CRIME, EM TESE, DE FALSO TESTEMUNHO OCORRIDO EM PROCESSO TRAMITANDO NO JUÍZO SUSCITADO. CONEXÃO PROBATÓRIA. OCORRÊNCIA. VÍNCULO DE PROVAS DEDUZIDAS NESTES AUTOS E NOS AUTOS EM QUE OCORREU O PERJÚRIO. ARTIGO 76, III, DO CPP. CONHECIMENTO E PROCEDÊNCIA DO CONFLITO.
-Compete a este Tribunal processar e julgar conflito negativo de competência envolvendo dois Juízes Federais, pertencentes à Seção Judiciária de Pernambuco e vinculados ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região (CF, artigo 108, inciso I, alínea e).
- Conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça “não é imprescindível a sentença, no feito principal, para o início da ação penal por crime de falso testemunho, ainda que

se faça a ressalva de que a decisão sobre o perjúrio não deve preceder à do feito principal”.

- Evidenciada a conexão probatória (CPP, art. 76, III) ante à existência do vínculo e nexos das provas deste processo, que apura o crime de falso testemunho, cuja prova da materialidade depende do averiguado no processo que, em tese, ocorreu o perjúrio, cuja tramitação está afeta ao juízo suscitado, acolhe-se o presente conflito para declarar tal juízo suscitado (4ª Vara Federal/PE) o competente para julgar e processar estes autos.

- Conflito conhecido para declarar competente o juízo suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Plenário deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, conhecer do conflito e declarar a competência do juízo suscitado – 4ª Vara Federal/PE, 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, 1º de abril de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco (fls. 23/24), a teor do que preceitua o artigo 116, § 1º, do Código de Processo Penal, figurando como suscitado o Exmo. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco.

A ação penal que ensejou o conflito foi promovida pelo Ministério Público Federal contra Vera Lúcia dos Santos Silva em face de

possível prática de crime, em tese, de falso testemunho (CP, artigo 342) nos autos do Processo-crime nº 2004.83.00.013722-9, em trâmite no Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, em que a acusada, nestes autos, figurou como testemunha naquele feito, que apurava crime contra a ordem tributária e falsidade ideológica.

No teor da denúncia apresentada, nesta ação penal de nº 2008.83.00.011816-2, a acusação pugnou pela remessa dos autos ao Juízo da 4ª Vara Federal/PE, alegando a ocorrência do instituto da conexão probatória (CPP, art. 76, III) desta ação penal com os autos da Ação Penal 2004.83.00.13722-9, pleito que foi deferido pelo Exmo. Sr. Juiz Federal da 13ª Vara/PE (fl. 10).

Por sua vez, o Juízo Suscitado (4ª Vara Federal/PE) entendeu pelo retorno dos autos ao Juízo Suscitante (13ª Vara/PE) em face de o mesmo ser o competente para julgar o feito.

O *Parquet* Federal (fls. 19/21), em primeira instância, requereu o suscitamento do conflito de competência perante o TRF 5ª Região, o que foi atendido pelo Exmo. Sr. Juiz Federal da 13ª Vara/PE (fls. 23/24).

Em decisão do eminente relator (fl. 31), foram requisitadas informações dos Juízos Federais suscitante (fls. 34/36) e suscitado (fls. 39/44).

Parecer Ministerial (fls.53/63) da lavra da Exma. Sra. Procuradora Regional da República, Dra. Isabel Guimarães da Câmara Lima, que opinou pelo conhecimento do conflito, a teor do artigo 108, inciso I, alínea e, da CF/88 e, no mérito, pela sua procedência, em virtude da incontestada competência do Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, ora suscitado, para processar e julgar a ação criminal referente ao crime de Falso Testemunho, aos argumentos de existência do instituto da conexão probatória (CPP, artigo 76, III) e de que a prova da materialidade do delito de falso testemunho depende essencialmente do averiguado no processo, no qual foi supostamente cometido o referido ato ilícito, cuja tramitação está sob a jurisdição do Juízo Suscitado.

É o que havia de relevante para relatar.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Conforme noticiado no incluso relatório, controvertem os juízos suscitante (13ª Vara Federal/PE) e suscitado (Juízo da 4ª Vara/PE) sobre qual deles seria o competente para julgar a Ação Penal nº 2004.83.00.013722-9, promovida pelo Ministério Público Federal contra Vera Lúcia dos Santos Silva em face de possível prática de crime, em tese, de falso testemunho (CP, artigo 342) nos autos do processo-crime em trâmite no Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, em que a acusada, na ação penal ora em exame, figurou como testemunha naquele feito, que apurava crime contra a ordem tributária e falsidade ideológica.

PRELIMINAR

1) Conhecimento do conflito pelo Tribunal Regional Federal.

O presente conflito de competência há de ser conhecido por este Tribunal, haja vista o mesmo envolver 2 (dois) Juízes Federais pertencentes à Seção Judiciária de Pernambuco e vinculados ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Nesse sentido, dispõe o artigo 108, inciso I, alínea e, da Constituição Federal. *Verbis*:

Art.108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - Processar e julgar, originariamente:

(...) *omissis*

e) os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal.

MÉRITO

A questão sob exame converge acerca da controvérsia entre os Juízos Federais da 4ª e 13ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que se julgaram incompetentes para conhecer e julgar os autos da Ação Penal nº 2008.83.00.0011816-2, promovida pelo Ministério Público Federal contra Vera Lúcia dos Santos Silva, em face de possível prática de crime, em tese, de falso testemunho (CP, artigo 342) nos autos do Processo-Crime nº 2004.83.00.013722-9, em trâmite no Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judi-

ciária de Pernambuco, em que a acusada, nestes autos, figurou como testemunha naquele feito, que apurava crime contra a ordem tributária e falsidade ideológica.

No teor da denúncia apresentada, nesta Ação Penal de nº 2008.83.00.011816-2, a acusação pugnou pela remessa dos autos ao Juízo da 4ª Vara Federal/PE, alegando a ocorrência do instituto da conexão probatória (CPP, art. 76, III) desta ação penal com os autos da Ação Penal 2004.83.00.13722-9, pleito que foi deferido pelo Exmo. Sr. Juiz Federal da 13ª Vara/PE (fl. 10).

Oportuno trazer à colação, excertos da decisão singular (fls.23/24) que reconheceu a incompetência do Juízo Federal da 13ª Vara/PE, oportunidade, inclusive, em que suscitou o conflito negativo de competência. *Verbis*:

(...) De fato, consoante destacado pelo MPF às fls.07 e fls.19/21, o presente feito deve ser julgado pelo Juízo da 4ª Vara/PE, já que o falso testemunho ocorreu perante o mesmo.

Em poucas palavras, antevê-se, no caso em apreço, a chamada conexão probatória, pois o julgamento do primeiro processo – em trâmite na 4ª Vara/PE – fatalmente interferirá no presente, por estarem ambos intimamente interligados, senão vejamos.

A denunciada, perante o juízo da 4ª Vara/PE, fez afirmação diversa, na condição de testemunha, de que havia feito em sede policial. Tal constatação implica outra: a depender do que for averiguado perante o juízo da 4ª Vara/PE, pode-se, inclusive, entender que a mesma não faltou com a verdade perante o judiciário.

Ou seja, a própria materialidade depende da análise pormenorizada de circunstâncias e provas que compõem os autos em trâmite na 4ª Vara/PE, logo, não basta constarem nos presentes autos cópias daquele. A análise e julgamento dos fatos reclamam uma visão conjunta, assim como posicionamento uniforme.

Em outras palavras, o julgamento da ação criminal que tramita perante a 4ª Vara/PE – e que está, inclusive, em fase bem mais avançada, mas ainda não sentenciada – interferirá na apuração factual do objeto presente.

Assim, há conexão probatória entre os feitos, nos termos previstos pelo art. 76, III, do CPB (...).

Por sua vez, o Juízo Suscitado (4ª Vara Federal/PE), na oportunidade das informações (fls. 39/44), salientou que a apuração da responsabilidade criminal pelo delito de falso testemunho só é possível após o trânsito em julgado da sentença proferida no processo em que prestado o depoimento acoimado de falsidade.

Decido.

Os institutos da conexão e da continência, no processo penal, diferem daqueles estudados no processo civil. Neste, só se fala em conexão e continência entre lides, quer em razão da pessoa (*personae*), do objeto da controversiva (*res*) ou pelo fato gerador da pretensão (*causa petendî*).

No processo penal, os fenômenos da continência e conexão ocorrem em relação às infrações penais. Quando mais de um fato configura mais de um crime (art. 76, CPP), estaremos diante da conexão; ao reverso, se com um só fato vários forem os crimes, o liame entre eles, para fins de processo e julgamento, será a continência.

A conexão é o nexu, a ligação, liame que as coisas, pessoas e fatos guardam entre si. Este nexu, liame que estabelece a conexão entre as infrações praticadas pode ser intersubjetivo (artigo 76, I, do CPP); objetivo (artigo 76, II do CPP) ou instrumental (art.76, III, do CPP).

Em suma, o efeito precípua da conexão e da continência é o julgamento num mesmo processo (*simultaneus processus*) e, conseqüentemente, a prorrogação do foro.

Pois bem, a alegação de conexão, defendida pelo Juízo Suscitante, foi devidamente sustentada nas ponderações constantes do Parecer Ministerial da Procuradoria Regional da República da 5ª Região (fls. 53/63). *Verbis*.

(...) No caso *sub examine*, a parte ré foi denunciada pela possível prática do ilícito de falso testemunho (art. 342 do Código Penal), ocorrido nos autos do processo nº 2004.83.00.013722-9, o qual tramita sob a competência do MM. Juízo Federal da 4ª Vara/PE.

Desta feita, verifica-se a presença de um vínculo entre a decisão a ser proferida pelo Juízo demandado e o processo ora em apreço, isto é, a depender do que for apurado no

Juízo suscitado acerca das informações prestadas pela ré, tidas, em tese, por falsas, poderá constatar-se a ausência de materialidade do delito atribuído à Sra. Vera Lúcia dos Santos Silva, interferindo de forma patente na persecução da ação penal em que atua como ré.

Por esta forma, a prova de uma infração influi diretamente na da outra, constituindo, como é cediço, a conexão probatória, a qual, não sendo causa determinante de fixação de competência, atua como um fator de alteração desta em face da defesa da economia, segurança e coerência processuais.

Assim dispõe o art. 76, inciso III, do Código de Processo Penal acerca da determinação da competência pela conexão, especificamente a conexão probatória(...)

Por oportuno, observe-se as seguintes ementas de julgados, aplicáveis ao caso em foco, *mutatis mutandis*:

(...) FALSO TESTEMUNHO. COMPETÊNCIA. **“o mesmo processo em que foi entrevista a ocorrência de falso testemunho e determinada a apuração do fato deverá conhecer e julgar o processo daí resultante. Sua prevenção para o julgamento dos dois feitos decorre da conexão entre as duas infrações (art. 76 do CPP), cujas provas se entrelaçam, e sua competência para o segundo processo resulta, ainda, do fato fundamental de que ao juiz que julga o falso testemunho incumbe verificar e decidir se, no outro processo, o agente retratou ou se declarou a verdade antes da sentença, alcançando, assim, a impunidade”**

(TJSP, CJ, Rel.Sylvio do Amaral)

FALSO TESTEMUNHO. CARACTERIZAÇÃO. **Delito que não se condiciona ao resultado do processo em que ocorreu o depoimento falso. Conexidade que recomenda a reunião dos dois processos, sendo um só o julgamento, possibilitando assim eventual retratação como causa de extinção de punibilidade.** Ordem denegada.

(TJSP - HC - Rel. Álvaro Cury)

Dessa Maneira, torna-se indispensável a declaração de competência do MM. Juízo Federal da 4ª Vara Criminal para conhecer e julgar a suposta prática do delito tipificado no art. 342 do CPB, visto que ocorrido, em tese, o ilícito

de falso testemunho, nos autos da ação criminal nº 2004.83.00.013722-9 em trâmite na supramencionada Vara, evidenciada está a conexão probatória, portanto, primordial a unidade do Juízo, evitando-se decisões contraditórias. (...)

A despeito de tais ponderações, o *Parquet* Federal, no mesmo parecer, frisa e ressalta que: “embora a conexão, bem como a continência, implique, via disposição legal, a unidade de processo e julgamento (art. 79 do Código de Processo Penal), a própria Lei Adjetiva Penal estabelece exceções, visto que a união de feitos poderá trazer mais malefícios do que vantagens(...). No caso *sub examine*, o processo no qual foi cometido, em tese, o delito de falso testemunho encontra-se tramitando há vários anos e em fase bem mais avançada que a ação em apreço, razão pela qual, entende-se conveniente a separação dos feitos, uma vez que a junção destes processos acarretaria um entrave ao princípio da celeridade processual. Destarte, em razão do permissivo legal constante no art. 80 do CPP, a união de processo e julgamento, face a conexão probatória, ficaria a cargo do MM. Magistrado Competente, levando em consideração critérios de relevância e conveniência (...)”.

Realmente, como bem salientou o ilustre integrante do *Parquet* Federal, a reunião de feitos – que se encontram em fase processuais diferentes – traduziria verdadeiro despropósito, atravancando a marcha processual. Não há dúvida de que as particularidades de cada caso interfeririam no andamento do outro, em prejuízo do almejado andamento célere dos processos criminais.

Confira-se, nesse sentido, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça.

(...) O fenômeno processual da advocatória, previsto no art. 82 do CPP, pressupõe a ocorrência de conexão ou continência e a inexistência de sentença definitiva, sendo, por isso, inaplicável a providência na hipótese em que os fatos são distintos e o processo no qual se postulou o benefício já se encontra com sentença condenatória (STJ, RHC 5.622, Rel. Min. Vicente Leal, *DJU* 1.9.97)

No que diz respeito às alegações do Juízo Suscitado de que a apuração da responsabilidade criminal pelo delito de falso teste-

munho só é possível após o trânsito em julgado da sentença proferida no processo em que prestado o depoimento acoimado de falsidade, afigura-se-me oportuno trazer à colação jurisprudência do STJ, reproduzida no Parecer Ministerial (fls. 61/62), valendo a sua transcrição. *Verbis*:

CRIMINAL. HC. FALSO TESTEMUNHO. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A INVESTIGAÇÃO NÃO-EVIDENCIADA. PRESCINDIBILIDADE DE SENTENÇA, NO FEITO EM QUE COMETIDO, EM TESE, O PERJÚRIO, PARA A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL POR FALSO TESTEMUNHO. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que o Magistrado requisitou a instauração de inquérito policial para apurar a suposta prática do delito de falso testemunho pelo paciente, que havia sido ouvido como testemunha de defesa em ação penal instaurada em razão da prática de crime de estupro.

II. O inquérito policial é mera peça informativa, destinada a apurar a prática de crimes, cujo trancamento, na via do *habeas corpus*, somente seria possível se demonstrada, de forma inequívoca e sem necessidade de exame aprofundado de provas, a flagrante inequívoca atipicidade da conduta imputada ao investigado ou impossibilidade deste ser o autor dos fatos.

III. O delito de falso testemunho consuma-se com o encerramento do depoimento prestado, quando se faz a afirmação falsa, embora o Código de Processo Penal admita a retratação seja efetivada até a prolação da sentença no feito em que o ilícito teria sido cometido.

IV. A eventual absolvição do réu pelo Tribunal não afasta a consumação do delito, mesmo que tal testemunho não tenha influído no resultado do julgamento pois a ação que viola a lei é o próprio depoimento prestado com o fim de subverter a verdade dos fatos, causando dano à Justiça.

V. Esta Turma já firmou entendimento no sentido de que não é imprescindível a sentença, no feito principal, para o início da ação penal por crime de falso testemunho, ainda que se faça a ressalva de que a decisão sobre o perjúrio não deve preceder à do feito principal.

VI. Inexistindo óbice ao oferecimento da denúncia pela prática do delito de perjúrio antes do trânsito em julgado da sentença condenatória onde tal delito teria ocorrido, não há que se falar em constrangimento na simples instauração de inquérito policial para a apuração de suposta prática criminosa.

VII. Ordem denegada.

(STJ, HC 73059/SP, Processo:20060279539-5, Relator: Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 29/06/2007)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE FALSO TESTEMUNHO. AÇÃO PENAL. INSTAURAÇÃO. POSSIBILIDADE.

É possível a propositura da ação penal para se apurar o crime de falso testemunho antes de ocorrer a sentença no processo em que o crime teria ocorrido, desde que fique sobrestado seu julgamento até outra sentença ou decisão.

Recurso provido.

(STJ, REsp 596500/DF, Processo: 20030171653-0, Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 22/11/2004)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 342 DO CÓDIGO PENAL. PROLAÇÃO DE SENTENÇA NO FEITO DITO PRINCIPAL PARA O INÍCIO DA PERSECUTIO CRIMINIS IN IUDICIO ACERCA DO FALSO TESTEMUNHO. DESNECESSIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO.

I - O trancamento da ação penal por falta de justa causa, na via estreita do *writ*, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie (Precedentes).

II - A prolação de sentença no processo em que ocorreu o falso testemunho não é condição de procedibilidade da ação penal pelo referido delito contra a Administração da Justiça.

III - A decisão acerca do falso depoimento, todavia, é que não pode preceder a do feito no qual ocorrera o eventual ilícito.

Habeas Corpus denegado.

(STJ, HC 33735, Processo: 20040019099-3, Relator: Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 23/08/2004)

Forte, pois, em tais argumentos, comungo do entendimento exposto pelo Juízo Suscitante e pelo Ministério Público Federal, no sentido de ser hipótese de conexão probatória (CPP, art. 76, III), entre este processo (2008.83.00.011816-2) e aquele que tramita na 4ª Vara Federal/PE (2004.83.00013722-9), ante à existência do vínculo e nexos das provas deste processo, que apura o crime de falso testemunho, cuja prova da materialidade depende do averiguado no processo que, em tese, ocorreu o perjúrio, cuja tramitação está afeta ao juízo suscitado

Ex positis, conheço do conflito suscitado, para declarar o MM. Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, ora suscitado, competente para o processamento e julgamento da presente ação penal.

É o meu voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 407.128-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: FELIPE FIALHO NETO
Embargante: FAZENDA NACIONAL
Adv./Proc.: DR. FELIPE FIALHO NETO (APDO.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSTO DE RENDA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA RECEBIDA DE ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. ISENÇÃO. COBRANÇA INDEVIDA. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS DO AGRAVANTE. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. CABIMENTO. RETIFICAÇÃO DA CONTRADIÇÃO PARA DAR PROVIMENTO AO AGRAVO

REGIMENTAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS DA FAZENDA NACIONAL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE.

- O agravante interpõe embargos declaratórios alegando contradição no acórdão de agravo regimental. De fato, a decisão embargada tem fundamentação contraditória ao reconhecer coisa julgada que determinou o direito do autor à isenção total de imposto de renda sobre seu benefício complementar recebido de entidade de previdência privada, porém não lhe deferindo a repetição de indébito quanto às parcelas recolhidas entre janeiro/96 e março/97.

- Modificação parcial do acórdão, para retificar citada contradição, em relação ao direito do demandante à restituição de indébito de imposto de renda também no período de janeiro/96 a março/97, tendo em vista determinação de decisão em ação declaratória transitada em julgado, apesar do entendimento divergente do STJ e deste Tribunal quanto à isenção de imposto de renda sobre complementação de aposentadoria após a entrada em vigor da Lei nº 9.250/95.

- Embargos declaratórios da Fazenda Nacional, alegando omissão sobre o pronunciamento e aplicação do art. 3º, LC nº 118/05, para reconhecimento da prescrição quinquenal. Não há omissão no acórdão combatido, vez que determinou a aplicação da prescrição decenal. Os Embargos Declaratórios não se prestam à rediscussão da matéria tratada nos autos (art. 535, I e II, CPC).

- Embargos declaratórios de Felipe Fialho Neto providos, com efeitos infringentes, para dar total provimento a seu agravo regimental. Embargos de declaração da Fazenda Nacional não providos.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento aos embargos declaratórios de Felipe Fialho Neto, com efeitos infringentes, e negar provimento aos embargos de declaração da Fazenda Nacional, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que integram o presente julgado.

Recife, 5 de maio de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de embargos declaratórios interpostos pelo demandante Felipe Fialho Neto e pela Fazenda Nacional contra acórdão de fls. 116/122 que deu parcial provimento ao agravo regimental apresentado pela parte autora face à decisão monocrática (fls. 93/96) que deu provimento à apelação da Fazenda e à remessa oficial para julgar improcedente o presente pleito.

Segundo a decisão embargada, subsiste interesse de agir do demandante, já que no intervalo de abril/90 a dezembro/95 houve tributação de imposto de renda sobre sua complementação de aposentadoria, motivo pelo qual teria direito à restituição de imposto de renda sobre os valores indevidamente recolhidos no período de abril/90 a dezembro/95. Quanto ao período de janeiro/96 a abril/97, foi mantida a decisão monocrática negando direito à repetição de indébito.

Por fim, o agravo regimental foi julgado parcialmente procedente, apenas para reconhecer o direito do demandante à restituição de indébito de imposto de renda no período de abril/90 a dezembro/95.

Em seu recurso de embargos declaratórios (fls. 126/128), o demandante alega contradição, visto que o próprio acórdão reconhece coisa julgada material no sentido de isenção ao pagamento de IRPF sobre sua complementação de aposentadoria por entida-

de privada após a Lei nº 9.250/95, mas indeferiu o pedido de restituição das parcelas indevidamente cobradas.

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do presente recurso, com efeitos infringentes, para que seja corrigida a contradição apontada.

Por sua vez, a União, em seus embargos declaratórios (fls. 130/136), alega omissão do julgado em relação à aplicação da prescrição quinquenal, segundo os ditames do art. 3º, LC nº 118/05. Requer a supressão da citada omissão, inclusive para fins de prequestionamento, e atribuir efeitos infringentes ao acórdão combatido para reconhecer a prescrição quinquenal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Primeiramente, analiso os embargos declaratórios interposto pelo demandante.

De fato, há que se reconhecer que o acórdão combatido apresenta contradição em sua fundamentação ao admitir que o autor fora vencedor em ação declaratória, na qual lhe restou reconhecido o direito à isenção total do imposto de renda, mas não lhe deferindo o direito a restituição dos valores indevidamente recolhidos, exceto no período de abril/90 a dezembro/95.

Vejam os dispostos em citada decisão:

Fl. 119 “(...) depreende-se que o autor, **ao lograr a isenção total de sua complementação**, já conseguiu mais do que seria efetivamente devido (...), **de modo que não se lhe deve reconhecer direito a qualquer restituição.**”

Se o próprio acórdão admite que há decisão em ação declaratória transitada em julgado favorável ao demandante, então seu conteúdo deve ser aplicado, ou seja, a parte autora deverá ser restituída das parcelas de imposto de renda descontadas da sua complementação de aposentadoria, mesmo após a entrada em vigor da Lei nº 9.250/95, até março/97.

Portanto, corrigindo citada contradição, com base no art. 535, I, CPC, modifico o acórdão para suprimir o parágrafo que se inicia na fl. 118, o qual dispõe: “Quanto ao intervalo de janeiro/96 a abril/97 ...”, substituindo-o pelo seguinte texto:

Apesar de entender que não seria devida restituição de imposto de renda sobre complementação de aposentadoria a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.250/95, tomando por base entendimento do STJ e deste Tribunal, há que se ressaltar que o demandante tem a seu favor decisão transitada em julgado em ação declaratória que lhe concedeu o direito de isenção total de citado tributo sobre seu benefício complementar recebido de entidade de previdência privada.

Por conseguinte, há que ser reconhecido seu direito à repetição de indébito do imposto de renda recolhido no período de janeiro/96 a março/97.

Modifico também o dispositivo do corpo do voto (fl. 119), o qual passa a ter o seguinte conteúdo:

Por todo o exposto, **DOU PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL**, para reconhecer o direito do demandante à restituição de indébito de imposto de renda, no período de abril/90 a março/97, sobre valores pagos pela CAPEF, a título de complementação de aposentadoria, ressalvada as parcelas atingidas pela prescrição decenal, com correção monetária, tudo na forma preconizada pela 1ª Seção do STJ quando do julgamento do EREsp nº 1.012.903/RJ. Sucumbência recíproca.

Por fim, retifico o texto da ementa e do acórdão (fl. 122/123), respectivamente:

3. Apesar de entender que não seria devida restituição de imposto de renda sobre complementação de aposentadoria a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.250/95, tomando por base entendimento do STJ e deste Tribunal, há que se ressaltar que o demandante tem a seu favor decisão transitada em julgado em ação declaratória que lhe concedeu o direito de isenção total de citado tributo sobre seu benefício complementar recebido de entidade de previdência privada.

4. Há que ser reconhecido o direito do demandante à re-

petição de indébito do imposto de renda recolhido no período de janeiro/96 a março/97;

5. Agravo regimental provido.

DECIDE, (...), dar provimento ao agravo regimental (...).

Passo à análise dos embargos declaratórios da Fazenda Nacional.

Em resumo, alega omissão em relação à prescrição quinquenal, através da observância e aplicação do art. 3º, LC nº 118/05, requerendo a modificação do julgado para reconhecimento da prescrição.

Contudo, é mister ressaltar que o acórdão se pronunciou sobre a prescrição que entende ser aplicável ao caso dos autos, qual seja a prescrição decenal, pela aplicação da regra do “cinco mais cinco”, em sua fundamentação¹ e em seu dispositivo².

Desta forma, não há que ser reconhecida omissão em relação à prescrição. Na realidade, a Fazenda Nacional pretende re-discutir esta questão, o que não é possível em sede de embargos declaratórios.

Por todo o exposto, dou provimento aos embargos de declaração do demandante, com efeitos infringentes, para dar total provimento ao agravo regimental de Felipe Fialho Neto e nego provimento aos embargos declaratórios da Fazenda Nacional.

É como voto.

¹ Fl. 118 “Desse modo, (...), **ressalvada a prescrição decenal.**”

² Fl. 119 “Por todo o exposto, (...), **ressalvada as parcelas atingidas pela prescrição decenal (...).**”

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 414.685-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargada: MARIA DE FÁTIMA DANTAS ALVES
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DRS. JOÃO DE DEUS QUIRINO FILHO E OUTRO
(EMBDA.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. AUXÍLIO DOENÇA. CANCELAMENTO. AUSÊNCIA DE NOVO EXAME PERICIAL NA ESFERA ADMINISTRATIVA SUPRIDO PELA PERÍCIA JUDICIAL. SATISFATÓRIO ATENDIMENTO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA. PROVIMENTO.

- Embora não se houvesse realizado nenhum exame pericial novo na pessoa da segurada para identificar-se se o benefício de auxílio doença anteriormente concedido deveria ou não ser mantido, a perícia judicial realizada, em regular processo provocado por ela própria para o restabelecimento do benefício, atendeu, satisfatoriamente, a garantia do devido processo legal, pelo que deve ser mantida a sentença que havia cancelado o referido benefício.

- A enfermidade encontrada na segurada, identificada pelo Código CID F32.1, corresponde ao transtorno de personalidade moderado que não se revela como definitivamente incapacitante, tanto que a mesma médica especializada que a havia originariamente identificado (fl. 34), apurou, em perícia regular, que a portadora não se encontrava incapacitada para o trabalho e que não estava acometida de invalidez (fls. 124-125), satisfazendo a exigência do art. 59 da Lei nº 8.213/91, como observado no voto vencido.

- Embargos infringentes providos.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 18 de março de 2009 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

O INSS opôs embargos infringentes contra acórdão da Primeira Turma, relatado pelo ilustre Desembargador José Maria Lucena, assim ementado:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA Nº 111-STJ.

- O direito à ampla defesa e ao contraditório deve ser assegurado em toda sua plenitude em observância aos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal em vigor.

- O ato administrativo de suspensão de benefício só pode se efetivar após a instauração do procedimento administrativo para verificar a irregularidade no ato de concessão, assegurando-se o exaurimento de todas as oportunidades de defesa e fases recursais, sob pena de ser considerado ilegal. Precedentes deste e. Pretório e dos TRFs da 1ª e 4ª Regiões.

- Correção monetária na forma da Lei nº 6.899/81 e legislação superveniente, a partir de quando se tornaram devidas as prestações em atraso.

- Juros de mora fixados à razão de 0,5% ao mês, a contar da citação, por força da MP nº 2.180-35, de 24.8.2001, nas ações ajuizadas após a sua edição.

- Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, mas respeitados os termos da Súmula nº

111 do e. STJ.

-Apelação provida. (fls. 155-164).

Pretende a autarquia embargante fazer prevalecer o entendimento do voto vencido da lavra do Des. Federal Francisco Cavalcanti, contrário à pretensão da autora de ver reimplimentado o auxílio-doença, uma vez que a perícia médica judicial concluiu pela inexistência de incapacidade laborativa, podendo a segurada realizar suas atividades habituais, inclusive as laborais (fls. 166-167).

Argumenta a embargante que é da essência do auxílio-doença a sua reversibilidade, ficando o segurado sujeito a periódicas revisões e realização de exames para avaliação da sua real situação médica, e que o ato concessório do benefício é um ato administrativo vinculado, onde se verifica o preenchimento dos requisitos exigidos em lei (fls. 170-176).

Apesar de devidamente intimada, a embargada não apresentou contra-razões (fl. 178).

Dispensada a revisão (art. 28, VIII, do Regimento Interno).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Embora houvesse entendido, na Sessão do Pleno de 11.03.09, em que foi inicialmente apresentado o feito, que o cerne da presente questão se tratava, basicamente, da constatada inobservância dos princípios do “devido processo legal” e da “ampla defesa” previstos em nossa Carta Magna no inciso LV do art. 5º, cujo dispositivo havia transcrito, com a afirmação de que embora não se negasse que a Previdência Social tinha o dever de fiscalizar a concessão e a manutenção de benefícios, não se poderia deixar de reconhecer que eram muitas as irregularidades e as fraudes contra ela cometidas, pelo que tampouco se poderia admitir que se determinasse o cancelamento, suspensão ou cassação de benefícios sem a observância de um procedimento rigoroso, até porque possuíam natureza alimentar e gozavam da presunção de terem sido legitimamente concedidos, percebi, com a ajuda dos de-

mais colegas Desembargadores, nos votos que então formularam, que não tinha sido identificado corretamente o âmago da demanda.

Descobri que este se apresentava como saber se o voto vencido do Des. Fed. Francisco Cavalcanti, formulado por escrito às fls. 166-167, em que se argumentou que a suspensão do benefício previdenciário havia sido correta porque se dera com fundamento no art. 59 da Lei nº 8.213/91, cujo dispositivo estabelece que o “reconhecimento do direito ao auxílio-doença depende da comprovação da incapacidade para o trabalho ou para atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos”, como se lê do referido voto à fl. 166.

O Ministro Carlos Mário Velloso, em artigo que publicou sobre devido processo legal, ou, como preferiu, o “*Due process of law*, como garantia a um processo justo, compreende: (I) a garantia da tutela jurisdicional ou o princípio da inafastabilidade do controle judicial de qualquer lesão ou a ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV), que ganhou *status* constitucional, no Brasil, com a Constituição de 1946, do qual decorrem o direito de ação e o acesso à justiça. *Due process of law* como garantia processual, abrange, também, (II) o princípio do juiz natural, que é o juiz legal, o juiz com garantias de independência, o juiz imparcial; (III) o contraditório, que tem assento no princípio da igualdade e compreende, por sua vez, o direito de defesa e suas implicações: cientificação do processo, contestação, produção de prova; (IV) o procedimento regular, com normas pré-estabelecidas, com formalidades essenciais, que propiciem justiça rápida, mesmo porque o apego ao formalismo leva à denegação de justiça”.¹

Muito embora a suspensão do benefício previdenciário houvesse se dado, na esfera administrativa, sem haver sido precedido de exame pericial, este havia sido feito jurisdicionalmente e, por isso, atendeu-se satisfatoriamente ao devido processo legal, em todas as modalidades expressas no escólio acima transcrito: a ora embargante e segurada do INSS entrou com ação perante o

¹ Cf. “Devido Processo Legal e Acesso à Justiça”, artigo publicado na revista “Prática Jurídica”, nº 83, fevereiro/2009, p. 49.

Juiz de Direito da Comarca de Cajazeiras/PB que, na forma do art. 109, § 3º, da CF/88, é o juiz competente e, portanto, o juiz natural e este, depois de instruir a demanda, inclusive com a realização de prova pericial, em que assegurou o devido contraditório e, pois, o legítimo direito de defesa, sabido que este se resume à informação necessária e à reação possível². Atendeu-se, também, ao procedimento regular de sua realização, como se pode ler do processo onde fora proferida a sentença que deu origem à apelação que a reformou, em julgamento por maioria e que, agora, se procura restabelecer.

Observei, com o auxílio dos demais colegas, como já mencionado, que, realmente, o devido processo legal havia sido atendido, não na esfera administrativa, mas na esfera jurisdicional, como se colhe da bem lançada sentença da lavra do douto Juiz de Direito de Cajazeiras, no exercício da jurisdição federal, Dr. Edivan Rodrigues Alexandre, que, no julgamento objeto dos presentes embargos, havia sido reformada, por maioria, como já se disse, no trecho que transcrevo às fls. 129-130:

Como visto, todo o devido processo legal foi observado com relação à perícia médica, não sendo procedente a insurreição da parte com a perícia que lhe foi desfavorável. Uma coisa é alegar incorreção do laudo, da sua forma, do seu processamento judicial, outra é se insurgir contra o mérito do laudo, contra o seu resultado final. A alegação de nulidade do laudo ou de sua forma (*due process of law*) deve ser sempre apreciada, no entanto, a alegação de erro do resultado não compete ao magistrado analisar. O especialista é o médico e o juiz jamais poderá modificar o resultado de um laudo. Pode, no entanto, desprezar seu resultado e se valer de outras provas constantes dos autos.

² Cf. Ada Pellegrini Grinover, “Novas Tendências do Direito Processual – de acordo com a Constituição de 1988”, Forense Universitária, 1990, 2800., Rio de Janeiro, p. 04. A sentença impugnada afirma, sem que tenha havido nenhuma objeção quanto a isso: Nenhuma das partes manifestou insurreição quanto à designação da perícia, do local onde iria ser realizada, quanto aos quesitos e a forma de realização. Registre-se, por oportuno, que também não houve indicação de assistentes técnicos ou requerimento de indicação para perito especialista, como se lê à fl. 129. Ou seja, houve a informação necessária e não houve nenhuma reação contra a perícia, embora fosse possível.

A reflexão está absolutamente correta porque revela, a um só tempo, que foi observado o devido processo legal na realização da perícia judicialmente e que, embora o Juiz seja o *peritus peritorum* (o perito dos peritos), no sentido de que não está vinculado ao que disser o laudo, podendo dele discordar, desde que baseado em outras provas, inclusive determinar a realização de outra perícia, na forma do art. 437 do CPC, não pode modificar, a seu talante, o resultado do laudo pericial.

O pronunciamento médico inicial da mesma médica psiquiatra Dra. Eliana Mota Bandeira repetido e transcrito nas razões da apelação, como se lê à fl. 139, se encontra à fl. 34, com a afirmação categórica: *Atesto para os devidos fins que Maria de Fátima Dantas Alves foi atendido (a) neste Nosocômio, portador(a) da entidade Nosológica F32.1. Ocorre que essa doença de que a paciente se encontra acometida é o mesmo transtorno de personalidade moderado, que a mesma médica que o havia atestado identificou como histórico da doença. Ou seja, a segurada continua padecendo de transtorno de personalidade moderado, ressalte-se, moderado.*

Isto quer dizer que esse transtorno moderado – correspondente ao CID F32.1 – não incapacita a segurada definitivamente para o trabalho, porque é moderado: quando se apresenta na forma mais aguda, torna-a incapaz de exercer regularmente suas atividades laborativas, mas em outras oportunidades, como foi a hipótese em que se realizara a perícia judiciária, não a incapacitou definitivamente como se apurou nas respostas apresentadas pela referida perícia judicial, à fl. 124, onde se registra que a segurada não está incapacitada para o trabalho e **não se encontrava inválida**, sendo as demais perguntas consideradas prejudicadas.

Importa assinalar que esse novo e definitivo entendimento somente foi alcançado com a ajuda do Desembargador Federal Marcelo Navarro Ribeiro Dantas que, com as informações que possui sobre a prática médica, identificou, na referida sessão, qual a natureza do mal que a segurada padecia, identificado com o código CID F32.1, o que satisfaz a exigência do art. 59 da Lei nº 8.213/91, como o reconheceu o voto vencido, à fl. 166.

Concluo, portanto, que deve ser prestigiado o voto vencido da

lavra do Desembargador Federal Francisco Queiroz, no sentido de que a segurada é portadora de transtorno moderado de personalidade, não se encontrando, atualmente, inválida para o exercício de suas atividades laborativas, conclusão a que se chegou em perícia judicial, em que se observaram – como acima demonstrado – todas as regras para o devido processo legal.

Em conseqüência, dou provimento aos embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido do Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, e, em conseqüência, negar o restabelecimento do referido auxílio doença.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.499-PE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (CONVOCADA)
Impetrante: LUIZ CLÁUDIO FARINA VENTRILHO
Impetrado: JUÍZO DA 4ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Paciente: ALBERTO CARDOSO CORREIA REGO FILHO

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. CRIME DO ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 7.492/86. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO DO DÉBITO. PROVA. SUSPENSÃO PARCIAL DA AÇÃO PENAL.
- Embora o impetrante alegue que o crédito tributário a que se refere a denúncia não está definitivamente constituído, repousa nos autos Termo de Informação de Delegacia da Receita Federal dando conta que a constituição definitiva do mesmo na via administrativa ocorreu em 27/10/2006.
- Carreada aos autos prova da realização de parcelamento, configura-se a hipótese prevista no art. 9º da Lei nº 10.684, de 2003, segundo o qual “é suspensa a pretensão punitiva do Esta-

do, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento”.

- Conquanto se refira o dispositivo às pessoas jurídicas, deve ser estendido às pessoas físicas. Precedentes do STJ.

- Impõe-se reconhecer, destarte, o advento de causa suspensiva da pretensão punitiva estatal, a qual, todavia, alcança apenas o delito do artigo 1º, inc. I, da Lei nº 8.437/90, não alcançando aquele do art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86, relativamente ao qual deve prosseguir o feito em seus ulteriores termos.

- Regularidade do parcelamento aferida mediante ofício da Procuradoria Regional da Fazenda Nacional, segundo o qual o parcelamento, outorgado de acordo com as disposições da Lei 10.522, de 2002, mediante o oferecimento de garantia, se encontra “em dia”.

- Ordem concedida 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, conceder parcialmente a ordem, 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 março 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 *habeas corpus* impetrado por Luiz Cláudio Farina Ventrilho em favor de Alberto Cardoso Correia Rego Filho, a fim de obter o trancamento da Ação Penal nº 2005.83.00.010401-0 (4ª Vara/PE), em que denunciado o paciente pela prática dos crimes previstos no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90 e no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, em face da alegada omissão de rendimentos tributáveis na Declaração do Imposto de Renda do ano-calendário 1999, totalizando R\$ 582.390,58 (quinhentos e oitenta e dois mil, trezentos e noventa reais e cinquenta e oito centavos), e da manutenção de depósitos em conta no exterior sem a devida declaração à Receita Federal.

O suplicante defende a falta de justa causa para o ajuizamento do feito criminal, pelos seguintes motivos: a) o crédito tributário foi parcelado e está sendo recolhido pelo paciente, não havendo sido constituído definitivamente, sendo pressuposto para o prosseguimento do processo-crime o esgotamento da via administrativa; b) o Juízo Federal da 2ª Vara/PE, em sede de ação anulatória de débito, reconheceu a correta e efetiva distribuição de lucros a que se refere a denúncia; c) a inclusão do acusado como incurso nas penas do art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 está calcada em circulares expedidas pelo BACEN após a prática da conduta a ele imputada; d) é impossível o cometimento de tal ilícito, uma vez que o paciente, antes de qualquer representação penal, apresentou declaração retificadora do seu imposto de renda.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações de fls. 154/158.

O *Parquet* Federal opinou pela denegação da ordem, em parecer de fls. 162/167.

É o relatório.

VOTO

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

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Alberto Cardoso Correia Rego Filho, visando o trancamento da Ação Penal nº 2005.83.00.010401-0, em que foi denunciado pela prática dos crimes previstos no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90 e no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86.

Preceituam tais dispositivos legais, *in verbis*:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

Assevera o impetrante, no propósito de ver atendida sua pretensão, que o crédito tributário a que se refere a denúncia não está definitivamente constituído, o que obstaria o prosseguimento do feito criminal.

Essa afirmação, todavia, não se sustenta diante do Termo de Informação de fl. 20, da Delegacia da Receita Federal em Recife/PE, o qual revela que a constituição definitiva do mesmo no âmbito administrativo ocorreu em 27/10/2006.

Argumenta, ainda, o demandante que o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, nos autos da Ação Anulatória nº 2007.83.00.003824-1, “já reconheceu a correta e efetiva distribuição dos lucros a que se refere a denúncia”.

Essa decisão não concorre, entretanto, em favor do paciente, pela simples razão de que foi integralmente reformada por esta Corte por ocasião do julgamento da apelação interposta pela Fazenda Nacional, realizado em 12 de junho de 2008.

Afirma também o promovente que não poderia o réu ter cometido o ilícito descrito no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, pois apresentou declaração retificadora do seu imposto de renda.

Ocorre, como bem salientou o Ministério Público Federal na peça inicial da ação criminal, que, “apesar de o denunciado ter retificado as declarações dos exercícios 2001 a 2004, reconhecendo como sua titularidade os aludidos depósitos, estes constaram da declaração anual (exercício 2004) da empresa Real Energy como parte do patrimônio desta, consoante exposto na cópia da representação fiscal para fins penais constantes do anexo II”.

De outra banda, improcede a alegação de que a inclusão do paciente como incurso nas penas do supracitado dispositivo legal estaria baseada em circulares expedidas pelo BACEN, com fulcro na Medida Provisória nº 2.224/01, após a prática da suposta conduta delituosa.

Ora, infere-se do aditamento à denúncia (fls. 75/76) que o MPF apenas destacou que a repartição competente a que se refere o parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86 era, à época dos fatos, a Receita Federal, porque somente depois é que o Banco Central editou cartas circulares no sentido de que as informações dos valores mantidos em conta no exterior deveriam lhe ser fornecidas.

Por fim, resta examinar a tese do demandante de que, por haver o acusado parcelado o crédito tributário antes do oferecimento da denúncia, haveria de se proceder ao trancamento da ação penal.

Volvendo aos autos, verifico que foi juntada uma Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, à fl. 161, cuja autenticidade foi verificada por esta Magistrada no sítio da Receita Federal.

Convém reproduzir o teor do artigo 9º da Lei nº 10.684, de 30/05/2003:

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Sem embargo de haver menção, no dispositivo, apenas às pessoas jurídicas, é dominante na jurisprudência o entendimento segundo o qual seu comando, por império da isonomia, se estenderia às pessoas físicas¹.

Impõe-se reconhecer, destarte, o advento de causa suspensiva da pretensão punitiva estatal, a qual, todavia, alcança apenas o delito do artigo 1º, inc. I, da Lei nº 8.437/90, não alcançando aquele do art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86, relativamente ao qual deve prosseguir o feito em seus ulteriores termos. Neste tocante, convém reproduzir o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. RHC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. INCLUSÃO NO REGIME DE PARCELAMENTO. LEI 10.684/03. SUSPENSÃO DA PUNIBILIDADE. REQUISITOS COMPROVADOS. ESTELIONATO. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA. CONDUTA QUE NÃO SE ENCONTRA LIVRE DE CONTROVÉRSIAS. NECESSIDADE DO PROCEDIMENTO INQUISITORIAL PARA A APURAÇÃO DOS FATOS. MERO INDICIAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Hipótese em que o recorrente foi indiciado pela suposta prática dos crimes do art. 2º, inciso I, da Lei 8.137/90 e do art. 171, § 3º, do Código Penal, pois teria omitido informações e efetuado declarações falsas visando a aumentar o valor da sua restituição do Imposto de Renda de Pessoa Física.

Evidenciado ter sido o parcelamento do débito tributário deferido já na vigência da Lei 10.684/2003, aplica-se ao caso o disposto no art. 9º do referido Diploma Legal, afastando-se a incidência da Lei 9.249/95.

¹ Consulte-se, a propósito, o acórdão do HC nº 68407/SP (STJ, Rel. Min. Félix Fischer, Quinta Turma, julg. 06.02.2007, DJ 26.03.2007, p. 269).

Embora o mencionado artigo 9º da Lei 10.684/2003 faça alusão apenas a “pessoa jurídica”, o art. 1º, § 3º, inciso III, traz menção expressa à aplicação das regras do parcelamento às pessoas físicas.

Comprovado, a partir de prova inequívoca, a inserção do débito tributário no programa de parcelamento, torna-se possível a suspensão da pretensão punitiva estatal, no tocante ao delito do art. 2º, inciso I, da Lei 8.137/90, e, em consequência, o trancamento do inquérito policial quanto a esta suposta prática criminosa.

A extinção da punibilidade, com base na Lei 10.684/2003, depende da demonstração de pagamento integral da dívida fiscal, que não é a hipótese dos autos.

O mencionado art. 9º da Lei 10.684/2003 não trata do crime de estelionato, no que se refere à suspensão ou extinção da punibilidade do agente, não podendo ser obstado o curso das investigações pela mesma motivação aplicada ao delito tributário.

Afastada a incidência do art. 9º em questão para o crime de estelionato, os elementos constantes dos autos autorizam o prosseguimento do inquérito policial, não havendo razões para o seu integral trancamento.

Somente após o correto procedimento inquisitorial, com a devida apuração dos fatos e provas, é que se poderá averiguar, com certeza, a tipicidade, ou não, da suposta obtenção de vantagem ilícita, em detrimento alheio, em tese praticada pelo paciente – sendo certo que a tipificação pode ser alterada pelo Representante do *Parquet*, quando do oferecimento de eventual denúncia.

O mero indiciamento em inquérito não caracteriza constrangimento ilegal reparável via *habeas corpus*. Precedente desta Corte.

Recurso parcialmente provido, nos termos do voto do Relator.

(5ª T., RHC 18178-TO, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ03.04.06, p. 370).

Cumpra à Procuradoria da Fazenda Nacional e ao Ministério Público aferir a regularidade do parcelamento concedido, bem como a regularidade dos pagamentos, cujo inadimplemento acarretará, por óbvio, a extinção da causa suspensiva outrora vigente.

Esta Magistrada, inclusive, oficiou aquele órgão fazendário, em

26 de fevereiro último, para obter notícias atualizadas acerca do parcelamento. A resposta do Procurador Regional da Fazenda Nacional, recebida na mesma data, informou que o parcelamento, outorgado segundo as disposições da Lei 10.522, de 2002, mediante o oferecimento de garantia, se encontra “em dia”.

Com tais considerações, concedo parcialmente a ordem postulada, para determinar a suspensão da pretensão punitiva estatal (e, conseqüentemente, do prazo prescricional) em relação ao delito do artigo 1º, I, da Lei 8.137/90.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.504-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO
Impetrante: PAULO ANTÔNIO CABRAL DE MENEZES
Impetrado: JUÍZO DA 3ª VARA FEDERAL DA PARAÍBA
Paciente: LÚCIA DE FÁTIMA PAULINO AMORIM

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO. CONVERSÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. OITIVA PESSOAL DO CONDENADO. ART. 118, § 2º, DA LEI Nº 7.210/84. OBRIGATORIEDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

- Writ no qual se objetiva suspender a decisão que determinou o recolhimento da paciente ao cárcere devido à conversão da pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços em entidade assistencial, em pena privativa de liberdade, em face do descumprimento injustificado da pena substitutiva.

- Em face dos princípios do contraditório e da ampla defesa, antes da conversão regressiva da pena substitutiva, deve-se proceder à oitiva pes-

soal do condenado, a fim de possibilitar-lhe a justificativa de sua falta, nos termos do art. 118, § 2º, da Lei de Execuções Penais.

- Paciente que justificou a negligência temporária no cumprimento da pena, esclarecendo que acompanhou a respectiva genitora, portadora do Mal de Alzheimer e que sofre de diversos outros problemas de saúde – diabetes, distúrbios da tireóide e pressão alta – em diversos exames e ao tratamento médico, ressaltando ter um filho de 10 (dez) anos de idade, e de trabalhar nos finais de semana administrando um buffet a fim de prover o sustento do filho e o seu próprio.

- O art. 148 da Lei de Execuções Penais permite que o Juiz da Execução altere a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade de forma a que elas se ajustem às condições pessoais do condenado, para possibilitar o cumprimento da pena imposta sem prejudicar o atendimento assistencial e familiar a uma pessoa idosa e com problemas crônicos de saúde.

- Habeas corpus concedido.

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, conceder a ordem de *habeas corpus*, 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, 12 de março de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO:

Habeas corpus liberatório impetrado por Paulo Antônio Cabral de Menezes, com pedido liminar, em favor de Lúcia de Fátima Paulino Amorim, em face da decisão da MM. Juíza Substituta da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba, que converteu em privativa de liberdade a pena restritiva de direitos da ora paciente, condenada a 02 (dois) anos de reclusão pelo crime previsto no art. 297, § 4º, do Código Penal, em face do fato de que teria ela, continuamente, deixado de cumprir a prestação de serviços à comunidade – total de 730 (setecentos e trinta) horas – na ASPAN - Associação Promocional do Ancião Dr. João Meira de Menezes, e no Hospital Padre Zé. Foi determinado o pronto recolhimento da paciente à prisão. Sustenta o impetrante que a paciente apresentou justificativa para a negligência temporária no cumprimento da pena, afirmando que acompanhava, em diversos exames e tratamentos médicos, a genitora já idosa, portadora do Mal de Alzheimer, e padecente de diversos outros problemas de saúde, tais como diabetes, tireóide, pressão alta, e de ser sobrevivente de um câncer.

A genitora, em face das precárias condições de saúde física e mental, confia apenas na paciente para acompanhá-la aos exames e às consultas médicas, de forma que a paciente viu-se impossibilitada de cumprir, diariamente, a grande quantidade de prestação de horas de serviço comunitário. Afirma que, apesar de ter tentado, não conseguiu o auxílio dos irmãos e sempre apresentou justificativas às suas faltas, fazendo lançar nos autos, os atestados de fls. 45/50, 58/60, 86 e 95/97.

Afirma que o art. 148 da Lei de Execuções Penais prevê a possibilidade de ajustamento do cumprimento das penas restritivas de direito às condições da condenada, o que não teria sido cogitado pela autoridade impetrada antes da conversão da pena. Alega, ainda, que deveria ter sido deferida à paciente a prisão domiciliar, uma vez que não existe Casa de Albergado na Paraíba, de forma a que ela pudesse cumprir a pena privativa de liberdade.

Requeru a concessão de medida liminar para a suspensão do ato que converteu a pena restritiva de direitos em privativa de

liberdade, até o julgamento final do presente *habeas corpus* e, al-
fim, a revogação do dito ato, determinando-se a adequação do cum-
primento da pena restritiva de direitos às condições da paciente,
nos termos dos arts. 148 e 117 da Lei nº 7.210/84, ou o deferimen-
to do cumprimento da pena em regime domiciliar.

Deferi o pedido liminar – fls. 136/138.

Nas informações – fls. 143/150 – a autoridade impetrada reite-
rou os argumentos expendidos na decisão, afirmando que a pa-
ciente não teria justificado, convincentemente, o seu habitual e con-
tínuo desaparecimento da Entidade em que deveria prestar servi-
ços, estando plenamente documentado o seu desleixo para com o
cumprimento da pena imposta.

A douta apresentação do *Parquet* opinou pela concessão da
ordem de *habeas corpus*, fundamentando-se na necessidade da
oitiva pessoal do condenado, nos termos do art. 118, § 2º, da Lei
das Execuções Penais, antes da imposição definitiva de regres-
são do regime, esclarecendo que a referida audiência fora supri-
mida, pois o Juízo de Execuções converteu a pena restritiva de
direitos em privativa de liberdade baseando-se na diligência reali-
zada pelo Oficial de Justiça, sem prévia abertura de oportunidade
à defesa no que tange às declarações dos Meirinhos.

É o relatório.

VOTO

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

Com o habitual respeito aos que sustentam posicionamentos
dissonantes, penso que merece prosperar o pedido posto na peça
inicial.

Alega o impetrante que a paciente apresentou justificativa para
a negligência temporária no cumprimento da pena, afirmando que
acompanhava diligentemente sua mãe idosa, portadora do Mal de
Alzheimer, em exames e consultas médicas, o que a impossibili-
tava de cumprir, diariamente, a grande quantidade de horas de
serviço comunitário, ressaltando que o art. 148 da Lei de Execu-
ções Penais prevê a possibilidade de ajustamento do cumprimen-

to das penas restritivas de direito às condições da condenada, o que não teria sido cogitado pela autoridade impetrada antes da conversão da pena.

A Lei nº 7.210/84, no art. 181, prevê a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade em caso de descumprimento injustificado das condições impostas pelo beneficiado.

Transcrevo o referido dispositivo legal, com o só intuito de facilitar o acompanhamento do raciocínio que está a ser expandido neste voto:

Art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seus incisos do Código Penal.

§ 1º A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:

(...)

b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço;

A conversão, contudo, não é automática. Em face dos princípios do contraditório e da ampla defesa, antes da conversão regressiva, deve-se proceder à oitiva pessoal do condenado, a fim de possibilitar-lhe a justificativa das faltas ou ausências, nos termos do art. 118, § 2º, ora também transcrito:

Art. 118. (...)

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.

Nesse sentido, é a jurisprudência do colendo **Superior** Tribunal de Justiça - **STJ**:

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ART. 168, *CAPUT*, C/C § 1º, III, 1ª FIGURA, DO CP. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONVERSÃO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. AUSÊNCIA DE OITIVA DO CONDENADO PARA POSSÍVEL JUSTIFICAÇÃO. NÃO ESGOTAMENTO DOS MEIOS DE SUA LOCALIZAÇÃO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE *A QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Se a controvérsia veiculada na exordial, consistente na conversão automática de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade sem a prévia oitiva do condenado, não foi apreciada em segundo grau de jurisdição, dela não se conhece sob pena de supressão de instância (Precedentes).

II - Todavia, ante a flagrante ilegalidade imposta ao recorrente, é cabível a concessão da ordem de ofício.

III - Em respeito ao princípio da ampla defesa, é dever do Estado-Juiz esgotar todos os meios razoáveis de localização do condenado, ocorrendo nulidade se não veio a ser procurado no endereço no qual já havia recebido intimação da sentença condenatória. (Precedentes).

IV - Assim, convertida a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade sem a prévia oitiva do condenado em audiência de justificação, e sendo, por conseguinte, expedido mandado de prisão, restou configurado constrangimento ilegal. (Grifo nosso)

V - Recurso ordinário não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular a ordem de prisão expedida contra o recorrente, determinando sua intimação pessoal no endereço anteriormente fornecido nos autos para o fim de dar início ao cumprimento da pena restritiva de direitos.

(Quinta Turma. RHC nº 23.418/MG, Rel. Min. Félix Fischer, julg. 23.09.2008, publ. *DJU* 20.10.2008)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. DESCUMPRIMENTO. CONVERSÃO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. INTIMAÇÃO PESSOAL. INÉRCIA. INCOMPATIBILIDADE COM O HORÁRIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL PARA O SUSTENTO DA FAMÍLIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. ORDEM DENEGADA.

1. A jurisprudência desta Corte encontra-se sedimentada no sentido de que a decisão pela conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade deve respeitar o princípio do contraditório, oportunizando-se a manifestação do condenado. (Grifo nosso)

2. Contudo, quedando-se o condenado inerte às intimações realizadas por mandado para justificar em Juízo o descumprimento da pena alternativa que lhe fora imposta, evidencia-se o seu descaso com a Justiça, não havendo falar em ofensa ao princípio do contraditório.

3. Por outro lado, a alegação de descumprimento de prestação de serviços à comunidade em razão de incompatibilidade com horário da atividade profissional para o sustento da família exige dilação probatória, incompatível com o rito sumário do *writ*.

4. Ordem denegada.

(Quinta Turma, HC nº 45.145/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julg. 06.12.2005, publ. 03.04.2006).

Consta dos autos que, antes da conversão regressiva da pena imposta à paciente, teria o Juízo intimado a paciente para justificar, documentalmente, suas ausências (fl. 94), ordem que foi prontamente atendida – documentos de fls. 95/97 (Boletim de Ocorrência da SSP/PB e Declaração de Atendimentos do Hospital UNIMED/PB) – nos quais a paciente, além de desculpar-se pelo descumprimento da pena, indicou como justificativas o abalo emocional sofrido com o assalto do qual foi vítima e do acompanhamento hospitalar de sua genitora.

A fim de comprovar a alegação da ora paciente, o Juízo determinou a realização de diligências por Oficial de Justiça – Mandado de fls. 101-v – sendo constatado que a genitora da apelada efetivamente era “... *uma pessoa doente, que tem problemas de saúde, como tireóide, coluna, problema respiratório, informando, ainda, que quem cuida dela é a apenada Lúcia de Fátima Paulino Amorim França*” e que, segundo os familiares, ela sofre “*do MAL DE ALZHEIMER, de PRESSÃO ALTA e de PROBLEMAS RESPIRATÓRIOS, e que, inclusive, já teve câncer. Que segundo eles, todos os problemas da Sra. Maria Paulino, como por exemplo: levá-la para médicos, hospitais, bem como fazer exames, quem resolve é a apenada, pois a Sra. Maria Paulino só confia nela*”.

Embora louvável a atitude do Juízo, que procurou, antes da conversão regressiva da pena as justificativas da ora paciente, faltou, todavia, a oitiva pessoal da condenada, tal como previsto no art. 118, § 2º, da Lei de Execuções Penais.

Além disso, entendo que a paciente não poderia ser penalizada por prestar socorro à sua genitora, especialmente quando, continuamente, apresenta justificativas para as suas faltas. Ressalte-se, por outro lado, que a paciente tem um filho de 10 (dez) anos de idade, trabalha nos finais de semana administrando um *buffet* e

ainda cuida da mãe, portadora de doença degenerativa de caráter irreversível, cujos cuidados aumentam, em razão da idade e das doenças, que só se agudizam – ao menos sói ser essa a tendência natural – fl. 101-v.

O art. 148 da Lei de Execuções Penais permite que o Juiz da Execução altere a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade de forma a que elas se ajustem às condições pessoais do condenado, para possibilitar o cumprimento da pena imposta sem prejudicar o atendimento assistencial e familiar a uma pessoa idosa e com problemas crônicos de saúde.

Desta forma, penso que a determinação de recolhimento imediato à prisão da paciente sem sua oitiva pessoal, nos termos do art. 118, § 2º, da Lei de Execuções Penais, seria um fator de constrangimento, especialmente diante das peculiaridades do caso.

Esforçado nestas razões, concedo a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.525-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR (CONVOCADO)
Impetrante: DRS. ELISEU MINICHILLO DE ARAÚJO E OUTROS
Impetrado: JUÍZO DA 11ª VARA FEDERAL DO CEARÁ
Paciente: DANIEL PINHEIRO RODRIGUES (RÉU PRESO)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SEGREGAÇÃO PREVENTIVA. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. OCORRÊNCIA. REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA. LAVAGEM DE DINHEIRO. DESDOBRAMENTO DO FURTO DO BACEN DE FORTALEZA/CE. EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. APURAÇÃO DE FATO COMPLEXO. VÁRIOS RÉUS. LIMITE DE 81 DIAS PARA CONCLUSÃO DA INSTRUÇÃO PENAL. INTERPRETAÇÃO DE ACOR-

DO COM COMPLEXIDADE DO FEITO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

- A segregação preventiva a que está submetido o paciente, no caso vertente, está alicerçada em fortes indícios de autoria e materialidade, justificando-se em favor da conveniência da instrução criminal, diante da complexidade do fato criminoso.

- A despeito da inexistência de antecedentes criminais, as provas produzidas mostram um certo grau de sofisticação e demonstram a persistência e desenvoltura do paciente na prática criminosa.

- O limite de 81 (oitenta e um) dias ou qualquer outro fixado para o término da instrução penal, estando preso o acusado, não deve ser interpretado como um prazo peremptório, mas entendido com razoabilidade, de acordo com a complexidade ou singeleza da instrução, justificando-se, sobretudo quando a delonga desta não se deva ao órgão judiciário, ou ao Ministério Público, mas às circunstâncias peculiares do caso, inclusive, para a perfeição da ampla defesa do acusado.

- Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR
Relator Convocado

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* liberatório impetrado por Eliseu Minichillo de Araújo, Ana Paula Minichillo da Silva Cabral e Francisco Castro Menezes Júnior em favor de Daniel Pinheiro Rodrigues, qualificados nos autos, objetivando a revogação da prisão preventiva do paciente, denunciado nos autos da ação penal nº 2008.81.00.007384-8, decretada pelo MM. Juiz Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará (fls. 204/218), por suposta infringência aos arts. 1º, inciso VII, c/c § 1º, incisos I e II, da Lei nº 9.613/98 e arts. 288 e 348 do Código Penal: lavagem de dinheiro, formação de quadrilha e favorecimento pessoal, respectivamente, possível desdobramento do furto à sede do Banco Central do Brasil - BACEN, em Fortaleza-CE.

Os impetrantes alegam que o paciente teve o seu telefone interceptado pela polícia e que o teor dos diálogos dão origem a questionamentos se tais conversas seriam suficientes para tipificar o crime de lavagem de dinheiro, restando dúvidas se era um dos interlocutores e se o dinheiro envolvido teria origem no furto do BACEN.

Afirmam ainda, estar evidenciado o excesso de prazo na formação da culpa, estando o paciente preso desde 20/09/2008, estando caracterizado o constrangimento ilegal, uma vez que ultrapassado o prazo de 81 (oitenta e um) dias fixado pela jurisprudência, que o Superior Tribunal de Justiça concedeu várias liminares a réus acusados de lavagem de dinheiro relacionados com o caso do BACEN.

O MM. Juiz Federal Substituto da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, em suas informações, fls. 192/203, afirma que em relação ao excesso de prazo, não se deve tomar como base a simples soma dos prazos previstos haja vista a magnitude e complexidade dos fatos apurados, remanescendo fortes indícios de que o paciente faz parte de organização criminosa estruturada há tempos, com escalonamento de responsabilidades, divisão de trabalho e estratégia de atuação, que a prisão do paciente só ocorreu após intensas e ininterruptas investigações e que sua soltura acar-

retaria dificuldades futuras para execução da pena e periclitaco da ordem pública.

O Desembargador Federal Marcelo Navarro indeferiu o pedido de liminar, fls. 155/156.

O Procurador Regional da República ofertou parecer (fls. 287/289v) opinando pela denegao da ordem, afirmando que estão presentes os requisitos prisão preventiva, garantia da ordem pública e econômica e da aplicao da lei penal, fortes indícios de autoria e materialidade, devendo ser aplicado o princípio da razoabilidade na aferio do prazo estabelecido para a conclusão da instruo penal, não se verificando, no caso, constrangimento ilegal.

 o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS REBÊLO JÚNIOR (Relator Convocado):

A segregao preventiva a que está submetido o paciente está alicerçada em fortes indícios de autoria e materialidade, justificando-se a demora pela conveniência da instruo criminal, ante a complexidade do fato criminoso.

Dos autos, depreende-se que, na fase do inquérito, as provas foram obtidas por intermédio de escuta telefnica devidamente autorizada, sendo descoberto um bem articulado complexo de relaoes entre os diversos agentes investigados, visando  lavagem dos recursos provavelmente originados do furto do BACEN de Fortaleza.

Também se entende justificada a prisão, no que concerne  garantia de aplicao da lei penal e para garantia da ordem pública, resultante da própria organizao do *consilium criminis* o que gera razoável presuno da possibilidade de que o paciente venha a se evadir e prejudicar o andamento da instruo, presentes, portanto, os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

A despeito da inexistência de antecedentes criminais, as provas produzidas mostram um certo grau de sofisticaco e demonstram a persistência e desenvoltura do paciente na prática criminosa, facilmente percebida na linguagem em código falada entre os

diversos interlocutores submetidos à escuta telefônica, em nada assegurando que contribua com a instrução penal.

Em relação ao alegado excesso de prazo, impõe-se ponderar que o limite de 81 (oitenta e um) dias ou qualquer outro fixado, para o término da instrução estando preso o acusado, não deve ser interpretado como um prazo peremptório, mas entendido com razoabilidade, de acordo com a complexidade ou singeleza da instrução, justificando-se, sobretudo quando a delonga desta não se deva ao órgão judiciário, ou ao ministério público, mas às circunstâncias peculiares do caso, inclusive, para a perfeição da ampla defesa do acusado.

Processando-se a instrução mediante carta precatória, cujo trâmite demanda certa delonga, bem como o fato de o paciente não responder sozinho ao processo, e sim juntamente a mais nove réus, justifica-se o excesso de prazo para a conclusão do sumário.

No que concerne à afirmação da concessão de *habeas corpus* pelo STJ, tenho que o presente *writ* não logrou demonstrar a similitude entre a situações dos favorecidos naqueles processos com o do paciente, considerando também o caráter individual das condutas investigadas, como ressaltado pelo eminente *Parquet* à fl. 1200.

Com estas razões, denego a ordem impetrada.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.535-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Impetrante: VINÍCIUS DE ANDRADE
Impetrado: JUÍZO DA 4ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Paciente: JOSÉ FERREIRA DA SILVA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU PRESO. CRIME DE ROUBO À AGÊNCIA DOS CORREIOS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR EXCESSO DE PRAZO PARA A CONCLUSÃO DA INSTRU-

ÇÃO. INOCORRÊNCIA. DEMORA JUSTIFICADA PELA COMPLEXIDADE DO FEITO. DENEGACÃO DA ORDEM.

- Consoante orientação do egrégio STJ, “O período de 81 dias, fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, não deve ser entendido como prazo peremptório, eis que subsiste apenas como referencial para verificação do excesso, de sorte que sua superação não implica necessariamente constrangimento ilegal, podendo ser excedido com base em um juízo de razoabilidade”. (STJ, 5ª T., HC 97.908/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 01.12.2008).

- Hipótese em que o excesso de prazo se mostra justificado pela complexidade da ação penal, onde, a par da pluralidade de acusados, todas as testemunhas residem fora da comarca do Recife, destacando-se que as cinco elencadas pela defesa residem no Estado do Rio Grande do Norte, tornando necessária a expedição de numerosas cartas precatórias.

- Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 7 de abril de 2009 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado por Vinícius de Andrade em favor de José Ferreira da Silva, apontando como autoridade

coatora o MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, objetivando a expedição de alvará de soltura.

Alega-se que o paciente foi denunciado, nos autos da Ação Penal nº 2000.83.00.007780-0, pela suposta prática do crime tipificado no art. 157 do Código Penal, encontrando-se preso desde 27 de dezembro de 2006, por força de decreto de prisão preventiva lavrado pela autoridade impetrada.

Tal situação – afirma-se – configuraria constrangimento ilegal, por excesso de prazo para a conclusão da instrução, já que a medida constritiva perdura há mais de oitocentos dias, restando pendente a inquirição de uma testemunha arrolada pela acusação, cujo depoimento está marcado para o dia 6 de maio de 2009.

Ressalta-se que o paciente possui residência fixa, é casado e tem profissão definida (fls. 2-8).

A liminar não foi deferida pelo então relator, o ilustre Desembargador Manoel Erhardt, que, não vislumbrando elementos que fornecessem suporte à concessão da tutela de urgência, preferiu solicitar as informações de estilo e a subsequente remessa do feito ao representante do Ministério Público Federal (fls. 11-12).

Notificada, a autoridade impetrada apresentou as informações de fls. 15-23.

Em seu parecer, a douta Procuradoria Regional da República opinou pela denegação da ordem (fls. 25-30).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

A exordial não veio acompanhada de documentos que demonstrem, de forma palmar, o alegado constrangimento ilegal que estaria sendo imposto ao paciente, tanto que o então relator, Desembargador Manoel Erhardt, ao apreciar o pedido de liminar, entendeu que não havia elementos probatórios mínimos para que se decidisse pela concessão (ou não) da tutela de urgência, preferindo aguardar as informações prestadas pelo Juízo (fls. 11-12).

Realmente, somente após os esclarecimentos prestados pelo Magistrado foi possível ter um panorama do que está a suceder nos autos originários, conforme passo a resumir adiante.

Consta que o ilícito penal teria ocorrido em 1º de fevereiro de 1999, quando, por volta das doze horas, o paciente, juntamente com os denunciados José Marcos Cisneiros de Menezes, Evandro de Souza Mororó, Arivone Gonçalves da Silva, tendo como autor intelectual do crime Cosme Barbosa de Albuquerque, subtraíram, com emprego de arma de fogo, o montante de R\$ 23.130,84 (vinte e três mil, cento e trinta reais e oitenta e quatro centavos) da agência local da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT) do município de Camutanga/PE, bem como um revólver calibre 38 (marca Rossi) pertencente à empresa A Vigilância Ltda., responsável pela segurança do estabelecimento.

O MM. Juiz ainda informa que os acusados chegaram armados em uma picape S-10, cor vermelha, placa KCB-6643, onde renderam o vigilante José Macilon do Nascimento e o gerente Elânio Rosas de Carvalho. Posteriormente, compeliram o vigilante e clientes a permanecerem no banheiro, forçando o gerente a pôr todo o numerário em malote da própria empresa pública.

No tocante ao pretense constrangimento ilegal, a autoridade impetrada esclarece que não houve atraso injustificado no andamento do processo, razão pela qual não reconhece o alegado excesso de prazo.

Nesse contexto, esclarece que todas as oito testemunhas arroladas pela acusação residem fora da comarca do Recife, tendo sido necessária a expedição de carta precatória para a oitiva de duas delas, ao passo que as cinco elencadas pela defesa residem no Estado do Rio Grande do Norte, o que inviabilizou a conclusão da instrução dentro dos oitenta e um dias, justificando a delonga.

Salienta que a instrução criminal já estaria encerrada, haja vista que as testemunhas já foram inquiridas, restando, apenas, a devolução de carta precatória expedida à Comarca de Itabaiana/PB, visando à oitiva de duas testemunhas arroladas pela acusação, de sorte que restaria superada a alegação de excesso de prazo, nos termos da Súmula nº 52 do STJ, que assim dispõe:

Encerrada a instrução, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

Destaca, ainda, que se excesso de prazo houve, este se deve à atuação da defesa, que arrolou testemunhas residentes fora da comarca processante, não se constituindo, ainda uma vez, o suposto constrangimento ilegal, a teor da Súmula nº 64, também do colendo STJ, abaixo transcrita:

Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.

Aduz, ainda, o douto Juízo que, ainda que a prisão preventiva do acusado tenha superado o prazo de oitenta e um dias, tal circunstância não induz, necessariamente, à necessidade de desconstituição da medida constritiva quando referida dilação se acha justificada por um número excessivo de réus e pela necessidade de expedição de cartas precatórias e diligências complementares.

Por fim, ressalta que o paciente e demais denunciados são pessoas voltadas à prática criminosa, sendo integrantes de uma quadrilha especializada em roubos a bancos e agências dos correios (fls. 15-23).

Pois bem. Inicialmente, não vejo como aceitar o argumento de que incidiria, na espécie, a referida Súmula nº 52 do STJ, uma vez que o próprio Juiz Federal, embora afirme que a instrução se encerrou, logo em seguida, contraditoriamente, deixa clara a pendência da oitiva de duas testemunhas de acusação, a ser realizada em audiência designada para o dia 6.5.2009, na comarca de Itabaiana/PB (fl. 17).

Nada obstante, entendo que o excesso de prazo se mostra justificado pela complexidade da ação penal em causa, onde, a par do excessivo número de acusados, todas as testemunhas residem fora da comarca do Recife, destacando-se que as cinco elencadas pela defesa residem no Rio Grande do Norte, tendo sido necessária a expedição de precatória à Seção Judiciária da Paraíba, para a ouvida de duas testemunhas arroladas pela acusação.

É deveras conhecido o entendimento jurisprudencial no qual, à luz do princípio da razoabilidade, vem sendo relativizado o prazo de 81 dias para a conclusão da instrução, diante da complexidade

de determinados processos, onde muitas diligências se fazem necessárias. Cito, a propósito, recente julgado do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO QUALIFICADO PELO RESULTADO. LESÕES CORPORAIS GRAVES. PRISÃO EM FLAGRANTE EM 22.1.2007. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE AUTORIA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DO *WRIT*. EXCESSO DE PRAZO (1 ANO E 9 MESES). INEXISTÊNCIA. COMPLEXIDADE DO PROCESSO. PLURALIDADE DE RÉUS (3). NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA A OITIVA DA VÍTIMA. REGULAR ANDAMENTO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. FEITO CRIMINAL QUE SE ENCONTRA NA FASE DO ART. 500 DO CPP. SÚMULA 52/STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

1. A ação de *habeas corpus* não é adequada para examinar alegações que demandem dilação probatória ou que se apresentem essencialmente controvertidas, como a tese de negativa de autoria, em razão da natureza célere do *writ*, que pressupõe prova pré-constituída do direito alegado.

2. A concessão de *habeas corpus* em razão da configuração de excesso de prazo é medida de todo excepcional, somente admitida nos casos em que a dilação (A) seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela acusação; (B) resulte na inércia do próprio aparato judicial, em obediência ao princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal; ou (C) implique ofensa ao princípio da razoabilidade.

3. O período de 81 dias, fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, não deve ser entendido como prazo preempatório, eis que subsiste apenas como referencial para verificação do excesso, de sorte que sua superação não implica necessariamente constrangimento ilegal, podendo ser excedido com base em um juízo de razoabilidade.

4. Neste caso, a demora para o julgamento do feito (1 ano e 9 meses), apesar de manifesta, é plenamente justificável pelas circunstâncias próprias do processo, especialmente em razão da pluralidade de réus

(3 acusados), da necessidade de expedição de carta precatória para a oitiva da vítima e da complexidade do crime a ser apurado – roubo qualificado pelo resultado lesões corporais graves.

5. Ademais, o processo encontra-se em regular andamento, pelo que não se pode, portanto, constatar qualquer desídia por parte do Juízo processante, sendo que, conforme as informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, a ação penal instaurada em desfavor do paciente encontra-se na fase do art. 500 (alegações finais), restando encerrada a instrução criminal. Incidência da Súmula 52 desta Corte.

7. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada.

(STJ, 5ª T., HC 97.908/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ01.12.2008).

Forte nessas considerações, denego a ordem impetrada.

É como voto.

REVISÃO CRIMINAL Nº 47-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Requerente: MICHEL NEVES WINTER
Requerido: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Adv./Proc.: DR. ANDRÉ LUIZ LOPES (REQTE.)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO QUE REFORMOU SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. ARTIGO 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL (MOEDA FALSA - INTRODUÇÃO EM CIRCULAÇÃO). REVISÃO CRIMINAL. FUNDAMENTO. ART. 621, INCISOS I, II E III DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECISÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. CONDUTA CRIMINAL SOBEJAMENTE COMPROVADA POR PROVA ROBUSTA E LEGÍTIMA. AUSÊNCIA DE NOVAS PROVAS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- ***O autor da revisão criminal deve demonstrar no pedido inicial razões suficientes que levem à desconstituição da coisa julgada.***
- ***Consoante a melhor doutrina tem-se unicamente “contra a evidência dos autos a sentença que, ao arrepio da prova, contra a certeza da inocência do réu, demonstrada no processo, o condena.” (Magalhães Noronha, Curso de Direito Processual Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990).***
- ***Encontrando-se, nestes autos, fatos, com sua respectiva definição jurídico-penal, que restaram sobejamente comprovados como delituosos, na oportunidade em que foram exaustivamente apreciados, in casu, pelo Acórdão revidendo que reformou a sentença absolutória, não há como acatar-se, com força capaz de rever tal Julgado, a alegação de que a decisão condenatória é contrária à evidência dos autos, quando o que se encontra minuciosamente demonstrado é exatamente o contrário, ou seja, que o decreto condenatório está fundado em prova robusta e contundente do cometimento do fato típico (Crime de moeda falsa – Introdução em circulação de 138 cédulas falsas de R\$ 50,00) pelo ora Requerente.***
- ***Conduta criminal sobejamente comprovada, na instrução criminal, por prova robusta e legítima, com ausência de novas provas a ensejar a revisão do julgado.***
- ***Para fins de revisão criminal, considera-se contrária à evidência dos autos a decisão que não se apóia em nenhuma prova existente no processo, hipótese não caracterizada nestes autos.***
- ***Improcedência da revisão criminal.***

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, julgar improcedente o pedido desta ação de revisão criminal, nos termos do voto do Relator, na forma do

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

Recife, 29 de abril de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Michel Neves Winter, através de advogado constituído, ajuíza a presente revisão criminal (fls. 02/13) com o objetivo de desconstituir o acórdão da Quarta Turma desta Corte (fls.203/210 do apenso destes autos), que, no dia 1º de outubro de 2002, por unanimidade de votos, nos autos da Apelação Criminal nº 2571-CE, deu provimento à apelação do Ministério Público Federal para, reformando a sentença absolutória, julgar procedente a denúncia e condenar o réu, ora requerente, pela prática da conduta típica capitulada no artigo 289, § 1º do Código Penal (crime de moeda falsa), e ao cumprimento de uma pena de 7 (sete) anos de reclusão, inicialmente, em regime fechado, e 30 (trinta) dias-multa.

O Acórdão considerou provada a autoria e materialidade delitivas, afirmando que, pericialmente, foi atestada a contrafação das cédulas apreendidas em poder do denunciado, que se limitou a ofertar evasivas no desiderato de refutar a presença do elemento subjetivo do tipo (dolo), sem, contudo, lograr êxito em enfraquecer a prova indiciária e aquelas colhidas em juízo.

Pleiteia o requerente a desconstituição da coisa julgada, com base no artigo 621, incisos I, II e III, do Código de Processo Penal, afirmando que está em execução penal sob o benefício de liberdade condicional e que o processo-crime está eivado de vícios e que as declarações prestadas na fase inquisitorial foram obtidas mediante “tortura” ou manipuladas pelos policiais federais, únicas testemunhas do fato.

Alega, ainda, que a condenação, em segunda instância, decorreu em face de ter sido violado o princípio do contraditório e da ampla defesa, haja vista que seu advogado abandonou a defesa e

deixou de efetivá-la nesta Corte, em decorrência de não ter ficado ciente da intimação para as contra-razões do recurso de apelação do MPF, bem como da intimação do Acórdão que reformou a sentença absolutória, o que provocou ausência de sua defesa e impossibilidade do exercício do seu direito de defesa, em face de residir na cidade de Ipatinga/MG e por não ter acesso à imprensa oficial, o que resultara em prejuízo para a defesa e nulidade do feito – aplicação da Súmula nº 523 do STF.

Por fim, afirma que livre de qualquer coação moral e física, a verdade real dos fatos é a informada em Juízo, no seu interrogatório (fl. 61), e que não há prova inequívoca de que tenha agido com dolo, como ressaltado na sentença absolutória.

Em seu Parecer, o Exmo. Sr. Procurador Regional da República, Dr. Humberto de Paiva Araújo (fls. 18/29), opina, nos termos do Artigo 625, § 5º, do CPP, pela improcedência do pedido da presente Ação de Revisão Criminal, salientando que o requerente não trouxe aos autos novas provas, senão, impugnação da prova dos autos, o que deixara de fazer, na fase recursal, tendo transcorrido *in albis* o prazo para resposta ao recurso do *Parquet*, havendo a prova sido criteriosamente avaliada, no acórdão atacado, em face da presença da materialidade e autoria do fato, resultando na reforma da sentença absolutória.

É o que havia de relevante para relatar.

Os autos seguiram ao Eminentíssimo Revisor, nos termos Regimentais.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Trata-se de pedido de revisão criminal com o objetivo de desconstituir o acórdão da Quarta Turma desta Corte (fls.203/210 do apenso destes autos), que, no dia 1º de outubro de 2002, por unanimidade de votos, nos autos da Apelação Criminal nº 2571-CE, deu provimento à apelação do Ministério Público Federal para, reformando a sentença absolutória, julgar procedente a denúncia e condenar o réu, ora requerente, pela prática da conduta típica capitulada no artigo 289, § 1º, do Código Penal (crime de moeda fal-

sa), e ao cumprimento de uma pena de 7(sete) anos de reclusão, inicialmente, em regime fechado, e 30(trinta) dias-multa.

Diz o requerente que está em execução penal sob o benefício de liberdade condicional e que o processo-crime está eivado de vícios e que as declarações prestadas na fase inquisitorial foram obtidas mediante “tortura” ou manipuladas pelos policiais federais, únicas testemunhas do fato.

Alega, ainda, que a condenação, em segunda instância, ocorreu com violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, haja vista que seu advogado abandonou a defesa e deixou de efetivá-la nesta Corte, em decorrência de não ter ficado ciente da intimação para as contra-razões do recurso de apelação do MPF, bem como da intimação do Acórdão que reformou a sentença absolutória, o que provocou ausência de sua defesa e impossibilidade do exercício do seu direito de defesa, em face de residir na cidade de Ipatinga/MG e por não ter acesso à imprensa oficial, o que resultara em prejuízo para a defesa e nulidade do feito – aplicação da Súmula nº 523 do STF.

Por fim, afirma que livre de qualquer coação moral e física, a verdade real dos fatos é a informada em Juízo, no seu interrogatório (fl. 61), e que não há prova inequívoca de que tenha agido com dolo, como ressaltado na sentença absolutória.

Passo à análise.

No Processo Penal, a *res judicata* não prevalece se ficar demonstrado que o fato presumido como ilícito não corresponde à verdade real. Dessa necessidade de se afastar a imutabilidade da sentença penal condenatória surge o instituto da Revisão Criminal, embora tratada no ordenamento jurídico em capítulo inserto dentro do título ‘recursos (CPP, capítulo VII, Título II), é verdadeira ação autônoma de impugnação de decisão transitada em julgado (CPP, art. 621), podendo ser aceita como constitutiva ou desconstitutiva.

Ocorre que, é preciso se ter em conta que a revisão criminal não se presta a uma simples reabertura das discussões travadas no âmbito da ação penal. Tais ações revisionais têm fundamentação vinculada: atender-se aos exatos requisitos e limites da lei, daí

porque têm dados característicos relevantes, a saber: a) somente pode ser ajuizada após o trânsito em julgado do processo crime (tanto que se exige a demonstração, mediante certidão, de sentença condenatória que tenha passado em julgado (CPP, Art. 625, § 1º do CPP); b) somente pode ser manejada *pro reo*, inviabilizando a *reformatio in pejus*, inclusive indireta (CPP, art. 626, § único); c) não tem prazo para o seu ajuizamento (pode ser requerida, inclusive, após a extinção da pena - CPP, artigo 622).

O fundamento da revisão está em que a intangibilidade da sentença transitada em julgado há de ceder ante os imperativos da justiça substancial uma vez que a verdade sempre há de se impor no Processo Penal, malgrado a existência do formalismo.

Na lição de Magalhães Noronha, “Curso de Direito Processual Penal, São Paulo, ed. Saraiva, 11ª edição, p. 384, “o descobrimento de provas deve ser tomado em sentido bastante amplo. Primeiramente, nada impede que os elementos probatórios já fossem conhecidos antes da sentença e não tivessem sido produzidos. Depois, podem ele existir no processo, mas sempre serão novos, se até então não forem valorados devidamente pelo Juiz, pois dita novidade, consoante Manzini, não desaparece pelo só fato de que os elementos da prova já existiram durante o processo findo, com a sentença condenatória e pudessem ser produzidos durante ele, sendo ainda novos os fatos e elementos probatórios que tenham sido produzidos no processo anterior, porém, que não hajam sido valorizados pelo juiz, pois não foram tomados em consideração, na sentença”.

De toda sorte, as novas provas devem ter poder conclusivo, se positivas, mostrando cabalmente a procedência do que se intenta mostrar: a dúvida não bastaria, devendo haver uma apreciação em confronto com as existentes no processo.

Pontes de Miranda, em tratando da eficácia da sentença e da coisa julgada, após afirmar que há três momentos na vida de uma decisão “aquele em que se profere e aquele em que começam os seus efeitos. Outro, mais grave, que é o terceiro, marca o início da sua imutabilidade”, observa que, proferida a sentença (apresentada a prestação jurisdicional), ou as partes a impugnam, ou não há impugnação, nem exame necessário da mesma pela instância

superior, encontrando-se assim definitivamente cumprida a obrigação estatal de dirimir o pleito, identificando-se, em todo este procedimento, o momento de apresentação da *petitio*, atendendo à promessa, da parte do Estado, da prestação da jurisdição e o momento da entrega da própria jurisdição, dentro de um regramento processual, que, sendo direito público objetivo, subordinasse mais às conseqüências “de ser lei e não só vontade, de ser normativo e não só volitivo”, regendo-se sua substituição ou de alguns preceitos não pela teoria geral dos contratos, mas pelos princípios do Direito Intertemporal: “é lei, é norma, é estatuto, e não vontade que se muda. O Estado só é obrigado a manter os recursos que existiam ao tempo da sentença, se o entender... esgotados todos os recursos, todos os meios de impugnativa, todos os *Rechtsmitteln*, a sentença torna-se definitiva. Até então perdurou a litispendência e a relação jurídica processual persistiu. Daí em diante, cortou-se o laço que se dera ao tempo da *petitio* e do conseqüente ato jurídico processual, de onde emanou a relação. Temos assim o pleno cumprimento da prestação jurisdicional. O que o Estado prometeu, satisfaz”.

Tais observações as faço para que se atente ser primeira condição da ação de revisão criminal, exatamente, o trânsito em julgado de decisão condenatória (vale dizer, sentença ou acórdão), condição esta que se encontra umbilicalmente relacionada com o próprio interesse de agir do proponente do pedido revisional. É que objetivando a revisão criminal, no quanto, tal qual ocorre com a ação rescisória, abriga os juízos *rescindens* e *rescisorium*, a desconstituição do próprio *decisum* e a consubstanciação, se o caso, de um novo *decisum*, favorável, é claro, ao requerente, interesse algum identifica-se na dedução de tal pedido, se o peticionário não tem contra si decisão condenatória alguma.

No caso em exame, a sentença de primeiro da lavra do Exmo. Juiz Federal, Dr. Jairo Baima, da 10ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará (fls. 167/168), julgou improcedente a denúncia e absolveu o acusado, com esteio no artigo 386, III, do CPP, sob o entendimento de que, não obstante os fatos narrados na denúncia tivessem sido confirmados, o crime contra a fé pública, tipificado no artigo 289, § 1º, do CP, não teria sido configurado em face da ausência da consciência da ilicitude, registrando que: 1) o réu, que

foi surpreendido portando 138 (cento e trinta e oito) cédulas falsas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) guardadas em um envelope, não teria conhecimento de que se trataria de uma contrafação; 2) seria justificável a sua atitude de fugir da abordagem policial, pois, no momento, deve ter presumido que iria ser recolhido para cumprimento de sentença penal condenatória anteriormente proferida com base na mesma capitulação legal indiciada na presente ação penal.

A acusação, ao recorrer da sentença absolutória (fls.173/182), aduziu ser imperiosa a reforma do “*decisum* singular” em face de ser inconcebível o fato de o denunciado não ter consciência de que estaria em poder de notas falsificadas, até mesmo em virtude de seus antecedentes e das provas carreadas, bastantes e suficientes à sua condenação.

No acórdão revidendo, a egrégia 4ª Turma deste Tribunal (fls. 203/212) reformou a sentença de primeiro grau e condenou o acusado, ora requerente, pela prática da conduta típica capitulada no artigo 289, § 1º, do Código Penal (crime de moeda falsa), e ao cumprimento de uma pena de 7(sete) anos de reclusão, inicialmente, em regime fechado, e 30(trinta) dias-multa.

Eis a ementa do Acórdão revidendo, prolatado na Apelação Criminal nº 2571/CE, que coube a Relatoria do Eminentíssimo Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, à época integrante da 4ª Turma desta Corte, e que teve como Apelante o Ministério Público Federal e apelado o ora requerente desta ação revisional:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. MOEDA FALSA. PRISÃO EM FLAGRANTE. LAUDO PERICIAL. IDONEIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DOLO COMPROVADO.

1. Atestada, pericialmente, a contrafação das cédulas apreendidas em poder do denunciado, que se limitou a ofertar evasivas no desiderato de refutar a presença do elemento subjetivo do tipo (dolo), sem, contudo lograr êxito em enfraquecer a prova indiciária e aquelas colhidas em juízo, faz-se imperioso o reconhecimento da procedência da denúncia.

2. Apelação provida.

A respeitável decisão da 4ª Turma transitou em julgado em 24 de março de 2003, consoante certidão de fl. 212 do apenso destes autos e, também por cópia juntada após a inicial desta ação (fl. 15).

O requerente além de juntar cópia de toda a ação penal, que findou com sua absolvição, reformada em grau de recurso perante este TRF 5ª Região, não juntou nova prova, que houvesse sido produzida após o acórdão revidendo.

O autor desta ação pune o acórdão como estando eivado de nulidades e contrário ao conjunto probatório colacionado aos autos da ação penal. Alega, para tal fim, em síntese: 1) nulidade do flagrante por ausência de advogado, o que ofenderia a Lei Processual Penal; 2) prática de tortura física e moral praticada pelos Policiais Federais responsáveis pelo flagrante; 3) depreciação do testemunho dos policiais federais e divergências nos depoimentos na fase policial e judicial; 4) prejuízo à defesa por não ter sido intimado pessoalmente para apresentar contra-razões, bem como do teor do Acórdão Condenatório.

No que tange à alegação de nulidade do flagrante por ausência de advogado, compulsando os autos, mais precisamente o auto de prisão em flagrante (fls. 10/11 do apenso destes autos), verifica-se que naquele assentada está consignado que o acusado, ora requerente, telefonou para a Advogada Patrícia Fontenelle, OAB/CE 4846 a fim de assisti-lo, naquele ato.

Naquela assentada, lê-se que os policiais federais ao chegarem ao local da denúncia anônima, durante a tentativa de fuga o acusado deixou cair por entre as pernas da calça dois pacotes contendo cédulas falsas.

Afirmou o acusado, já no flagrante, que há três dias havia chegado de Campo Grande/MS, onde foi condenado, pela 1ª Vara da Justiça Federal/GO, a uma pena de 03 anos pelo crime de moeda falsa; que o seu objetivo em Fortaleza/CE seria de fazer negócios como o paraguaio de nome Roberto Ayala, residente no Paraguai e que se encontrava naquela cidade cearense, onde combinaram o recebimento do dinheiro falso.

De uma leitura do interrogatório do réu em juízo (fls. 60/61), lê-se: “que o depoente correu porque não sabia que se tratava da polícia e que o depoente quando correu caiu um envelope com cédulas dentro; que o depoente não sabia que o dinheiro era falso; que esse dinheiro foi entregue ao depoente pela advogada Patrícia Fontenelle, que Roberto Ayala é um nome fictício”.

A despeito de o requerente alegar que sofreu tortura no momento do flagrante, não há elementos que a comprovem. Sequer no interrogatório, ato tipicamente de defesa do réu, onde poderia ter sido consignado o fato e determinado a abertura de inquérito policial contra os policiais federais, ademais, no teor do interrogatório judicial, não houve referência pelo acusado a respeito de agressão sofrida.

Ao argumento do requerente de que houve depreciação do testemunho dos policiais federais e divergências nos depoimentos na fase policial e judicial, comungo do entendimento esposado no Parecer Ministerial (fl. 23). Confira-se:

(...) A depreciação do testemunho dos policiais federais é improcedente, porquanto eles tinham melhor condição de narrar o fato e sobretudo como se portou o requerente na abordagem, sabido que a jurisprudência, inclusive, do Supremo Tribunal Federal, entende válido o testemunho de tais Agentes da Autoridade Pública (...).

Frise-se que o acusado, posteriormente, ao ser interrogado em Juízo, já sob a orientação de outro causídico que representou sua defesa, passou a negar a veracidade dos fatos antes declinados, questionando a validade do proceder da Polícia Federal no caso, inclusive, aduzindo, na inicial desta ação, que sofreu tortura.

Apesar de sua retratação, a confissão extrajudicial, no caso, mantém-se íntegra, porque comprovada por outros elementos de prova. Nesse sentido, confira-se o precedente jurisprudencial a seguir:

TJSP: “Desde que a confissão no flagrante seja corroborada por outros elementos objetivos de prova, não poderá ser invalidada pela retratação na fase judicial”. (RT 426/439).

Em relação à validade dos testemunhos dos Policiais Federais, únicas testemunhas no caso concreto, é consabido que, “o valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – **especialmente** quando prestado **em juízo**, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, **por dever de ofício**, da repressão penal, consoante

adverte a jurisprudência dos Tribunais. (RT 537/387 - RT 558/313 - RT 595/423 - RT 604/407 - RT 614/275; RT 616/286-287). [in Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, *Habeas Corpus* nº 73.518/SP, Relator Ministro Celso Melo]

“Na realidade, o depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que este servidor do Estado, por revelar **interesse particular** na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – **tal como ocorre como as demais testemunhas** – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios **idôneos**, consoante **ressalta** a doutrina (Júlio Fabbrini Mirabete, “**Processo Penal**”, p. 303, 4ª ed., 1995, Atlas; Paulo Lúcio Nogueira, “Curso Completo de Processo Penal”, p.174/175, item n.8, 9ª ed., 1995, Saraiva, v.g.) e destaca o magistério jurisprudencial (RT 594/392 - RT 609/394 - RT 614/275 - RT 616/286).” [in Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, *Habeas Corpus* nº 73.518/SP, Relator Ministro Celso Melo]

Diz o Acórdão, no que se refere à divergência nos depoimentos e do valor probante da confissão, que não é elidida pela retratação em juízo, que rechaçou os argumentos aduzidos pelo acusado e pela própria sentença absolutória e isso a revisional não consegue contestar. *Verbis*:

Compulsando os autos, em busca do deslinde do enredo factual, vislumbra-se que, no início dos procedimentos inquisitoriais, para fins da lavratura do auto de prisão em flagrante, estando na presença de sua advogada, o réu, Sr. MICHEL NEVES WINTER, prestou os seguintes esclarecimentos:

(...) que em Campo Grande/MS o interrogado é preso albergado, tendo sido condenado a uma pena de três anos pelo crime de moeda falsa, pela 1ª Vara da Justiça Federal daquele Estado; que seu objetivo em Fortaleza era fazer negócios com o paraguaio Roberto Ayala, residente no Paraguai, mas que no momento encontra-se nesta capital; que conhece Roberto Ayala desde que foi preso em Campo Grande/MS; que o interrogado, de Campo Grande, entrou em contato via telefone com Roberto Ayala e combinou com o mesmo de receber o dinheiro falso nesta capital; que a partir do presente momento, o interrogado se

reserva o direito de ficar calado e só responder em juízo (...). (Fl. 11)

Por sua vez, os policiais que o conduziram foram unânimes em afirmar, nesse mesmo ato, que no momento da abordagem houve resistência e tentativa de fuga, sendo que, durante a perseguição, foi provocada a queda de envelopes com cédulas falsas, pela perna da calça do perseguido, que nem mesmo estava portando documento de identificação (fls. 09/10; 105/106 e 135/137).

Novamente o réu, agora em sede de interrogatório judicial (fls. 61/62), apesar de modificar um pouco as suas declarações, atribuindo à sua advogada a acusação de lhe ter repassado o objeto material do crime, a qual substituiu, nessa qualidade, a figura, dita fictícia, do Sr. Roberto Ayala, assumiu que, durante a correria, “caiu um envelope com cédulas dentro”.

Ora, era no tal envelope que se encontravam as notas de reais periciadas e atestadas como inidôneas no laudo de fls. 34/36, em que se fez constar a conclusão de que as cédulas poderiam ser confundidas e recebidas como verdadeiras pelo homem de conhecimento mediano, vigilância e atilamento comuns.

As informações colhidas dos autos apontam a carência de prosperidade da decisão absolutória, proferida ao argumento de que o réu não tinha consciência da contrafação e de que seria justificável o fato de ter tentado fugir da polícia.

Para elidir a tese alusiva à ausência de dolo é bastante atentar às conclusões que exsurgem a partir dos seguintes questionamentos:

- 1) por que a tentativa de fuga, já que não é ilegal portar dinheiro verdadeiro?
- 2) Qual a verdadeira intenção que se coloca por trás da indicação de um nome fictício de um partícipe do crime, por sinal, *a posteriori*, substituído pelo nome da defensora constituída no início das investigações para acompanhar o interrogatório policial?
- 3) Qual a razão do lapso de não se postular o depoimento pessoal daquela que teria ludibriado o réu, mesmo sendo tal nuança a parte principal da tese da defesa?

As respostas para essas indagações não demandam raciocínio complicado.

A estória infundada que foi lançada para atribuir culpas a

outras pessoas, mormente à advogada que acompanhou o depoimento prestado durante a fase inquisitorial, afigure-se como um pretexto, mal sucedido, de apontar à fragilidade da prova indiciária, como se a presença da defensora, constituída pelo próprio inquirido, ao invés de lhe ser garantido a observância de direitos constitucionalmente assegurados, tivesse representado um mal, dada a presença que esta, supostamente, teria exercido a bem da colocação de uma versão inverídica para os fatos.

A fuga, ao contrário do que consta na sentença absolutória, não é passível de justificativa. O réu fugiu porque sabia que, estando cumprindo condenação no Estado do Mato Grosso, não poderia estar transitando livremente no Estado do Ceará, máxime sem documento de identidade legítimo, o que, inclusive, implicou a necessidade de sua identificação datiloscópica, e, além disso, porque também tinha consciência de que estava com notas frias em seu poder.

Ninguém que desconfia de policiais e do aparato utilizado por estes a bem da consecução de uma diligência, pensando nos perigos a que a sociedade está se sujeitando no dias atuais, pode receber de boa fé uma quantia tão considerável (R\$ 6.900,00), sem manusear as cédulas para se certificar de que a soma estaria certa e de que não seria duvidosa a sua procedência.

Detalhe relevante para a formação de um convencimento seguro quanto à culpa do réu é o fato do mesmo não negar que estava portando envelope com as notas encontradas pelos policiais, limitando-se a dizer que desconhecia o fato de se tratar de falsificação, tendo recebido o dinheiro para comprar um automóvel para outra pessoa, que nem mesmo conseguiu decidir quem seria, sem ter, sequer, desconfiado da idoneidade do numerário, apesar de suportar condenação contemporânea por conduta típica análoga a que agora se analisa, consoante certificado à fl.37.

É deveras pueril tese de que se tentou escapar da prisão por medo de perder relevante soma em dinheiro reputado legítimo, haja vista a pressuposição de que os indivíduos responsáveis pela abordagem (policiais) seriam assaltantes. Ao contrário, é perfeitamente possível dessumir que esse fato denota a consciência da ilicitude da conduta descrita na exordial acusatória, que se pretende elidir com evasivas

Não há falar, assim, na negativa do dolo, nem na aplicação do princípio *in dubio pro réu* (...).

O acórdão também enfrentou e afastou a alegação deduzida pela defesa de que a advogada Patrícia Fontenelle, em virtude de ser amiga pessoal dos policiais federais que efetivaram a prisão em flagrante do réu, ora requerente, figurou *pro forma* como sua defensora, na tentativa de encobrir a alegada tortura física e moral sofrida pelo recorrente. Alegação, inclusive, eivada de fragilidade, uma vez que conforme se verifica à fl. 11 do apenso, consta que o acusado telefonara para a advogada com o fim de dar assistência no ato de interrogatório policial.

No que se refere à alegação de nulidade em face de não intimação para apresentar as contra-razões, bem como do acórdão condenatório, acolho os argumentos esposados no Parecer Ministerial de fl. 25, afigurando-se-me oportuno a sua transcrição, inclusive dos precedentes do STF e do STJ no que tange à desnecessidade de intimação pessoal do réu, na hipótese de o advogado constituído ter sido intimado para tal mister:

(...) Alega ainda o requerente que houvera prejuízo à sua defesa, por não haver sido intimado pessoalmente, tanto para apresentar contra-razões, como do acórdão condenatório. Verifica-se, no entanto, que seu advogado fora regularmente intimado (fl. 185, apenso) para apresentar contra-razões e também do Acórdão, publicado no *DJU* em 26.11.2002, conforme a certidão de fl. 211 (apenso).

Não há, pois, causa de nulidade, ante à observância da forma prescrita em lei para intimação (...)

Percebe-se que os casos de nulidade são específicos e não alcançam a situação descrita pelo Requerente. Vejamos precedentes jurisprudenciais:

(Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Classe: HC - *HABEAS CORPUS* - 36048. Processo: 200400801650 UF: MG. Órgão julgador: Quinta Turma. Data da decisão: 07/06/2005. Documento STJ 000625966, fonte: *DJ*, data: 01/08/2005, página: 481. Relator(a) Laurita Vaz)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. (...)ANULAÇÃO DA SENTENÇA PELO TRIBUNAL. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE QUESITO OBRIGATÓRIO. NULIDADE

ABSOLUTA. MATÉRIA NÃO SUJEITA À PRECLUSÃO. SÚMULA 156 DO STF. PRECEDENTES DO STJ.

1. Não há nulidade quando o advogado do réu, regularmente intimado para apresentar contra-razões ao apelo ministerial, deixa transcorrer *in albis* o respectivo prazo, não apresentando a referida peça processual. Precedentes do STF e do STJ.

(...)

3. Ordem denegada.

(Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Classe: HC - *HABEAS CORPUS* - 11052. Processo: 199900968883 UF: RJ. Órgão julgador: Sexta Turma. Data da decisão: 16/11/2000. Documento STJ 000381885, fonte: *DJ*, data: 19/02/2001, página: 244. Relator(a) Hamilton Carvalhido)

HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. INTIMAÇÃO DA DECISÃO DO TRIBUNAL. DECISÃO. NULIDADE. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA

1. 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 o instrumento de sua intimação ao réu e ao seu advogado constituído.

(...)

Tais argumentos 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. PRESCINDIBILIDADE 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 T., *DJ* 19.12.2003, p. 625)

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)

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, parágrafo único, 619 e 632, depois revogado).

(STF, 1ª T., HC 77.071/SP, *DJ* 21.8.98) - destacamos.

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 nº 8.701, de 1º 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, DJ21.11.97)

Volvendo-me a tais arestos e precedentes, afasta-se a alegação de nulidade em face da necessidade de intimação pessoal do réu para contra-razões e/ou acórdão, quando se constata dos autos que o advogado constituído pelo acusado foi intimado (fl. 185 do apenso) para apresentar contra-razões, bem como foi intimado do acórdão (fl. 211 do apenso).

Diante de tais considerações, diferentemente do aduzido pelo requerente, o acórdão revidendo foi proferido em consonância com as provas colacionadas nos autos, mormente quando se sabe que para fins de revisão criminal, considera-se contrária à evidência dos autos a decisão que não se apóia em nenhuma prova existente no processo, hipótese não caracterizada nestes autos.

Ademais, a revisão criminal não se presta à reapreciação da prova anteriormente analisada e devidamente sopesada e, diante do conjunto probatório, levando em conta o que já existe do processo original e as novas alegações trazidas na exordial desta ação, onde não se traz novas provas de inocência do condenado, como exigido pelo artigo 621, III, do CPP, não antevejo como desconstituir o V. Acórdão condenatório que condenou o requerente.

Atente-se, finalmente, aos julgados trazidos por Julio Fabbrini Mirabete, em seu *Código de Processo Penal Interpretado*, 9. ed., São Paulo: Atlas, 2002, pp. 108 e ss:

Revisão. Insuficiência de provas. Revisional deferida para absolver o réu. Inadmissibilidade. Cabimento da revisão somente contra sentença condenatória contrária à evidência dos autos. Insuficiência de provas que não se confunde com evidência dos autos. Recurso conhecido e provido.

(STJ, RJDACRIM 29/483).

O juízo revisional não comporta nova avaliação da prova, devendo o tribunal limitar-se a verificar se a condenação tem base em algum dos elementos probatórios ou se é divorciada de todos eles.

(TJSC, RT 624/348-9).

A sede revisional não é lugar apropriado para reexame probatório, de forma que, havendo um mínimo de prova a embasar a condenação, ainda que seja discutível se é ou não suficiente a fundamentar o decreto condenatório, deve ser mantida a decisão revidada, pois, definitivamente, não foi proferida contrariamente à evidência dos autos.

(TACRSP, RJDACRIM 40/444)

Insuficiência probatória. Não coexiste a revisão com a dúvida. Inviável a procedência do pedido com base em mera insuficiência de prova, porque a revisão exige juízo de certeza, com a comprovação inquestionável do erro judiciário. Pedido revisional julgado improcedente.

(TARS, JTAERGS 105/41-2)

Por tudo o quanto aqui foi exposto, em termos do apanhado no processo onde reside a decisão revidada, das lições doutrinárias e jurisprudência aplicáveis à hipótese, não vejo como prosperar o

presente pedido revisional, fundado que fora na contrariedade à evidência dos autos, quando, conforme se vê do exaustivo exame do colhido nos autos, levado a efeito pela egrégia 4ª Turma desta Corte, capitaneada pelo voto de S. Exa. o Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, quando do julgamento da Apelação Criminal 2571-CE, onde restou reformada a sentença absolutória em relação ao ora Requerente, deixando patente não só a conduta descrita como havida, como e, igualmente, que tal conduta realizou, em todos os seus elementos – objetivos e subjetivos – em termos de *essentialia delicti* (nexo de causalidade subjetiva e objetiva) o tipo penal presente no 289 do Código Penal, não havendo, pois, como afirmar-se ter a decisão revisanda caminhado em sentido contrário às provas dos autos, no quanto, ao contrário, como restou minuciosamente demonstrado acima, o resultado a que chegou tal decisão guarda perfeita coerência lógica entre a hipótese fática e o tipo jurídico penal imputado ao ora requerente, não deixando lugar a falar-se em fragilidade de provas que desautorizassem a condenação do requerente, quando o que se encontra nos autos é prova robusta e legítima a ensejar a sua condenação.

Com essas considerações, **julgo improcedente** o presente pedido revisional.

É o meu voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA

5529-CE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	23
6074-PE	Rel. Des. Federal Carlos Rebêlo Júnior (Convocado)	46

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

1520-CE	Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti	50
2851-CE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	72
3401-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	79
3783-SE	Rel. ^a . Des. ^a . Federal Margarida Cantarelli	87
4389-PB	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	109

APELAÇÃO CÍVEL

325398-SE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	114
370333-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	122
376738-CE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima..	130
379854-CE	Rel. Des. Federal Cesar Carvalho (Convocado)..	135
425546-RN	Rel. Des. Federal Vladimir Carvalho	151
426265-PB	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	160
446940-CE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima..	168
458031-CE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	173
458934-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	182
465243-PE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	188

APELAÇÃO CRIMINAL

4826-SE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	196
5812-CE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	205
6108-CE	Rel. ^a . Des. ^a . Federal Margarida Cantarelli	219
6145-PE	Rel. Des. Federal Marco Bruno Clementino (Convocado)	227

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

1658-PE	Rel. Des. Federal Cesar Carvalho (Convocado).	237
---------	---	-----

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL

407128-CE Rel. Des. Federal Paulo Gadelha 247

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL

414685-PB Rel. Des. Federal Francisco Wildo 253

HABEAS CORPUS

3499-PE Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ... 259

3504-PB Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano 266

3525-CE Rel. Des. Federal Carlos Rebêlo Junior
(Convocado) 273

3535-PE Rel. Des. Federal Francisco Wildo 277

REVISÃO CRIMINAL

47-CE Rel. Des. Federal Rogério Fialho 283

ÍNDICE ANALÍTICO

A

Adm e PrCv	Ação civil pública. Contrato de concessão de energia elétrica. Legitimidade do Ministério Público. Revisão tarifária. Utilização do índice IGP-M. Ausência de ilegalidade. Distorções nas tarifas de energia elétrica que são causadas por fatores não discutidos na presente lide. Impossibilidade de o Judiciário, <i>ex officio</i> , ampliar o objeto da lide. Pedido que se julga improcedente. APELREEX 1520-CE 50
Ct e PrCv	Ação coletiva promovida por organização sindical na qualidade de substituto processual. Autorização. Desnecessidade. Execução individual. Possibilidade. Honorários advocatícios. Cabimento. AC 465243-PE . 188
PrCv	Ação de execução de título extrajudicial. Contrato de consolidação e renegociação de dívida. Embargos. Ação de revisão de cláusulas dos contratos renegociados. Procedência. Trânsito em julgado da decisão. Fato modificativo do direito. Necessidade de revisão do valor do contrato consolidado por meio de perícia contábil. Anulação da sentença. AC 458934-PE 182
PrCv e Autoral	Ação ordinária declaratória de nulidade de registro autoral. Base de dados intitulada “Central de Informações Patrimoniais”. Exploração pela autora da ação do sistema “Cartório 24 Horas”, tendo por objeto dados ocorrentes em cartórios imobiliários, serviço semelhante, mas não igual ao dos demandados na ação. Pretensão que deve ser resolvida em outras vias e em outro juízo. Via inadequada. Sentença reformada. AC 425546-RN 151

Ct, Adm, Cv e PrCv	Ação rescisória. Caixa Econômica Federal. Cessão de créditos. ENGEA. Legitimidade ativa. Construção civil. Sistema Financeiro de Habitação. Contrato. Caixa Econômica Federal. Repasse de verbas. Sobrestamento. Responsabilidade civil. Condenação. Ofensa a literal dispositivo de lei. Erro de fato. Não constatação. Improcedência da rescisória. AR 5529-CE 23
PrCv e Adm	Ação rescisória. Violação de literal disposição normativa. Pretensão da parte autora de obter matrícula em Centro Federal de Educação Tecnológica com validade retroativa ao ano letivo de 2008. Sentença que trata sobre sistemática de cotas prevista no edital de seleção pública. Insatisfação do autor com os termos da sentença. Hipótese que não configura violação literal a dispositivo de lei. Improcedência do pedido rescisório. AR 6074-PE 46
Pen e PrPen	Acórdão condenatório que reformou sentença absolutória. Crime de moeda falsa – introdução em circulação. Revisão criminal. Decisão contrária à evidência dos autos. Inocorrência. Conduta criminal sobejamente comprovada por prova robusta e legítima. Ausência de novas provas. Improcedência do pedido. RvCr 47-CE 283
Trbt e PrCv	Agravo regimental. Imposto de renda. Complementação de aposentadoria recebida de entidade de previdência privada. Isenção. Cobrança indevida. Agravo regimental parcialmente provido. Embargos declaratórios do agravante. Alegação de contradição. Cabimento. Retificação da contra-

	dição para dar provimento ao agravo regimental. Embargos declaratórios da Fazenda Nacional. Alegação de omissão. Rediscussão da matéria. Impossibilidade. ED na AC 407128-CE 247
Prev	Amparo social. Benefício assistencial. Indeferimento na via administrativa sob alegação de que a renda mensal do grupo familiar é igual ou superior a ¼ do salário mínimo. Prova testemunhal firme e coerente, colhida em juízo, que ratifica as declarações do autor. Requisitos preenchidos. Reconhecimento do direito do autor ao benefício. APELREEX 4389-PB 109
Prev	Aposentadoria. Revisão. Desnecessidade de prévio requerimento administrativo. Adicional de periculosidade. Reconhecimento em sentença trabalhista. Direito à revisão da Renda Mensal Inicial do benefício. APELREEX 3401-PE 79
Prev	Auxílio-doença. Suspensão do benefício. Restabelecimento. Conversão em aposentadoria por invalidez. Possibilidade. Laudo médico pericial comprobatório da incapacidade definitiva. Antecipação dos efeitos da tutela. Possibilidade. APELREEX 2851-CE. 72

C

PrPen	Conflito negativo de competência entre juízes federais da mesma seção judiciária. Crime, em tese, de falso testemunho ocorrido em processo tramitando no juízo suscitado. Conexão probatória. Ocorrência. Vínculo de provas deduzidas nos autos dos dois processos. Conhecimento e procedência do conflito. CC 1658-PE 237
-------	--

Ct, PrCv e Trbt	Contribuição previdenciária. Embargos à execução fiscal. Crédito tributário. Prazo prescricional quinquenal. Prescrição da pretensão executiva. Inocorrência. Não comprovação do direito à imunidade tributária. Responsabilidade solidária. Benefício de ordem. Inexistência. APELREEX 3783-SE 87
Pen e PrPen	Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de formação de quadrilha, em tese, perpetrados pela diretoria do Banco do Nordeste do Brasil no Ceará. Preliminares de ilegitimidade passiva e de nulidade da sentença condenatória. Carência de provas suficientes para a prolação de veredicto condenatório. Absolvição com base no CPP, art. 386, VI. ACr 5812-CE 205

E

Prev	Embargos infringentes. Auxílio-doença. Cancelamento. Ausência de novo exame pericial na esfera administrativa suprido pela perícia judicial. Satisfatório atendimento do devido processo legal e da ampla defesa. Provimento dos embargos. EINFAC 414685-PB 253
Cv e Adm	Embargos monitórios. Acolhimento em parte. Pedido de revisão de cláusulas contratuais. Inadimplemento pelo devedor. Observância do preceito do <i>pacta sunt servanda</i> . Inexistência de ilegalidade. Juros moratórios. AC 325398-SE 114

H

- PrPen *Habeas corpus*. Execução penal. Pena restritiva de direitos. Prestação de serviços à comunidade. Descumprimento injustificado. Conversão em pena privativa de liberdade. Oitiva pessoal do condenado. Obrigatoriedade. Concessão da ordem. HC 3504-PB 266
- PrPen *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Índícios de autoria e materialidade. Ocorrência. Requisitos do CPP, art. 312. Garantia da ordem pública e econômica. Lavagem de dinheiro. Desdobramento do furto do BACEN de Fortaleza/CE. Excesso de prazo. Não ocorrência. Apuração de fato complexo com vários réus. Limite de 81 dias para conclusão da instrução penal. Aplicação do princípio da razoabilidade. Ordem denegada. HC 3525-CE 273
- Pen e PrPen *Habeas corpus*. Réu preso. Crime de roubo à agência dos correios. Alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo para a conclusão da instrução. Inocorrência. Demora justificada pela complexidade do feito. Denegação da ordem. HC 3535-PE . 277
- PrPen *Habeas corpus*. Sonegação fiscal. Constituição definitiva do crédito tributário. Parcelamento do débito. Prova. Suspensão parcial da ação penal. HC 3499-PE 259

M

- Adm e PrCv Medida cautelar. Preliminares. Rejeição. Município inscrito no SIAFI e no CADIN por força de irregularidades em convênios

	celebrados com órgãos da Administração Pública. Cumprimento, pelo ente político, das exigências contidas na IN/STN nº 1/97, art. 5º, § 2º, na redação dada pela IN/STN nº 5/01. Concessão da suspensão judicial da inadimplência registrada no SIAFI e/ou no CADIN. AC 426265-PB 160
Ct	Menor. Pais brasileiros. Nascimento ocorrido no exterior. Requerimento de expedição de passaporte. Suprimento do consentimento materno. Interesse para agir. Multa a ser aplicada ao agente público que retardar ou deixar de cumprir a decisão judicial. AC 370333-PE 122

P

PrCv e Adm	Pessoa jurídica. Multa imposta em auto de infração. Pagamento. Inscrição indevida em dívida ativa. Dano moral. Existência. AC 376738-CE 130
Pen e PrPen	Prescrição. Ocorrência quanto a dois apelados. Estelionato. Ocupação ilícita do cargo de juiz classista. Utilização de meios fraudulentos para a nomeação. Pena-base. Majoração. Continuidade delitiva. Configuração. ACr 6145-PE 227

R

Prev e PrCv	Reexame necessário. Valor da condenação ou do direito controvertido inferior a 60 salários mínimos. Inexigibilidade. Momento oportuno. Prolação do <i>decisum</i> . Sentença ilíquida. Utilização do valor atualizado da
-------------	--

	causa. Possibilidade. Preliminares. Impropriedade da via eleita. Ação declaratória. Prescrição. Averbação de tempo de serviço. Início de prova material. Prova testemunhal. Sócio-cotista. Segurado obrigatório. Necessidade de comprovação das contribuições previdenciárias. AC 379854-CE 135
Adm	Responsabilidade do Estado. Atividade de exportação. Variação da política cambial. Direito a indenização. Inexistência. AC 446940-CE 168

S

Prev	Salário-maternidade. Trabalho rural em regime de economia familiar. Descaracterização. Companheiro que possuía vínculo empregatício urbano nos dez meses anteriores ao nascimento do filho. Ausência de direito ao recebimento do benefício. AC 458031-CE 173
Pen e PrPen	Sentença absolutória. CPP, art. 386, III. Contrafação de ofícios com aparência de emanados da Receita Federal efetuada por servidor do órgão fazendário, durante cumprimento de pena de reclusão em regime semiaberto, determinada pela Justiça Federal. Utilização de tais expedientes junto à direção da penitenciária para o fim – alcançado – de obter autorização para saídas temporárias com efetivos regressos à unidade penal. Evasão não caracterizada. Sentença mantida. Crime impossível. ACr 4826-SE 196

T

Pen	Tentativa de furto qualificado. Manutenção da capitulação do crime como dano qualificado. Inexistência de <i>res furtiva</i> . Arrombamento de porta. Valor irrisório do dano. Aplicação do princípio da insignificância. ACr 6108-CE 219
-----	---