

Revista 19 - janeiro/março 1995

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 0148-PE

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA**
Autora: FAZENDA NACIONAL
Réu: BANCO DO ESTADO DE PERNAMBUCO S/A - BANDEPE
Advogados: DRS. ABNER APOLINÁRIO DA SILVA E OUTRO (RÉU)

EMENTA

Processual Civil. Ação Rescisória. Art. 485, incisos V e VII, CPC. Súmula 343, STF.
- Não se verifica a violação literal de dispositivo legal a justificar a ação rescisória quando a decisão rescindenda tiver por fundamento texto de lei de interpretação controvertida nos Tribunais. Entendimento extraído da Súmula 343, do Excelso STF.
- Acórdão posteriormente prolatado pela Suprema Corte, declarando a constitucionalidade da contribuição em causa, não corresponde a documento novo, para os fins do art. 485, VII, do CPC.
- Incabível a ação rescisória fora das hipóteses previstas no art. 485, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 15 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Presidente

JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA: Trata-se de ação rescisória interposta pela Fazenda Nacional ante o v. acórdão prolatado pela Egrégia 1ª Turma deste Colendo Tribunal no julgamento da AMS 1.442-PE.

Sob o fundamento dos incisos V e VII, do art. 485, do CPC, pretende a autora rescindir o referido arresto, através do qual a parte ré, BANDEPE - Banco do Estado de Pernambuco S/A obteve segurança contra a cobrança da contribuição social instituída pela Lei 7.689/88, dada por inconstitucional.

O promovido, devidamente citado, contesta às fls. 108/124, alegando não haver o acórdão rescindendo violado dispositivo literal de lei, considerando-se os termos da Súmula nº 343, do STF, e inexistir documento novo capaz de motivar a rescisão pretendida, a tal não se equiparando o acórdão da Suprema Corte que proclamou a constitucionalidade da exação atacada.

Parecer ministerial às fls. 153/156, opinando pela improcedência do pedido.

Relatei.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): A presente ação rescisória exibe por fundamentos os dos incisos V e VII, do art. 485 do CPC.

A teor da Súmula 343, do Excelso STF, inexiste violação literal de dispositivo legal a justificar a rescisão do julgado, quando este se basear em texto de lei de interpretação controversa nos Tribunais.

De fato, a matéria abordada, a contribuição social instituída pela Lei 7.689/88, ensejou grandes polêmicas nos Tribunais do País acerca de sua constitucionalidade.

Neste Egrégio Pretório, inclusive, prevaleceu por um bom tempo a tese de inconstitucionalidade total da referida exação, declarada na AMS 976-AL, relatada pelo eminentíssimo Juiz Hugo Machado.

Só depois é que o Colendo STF, em sua composição plena, declarou a constitucionalidade dos arts. 1º, 2º e 3º, da mencionada Lei, e a inconstitucionalidade, apenas, de seu art. 8º (RF 138.284, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28.08.92).

Não ocorreu, consequentemente, segundo o enunciado daquela Súmula, a argüida ofensa a literal dispositivo de lei.

Quanto à presença de documento novo, hábil a justificar a rescisão almejada, o acórdão da Suprema Corte, que concluía pela constitucionalidade da contribuição em causa, não apresenta tal característica.

Tal acórdão não se entende por documento para os fins do art. 485, VII, do CPC.

Julgo, pois, improcedente o pedido de rescisão do julgado.

Assim voto.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 180 - CE (93.05.27926-0)

Relator: O SR. JUIZ LÁZARO GUIMARÃES

Relator P/ Acórdão: O SR. JUIZ CASTRO MEIRA

Parte Autora: FAZENDA NACIONAL

Parte Ré: IMOBILIÁRIA CIDADE NOVA LTDA.

Advogado: DR. FRANCISCO DE ASSIS DE FREITAS CAVALCANTI (PARTE R)

EMENTA

Processual Civil. Ação Rescisória. Inadequação como sucedâneo de recurso extraordinário. Decisão deste Tribunal quanto à inconstitucionalidade de dispositivos de lei. Superveniência de diverso julgamento do STF. Não caracterização de violação a literal preceito legal. Respeito à coisa julgada. Não constituição de documento novo pelos acórdãos do STF.

- Esta Corte adotava posicionamento, segundo o qual era inconstitucional a contribuição para a seguridade social instituída pela Lei nº 7.689/88. Sobre vindo decisão do STF declarando vício de tal vínculo apenas o seu art. 8º, passou o TRF-5ª Região a segui-la em seus pronunciamentos. Isto não significa, porém, violação a literal disposição de lei pelos decisórios anteriores ao novel escólio, a par da evolução, nos Pretórios Superiores, da abordagem das diversas questões ali apreciadas.

- Não se pode admitir o emprego da ação rescisória como sucedâneo do recurso extraordinário, que na espécie teve negado seguimento no Excelso Pretório pela falta de juntada dos fundamentos do aresto então recorrido, sob pena de subverter-se a ordem processual aplicável.

- Precedente desta Corte na AR 159-PE.

- Ação rescisória improcedente.

ACÓRDÃO

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

Recife, 15 de março de 1995 (data do julgamento).

JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Presidente

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator p/ Acórdão

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: A Fazenda Nacional ajuizou esta ação visando a rescindir acórdão que acolheu apelação para declarar a constitucionalidade da cobrança da contribuição social prevista na Lei 7.689/88.

Alega, em resumo, violação de literal disposição de lei e obtenção de documento novo (art. 485, V e VII, CPC).

Aponta como violados os arts. 1º a 7º, da Lei 7.689/88, que o Plenário do Supremo Tribunal entendeu inconstitucionais.

O documento novo indicado é a série de cópias de acórdãos do STF sobre a matéria.

A ré contestou, argüindo a inexistência dos requisitos estatuídos no art. 485, VII, invocado pela promovente.

Desnecessária a produção de prova, além da documental, por se tratar de matéria exclusivamente de direito.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): A Fazenda Nacional ajuizou a presente ação por entender que a sentença concessiva da segurança, confirmada por esta Corte, para eximir a ré do pagamento da contribuição social instituída pela Lei nº 7.689/88, violara os artigos 1º a 7º, desse Diploma Legal, acenando com o entendimento contrário do Excelso Pretório, que decidiu pela inconstitucionalidade apenas do seu art. 8º.

O ilustre Relator julgou a ação parcialmente procedente, tendo em vista que o pedido não fez qualquer ressalva quanto à inconstitucionalidade do art. 8º suso-referido, respaldando-se no posicionamento assumido pela Suprema Corte acerca da matéria.

Com a devida vênia, ouso discordar. Esta Corte, por unanimidade, em votos adequadamente fundamentados, julgou inconstitucional a exigência da contribuição instituída pela Lei nº 7.689/88. De modo que o julgamento, tanto em primeiro grau, quanto pelo órgão fracionário da Corte, não vulnerou qualquer disposição literal de lei. Apenas adotou uma interpretação que não veio a ser prestigiada em sua integralidade pelo Supremo Tribunal Federal, que proclamou a inconstitucionalidade somente de um dos seus dispositivos.

A autora usou o apelo extremo para tentar modificar tal decisão, mas descuidou-se das exigências formais na sua interposição, ao omitir-se na juntada dos fundamentos do acórdão do Pleno que declarou a inconstitucionalidade da lei em causa.

O ajuizamento desta ação não é mais do que um sucedâneo do recurso extraordinário repelido pelo eminente Ministro Moreira Alves (fls. 51). A divergência de interpretação dos tribunais inferiores em relação aos tribunais superiores não enseja necessariamente a rescisão dos seus julgados, cabível tão-somente na hipótese em que a interpretação albergue uma violação flagrante à literalidade de dispositivo legal, até porque a jurisprudência dos tribunais superiores evolui, admitindo hoje o que ontem seria impensável.

Tão logo foi conhecido o pronunciamento da Suprema Corte, este Tribunal passou a

prestigiá-lo, dando provimento aos recursos interpostos, fossem apelações ou embargos infringentes.

No caso, porém, de ação rescisória, o Código limita o seu alcance, a fim de prestigiar a coisa julgada que a Constituição eleva a nível de princípio:

"Art. 5º. (...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;" A proteção da coisa julgada é essencial à preservação da segurança jurídica. De outro modo, todas as decisões em matéria constitucional ficariam sempre dependentes do pronunciamento da Suprema Corte, ainda que a parte tenha sucumbido na interposição do recurso constitucionalmente previsto para o caso. Na verdade, seria até mesmo tornar o recurso extraordinário desnecessário. A vingar o posicionamento adotado pelo ilustrado Relator, seria mais prático a parte deixar transcorrer o prazo e ajuizar a rescisória.

Em razão do exposto, julgo improcedente a presente ação, condenando a autora em honorários advocatícios na base já fixada pelo Relator.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 3.235-PE

Relator: O SR. JUIZ **HUGO MACHADO**
Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravado: MUNICÍPIO DE CONDADO
Advogados: DRS. PAULO ROBERTO DE LIMA E OUTROS (AGRTE.) E HARLAN DE ALBUQUERQUE GADELHA FILHO E OUTROS (AGRDO.)

EMENTA

Processual Civil.
- Não exorbita do poder de cautela decisão que suspende exigência de contribuições de seguridade social de Município e determina que o INSS se abstenha de adotar medidas coercitivas contra este, até solução final da lide.
- Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 30 de agosto de 1994 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ HUGO MACHADO: Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSS contra decisão do MM. Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, Dr. Edvaldo Batista da Silva Júnior, que concedeu liminar nos autos de medida cautelar inominada, requerida pelo Município de Condado - PE, para suspender a exigibilidade de contribuições previdenciárias, objeto de autos de infração, até o final julgamento da referida ação, bem como para que o INSS não inicie e, se já os tiver iniciado, interrompa qualquer procedimento no sentido de bloquear os recursos do Município e, ainda, para que lhe forneça o CND.

Regularmente processados, subiram os autos, e neste Tribunal vieram-me por

distribuição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ HUGO MACHADO (Relator): O Município de Condado, nos autos de ação cautelar inominada, pediu liminar no sentido de suspender a exigibilidade das contribuições previdenciárias, objeto de autos de infração, até o final julgamento da referida ação, bem como para que o INSS não inicie e, se já os tiver iniciado, interrompa qualquer procedimento no sentido de bloquear os recursos do Município e, ainda, para que lhe forneça o CND.

Deferindo a liminar, assim dispôs o Juiz de primeiro grau:

"Ex vi do art. 9º, inciso I, da Lei nº 6.032/74. Presente o fumus boni iuris e o periculum in mora - o primeiro, nos sólidos argumentos da inicial, principalmente nos dispositivos constitucionais mencionados, e o segundo, na irreparável lesão que irá ocorrer ao funcionalismo público do requerente, às suas escolas, ao seu posto de saúde, se ficarem sem os recursos provenientes do Fundo de Participação dos Municípios -, defiro a medida inaldita altera parte, pelo que determino ao requerido que, sob as penas da lei, suspenda a exigibilidade das contribuições previdenciárias objeto das NFLDs nºs 31.550.008-5, 31.550.009-3 e 31.550.012-3, abstendo-se de promover a respectiva execução contra o requerente e de bloquear os recursos destinados ao mesmo provenientes do FPM, devendo ainda fornecer-lhe a competente CND, ressalvada a existência de outros autos de infração porventura não questionados nessa ação, assim procedendo até a final solução da lide principal a ser proposta." (fls. 88).

A decisão agravada não tem caráter exorbitante. O MM. Juiz levou em conta o gravame que o requerente, pessoa jurídica de direito público, poderia sofrer com a ausência abrupta de recursos indispensáveis aos seus fins institucionais.

Para fazer cessar os efeitos da liminar, necessário se faria que o agravante tivesse demonstrado a exorbitância do poder geral de cautela do Juiz, o que não o fez.

Assim, nego provimento ao agravo.

É como voto.

AGRADO DE INSTRUMENTO N° 3.344-PE

Relator:	O SR. JUIZ LÁZARO GUIMARÃES
Agravante:	UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DE PERNAMBUCO - UFRPE
Agravado:	JORGE CERCA DUARTE RIBEIRO
Advogados:	DRS. NADJA W. SIQUEIRA DE MOURA LEITE E OUTROS (AGRTE.) E JÚLIO ALCINO DE OLIVEIRA NETO E OUTROS (AGRDO.)

EMENTA

Processual Civil. Cessão de sala de Universidade Pública a empresa prestadora de serviços de reprodução xerográfica. Extinção do contrato com a não devolução do imóvel. Caracterização, em tese, de turbação autorizadora de ação possessória. Restabelecimento de liminar. Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e examinados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas

taquigráficas, que integram o presente.
Custas, como de lei.
Recife, 29 de setembro de 1994 (data do julgamento).
JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: A agravante impugna decisão que revogou liminar, após sentença terminativa em ação de reintegração de posse movida com a finalidade de retirar de uma das salas do *campus* universitário os equipamentos da ré, com a qual havia celebrado contrato de locação e prestação de serviços. Alega, em resumo, que, encerrado o prazo contratual e não pretendendo renová-lo, foi intimada a demandada, que se recusou a entregar a sala ocupada.

Formado o instrumento, sem resposta, foi mantida a decisão, vindo os autos.
É o relatório. Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): A autora cedeu uma de suas salas à apelada para instalação de máquina copiadora, obrigando-se a cessionária a fornecer até mil cópias xerográficas por mês, sem custo para a Universidade. O contrato foi repetidamente renovado, até que não mais interessou à Administração prorrogá-lo, daí o desfazimento.

Em tese, portanto, é apropriada a reintegratória, na medida em que a recusa da contratante em devolver o imóvel cedido configura turbação.

Nesta sessão, estou trazendo a apelação a julgamento.

É de restabelecer-se a liminar, provada que foi a turbação e demonstrado que a propositura da ação se deu tempestivamente.

Assim, dou provimento ao agravo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 3.374-CE

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**
Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravado: JOAQUIM CÂNDIDO DA SILVA
Advogados: DRS. MARIA HELENA DE ABREU VIDAL E OUTROS (AGRTE.) E
CARLOS AUGUSTO ALMEIDA DE HOLANDA E SILVA (AGRDO.)

EMENTA

Processo Civil. INSS. Recurso. Efeito devolutivo. Lei 8.213/91, art. 130.
- Tem plena eficácia o comando legal que submete o recebimento dos recursos da Previdência Social envolvendo matéria regulada pela Lei nº 8.213/91 exclusivamente no efeito devolutivo.

- Precedentes desta Corte e do STJ.
- Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Recife, 07 de março de 1995 (data do julgamento).
JUIZ HUGO MACHADO - Presidente
JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: Trata de agravo de instrumento interposto pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social contra o despacho que recebeu o seu recurso de apelação apenas no efeito devolutivo.

Em suas razões, diz a autarquia-recorrente que a posição adotada pelo MM. Juiz a quo fere frontalmente as normas processuais e entendimento do STF consubstanciado na ADIn nº 675-4-DF, devendo ser aplicada a regra do art. 520, do CPC, às causas previdenciárias, atribuindo-lhes os efeitos devolutivo e suspensivo.

Formado o instrumento e apresentada a resposta do agravado, o Juiz monocrático manteve a decisão impugnada, após o que subiram os autos.

Pauta sem revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): A discussão gira em torno do dispositivo inserto no art. 130 e § único, da Lei 8.213/91, que assim dispõe:

"Art. 130 - Os recursos interpostos pela Previdência Social, em processos que envolvam prestações desta Lei, serão recebidos exclusivamente no efeito devolutivo, cumprindo-se, desde logo, a decisão ou sentença, através de processo suplementar ou carta de sentença.

Parágrafo Único - Ocorrendo a reforma da decisão, será suspenso o benefício e exonerado o beneficiário de restituir os valores recebidos por força da liquidação condicionada."

Segundo o agravante, a decisão proferida na ADIn nº 675-4/DF, exarada pelo Ministro Octávio Galotti, no exercício da Presidência do STF, que extirpou daquele dispositivo as expressões "cumprindo-se, desde logo, a decisão ou a sentença, através de processo suplementar ou carta de sentença", teria implicado no recebimento dos recursos ali previstos em seus regulares efeitos, na forma do art. 520, do Código de Processo Civil.

Equivoca-se a autarquia-recorrente.

Na verdade, a suspensão da eficácia do artigo supracitado atingiu apenas a sua segunda parte, e seu parágrafo único, permanecendo inalterado o comando do *caput*, no que se refere ao recebimento exclusivamente no efeito devolutivo dos recursos interpostos pela Previdência com base na Lei 8.213/91.

Não foi outro o entendimento desta Corte, que assim vem se pronunciando:

"Processo Civil. INSS. Recurso. Efeito devolutivo. Lei 8.213/91, art. 130.

- Não se subsume nas figuras elencadas no art. 520, do CPC, os recursos interpostos pela Previdência envolvendo matéria regulada pela Lei nº 8.213/91.

- Tem plena eficácia o comando legal que submete o recebimento de tais recursos exclusivamente no efeito devolutivo.

- Precedentes.

- Agravo improvido."

(AG 3139-CE, relatado por mim, j. em 17.05.94, DJU 12.08.94).

A propósito, a matéria já mereceu apreciação pela 2ª Turma do Colendo STJ, quando do julgamento do ROMS nº 1.836/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, cuja ementa passo a transcrever:

"Previdência Social. Efeito devolutivo dos seus recursos. Lei nº 8.213, de 24.07.91.

I - As normas de natureza tipicamente processual têm aplicação imediata.

II - No caso, a cautelar concedida pelo ilustre Ministro Octávio Gallotti, em ação direta de inconstitucionalidade do referido dispositivo, não alcançou o citado comando legal, no

sentido de que aos recursos da Previdência se atribua somente o efeito devolutivo.

III - Recurso ordinário desprovido."

(ROMS 1836/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 25.08.93, *DJU* de 13.09.93).

Desse modo, ratificando os pronunciamentos acima transcritos, nego provimento ao agravo.

É como voto.

AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 3.386-AL

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**

Agravante: USINAS REUNIDAS SERESTA S/A

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogados: DRS. MARIA FERNANDA QUINTELLA BRANDÃO VILELA (AGRTE.) E ANTÔNIO XISTO P. DE MELLO E OUTROS (AGRDO.)

EMENTA

Processual Civil. Agravo de Instrumento. Possibilidade de revogação de revelia por erro da Justiça. Ação Declaratória. Inexistência de prescrição. Agravo parcialmente provido.

01. No processo de conhecimento, as partes estão em posição de equilíbrio, devendo ser resguardado o direito de ambas defenderem seus interesses nos autos.

02. Cumpre ao Juiz zelar pelo regular andamento do processo, podendo o mesmo revogar revelia anteriormente decretada, se constatado o erro por parte da Secretaria da Vara em juntar a resposta oferecida pelo réu.

03. Não há que se falar em prescrição em ação declaratória, pois a prescrição diz respeito à impossibilidade do exercício do direito e não à sua existência propriamente dita.

04. Precedentes jurisprudenciais.

05. Agravo parcialmente provido.

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, dar parcial provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 06 de outubro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Usinas Reunidas Seresta S.A. intentou ação declaratória de inexistência de relação jurídica referente ao período 1971/1986, cumulada com ação anulatória de débito fiscal referente ao período 1986/1991, contra o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social.

Neste processo, o ilustre Juiz singular proferiu decisão, a qual é atacada pelo impetrante através do presente agravo de instrumento, onde revoga revelia anteriormente declarada em relação ao INSS, bem como limita a realização da perícia aos períodos abrangidos pela prescrição que, segundo ele, seria quinqüenária.

Nas razões do presente agravo, a recorrente alega que, uma vez estando preclusa a oportunidade de oferecer resposta, por se tratar de prazo peremptório, não poderia o Juiz

revogar a revelia anteriormente decretada e devolver o prazo para a resposta ao réu revel.

Aduz, ainda, não ter fundamento a limitação da realização da perícia ao suposto período não abrangido pela prescrição, posto que a declaração de um direito não fica subordinada a prazos de prescrição, mas, tão-somente, o seu exercício. Afirma ter incorrido em equívoco o Juiz monocrático, ao analisar a matéria como se repetição de indébito fosse, uma vez que a pretensão deduzida em juízo foi meramente declaratória.

Formado o agravo, o recorrido foi intimado para apresentar contraminuta, mas não se manifestou.

Em juízo de retratação, o ilustre Juiz singular manteve a decisão agravada, pelos seus próprios fundamentos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): O Juiz monocrático declarou a revelia do INSS, no processo interposto pelas Usinas Reunidas Seresta S.A., por não ter o mesmo oferecido resposta no prazo legal.

Entretanto, posteriormente, o réu peticionou nos autos, esclarecendo ter oferecido resposta em tempo hábil, não tendo sido, entretanto, a sua contestação juntada aos autos. Provou a sua alegação com a apresentação da segunda via da peça protocolada, também com a impressão mecânica do dia e hora do recebimento, atestando assim a sua tempestividade.

Tomando conhecimento de tais fatos, o Juiz de Primeiro Grau determinou que a Secretaria da Vara informasse a respeito dos acontecimentos narrados pelo réu. As informações prestadas foram no sentido de que a chancela mecânica era autêntica e que, provavelmente por erro da Secretaria, por deficiência de pessoal para o atendimento ao público, a peça protocolada não teria sido juntada ao processo.

Assim sendo, o Magistrado revogou a revelia anteriormente decretada.

Neste aspecto, penso ter agido corretamente o eminentíssimo Juiz prolator da decisão agravada.

O Juiz há de preservar a igualdade entre as partes, pois, no processo de conhecimento, ocupam igual posição. A única diferença entre o autor e o réu, nestes casos, é que o autor pediu primeiro, mas há de ser assegurado o direito de ambas as partes de falarem nos autos e defenderem os seus interesses.

Exatamente por esta imparcialidade é que o Juiz não deve permitir que uma das partes seja prejudicada por fato para o qual não tenha concorrido a sua própria vontade. Isso quer dizer que o erro dos serventuários da Justiça não pode, de maneira alguma, implicar em prejuízo para a parte, uma vez que a mesma pode ver cerceado o seu direito de defesa.

Quanto ao aspecto técnico processual, completamente possível é a modificação, de ofício, da situação da parte, no tocante à revelia, pois função permanente do Juiz é zelar pela regularidade do processo, bem como assegurar que sejam exercitados pelas partes os direitos a elas inerentes.

A agravante alega, ainda, a impossibilidade de o Juiz ter limitado a feitura da perícia aos períodos não alcançados pela prescrição, que, segundo ele, seria quinqüenal.

De fato, assiste razão à ora agravante. Não há que se falar em prescrição numa ação declaratória, onde se visa somente ao reconhecimento de uma determinada situação jurídica.

Isto porque a prescrição diz respeito à impossibilidade do exercício de determinado direito. O fato de um direito não poder ser exercitado não implica dizer que ele não mais

existe. A ação declaratória visa apenas a reconhecer a existência de um direito, não implicando na concessão do exercício do mesmo. Até porque uma obrigação, embora prescrita, pode ser cumprida de livre e espontânea vontade pela parte devedora.

Ademais, a lei não exige que a declaração a ser postulada pela parte produza necessariamente um efeito, podendo a mesma ser baseada até mesmo num interesse de índole moral.

A jurisprudência, aliás, é firme no sentido de que não cabe falar em prescrição da declaração de direitos:

"Administrativo. Funcionários públicos do Estado de São Paulo. Pretendidas vantagens previstas na Constituição de 1967, com consequente condenação da Fazenda ao pagamento de eventuais diferenças salariais.

Ação de natureza declaratória, quanto à primeira parte, insuscetível, por isso, de ser atingida pela prescrição. Condenatória, entretanto, quanto ao pagamento das diferenças de vencimentos, circunstância que a sujeita à norma do art. 1º, do Decreto nº 20.910/32. Recurso desprovido."

(STJ, REsp 90/4296-SP, DJ 09.10.90, pág. 10.888, Rel. Min. Ilmar Galvão).

"Administrativo. Servidores públicos. Vantagens. Prescrição. Diferenças. Recurso.

01. Declaratória, num ponto, a ação, incabível, no caso, a prescrição.

02. Condenatória, quanto a diferenças alegadas, há obrigação de pagamento.

03. Recurso não conhecido."

(STJ, REsp 92/25937-SP, DJ 06.12.93, pág. 26671, rel. Min. Edson Vidigal).

Quanto a este aspecto, portanto, reputo equivocada a decisão prolatada pelo Juiz singular.

Ante estas considerações, dou parcial provimento ao agravo para determinar que a perícia a ser realizada no primeiro grau de jurisdição se faça em toda sua plenitude cabível, por não ser possível falar-se em prescrição em ação de declaração.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 3424-PE

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**

Agravantes: COMPANHIA AGROPECUÁRIA DO ARAME E OUTROS

Agravados: FAZENDA NACIONAL E COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM

Advogados: DRS. MARA REGINA SIQUEIRA DE LIMA E OUTROS (AGRTEs.) E
ELISA MARIA CID BRITO RIET CORREA (AGRDOs.)

EMENTA

Tributário. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Depósito em dinheiro.

Substituição por TDAs. Impossibilidade.

- "O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro" - Súmula 112/STJ.

- O art. 13, IV e parágrafo único, do Decreto nº 95.714/88, que regulamentou o art. 105, § 1º, "b", da Lei 4.504/64, admite a utilização dos títulos da dívida agrária apenas no sentido de aparelhar a execução. Uma coisa é assegurar a execução. Outra, bem diferente, é a imediata suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

- Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por

unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 21 de março de 1995 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão do MM. Juiz Federal da 10ª Vara do Estado de Pernambuco, que indeferiu pedido de substituição de depósito realizado em dinheiro, para obter-se a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, por títulos da dívida agrária.

Em prol da pretensão, invocam o art. 105, § 1º, letra "b", da Lei nº 4.504, de 30.11.64, regulamentado pelo art. 13, IV, e respectivo parágrafo único, do Decreto nº 95.714, de 10.02.88.

Formado o instrumento, sem contra-minuta, foi mantido o despacho agravado, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): A decisão agravada sustenta que somente o depósito do montante do crédito tributário integral e em dinheiro tem o condão de operar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, II, do Código Tributário Nacional.

A decisão merece ser confirmada. A questão foi analisada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que pacificou sua jurisprudência através da Súmula nº 112, com o seguinte enunciado:

"O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro."

O art. 13, IV e parágrafo único, do Decreto nº 95.714, de 10.02.88, que regulamentou o art. 105, § 1º, letra "b", da Lei nº 4.504, de 30.11.64, não dá respaldo à tese agitada pela agravante. Apenas admite a sua utilização para aparelhar execução. É lê-lo:

"Art. 13 - Os títulos da Dívida Agrária poderão ser utilizados em:

.....
IV - depósitos para assegurar a execução em ações judiciais ou administrativas.
Parágrafo único - para efeito deste artigo, os títulos serão aceitos pelo seu valor nominal reajustado."

Como se vê, a norma invocada não tem o alcance pretendido pelas agravantes. Uma coisa é assegurar a execução. Outra, bem diferente, é a imediata suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Mantendo a decisão agravada.

Nego provimento ao agravo.

É como voto.

AGRADO DE INSTRUMENTO N° 3424-PE

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**

Agravantes: COMPANHIA AGROPECUÁRIA DO ARAME E OUTROS

Agravados: FAZENDA NACIONAL E COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM

Advogados: DRS. MARA REGINA SIQUEIRA DE LIMA E OUTROS (AGRTEs.) E

ELISA MARIA CID BRITO RIET CORREA (AGRДOS.)

EMENTA

Tributário. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Depósito em dinheiro. Substituição por TDAs. Impossibilidade.
- "O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro" - Súmula 112/STJ.
- O art. 13, IV e parágrafo único, do Decreto nº 95.714/88, que regulamentou o art. 105, § 1º, "b", da Lei 4.504/64, admite a utilização dos títulos da dívida agrária apenas no sentido de aparelhar a execução. Uma coisa é assegurar a execução. Outra, bem diferente, é a imediata suspensão da exigibilidade do crédito tributário.
- Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 21 de março de 1995 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão do MM. Juiz Federal da 10ª Vara do Estado de Pernambuco, que indeferiu pedido de substituição de depósito realizado em dinheiro, para obter-se a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, por títulos da dívida agrária.

Em prol da pretensão, invocam o art. 105, § 1º, letra "b", da Lei nº 4.504, de 30.11.64, regulamentado pelo art. 13, IV, e respectivo parágrafo único, do Decreto nº 95.714, de 10.02.88.

Formado o instrumento, sem contra-minuta, foi mantido o despacho agravado, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): A decisão agravada sustenta que somente o depósito do montante do crédito tributário integral e em dinheiro tem o condão de operar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, II, do Código Tributário Nacional.

A decisão merece ser confirmada. A questão foi analisada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que pacificou sua jurisprudência através da Súmula nº 112, com o seguinte enunciado:

"O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro."

O art. 13, IV e parágrafo único, do Decreto nº 95.714, de 10.02.88, que regulamentou o art. 105, § 1º, letra "b", da Lei nº 4.504, de 30.11.64, não dá respaldo à tese agitada pela agravante. Apenas admite a sua utilização para aparelhar execução. É lê-lo:

"Art. 13 - Os títulos da Dívida Agrária poderão ser utilizados em:

.....
IV - depósitos para assegurar a execução em ações judiciais ou administrativas.

Parágrafo único - para efeito deste artigo, os títulos serão aceitos pelo seu valor nominal reajustado."

Como se vê, a norma invocada não tem o alcance pretendido pelas agravantes. Uma coisa é assegurar a execução. Outra, bem diferente, é a imediata suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Mantenho a decisão agravada.

Nego provimento ao agravo.

É como voto.

AGRADO DE INSTRUMENTO N° 3.455-PE

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**
Agravante: UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO - UNICAP
Agravados: ALDA MARIA DE SOUZA SANTOS E OUTROS
Advogados: DRS. DRS. DIOVAL SPENCER HOLANDA BARROS E OUTROS (AGRTE.) E NADEJE DE SOUZA DOMINGUES (AGR DOS.)

EMENTA

Processo Civil. Litisconsórcio. Prazo em dobro. Art. 191, CPC.
- O privilégio do prazo em dobro para interposição de recurso, previsto no art. 191, do CPC, não se aplica aos casos em que houve sucumbência com relação a apenas um dos litisconsortes.

- Precedentes do STJ.
- Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 07 de março de 1995 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNICAP contra despacho proferido pelo MM. Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária deste Estado, que indeferiu, por intempestivo, os embargos declaratórios opostos da sentença proferida no MS 91.4656-6, argumentando a agravante que, por força do art. 191, do CPC, goza do privilégio do prazo em dobro para recorrer, haja vista a presença da Caixa Econômica Federal na lide, na qualidade de litisconsorte passiva, representada, no caso, por procurador diverso.

Formado o instrumento, não houve contra-minuta, tendo o MM. Juiz a quo mantido o despacho agravado por seus próprios fundamentos.

Preparado o recurso, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): A Universidade Católica de Pernambuco-

UNICAP, ora agravante, invocando a presença da Caixa Econômica Federal na demanda, na qualidade de litisconsorte passiva, representada por procurador diverso, requer a fruição do benefício estabelecido pelo art. 191, do CPC, no que concerne ao cômputo em dobro do prazo para oposição de seus embargos declaratórios.

Vejamos o que reza tal dispositivo:

"Art. 191 - Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos." Não há dúvida de que, em tese, a agravante, verificada a condição supra, teria direito ao prazo dobrado para apresentação de seu recurso. Porém, não basta apenas que existam litisconsortes: é necessário que a decisão tenha sido uniforme para ambos.

No caso vertente, há, de fato, o litisconsórcio. Entretanto, a decisão que ensejou a oposição dos embargos declaratórios, que, por sua vez, também deu lugar à interposição deste agravo, somente produziu sucumbência em desfavor da agravante. Não houve condenação com relação à Caixa Econômica Federal, como se pode ver da sentença acostada, por cópia, às fls. 14/19.

Aliás, sobre a matéria, o Egrégio STJ no AgRg no AG 11204/SP, Rel. Min. Bueno de Souza, em sessão de 24.09.91, assim decidiu:

"Processual Civil. Agravo Regimental.

1. O benefício legal da contagem em dobro do prazo para recurso (art. 191, CPC) não merece aplicação, quando a decisão produzir sucumbência somente em desfavor de um dos litisconsortes, o qual, inclusive, no caso vertente, foi o único a se insurgir contra a mesma.

2. Agravo regimental desprovido." (RSTJ 25/30).

Desse modo, não merece reparos a decisão hostilizada.

Isto posto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 3.538-CE

Relator: O SR. JUIZ LÁZARO GUIMARÃES
Agravante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Agravada: MARIA DA PENHA ARAÚJO MATOS
Advogados: DRS. JOSELÚCIA DE OLIVEIRA MELO E OUTROS (AGRTE.) E
ANTÔNIO PINTO DE OLIVEIRA NETO (AGRDA.)

EMENTA

Processual Civil e Civil. Liminar em medida cautelar para adequar as prestações de contrato de financiamento pelo sistema hipotecário. Invocação de cláusula relativa a liquidação antecipada. Desvinculação com a hipótese do advento de nova moeda. Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 16 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Presidente

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: A agravante impugna decisão que deferiu liminar para que recebesse a quantia mensal de CR\$ 53.590,00, para o trimestre de fevereiro a abril deste ano, como valor das prestações de financiamento no âmbito do sistema hipotecário.

Alega, em resumo, a falta dos requisitos para concessão da liminar, o caráter satisfativo da cautelar postulada e, no mérito, a observância dos critérios legais de reajuste das prestações.

Formado o instrumento, oferecidas contra-razões, foi mantida a decisão, vindo os autos. É o relatório.

Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): A medida pleiteada não esgota o objeto da ação, mas apenas previne o seu resultado útil, proporcionando o depósito dos valores das prestações.

Rejeito as preliminares levantadas pela agravante.

No mérito, a fundamentação da agravada repousa na inobservância das cláusulas reservadas que dizem respeito à liquidação antecipada da dívida. Nada têm a ver com a mudança da moeda ou com alterações na política econômica nacional, que estabelece critérios de transição a serem adotados no que não for possível manter no pacto originário.

Não vislumbro a presença do requisito da aparência do direito.

Assim, dou provimento ao agravo para cassar a liminar.

AGRADO DE INSTRUMENTO N° 3.551-CE

Relator: O SR. JUIZ **FRANCISCO FALCÃO**
Agravante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC
Agravados: FRANCISCO FLÁVIO TORRES DE ARAÚJO E OUTROS
Advogados: DRS. FRANCISCO EVERARDO CARVALHO CIRINO E OUTROS (AGRTE.) E MÁRCIO AUGUSTO DE VASCONCELOS DINIZ E OUTRO (AGRROS.)

EMENTA

Administrativo e Constitucional. Agravo de Instrumento. Medida Cautelar. Despacho liminar. Funcionário Público. Limite de remuneração. Lei nº 8.852/94. 1. Não é satisfativa liminar onde, a qualquer tempo, se julgada improcedente a ação principal, poderá ser efetuado desconto em folha de pagamento para o ressarcimento das quantias pagas indevidamente.

2. O não pagamento de parcela de remuneração, de natureza indiscutivelmente alimentar, enseja perigo de dano irreparável ao servidor e não para a Administração. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3.551-CE, em que são partes as acima mencionadas, acorda a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e

notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 07 de março de 1995 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente

JUIZ FRANCISCO FALCÃO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO: Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela UFC - Universidade Federal do Ceará, inconformada com o r. despacho que, nos autos de medida cautelar requerida por servidores daquela instituição de ensino, concedeu liminar para determinar que a ora agravante mantivesse o pagamento das vantagens pessoais incorporadas aos vencimentos em razão do desempenho de funções gratificadas pelos agraviados, que, ao seu ver, não estariam atingidas pelo limite de remuneração de que trata a Lei nº 8.852, de 04.02.94.

Mantido o despacho pelo Juízo *a quo* e contra-arrazoado o agravo, vieram-me os presentes autos por distribuição.

Peço a inclusão do feito em pauta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO (Relator): Sobre o tema, vale, antes de qualquer discussão, destacar o que tem sido demonstrado pelo administrativista Ivan Barbosa Rigolin (*Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis*, Saraiva, 2ª ed., 1993, p. 107), *in verbis*:

"O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o conceito de remuneração, ao menos no tocante a uma demanda que lhe foi proposta após a edição da Constituição de 1988. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.404, acórdão do STF, de 13 de setembro de 1989, que determina excluírem-se as vantagens pessoais do conceito de remuneração, para o fim de obter a exata abrangência desse conceito conforme referido no inciso XI, do artigo 37, da Constituição Federal. A parte do ganho de servidor devida às vantagens pessoais que tenha, a teor do acórdão, pode ser paga, ainda que o total dos ganhos ultrapasse o teto fixado no inciso XI, do art. 37, da CF/88."

Não há, aqui, que se discutir o mérito do pedido, acerca da exclusão ou não da vantagem elencada pelos ora agraviados do limite máximo de remuneração.

À luz dos elementos trazidos aos autos, parecem-me caracterizados os elementos indispensáveis à concessão da liminar ali requerida.

O deferimento da liminar não esvaziou o julgamento final da ação principal, pois a Universidade poderá, a qualquer tempo, desde que julgada improcedente, efetuar os descontos em folha de pagamento suficientes ao resarcimento das quantias indevidamente pagas aos seus servidores, conforme preceitua a Lei nº 8.112/90. Por outro lado, o não pagamento de qualquer parcela de remuneração de natureza alimentar enseja, sim, um perigo de dano irreparável, não para a Administração, mas para o servidor.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**
Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravado: SINDICATO DOS TRABALHADORES RURAIS DE IBIAPINA
Advogados: DRS. ROGÉRIO SANTOS CORREIA E OUTROS (AGRTE.) E
CLEIDE HELENA MARQUES LOUSADA E OUTRO (AGRDO.)

EMENTA

Processo Civil. Sentença. Publicação. Momento da intimação. Interpretação do art. 463, do CPC.

- A publicação de que trata o art. 463, do CPC, ocorre com a entrega da sentença assinada à Secretaria da Vara, ou seja, no momento em que a decisão deixa de ser conhecida apenas pelo seu prolator, não se confundindo, desse modo, com a intimação realizada pelo órgão oficial.

- Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 04 de abril de 1995 (data do julgamento).

JUIZ CASTRO MEIRA - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: Trata-se de agravo de instrumento contra decisão judicial que indeferiu a postulação do agravante, ao argumento de que já houvera proferido sentença.

Diz o agravante que tal fundamento não pode subsistir, uma vez que a sentença ainda não fora publicada no órgão oficial, pelo que ainda não ingressara no mundo jurídico.

Sem contramina, mantida a decisão, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): A questão diz respeito à interpretação do art. 463, do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

"Art. 463 - Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la:

I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;

II - por meio de embargos de declaração."

Pretende o agravante que publicar a sentença aqui signifique a sua inserção no Diário Oficial para ciência das partes. Desse modo, seria possível o reexame de algum aspecto, além dos elencados nos incisos, até esse momento, já que só então o ato ingressaria no mundo jurídico.

Equivoca-se, contudo, o agravante.

A publicação referida no dispositivo em exame ocorre no momento em que a decisão deixa de ser conhecida apenas pelo seu prolator, o que se verifica no momento em que ela é entregue em cartório.

A propósito, anota Theotonio Negrão:

"Art. 463:2 - Não é necessária a intimação da sentença, para que ela se torne inalterável. Basta sua publicação, que ocorre quando o juiz a entrega a cartório (RT 605/104) ou quando é junta aos autos (RJTJESP 94/254)."

(*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 25ª edição, pág. 332).

Sobre o assunto, escreve Wellington Moreira Pimentel:

"Publicar, no art. 463, tem o sentido de exteriorizar, de tornar acessível a todos o conhecimento, embora ainda não se haja feito a divulgação pelas vias e formas previstas pelo Código. Admitir o contrário seria propiciar insegurança para as partes e submeter o juiz à incômoda posição. Com a entrega da sentença assinada pelo juiz ao escrivão, já não poderá aquele alterá-la. Tornou-a pública, já que dela outras pessoas terão, ou poderão ter, conhecimento. Com maior razão, após a publicação no órgão oficial, ou a intimação das partes para ciência dos seus termos." (Wellington Moreira Pimentel, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III/526).

Também assim pensa Frederico Marques:

"Não se identificam publicação da sentença e intimação da sentença. Publicação da sentença, como o próprio nome indica, é o momento em que ela adquire publicidade, para tornar-se, assim, ato processual devidamente formalizado. Enquanto não publicada, a sentença é mero trabalho intelectual do juiz que a elaborou. A publicidade é que lhe imprime existência jurídica, como ato jurisdicional. A publicação não se confunde com a intimação. Sentença publicada é ato processual integrado no procedimento. Sentença intimada é pronunciamento jurisdicional e ato processual levados ao conhecimento das partes. Enquanto não publicada, a sentença não é ato processual. Enquanto não intimada, não é ato de que as partes tenham conhecimento." (Frederico Marques, ob. cit., v. I/342, nº 288).

Nesse sentido, esta Egrégia Turma já decidiu sobre a matéria, quando do julgamento do AG nº 461/PE, por mim relatado, na sessão de 27.02.92, cuja ementa passo a transcrever:

"Agravo de Instrumento. Decisão terminativa. Reexame. Recurso impróprio.

- Publicada a sentença, não é possível a apreciação de petição que, embora apresentada a tempo no protocolo da Vara, só foi localizada posteriormente. O reexame pelo sentenciante limita-se às hipóteses previstas no art. 463, do Código de Processo Civil.
- A publicação aí referida ocorre com a entrega da sentença assinada à Secretaria da Vara. Não se confunde com a intimação realizada pelo órgão oficial.
- Agravo improvido."

Sem razão, pois, o agravante.

Isto posto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 3.628-PE

Relator:	O SR. JUIZ FRANCISCO FALCÃO
Agravante:	MARCOS ANTÔNIO DO NASCIMENTO
Agravada:	CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advogados:	DRS. VALDEMIR FERREIRA DE LUCENA E OUTRO (AGRTE.) E RAIMUNDO REIS DE MACEDO E OUTROS (AGRDA.)

EMENTA

Processual Civil. Agravo de Instrumento. Despacho saneador. Julgamento antecipado da lide.

O pedido de produção de provas testemunhal e pericial não impede que o juiz, a teor dos

documentos já acostados nos autos, forme sua convicção, decidindo pelo julgamento antecipado da lide (art. 330, I, CPC). Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3.628-PE, em que são partes as acima mencionadas, acorda a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 21 de março de 1995 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente

JUIZ FRANCISCO FALCÃO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO: Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra despacho saneador do em. Juízo *a quo*, aplicando o disposto no art. 330, I, CPC, antecipando o julgamento da lide.

Formado o agravo e mantida a decisão vergastada, vieram-me os autos por distribuição.

Peço a inclusão do feito em pauta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO (Relator): No entender de Calmon de Passos (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, 6ª ed., Forense, págs. 491/494):

"O juiz julga de logo, tendo em consideração os termos da inicial e da resposta do réu, as contra-alegações do autor, se existentes, bem como a reconvenção e respectiva contestação, quando for o caso. (...)

O deferimento da tutela pretendida pelas partes, vale dizer, a composição do conflito de interesses colocado como objeto do processo, depende da certeza ou incerteza sobre os fatos que lhe servem de suporte. (...) A dificuldade para dizer o direito reside na certeza ou incerteza sobre os fatos por ele qualificados. Mas a verdade perseguida pelo magistrado é uma verdade que sofre limitações na sua busca, derivadas da preeminência atribuída aos fins de pacificação social do processo. (...)

Sendo a verdade buscada no processo uma verdade formal, subordinada à preocupação política da pacificação social atribuída ao processo, há um momento considerado ótimo no procedimento e após o qual já não mais se admite cogitar sobre fatos, impondo-se ao magistrado dizer o direito, formando sua convicção com apoio no que se tenha provado nos autos. Este é o momento considerado, pelo legislador, como adequado para o exame do mérito.

A certeza sobre os fatos, por conseguinte, traduz a oportunidade ótima para o magistrado dizer o direito que, como consequência deles, incidiu. As formalidades processuais destinadas a assegurar a formação do convencimento do magistrado outra finalidade não têm. Elas são legisladas e devem ser cumpridas na medida em que e somente quando necessárias para a formação desse mesmo convencimento. (...)

O julgamento antecipado da lide, portanto, não é mais do que julgamento feito após a fase postulatória, por motivo de se haver colhido, nessa fase, todo o material de prova necessário para formar a convicção do magistrado.

Há, por conseguinte, um julgamento antecipado da lide por força da desnecessidade de produção posterior de prova e há um julgamento dessa natureza por motivo da impossibilidade de produção posterior de prova. A primeira hipótese se refere ao inciso I, do art. 330, e da última cuida o inciso II, do mesmo dispositivo."

As provas já constantes nos autos traduzem a certeza sobre os fatos, sem a menor necessidade de produção de prova testemunhal e pericial contábil, pois o exame da documentação ali acostada serve perfeitamente para formar a convicção do magistrado. Discute-se nos autos as aplicações ou não dos termos contratados pelas partes, a taxa de juros aplicada e a consignação em pagamento das parcelas vencidas do contrato de mútuo.

A perícia contábil nada acrescentará à análise formal do contrato em si, quanto muito à fixação dos valores devidos, aos quais a contadoria da Justiça Federal poderá proceder. Quanto à prova testemunhal requerida na impugnação à contestação, talvez muito pouco pudesse acrescentar quanto ao alegado pelo autor para a propositura da ação de consignação em pagamento.

Diante do exposto, sem maiores considerações, por desnecessárias, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA AC Nº 31.184-SE

Relator: O SR. JUIZ **FRANCISCO FALCÃO**
Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravado: FRANCISCO DANTAS BITENCOURT
Advogados: DRS. JOSEMAR DE OLIVEIRA SANTOS NEVES (AGRTE.) E
RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGÃO E OUTROS (AGRДOS.)

EMENTA

Agravo Regimental. Embargos Infringentes. Admissibilidade. São pressupostos de admissibilidade dos embargos infringentes a sucumbência e a decisão não unânime da matéria objeto do recurso. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental na Apelação Cível nº 31.184-SE, em que são partes as acima mencionadas, acorda o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 16 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Presidente

JUIZ FRANCISCO FALCÃO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO: Cuida-se de agravo regimental contra despacho que negou seguimento a embargos infringentes interpostos pelo INSS.

Mantive o despacho agravado, colocando o feito em mesa para julgamento, independente de pauta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO (Relator): O agravo regimental interposto pela autarquia pede a reforma do r. despacho, fundamentando-se em que a decisão da Egrégia Turma, no tocante ao índice de 84,32%, foi-lhe desfavorável e em votação não unânime.

Cabe razão ao agravante, à luz da certidão de fls. 91. Ocorre, porém, que o agravo não procede por dois motivos, a saber:

- a) a proclamação da decisão foi retificada, deixando o agravante de ser parte sucumbente quanto ao índice de 84,32% (Plano Collor);
- b) os embargos infringentes têm como objeto o índice de 26,05% (URP de fevereiro/89), onde a decisão foi unânime.

Diante do exposto, por faltarem os pressupostos de admissibilidade dos embargos, nego provimento ao agravo.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA AMS Nº 43.319-RN

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**
Agravante: J. MOTTA IND. E COM. LTDA.
Agravados: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM E FAZENDA NACIONAL
Advogados: DRS. RITA VALÉRIA DE CARVALHO CAVALCANTE E OUTROS (AGRTE.) E DIVA MARIA SILVA RIBEIRO PINTO E OUTROS (AGRROS.)

EMENTA

Processo Civil. Decisão que, amparada em súmula, nega seguimento a recurso. Legalidade e constitucionalidade.

01. A decisão impeditiva do seguimento de recurso encontra amparo no art. 479, do CPC, e no art. 90, da Lei Complementar nº 35/79, tendo esta sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e ainda se encontra em vigor.
02. Tal decisão não obsta a interposição de recurso para a instância superior.
03. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 07 de março de 1995 (data do julgamento).

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: J. Motta Ind. e Com. Ltda. interpõe agravo regimental contra decisão deste Relator que, com amparo na Súmula nº 15, deste Tribunal, negou seguimento à apelação por ela promovida e na qual pretendia discutir a constitucionalidade da taxa de fiscalização de títulos e valores mobiliários instituída pela Lei nº 7.940/89.

Nas razões deste agravo, a recorrente alega, em síntese, que: "a) o parágrafo 2º, do art. 90, da LC nº 35, de 14.03.79, não pode, em hipótese alguma, ser considerado alicerce legal para o parágrafo 1º, do inciso II, do art. 30, do RITRF/5ª, o que torna este último dispositivo inconstitucional, à vista do inciso I, do art. 22, da CF; b) a súmula em que se arrima a decisão vergastada revalida lei que é antagônica ao prescrito na Constituição Federal, sendo, portanto, via de consequência, inconstitucional, ou, no mínimo, ilegítima para servir de base para a denegação de seguimento de que ora se trata; c) a decisão guerreada provoca a invasão da jurisdição e da competência do STF, apresentando-se desconforme com o consignado no parágrafo único, do art. 92, da Carta Magna; d) há verdadeiro confronto entre a decisão fustigada e os direitos e garantias fundamentais da agravante, por a mesma ser indiscutivelmente discrepante do previsto no inciso XXXV, do art. 5º, da hodierna Carta Política."

Verificada a tempestividade do recurso, subiram os autos para apreciação.
É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): Todos os argumentos apresentados pela recorrente redundam na alegação de que a decisão que nega seguimento a recurso com base em súmula é inconstitucional.

Esta Egrégia Turma, em reiterados agravos regimentais análogos a este, já decidiu pela total e manifesta improcedência da argumentação apresentada pela agravante.

A súmula sintetiza a posição adotada pela maioria ou pela unanimidade dos Juízes integrantes do Tribunal nos julgamentos de feitos que versam sobre uma mesma matéria. Tem ela a finalidade de dar celeridade aos julgamentos dos processos, uma vez que, já tendo entendimento consolidado pelo Tribunal, o despacho que nega seguimento ao recurso implica em maior rapidez do julgamento e menor dispêndio econômico para o Poder Público, além de outras vantagens.

A decisão impeditiva do andamento do recurso ampara-se no Código de Processo Civil, art. 479, que prevê expressamente a existência da súmula. O referido dispositivo assim dispõe:

"Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o Tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. *omissis*".

Ampara-se, igualmente, na Lei Complementar nº 35, de 14.03.79, que, em seu art. 90, parágrafo 2º, assim dispõe:

"Art. 90.

Parágrafo 2º. O Relator julgará pedido ou recurso que manifestamente haja perdido objeto, bem assim mandará arquivar ou negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo ou incabível, ou, ainda, que contrariar as questões predominantemente de direito, Súmula do Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal..."

Não obstante tal dispositivo se referir ao extinto Tribunal Federal de Recursos, tem ele aplicação aos Tribunais Regionais Federais. Registre-se, inicialmente, que o aludido art. 90 foi recepcionado pela nova Constituição Federal. Os Tribunais Regionais Federais sucederam o Tribunal Federal de Recursos no julgamento dos recursos interpostos contra as decisões proferidas pelos Juízes Federais de Primeiro Grau. Ou seja, o Tribunal Federal de Recursos, além de outras atribuições, exercia a função de órgão de segundo grau da Justiça Federal. Agora, são os Tribunais Regionais Federais que se encontram em tal posição hierárquica. Por isso, o art. 90, da Lei Complementar nº 35, de 13.03.79, é aplicado quantos aos TRFs.

Por essa razão, não existe qualquer ilegalidade ou constitucionalidade no art. 30, do Regimento Interno desta Corte, como alega a recorrente.

Por outro lado, a Súmula nº 15, deste Tribunal, é resultante dos julgamentos de feitos que versam sobre a constitucionalidade da taxa de fiscalização de títulos e valores mobiliários. Este Tribunal entendeu ser tal exação plenamente constitucional. Ao alegar a ilegitimidade da aludida súmula, a recorrente quer, na realidade, discutir novamente o mérito da questão, o que, logicamente, não é admissível em sede de agravo regimental. Este Tribunal, ao adotar o entendimento de que a aludida taxa de fiscalização é constitucional, não invade, de forma alguma, a competência do Supremo Tribunal Federal nem está impedindo a recorrente de obter o pronunciamento do Excelso Pretório nestes autos. Contra a decisão ora agravada pode ser interposto o recurso cabível para o STF, desde que preenchidos os requisitos constitucionais, pois ela é uma decisão de mérito, uma vez que os votos que embasaram a súmula analisam minuciosamente a questão deduzida em juízo.

Assim sendo, após as considerações acima tecidas, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 3.734-SE

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA**
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelados: MARIA BERENICE DE MELO BARRETO E OUTROS E ARIOSVALDO BARRETO - ESPÓLIO
Advogados: DRS. EDGAR SILVA E OUTROS (APTE.) E JOSÉ FRANCISCO DA ROCHA E OUTROS E ANTÔNIO VIEIRA BARRETO (APDOS.)
Vara de Origem: 2º

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Ação ordinária de revisão cadastral cumulada com exclusão do imóvel expropriado. Conexão com a desapropriação para fins de reforma agrária. Sentença única. Irregularidades formais no procedimento administrativo expropriatório. Agravo retido não conhecido. Apelação e remessa improvidas.

- Os elementos determinantes da conexão entre as ações são o objeto e a causa de pedir, não a natureza das lides.
- O procedimento administrativo expropriatório deve obedecer estritamente à devida forma legal, sob pena de nulidade.
- Reunindo as condições exigidas para ser classificado como empresa rural, o imóvel não poderia ser objeto de desapropriação por interesse social.
- Agravo retido não conhecido.
- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, não conhecer do agravo retido e, no mérito, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 16 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ - Presidente

JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA: Adoto o relatório do Ministério Público, que passo a ler:

"Tempestivamente, apelaram o INCRA e a União Federal da r. sentença proferida nos processos reunidos de números 12.513/87, ação de desapropriação movida pelo INCRA contra o espólio de Ariovaldo Barreto, e 12.779/87, ação de revisão cadastral ajuizada por Maria Berenice de Melo Barreto e outros contra o INCRA e a União Federal, ambos tramitando perante a 2ª Vara Federal - SE. O MM. Juiz a quo julgou procedente a ação inserida no Processo 12.779/87, excluindo o imóvel Tingui da desapropriação por interesse social e julgou improcedente a ação de que trata o Processo 12.513/87. Depois de relatar minudentemente o fato (fls. 2.216/2.219), iniciou a fundamentação analisando o procedimento administrativo que ensejou o decreto desapropriatório (fls. 325/437), este iniciado em 16 de setembro de 1986, e um outro (fls. 287/323), este iniciado em 23 de setembro de 1986, para aferir a solidez ou não do terreno em que se fundou o ato presidencial, dizendo que: 'A origem do ato é importante, na medida em que revela suas bases e fundamentos, a par de sua conexão com as normas específicas, tarefa que ao Judiciário não é dado se omitir, com ou sem provocação.' Continua o douto Magistrado, em seu percutiente exame, considerando desde a solicitação de formação do processo expropriatório pelo INCRA, a qual foi efetuada a deferida sem qualquer fundamentação (fls. 326/327). A motivação do interesse social somente vai aparecer no laudo pericial (fls. 350), onde são indicadas as alíneas "a", "b", "c" e "d", do art. 18, e a Lei 4.504/64, que, no dizer do sentenciante, está justificada, porquanto 'não especificou a perícia administrativa quais as atividades predatórias e quais as normas de conservação dos recursos naturais que os proprietários se recusaram a aplicar em prática.' A ordem cronológica dos fatos vem desencontrada nos procedimentos administrativos já citados. A vistoria administrativa foi feita no imóvel em 03 de novembro de 1986 - é a data consignada - (fls. 329/351), aparecendo em peças com numeração crescente o registro de fatos anteriores ou que teriam ocorrido na mesma data de realização da vistoria, como é o caso do ofício de fls. 365 - dirigido à Juíza-Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento de Maruim, solicitando certidão de ações trabalhistas contra o espólio de Ariovaldo Barreto -, datado de 17 de outubro de 1986, e o parecer de fls. 385/386, de 03 de novembro de 1986."

Relatei.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): Não conheço do agravo retido.

No mérito, faço minhas as razões do Ministério Público, considerando a conexão entre as duas ações. Aliás, a outra seria prejudicial da ação de desapropriação. O Juiz fez muito bem quando as julgou conjuntamente.

Trata-se de imóvel caracterizado como empresa rural, desempenhando sua função social. Havia apenas uma pendência, de não ter sido ainda partilhado.

Correta a decisão monocrática: não há qualquer prova de que os donos do imóvel estivessem exercendo ação predatória contra ele. A lei estabelece as hipóteses de violação da função social, não se encontrando elementos que pudessem caracterizar tal circunstância.

Também não há aqui notícia de litígio trabalhista que diga respeito a direitos assegurados

pela legislação pertinente.

Acolho, assim, os fundamentos do Ministério Público e as razões da douta sentença.

Nego provimento à apelação e à remessa oficial.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 11608-PE

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA**
Apelante: COOPANEST-PE COOPERATIVA DOS MÉDICOS ANESTESIOLOGISTAS DE
PERNAMBUCO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogados: DRS. CARLOS ALBERTO AQUINO OLIVEIRA (APTE.) E
MÁRCIA CRISTINA DE MELO MENDONÇA E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Previdenciário. Cooperativas de Trabalho. Cobrança de contribuições sobre pagamento efetuado aos associados. Impossibilidade.

- O sistema de cooperativas se funda na colaboração entre os associados para proteção de interesses comuns. Inexiste vínculo empregatício entre os profissionais associados e a cooperativa a justificar a cobrança de contribuições previdenciárias sobre o pagamento dos serviços prestados pelos participes da entidade.

- Os associados realizam as atividades profissionais como autônomos e, nesta condição, já contribuem para a Previdência Social.

- As cooperativas só se equiparam às empresas em geral para o fim de recolhimento junto à autarquia previdenciária com relação aos seus próprios empregados, e não com relação aos cooperados.

- Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 23 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ - Presidente

JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA** - Relator

RELATÓRIO

O JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA**: Apelação de sentença a julgar improcedente pedido formulado por Cooperativa dos Anestesistas do Recife em ação anulatória de débito fiscal proposta contra o IAPAS, hoje INSS.

A apelante pretendia a nulidade da autuação imposta em face do não recolhimento das contribuições previdenciárias sobre os pagamentos efetuados aos cooperados. Alega a inexistência de vínculo empregatício destes com a Cooperativa, porquanto ela seria mero agente catalisador de contratos. Ademais, os anestesistas exerceriam atividades como autônomos, recolhendo individualmente os tributos próprios dessa condição.

Às fls. 87/88, o apelado apresenta contra-razões fundadas no art. 5º, parágrafo único, da CLPS, e art. 30, também parágrafo único, do Decreto nº 83.081/79. Ambos equiparam,

para fins previdenciários, as cooperativas de trabalho à empresa.

Apensos aos presentes, vieram os autos da execução fiscal nº 890001176-6, promovida pelo ora apelado contra a apelante, na qual se cobra débito oriundo de uma das autuações aqui cogitadas.

Os embargos foram rejeitados, donde interposta apelação.

Regularmente processados, subiram os autos para desembargo.

Relatei.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): Não há de prevalecer o entendimento esposado pelo insigne julgador na sentença de fls.74/76.

O liame estabelecido entre cada um dos associados e a cooperativa não exibe natureza empregatícia. Ela é instituída no objetivo de congregar os profissionais de determinada área para atuarem autonomamente no mercado de trabalho, através de contratos por ela firmados.

O sistema de cooperativas se funda na colaboração entre os associados para proteção de interesses comuns. Revela-se, pois, incompatível a este tipo de sociedade o vínculo empregatício.

Aqueles dispositivos normativos a que se apegou o recorrido (art. 5º, parágrafo único, CLPS, e art. 30, também parágrafo único, do RBPS) nunca deram a qualidade de empresa às cooperativas de trabalho, em relação aos cooperados, porém o fizeram relativamente a seus empregados. Os associados das cooperativas, sabidamente, não são empregados dela.

Tornam-se, assim, descabidas as notificações fiscais que imputam à recorrente falta de recolhimento das contribuições previdenciárias sobre os pagamentos aos partícipes da entidade. Estes é que devem recolhê-las.

Neste sentido se vem firmando a jurisprudência deste Egrégio Pretório. Além do precedente referido pela apelante às fls. 82, da lavra do emitente Juiz Lázaro Guimarães, destacam-se os abaixo transcritos:

"Previdenciário. Contribuições. Cooperativas de Médicos. Ilegalidade.

1- As Cooperativas de Médicos não estão legalmente obrigadas a descontar e recolher contribuições sobre a remuneração paga aos profissionais médicos, pelos serviços que prestam, como autônomos, aos associados daquelas;

2- Apelação improvida.

(AC 9.490-PE, Rel. Juiz Petrúcio Ferreira, DJ 04.10.91)".

"Previdenciário. Mandado de Segurança. Recolhimento de contribuições para o IAPAS por Cooperativa Médica. Não cabimento.

1- Os médicos associados de uma cooperativa não mantêm com esta relação de emprego que justifique o recolhimento de contribuições junto ao IAPAS, proporcionais ao serviço prestado.

2- Não é possível existir tal contribuição, se os profissionais de saúde, na condição de autônomos, já o fazem, implicando posição em contrário em inadmissível *bis in idem*.

3- Face à sua natureza especialíssima, não se equiparando as empresas em geral, para efeito do recolhimento junto ao IAPAS de contribuições referentes aos seus cooperados, que não são empregados, a posição assumida pela representação da autarquia atenta contra direito líquido e certo, cabendo, pois, o *mandamus*.

4- Apelação e remessa oficial improvidas.

(AMS 2137-AL, Rel. Juiz José Delgado, DJ 17.08.90)".

Dou provimento a esta apelação. Conseqüentemente, tenho por prejudicada aquela interposta contra decisão desfavorável aos embargos à execução aludidos no relatório.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL N° 16345-PB

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA**
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
Apelado: ADAUTO AVELINO COSTA
Advogados: DRS. JOSÉ LEITE DE ALMEIDA GUERRA (APTE.) E
ROBERTO SILVA LESSA FEITOSA E OUTRO (APDO.)
Vara de Origem: 1ª

EMENTA

Administrativo. Horas extras. Decreto nº 92.001/85.
- O pagamento das horas extras efetivamente prestadas no serviço público federal submeter-se-á aos critérios estabelecidos pelo Decreto 92.001/85.
- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 23 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ - Presidente

JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA** - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA: Insurge-se a Universidade Federal da Paraíba contra sentença a julgar parcialmente procedente pedido formulado por Adauto Avelino Costa em ação ordinária de cobrança contra ela movida.

O demandante pleiteava o pagamento de horas extraordinárias prestadas, na condição de motorista, ao Reitor daquela Universidade, no período de março de 86 a dezembro de 87, numa média de 88 horas mensais. O julgador monocrático condenou a recorrente ao pagamento dos serviços extraordinários, pois rejeitado o limite de 88 horas casuais, nos termos do Dec. 92.001/85.

A apelante, às fls. 50/51, quer justificar a suspensão do pagamento dos serviços extraordinários com base nas restrições contidas no Dec. N° 92.001/85. Segundo ela, até a vigência do referido Diploma Legal, as horas extras eram reconhecidas e pagas integralmente. Se assim não o fez, "em estrita obediência ao mandamento legal." (fls. 51). Sem contra-razões.

Regularmente processados, subiram os autos para desembargo.

Relatei.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): Inexistiu, da parte da apelante, refutação quanto à efetiva prestação dos serviços extraordinários pelo apelado. Este, ademais, comprovou à saciedade aquele fato, mediante a ouvida de testemunhas.

A sentença deferiu parcialmente a postulação, pois determinou a obediência ao teto

máximo anual de horas estipulado no Decreto 92.001/85, art. 1º, § 1º.

O recurso da Universidade deveu-se certamente a um equívoco na interpretação do dispositivo do *decisum*, ela talvez compreendendo haver sido condenada a pagar a quantidade total das horas reclamadas. Mas, como acima visto, se lhe impôs tão-só o pagamento de 88 (oitenta e oito) horas extraordinárias em cada ano, no período compreendido entre março de 86 e dezembro de 87. Em outras palavras, foi à ré determinado o pagamento de oitenta e oito horas no ano de 1986 e igual número de horas no ano de 1987, porquanto respeitado o limite estipulado no Decreto 92.001/85, art. 1º, § 1º.

Irreparável se exibe, então, a r. sentença, ora mantida.

Nego provimento à apelação.

Ante a sucumbência parcial detectada, restitua a UFPB metade das custas desembolsadas pelo autor. Pelo mesmo motivo, cada parte pagará à outra 10% de honorários advocatícios sobre o valor da condenação.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 21.056-RN

Relator: O SR. JUIZ NEREU SANTOS
Apelante: ZÉLIA GOMES DA SILVA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogados: DRS. CLÁUDIO DANTAS MARINHO (APTE.) E
SANDRA MARIA FREITAS DE ALMEIDA E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Processual Civil. Prolação de nova sentença no mesmo processo. Fase de liquidação não caracterizada. Extinção do feito. Nulidade processual.

- No caso, trata-se de nova sentença proferida em razão de provocação do vencido, mediante cota nos autos, reconhecendo o julgador que houve pagamento na via administrativa, presumindo-se, ante o silêncio do autor, a satisfação do débito.
- Ao proferir sentença, apreciando ou não o mérito da causa, o Magistrado, no papel de Estado-Juiz, cumpre com o *munus publico*, sendo-lhe defeso a prolação de outra decisão, salvo em sede de embargos declaratórios.
- Inexistindo recurso contra sentença, e sendo esta condenatória e ilíquida, impõe-se passar à fase de liquidação, preparatória da execução, que é uma providência da parte, não podendo o Juiz agir de ofício para esse fim, não sendo obrigado o vencedor, no processo de conhecimento, a executar a sentença, se assim não pretender.
- Instada a parte a requerer o que entender de direito e não se manifestando, a única pena possível é o arquivamento do processo. Obviamente, a execução se tornará impossível após o prazo prescricional. Inteligência da Súmula 150, do Egrégio STF.
- Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar 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, 13 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: Zélia Gomes da Silva ajuizou ação ordinária contra o INSS, visando à revisão de seus proventos, em face de manifesta defasagem em seu pagamento.

O MM. Juiz da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte julgou procedente o pedido, determinando o reajuste dos valores dos benefícios atrasados e atuais desde a primeira renda mensal com aplicação no primeiro reajuste do índice integral da política salarial, considerando como mês básico o da vigência do salário mínimo, ressalvado o prazo prescricional de cinco anos, anteriores à propositura da ação, no tocante às parcelas atrasadas.

Condenou, ainda, a autarquia federal ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

A sentença foi publicada no *DOE* em 29.05.91, inexistindo recurso voluntário.

Instada a parte autora para requerer o que entendesse de direito, sob pena de arquivamento, esta silenciou-se. (fls. 31).

Às fls. 31v dos autos, o INSS produziu cota, em data de 29.10.91, alegando que era improcedente o pedido da autora por enquadrar-se na espécie 22, com tratamento 71, daí porque vinha suportando reajustes pelo índice do servidor público civil da União, inexistindo qualquer defasagem.

Foi determinada a intimação da autora, por meio de seu advogado, para se pronunciar sobre a cota, sendo que este nada requereu.

Instada a autora, pessoalmente, para apresentar prova da defasagem salarial (fls. 33v), carreou aos autos os documentos de fls. 38/73.

Nova promoção do INSS, argumentando que havia procedido administrativamente à atualização dos valores, daí porque haveria de ser extinto o feito, pois nada era devido à autora.

A autora foi intimada para se manifestar sobre o requerimento da autarquia, deixando o prazo passar *in albis*.

O Juiz monocrático prolatou nova sentença extinguindo o feito, por reconhecer o pagamento na via administrativa, considerando a presunção de satisfação do débito, ante o silêncio da autora.

É desse *decisum* que recorre a autora, alegando, em suma, da impossibilidade de ser proferida no processo de conhecimento duas sentenças, sendo que a segunda, *in casu*, encontra-se revestida do caráter de ação rescisória. Pugnou pela reforma da decisão atacada por ferir a coisa julgada.

Não foram oferecidas contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): Como se observa nestes autos, a súplica da apelante cinge-se ao fato de o MM. Juiz *a quo*, após julgar procedente o seu pedido de revisão de benefício previdenciário, ter prolatado nova sentença extinguindo o feito, por entender que o INSS comprovou o pagamento das quantias pretendidas na ação, na via administrativa, o que ficou confirmado em face da autora não ter demonstrado interesse quanto ao prosseguimento do processo, embora intimada para manifestar-se.

Nas razões de recurso, alega a apelante que após o trânsito em julgado não poderia o processo receber novo *decisum*, que teria efeito rescisório, afetando a coisa julgada.

Entendo que a razão está com a apelante.

Com efeito, após o trânsito em julgado da sentença favorável à autora (fls. 30), o INSS,

motu proprio, peticionou requerendo a improcedência da inicial, fazendo anexar à postulação o documento de fls. 32.

Às fls. 33, o MM. Juiz singular determinou que a autora se manifestasse sobre a cota do INSS, requerendo o que entendesse de direito, sob pena de arquivamento dos autos.

Às fls. 33v, consta certidão esclarecendo que o prazo havia transcorrido *in albis*.

Daí, determinou o MM. Juiz que fosse a autora intimada pessoalmente, em face do silêncio do seu advogado, sob pena de extinção do feito.

A autora, sem a chancela do *jus postulandi*, peticionou nos autos e fez juntar diversos documentos (39/73).

Instado o INSS para falar nos autos, aduziu o Instituto-apelado, dentre outros argumentos, que havia procedido administrativamente à atualização dos valores da pensão, que, na realidade, trata-se de benefício estatutário.

Novamente intimado a autora para se manifestar sobre o requerimento de fls. 76, esta silenciou-se.

Em face disto, o MM. Juiz prolatou nova sentença, desta feita extinguindo o processo com julgamento do mérito, de acordo com o artigo 269, I, CPC.

Dispõe o CPC:

"Art. 269. Extingue-se o processo com julgamento do mérito:

I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;"

Ora, ao assim proceder, o Juiz sentenciante modificou a sua própria decisão, quando havia julgado procedente o pedido do autor.

Penso que a promoção atravessada pelo INSS, após o trânsito em julgado da sentença que lhe foi desfavorável, é totalmente inoportuna, por tentar reviver questão de mérito.

Como é sabido, inexistindo recurso contra a sentença, e sendo esta condenatória e ilíquida, impõe-se passar à fase de liquidação, preparatória da execução, que é uma providência da parte, não podendo o Juiz agir de ofício para esse fim.

Penso que a única pena possível ao autor, que instado pelo Juiz a requerer o que entender de direito e não se manifesta, é o arquivamento do processo.

Sobre o tema, colho de Theotonio Negrão a seguinte jurisprudência:

"Após sentença de mérito, a omissão do autor vencedor, na execução, não acarreta a extinção do processo, mas tão-só o seu arquivamento (RF 306/211)." (in *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, Malheiros Editores, 25ª edição, ano 1994, pág. 236).

No caso da parte pretender desarquivar o feito, somente após o pagamento das custas.

É claro que a execução se tornará impossível após o prazo prescricional, na forma da Súmula 150, do Egrégio STF: "Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação".

Isto posto, entendo que o autor não pode ser obrigado a executar a sentença de conhecimento, se assim não pretender.

Com essas considerações, dou provimento à apelação para anular a sentença vergastada.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 29.889-CE

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**

Apelante: ÉDSON MENEZES DA ROCHA

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogados: DRS. LUIZ CRESCÊNCIO PEREIRA JÚNIOR E OUTRO (APTE.) E MARIA DE LOURDES FERNANDES DA SILVA E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Processual Civil. Fé pública dos atos dos serventuários da Justiça. Produção de prova impossível. Extinção da execução. Cumprimento da obrigação.

01. Os atos praticados pelos serventuários da Justiça têm fé pública, por isso gozam de presunção de veracidade. Esta presunção, no entanto, admite prova em contrário.

02. Em se tratando de prova impossível, deve o Juiz abrandar o rigor da lei, quanto ao ônus da prova, e determinar que a produção da prova se faça por quem seja capaz de produzi-la.

03. Havendo informação a respeito da satisfação da obrigação e não havendo impugnação da parte no momento oportuno, correta é a extinção da execução, através de sentença.

04. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 06 de outubro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Trata-se de apelação interposta por Édson Menezes da Rocha contra sentença do Juiz de Primeiro Grau, que extinguiu a execução por ele interposta contra o INSS, sob o fundamento de que a obrigação havia sido satisfeita.

Alegou o apelante que a obrigação não foi satisfeita, que não recebeu o valor referente ao crédito executado, e que nos autos não existem provas da satisfação, razão por que o Juiz não deveria ter extinto a execução.

Não houve contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): A sentença do Juiz monocrático que extinguiu a execução baseou-se em informação prestada pela Secretaria da Vara (fls. 124), onde se lê:

"Certifico que o precatório expedido nos presentes autos já foi pago, conforme informação oriunda do Egrégio TRF - 5ª Região, através do Ofício nº 54/92-PRC. Dou fé.

Fortaleza, 10/12/92."

O princípio que rege os atos processuais praticados pelos serventuários da Justiça é de que a eles se empresta a fé pública. Isso vale dizer que os fatos alegados pelos auxiliares do Juiz presumem-se verdadeiros.

Entretanto, é de se observar que a presunção nesse caso é *juris tantum*, ou seja, passível de ser ilidida com prova em contrário.

No caso presente, se o apelante alega não ter recebido o objeto da obrigação, mister se faz averiguar da veracidade das informações constantes dos autos, mediante prova a ser produzida pelo apelante.

No entanto, o fato alegado pelo apelante é no sentido do não cumprimento da obrigação. Assim sendo, não há como provar-se uma atitude negativa. Este tipo de prova inclui-se, a meu ver, naquele tipo de prova denominado prova impossível, segundo Moacyr Amaral Santos:

"A impossibilidade da prova pode dar-se: a) por disposição de lei; b) pela natureza do fato. Pela natureza do fato, a prova se diz impossível:

- 1) quando a lei veda determinado meio de prova a esse fato;
- 2) quando as condições peculiares ao fato impedem provar-se por determinado meio de prova."

(*Comentários ao CPC*, Vol. IV, Moacyr Amaral Santos, 1982, Editora Forense).

Tratando-se, portanto, de prova impossível, penso que é caso de abrandamento do rigor exigido em relação à exigência de apresentação de prova pelo apelante para determinar a produzir quem possa.

Deste modo, determinei que o julgamento fosse transformado em diligência e os autos fossem ao Setor de Precatório, a fim de que fossem prestadas informações a respeito do efetivo pagamento do precatório.

De acordo com as informações prestadas às fls. 140/165, esclarecido ficou que o pagamento efetivamente foi feito, em 02.10.91, mediante depósito em caderneta de poupança, na Caixa Econômica Federal, Posto de Serviço da Justiça Federal no Estado do Ceará, conforme comprovantes bancários juntados aos autos (fls. 165).

Assim sendo, esclarecida está a questão referente à veracidade da certidão constante dos autos, que motivou a sentença apelada.

Quanto à extinção da execução propriamente dita, considero-a correta. Intimadas as partes para falarem sobre a mesma (fls. 124/verso), somente o INSS manifestou-se, pedindo a extinção do feito, razão por que o Juiz singular acolheu a pretensão deduzida. Nenhuma impugnação foi oferecida por parte do particular, quando o mesmo fora intimado para tanto.

Ante estas considerações, nego provimento à apelação, por considerar esclarecidos todos os pontos acerca do pagamento da obrigação e por não vislumbrar vício algum na sentença de primeiro grau, que extinguiu a execução.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 32.003-RN

Relator: O SR. JUIZ **NEREU SANTOS**

Apelantes: CEREALISTA BANDEIRANTES LTDA. E OUTRO

Apelada: FAZENDA NACIONAL

Advogados: DRS. WELLINGTON DE SÁ BORBA PINTO E OUTRO (APTOS.)

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Ação Declaratória. Imposto de Renda de Pessoa Jurídica. Incidência da TRD e UFIR.

- Caso em que a sentença extinguiu o processo por entender ausente a prova de recolhimento da exação, não sendo possível declarar-se a constitucionalidade de norma em tese, através do controle difuso.

- Comprovada pela autora a sua condição de pessoa jurídica, obrigada assim ao recolhimento do imposto de renda, é perfeitamente cabível ação declaratória de inexistência da relação jurídica que a obrigue ao recolhimento da exação com a incidência dos indexadores das Leis nºs 8.177/91 e 8.383/91, em face da alegada constitucionalidade dessas prescrições legais.

- Apelação provida. Nulidade processual.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar 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, 15 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: O caso é de apelação interposta por Cerealista Bandeirantes Ltda. e Eletro Variedades Ltda. contra sentença prolatada em ação ordinária ajuizada contra a União, visando à declaração de inexistência de relação jurídica que obrigue as autoras de recolherem o imposto de renda com a incidência da TRD e UFIR.

O MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte extinguiu o processo sem julgamento do mérito, por entender que as autoras não comprovaram qualquer recolhimento junto ao Fisco, sendo impossível a declaração de inconstitucionalidade de norma em tese, via controle difuso.

É desse *decisum* que recorrem as autoras, sustentando que não pretendem a declaração em tese da inconstitucionalidade da aplicação dos indexadores, uma vez que "exsurge tal obrigação tributária das próprias leis que a instituíram, quais sejam, 8.177/91 e 8.383/91". Trouxe à baila excerto de voto proferido pelo em. Ministro Ilmar Galvão no julgamento do RE nº 1.472-RS. Pugna, ao fim, pela reforma da decisão para que seja julgado o mérito da ação pela instância *a quo*.

Oferecidas as contra-razões. (fls. 78/84).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): Houve por bem o Magistrado singular de extinguir o processo sem julgamento do mérito, sob o argumento de que o autor não provou o recolhimento da exação em causa, não podendo, destarte, obter a declaração de inconstitucionalidade de norma em tese, via controle difuso.

Assim aduziu o MM. Juiz sentenciante:

"Na espécie, a autora não trouxe a prova de existência da relação jurídica tributária entre ela e o Fisco, procurando se eximir de uma suposta obrigação de forma genérica, buscando, perante o Juiz de 1º Grau, uma declaração de inconstitucionalidade em tese. Impossível, portanto, de ser atendida no seu pleito.

A declaração de inconstitucionalidade de norma em tese só é possível através de ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, como via hábil de ter esse direito reconhecido de forma concentrada. Afara essa hipótese, somente à luz do caso concreto, mediante a comprovação dos fatos arrolados, de forma incidental, poderá o julgador reconhecer essa situação. Não é o que se dessume do processo, frente ao que já demonstrado.

A situação posta nos autos implica em se reconhecer a falta de objeto específico da ação declaratória, tendo em vista que a via eleita não se presta ao fim pleiteado.

Assim, há total falta de pressuposto de existência do processo, não se configura a demanda declaratória na forma como posta na inaugural."

Conquanto bem delineada a tese do *decisum*, penso que a mesma não pode ser acatada no caso vertente.

Na verdade, pretendem as autoras obterem uma declaração judicial de inexistência de relação jurídica que as obriguem a recolher impostos com a incidência da TRD e da UFIR, face à constitucionalidade dessa exigência.

Não vislumbro tratar-se de um pedido genérico, de declaração de constitucionalidade de norma em tese, uma vez que em razão da própria natureza das autoras, comprovadamente pessoas jurídicas inscritas no CGC do Ministério da Fazenda (docs. 41/47), as apelantes estariam sujeitas de modo imediato e cogente às prescrições das Leis nºs 8.177/91 e 8.383/91, no que tange ao recolhimento do imposto de renda de pessoa jurídica - IRPJ.

Com efeito, dispõe o art. 9º, da Lei nº 8.177/91:

"A partir de fevereiro de 1991, incidirá a TRD sobre os impostos, as multas, as demais obrigações fiscais e parafiscais, os débitos de qualquer natureza para com a Fazendas Nacional, Estadual, do Distrito Federal e dos Municípios, com o Fundo de Participação PIS-PASEP e com o Fundo de Investimento Social, e sobre os passivos de empresas concordatárias, em falência e de instituições em regime de liquidação extrajudicial, intervenção e administração especial temporária."

A seu turno, reza o art. 1º da Lei nº 8.383/91:

"Art. 1º. Fica instituída a Unidade Fiscal de Referência - UFIR como medida de valor e parâmetro de atualização monetária de tributos e de valores expressos em cruzeiros na legislação tributária federal, bem como os relativos a multas e penalidades de qualquer natureza."

Ora, estando na condição plena de serem atingidas pela norma que dizem estar eivada de constitucionalidade - incidência da TRD e UFIR sobre os recolhimentos do IRPJ -, em face mesmo dos Diplomas Legais mencionados, a declaração de inexistência de relação jurídica é um imperativo a ser apreciado pelo Poder Judiciário.

E a declaração decorre naturalmente da incerteza quanto à uma situação concreta, perfeitamente identificável, isto é, o recolhimento do IRPJ com a incidência dos indexadores, cuja aplicação seria constitucional.

A propósito, louvo-me em Theotonio Negrão:

"Ação declaratória. Objeto. Trata-se de ação que não se presta para atender a mera pretensão à interpretação da lei em tese, mas a afastar estado de incerteza objetiva acerca da existência, ou não, de relação jurídica. Caso em que essa circunstância não foi demonstrada pela recorrente, a quem incumbia a prova de que a dúvida não reside puramente em sua consciência, traduzindo-se, ao revés, em atos exteriores que acarretam, ou podem vir a acarretar, prejuízo ao seu direito.'(STJ-RT 672/228)."

(in *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 25ª edição, Malheiros Editores, ano 1994, pág. 71).

Ora, a hipótese discutida nestes autos demonstram que não existe dúvida apenas na consciência das autoras, mas ela reflete na real possibilidade de sofrerem prejuízo no direito de recolherem o IRPJ sem a incidência dos indexadores, face à eiva da alegada constitucionalidade.

Com essas considerações, anulo a sentença para que outra seja proferida com o exame do mérito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 32.003-RN

Relator:	O SR. JUIZ NEREU SANTOS
Apelantes:	CEREALISTA BANDEIRANTES LTDA. E OUTRO
Apelada:	FAZENDA NACIONAL
Advogados:	DRS. WELLINGTON DE SÁ BORBA PINTO E OUTRO (APTES.)

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Ação Declaratória. Imposto de Renda de Pessoa Jurídica. Incidência da TRD e UFIR.

- Caso em que a sentença extinguiu o processo por entender ausente a prova de recolhimento da exação, não sendo possível declarar-se a constitucionalidade de norma em tese, através do controle difuso.

- Comprovada pela autora a sua condição de pessoa jurídica, obrigada assim ao recolhimento do imposto de renda, é perfeitamente cabível ação declaratória de inexistência da relação jurídica que a obrigue ao recolhimento da exação com a incidência dos indexadores das Leis nºs 8.177/91 e 8.383/91, em face da alegada constitucionalidade dessas prescrições legais.

- Apelação provida. Nulidade processual.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar 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, 15 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: O caso é de apelação interposta por Cerealista Bandeirantes Ltda. e Eletro Variedades Ltda. contra sentença prolatada em ação ordinária ajuizada contra a União, visando à declaração de inexistência de relação jurídica que obrigue as autoras de recolherem o imposto de renda com a incidência da TRD e UFIR.

O MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte extinguiu o processo sem julgamento do mérito, por entender que as autoras não comprovaram qualquer recolhimento junto ao Fisco, sendo impossível a declaração de constitucionalidade de norma em tese, via controle difuso.

É desse *decisum* que recorrem as autoras, sustentando que não pretendem a declaração em tese da constitucionalidade da aplicação dos indexadores, uma vez que "exsurge tal obrigação tributária das próprias leis que a instituíram, quais sejam, 8.177/91 e 8.383/91". Trouxe à baila excerto de voto proferido pelo em. Ministro Ilmar Galvão no julgamento do RE nº 1.472-RS. Pugna, ao fim, pela reforma da decisão para que seja julgado o mérito da ação pela instância *a quo*.

Oferecidas as contra-razões. (fls. 78/84).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): Houve por bem o Magistrado singular de extinguir o processo sem julgamento do mérito, sob o argumento de que o autor não provou o recolhimento da exação em causa, não podendo, destarte, obter a declaração de constitucionalidade de norma em tese, via controle difuso.

Assim aduziu o MM. Juiz sentenciante:

"Na espécie, a autora não trouxe a prova de existência da relação jurídica tributária entre ela e o Fisco, procurando se eximir de uma suposta obrigação de forma genérica, buscando, perante o Juiz de 1º Grau, uma declaração de constitucionalidade em tese.

Impossível, portanto, de ser atendida no seu pleito.

A declaração de constitucionalidade de norma em tese só é possível através de ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, como via hábil de ter esse direito reconhecido de forma concentrada. Afora essa hipótese, somente à luz do caso concreto, mediante a comprovação dos fatos arrolados, de forma incidental, poderá o julgador reconhecer essa situação. Não é o que se dessume do processo, frente ao que já demonstrado.

A situação posta nos autos implica em se reconhecer a falta de objeto específico da ação declaratória, tendo em vista que a via eleita não se presta ao fim pleiteado.

Assim, há total falta de pressuposto de existência do processo, não se configura a demanda declaratória na forma como posta na inaugural."

Conquanto bem delineada a tese do *decisum*, penso que a mesma não pode ser acatada no caso vertente.

Na verdade, pretendem as autoras obterem uma declaração judicial de inexistência de relação jurídica que as obriguem a recolher impostos com a incidência da TRD e da UFIR, face à constitucionalidade dessa exigência.

Não vislumbro tratar-se de um pedido genérico, de declaração de constitucionalidade de norma em tese, uma vez que em razão da própria natureza das autoras, comprovadamente pessoas jurídicas inscritas no CGC do Ministério da Fazenda (docs. 41/47), as apelantes estariam sujeitas de modo imediato e cogente às prescrições das Leis nºs 8.177/91 e 8.383/91, no que tange ao recolhimento do imposto de renda de pessoa jurídica - IRPJ.

Com efeito, dispõe o art. 9º, da Lei nº 8.177/91:

"A partir de fevereiro de 1991, incidirá a TRD sobre os impostos, as multas, as demais obrigações fiscais e parafiscais, os débitos de qualquer natureza para com a Fazendas Nacional, Estadual, do Distrito Federal e dos Municípios, com o Fundo de Participação PIS-PASEP e com o Fundo de Investimento Social, e sobre os passivos de empresas concordatárias, em falência e de instituições em regime de liquidação extrajudicial, intervenção e administração especial temporária."

A seu turno, reza o art. 1º da Lei nº 8.383/91:

"Art. 1º. Fica instituída a Unidade Fiscal de Referência - UFIR como medida de valor e parâmetro de atualização monetária de tributos e de valores expressos em cruzeiros na legislação tributária federal, bem como os relativos a multas e penalidades de qualquer natureza."

Ora, estando na condição plena de serem atingidas pela norma que dizem estar eivada de constitucionalidade - incidência da TRD e UFIR sobre os recolhimentos do IRPJ -, em face mesmo dos Diplomas Legais mencionados, a declaração de inexistência de relação jurídica é um imperativo a ser apreciado pelo Poder Judiciário.

E a declaração decorre naturalmente da incerteza quanto à uma situação concreta, perfeitamente identificável, isto é, o recolhimento do IRPJ com a incidência dos indexadores, cuja aplicação seria constitucional.

A propósito, louvo-me em Theotonio Negrão:

"Ação declaratória. Objeto. Trata-se de ação que não se presta para atender a mera pretensão à interpretação da lei em tese, mas a afastar estado de incerteza objetiva acerca da existência, ou não, de relação jurídica. Caso em que essa circunstância não foi demonstrada pela recorrente, a quem incumbia a prova de que a dúvida não reside puramente em sua consciência, traduzindo-se, ao revés, em atos exteriores que acarretam, ou podem vir a acarretar, prejuízo ao seu direito. (STJ-RT 672/228)."

(in *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 25ª edição, Malheiros Editores, ano 1994, pág. 71).

Ora, a hipótese discutida nestes autos demonstram que não existe dúvida apenas na consciência das autoras, mas ela reflete na real possibilidade de sofrerem prejuízo no

direito de recolherem o IRPJ sem a incidência dos indexadores, face à eiva da alegada inconstitucionalidade.

Com essas considerações, anulo a sentença para que outra seja proferida com o exame do mérito.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 32.842-AL

Relator: O SR. JUIZ **NEREU SANTOS**
Apelante: RUI BARBOSA AMORIM PASSOS
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Advogado: DR. CARMIL VIEIRA DOS SANTOS (APTE.)

EMENTA

Constitucional e Administrativo. Pedido de reintegração no serviço público federal. Celetista. Membro suplente de Conselho Fiscal de Sindicato. O detentor de função comissionada não goza da estabilidade do art. 19, caput, do ADCT, em face da exceção prevista no seu § 1º. A estabilidade sindical do membro suplente do Conselho Fiscal de Sindicato, muito embora reconhecida, não perdura ante a demissão apoiada em força maior. No caso, foi a extinção do Ministério das Comunicações e dos cargos dele decorrentes. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 13 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: Rui Barbosa Amorim Passos ajuizou reclamação trabalhista perante a 2ª JCJ de Maceió-AL contra a União Federal, objetivando a sua reintegração no Ministério da Infra-Estrutura (Departamento Nacional de Fiscalização das Comunicações - ex-DENTEL).

Alegou, em suma, que: a) foi contratado em 31.08.81, na função de Assessoramento Superior - FAS, de conformidade com a CLT; b) candidatou-se e foi eleito membro suplente do Conselho Fiscal do Sindicato de Engenheiros no Estado de Alagoas; c) quando exercia normalmente suas funções sindicais, foi demitido por força do Decreto nº 99.208, de 12.04.90, o que não poderia ocorrer em face de ser detentor de estabilidade; b) além da reintegração, pleiteia salários vencidos e vincendos, férias e 13º salários a partir de abril/90 até a data da reintegração, liberação do FGTS ou indenização correspondente e recolhimento das contribuições previdenciárias devidas.

Tendo em vista a Egrégia 1ª Turma do TRT da 6ª Região declarar a incompetência da Justiça do Trabalho, em face da decisão do Egrégio STF, foi determinada a remessa dos autos à Justiça Federal.

O MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas, Dr. Paulo Roberto de Oliveira Lima, julgou o pedido improcedente.

É desse *decisum* que recorre o autor, argumentando ser detentor de estabilidade preconizada no art. 19, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Pugna, ao fim, pela reforma total da sentença. Oferecidas contra-razões (fls. 105/107).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): Cuida-se de ação ajuizada inicialmente na Justiça do Trabalho, remetida posteriormente à Justiça Federal de Primeiro Grau pelo Egrégio TRT da 6ª Região, que anulou o *decisum* da JCJ, por reconhecer a incompetência da Justiça Laboral para apreciar pedido de reintegração de servidor público federal, sob à égide da Lei nº 8.112/90.

O deslinde da questão resume-se em dois pontos: primeiro, em verificar se o autor é portador da estabilidade preconizada no art. 19, *caput*, do ADCT; segundo, se detém a estabilidade provisória em razão de, à época da exoneração, gozar da condição de membro suplente do Conselho Fiscal do Sindicato dos Engenheiros no Estado de Alagoas.

Preceitua o ADCT:

"Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público."

§ 1º. *omissis*

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do *caput* deste artigo, exceto se se tratar de servidor."

Verifico que o tema não foi suscitado pelo autor na inicial. No entanto, veio à baila na contestação formulada pela União e foi objeto do arresto.

A razão está com a sentença, ao asseverar:

"A meu sentir, não há dúvidas de que o reclamante foi contratado para o exercício de função dita comissionada. Realmente, seu ingresso no serviço público independeu de seleção prévia obrigatória para os efetivos. O nome do cargo a que aderiu, bem assim seu símbolo, espancam outras dúvidas. O reclamante foi contratado para a função de Assessoramento Superior - FAS, junto ao Ministério das Comunicações. Na sentença prolatada na Justiça do Trabalho, anulada por incompetência do juízo, tem-se que a função do reclamante não era gratificada, pois o ínclito magistrado não viu no contra-cheque do empregado qualquer alusão à gratificações. Mas não viu porque o reclamante não era servidor efetivo, alçado à chefia, mas unicamente detentor de função de confiança. Nestas circunstâncias, sua remuneração se confundia com a gratificação." (fls. 90).

Demais disto, a Portaria nº 153, de 26.08.91, é auto-explicativa (fls. 14).

Não impressiona o argumento do apelante de que fora contratado para exercer funções de natureza técnico-especializada.

Na verdade, não é o que se encontra expresso no contrato individual de trabalho por prazo indeterminado, firmado em 31.08.91, portanto decorrente da Portaria, cuja cláusula primeira elucida qualquer dúvida, *in verbis*:

"O empregado se obriga a prestar, com zelo, eficiência e lealdade ao empregador, a cujos regimentos, regulamentos e normas específicas se subordinará, a execução do presente

contrato, atividades de assessoramento superior, de que trata o Decreto nº 75.627, de 18 de abril de 1975." (fls. 12).

Interessante notar, no caso em apreço, que a apelação do autor, ao contrário da inicial, somente reporta-se à questão da estabilidade do art. 19, *caput*, do ADCT. Não ataca, de modo expresso, a sentença no que pertine à estabilidade provisória decorrente da condição de ser membro suplente do Conselho Fiscal do Sindicato, muito embora requeira o autor, ao final, que este Tribunal dê provimento ao recurso para "reformar totalmente" a sentença de primeiro grau.

Doutra parte, a matéria é agitada nas contra-razões da União.

Entendendo que o pedido de reforma total abrange também o exame do tema pertinente à estabilidade provisória. Passo a analisá-lo.

Dispõe a Constituição:

"Art. 8º. *omissis*

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado, a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei."

A primeira indagação é sobre o alcance do preceptivo, se atinge o membro suplente do Conselho Fiscal.

A propósito, trago à colação ementas de acórdãos que cuidam de matéria semelhante, extraídas do *Curso de Direito do Trabalho*, do Professor Everaldo Gaspar Lopes de Andrade, Editora Saraiva, 2ª edição, ano 1992, págs. 213/214:

"A imunidade do dirigente sindical eleito é concedida não como privilégio, mas sim em resguardo ao livre exercício do mandato e à atuação independente dos sindicatos de trabalhadores, na busca da justiça social. (Proc. TRT, 1ª Região, 2ª T., MS 24/88, Rel. Azulino Joaquim de Andrade Filho, *DORJ*, 2 fev. 1989, LTr., 53(10):1196)."

'Os membros suplentes também gozam de estabilidade provisória no emprego. Inteligência da Constituição Federal vigente, que não faz distinção entre titulares e suplentes (art. 10, II, letra "a", das Disposições Transitórias) (Proc. TRT, 2ª Região, 1ª T., RO 17.053-7, Rel. Floriano Correia V. da Silva, *DJSP*, 17 jan. 1990, LTr., 54(5):556)."

Entendo, pois, que a estabilidade provisória do dirigente sindical também alcança o suplente.

Contudo, constato que o autor foi demitido em face da extinção do Ministério das Comunicações, operando a resolução dos contratos comissionados.

Daí, extinto o cargo, não há como se vê perdurar a estabilidade sindical invocada.

Com essas considerações, nego provimento à apelação, mantendo a bem fundamentada sentença de primeiro grau.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 37.124-AL

Relator: O SR. JUIZ **NEREU SANTOS**
Apelante: PÉRICLES RAMILTON DE MENDONÇA WANDERLEY
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogados: DRS. JOSÉ PETRUCIO DE OLIVEIRA (APTE.) E
AUZENEIDE MARIA DE S. WALLRAF E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Previdenciário. Concessão de pensão por morte da esposa, ocorrida anteriormente à promulgação da Constituição. Art. 201, V, CF. Irretroatividade. - O art. 201, V, deve ser interpretado a partir da promulgação da Constituição, daí não

alcançar situações pretéritas a 05.10.88. Adoção da regra "é o tempo que rege o ato".
- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 13 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: Cuida-se de ação ordinária ajuizada por Péricles Ramilton de Mendonça Wanderley contra o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, visando à concessão de pensão por morte de sua esposa.

Alega o autor, em suma, que: a) era casado com a Sra. Josete Bastos de Oliveira, enfermeira aposentada pelo INSS; b) desde o falecimento da sua esposa, vem tentando receber a pensão correspondente; c) os processos administrativos sofreram solução de continuidade, uma vez que, segundo a autarquia previdenciária, o autor não comprovou a devida habilitação, em que pese ter apresentado certidão de casamento, dentre outros documentos.

O INSS contestou o feito, argüindo, em preliminar, a prescrição e, como tese principal, a carência do direito de ação, sob o argumento de que ao tempo do falecimento do ex-segurado não existia no ordenamento jurídico o direito do marido à pensão por morte da esposa.

O MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas julgou improcedente o pedido, por entender que os dispositivos da Carta de outubro de 1988 não têm aplicação retroativa, pois, se fosse o caso, haveria menção expressa. Tendo o óbito ocorrido anteriormente à promulgação da Constituição, o direito ali estatuído não alcançou o autor.

É desse *decisum* que recorre o apelante, renovando a tese exposta na inicial, além de acrescer o argumento de que a senilidade representa uma forma de invalidez.

Não foram oferecidas contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): Discute-se nestes autos acerca do direito do marido à percepção de pensão por morte da esposa, ocorrida antes da Constituição de 1988.

Dispõe a Carta Magna:

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

...

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

A seu turno, estabelece a Lei nº 8.213/91:

"Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data do óbito ou da decisão judicial, no caso de morte presumida."

Anteriormente, a legislação não contemplava o marido com a pensão decorrente da morte

da esposa, salvo o caso de invalidez, o que não é objeto da presente ação. Daí, a questão é saber se o dispositivo constitucional tem caráter retroativo, isto é, alcança situações anteriores a 05.10.88.

Ao proferir a sentença, o Magistrado de primeiro grau trouxe à baila os seguintes fundamentos:

"A ação improcede, *data maxima venia* dos que pensam de modo diferente.

O óbito da esposa do autor se verificou em 18 de agosto de 1988 (doc. de fls. 06), antes, pois, da Carta de outubro do mesmo ano. A aplicação retroativa dos direitos instituídos no aludido Diploma depende de expressa determinação da Constituição, o que não ocorreu com a pensão por morte da esposa. Assim, quando o óbito da mencionada se verificou, a lei em vigência, única a incidir, fazia depender a pensão, da incapacidade do marido, requisito não satisfeito pelo autor.

Também não procede a alegação de que o aludido direito decorreria da isonomia entre marido e mulher, já estabelecida na Carta de 1967. No regime jurídico anterior à Carta de 1988, a isonomia entre os sexos não tinha a abrangência de agora, tanto que o sistema jurídico sempre atribuiu ao homem a obrigação de sustentar a esposa, enquanto que esta não tinha idêntica obrigação. O Direito Previdenciário nada mais fez que importar estes conceitos de Direito de Família. Falecido o homem que tinha a obrigação de sustentar a esposa, a previdência sucedia-lhe na obrigação. Não assim quando fosse a mulher a morrer, visto que aí o eventual marido não experimentava qualquer prejuízo, mas, ao contrário, liberava-se do ônus de sustentá-la. Demais disso, isonomia não significa igualdade, estando a lei autorizada a tratar desigualmente os desiguais."

Tenho, na verdade, que razão assiste ao duto prolator da sentença recorrida.

Com efeito, a lei que deve ser aplicada ao caso sob exame é a que se encontrava em vigor ao tempo em que ocorreu o óbito da esposa do autor. Vale aqui a regra de que é o tempo que rege o ato.

Assim, o direito à pensão por morte do homem ou da mulher, nos termos do artigo 201, inciso V, da Constituição Federal, só passou a ter eficácia após a sua promulgação em 5 de outubro de 1988.

Não me parece, pois, correto o entendimento que foi esposado pela 3ª Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no sentido de que o direito existia mesmo que o falecimento tivesse ocorrido em data anterior à Constituição de 1988 (AC nº 34800-SC, DJ 22.06.94, pág. 33.358).

Com essas considerações, nego provimento à apelação para manter a sentença recorrida.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 43.335-RN

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelados: APERN S/A - CRÉDITO IMOBILIÁRIO E OUTROS
Advogados: DRS. KÁTIA CAMPANELLI DA NÓBREGA E OUTROS (APTE.) E LUIZ CARLOS MOREIRA E OUTRO (APDOS.)

EMENTA

Processual Civil. Embargos de Terceiro. Honorários de advogado. Ônus lógico do vencido. Incabimento da alegação de boa-fé. Excepcionalidade da redução do mínimo legal.

01. A condenação em honorários advocatícios é uma decorrência lógica do princípio da

sucumbência. Por disposição legal, o ônus dos honorários cabe ao vencido na demanda - art. 20, do Código de Processo Civil.

02. A boa-fé ou a averiguação do fato de se ter dado, ou não, causa à demanda só tem lugar quando não é possível se identificar a parte vencida na relação processual.

03. A redução do percentual dos honorários só tem sido feita, excepcionalmente, em causas onde a matéria é sabidamente simples.

04. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 27 de setembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Apern S.A. - Crédito Imobiliário opôs embargos de terceiro à execução movida pela Caixa Econômica Federal contra Gurgel Fernandes e Cia. Ltda. e outros, alegando a impossibilidade do imóvel em favor dela hipotecado ser levado à praça pública, uma vez não ser o mesmo de propriedade do executado.

Aduziu o embargante ter sido o referido imóvel alienado pelo executado, ocasião em que o adquirente, valendo-se de uma operação de crédito para com a mesma, instituiu a hipoteca em questão, em garantia ao negócio realizado.

O Juiz de Primeiro Grau extinguiu o processo sem julgamento de mérito, sob o argumento de que a prerrogativa de opor embargos de terceiro do credor de direito real de hipoteca só é concedida quando o credor hipotecário não é intimado da venda judicial da coisa onerada.

Este egrégio Tribunal, em grau de recurso, reformou a sentença para rejeitar a preliminar de não cabimento dos embargos e determinar que fosse julgado o mérito da questão.

Em novo julgamento, o Juiz singular julgou procedentes os embargos, excluindo da execução o imóvel descrito nos autos, por não pertencer o mesmo ao patrimônio do executado, condenando a embargada ao pagamento das custas e honorários na base de 10% sobre o valor da causa corrigido.

Desta sentença apela a Caixa Econômica Federal, alegando não ser devida a condenação em honorários, muito menos no patamar em que os mesmos foram fixados, uma vez não ter sido a mesma a causadora da oposição dos embargos. Aduz, ainda, ter o executado dado causa à interposição dos embargos, uma vez que o mesmo omitiu os fatos acerca da alienação do bem hipotecado.

Contra-razões não apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): A Caixa Econômica Federal apela de sentença que a condenou a pagar as custas e honorários advocatícios, resultantes da sucumbência em embargos de terceiro, opostos em execução por ela proposta.

Alega a apelante que, tendo o executado omitido os fatos acerca da alienação do bem

hipotecado e tendo sido juntada aos autos uma certidão do cartório de imóveis, informando sobre a inexistência de ônus reais sobre o imóvel em questão, agiu a mesma de boa-fé, não tendo dado causa à oposição dos embargos.

Deste modo, alega não lhe ser imputável a condenação dos honorários, bem como existir excesso no percentual ajustado, posto que não compatível com as circunstâncias em que a causa foi julgada.

A condenação no pagamento dos honorários é uma decorrência lógica do princípio da sucumbência processual. Tendo sido julgada a causa proposta, naturalmente, existirão o vencido e o vencedor. Por disposição legal, o ônus do pagamento dos mesmos recai sobre o vencido, nos termos do art. 20, do Código de Processo Civil:

"Art. 20 - A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios."

Claro se afigura que, independentemente de quaisquer circunstâncias, cabe ao vencido pagar os honorários arbitrados em sentença.

A questão da boa-fé ou da averiguação da parte que deu causa à demanda só tem lugar, quando não é possível a identificação de qual das partes seria o vencido, na relação jurídica processual.

Isto ocorre quando não há um efetivo julgamento da demanda, por exemplo, quando o processo é extinto por perda do objeto. Nestes casos, a única maneira de se encontrar um responsável para o pagamento dos honorários e das custas é a utilização de informações outras, que não as decorrentes da relação processual, tais como boa-fé e causa da demanda.

Entretanto, tendo sido julgado o processo, e restando uma das partes vencidas, não há que se falar em escusas do pagamento dos honorários por motivo de boa-fé.

A jurisprudência, inclusive, reitera o posicionamento acima transrito.

"Ônus da sucumbência. Aplicação independente da boa-fé com que tenha agido o vencido. Os encargos da sucumbência decorrem exclusivamente da derrota experimentada pela parte."

(STJ - 4ª Turma, REsp 3.261-RS, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJU* 22.04.91, pág. 4.791).

"Independente de boa-fé a condenação do vencido nas despesas e nos honorários, de acordo com o art. 20, do CPC."

(STJ - 3ª Turma, REsp 6.271-CE, Rel. Min. Cláudio Santos, *DJ* 18.02.91, pág. 1.038).

Quanto ao percentual fixado pelo Juiz, este já se encontra no mínimo fixado pelo parágrafo 3º, do art. 20, do Código de Processo Civil (dez por cento), razão por que não vejo como possa pretender a apelante seja este reduzido.

A redução, em alguns casos excepcionais, tem sido feita, no entanto. São casos em que é notória a simplicidade da matéria julgada, critério onde não se enquadra a hipótese dos presentes autos.

Ante estas considerações, reputo correta a sentença do douto Juiz de Primeiro Grau, razão por que a mantendo, negando provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N° 43.873-PE

Relator:	O SR. JUIZ JOSÉ DELGADO
Apelante:	TECANOR S/A - TÊXTIL CATARINENSE DO NORDESTE
Apelada:	CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Recte. Ad.:	CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Lit. Pas.:	UNIÃO FEDERAL
Advogados:	DRS. BRUNO RIBEIRO DE PAIVA (APTE.) E JOSÉ RONEMBERG TRAVASSOS DA SILVA E OUTROS (APDA.)

EMENTA

Tributário. PIS. Legitimidade passiva da CEF. Parcela relativa ao ICM integra a base de cálculo do PIS. Súmula 258 do ex-TFR.

1 - A Caixa Econômica Federal, mesmo após a Lei Complementar nº 26/75 e o Decreto-Lei nº 2.052/83, não se limita a ser mera arrecadadora da contribuição para o PIS, pois expede certificados de regularidade para o Programa, exige o pagamento da contribuição, além de ser co-gestora e administradora do Fundo de Participação.

2 - Na esfera da pacífica jurisprudência do extinto TFR, encontrando-se a matéria, inclusive, sumulada, é de se confirmar que a parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS.

3 - No faturamento são incluídos todos os custos de produção, inclusive impostos, entre os quais figuram o ICM.

4. - Inexistência de violação da estrita legalidade ou invasão de competência, pelo que dispõe o artigo 11, da LC 7/70 e Resoluções 174/71 e 482/78.

5. - Recurso adesivo da Caixa Econômica Federal improvido.

6. - Apelação da autora improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e ao recurso adesivo, nos termos do relatório, voto do Juiz Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 07 de abril de 1994 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente

JUIZ JOSÉ DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO: Trata-se, na espécie, de ação ordinária de repetição de indébito interposta por Tecanor S/A - Têxtil Catarinense do Nordeste contra a Caixa Econômica Federal e a União Federal, pautada na tese de constitucionalidade da incorporação do ICM na base de cálculo do PIS.

Aduz a parte autora que o PIS, instituído pela Lei Complementar nº 7/70, determinou que a segunda parcela da exação deve ser recolhida com recursos próprios e calculada sobre o faturamento da empresa.

Sendo o ICM um imposto que incide sobre o faturamento das empresas, mas não o integra, não pode estar incluído na base de cálculo do PIS, pois as empresas não têm qualquer disponibilidade sobre as importâncias relativas ao ICM, sendo meras depositárias e instrumentos de transferência de seus recursos aos cofres da Fazenda Estadual.

Alfim, pugna pela repetição dos valores recolhidos a maior, a título de ICM, que foi incluído na base de cálculo do PIS, com juros de mora, nos termos do artigo 167, do CTN, e correção monetária no teor da Súmula 46, do TFR.

Após citada, a Caixa Econômica Federal argüiu, em contestação, sua ilegitimidade passiva *ad causam*, e, no mérito, a carência de amparo legal à tese da autora quanto à constitucionalidade da inclusão do ICM na base de cálculo do PIS.

A União Federal, por sua vez, contestou o feito, alegando defeito de representação por

ausência da comprovação de habilitação dos outorgantes e carência de ação, pela ausência de prova de assunção do encargo discutido, a teor do artigo 166, do CTN, além de entender ser plenamente correta a sistemática do cálculo da exação em comento.

Perícia contábil constante nos autos.

A decisão monocrática afastou as preliminares suscitadas, julgando-as improcedentes. No mérito, por encontrar-se a matéria já sumulada pelo ex e Egrégio TFR sob nº 258, julgou improcedente a ação, condenando a autora nas custas e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Apelação da parte autora ofertada às fls. 411/445, ratificando seu pedido inicial.

Recurso adesivo da Caixa Econômica Federal, pugnando pela reforma do *decisum* no sentido de ser excluída da lide, por ilegitimidade passiva *ad causam*, às fls. 448/461.

Contra-razões apontadas nos autos.

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO (Relator): Antes de apreciar o mérito da contenda, cabe analisar o inconformismo da Caixa Econômica Federal, no tocante à sua admissão no feito, como litisconsorte passiva necessária.

Os precedentes do então Tribunal Federal de Recursos prestigiam a decisão proferida pelo Juiz monocrático.

Em 27.04.88, a 5ª Turma do referido Tribunal decidiu, por unanimidade, que:

"A legitimidade da Caixa Econômica Federal para figurar no pólo passivo de ação de repetição de indébito decorre da sua qualidade de gestora e administradora do Fundo de Participação do PIS, qualidade que não foi suprimida pela L.C. nº 26/65 ou pelo Decreto-Lei nº 2.052/83. Apelação provida." (AC nº 107.243-RS, Rel. Min. Torreão Braz, *DJU* de 26.05.88).

A 6ª Turma do mencionado Tribunal Federal de Recursos, em decisão relatada pelo Exmo. Sr. Min. Miguel Ferrante, de modo unânime, em 25.08.88, entendeu que:

"Legitimidade da CEF para figurar no pólo passivo de ação que tenha por objeto o recolhimento do PIS, decorrente de sua qualidade de gestora e administradora do respectivo Fundo de Participação, qualidade que não foi suprimida pela Lei Complementar nº 26, de 1975, ou pelo Decreto-Lei nº 2.052, de 1983. Recebidos os embargos para, suprindo a omissão do acórdão, rejeitar a prejudicial de ilegitimidade *ad causam* suscitada pela embargante." (EDAC nº 117.811 - SP, *in DJU* de 15.08.88).

De fato, mesmo após a Lei Complementar nº 26/75 e o Decreto-Lei nº 2.052/83, a Caixa Econômica Federal não se limita a ser mera arrecadadora da contribuição para o PIS, uma vez que continua expedindo certificados de regularidade para o programa, exige o pagamento da referida contribuição, bem como é co-gestora e administradora do Fundo de Participação do PIS, fazendo parte do Conselho Diretor do PIS/PASEP.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso adesivo da Caixa Econômica Federal.

É como voto.

VOTO-MÉRITO

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO (Relator): Insurge-se a parte autora contra decisão que julgou improcedente ação declaratória cumulada com repetição do indébito, cujo objetivo é o reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da constitucionalidade da inclusão do ICM na base de cálculo do PIS.

Pautou-se o eminente Juiz monocrático, em seu *decisum*, na Súmula nº 258, do extinto TFR, que pacificou o entendimento da matéria, no seguinte teor: "Inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICM."

A apelante, entretanto, aduz que o Poder Executivo Federal violou vários preceitos constitucionais, quais sejam:

- a) - violação da estrita legalidade consubstanciada nas disposições do art. 153, § 29, da Constituição Federal anterior, quando exorbitou e ampliou o campo de incidência do PIS, definido na Lei Complementar;
- b) - invadiu a competência do Presidente da República, quando regulamentou a Lei Complementar nº 07/70 através de Resoluções do Banco Central;
- c) - violou, ainda, o contido no artigo 18, § 1º, e atribuído à legislação complementar (no caso, o Código Tributário Nacional) para a definição das normas e princípios gerais de Direito Tributário.

Além disso, a Súmula nº 258, do ex-TFR, não é resultado da consolidação de continuados julgados, mas, sim, do Incidente de Uniformização de Jurisprudência na Apelação Cível nº 123.073 - MG (DJ de 03.10.88), motivo pelo qual entende ser necessário um estudo mais acurado sobre a matéria.

Inicialmente, convém distinguir qual a natureza tributária do PIS.

Este Egrégio Tribunal, por ocasião da apreciação da Apelação em Mandado de Segurança nº 077-SE, entendeu que, após a Emenda Constitucional nº 8, de 1977, o PIS - Programa de Integração Social passou a ser contribuição social e não um tributo.

A autora, então, encontrava-se obrigada a recolher tal contribuição em duas parcelas. A primeira, tendo como base de cálculo o imposto de renda devido, e a segunda, tendo como base de cálculo seu faturamento e recolhido com recursos próprios.

Entretanto, as Resoluções nºs 174/71 e 482/78, do Banco Central do Brasil, e Parecer Normativo nº 464/71, do Ministério da Fazenda, ao conceituar o termo "faturamento das empresas", incluiu o ICM na base de cálculo dessa exação.

Não vislumbro qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade, nos termos em que foi destacado pela parte apelante.

Em primeiro lugar porque, muito embora o ICM seja receita de terceiros, ou seja, pertença aos Estados e Municípios, o empresário, ao compor o custo de suas mercadorias, inclui na composição do preço tudo o que tenha significativo custo, para, após, adicionar a parcela relativa ao lucro ou à remuneração, isso ocorrendo, evidentemente, se as leis do mercado, através da oferta e da procura, não o impedirem.

Dentre os custos, obviamente, serão incluídos os diversos tributos, dentre eles o ICM.

Assim, o conceito jurídico de faturamento, previsto pelo artigo 3º, alínea "b", da Lei Complementar nº 7/70, na realidade, significa o próprio ato de vender; pressupõe, necessariamente, a venda da mercadoria ou do serviço.

Nos autos da Ação nº 751.992, decisão proferida pelo MM. Juiz Américo Lacombe, da 9ª Vara da Justiça Federal de São Paulo, encontra-se assentado que:

"... o conceito de faturamento é idêntico ao de renda bruta ou receita bruta, devendo, no entanto, ser incluído, em cada parcela que compõe a referida renda bruta, tudo o que se inclui na fatura. Assim, faturamento, para a Lei Complementar nº 7, é o total das (sic) cujas parcelas são formadas por tudo aquilo que deva ser incluído na fatura. Se o ICM está incluído no preço da mercadoria, não há como excluí-lo para efeito do cálculo do PIS."

Portanto, com relação à violação da estrita legalidade, que a parte autora entende encontrar-se consubstanciada no artigo 153, § 29, da Constituição Federal anterior, ao exorbitar e ampliar o campo de incidência do PIS, pelo exposto acima, na realidade, não ocorreu.

Partindo-se da premissa de que o conceito "faturamento", na verdade, é o preço da venda da mercadoria ou do serviço, e que nesse preço, evidentemente, encontram-se embutidos todos os seus custos, não vislumbro a violação destacada.

Quanto à aludida violação de competência, através das Resoluções do Banco Central,

também entendo desassistir razão à apelante.

A Lei Complementar nº 7/70, instituidora do Programa de Integração Social, estatui que o referido Fundo é constituído de duas parcelas, sendo uma delas com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento, dispondo o seu artigo 11, *verbis*:

"Art. 11 - Dentro de 120 (cento e vinte) dias, a contar da vigência desta Lei, a Caixa Econômica Federal submeterá à aprovação do Conselho Monetário Nacional o regulamento do Fundo, fixando as normas para o recolhimento e a distribuição dos recursos, assim como as diretrizes e os critérios para a sua aplicação."

Em cumprimento à disposição acima destacada, o Banco Central baixou a Resolução nº 482, de 20/06/78, alterando a de nº 174/71, cujos itens I e II estão concebidos nestes termos:

"I - A contribuição com recursos próprios a que se refere a alínea "b", do art. 3º, da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, acrescida do adicional previsto no art. 1º e seu parágrafo único, da Lei Complementar nº 17, de 12 de dezembro de 1973, perfazendo o percentual de 0,75% (setenta e cinco centésimos por cento), será calculada sobre a receita bruta, assim definida no art. 12, do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, compreendendo o produto de venda de bens nas operações dos serviços prestados.

II - A receita bruta será apurada mensalmente, nela não se comportando o Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI, quando se tratar de contribuintes desse imposto, como definido no art. 57, do Regulamento baixado com o Decreto nº 70.162, de 18 de fevereiro de 1972."

Portanto, a Resolução destacada nada mais fez do que obedecer à determinação legal, uma vez que o Diploma Legal é omisso nesse aspecto.

Conceituou, então, como faturamento a receita bruta a que se refere o artigo 12, do Decreto-Lei nº 1.598/77, conceituação que se insere entre as normas para o recolhimento da contribuição, motivo pelo qual não há que se falar em invasão de atribuições ou de competência.

Destaco, ainda, os inúmeros julgados que vêm consolidando o entendimento predominante, fortalecendo, ainda mais, a Súmula 258, do ex-TFR:

"Tributário. PIS. A parcela relativa ao ICM integra a base de cálculo do PIS.

- A Súmula nº 258, do extinto Tribunal Federal de Recursos, determina a inclusão da parcela relativa ao ICM na base de cálculo do PIS.

- A Lei Complementar nº 07, de 07/09/70, ao instituir o PIS (Programa de Integração Social), dispôs, no seu art. 3º, que a parcela a ser paga pelas empresas é calculada na base de seu faturamento .

- No faturamento são incluídos todos os custos de produção, inclusive impostos, entre os quais figura o ICM.

- Decisão unânime que rejeita a preliminar de nulidade do processo, dá provimento à apelação e julga prejudicada a remessa oficial." (AMS 0209002, Rel. Juiz Celso Passos, 3ª T., TRF 2ª Reg., j. 17/06/91, DJ 13/08/91).

"Tributário. PIS. Inclusão do ICM.

1 - A inclusão do ICM na base do cálculo do PIS é hoje matéria sumulada pelo extinto TFR (Súmula 258).

2 - Sendo o ICM um imposto que, pela sistemática, é cobrado "por dentro", sem destaque na nota fiscal, inclui-se no faturamento bruto da empresa.

3 - Sentença que se reforma." (REO 0121043, Rel. Juíza Eliana Calmon, 4ª T., TRF 1ª Reg., j. 20/09/89, DJ 11/12/89).

"Tributário. Contribuição ao PIS. Inclusão do ICM na base de cálculo da contribuição do PIS. Súmula nº 258, do ex-TFR.

1 - O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao manter a pacífica jurisprudência sobre a

inclusão do ICM na base do cálculo do PIS, recepcionou a Súmula 258, do ex-TFR.
2 - Apelação desprovida." (AMS 0100273, Rel. Juiz Gomes da Silva, 4ª T., TRF 1ª Reg., j. 18/09/91, DJ 07/10/91).

Pelo exposto, nego provimento à apelação da autora e ao recurso adesivo da CEF.
É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 44.095-AL

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**
Apelante: ROGER ALVES CARDOSO DA SILVA
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advogado: DR. MIRANDYR CÉSAR DE LIMA (APTE.)

EMENTA

Processual Civil. Embargos à Execução. Intempestividade. Intimação da penhora feita equivocadamente.

01. A intimação da penhora há de ser feita para que o executado possa, no prazo de trinta dias, opor embargos à execução, se achar necessário - art. 16, da Lei nº 8.630/80.
02. A intimação pessoal do executado dispensa a publicação da mesma no órgão oficial, tal como previsto no art. 12, da Lei das Execuções Fiscais. Súmula nº 190, do extinto Tribunal Federal de Recursos.

03. Tendo sido intimado o executado e transcorrido o prazo para oposição de embargos, uma nova publicação equivocada da intimação não devolve ao mesmo a contagem do prazo

04. Embargos perdido.

05. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 06 de outubro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Roger Alves Cardoso da Silva apela de sentença que julgou intempestivos os embargos à execução pelo mesmo opostos.

Alega, em síntese, que, tendo sido publicada a intimação da penhora no Diário Oficial de 28.04.93 e corrigida em 29.04.93, os embargos foram opostos em 27.05.93, portanto tempestivamente.

Aduz ainda ser nula a execução, uma vez que, revel o executado, deveria ter sido nomeado um curador à lide para representá-lo. No mais, refere-se à possibilidade de prescrição da cobrança do imposto, bem como de excesso de execução.

Em contra-razões, a Fazenda Nacional pugna pela manutenção da sentença recorrida.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): Tendo sido realizada a penhora, foi intimado o executado, pessoalmente, em 17.08.1992, para apresentar defesa no prazo de trinta dias, tal como previsto no art. 16, da Lei nº 8.630/80, não tendo se manifestado.

Somente em 27.05.93 o executado opôs os embargos à execução, dizendo estar respondendo à intimação publicada no Diário Oficial.

Ora, o fato é que houve duas intimações, uma feita pessoalmente, em agosto de 1992, e outra pelo Diário Oficial, em abril de 1993.

A publicação da intimação da penhora no Diário do Estado tem por objetivo a ciência do executado, a fim de que o mesmo possa, no prazo de trinta dias, opor embargos à execução contra ele interposta. Estando o executado ciente desde a primeira intimação, feita pessoalmente, não seria necessária a intimação feita pelo edital, pois o executado já sabia do ônus de resposta a ele imposto.

Neste sentido, inclusive, existe até uma súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos, citado pelo Juiz singular:

"Súmula nº 190 - A intimação pessoal da penhora ao executado torna dispensável a publicação de que trata o artigo 12, da Lei das Execuções Fiscais."

O fato de ter sido publicada, talvez por equívoco da secretaria, uma segunda intimação, não devolve para o executado o prazo que o mesmo deixou transcorrer sem manifestações, porque o mesmo já havia tomado ciência da penhora. Aceitar a oposição dos embargos nesta oportunidade implicaria prejuízo para a parte contrária, uma vez que a mesma já tinha como certa a não oposição dos embargos.

Deste modo, reputo correta a decisão do eminente Juiz monocrático, julgando intempestivos os embargos, razão por que a mantendo.

Isto posto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N° 49.655-PE

Relator: O SR. JUIZ HUGO MACHADO
Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelados: GEOTESTE LTDA.
Advogados: DRS. ARTHUR CEZAR FERREIRA PEREIRA E OUTROS (APDOS.)

EMENTA

Direito Constitucional. Direito a certidões. Valor jurídico destas. Terreno de marinha.

- As certidões fornecidas pelos órgãos do Estado gozam de presunção de autenticidade e têm, portanto, valor jurídico até que sejam desconstituídas.

- Negócios jurídicos realizados com base em certidão do DSNU de que o terreno negociado não é de marinha, mas alodial, não podem ser desconsiderados pela União sem que tenha sido comprovada a falsidade da certidão.

- Apelo improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 30 de agosto de 1994 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ HUGO MACHADO: Cuida-se de apelação contra sentença que, acolhendo, em parte, o pedido da apelada, garantiu-lhe a posse de imóvel e determinou que a apelante se abstenha da prática de qualquer ato turbativo da referida posse, como a cobrança de laudêmio e foro, ou o registro do imóvel no DSPU como terreno de marinha.

Regularmente processado o recurso, os autos subiram, e neste Tribunal vieram-me por distribuição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ HUGO MACHADO (Relator): Leio, na sentença em exame, às fls. 329/331:

"1. A matéria de mérito cinge-se quanto à real validade das certidões expedidas pelo Serviço de Patrimônio da União e reflexos das mesmas nos negócios firmados entre particulares, bem como a prática de atos turbativos da posse da autora em terreno que sustenta ela ser alodial, enquanto a União Federal pretende caracterizá-lo como terreno de marinha.

2. No presente caso, já em 10 de dezembro de 1960, a Delegacia do Serviço do Patrimônio da União em Pernambuco certificou que o terreno descrito na inicial não era de marinha (v. Certidão transcrita em Escritura Pública, às fls. 74).

Em 26.12.79, a mesma Delegacia do Serviço de Patrimônio da União Local, pela Certidão nº 023675, transcrita na Escritura de Compra e Venda do terreno (v. fls. 19), ratificou aquela certidão, certificando que mencionado terreno não era de marinha. Seis meses antes, em 19.06.79, já tinha expedido certidão circunstanciada no mesmo sentido (v. cópia autêntica às fls. 57).

No dia 30.05.80, mencionada Delegacia expediu nova certidão, ratificando as anteriores (v. cópia autêntica de fls. 46), bem como em setembro de 1981 (fls. 58).

Ante tal situação, a ora autora comprou mencionado terreno, nele incorporou e construiu um Condomínio de Edifício, financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação, tendo por Agente Financeiro o BANORTE, e negociou as unidades de apartamento.

Somente quando solicitou novas certidões, para documentar as alienações das unidades aos respectivos adquirentes, é que informou à autora, na mesma Delegacia do Serviço de Patrimônio da União, que o terreno onde construiria o edifício era de marinha, de forma que deveria ser feito o respectivo aforamento e pago o laudêmio e foro anual.

3. A União Federal, na sua contestação de fls. 245/248, não nega que o seu órgão tenha expedido mencionadas certidões e não as impugna, simplesmente argumenta no sentido de que tais certidões não poderiam modificar a natureza jurídica de terreno de marinha do imóvel em questão, porque tal natureza estaria definida pela linha de preamar média de 1831, conforme o Decreto-Lei nº 9.760, de 05.09.46.

4. A administrativista Maria Sylvia Zanella di Pietro ensina que as certidões expedidas pela Administração Pública são atos enunciativos, por meio dos quais atesta-se ou reconhece-se determinada situação de fato ou de direito, e, por isso mesmo, é que não podem ser revogados, uma vez que os efeitos deles decorrentes são estabelecidos em Lei (*in Direito Administrativo*, Atlas, 1990, pág. 171).

E o saudoso Hely Lopes Meirelles define as certidões como "cópias ou fotocópias fiéis e autenticadas de atos ou fatos constantes de processo, livro ou documento que se encontre nas repartições públicas. Podem ser de inteiro teor, ou resumidas, desde que

expressem fielmente o que se contém no original de onde foram extraídas. Em tais atos, o Poder Público não manifesta a sua vontade, limitando-se a trasladar para o documento a ser fornecido ao interessado o que consta de seus arquivos..." (*in Direito Administrativo Brasileiro*, 14ª Edição, RT, 1989, fls. 168/169).

5. Noto que a União Federal alega que a natureza de terreno de marinha do imóvel em questão teria sido regularizada desde 1831, "há longo tempo, portanto." (fls. 248).

No entanto, as certidões indicadas na inicial e no tópico "2" desta fundamentação atestaram justamente em sentido contrário, pelo que a autora comprou o imóvel como alodial, com menor custo, portanto, uma vez que sem as parcelas de laudêmio e foro anual, e como tal negociou as unidades do edifício nele construído.

Não trouxe a União Federal, com sua contestação, qualquer documento que comprovasse sua alegação, no sentido de que o mencionado imóvel era considerado terreno de marinha desde o ano de 1831.

6. Por outro lado, o Sr. Perito Judicial e o Sr. Assistente Técnico indicado pela autora, no alentado laudo de fls. 144/158, em nenhum momento impugnado pela União Federal, chegaram à segura conclusão que o lote de terreno em questão não tem natureza jurídica de terreno de marinha."

É irreparável a conclusão a que chegou o MM. Juiz Federal.

Certo que o ser, ou não, um terreno caracterizado como terreno de marinha é uma questão de fato, e, por isto, uma vez comprovado que a certidão fornecida pelo órgão público não corresponde à verdade, pode dar-se a desconstituição desta.

No caso, porém, a perícia chegou à conclusão de que o terreno em questão efetivamente não é um terreno de marinha.

Nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 50.463-CE

Relator: O SR. JUIZ HUGO MACHADO
Apelante: BRAGATUR - BRAGA TRANSPORTE E TURISMO LTDA.
Apelados: DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS E RODAGEM - DNER E UNIÃO FEDERAL
Lit. Pass.: EXPRESSO GUANABARA S/A
Advogados: DRS. PAULO ROBERTO PINHEIRO SALES (APTE.),
ANTÔNIO SILVINO DE MORAES (APDOS.) E
ANTÔNIO CLETO GOMES, JOSÉ CÂNDIDO LUSTOSA BITENCURT ALBUQUERQUE E OUTROS (LIT. PASS.)

EMENTA

Processual e Administrativo. Cautelar. Transporte rodoviário de passageiros.
- Inexistindo óbice considerável a inibir a continuidade da exploração e a ausência da lesão do direito de terceiros, resta autorizada a manutenção da situação de fato, até o julgamento definitivo da ação principal.
- Para evitar prejuízo aos usuários do sistema rodoviário, deve ser mantido o serviço existente, até posterior decisão definitiva ou conclusão de processo licitatório.
- Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à

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

Recife, 02 de agosto de 1994 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ HUGO MACHADO: Trata-se de uma ação cautelar onde a parte autora pretendia obter provimento judicial que lhe assegurasse a continuidade de exploração da rota rodoviária Fortaleza-Aracaju, com seus seccionamentos, que, segundo alegava, já vinha operando em caráter precário. A liminar foi concedida conforme fls. 51/53.

O DNER contestou, alegando, em preliminar, quanto à sua ilegitimidade passiva, pedindo a citação da União Federal, e, quanto ao mérito, pela inexistência do direito em prol da autora, pois a prestação de serviços de transporte rodoviário interestadual dependeria da emissão de ato administrativo a cargo do Poder Público (fls. 60/61).

Já a União contestou, alegando apenas inexistência dos pressupostos do provimento cautelar (fls. 63/66), enquanto que a empresa Expresso Guanabara S/A, considerando-se litisconsorte, apresentou contestação, sustentando a improcedência da ação (fls. 68/89).

O ilustre Juiz Federal Napoleão Nunes Maia Filho julgou improcedente a ação, entendendo inexistir qualquer possibilidade da autora vir a titular em termos definitivos o direito pleiteado.

Irresignada com a decisão, apelou a parte autora, alegando que o feito foi julgado em divergência com o que foi pedido, pois pretendia apenas continuar a prestar o serviço até que houvesse o normal processo de licitação, no qual, quando concluído, obteria a regularização de sua situação, ou cederia o seu lugar para outra empresa, sem prejuízo aos usuários do sistema.

Devidamente preparados os autos, subiram ao Egrégio Tribunal, vindo-me por distribuição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ HUGO MACHADO (Relator): Argumenta a impetrante que, mantida a decisão, sofrerá prejuízos, porquanto já realizou vários contratos com usuários do sistema, e que os próprios usuários se haverão prejudicados com o encerramento das atividades da linha rodoviária.

Pretende a permanência do estado de fato em que se encontra, continuando na exploração da rota rodoviária Fortaleza-Aracaju, com seus seccionamentos, onde opera em caráter precário, como fora garantido em medida liminar deferida pelo Juiz de primeiro grau, revogada pela sentença que julgou improcedente o pedido.

A tutela cautelar tem como fim específico manter o equilíbrio inicial das partes para assegurar a eficácia de futuro provimento judicial definitivo.

A paralisação das atividades da apelante, de exploração da linha questionada, certamente lhe causa prejuízos, e aos usuários, que deixam de dispor do serviço de transporte por ela prestado.

A linha rodoviária vinha mantendo-se com a notória tolerância da autoridade administrativa fiscalizadora (DNER), pois a Bragatur vem explorando a linha Fortaleza-Aracaju sem autorização formal, é certo, submetendo-se, porém, à sua fiscalização e controle. A não evidência de óbice considerável a inibir a continuidade da exploração e a ausência da lesão do direito de terceiros se me revelam autorizadoras da manutenção da situação de fato, até o julgamento definitivo da ação principal.

Na verdade, o DNER, já há muito tempo, devia ter licitado inúmeras linhas de transporte

rodoviário interestadual de passageiros, para por em prática o preceito da livre concorrência e dar cumprimento ao supracitado Decreto 952/93.

A pretensão da apelante parece, pelo menos neste momento processual acautelatório, realizar mais adequadamente o princípio da liberdade de iniciativa, consagrado pela Constituição Federal, e assegurar a competição entre as empresas prestadoras do serviço, de resto preconizado pelo próprio decreto que rege a matéria.

Restando presentes os pressupostos da concessão cautelar, dou provimento à apelação, invertendo o ônus sucumbencial, para que a apelante continue a prestar os serviços, até o julgamento definitivo da ação principal.

Caso seja concluído anteriormente o processo de licitação, cederá o seu lugar para a empresa vencedora, sem prejuízo à população.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 50.519-PE

Relator: O SR. JUIZ **LÁZARO GUIMARÃES**
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA MÉDICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL - INAMPS
Apelado: IVAN CARREIRO DE MEDEIROS
Advogados: DRS. MARIA HELENA JACINTA DE CARVALHO E OUTROS (APTE.) E LÉUCIO DE LEMOS FILHO E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Administrativo. Reembolso de despesas médicas cuja necessidade fora reconhecida pelo INAMPS. Alegação impertinente de que o autor deveria aguardar o desfecho do processo administrativo. Não conhecimento de pedido de reforma da sentença contido em contra-razões. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 04 de agosto de 1994 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Presidente

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Insurge-se a apelante contra sentença que acolheu parcialmente pedido de indenização, condenando o Instituto Nacional do Seguro Social a reembolsar ao autor as despesas com tratamento de reabilitação monitorizada de cirurgia cardíaca (ponte de safena) a que se submeteu e a continuar proporcionando o tratamento em estabelecimento adequado. Alega, em resumo, que as sessões de reabilitação foram pagas pelo demandante por impaciência, porquanto deveria aguardar o desfecho do procedimento administrativo, além de não haver indicação segura da eficácia do tratamento.

Em contra-razões, o autor afirma que faz jus ao reembolso determinado na sentença e pede seja também indenizado pelos danos morais sofridos.

É o relatório. Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): Preliminarmente, não conheço do pedido de reforma da sentença no tocante aos danos morais postulados pelo autor, formulado nas contra-razões, porquanto haveria necessidade de interposição de apelação ou de recurso adesivo.

Quanto ao mérito, é absurdo exigir o INAMPS que o autor se conformasse em aguardar o longo e penoso processo administrativo, interrompendo as sessões de reabilitação prescritas pelo médico responsável e cuja necessidade já fora reconhecida administrativamente.

Submetido a cirurgia cardíaca, negou-se ao autor, inicialmente, e por quatro anos de discussão administrativa, o tratamento complementar indispensável, o que provocou a realização de nova cirurgia reparadora. A tese do apelante é que o apelado deveria ter paciência para esperar por novo e demorado trâmite burocrático, com risco da própria vida, para submeter-se às sessões de reabilitação.

Mantenho a sentença, da lavra do culto Juiz Rogério de Menezes Fialho Moreira, no exercício da 5ª Vara Federal-PE, com elogios, e assinalo que os autos estiveram conclusos para julgamento desde 29 de maio de 1992, ante o Juiz Titular, Dr. Francisco Queiroz, tendo sido encaminhados ao Juiz Substituto em 4 de fevereiro de 1994, após inspeção, recebendo solução em 17 daquele mesmo mês.

Nego provimento ao apelo.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 53.381-PE

Relator: **O SR. JUIZ RIDALVO COSTA**

Apelante: **DESTILARIA LIBERDADE S/A**

Apelada: **FAZENDA NACIONAL**

Advogados: **DRS. NADJA MARIA DUMARESQ E OUTROS (APTE.)**

EMENTA

Embargos à Execução. Requisição judicial de processos administrativos reputada essencial à comprovação das alegações da embargante. Pedido não apreciado pelo MM. Juiz monocrático. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Nulidade da sentença.

Pedido de requisição de processos administrativos - reputada essencial à comprovação das alegações da embargante - não apreciado pelo MM. Juiz monocrático. Julgamento antecipado da lide (art. 330, I do CPC). Cerceamento de defesa, dada a relevância dos meios probatórios propostos, mas não admitidos.

Nulidade da sentença.
Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 09 de novembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: "Destilaria Liberdade S/A" opôs embargos à execução fiscal movida pelo extinto IAA - Instituto do Açúcar e do Álcool através da Procuradoria da Fazenda Nacional, fundada nas Certidões de Dívida Ativa de nº 77/87, 15/88, 31/88, 44/89 e 54/89.

Alegou a embargante quitação dos débitos relativos às contribuições de assistência social e incabimento da cobrança concernente às demais contribuições, destinadas aos órgãos de classe dos fornecedores, em face de ser ela, embargante, classificada como destilaria autônoma.

Requeru, na exordial (fls. 6) e na réplica (fls. 90), a requisição judicial dos processos administrativos dos quais se originaram as inscrições que instruíram a execução fiscal.

A Fazenda Nacional impugnou os embargos, defendendo a liquidez e certeza dos títulos impugnados, face à inexistência de prova "capaz de ilidir a presunção de que goza a dívida ativa regularmente inscrita."(fls. 85)

O MM. Juiz Federal julgou, com fulcro no art. 330, I, do CPC, improcedentes os embargos.

Irresignada, a embargante apelou, alegando, em preliminar, cerceamento de seu direito de defesa, decorrente da omissão judicial referente à requisição retromencionada (dos processos administrativos). No mérito, ratificou os termos da inicial.

Houve resposta ao recurso.

Regularmente preparados, subiram os autos a este Tribunal, vindo-me por distribuição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): A lide foi julgada antecipadamente pelo MM. Juiz Federal, que considerou improcedente a pretensão da ora recorrente, pelos motivos seguintes : a) não comprovação da quitação alegada - no tocante às Certidões de Dívida Ativa de nº 77/87 e 31/88; b) verificação da legalidade da cobrança ensejada quanto aos débitos concernentes às demais contribuições destinadas aos órgãos de classe dos fornecedores (CDAs nºs 15/88, 44/89 e 54/89).

Filio-me ao entender de que o Juiz não pode cercear à parte o direito à produção de provas, salvo quanto às inúteis ou protelatórias, que devem ser indeferidas motivadamente.

Sobre o tema, o Min. Evandro Gueiros Leite teve oportunidade de afirmar :

"PROVAS - Limites ao arbítrio do Juiz.

EMENTA: Processual Civil. Provas. Sua necessidade em certos tipos de ação. Limites ao arbítrio do Juiz.

A feitura de provas é, em princípio, direito processual impostergável da parte, que o Juiz deve assegurar, salvo se consideradas irrelevantes ao deslinde da causa. O conceito de irrelevância não é, contudo, arbitrário, pois o indeferimento imotivado importa cerceamento de defesa(...)"

(TRF - *Ementário de Jurisprudência de Direito Processual Civil* - vol.45, pág. 265).

Patente, neste caso, a relevância das provas requeridas, donde se evidencia, por conseguinte, o cerceamento de defesa da embargante, consignado na omissão judicial.

Com essas considerações, dou parcial provimento à apelação para anular a sentença, baixando-se os autos para a produção das provas requestadas e novo julgamento de mérito.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 54.961-RN

Relator: O SR. JUIZ **RIDALVO COSTA**
Apelante: ERISMAR DE ANDRADE MOURA
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Advogado: DR. ERISMAR DE ANDRADE MOURA (APTE.)

EMENTA

Administrativo. Sanção disciplinar. Demissão. Violação ao princípio da proporcionalidade. Nulidade do ato. Policial Federal demitido por haver submetido pessoas sob sua custódia a constrangimento não autorizado em lei: obrigar dois detentos a prestarem interrogatório despidos de suas vestes. Aplicação da pena de demissão, conforme estatuído no Decreto nº 59.310/66, art. 364, LVIII, c/c o art. 383, X. Inadequação da pena. No Direito Administrativo Disciplinar não há necessariamente uma correspondência rígida entre sanção e infração, impondo-se, ainda com mais vigor do que no Direito Penal, a aplicação do princípio da proporcionalidade, segundo o qual deve ser avaliada a relevância da infração, o grau de responsabilidade do agente e a sua repercussão no meio social e no âmbito da própria Administração Pública. "O mesmo fato poderá ter diferente gravidade quando cometido por um agente jovem e inexperiente no início da sua carreira ou por um veterano da função pública e ainda, neste último caso, consoante se trate de funcionário já com cadastro disciplinar ou, pelo contrário, com uma folha de serviços de exemplar comportamento. O mesmo fato terá de ser punido diferentemente conforme haja sido produzido por incidente numa repartição bem organizada e disciplinada ou surja como sintoma de desorganização e indisciplina de um serviço." (Marcelo Caetano). Inexistência, nos autos, da sindicância administrativa, de elementos aptos a aferir o grau de responsabilidade do agente, portador de boa conduta profissional e sem cadastro disciplinar. Nulidade do ato demissional. Procedência do pedido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 01 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: Erismar de Andrade Moura ajuizou, perante a 3ª Vara Federal - RN, ação ordinária contra a União Federal, visando à nulidade do ato administrativo que o demitiu do cargo de Agente de Polícia Federal, por infração ao art. 364, LVIII, do Decreto nº 59.310/66, apurada em processo disciplinar.

A infração disciplinar que lhe teria sido imputada foi a de submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou constrangimento não autorizado em lei, pelo fato de haver determinado a "dois presos, de nomes Samuel e Souza, que retirassem suas roupas, a fim de serem revistados e posteriormente prestar declarações" (fls. 05), além de

exigir que fizessem exercícios físicos.

Sustenta o promovente, em síntese, o cerceamento de defesa e a inadequação da pena imposta.

O MM. Juiz Federal julgou improcedente o pedido, por considerar "que as teses de inadequação da pena e de cerceamento à plena defesa, defendidas pelo autor em busca da anulação do ato que o demitiu dos quadros do Departamento de Polícia Federal, carecem de sustentação ante a prova dos autos" (fls. 287/288).

Irresignado, apelou o autor, reiterando os argumentos já aduzidos.

Não houve resposta ao recurso.

Subiram os autos, vindo-me conclusos por distribuição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): Cuida-se de apelação cível contra sentença que julgou improcedente pedido de nulidade do ato administrativo que resultou na demissão do autor dos quadros do Departamento de Polícia Federal.

Registro, inicialmente, que o Judiciário pode apreciar a motivação do ato administrativo, no que não for estritamente discricionário (oportunidade e conveniência da medida) e desde que necessária à aferição da própria legalidade do ato. Isto porque o exame de mérito se insere, muitas vezes, na própria noção de legalidade. Nesse sentido, ensina Victor Nunes Leal:

"A legalidade do ato administrativo compreende não só a competência para a prática do ato e suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato (desde que tais elementos estejam definidos em lei, como vinculadora do ato administrativo). Tanto é ilegal o ato que emane de autoridade incompetente, ou que não revista a forma determinada em lei, como o que se baseie num dado que, por lei, daria lugar a um ato diverso do que foi praticado. A inconformidade do ato com os fatos que a lei declara pressupostos dele constitui ilegalidade, do mesmo modo que o constitui a forma inadequada que o ato porventura apresente."

(in *Problemas de Direito Público*, p. 256).

O apelante foi demitido ao fundamento de ter praticado a conduta descrita no art. 364, inciso LVIII, do Decreto nº 59.310/66.

O MM. Juiz sentenciante, ao julgar improcedente o pedido, considerou que o fato de o autor haver submetido o detido a prestar interrogatório despido das vestes ou, ainda, de obrigá-lo a fazer exercícios tipificaria a conduta descrita no art. 364, LVIII, do Dec. nº 59.310, o que ensejaria a pena de demissão, nos termos do art. 383, inciso X, do citado decreto.

De fato, o supramencionado Diploma Legal estabelece expressamente:

"Art. 364. São transgressões disciplinares:

...

LVIII - submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou constrangimento não autorizado em lei;"

O art. 383, por sua vez, estabelece:

"Art. 383. A pena de demissão será aplicada quando se caracterizar:

...

X - transgressão dos itens IV, IX, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XXVIII, XXXVI, XXXVIII, XL, XLIII, XLIV, XLV, XLVIII, L, LI, LII, LIII, LV, LVIII, LXI, LXII do artigo 364, deste Regulamento."

Os fatos são incontrovertíveis.

Não tenho dúvida de que a conduta atribuída ao apelante teve natureza vexatória, causando aos detentos, ao menos em tese, constrangimento não autorizado em lei. Entretanto, relevante se faz a observação de alguns aspectos.

O primeiro, e talvez o mais importante, diz respeito à adequação da pena disciplinar ao caso concreto. Ressalte-se que no Direito Administrativo Disciplinar não há necessariamente uma correspondência rígida entre sanção e infração, impondo-se, ainda com mais vigor do que no Direito Penal, a aplicação do princípio da proporcionalidade, segundo o qual deve ser avaliada a relevância da infração, o grau de responsabilidade do agente e a sua repercussão no meio social e no âmbito da própria Administração Pública. Nesse aspecto, a doutrina administrativista portuguesa, perfeitamente adequável ao ordenamento jurídico pátrio, é esclarecedora, como ensina Marcelo Caetano:

"A gravidade da pena a aplicar depende do grau de responsabilidade do agente. Ora, a apreciação desta está entregue ao critério dos titulares do poder disciplinar, que a avaliarão de acordo com o conhecimento da personalidade do infrator e das circunstâncias em que agia. O mesmo fato poderá ter diferente gravidade quando cometido por um agente jovem e inexperiente no início da sua carreira ou por um veterano da função pública e ainda, neste último caso, consoante se trate de funcionário já com cadastro disciplinar ou, pelo contrário, com uma folha de serviços de exemplar comportamento. O mesmo fato terá de ser punido diferentemente conforme haja sido produzido por incidente numa repartição bem organizada e disciplinada ou surja como sintoma de desorganização e indisciplina de um serviço. Por isso, ao contrário do que sucede no Direito Criminal, na lei disciplinar não se estabelece a correspondência rígida de certas sanções para cada tipo de infração, deixando-se a quem haja de decidir amplo poder discricionário para punir as infrações verificadas."

(in *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 2ª edição, pp. 402/403)

A pena de demissão, segundo o citado doutrinador, só deve ser aplicada "nos casos de extrema gravidade ou quando o funcionário se tenha revelado inadaptável às necessidades do serviço: trata-se, então, de um elemento prejudicial que é necessário eliminar dos quadros para que possam continuar a ser prosseguidos regularmente os fins da Administração Pública" (in ob.cit., p.404).

Não me parece que seja o caso. Vejo, inclusive, diversos pontos que atenuam a conduta do apelante.

Não há, nos autos, por exemplo, qualquer elemento que indique o grau do vexame provocado pelo autor ("longe das vistas do público interno e externo da Delegacia" - fls. 05), nem os eventuais efeitos psicológicos que as vítimas, porventura, tenham sofrido. Os detentos não foram ao menos ouvidos, quer na sindicância quer em juízo.

Por outro lado, a esposa de uma das vítimas, ouvida em juízo, afirmou desconhecer qualquer tipo de agressão praticada pelo recorrente contra seu esposo, nem sequer mencionando o constrangimento que porventura ele teria passado (fls. 176).

O apelante também não possui cadastro disciplinar, apresentando-se como servidor de bom comportamento, sempre cumpridor de suas obrigações funcionais.

Demais disto, a própria Academia Nacional de Polícia, que forma os agentes do DPF, ensina que a revista pessoal efetuada em preso, dentro da Delegacia, deve ser realizada com o indivíduo desnudo, conforme se vê nas "notas de aula" anexadas aos autos (fls. 81-v), o que leva à conclusão de que o apelante não poderia ter consciência plena da ilegalidade de sua conduta.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso para julgar procedente o pedido e condeno a requerida ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, tendo em vista a complexidade do caso e a efetiva participação dos causídicos em todas as fases do processo.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 55.902-RN

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**
Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelada: MARIA JOSÉ DE AZEVEDO
Advogado: DR. FRANCISCO JOSÉ LIRA CORREIA (APDA.)

EMENTA

Administrativo. Responsabilidade Civil Objetiva. Acidente de trânsito. Atuação do agente público. Particular. Inabilitação. Irrelevância. Juros. Termo inicial. Honorários. Redução.

- Ocorrendo acidente de trânsito por avanço de sinal de viatura pública, inexiste qualquer responsabilidade do particular, razão por que se revela irrelevante o fato de sua habilitação estar vencida.

- Os juros contam-se a partir da data do evento, consoante expressiva jurisprudência.

- Os honorários fixam-se em 10% (dez por cento), dada a relativa simplicidade da causa.

- Apelação improvida.

- Remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 21 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: Maria José de Azevedo, devidamente qualificada, ajuizou ação sumaríssima de reparação de danos contra a União Federal, em face de danos sofridos pelo veículo de sua propriedade, abalroado por veículo de propriedade da ré, conduzido por militar da Marinha, ao invadir sinal de trânsito.

Contestada a ação, ouvidas testemunhas, foi a ação julgada procedente, em parte, condenando a ré ao pagamento da importância de Cr\$ 516.807,22, corrigida a partir de 10.11.93, acrescida de juros de 1% ao mês e honorários advocatícios de 15% sobre o quantum apurado e ao resarcimento das custas processuais, devidamente atualizadas. A sentença foi submetida ao duplo grau de jurisdição.

Inconformada, apela a ré, reportando-se à defesa de fls. 70/75. Alega que a autora estava no trânsito sem habilitação e que o acidente não ocorreria se a autora não se achasse no trânsito, com carteira vencida há mais de dois anos, pelo que cabe à União agir contra a recorrida para haver reparação pelos danos sofridos. Por fim, se não admitida sua tese, pede que se reconheça a culpa concorrente.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): Embora a ré tenha contestado a culpabilidade do seu preposto, este ponto se tornou incontroverso após a realização da audiência de instrução, quando foram ouvidas as testemunhas que se achavam no local no momento do acidente, deixando patente que o condutor do veículo oficial invadiu o sinal e causou avarias no veículo de propriedade da autora e que por ela estava sendo conduzido.

Do reconhecimento desse fato, exsurge a obrigação de indenizar, tendo em vista a consagração pelo Direito Brasileiro do princípio da responsabilidade objetiva, assim preconizado no art. 37, § 6º, da Constituição Federal:

"Art. 37, § 6º: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Resta apenas examinar o argumento quanto à culpabilidade da autora, considerando que dirigia sem estar devidamente habilitada, eis que sua carteira de motorista somente veio a ser renovada um mês depois do fato.

Nesse aspecto, tenho que não merece reparos a r. sentença. Efetivamente, a exclusão de responsabilidade somente poderia ser admitida se ficasse demonstrado que a inabilitação da vítima houvesse concorrido de algum modo para o evento. Tal irregularidade, contudo, acarreta apenas a aplicação das penalidades específicas. Não teve relação de causalidade com o sinistro, ocorrido apenas porque o servidor público infringiu regra fundamental no trânsito, ao invadir sinal que lhe determinava parar.

A tese abraçada pela sentença apelada e sob reexame encontra eco na jurisprudência, como se vê nas seguintes ementas:

"Administrativo. Responsabilidade da União pelo ato praticado por preposto. Falta de freios no automóvel da ré, que abalroou os veículos dos autores.

- A não habilitação destes não tem relação de causalidade com evento. Culpa exclusiva do serviço pela precária manutenção do veículo causador do acidente. Apelo e remessa improvidos." (AC 9.366 - SE, 2ª Turma, TRF 5ª Região, DJ 30.08.91.).

"Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Indenização.

- Irrelevante o fato de ser o condutor do veículo abalroado motorista inabilitado, desde que comprovada a responsabilidade do preposto da ré no evento danoso. As instâncias penal, civil e administrativa são autônomas e independentes, sujeitando-se o condutor do veículo que trafega sem placa e sem habilitação a responder perante os respectivos órgãos ditadores de tais regras legais. Sentença mantida." (AC 05557674 - RO, Rel. Min. Fláquer Scartezzini, 3ª Turma, TFR - DJ 15.12.83.).

Desse modo, rejeito os argumentos da parte pública quanto à culpabilidade exclusiva ou concorrente da autora, ora apelada.

Quanto ao valor fixado, também descabe qualquer reparo. Preferiu o sentenciante, entre dois orçamentos que lhe foram apresentados, o de menor valor, de modo a não acarretar maior gravame ao patrimônio público.

Não procedem, assim, os argumentos da apelação.

Procedendo-se ao reexame da sentença, no duplo grau de jurisdição, verifico que os juros de mora foram fixados em 1% ao mês, tomando-se como termo inicial a data do acidente. Nesse ponto, merece reparo a sentença. Em face do que preceitua a Lei nº 4.414, de 24.09.64, os juros moratórios devidos pelos entes públicos devem ser fixados na forma do Direito Civil, ou seja, à razão de seis por cento ao ano, ou meio por cento ao mês.

No tocante ao termo inicial, a decisão encontra eco na jurisprudência:

"Responsabilidade civil. Acidente ferroviário. Juros moratórios.

- A teor do verbete nº 54, da Súmula desta Corte, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, na hipótese de responsabilidade aquiliana.

- Recurso conhecido e provido." (RESP 41282 - RJ, Rel. Min. Cláudio Santos, *DJ* 28.03.94, pág. 06320).

"Juros moratórios. Atropelamento por composição ferroviária. Data da fluência.

- Compreendendo a expressão delito, constante do art. 962, do Código Civil, o ato ilícito, os juros de mora contam-se desde a época do evento.

- Recurso conhecido, mas improvido." (RESP 1437 - SP, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 13.08.90, pág. 7649.)

"Responsabilidade civil. Das estradas de ferro.

- Cumulatividade dos danos materiais e danos morais - Súmula 37, do STJ.

- Os juros moratórios, em caso de atropelamento ferroviário ocorrendo culpa aquiliana da empresa, devem ser contados a partir do evento.

- Incluídos os autores em folha de pagamento, os honorários de advogados serão fixados em percentual sobre as parcelas vencidas e uma anualidade das vincendas, não incidente o art. 20, par. 5º, do CPC.

- Recurso especial em parte conhecido e provido." (RESP 16160 - RJ, Rel. Min. Athos Carneiro, *DJ* 03.08.92, pág. 11326).

Também a fixação dos honorários advocatícios merece reparo, tendo em vista a relativa simplicidade da causa. Reduzo-os para dez por cento sobre o valor apurado.

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

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 55.928-PE

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**

Apelante: NADIR CÉLIO TAVARES

Apelada: UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE

Advogados: DRS. JOSÉ EDIVALDO DA SILVA E OUTROS (APTE.)
LARISSA MEDEIROS SANTOS E OUTROS (APDA.)

EMENTA

Administrativo. Servidor público. Gratificação. Incorporação. Lapso temporal. Honorários advocatícios.

- O disposto no art. 62, da Lei nº 8.112/90, §§ 1º e 2º, carece de regulamentação, nos termos do § 5º do mesmo dispositivo.

- Aplica-se, desse modo, o disciplinamento estabelecido na Lei nº 6.732/79, no tocante à sistemática de incorporação de gratificações por servidor público.

- Insuficiente o lapso temporal durante o qual o servidor perceber a gratificação, descabe atender-se ao seu apelo.

- A Lei nº 5.584/70 é de aplicação restrita à Justiça do Trabalho, além disso, o benefício da assistência judiciária depende de pedido específico.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 21 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: Trata-se de apelação de ex-servidor da Universidade Federal de Pernambuco que pretende ver incorporada a seus proventos a gratificação de função FG-6, que exerceu durante 5 anos e 28 dias, o que lhe foi negado pela r. sentença do MM. Juiz da 5ª Vara do Estado de Pernambuco.

Em preliminar, alega intempestividade da contestação. No mérito, diz que a sentença foi proferida *ultra petita*. Pede a revisão do julgado, que não teria atentado para o período em que exerceu função gratificada, e a exclusão da condenação em honorários advocatícios. Com as contra-razões, a ré argumenta que a contestação foi oferecida no prazo, já que goza da prerrogativa prevista no art. 188, do CPC. No mérito, pede a manutenção da sentença.

É o relatório

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): Inicialmente, observo que o apelante não tem razão quando alega a intempestividade da contestação. A juntada do mandado devidamente cumprido deu-se em 25.10.93. Goza a autarquia federal do benefício da contagem em quádruplo, nos termos do art. 188, do CPC. Recaindo no período de recesso forense, é tempestiva a petição protocolada no dia 7 de janeiro, primeiro dia útil após o recesso.

De qualquer modo, ainda se fosse intempestiva a resposta da ré, ora apelada, em nada beneficiaria ao apelado. Discute-se aqui não matéria fática, mas exclusivamente questão de direito.

A sentença limitou-se a negar a pretensão deduzida na inicial, entendendo que não houve o exercício em função gratificada pelo tempo necessário para obter-se a incorporação pretendida.

Escuda-se a pretensão do autor, ora apelante, na tese de que, tendo exercido função gratificada pelo período de cinco anos e vinte e oito dias, faz jus à incorporação dessa parcela aos seus atuais proventos.

A Lei nº 8.112/90 dispõe sobre a matéria no art. 62. Transcrevo seu *caput* e os §§ 1º e 2º: "Art. 62 - Ao servidor investido em função de direção, chefia e assessoramento é devida uma gratificação pelo seu exercício."

" § 1º - Os percentuais de gratificação serão estabelecidos em lei, em ordem decrescente, a partir dos limites estabelecidos no artigo 42."

" § 2º - A gratificação prevista neste artigo incorpora-se à remuneração do servidor e integra o provento da aposentadoria, na proporção de 1/5 (um quinto) por ano de exercício na função de direção, chefia, assessoramento, até o limite de 5 (cinco) quintos." Verifica-se, contudo, que a aplicação de tais regras depende da elaboração de lei específica. É o que consta no § 5º, do mesmo artigo, *in verbis*:

" § 5º - Lei específica estabelecerá a remuneração dos cargos em comissão de que trata o inciso II, do artigo 9º, bem como os critérios de incorporação da vantagem no § 2º, quando exercidos por servidor."

Em razão desse fato, tornou-se pacífico o entendimento de que, até lá, permanecem em vigor as disposições da Lei nº 6.732/79, entre as quais a que determina operar-se a incorporação somente a partir do sexto ano, à razão de um quinto por ano completo de exercício no cargo, até completar o décimo ano. É o que prevê o art. 2º, § 1º. Dessarte, abstraindo-se das demais questões, impede o atendimento da pretensão a inocorrência do pressuposto de ordem temporal, já que proclama ter exercido função gratificada no

período de apenas cinco anos e vinte e oito dias.

Não há, portanto, viabilidade na pretensão.

Quanto à questão relativa ao não pagamento de honorários advocatícios, não merece guarida. A Lei nº 5.584, de 26.06.70, é de aplicação restrita à Justiça do Trabalho. Além do mais, o benefício da assistência judiciária dependeria de pedido específico. Não se dá o que não se pediu. Nesse sentido, foi a decisão do extinto TFR na AC 113.365-RS, Rel. Min. Otto Rocha, *DJU* de 18.06.87.

Isto posto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 56.232-CE

Relator: O SR. JUIZ **LÁZARO GUIMARÃES**

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: RAIMUNDA SOARES DE ANDRADE E OUTROS

Advogados: DRS. JOSÉ ELMAR FURTADO ARRUDA E OUTROS (APTE.) E KLISTENES ALENCAR DE FIGUEIREDO (APDOS.)

EMENTA

Processual Civil. Benefício previdenciário. Inviabilidade de execução provisória que importe em atos de alienação (art. 588, II, CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e examinados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira 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, que integram o presente.

Custas, como de lei.

Recife, 29 de setembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Trata-se de apelação contra sentença que julgou improcedentes embargos à execução provisória de condenação imposta em sentença proferida em ação previdenciária. Sustenta a autarquia apelante a suspensão de eficácia do art. 128, da Lei 8.213/91, por força de liminar na ADIN 675-4-DF, deferida pelo eminentíssimo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Octávio Gallotti.

A parte recorrida apresentou contra-razões, pela confirmação da sentença. Vieram os autos, tocando-me a distribuição.

É o relatório. Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): A Lei 8.213/91, art. 128, com as alterações introduzidas pela Lei 8.222/91, art. 19, estabelece que os débitos judiciais de valor inferior ao limite estabelecido em Portaria, serão pagos imediatamente, independentemente de precatório.

O art. 130, sem a parte final, cuja eficácia foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, estabelece que os recursos nos processos previdenciários serão recebidos no efeito

meramente devolutivo.

Conjugados os dois dispositivos, tem-se que a execução nas ações previdenciárias independe da expedição de precatório, mas essa particularidade não alcança a execução provisória, dada a regra do art. 588, incisos I e II, CPC, que exige caução e impede atos de alienação quando não seja definitiva a execução.

Assinale-se que a obrigação de fazer - implantar o reajuste do benefício - importa em pagar, ou seja, em ato de alienação.

A apelante quer mais: que não se realize a execução provisória, porque a eficácia da sentença estaria suspensa pela interposição do recurso.

Não é bem assim. A apelação, no caso, tem efeito meramente devolutivo, mas, como visto, a execução provisória deve realizar-se com a contracautela prevista no art. 588, I, CPC, e não importará em atos de alienação.

Por essas razões, dou provimento parcial ao apelo para condicionar a execução provisória à prestação de caução e para que não alcance ato de alienação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 56.798-PE

Relator: O SR. JUIZ **LÁZARO GUIMARÃES**
Apelante: MARIA DE LOURDES BEZERRA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Lit. Pass.: HÉLIA DA COSTA AGUIAR
Part. Int.: PAULO VICENTE BEZERRA DE AGUIAR
Advogados: DRS. FRANCISCO PIRES BRAGA FILHO (APTE.),
GILBERTO QUINTINO DE SANTANA E OUTROS (APDO.) E
ELBE TENÓRIO MACIEL (PART. INT.)

EMENTA

Previdenciário. Companheira. Direito a pensão por morte de servidor autárquico. Aplicação das regras dos arts. 201, V, e parágrafo 3º, do art. 226, da Constituição Federal. Rateio com a viúva e demais dependentes do segurado. Apelo provido.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 06 de outubro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Insurge-se a apelante contra sentença que julgou improcedente pedido de rateio de pensão. Alega, em resumo, que a viúva do segurado é revel, inexistindo contestação ao fato de que vivia em concubinato há mais de cinco anos. Acrescenta que se deve aplicar à hipótese a sistemática da Lei 3.373/58, que admitia o benefício em favor da companheira, e não o Decreto 83.080/79.

O menor Paulo Vicente Bezerra de Aguiar, representado por curador especial, apresentou contra-razões, assinalando que concorda com a pretensão de rateio do benefício com sua

genitora. Vieram os autos, tocando-me a distribuição. Dado o caráter alimentar do benefício previdenciário, solicito pronunciamento oral da douta Procuradoria Regional da República, cuja intervenção se faz necessária em razão da participação de menor no processo.

É o relatório. Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): Desnecessário o exame da aplicação da Lei 3.373/78 aos dependentes de falecido servidor de autarquia federal. É que a Constituição Federal de 1988, art. 201, V, iguala, para efeitos previdenciários, cônjuge e companheiro, sem exigir qualquer lapso temporal de convivência.

Acresce que já não se poderia fazer restrição à companheira, dada a regra do parágrafo 3º, do art. 226, da Constituição Federal, que reconhece, para efeito da proteção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher.

Ora, a apelante comprovou que teve um filho com o segurado apenas um ano antes do falecimento deste, o que pressupõe a anterioridade do relacionamento.

Note-se que a litisconsorte Hélia da Costa Aguiar, viúva do segurado, ao produzir a contestação que não foi admitida em virtude de irregularidade de representação, diz, textualmente:

"Que, mesmo sabendo do seu relacionamento com a companheira, nunca se preocupou em acioná-lo..."

Por essas razões, dou provimento ao apelo para condenar o Instituto Nacional do Seguro Social a implantar a pensão da apelante, em rateio com os demais dependentes, pagando os atrasados, a partir da data do requerimento administrativo, com correção monetária, conforme índices oficiais, e juros de 1% ao mês, a partir da data do vencimento de cada prestação, além de suportar honorários de 10% sobre o valor da condenação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 57.031-PB

Relator: O SR. JUIZ RIDALVO COSTA
Apelante: S/A USINA SANTA RITA
Apelados: SINDICATO DA IND. DE AÇÚCAR NO ESTADO DA PARAÍBA E UNIÃO FEDERAL
Advogados: DRS. JOSÉ EDÍSIO SIMÕES SOUTO E OUTROS (APTE.) E CARLOS FREDERICO NÓBREGA FARIAS (APDOS.)

EMENTA

Cautelar. Exportação de açúcar para os E.U.A.. Usina que não exerce atividade produtiva. Inexistência do pressuposto da plausibilidade do direito invocado. As cotas de exportação de açúcar para o mercado preferencial norte-americano destinam-se tão-somente às unidades que exerçam atividade de produção, sob pena de se contemplar as empresas inoperantes, as quais, sem o ônus da produção, exercem atividade mercantil mais lucrativa que a produtiva. Inexistência do pressuposto da plausibilidade do direito invocado. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por

unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 09 de novembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: Através da presente medida cautelar inominada, pretende a S/A Usina Santa Rita que o Departamento de Assuntos Sucroalcooleiros do Ministério da Integração Regional seja compelido a distribuir-lhe cota de exportação de açúcar para o mercado preferencial norte-americano, abstendo-se de distribuir às unidades produtoras de açúcar do Estado da Paraíba os "certificados de elegibilidade" necessários à exportação em comento ou, em vindo a fazê-lo, seja-lhe garantida a cota equivalente a 8,829% do montante do Estado.

Sustenta que os certificados mencionados são imprescindíveis à exportação do açúcar para os E.U.A., sendo distribuídos às usinas produtoras pelo Governo, através dos órgãos de classe daquelas unidades. Afirma haver-se desligado de seu Sindicato por conveniência própria, o qual, no entanto, por determinação do próprio Coordenador do Departamento de Assuntos Sucroalcooleiros, estaria obrigado a incluir no rateio das cotas de açúcar as unidades não filiadas, o que não teria ocorrido, no seu caso.

O MM. Juiz Federal julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que, verificada a falta de atividade produtiva da requerente, não seria plausível o seu direito de pleitear a cota de exportação aludida, em detrimento das unidades que estivessem operando.

Inconformada, recorre a requerente, argumentando que teria direito adquirido a ser contemplada com qualquer cota de exportação de açúcar para o mercado norte-americano, violando a sua exclusão da distribuição das citadas cotas o princípio da isonomia, relativamente às demais unidades produtoras que participaram do rateio.

Com a resposta ao recurso, pugnando pela manutenção da sentença, subiram os autos a este Egrégio Tribunal, vindo-me conclusos por distribuição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): Não vislumbro, dentre os pressupostos cautelares, a plausibilidade do direito material invocado pela apelante, visando a obter "certificado de elegibilidade", a fim de exportar açúcar para o mercado preferencial norte-americano.

Com efeito, as cotas de exportação de açúcar para o mercado aludido tão-somente devem ser distribuídas às unidades produtoras em atividade, como forma de incentivar-lhes a produção, garantindo-lhes a participação no mercado dos E.U.A., o qual, como frisou a própria apelante, oferece aos produtores, por tonelada métrica de açúcar, praticamente o dobro do preço pago por outros países - fls. 03.

Na hipótese em exame, há farta documentação acostada pelo sindicato apelado (fls. 83/84), demonstrando que a usina apelante não fora contemplada com as cotas de exportação pretendidas, em virtude de sua inatividade, não havendo, outrossim, prova de que estivesse operante.

Desta forma, seria inaceitável que uma empresa comprovadamente inoperante pleiteasse cotas de exportação destinadas a unidades produtoras de açúcar em pleno funcionamento e o Poder Judiciário acolhesse referida pretensão.

Premiar-se-ia com tal posicionamento a empresa que, sem o ônus da produção, sem gerar empregos nem recolher impostos, exercesse atividade meramente mercantil, mais lucrativa e menos arriscada que a atividade produtiva.

Com acerto, decidiu o MM. Juiz Federal:

"Não seria moral nem justo que se contemplasse à requerente, unidade produtora em inatividade, conforme se comprova da farta documentação anexada pelo Sindicato requerido (fls. 83,84), inclusive se desfazendo de sua maquinaria, com a cota de exportação autorizando-a a exportar para o mercado preferencial por praticamente o dobro do preço pago no mercado mundial, em detrimento das unidades em atividade, geradoras de emprego diretos e indiretos e, sobretudo, das receitas para o poder público, e divisas para o País."

Mantenho a sentença por seus próprios fundamentos e nego provimento à apelação.
É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 57.791-PE

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: JORGE GOMES PEREIRA
Advogado: DR. JORGE GOMES PEREIRA (APDO.)

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Servidor público. Reparação ao Tesouro. Honorários de advogado. Redução.

- A forma do servidor público empreender reparação ao Tesouro está regulada na Lei nº 8.112/90, descabendo a imposição de execução fiscal, dado que a Administração tem à mão a remuneração, no caso dos ativos, e os proventos, quando se trata de aposentados.
- Hipótese em que, por cuidar-se de questão predominantemente de direito, sequer foi necessária a realização de audiência, revelando-se a simplicidade do trabalho do patrono, pelo que se reduzem os honorários advocatícios de 15% para 10%.
- Apelação e remessa, tida como interposta, parcialmente providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 21 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: Acolhendo embargos de devedor, o MM. Juiz Federal da 1ª Vara do Estado de Pernambuco, Dr. Roberto Wanderley Nogueira, determinou a pronta interrupção da execução fiscal, por entender que, em se tratando de servidor público, as repositões ao Tesouro deverão observar os termos do art. 46, da Lei nº 8.112/90, pelo que descabe a inscrição do débito como dívida ativa. Fixou os honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

Apela a União Federal, alegando que é de aplicar-se à hipótese a regra do art. 47, parágrafo único, do Diploma Legal suso-referido. Alternativamente, pede a redução dos honorários advocatícios para 5% (cinco por cento).

Com as contra-razões do embargante, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): Tem razão o ilustre sentenciante. A Lei 8.112/90, quando se trata de servidor público, ativo ou inativo, estabelece modalidade de reparação ao Tesouro que dispensa a inscrição do débito na dívida ativa, eis que se acham à sua mão os proventos creditados mensalmente ao devedor, proporcionando-lhe forma expedita e não burocrática de ressarcimento. Assim preconiza o dispositivo invocado na sentença:

"Art. 46 - Salvo por imposição legal, ou mandado judicial, nenhum desconto incidirá sobre a remuneração ou provento."

Em comentário a essa regra, escreve Palhares Moreira Reis:

"Trata-se, no caso, de descontos em folha de pagamento, e o percentual estabelecido na lei é correlacionado com a remuneração (vencimento mais adicionais) ou com o provento, devendo ser reajustado toda vez que houver alteração na paga do servidor. É o entendimento decorrente da necessidade de uma atualização na restituição do recebimento indevido.

A regra tem sentido de proteção ao servidor, de modo a não privá-lo de meios de subsistência, pelos descontos desta natureza, que são compulsórios, não se referindo igualmente às consignações ou aos descontos decorrentes de lei ou ordem judicial."

(Os Servidores, a Constituição e o Regime Jurídico Único, pág. 108 - 1ª Ed. - Centro Técnico de Administrativo).

Não discrepa desse entendimento Ivan Barbosa Rigolin, ao ensinar:

"Fixa este dispositivo que qualquer devolução ou ressarcimento de dinheiro aos cofres públicos por servidor será deduzido de seu pagamento mensal, em parcelas que não excedam a décima parte do conjunto da remuneração ou do provento, em valores atualizados. Quer isto dizer que, tanto aquelas devoluções devidas por atos dolosos ou culposos do servidor, quanto aquelas devidas por erros escusáveis ou involuntários (sendo que as primeiras são o que a lei deve ter querido significar indenização, e a segunda reposição), após terem os valores apurados em expediente administrativo onde precisa até mesmo ser ouvido o servidor, garantindo-se-lhe defesa, serão deduzidas automaticamente pela Administração a cada pagamento mensal. As parcelas deduzidas não poderão exceder a décima parte do vencimento mais vantagens permanentes (remuneração, caso o servidor seja ativo) ou do provento (da aposentadoria ou da disponibilidade, caso seja inativo)." (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, Ed. Saraiva).

O art. 47 e seu parágrafo único, da Lei citada, evidentemente, não se aplicam à hipótese. Tais preceitos são de incidência restrita ao servidor que for demitido, exonerado ou que tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, tendo em vista a impossibilidade de uma cobrança direta.

Tenho, porém, que o apelo merece provimento parcial no que tange à fixação dos honorários advocatícios. Trata-se de questão predominantemente de direito, em que sequer foi necessária a realização de audiência, simplificando, dessarte, o labor do ilustre causídico. Assim entendendo, reduzo tal parcela para 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Isto posto, dou parcial provimento à apelação e à remessa, tida como interposta.

É como voto.

Relator: O SR. JUIZ RIDALVO COSTA
Apelantes: SEVERINO ANTÔNIO DA COSTA E OUTROS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogados: DRS. ALVIBAR CARDOZO MORAES E OUTRO (APTES.) E NOÉ DE PAULA RAMOS E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Previdenciário. Aposentadoria por idade. Empregado rural. Lei de Benefícios - art. 143. A Lei nº 8.213/91 adotou o princípio da equivalência dos benefícios dos empregados rurais e urbanos, mas em norma de natureza transitória dispensou a prova do recolhimento de contribuições referentes ao período de carência. Comprovados os requisitos pertinentes à idade e ao período de atividades rurais por mais de cinco anos, exceto por um dos apelantes.

ACÓRDÃO

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

Recife, 15 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: Severino Antônio da Costa e outros ajuizaram, perante a Vara da Fazenda Pública da Comarca de Jaboatão dos Guararapes, ação sumaríssima de concessão de aposentadoria por idade contra o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social.

Embasaram seus pedidos no art. 202, I, da Constituição Federal, e na Lei nº 8213/91 - nova Lei da Previdência Social.

A autarquia previdenciária contestou, aduzindo, em suma, não terem os autores logrado comprovar a satisfação dos requisitos para a concessão do benefício, mormente no que tange ao cumprimento do período de carência previsto no art. 142, da Lei Previdenciária.

O MM. Juiz julgou improcedente o pedido por entender que "não provaram os autores, para fazerem jus às suas aposentadorias por idade, terem satisfeito a carência exigida na tabela constante do art. 142, da Lei 8.213/91, com a contribuição necessária pelo período mínimo de meses conforme requer a mencionada tabela. Não juntaram sequer qualquer documento comprobatório do recolhimento das contribuições mínimas devidas à Previdência Social." (fls. 57).

Irresignados, apelam os autores, ratificando os termos da inicial.

Com a resposta ao recurso, subiram os autos a este Tribunal, vindo-me conclusos por distribuição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): Insurgem-se os apelantes contra o indeferimento de seus pedidos de aposentadoria, por sentença fundamentada na falta do período de carência estabelecido no art. 142, da Lei 8.213/91, e na de prova de recolhimento de contribuições à Previdência Social.

A Lei de Benefícios, editada em 24.07.91, em cumprimento à Constituição Federal de 1988, tratou o empregado rural, pela natureza do trabalho e não pelo local do trabalho,

sem qualquer distinção em relação ao trabalhador urbano. Adotou, no art. 2º, II, o "princípio da equivalência dos benefícios"; inseriu ambos como segurados obrigatórios - art. 11, I, letra "a".

Exigiu, no entanto, a referida Lei de Benefícios, de nº 8.213, de 24.07.91, em seu art. 142, com o período de carência de sessenta contribuições para as aposentações dos trabalhadores rurais.

Não obstante, preceituou a mesma Lei:

"Art. 143. O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea "a", do inciso I, ou do inciso IV ou VII, do artigo 11, desta Lei, ou os seus dependentes, podem requerer, conforme o caso:

I - omissis

II - aposentadoria por idade, no valor de 1 (um) salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados a partir da data da vigência desta Lei, desde que seja comprovado o exercício de atividade rural nos últimos 5 (cinco) anos anteriores à data do requerimento, mesmo de forma descontínua, não se aplicando nesse período, para o segurado especial, o disposto no inciso I, do artigo 39." (grifos nossos).

Em comentário ao citado artigo, ensina Wladimir Novaes Martinez ser dispensável, no caso de aposentadoria por idade, "a prova do recolhimento de contribuições pelo prazo correspondente ao da carência." (*Comentários à Lei Básica da Previdência Social*, 2ª edição, LTR, 2º vol., pág. 415/416).

Trata o art. 143 de regra especial e concebida em caráter provisório, aplicável aos empregados especificamente rurais, como são os apelantes.

A aposentadoria por idade fica condicionada aos seguintes requisitos, quando devida a trabalhadores rurais:

a) idade de 60 anos para homem e 55 anos para mulher;
c) 5 anos de atividade rural, precedentes ao requerimento, mesmo de forma descontínua. No caso vertente, não resultou comprovado que os autores tenham ingressado administrativamente com pedidos de aposentadoria. Fizeram-no diretamente, em juízo. A autarquia previdenciária resistiu à pretensão, com o oferecimento de contestação. Em casos assim, não se há de exigir que a parte esgote a via administrativa, se, antecipadamente, sabe-se que a administração irá negar o pedido. Toma-se como data do requerimento do benefício a do ajuizamento da causa.

Dos apelantes, apenas José Mendes da Silva não satisfaz a idade mínima, posto que, nascido em 01.06.39, contava, à época do ajuizamento da ação, apenas, com cinqüenta e três anos de idade.

Severino Antônio da Costa somente veio a alcançar a idade mínima exigida em 22.11.93 (doc. de fls.12).

Isto posto, dou parcial provimento à apelação para condenar o INSS a conceder a João Ariel dos Santos, Basílio José de Medeiros, Tereza do Carmo Lima e Maria de Lurdes de Araújo aposentadoria por idade nos termos do art. 143, da Lei nº 8.213/91, a partir da data do ajuizamento da ação, e a Severino Antônio da Costa, a partir de 22.11.93, julgando improcedente o pedido em relação a José Mendes da Silva.

Correção na forma da Lei 6.899/81 e juros de mora à razão de 1% (hum por cento) desde quando devido o pagamento. Os honorários devem ser pagos aos advogados dos apelantes à razão de 10% (dez por cento) - art. 20, do CPC, atendendo ao grau de dificuldade da causa, inclusive com realização de audiência e oferecimento de resposta ao recurso.

É como voto.

Relator: O SR. JUIZ **FRANCISCO FALCÃO**
Apelante: CÍCERO PIRES FILHO
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Advogados: DRS. LUIZ CRESCÊNCIO PEREIRA JÚNIOR E OUTRO (APTE.)

EMENTA

Usucapião. Terreno de marinha e acréscidos. Vedações constitucionais. Locação. Não cabimento.
Apelação improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 59.765-CE, em que são partes as acima mencionadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento aos embargos, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 08 de novembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente

JUIZ FRANCISCO FALCÃO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO: Cícero Pires Filho apela de sentença que, nos autos de ação de usucapião extraordinário, por ele ajuizada contra a União Federal, julgou improcedente o pedido formulado na inicial, à consideração de que não era possível a aquisição, por usucapião, de terreno de marinha ou de terreno acréscido de marinha.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos a esta Corte, sendo-me conclusos por força de distribuição.

Peço a inclusão do feito na pauta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO (Relator): No feito em análise, temos claro ser o terreno de propriedade da União e, como tal, a impossibilidade de ser adquirido por via de usucapião.

A sentença, à luz da documentação acostada aos autos, tanto no laudo pericial como na ação de oposição em apenso, pelas dimensões e confinantes do terreno em apreço, declara serem legítimos proprietários do prédio ali edificado a Sra. Maria das Dores Oliveira e seu cônjuge.

Agora, compulsando os autos, muito não há que esclareça a ligação contratual entre a antiga proprietária, Sra. Cecília Torres Rodrigues, e o ora apelante, Cícero Pires Filho, na locação de dito prédio, o qual seria um desmembramento do prédio original (nº 85 da Rua Adolfo Caminha).

Os documentos apresentados às fls. 12/14 da ação de oposição, em apenso, dizem apenas que o Sr. Raimundo Correia Filho pagava aluguel ao ora apelante, com uma ressalva: no recibo constante às fls. 12, parte superior, refere-se ao pagamento da metade do prédio da Rua Adolfo Caminha, cujo número se encontra rasurado, podendo ser 85 ou 81.

Se Raimundo Correia Filho pagava aluguel pela metade do prédio, aduz-se que o ora apelante deveria concorrer com a outra metade, que, por certo, como traz prova testemunhal às fls., era devido à antiga proprietária.

A apelação traz em seu bojo, às fls. 167, notícia de que "quem era locatário era o Sr. Raimundo Correia Filho, e isto com relação ao prédio da Rua Adolfo Caminha nº 85. Tanto isso é verdade que pagava aluguel ao Sr. Cícero Pires Filho, como bem provam os recibos de fls. 12, 13 e 14 da ação de oposição em apenso."

O apelante pede seja modificada a sentença no sentido de que ele jamais foi locatário, e sim detentor da posse do imóvel localizado na Rua Adolfo Caminha, nº 81, e que os oponentes, Sra. Maria das Dores Oliveira e seu cônjuge, teriam direito, quanto muito, ao imóvel localizado no nº 85 da mesma artéria viária.

Há uma contraposição no que se apresenta nos dois parágrafos anteriores: O Sr. Raimundo Correia Filho, locatário do imóvel de nº 85, cuja propriedade é reconhecida pelo apelante como sendo dos oponentes, "pagava aluguel ao Sr. Cícero Pires Filho." Seria, então, o apelante proprietário do imóvel nº 85 ou o Sr. Raimundo era seu locatário no imóvel nº 81 ? Pagava a metade do aluguel devido pelo imóvel, em contrapartida de haver aberto portas de comunicação na parte posterior dos imóveis, em 1972, de comum acordo com o Sr. Cícero Pires Filho (fls. 10, ação de oposição).

O locatário arcava não só com a totalidade do imóvel nº 85, como também com a metade do aluguel quanto ao imóvel nº 81 (fls. 12, ação de oposição), com cuja outra metade arcaria o Sr. Cícero Pires Filho, o ora apelante.

A não comprovação através de contrato escrito não invalida a locação, por quanto poderá ser fruto de convenção oral entre as partes. Os recibos são prova de sua existência.

Não foram acostados os recibos probantes da locação entre a Sra. Cecília Torres Rodrigues e o Sr. Cícero Pires Filho, mas consta dos autos que o Sr. Raimundo Coreia Filho pagava ao Sr. Cícero Pires Filho a metade do aluguel deste, provando haver a locação do prédio nº 81.

Caracterizada a locação do imóvel, mais uma vez não há que se falar em usucapião.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

Custas, como de lei.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 62.678-PE

Relator: O SR. JUIZ FRANCISCO FALCÃO

Apelante: ECÍLIA DUARTE DA SILVA

Apelados: UNIÃO FEDERAL E MARIA ESPÍNDOLA FALCÃO E CÔNJUGE

Advogados: DRS. VÂNIA DE OLIVEIRA PIMENTEL E OUTROS (APTE.)

EMENTA

Constitucional. Civil. Usucapião de bem público. Domínio útil. A vedação constitucional em se usucapir bem público se refere à nua-propriedade, ao domínio direto, e não ao domínio útil. Possibilidade de constituição da enfeiteuse por usucapião quando o imóvel já era foreiro. Vedação legal aplicada à constituição originária do direito real limitado. Relação entre particulares. Precedentes do STF. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 62.678-PE, em que são partes as acima mencionadas, acorda a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado. Custas, como de lei.

Recife, 29 de novembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente

JUIZ FRANCISCO FALCÃO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO: Ecília Duarte da Silva apela de sentença que, nos autos de ação de usucapião de domínio útil, por ela ajuizada contra Maria Espíndola Falcão, julgou, antes de encerrada a instrução processual, extinto o feito, sem julgamento do mérito, pela impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a propriedade do imóvel objeto da ação é da União Federal (terreno de marinha).

Contra-arrazoados, vieram os autos por distribuição.

Peço a inclusão do feito em pauta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO (Relator): Requer a autora a aquisição, por usucapião, do domínio útil de área urbana, com fundamento no art. 183, CF/88, localizada em terreno de marinha, na qual reside há mais de cinco anos, possuindo-o de forma mansa, pacífica e ininterrupta, exercendo tal posse com ânimo de enfitéuta (fls. 3).

Embora com nuances um pouco distintas do caso em tela, a matéria tratada nos presentes autos já foi objeto de análise nesta Egrégia Corte, onde tive, inclusive, a oportunidade de me manifestar sobre o assunto, utilizando de precedente do extinto Tribunal Federal de Recursos (AC 89.430-RJ, Rel. Min. William Patterson), em acórdão assim ementado:

"Administrativo, Terreno de marinha.

Tratando-se de terreno de marinha, bem da União, sujeito a regime do Decreto-Lei nº 9.760/47, é incabível a usucapião com vista à aquisição de domínio.

Precedentes do antigo Tribunal Federal de Recursos.

Apelo improvido. Sentença confirmada."

(AC 10304-SE, Rel. Juiz Francisco Falcão. 1ª Turma. Unânime. *DJU* 18.11.91).

Ainda com a mesma fundamentação, assim entendeu a 2ª Turma:

"Administrativo e Civil. Usucapião de domínio útil de bens pertencentes à União. Impossibilidade.

1. Os bens pertencentes à União não podem ter o seu domínio útil adquirido por usucapião.

2. Restrição impõe à aquisição de tais bens por tal forma constante em legislação infraconstitucional (DL 710, parágrafo 2º, do art. 12, e DL 9.760/46, art. 200).

3. Posição da doutrina, com exceção de Pontes de Miranda, de que o domínio útil de bens públicos pode ser adquirido por usucapião, só se aplica aos bens estaduais e municipais. Em relação aos bens da União, há expressa vedação legal.

4. Sentença extintiva do processo por impossibilidade jurídica do pedido que se mantém.

5. (...)

6. Apelações improvidas.

(AC 3656-SE, Rel. Juiz José Delgado. 2ª Turma. Unânime. *DOE/PE* 21.04.90).

Numa análise do caso vertente, vemos não se tratar das hipóteses anteriores, e sobre o

pleito ora apresentado temos outras posições bem definidas.

O Excelso Pretório, ao julgar o RE 82.106-PR, entendeu que os terrenos de marinha e acrescidos podem ser objeto de enfiteuse, sendo, por conseguinte, possível a atribuição do domínio útil do imóvel a outrem, não perdendo a União Federal a sua condição de nua-proprietária, ou senhora do domínio direto.

Assim foi ementado o acórdão:

"Enfiteuse. Bem dominical de Prefeitura Municipal. Usucapião de domínio público.

- Em se tratando de bem público, a usucapião não é admissível para a constituição de enfiteuse que vai transformar o imóvel em foreiro.

O mesmo não sucede, porém, quando - e este é o caso dos autos - o imóvel já era foreiro, e a constituição da enfiteuse em favor do usucapiente se faz contra o particular até então enfiteuta, e não contra a pessoa jurídica de direito público que continua na mesma situação em que se achava, ou seja, na de nua-proprietária.

Recurso extraordinário não conhecido."

(RE 82106-PR, Rel. Min. Thompson Flores. Pleno. Maioria. *RTJ* 87/505).

O em. Ministro Moreira Alves, em longo e erudito voto-vista proferido nos citados autos, não só reconheceu a usucapião de enfiteuse, como também a admite sobre o domínio útil de bem público já objeto de aforamento.

Diz-nos seu voto:

"Em se tratando de bem público, a usucapião não é admissível para a constituição da enfiteuse que vai transformar o imóvel em foreiro, porque a alienação desse bem só se admite com a observância das formalidades prescritas em lei, isto é, pelo processo de concessão previsto nas normas de Direito Administrativo, e isso porque, como já acentuava Lafayette (ob.cit., vol. I, pág. 475, nota 108), e o princípio é válido para o Direito vigente, "as enfiteuses que o Estado concede em terrenos de marinha e outros entram depois de constituídas, para o Direito Civil, e são por ele regidas: o processo de concessão pertence ao Direito Administrativo."

Por esse motivo, entendo que não é admissível a constituição de enfiteuse por usucapião, quando se trata de constituição em virtude a qual o bem, que não era foreiro (ou que já o foi, e deixou de sê-lo), passa (ou volta) a sê-lo.

O mesmo, porém, não sucede quando o terreno já era foreiro, e a constituição da enfiteuse em favor do usucapiente se faz contra, não o proprietário, que continua como já se encontra - ou seja, como nu-proprietário, ou senhor do chamado domínio direto -, mas contra o até então enfiteuta."

O em. Juiz Castro Meira, então na titularidade da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Sergipe, em matéria objeto de apreciação neste Tribunal (AC 10304-SE, em que fui Relator), assim se manifestou em sua sentença:

"A questão *sub judice* é fundamentalmente de direito. Trata-se de decidir quanto à possibilidade de aquisição do domínio útil de terreno de marinha via ação de usucapião.

Sustentam os requerentes que, embora os bens públicos sejam inalienáveis por definição legal, tal não ocorre na enfiteuse, em que o domínio útil, de interesse exclusivo dos particulares, seria suscetível de aquisição pela via eleita.

O argumento procede. Como está esclarecido no despacho de fls. 122, o Excelso Pretório vem prestigiando essa tese. A Súmula nº 340 restringe-se ao direito de propriedade, não abrangendo os direitos reais limitados, como a enfiteuse.

Sucede, porém, que o venerando aresto dá como pressuposto a existência de aforamento anterior.

In casu, tal não sucede, ou, pelo menos, os requerentes não conseguiram fazer a prova suficiente. É que a usucapião não pode substituir o regime normal de constituições da enfiteuse de terrenos de marinha estabelecido no Decreto-Lei nº 9.760, de 05.09.46.

Veja-se que a excepcionalidade reconhecida no RE 82.106-PR deu-se no caso em que "o

imóvel já era foreiro, e a constituição da enfiteuse em favor do usucapiente se faz contra o particular até então enfiteuta." Segue-se, portanto, pela impossibilidade da pretensão quando não existe enfiteuse anterior.

Por todo o exposto, julgo a ação improcedente, deixando de impor aos requerentes os ônus da sucumbência em face do benefício da assistência judiciária."

(Ação Ordinária 87.1246-6, Juiz Castro Meira, 1ª Vara Federal-SE).

Os últimos posicionamentos trazem-nos o entendimento de que a relação não será entre o Poder Público e o particular, mas entre particulares (o que é enfiteuta e o que pretende ser).

E ainda, não se tratando de constituição originária de direito real limitado, admitem a constituição da enfiteuse por usucapião.

A tese levantada pelos eminentes magistrados não entra em choque com a vedação pretendida pela União Federal nas suas contra-razões (fls. 580), ao lembrar o que dispõe o Decreto-Lei nº 710, *in verbis*:

"Art. 12. Parágrafo 2º - Não pode ser igualmente adquirido por usucapião o domínio útil ou direito dos terrenos de marinha ou quaisquer outros sujeitos a aforamento."

Ora, não se trata de aquisição de domínio útil de terreno de marinha sujeito a aforamento, isto é, de constituição originária do direito real limitado, mas de imóvel que já era foreiro, apresentando-se uma hipótese não elencada na legislação.

O texto é claro quanto à vedação de constituição originária do direito real limitado, não abrangendo o caso em análise quando tal direito já se encontra constituído, como bem assevera o em. Juiz Castro Meira, ao fundamentar a sentença antes mencionada.

Por fim, como que a consolidar o entendimento aqui adotado, temos recente julgado pela Egrégia 3ª Turma, em acórdão assim ementado:

"Usucapião de domínio útil. Terreno de marinha já submetido ao regime de aforamento pela União Federal. Possibilidade jurídica do pedido.

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

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

Apelação a que se dá provimento para que, superada a extinção do processo sem exame do mérito, venha o feito a ter prosseguimento, com a realização de audiência de justificação prévia, a instrução regular do processo e o julgamento do mérito da causa."

(AC 62742-PE, Rel. Juiz Ridalvo Costa. 3ª Turma. Unânime. j. 17.11.94).

Diante do exposto, abraçando o entendimento de que seja admitida a constituição da enfiteuse por usucapião quando não se tratar de constituição originária, e é o que nos diz os autos e reconhecido na sentença ora apelada, dou provimento à apelação, determinando a baixa dos presentes autos para que, estando afastada a impossibilidade jurídica do pedido, dê-se curso ao processamento do feito.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N° 62.678-PE

Relator: O SR. JUIZ **FRANCISCO FALCÃO**

Apelante: ECÍLIA DUARTE DA SILVA

Apelados: UNIÃO FEDERAL E MARIA ESPÍNDOLA FALCÃO E CÔNJUGE

Advogados: DRS. VÂNIA DE OLIVEIRA PIMENTEL E OUTROS (APTE.)

EMENTA

Constitucional. Civil. Usucapião de bem público. Domínio útil. A vedação constitucional em se usucapir bem público se refere à nua-propriedade, ao domínio direto, e não ao domínio útil. Possibilidade de constituição da enfeiteuse por usucapião quando o imóvel já era foreiro. Vedação legal aplicada à constituição originária do direito real limitado. Relação entre particulares. Precedentes do STF. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 62.678-PE, em que são partes as acima mencionadas, acorda a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 29 de novembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente

JUIZ FRANCISCO FALCÃO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO: Ecília Duarte da Silva apela de sentença que, nos autos de ação de usucapião de domínio útil, por ela ajuizada contra Maria Espíndola Falcão, julgou, antes de encerrada a instrução processual, extinto o feito, sem julgamento do mérito, pela impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a propriedade do imóvel objeto da ação é da União Federal (terreno de marinha).

Contra-arrazoados, vieram os autos por distribuição.

Peço a inclusão do feito em pauta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO (Relator): Requer a autora a aquisição, por usucapião, do domínio útil de área urbana, com fundamento no art. 183, CF/88, localizada em terreno de marinha, na qual reside há mais de cinco anos, possuindo-o de forma mansa, pacífica e ininterrupta, exercendo tal posse com ânimo de enfeiteuta (fls. 3).

Embora com nuances um pouco distintas do caso em tela, a matéria tratada nos presentes autos já foi objeto de análise nesta Egrégia Corte, onde tive, inclusive, a oportunidade de me manifestar sobre o assunto, utilizando de precedente do extinto Tribunal Federal de Recursos (AC 89.430-RJ, Rel. Min. William Patterson), em acórdão assim ementado:

"Administrativo, Terreno de marinha.

Tratando-se de terreno de marinha, bem da União, sujeito a regime do Decreto-Lei nº 9.760/47, é incabível a usucapião com vista à aquisição de domínio.

Precedentes do antigo Tribunal Federal de Recursos.

Apelo improvido. Sentença confirmada."

(AC 10304-SE, Rel. Juiz Francisco Falcão. 1ª Turma. Unâni. DJU 18.11.91).

Ainda com a mesma fundamentação, assim entendeu a 2ª Turma:

"Administrativo e Civil. Usucapião de domínio útil de bens pertencentes à União. Impossibilidade.

1. Os bens pertencentes à União não podem ter o seu domínio útil adquirido por

usucapião.

2. Restrição impõe à aquisição de tais bens por tal forma constante em legislação infraconstitucional (DL 710, parágrafo 2º, do art. 12, e DL 9.760/46, art. 200).

3. Posição da doutrina, com exceção de Pontes de Miranda, de que o domínio útil de bens públicos pode ser adquirido por usucapião, só se aplica aos bens estaduais e municipais. Em relação aos bens da União, há expressa vedação legal.

4. Sentença extintiva do processo por impossibilidade jurídica do pedido que se mantém.

5. (...)

6. Apelações improvidas.

(AC 3656-SE, Rel. Juiz José Delgado. 2ª Turma. Unânime. *DOE/PE* 21.04.90).

Numa análise do caso vertente, vemos não se tratar das hipóteses anteriores, e sobre o pleito ora apresentado temos outras posições bem definidas.

O Excelso Pretório, ao julgar o RE 82.106-PR, entendeu que os terrenos de marinha e acrescidos podem ser objeto de enfiteuse, sendo, por conseguinte, possível a atribuição do domínio útil do imóvel a outrem, não perdendo a União Federal a sua condição de nua-proprietária, ou senhora do domínio direto.

Assim foi ementado o acórdão:

"Enfiteuse. Bem dominical de Prefeitura Municipal. Usucapião de domínio público.

- Em se tratando de bem público, a usucapião não é admissível para a constituição de enfiteuse que vai transformar o imóvel em foreiro.

O mesmo não sucede, porém, quando - e este é o caso dos autos - o imóvel já era foreiro, e a constituição da enfiteuse em favor do usucapiente se faz contra o particular até então enfiteuta, e não contra a pessoa jurídica de direito público que continua na mesma situação em que se achava, ou seja, na de nua-proprietária.

Recurso extraordinário não conhecido."

(RE 82106-PR, Rel. Min. Thompson Flores. Pleno. Maioria. *RTJ* 87/505).

O em. Ministro Moreira Alves, em longo e erudito voto-vista proferido nos citados autos, não só reconheceu a usucapião de enfiteuse, como também a admite sobre o domínio útil de bem público já objeto de aforamento.

Diz-nos seu voto:

"Em se tratando de bem público, a usucapião não é admissível para a constituição da enfiteuse que vai transformar o imóvel em foreiro, porque a alienação desse bem só se admite com a observância das formalidades prescritas em lei, isto é, pelo processo de concessão previsto nas normas de Direito Administrativo, e isso porque, como já acentuava Lafayette (ob.cit., vol. I, pág. 475, nota 108), e o princípio é válido para o Direito vigente, "as enfiteuses que o Estado concede em terrenos de marinha e outros entram depois de constituídas, para o Direito Civil, e são por ele regidas: o processo de concessão pertence ao Direito Administrativo."

Por esse motivo, entendo que não é admissível a constituição de enfiteuse por usucapião, quando se trata de constituição em virtude a qual o bem, que não era foreiro (ou que já o foi, e deixou de sê-lo), passa (ou volta) a sê-lo.

O mesmo, porém, não sucede quando o terreno já era foreiro, e a constituição da enfiteuse em favor do usucapiente se faz contra, não o proprietário, que continua como já se encontra - ou seja, como nu-proprietário, ou senhor do chamado domínio direto -, mas contra o até então enfiteuta."

O em. Juiz Castro Meira, então na titularidade da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Sergipe, em matéria objeto de apreciação neste Tribunal (AC 10304-SE, em que fui Relator), assim se manifestou em sua sentença:

"A questão *sub judice* é fundamentalmente de direito. Trata-se de decidir quanto à possibilidade de aquisição do domínio útil de terreno de marinha via ação de usucapião.

Sustentam os requerentes que, embora os bens públicos sejam inalienáveis por definição

legal, tal não ocorre na enfiteuse, em que o domínio útil, de interesse exclusivo dos particulares, seria suscetível de aquisição pela via eleita.

O argumento procede. Como está esclarecido no despacho de fls. 122, o Excelso Pretório vem prestigiando essa tese. A Súmula nº 340 restringe-se ao direito de propriedade, não abrangendo os direitos reais limitados, como a enfiteuse.

Sucede, porém, que o venerando aresto dá como pressuposto a existência de aforamento anterior.

In casu, tal não sucede, ou, pelo menos, os requerentes não conseguiram fazer a prova suficiente. É que a usucapião não pode substituir o regime normal de constituições da enfiteuse de terrenos de marinha estabelecido no Decreto-Lei nº 9.760, de 05.09.46.

Veja-se que a excepcionalidade reconhecida no RE 82.106-PR deu-se no caso em que "o imóvel já era foreiro, e a constituição da enfiteuse em favor do usucapiente se faz contra o particular até então enfiteuta." Segue-se, portanto, pela impossibilidade da pretensão quando não existe enfiteuse anterior.

Por todo o exposto, julgo a ação improcedente, deixando de impor aos requerentes os ônus da sucumbência em face do benefício da assistência judiciária."

(Ação Ordinária 87.1246-6, Juiz Castro Meira, 1ª Vara Federal-SE).

Os últimos posicionamentos trazem-nos o entendimento de que a relação não será entre o Poder Público e o particular, mas entre particulares (o que é enfiteuta e o que pretende ser).

E ainda, não se tratando de constituição originária de direito real limitado, admitem a constituição da enfiteuse por usucapião.

A tese levantada pelos eminentes magistrados não entra em choque com a vedação pretendida pela União Federal nas suas contra-razões (fls. 580), ao lembrar o que dispõe o Decreto-Lei nº 710, *in verbis*:

"Art. 12. Parágrafo 2º - Não pode ser igualmente adquirido por usucapião o domínio útil ou direito dos terrenos de marinha ou quaisquer outros sujeitos a aforamento."

Ora, não se trata de aquisição de domínio útil de terreno de marinha sujeito a aforamento, isto é, de constituição originária do direito real limitado, mas de imóvel que já era foreiro, apresentando-se uma hipótese não elencada na legislação.

O texto é claro quanto à vedação de constituição originária do direito real limitado, não abrangendo o caso em análise quando tal direito já se encontra constituído, como bem assevera o em. Juiz Castro Meira, ao fundamentar a sentença antes mencionada.

Por fim, como que a consolidar o entendimento aqui adotado, temos recente julgado pela Egrégia 3ª Turma, em acórdão assim ementado:

"Usucapião de domínio útil. Terreno de marinha já submetido ao regime de aforamento pela União Federal. Possibilidade jurídica do pedido.

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

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

Apelação a que se dá provimento para que, superada a extinção do processo sem exame do mérito, venha o feito a ter prosseguimento, com a realização de audiência de justificação prévia, a instrução regular do processo e o julgamento do mérito da causa."

(AC 62742-PE, Rel. Juiz Ridalvo Costa. 3ª Turma. Unânime. j. 17.11.94).

Diante do exposto, abraçando o entendimento de que seja admitida a constituição da enfiteuse por usucapião quando não se tratar de constituição originária, e é o que nos diz os autos e reconhecido na sentença ora apelada, dou provimento à apelação, determinando a baixa dos presentes autos para que, estando afastada a impossibilidade jurídica do pedido, dê-se curso ao processamento do feito.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N° 64.524-PE

Relator: O SR. JUIZ LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: INSTALADORA ANDRADE LIMA LTDA.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advogados: DRS. RITA VALÉRIA DE CARVALHO CAVALCANTE E OUTRO (APTE.)

EMENTA

Tributário e Constitucional. Ação Cautelar. Suspensão de acordo de parcelamento com a Fazenda Nacional para recolhimento do Programa de Integração Social. Inconstitucionalidade da alteração das alíquotas pelos Decretos-Leis 2.445 e 2.449. Apelo provido.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 16 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Presidente
JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Insurge-se a apelante contra sentença que julgou improcedente ação cautelar na qual a requerente postula a suspensão de acordo de parcelamento com a Fazenda Nacional para recolhimento do Programa de Integração Social. Alega, em resumo, que o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade da elevação das alíquotas daquela contribuição e que teria prejuízos consideráveis em continuar efetivando o pagamento naqueles termos pactuados.

Com contra-razões, pela confirmação da sentença, vieram os autos, tocando-me a distribuição.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): A fundamentação da requerente é relevante, apoiada em reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Regional Federal. Não importa que tenha celebrado acordo de parcelamento, até porque o fez em função da exigência descabida do Fisco de pagar o PIS com acréscimo indevido.

Já me manifestei sobre o assunto ao decidir liminar, em mandado de segurança, com os seguintes fundamentos:

"Cora Material de Construção Ltda. impetra mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato do MM. Juiz Federal da 9a. Vara-PE que denegou medida liminar, em ação

cautelar, no sentido de que a Fazenda Nacional revisse as prestações do parcelamento de débito referente ao FINSOCIAL, ajustando a alíquota de 2% para 0,5%, em função de superveniente decisão, com trânsito em julgado, reconhecendo-lhe tal direito.

A situação fática reflete com perfeição a hipótese em que o mandado de segurança contra ato judicial em nada se confunde com a interposição do recurso, mas, ao contrário, identifica-se diretamente com a impugnação direta de um ato de autoridade apontado como ilegal.

A mera atribuição de efeito suspensivo ao agravo não aproveitaria a impetrante, porque o ato atacado é omissivo (em lógica matemática, como reflexo da realidade, menos com menos é sempre menos). O que se quer é um provimento positivo, que supra o negativo.

Aqui se examinará, na apreciação do pedido liminar, se idêntico pedido deveria ser deferido pelo impetrado, porque reunia os requisitos para ser atendido, e, não o sendo, caracterizar-se-ia a ilegalidade por omissão.

A rigor, nem precisaria a impetrante percorrer o longo e árduo caminho para fazer valer o direito a recolher a contribuição para o FINSOCIAL, nos termos do Decreto-Lei 1.940/82, sem as alterações introduzidas pelo art. 9º, da Lei 7.689/88, do art. 7º, da Lei 7.787/89, do art. 1º, da Lei 7.894/89, e do art. 1º, da Lei 8.147/90, declarados constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Poderia, simplesmente, em função do trânsito em julgado da sentença que reconheceu a inexistência de relação jurídica, que a obrigue a sofrer aquela exação com as alíquotas majoradas, romper o acordo de parcelamento e passar a depositar somente a parcela devida.

Mas isso lhe acarretaria danos irreparáveis, porque o Fisco, detendo um instrumento de confissão de dívida, e ante interpretação vesga do aparente conflito entre o parcelamento e a declaração contida na sentença, iria certamente adotar medidas administrativas prejudiciais a qualquer empresa, inclusive a inclusão no cadastro de firmas inadimplentes. Por isso, relevante o fundamento consistente no direito a recolher 0,5%, e não 2%, de FINSOCIAL, no período questionado, e estando constrangida a recolher parcelas calculadas indevidamente, à alíquota de 2%, necessita a impetrante da antecipação da tutela jurisdicional, enquanto promove, na anunciada ação principal, a revisão do parcelamento.

Assim, defiro a liminar para que as prestações do parcelamento sejam recolhidas em valor correspondente a 25% do estipulado no respectivo instrumento, até a solução final do litígio."

A situação sob exame difere apenas quanto à espécie tributária, pois a elevação de alíquotas do PIS também foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Ressalto que a contribuição, em si, é válida, restringindo-se a constitucionalidade à alteração das alíquotas pelos Decretos-Leis 2.445 e 2.449.

Por essas razões, dou provimento ao apelo para deferir o pedido, que se exaure na sustação do parcelamento, dada a invalidade da alteração das alíquotas do PIS.

APELAÇÃO CÍVEL N° 66.396-PE

Relator: O SR. JUIZ LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelada: MARIA DE LOURDES DE ASSIS
Advogada: DRA. ROSÂNGELA DE MELO CAHU ARCOVERDE DE SOUZA (APDA.)

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Consignação em pagamento de taxa de ocupação de imóvel da União. Até o trânsito em julgado do acórdão que julgou procedente a

reintegração de posse, é injusta a recusa do recebimento da prestação devida pelo ocupante. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 15 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Presidente

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Insurge-se a apelante contra sentença que julgou parcialmente procedente pedido de consignação em pagamento para extinguir a obrigação em relação às prestações de indenização pela ocupação de imóvel da Prefeitura Naval do Recife. Alega, em resumo, que a recusa é justa, o que fora reconhecido pelo acórdão proferido na ação de reintegração de posse movida contra a apelada.

A apelada não apresentou contra-razões. Vieram os autos, tocando-me a distribuição. Dispensei revisão, por se tratar de matéria exclusivamente de direito.

É o relatório. Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): Enquanto persistente a ocupação do imóvel da União, a ocupante tinha a obrigação de pagar a taxa ou indenização fixada no respectivo termo. Somente se poderia considerar justa a recusa após a execução do julgado na ação de reintegração de posse. A sentença estabeleceu limite até mais favorável à apelante (a data do trânsito em julgado).

Tanto a Administração precisava acorrer a juízo para desfazer a relação jurídica de natureza civil que embasava a ocupação, que o fez.

Nada há a reformar.

Nego provimento ao apelo e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N° 66.607-RN

Relator:	O SR. JUIZ RIDALVO COSTA
Apelante:	MARIA VITÓRIA DA CONCEIÇÃO
Apelada:	UNIÃO FEDERAL
Advogado:	DR. RICARDO DE MOURA SOBRAL (APTE.)

EMENTA

Administrativo e Constitucional. Pensão especial. Art. 53, II, e III, do ADCT. Irmã solteira maior de 21 anos e não inválida. Lei 8.059/90.

A Lei nº 8.059/90, ao regulamentar a pensão especial de que trata o art. 53, das Disposições Constitucionais Transitórias, indicou expressamente as pessoas

consideradas dependentes para fins de percepção da aludida pensão. Autora que não satisfaz as condições necessárias ao gozo da pensão especial do art. 53, do ADCT, tem assegurado na norma constante no art. 17, da Lei nº 8.059/90, o direito a permanecer percebendo o benefício previsto no art. 30 da Lei nº 4.242/63. Manutenção da sentença.

ACÓRDÃO

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

Recife, 09 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: Maria Vitória da Conceição, na qualidade de titular de pensão de militar, como 2º Sargento, deixada em decorrência do falecimento de seu irmão, ex-combatente, promoveu ação ordinária contra a União Federal visando à elevação dos seus proventos correspondentes à remuneração do posto de 2º Tenente, com fundamento no art. 53, II e III, do ADCT.

O MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte julgou improcedente o pedido, por entender que "não se subsumindo a autora como titular da pensão do art. 53, III, do ADCT, por não constar do rol do art. 5º, da Lei 8.059/90, ficou-lhe assegurado o favor do art. 30, da Lei 4.242/63, diploma recebido em parte pela nova ossatura constitucional vigente" - fls. 44.

Irresignada, recorre a autora, sustentando que "há direito adquirido da irredutibilidade de salários", em face de ter recebido por cerca de 3 anos e 4 meses a remuneração na forma prevista no mencionado dispositivo constitucional transitório. Aduz, ainda, fazer jus a tal percepção, em face de, comprovadamente, ser o seu irmão ex-combatente.

Duplo grau obrigatório.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): A sentença recorrida está assim fundamentada:

"No caso em tela, a autora, embora solteira, atingiu a maioridade. Deveria, nesta hipótese, comprovar ser inválida, circunstância sequer ventilada na inicial e que autoriza o julgamento antecipado da lide (arts. 128 e 330, I do CPC).

Estacionou a autora no fato de o art. 53, II e III, do ADCT, haver revogado a Lei 4.242/63. Ledo engano. Pelo princípio da recepção, toda a legislação infraconstitucional anterior à Constituição é tida como válida desde que o seu conteúdo não contrarie os princípios e regras desta.

Em nenhum momento, a entrada em vigor da Constituição de 1988 fez desaparecer a vantagem criada pela Lei 4.242/63. Prova inofismável disto está no art. 17, da Lei 8.059/90, ao estatuir que os beneficiários do art. 30, da Lei 4.242/63, que não se enquadrem como contemplados pelo art. 53, III, do ADCT, continuarão a receber os benefícios assegurado pelo aludido dispositivo legal.

Não se subsumindo a autora como titular da pensão do art. 53, III, do ADCT, por não constar do rol do art. 5º, da Lei 8.059/90, ficou-lhe assegurado o favor do art. 30, da Lei 4.242/63, diploma recebido em parte pela nova ossatura constitucional vigente.

O fato de a administração, ainda que por curto espaço de tempo (out/1988 a abr./1990), haver solvido a pensão da autora na forma do art. 53, do ADCT, II, ou seja, com base na remuneração de 2º Tenente, não gerou direito adquirido à continuidade de tal prestação. O direito adquirido, a exemplo da irredutibilidade salarial, pressupõe que os estipêndios sejam pagos de conformidade com o *jus positum*. Sendo assim, mister reconhecer que os agentes da ré laboraram no exercício regular da competência inerente à autotutela, respaldada pela Súmula 473, do Augusto Pretório, invalidando os atos que perpetraram por inquinados de vícios que os tornaram ilegais.

Isto posto, julgo improcedente o pedido, condenando a autora, não beneficiária da justiça gratuita, ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor corrigido da causa" - fls. 43/45.

As normas em questão dispõem, *ad litteram*:

"Art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos:

I - *omissis...*

II - pensão especial correspondente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas, que poderá ser requerida a qualquer tempo, sendo inacumulável com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários, ressalvado o direito de opção;

III - em caso de morte, pensão à viúva ou companheira ou dependente, de forma proporcional, de valor igual à do inciso anterior;" (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

"Lei 8.059/90: Art. 5º. Consideram-se dependentes do ex-combatente para fins desta Lei:

I a IV - *omissis...*

V - o irmão e a irmã, solteiros, menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidos.

Art. 17. Os pensionistas beneficiados pelo art. 30, da Lei nº 4.242, de 17 de julho de 1963, que não se enquadrem entre os beneficiários da pensão especial de que trata esta Lei, continuarão a receber os benefícios assegurados pelo citado artigo até que se extingam pela perda do direito, sendo vedada sua transmissão, assim por reversão como por transferência."

Inexistem dúvidas quanto à condição de ex-combatente do instituidor da pensão. A questão centra-se em saber se é devido ou não, à autora, o valor da pensão na forma do art. 53, III, do ADCT, ou seja, com base no soldo de 2º Tenente.

A Lei nº 8.059/90, ao regulamentar a pensão especial de que trata o art. 53, das Disposições Constitucionais Transitórias, indicou, expressamente, as pessoas consideradas dependentes para fins de percepção da aludida pensão.

A autora não satisfaz as condições necessárias ao gozo da pensão especial do ADCT. No entanto, continuou com a pensão disciplinada pelo art. 30, da Lei nº 4.242/63.

Em obediência ao princípio da legalidade que rege a Administração Pública, no presente caso, houve a invalidação do ato que concedeu indevidamente, à autora, a promoção de sua pensão.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N° 66.718-PE

Relator: **O SR. JUIZ LÁZARO GUIMARÃES**

Apelante: **MARIA AUXILIADORA VERAS SANTIAGO**

Apelado: **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS**

Advogados: DRS. GRINALDO GADELHA (APTE.) E
JOSEFA BARROS CAVALCANTE E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Processual Civil. Execução fiscal. Embargos oferecidos por sócio responsável. Inexistência de litisconsórcio necessário com devedor solidário. Intimação feita regularmente. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 15 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Presidente

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Insurge-se o apelante contra sentença que julgou improcedentes embargos à execução fiscal movida contra a firma Gráfica Diagrama Ltda. Alega, em resumo, nulidade da decisão por cerceamento de defesa, porquanto o despacho que determinou abertura de vista sobre a impugnação saíra com incorreções, e por omissão na citação de outro sócio como litisconsorte passivo.

A apelada apresentou contra-razões, pela confirmação da sentença. Vieram os autos, tocando-me a distribuição. Dispensei revisão, por se tratar de matéria exclusivamente de direito.

É o relatório. Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): A citação da apelante como sócia responsável pela firma executada decorre da sua posição na empresa à época em que se originou o débito. Os sócios solidários e os novos dirigentes da sociedade, embora pudessem responder, também, pela execução, não são litisconsortes necessários, porque a obrigação recai sobre qualquer um ou sobre todos.

O responsável é sujeito passivo da execução e, mesmo na hipótese em que indique bens livres e desembaraçados do devedor, o que não é o caso, porque a embargante se limitou a requerer a citação dos atuais sócios gerentes da executada, os seus bens continuam submetidos a constrição para o pagamento integral da dívida.

Quanto à intimação do despacho que abriu vista à embargante para se manifestar sobre a impugnação, nada há que o vici. Da publicação constam os nomes das partes, o nome do advogado da apelante e até o número da sua inscrição na OAB, além do teor da decisão.

Por essas razões, nego provimento ao apelo.

É como voto.

Relator: O SR. JUIZ LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: ASSOCIAÇÃO ATLÉTICA DO BANCO DO BRASIL
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Advogados: DRS. LUIZ ANTÔNIO MAGALHÃES E OUTROS (APTE.)

EMENTA

Civil. Ação cautelar de atentado. Inexistência de inovação do objeto do litígio com a simples utilização do bem pela União Federal, autora da ação principal, na qual pretende evitar a usurpação da posse de terreno. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 16 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Presidente

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Insurge-se a apelante contra sentença que julgou improcedente ação cautelar de atentado. Alega, em resumo, que houve violação da regra do art. 879, III, CPC, com a implantação de benfeitorias e a ocupação, por este Tribunal Regional Federal, de área situada em terreno de marinha, na Av. Martin Luther King, objeto de interdito proibitório ajuizado pela União Federal .

A apelada apresentou contra-razões, pela confirmação da sentença. Vieram os autos, tocando-me a distribuição. Dispensei revisão, por se tratar de matéria exclusivamente de direito.

É o relatório. Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): O pedido da requerente consiste simplesmente em inverter a eficácia da sentença na ação principal. Explico: a União Federal postulou, no interdito proibitório, a proteção da posse de imóvel de sua propriedade, ameaçada pela Associação Atlética do Banco do Brasil, que a usava como estacionamento particular.

No atentado, ataca-se a regular utilização do mesmo terreno pela entidade proprietária, como se ação que propusera tivesse o condão de restringir os seus direitos sobre o imóvel.

Note-se que o interdito proibitório foi julgado procedente (sentença de fls. 32 a 38), estando plenamente caracterizada a ameaça à posse legítima do bem, exercida pela União Federal.

Por essas razões, nego provimento ao apelo.

É como voto.

Relator: O SR. JUIZ JOSÉ DELGADO
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelada: CERÂMICA ALAGOAS LTDA.
Advogado: DR. GILBERTO DE OLIVEIRA SILVA (APDA.)

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Lei nº 8.866, de 11.04.94. Inconstitucionalidade e infringência da hierarquia legal. Ação de Depósito.

1. À luz do nosso Ordenamento Civil, o depósito pode ser voluntário ou obrigatório, classificando-se, quanto à coisa objeto do depósito, em regular ou irregular, conforme se refira a coisa infungível e inconsúmivel (CC, arts. 50 e 51), ou coisa fungível, sendo regido pelas normas concernentes ao mútuo (art. 1.280, c/c arts. 1.256 a 1.264, CC).

2. É inadequada a ação de depósito com finalidade de receber crédito tributário, vez que a coisa objeto da ação nunca esteve em poder da Administração Pública. A aplicação da doutrina civilista, no caso concreto, afronta a norma jurídica tributária.

3. Depositário infiel é aquele que detém, em seu poder, coisa alheia, recusando-se a entregá-la. A Lei nº 8.866/94 não encontra amparo legal, por estar dissonante com os preceitos traçados por leis de hierarquia superior.

4. É defesa a retroação da lei tributária, em homenagem ao aforismo *tempus regit actum*. Ocorrida a inadimplência do tributo em 1991 e 1992, a lei nova não pode produzir efeitos a fatos pretéritos, sob pena de malferir o princípio da irretroatividade legal.

5. Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, tida como interposta, nos termos do relatório, na forma do voto do Juiz Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 07 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente

JUIZ JOSÉ DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO: Trata-se de apelação cível interposta pela Fazenda Nacional contra sentença proferida pelo MM. Juiz de 1º grau, a qual julgou improcedente ação de depósito ajuizada contra Cerâmica Alagoas Ltda.

A Fazenda Nacional, em sua peça exordial, aduz que a ré é devedora da quantia de 39.170,00 UFIRs (Unidade Fiscal de Referência), correspondente ao IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados, sendo que, pelo fato de deter, ilegalmente, em seu poder, referida importância, está sujeita aos ditames da Lei nº 8.866, de 11.04.94, requerendo, assim, o depósito do valor cobrado ou a prisão civil, nos termos do artigo 4º, § 2º, da citada Lei.

A decisão de 1ª instância é pela improcedência do pedido, pois, no entender do eminentíssimo Magistrado, não há depósito onde a posse da coisa esteve sempre com o devedor, motivo pelo qual a Lei nº 8.866/94 não pode alterar as bases jurídicas determinadas pela Constituição e pela Lei Adjetiva Civil.

Além disso, "a lei não pode retroagir para modificar a relação jurídica resultante do inadimplemento da retenção impaga dos valores recolhidos a título de tributo."

Alicerça-se o inconformismo da Fazenda Nacional na tese de que é defeso ao Magistrado, de ofício, declarar constitucional uma norma.

Da mesma forma, a Constituição não conceituou o que viria a ser o depósito, mas, tão-somente, fixou a prisão civil do depositário infiel, motivo pelo qual a Lei nº 8.866/94 não colide com os preceitos traçados pela Lei Maior, bem como o RIPI estabelece que é considerado depositário infiel aquele que não repassa o tributo no prazo certo aos cofres públicos.

Por fim, afirma que a Lei nº 8.866/94, por inovar apenas a matéria procedural, pode ser aplicada a casos pendentes e futuros.

Sem contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO (Relator): Pela análise das peças processuais, verifico que o cerne da questão se circunscreve em torno da decisão judicial que considerou a constitucionalidade e a infringência da hierarquia legal da Lei nº 8.866, de 11 de abril de 1994, que dispõe sobre o depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública e disciplina as normas procedimentais para a interposição de ação judicial competente.

A Fazenda Nacional ajuizou ação de depósito, com fundamento na retrocitada lei, aduzindo que a ré é devedora de valores correspondentes ao IPI, postulando o depósito judicial do montante integral ou a prisão, pelo prazo de 90 dias, do sócio-gerente da demandada.

O eminentíssimo Magistrado de 1º grau entende não se adequar ao caso a ação de depósito, vez que a posse da coisa (valores relativos ao imposto discutido) sempre esteve com o devedor, infringindo, pois, o conceito contido na Lei Adjetiva Civil e as bases jurídicas determinadas pela Constituição.

O depósito, à luz do nosso Ordenamento Civil, pode ser voluntário ou obrigatório, classificando-se, ainda, quanto à coisa objeto do depósito, em regular ou irregular, conforme se refira a coisa infungível e inconsumível (CC, arts. 50 e 51), devendo ela própria ser devolvida ao depositante ou, quando tem por objeto coisa fungível, sendo por isso mesmo regido pelas normas concernentes ao mútuo (art. 1.280, c/c arts. 1.256 a 1.264, do Código Civil).

Ora, a Fazenda Nacional reclama o recolhimento de um tributo - IPI, e, para tanto, ajuíza ação de depósito, fulcrada na Lei nº 8.866/94.

O tributo, em sentido próprio, "é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada" (art. 3º, Código Tributário Nacional).

Então, se o tributo exigido, no caso o IPI, é uma prestação pecuniária compulsória devida à Administração Pública, verifica-se a inadequação do tipo de ação escolhida pela apelante, vez que a coisa objeto da ação de depósito em nenhum instante esteve em poder da Administração Pública, e, posteriormente, transferida a posse à demandada.

Por maior influência que se receba daqueles que professam a aplicação da doutrina civilista ao ramo do Direito Tributário, uma análise superficial destaca que tal entendimento é fruto, tão-somente, de uma visão privatista, inteiramente inadmissível em face do confronto entre o Código Tributário Nacional e o Código Civil, nesse tocante.

Ressalte-se, ainda, que o CTN elegeu entre os princípios de hermenêutica a analogia (art. 108, inciso I), segundo a qual se busca em outra disposição expressa o princípio jurídico estabelecido para casos afins, idênticos em sua natureza e efeitos, se o legislador se mantém silente sobre determinado assunto.

Assim, o Direito Tributário pode encontrar em outros ramos do Direito meios de integração e complementação.

Entretanto, frise-se bem, é imperioso que ocorra a adequação ao caso concreto.

O depositário infiel é aquele que detém, em seu poder, coisa alheia, recusando-se a entregá-la. O tributo que ora é reclamado pela Fazenda Nacional não foi entregue pela mesma ao demandado, a fim de caracterizar a posse indevida do valor, motivo pelo qual são inaplicáveis os dispositivos constantes do Código Civil, nesta lide.

Por outro lado, atendo-me ao capítulo que trata sobre a ação de depósito, no Código Processual Civil, verifico que essa ação "tem por fim exigir a restituição da coisa depositada" (art. 901), ou seja, seguindo o comando traçado pela Lei Substantiva, anteriormente discutida, o detentor da coisa deve restituí-la tão logo o depositante a exija, sob pena de ser considerado depositário infiel.

Pelo visto, a tutela jurisdicional prestada pelo Estado-Juiz não pode acatar o apelo da Fazenda Nacional, pela absoluta inadequação do tipo de procedimento escolhido pela autora e sua pretensão.

Dessa forma, conclui-se que a Lei nº 8.866/94 não encontra amparo legal que a viabilize, vez que está dissonante com os preceitos traçados pelo Código Civil e Código de Processo Civil.

Quanto à alegada constitucionalidade da Lei nº 8.866/94, a apelante fundamenta-se na tese de que os arts. 1º, 2º e 3º e seus parágrafos consagram a aplicação da norma à hipótese concreta, vez que há a ocorrência da eficácia legal (incidência da norma sobre o seu suporte fático).

Arremata, dizendo que: "corporificado o suporte fático no mundo dos fatos, a incidência dá-se incondicionalmente, independentemente da vontade das pessoas, obrigando o órgão incumbido de efetuar a prestação jurisdicional a aplicá-la."

Pois bem, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXVII, prevê a prisão civil, por dívida, nos casos de "inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel." (grifei).

Acontece que, pelo que foi discutido anteriormente, não se trata, no caso em tela, de depositário infiel, vez que a demandada nunca recebeu, em depósito, os valores relativos ao IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados não recolhido.

É da essência da Lei nº 8.866/94 que ocorra o fato jurídico, assim previsto, para a aplicação dos preceitos ali contidos.

Segundo a classificação tradicional, são características da norma jurídica a coercibilidade, a heteronomia, a bilateralidade e a sanção pré-fixada e externa, exercida pelo Estado.

Kelsen, na indiscutível contribuição que deu ao desenvolvimento do Direito Positivo, defende que a norma jurídica é sempre redutível a um juízo ou proposição hipotética, entendimento esse seguido, posteriormente, por Hart e Bobbio.

A proposição hipotética trazida pela Lei nº 8.866/94 é a de que "é depositário da Fazenda Pública, observado o disposto nos arts. 1.282, I, e 1.283, do Código Civil, a pessoa a que a legislação tributária ou previdenciária imponha a obrigação de reter ou receber de terceiros e recolher aos cofres públicos impostos, taxas e contribuições, inclusive à seguridade social." (art. 1º).

Se, conforme exposto, a inadimplência do sujeito passivo da relação tributária não caracteriza a figura jurídica do depositário infiel, nos exatos ditames que a Lei Substantiva Civil conceitua, incorre a hipótese fática prevista na lei ordinária.

O fato da Colenda Corte Superior haver suspendido os efeitos de apenas alguns dispositivos da lei em comento, não retira do Magistrado o dever de julgar outros dispositivos nela contidos.

Por fim, cumpre-me analisar a questão intertemporal levantada nos autos, segundo a qual a Lei nº 8.866/94 não pode produzir efeitos quanto à dívida tributária verificada nos anos-

base 1991 e 1992.

Penso que ocorre a retroação da lei tributária quando a mesma alcança ato ou situação já consumada antes de sua entrada em vigor, outorgando-lhe determinados efeitos jurídicos. É a questão do aforismo *tempus regit actum*, segundo o qual a lei tributária em vigor à época da ocorrência do fato imponível é que deve ser aplicada.

Pois bem, o crédito tributário remonta a 1991 e 1992, ocasião em que tornou-se inadimplente o contribuinte, vez que o tributo não foi recolhido em tempo hábil e, em tese, credora a Fazenda Nacional.

Nessa ocasião, nasceu para a apelante o direito de exigir o cumprimento da obrigação tributária. A lei nova (Lei 8.866) não pode produzir seus efeitos a casos passados. Assim como, em matéria penal, veio consubstanciar-se a regra *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, em matéria tributária aplica-se *nullum vectigal sine praevia lege*."

A exceção é apenas a que beneficia o contribuinte (*lex mitior*), como a que concede isenções, em prazo mais lato para o recolhimento do tributo, estando, entretanto, subordinada à vontade do Estado, que determinará, expressamente, as hipóteses previstas.

Assim, diante de tudo o que foi exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 68.170-PB

Relator: O SR. JUIZ **FRANCISCO FALCÃO**
Apelante: FELINTO IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA.
Apelada: SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DO ABASTECIMENTO - SUNAB
Advogados: DRS. MARCOS WILLIAM GUEDES DE ARRUDA E OUTROS (APTE.) E
REGINA SPIELMANN E OUTROS (APDA.)

EMENTA

Processual Civil. Extinção do feito. Inteligência do art. 267, III, e parágrafo 1º, CPC. Para a extinção do processo com base no art. 267, III, CPC, impõe-se a intimação pessoal da parte para suprir, em 48 horas, a falta (art. 267, parágrafo 1º, CPC). Ineficaz a intimação feita na pessoa do advogado. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 68.170-PB, em que são partes as acima mencionadas, acorda a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 14 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente

JUIZ FRANCISCO FALCÃO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO: Cuida-se de apelação interposta por Felinto Importadora e Exportadora Ltda. contra sentença que julgou extinto o processo, *ex vi* do art. 267, III, CPC, assim decidindo por entender o Juízo *a quo* haver a autora demonstrado absoluto desinteresse pela causa.

Alega a autora a falta da intimação regular.
Contra-arrazoados, vieram-me os presentes autos por distribuição.
Peço a inclusão do feito em pauta.
É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO (Relator): A extinção do feito deveria atender ao disposto no parágrafo 1º, do art. 267, CPC, isto é, necessária a prévia intimação pessoal da parte para suprir a falta.

Consoante o ensinamento de Moniz de Aragão (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II/542, 7ª ed, nº 506), *in verbis*:

"O parágrafo 1º impede a imediata declaração da extinção do processo, pois determina ao juiz que mande intimar pessoalmente a parte contrária o pedido formulado pela outra, ou a ambas, se a iniciativa da extinção houver partido dele próprio ou do Ministério Pùblico.

A intimação pessoal há que ser feita à própria parte, como é óbvio, e por mandado."

A parte não foi intimada para suprir a falta, na forma do art. 267, parágrafo 1º, CPC.

Ademais, o despacho da autoridade judicial, cronologicamente anterior ao pleito da ré pela extinção do processo, se porventura fora entendido como aquele que ensejaria a extinção do processo, peca por não atender, ainda, aos ditames do aludido dispositivo da lei adjetiva.

A intimação se dera tão-somente aos patronos e, mais uma vez, à luz do entendimento de Moniz de Aragão (op. cit., v. II/544, 7ª ed, nº 509):

"A intimação há que ser feita pessoalmente às partes, ao contrário do que dispunha o Código de 1939 (art. 202), que se satisfazia com a do advogado."

Diante do exposto, pela inexistência da intimação prevista no art. 267, parágrafo 1º, CPC, e, ainda, ineficaz a intimação feita antes da sentença apenas ao advogado, dou provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N° 68.735-PE

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ DELGADO**
Apelante: CIA. AÇUCAREIRA DE GOIANA - USINA NOSSA SENHORA DAS MARAVILHAS
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Advogados: DRS. LUIS GUILHERME OITICICA RODRIGUES E OUTROS (APTE.)

EMENTA

Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Lei nº 4.870/65. Ausência de comprovação.

1. O Direito Brasileiro adota a teoria do risco ou a teoria objetiva para a verificação da responsabilidade civil do Estado, segundo a qual a Administração Pública está sujeita a ressarcir os danos praticados por seus agentes administrativos ou agentes delegados, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de culpa ou dolo.
2. O ato legislativo típico, praticado por agente político, dificilmente pode ocasionar prejuízo indenizável ao particular, por tratar-se de norma geral e abstrata, atuando sobre toda a coletividade, através do poder soberano do Estado.
3. Inexistência de prova que ateste o prejuízo sofrido pela apelante.
4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, na forma do voto do Juiz Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 21 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente

JUIZ JOSÉ DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO: Trata-se de ação ordinária de indenização cumulada com ação declaratória de suspensão de exigibilidade de dívida tributária interposta pela Companhia Açucareira de Goiana - Usina Nossa Senhora das Maravilhas contra a União Federal, na qualidade de sucessora do Instituto do Açúcar e do Álcool - IAA.

A autora aduz que suas atividades industriais estão submetidas ao regime de economia dirigida pelo então Instituto do Açúcar e do Álcool - IAA, o qual fixava os preços dos produtos fabricados, com base nos artigos 9º e 11, da Lei nº 4.870/65, que indicam os critérios a serem obedecidos para a fixação dos preços, através da apuração dos custos de produção.

Tais custos eram apurados pela Fundação Getúlio Vargas, que vinha estabelecendo valores muito inferiores aos custos reais, consubstanciando um sério prejuízo à autora, que deve ser resarcido, ante a responsabilidade conjunta da União Federal e do IAA.

Fundamenta seu entendimento no disposto no § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal, e na teoria do risco administrativo, postulando, alfin, a indenização dos danos patrimoniais ocasionados pela fixação dos preços, no período compreendido entre outubro/87 a setembro/92, a ser apurada pericialmente, além de ser declarado o direito da autora de não recolher os tributos federais, suspendendo-se qualquer execução fiscal, enquanto não for integralmente indenizada pelos prejuízos sofridos.

A União Federal levantou a ilegitimidade da Procuradoria da República e, no mérito, contestou a ação, alegando que a política de preços, em regime capitalista, não corresponde a intervenção do Estado no mercado, mas seria mero regulador de atividade econômica de forma indicativa para o setor privado, além do que o controle de preços é ato discricionário do tipo ato político.

Os pedidos foram julgados improcedentes, sob fundamento de que os artigos 9º a 11, da Lei nº 4.870/65, não tratam da fixação do preço do açúcar e do álcool, mas apenas a apuração dos custos de produção para fixação do preço da cana.

Além disso, o contrato firmado entre o IAA e a FGV não encontra-se comprovado nos autos, face à cópia inautêntica do "Acordo de Pontos Básicos", que processualmente não tem qualquer valor.

Com relação ao pedido de suspensão da exigibilidade, entendeu o eminente Magistrado que, mesmo que o primeiro pedido fosse julgado procedente, não poderia conceder este segundo, pois o crédito tributário só se suspende nas hipóteses previstas no artigo 151, do Código Tributário Nacional.

Recurso de apelação às fls., aduzindo que o Magistrado a quo incorreu em erro, pois os artigos da Lei nº 4.870/65 que tratam especificamente da matéria são os 9º e 10º, e não o artigo 12 e seus parágrafos e o artigo 13.

A Fundação Getúlio Vargas fornece os cálculos de reajuste ao Governo, que, por sua vez,

fixa os preços segundo a sua conveniência política.

Reitera, ainda, os termos trazidos na exordial e pugna pela reforma do *decisum*.

Contra-razões às fls.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO (Relator): Antes de adentrar na questão de mérito, ora posta sob apreciação, qual seja, a da responsabilidade da União Federal ressarcir a autora pelos danos sofridos pela fixação dos preços do açúcar e do álcool, convém perquirir sobre a possibilidade jurídica do pedido.

A apelante alega que a Administração Pública tem responsabilidade, conforme os ditames do § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal, de ressarcir os prejuízos causados ao particular, quer em razão de prática de atos ilícitos ou lícitos.

Cabe, então, um parênteses, a fim de esclarecer o que é, no Direito Brasileiro, a responsabilidade civil do Estado.

A responsabilidade civil se traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais causados a terceiros, exaurindo-se, apenas, com a indenização do valor arbitrado ao prejuízo causado.

Sua evolução no tempo pode ser dividida em três sistemas principais, sobre as quais já tive oportunidade de pronunciar-me anteriormente, destacando, resumidamente, o que se segue.

A teoria da irresponsabilidade ou regalia, a qual marcou a época negra dos Estados despóticos e absolutistas, tinha como princípios informadores os seguintes:

- a) o Rei não erra, ou não pode errar;
- b) o Príncipe sempre tem razão;
- c) os agentes do Estado, quando faltam ao dever ou violam a lei, serão pessoalmente responsáveis pelos danos, nunca o Estado.

A teoria civilística ou mista, por sua vez, pode ser dividida quanto aos atos de império e aos atos de gestão da Administração Pública. Os atos de "império", por escaparem ao domínio do direito privado, não responsabilizariam o Estado por prejuízos causados por seus agentes.

Já com relação aos atos de gestão, por regerem-se pelo direito comum, responsabilizavam o Poder Estatal toda vez que por culpa do agente público, alguém tivesse seu direito lesionado.

A teoria civilística, quanto ao campo da culpa civil, entendia que a responsabilidade do Estado apenas ficaria caracterizada pela culpa de serviço (ato danoso, impessoal, imperícia do agente), ou a culpa pessoal, traduzida pela negligência ou imprudência do agente, ou pela culpa *in elegendo* ou a culpa *in vigilando*.

Por fim, no cume da evolução da responsabilidade civil do Estado está a teoria publicística, surgida em face do abandono gradativo da responsabilidade do Estado com base na culpa de Direito Civil.

Inicialmente, a teoria da responsabilidade por culpa administrativa dominava a matéria. Consistia em que só havia responsabilidade do Poder Público quando ficasse provado que os seus órgãos ou representantes agissem culposamente, por ação ou omissão, ofendendo terceiros. Esta teoria era chamada, também, de subjetiva, uma vez que era baseada no elemento humano.

A seguir, sucedeu-lhe a teoria do acidente administrativo, em que o agente público deixou de ser julgado, passando a sê-lo o serviço, ou seja, se o serviço é realizado e disso resultar dano para o administrado, está configurada a responsabilidade do Estado, independentemente da apuração da culpa e da distinção entre atos de império e atos de

gestão.

Essa teoria, considerada a primeira com caracteres objetivos, evoluiu para a teoria do risco ou teoria objetiva. O Estado é a síntese patrimonial de todos os contribuintes, devendo resguardar a absoluta igualdade dos administrados diante dos ônus e encargos públicos.

Destaco, ainda, a teoria do risco integral, que, segundo o eminentíssimo administrativista Hely Lopes Meirelles, é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, através da qual a Administração estaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultasse de culpa ou dolo da vítima.

Tal teoria nunca foi aceita no nosso País, muito embora exista quem defenda de forma diversa.

Em conclusão, entendo que nosso Direito Pátrio consagrou a teoria objetiva do risco administrativo e não a teoria do risco integral. De fato, não poderia ser diferente, pois a teoria do risco integral conduziria a Administração Pública ao caos.

Traçadas estas linhas preliminares, atenho-me ao dispositivo constitucional destacado pelo autor.

Nossa Carta Política de 1988, através do artigo 37, § 6º, traduz a responsabilidade civil objetiva da Administração, nos seguintes termos:

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

O serviço público é executado pelos seus agentes, pessoas físicas que desempenham as diversas funções da Administração Pública. São os agentes públicos, gênero que se subdivide em quatro espécies distintas: agentes administrativos, agentes políticos, agentes honoríficos e agentes delegados.

A responsabilidade de que trata o dispositivo supra é a responsabilidade civil administrativa, ou seja, a que está sujeita a Administração pelos atos de seus agentes administrativos, aqueles que se vinculam ao Estado através do que disciplina o Regime Jurídico Único, e os agentes delegados, "particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado." (Hely Lopes Meirelles, *in Direito Administrativo Brasileiro*, 19ª ed., pág. 76).

Mas, será que a responsabilidade imputada pela parte autora é a mesma trazida no texto constitucional?

A irresignação do apelante está posta nos seguintes termos, extraídos da peça exordial: "Àquela autarquia açucareira competia a fixação do preço do açúcar e do álcool, e a comercialização desses produtos."

".. a despeito da Fundação Getúlio Vargas apontar a necessidade de os preços serem fixados em determinada dimensão, estes vêm sendo estabelecidos em valores muito inferiores..."

"O IAA, ao descumprir o critério legal e fixar preços para o setor em montante inferior ao apurado tecnicamente, gerou à autora seríssimos danos."

Ora, de um lado temos a Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965, que disciplina, no artigo 9º, que "o IAA, quando do levantamento dos custos de produção agrícola e industrial, apurará, em relação às usinas das Regiões Centro-Sul e Norte-Nordeste, as funções custos dos respectivos fatores de produção, para vigorarem no triênio posterior."

Assim, é competência do IAA apurar os referidos custos dos fatores de produção, visto que dessa forma disciplina a norma legal, fruto do trabalho do legislador pátrio na elaboração da lei.

É o agente político, que não é um servidor público, na acepção técnica da palavra, por

não sujeitar-se ao Regime Jurídico Único, mas que é investido através de mandato, nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais.

Os agentes políticos têm plena liberdade funcional, estando isentos de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que pratiquem atos com culpa grosseira, abuso de poder ou má-fé.

E, de fato, não poderia ser de outra forma, vez que o ato legislativo típico dificilmente pode ocasionar prejuízo indenizável ao particular, por tratar-se de norma geral e abstrata, atuando sobre toda a coletividade, através do poder soberano do Estado.

Dessa forma, como a reparação civil do Estado objetiva o restabelecimento do equilíbrio rompido com o dano sofrido individualmente ou por alguns membros da sociedade, penso inexistir fundamento jurídico para a responsabilização civil da Fazenda Pública, quando o ato praticado se funda em legislação.

Mas, pelo que se depreende dos autos, não é apenas através da Lei nº 4.870/65 que a apelante sente-se lesionada.

Segundo ela, a inadequação dos preços do açúcar e do álcool ocorreu em face do IAA não adotar os índices apurados pela Fundação Getúlio Vargas, gerando, então, defasagem entre os preços de custo e de venda do produto.

Analizando a prova documental acostada, entretanto, é impossível constatar a veracidade das alegações da apelante.

Inexiste, nos autos, qualquer prova que ateste a diferença dos preços ou o prejuízo sofrido por meio de atos administrativos ou delegados do Poder Público.

Mesmo que o Departamento de Assuntos Sucro-alcooleiros da Secretaria do Desenvolvimento Regional apresentasse as planilhas de custos postuladas pela apelante, penso que em nada poderia modificar este posicionamento, pois apenas através de comprovação farta e incontestável haveria condições de avaliar o prejuízo sofrido, e, a partir daí, cogitar-se sobre a responsabilidade do Estado.

Outro aspecto que merece destaque é que, para caracterizar a responsabilidade estatal, imprescindível é a ausência de culpa ou dolo da empresa-vítima, ou seja, inexistência do concurso (doloso ou culposo) da apelante no prejuízo suportado.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70.173-CE

Relator: O SR. JUIZ **FRANCISCO FALCÃO**
Apelante: LUIZ GONZAGA PINHO TEIXEIRA
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advogados: DRS. VALMIR JOSÉ DA COSTA (APTE.) E
MARIA ESCOLÁSTICA COSTA OLIVEIRA E OUTROS (APDA.)

EMENTA

Civil. Embargos à Execução. SFH. Transferência de imóvel financiado. Direito pessoal. Necessidade de interveniência do agente financeiro. Possibilidade de vencimento antecipado da dívida.

1. Apreciação da argüida constitucionalidade da cláusula contratual pela sentença monocrática, não se caracterizando a negativa de prestação jurisdicional.

- No contrato celebrado entre as partes, por força do princípio do *pacta sunt servanda*, não há incompatibilidade com o ordenamento jurídico.

- Não é caso de direito real e sim de direito pessoal. Submissão das partes ao contrato.

- Perfeita adequação com o dispositivo constitucional.
2. A exigibilidade da anuência do agente financeiro à transferência do financiamento não teve início com a Lei nº 8.004/90, a qual buscou regularizar onde não era observada. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 70.173-CE, em que são partes as acima mencionadas, acorda a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado. Custas, como de lei.

Recife, 07 de março de 1995 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente

JUIZ FRANCISCO FALCÃO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO: Cuida-se de apelação contra sentença que julgou improcedentes embargos à execução interpostos por Luiz Gonzaga Pinho Teixeira contra a CEF - Caixa Econômica Federal, onde, em preliminar, alegou o autor ser parte ilegítima para figurar na execução e a constitucionalidade da cláusula 25ª do contrato padrão que celebrou com a CEF, referente a ser considerada vencida antecipadamente a dívida, no caso de alienação do imóvel financiado a terceiros.

Na apelação, pede a nulidade da sentença por manifesta negativa de prestação jurisdicional, por não ter o Juízo monocrático apreciado a constitucionalidade acima referida.

Contra-arrazoados, vieram-me os autos por distribuição.

Peço a inclusão do feito na pauta de julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO (Relator): No tocante à pleiteada constitucionalidade da cláusula 25ª do contrato padrão celebrado entre as partes, em vista de não haver a sentença monocrática, muito menos as decisões desta Egrégia Corte trazidas à colação, cuidado da questão, pede o apelante:

"(...) ser declarada nula a sentença, a teor de manifesta negativa de prestação jurisdicional, uma vez que não apreciou as questões relevantes postas à solução no juízo, e, em atenção ao princípio que não admite a supressão de instância, requer seja declarada pelo acórdão a nulidade da sentença, para que outra seja proferida, desta feita apreciando as questões acima referenciadas." (sic).

A jurisprudência trazida à colação pela ora apelada realmente não se posiciona quanto à constitucionalidade da cláusula contratual em apreço, mas, ao entender perfeita sua aplicabilidade, acolhe-a no ordenamento jurídico, tornando-a perfeitamente compatível com a legislação vigente, seja constitucional ou infraconstitucional.

Ademais, a sentença vergastada, em seu item 09, declinou a constitucionalidade apontada, nada podendo dizer de não haver, por falta de maior fundamentação, o Juízo monocrático apreciado a questão, numa manifesta negativa de prestação jurisdicional.

Também nos demais itens da sentença em análise é apreciada a constitucionalidade da cláusula contratual. Pelos fundamentos aqui expedidos, entendo não ser procedente a preliminar.

O apelante entendia a não aplicação da pré-falada cláusula 25ª do contrato padrão, em vista de ser exigida, parcialmente, a anuênciam do agente financeiro do SFH apenas com a edição da Lei nº 8.004/90, posterior à celebração do contrato.

Dispõe a Lei nº 8.004/90 sobre a transferência de financiamentos no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional:

"Art. 2º - A transferência dar-se-á mediante simples substituição do devedor, mantidas para o novo mutuário as mesmas condições e encargos do contrato original, desde que se trate de financiamento destinado à casa própria, cujo valor original não ultrapasse os seguintes limites:

I - (...);

II - contratos firmados de 1º de janeiro de 1980 a 31 de dezembro de 1984: 1.100 (mil e cem) VRF;

III - (...).

Art. 3º - Nos financiamentos contratados até 28 de fevereiro de 1986, não enquadrados nas condições fixadas no artigo anterior, a transferência será efetivada mediante a assunção, pelo novo mutuário, da metade do saldo devedor contábil da operação, atualização *pro rata die* da data do último reajuste até a data da transferência.

Parágrafo 1º - A transferência, nos casos deste artigo, efetivar-se-á mediante a contratação de nova operação, que deverá observar as normas em vigor relativas aos financiamentos do SFH.

Parágrafo 2º - (...).

Parágrafo 3º - As transferências que, à data da publicação desta Lei, tenham sido celebradas entre o mutuário e o adquirente, sem interveniência da instituição financiadora, serão regularizadas nos termos desta Lei.

Art. 4º - Para os efeitos desta Lei, considera-se o Valor de Referência de Financiamento - VRF aquele que, à época da contratação original, tenha sido indicado no contrato como referencial para efeito de atualização monetária do financiamento."

Transcrevi os dispositivos acima por achar enquadrar-se o caso em julgamento. O referencial citado pelo art. 4º, à época da celebração à UPC - Unidade Padrão de Capital, importou em 2.023,19090 (fls. 7, apenso), extrapolando o limite constante no art. 2º, II, que se aplica por haver o contrato sido celebrado em dezembro/81. A hipótese passa à regra do art. 3º e seu parágrafo 1º, o que, nitidamente, coincide com a necessidade de anuênciam do agente financiador visando a uma nova contratação do financiamento. Diz o apelante que, com a Lei nº 8.004/90, posterior à celebração do seu contrato com a ora apelada, só então se tratou da necessidade de aquiescênciam do órgão financeiro para a transferência, não podendo, assim, prosperar a pretensão da CEF.

Ocorre que, em nenhum momento, aquele Diploma Legal afirma que passará a ser exigida a anuênciam, e sim que, observados certos limites, a transferência dar-se-á pela simples substituição do devedor (art. 2º, *caput*), ou, então, aquelas que à data da publicação tenham sido celebradas sem a interveniência da instituição financeira seriam regularizadas nos termos da lei (art. 3º, parágrafo 3º), isto é, eram irregulares.

Mesmo não levando em consideração tais fundamentos, apresentados em tese, verifico que o contrato onde o apelante transfere o financiamento a Maria Iracema de Araújo Cerqueira (fls. 68) data de 19 de janeiro de 1989, portanto devendo-se sujeitar à regra do art. 3º, parágrafo 3º, da Lei nº 8.004/90, havendo de ser regularizado na forma daquela Lei.

Ora, seja por força da cláusula contratual, seja por força da Lei nº 8.004/90, deverá o financiamento contratado pelo apelante junto à CEF, no presente caso de transferência, estar sujeito à renegociação, a qual só poderá ocorrer com a extinção do antigo contrato e a celebração de novo pacto, desta feita entre a adquirente e a CEF, não sendo, pois, qualquer arbítrio a postulação da CEF.

Quanto à ilegitimidade passiva argüida pelo apelante, apresenta-se uma situação teratológica.

Inicialmente, afirma não ser parte legítima, pois não é mais o proprietário do imóvel objeto do contrato, como aliás deseja provar nos autos com a escritura de fls. 68/70. Em contrapartida, ao ser citado para pagar o débito ou nomear bens à penhora, nomina exatamente o bem em litígio, utilizando-se, então, daquilo que não é seu.

Diante do exposto, e da jurisprudência dominante nesta Egrégia Corte e em outros Tribunais trazida aos autos, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70.192-PB

Relator: O SR. JUIZ **FRANCISCO FALCÃO**
Apelante: ANTÔNIO MESQUITA ALMEIDA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogados: DRS. JOSÉ CÂMARA DE OLIVEIRA E OUTRO (APTE.) E JARBAS DE SOUZA MOREIRA E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Processual Civil. Execução. Extinção por satisfeita a obrigação. Remanescedo valor a ser liquidado através de precatório, não se pode entender por satisfeita a obrigação enquanto não cumpridas suas formalidades. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 70.192-PB, em que são partes as acima mencionadas, acorda a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 07 de março de 1995 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente

JUIZ FRANCISCO FALCÃO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO: Cuida-se de apelação interposta contra sentença de fls. 112, onde é declarada extinta a execução, na forma do art. 794, I, CPC, por satisfeita a obrigação.

Sem contra-razões, vieram-me os autos por distribuição.

Peço a inclusão do feito na pauta de julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO (Relator): Assiste razão ao apelante, mormente comparação dos valores indicados às fls. 66 e no alvará de fls. 107.

Às fls. 94, despachou o em. Juiz a quo determinando-se citar o INSS para pagamento do limite estabelecido em Portaria, sem precatório, e, quanto ao excedente, mediante precatório.

Sabendo haver o INSS depositado aquele valor-limite, requereu o autor seu levantamento, peticionando a remessa dos autos à Contadoria para apuração do valor remanescente e respectiva autorização para expedição do precatório.

Levantado o valor-limite, sem manifestação acerca da segunda parte do pedido do autor, foi proferida a sentença vergastada (fls. 112).

Às fls. 114, há informação da Seção de Procedimentos Cíveis no sentido de restar valor remanescente a ser pago mediante expedição de precatório.

Diante do exposto, por não estar satisfeita a obrigação, restando saldo a ser pago mediante precatório, dou provimento à apelação, anulando-se a sentença de fls. 112, com a conseqüente baixa dos presentes autos ao juízo de origem, para que seja dado prosseguimento ao feito.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2.078-RN

Relator: **O SR. JUIZ JOSÉ DELGADO**

Apelante: **FAZENDA NACIONAL**

Apelado: **LUIZ ALBERTO PEREIRA DE MEDEIROS**

Advogado: **DR. EIDER FURTADO DE MENDONÇA E MENEZES (APDO.)**

EMENTA

Tributário. IOF. Lei nº 8.033/90. Tributo com efeito confiscatório. Necessidade de lei complementar.

1 - A vedação do confisco, muito embora seja de difícil conceituação no Direito Pátrio, face à ausência de definição objetiva que possibilite aplicá-lo concretamente, deve ser estudado em consonância com o sistema sócio-econômico vigente, observando-se a proteção da propriedade em sua função social.

2 - As alíquotas de 35%, 25% e 20% incidentes sobre a transmissão de ouro ou transmissão e resgate de título representativo de ouro, a transmissão de ações de companhias abertas e sobre os saques de caderneta de poupança exacerbam a capacidade contributiva do sujeito passivo tributário, inviabilizando, inclusive, as operações realizadas pelos contribuintes.

3 - Muito embora a União Federal tenha competência para instituir imposto sobre "operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários" (art. 153, inciso V), a definição do tributo, fatos geradores, base de cálculo e contribuintes devem ser determinados através de lei complementar (art. 146), conforme interpretação sistemática do capítulo que trata sobre o Sistema Tributário Nacional.

4 - Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto do Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 20 de setembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente

JUIZ JOSÉ DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO: Luiz Alberto Pereira de Medeiros propôs ação de mandado de segurança contra ato do Delegado da Receita Federal-RN, objetivando segurança que o desobrigue ao pagamento do IOF sobre operações que vier a realizar com ouro, ações e saques de poupança, exigido pela Lei nº 8.033/90.

Argúi em sua inicial que, consoante a legislação em vigor, procedeu a investimentos com aplicações em ouro, caderneta de poupança e ações em companhias abertas. No entanto, a Lei nº 8.033/90, publicada em 13.04.90, veio a estabelecer profundas alterações na legislação do Imposto sobre Operações Financeiras - IOF, em especial no caso do impetrante, que fez incidir percentuais de 35% para alienação do ouro, 20% para venda de ações e 20% para saques de poupança, estabelecendo em seu art. 6º a ressalva que, caso se optasse pelo pagamento antecipado, seriam concedidos parcelamentos mensais iguais e sucessivos, atualizados pelo BTNF, reduzidos os percentuais de incidência para 15%, 8% e 8%, respectivamente, se efetuados até 18.05.90. É desta redução que pretende beneficiar-se, em uma só parcela, submetendo, assim, a exigência do Fisco à apreciação do Judiciário, argüindo a constitucionalidade da cobrança da exação, por desrespeito aos artigos 5º, XXII (direito de propriedade), 150, IV (confisco), e 153, § 5º (imposto único sobre o ouro), todos da Constituição Federal vigente.

Deferido o pedido de depósito.

Nas informações, a autoridade apontada como coatora contesta as alegadas inconstitucionalidades, sob o fundamento de que o ouro, como mera aplicação financeira, possui tratamento semelhante às ações e à caderneta de poupança e, ainda, que não há de se falar em violação à propriedade, vez que todos os tributos incidem sobre algo que pode ser considerado como propriedade do sujeito passivo.

O parecer do Ministério Público Federal opinou pela concessão da segurança, pelo fato do referido imposto não ter sido instituído mediante lei complementar e, referindo-se ao ouro, argumenta que em razão de o mesmo já ter sido tributado em sua operação de origem não pode ser novamente tributado, sob pena de ferir o princípio da unicidade.

Na sentença, o MM. Juiz monocrático, sob o fundamento de só ser possível a criação de tributo mediante lei complementar e por entender que o ouro, quando definido como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se, exclusivamente, ao IOF e não sobre o patrimônio, não podendo sobre o mesmo recair tributação, por já ser tributado pelo imposto de renda, declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade da Lei nº 8.033/90, concedendo a segurança requerida. Ausência de remessa oficial, face à igualdade processual, nos termos do art. 5º, da C.F.

Em suas razões de apelo, a União Federal pugna pela reforma da sentença, assegurando não haver necessidade de lei complementar para instituir os impostos previstos no art. 153, da CF, pois, se assim o fosse, tal necessidade estaria manifestamente expressa. Diz também que o tributo em questão está previsto no CTN (art. 166) e que foi recepcionado pela Carta vigente.

O parecer da Procuradoria Regional Federal opinou pelo provimento parcial do recurso para que seja reconhecida, tão-só, a legalidade da cobrança do tributo previsto na Lei nº 8.033/90 quanto a operações envolvendo valores mobiliários, devendo, no entanto, ser mantida a parte da sentença que entendeu pela inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da incidência tributária sobre a transmissão do ouro - ativo financeiro (posto que foram criados novos fatos geradores, novas bases de cálculo e novos contribuintes do IOF) e sobre os saques em cadernetas de poupança (pois estes não se constituem em operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a valores mobiliários). Esclarece ainda

que a própria CF, em seu art. 153, § 5º, estabelece sobre o ouro um único imposto, excluindo todos os demais, recepcionando assim a Lei nº 7.766/89.
É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO (Relator): Trata-se, na espécie, de apelação em mandado de segurança interposta pela Fazenda Nacional contra decisão que concedeu a ordem, eximindo o impetrante de sujeitar-se ao IOF - Imposto sobre Operações Financeiras, instituído pela Lei nº 8.033/90, sobre as operações com ouro e ações das companhias abertas.

A tese de constitucionalidade da Lei nº 8.033/90, esposada pelo impetrante, fundamenta-se no desrespeito ao direito de propriedade, disposto no art. 5º, inciso XXII, por retirar a plena disponibilidade de seus bens e por ter efeito confiscatório, o que, em seu entender, não é admitido pelo artigo 150, IV, da CF/88.

Com o advento dessa Lei, encontra-se sujeito a recolher aos cofres da União os percentuais de 35% para a alienação do ouro, 25% para a venda de ações e 20% para os saques de poupança, conforme a dicção do artigo 5º, incisos II, IV e V, além do que não foi instituído por lei complementar.

Por outro lado, a Fazenda Nacional argui que a susomencionada Lei encontra-se pautada na competência conferida à União através do artigo 153, da CF, de instituir impostos sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários, inexistindo qualquer limitação ao poder de tributar, além de ser disciplinada a incidência do fato gerador desse tributo através do Código Tributário Nacional.

Instalados os pontos controversos, passo a proferir meu entendimento.

O artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, tem a seguinte dicção:

"Art. 150 - sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....
IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

....."

A vedação do confisco, muito embora seja de difícil conceituação no Direito Pátrio, face à ausência de definição objetiva que possibilite aplicá-lo concretamente, em princípio, deve ser estudado em consonância com o sistema sócio-econômico vigente, observando-se a proteção da propriedade, em sua função social.

Constante entre um dos seis principais princípios fundamentais de limitação ao poder de tributar, é entendimento de alguns que toda vez que a tributação retira a capacidade do contribuinte de sustentar ou se desenvolver, ou, como ocorre no caso do IOF, tem o poder de reduzir a aplicação financeira ao invés de elevá-la, estamos diante de um tributo de efeito confiscatório.

Para Yves Gandra Martins, o confisco não pode ser examinado a partir de cada tributo, mas, sim, através da universalidade de toda a carga tributária incidente sobre um único contribuinte.

Dessa forma, entende que, se a soma dos diversos tributos incidentes representam carga que impeça o contribuinte de viver e se desenvolver, estar-se-á perante carga geral confiscatória, "razão pela qual todo o sistema terá que ser revisto, mas principalmente aquele tributo que, quando criado, ultrapasse o limite da capacidade contributiva do cidadão", concluindo que, na realidade, pode ocorrer a existência de um tributo confiscatório ou um sistema confiscatório.

Aliomar Baleeiro entende que "o problema reside na fixação de limites, expedidos os quais, esses objetivos, prometidos pela Constituição, estariam irremediavelmente feridos."

(*Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, Forense, 6º ed., Rio, pág. 213), repudiando, assim, tributos de efeitos confiscatórios, exceto aqueles que, em função extrafiscal, são instituídos com o propósito de compelir ou afastar o indivíduo de certos atos ou atitudes.

Detendo-me, então, no entendimento dos tributaristas acima aludidos, verifico a Lei nº 8.033/90, extraiendo os seguintes artigos .

"Art 1º - são instituídas as seguintes incidências do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários:

I - transmissão ou resgate de títulos e valores mobiliários, públicos e privados, inclusive de aplicações de curto prazo, tais como letras de câmbio, depósitos a prazo com ou sem emissão de certificado, letras imobiliárias, debêntures e cédulas hipotecárias;

II - transmissão de ouro definido pela legislação como ativo financeiro;

III - transmissão ou resgate de título representativo de ouro;

IV - transmissão de ações de companhias abertas e das consequentes bonificações emitidas;

V - saques efetuados em cadernetas de poupança.

.....

Art. 5º - A alíquota do imposto de que trata esta Lei é de:

I - 8%, nas hipóteses de que trata o inciso I, do art. 1º ;

II - 35%, nas hipóteses de que tratam os incisos II e III, do art. 1º;

III - 25%, nas hipóteses de que trata o inciso IV, do art. 1º;

IV - 20%, na hipótese de que trata o inciso V, do art. 1º ."

Realmente, a meu ver, as alíquotas de 35%, 25% e 20%, incidentes sobre a transmissão de ouro ou transmissão e resgate de título representativo de ouro, a transmissão de ações de companhias abertas e sobre os saques de caderneta de poupança, exacerbam a capacidade contributiva do sujeito passivo tributário, inviabilizando, inclusive, as operações realizadas pelos contribuintes.

É certo que para a manutenção do Estado é indispensável a criação de mecanismos que viabilizem a sua existência, através da contribuição de toda a sociedade.

Entretanto, o contribuinte também não pode ser evitado de seu poder de propriedade, pois entendo que a oneração em mais de um terço do valor do bem, como é o caso da transmissão de ouro, enquanto ativo financeiro, na realidade impõe empecilho à própria operação do contribuinte, retirando a plena disponibilidade de seus bens.

Argúi, ainda, a parte autora ser imprescindível a instituição do IOF através de lei complementar, sendo que o eminentíssimo Magistrado a quo entendeu, nesse tocante, que a Lei nº 8.033/90 não encontra respaldo quanto ao seu aspecto formal, tendo em vista o disposto no artigo 146, c/c artigo 154, I, da Constituição Federal, que dispõem sobre o conflito de competência entre a União e os Estados, regulando-lhes as limitações constitucionais do poder de tributar.

Vejamos, então, os suso-aludidos artigos:

"Art. 146 - Cabe à lei complementar:

.....

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes";

"Art. 154 - A União poderá instituir:

I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição."

A Constituição Federal denota a preocupação constante do legislador constituinte

estabelecer, como limitação ao poder de tributar, qual a competência tributária das pessoas políticas, elencando nos artigos 153, 155, 156 qual a competência da União, dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios, respectivamente, no tocante aos impostos que podem instituir.

O artigo 146, por sua vez, preocupa-se com os conflitos de competência, em matéria tributária, bem como a definição de tributos, fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, estabelecendo, expressamente, a necessidade de lei complementar para sua instituição, ou seja, o legislador demonstrou a preocupação de frear qualquer tentativa das pessoas políticas instituírem tributos indiscriminadamente, sem o consenso da maioria absoluta e obediência ao *quorum* especial qualificado no artigo 69, da CF/88.

Assim, muito embora a União Federal tenha competência para instituir imposto sobre "operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários" (art. 153, inciso V), a definição do tributo, fatos geradores, base de cálculo e contribuintes devem ser determinados através de lei complementar.

Não há que se confundir o disposto no artigo 154, I, que trata da competência residual da União Federal na instituição de outros impostos não previstos no artigo 153.

Na realidade, são situações bastante diferentes as tratadas nos artigos 153, 146 e 154, da Carta de 88. No primeiro artigo, o legislador pátrio enumera qual a competência da União para a instituição de impostos.

O artigo 146 elucida que a determinação do tributo, fato gerador, base de cálculo e contribuintes deve revestir a forma de lei complementar.

E, por fim, o artigo 154 trata da competência residual da União Federal de instituir novos impostos, e não mais sobre a determinação do fato gerador, da base de cálculo ou contribuinte da exação (matéria tratada no artigo 146).

Portanto, posicione-me ao lado dos que entendem ser necessária a definição, através de lei complementar, dos elementos constitutivos do tributo, sua base de cálculo, alíquotas aplicáveis, contribuintes a serem atingidos, conforme interpretação sistêmica do capítulo que trata sobre o Sistema Tributário Nacional.

Diante do acima exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N° 24.925-PE

Relator: O SR. JUIZ **NEREU SANTOS**
Apelante: ROMCY GRANJAS S/A
Advogados: DRS. SCHUBERT DE FARIA MACHADO E OUTRO (APTE.)
Apelada: SUPERINTENDÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO DO NORDESTE - SUDENE

EMENTA

Mandado de Segurança. Projeto empresarial aprovado pela SUDENE. Cancelamento pelo Decreto n° 101/91, que estabeleceu situação não prevista na lei reguladora da matéria.

Impossibilidade. Exorbitância do poder regulamentar.

I - O decreto visa a dar executoriedade à lei, não podendo dela afastar-se para impor limites não estabelecidos pelo Diploma Legal, sob pena de exorbitância do poder regulamentar.

II - Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à

unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 14 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Romcy Granjas S/A contra ato do Superintendente da SUDENE, que cancelou seu projeto de investimentos através do FINOR, com base no prazo estabelecido pelo Decreto nº 101/91, quando a lei reguladora da matéria não impõe tal limitação.

O MM. Juiz *a quo* denegou a segurança, ao entendimento de que o exame da matéria envolve dilação probatória, pelo que a sua apreciação não se coaduna com o rito célebre do *mandamus*.

Inconformada, apela a empresa-impetrante, alegando, em síntese, que não havia discussão de matéria fática na presente segurança, porquanto cingia-se à questão do cancelamento de projeto já aprovado pela SUDENE e em fase de implantação, com base no Decreto nº 101/91, que, segundo entende, é incompatível com a norma legal disciplinadora da espécie.

Não foram oferecidas contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): Como se observa, a impetrante pretende com o presente *writ* se insurgir contra o cancelamento de seu projeto de investimentos através do FINOR, efetivado pela autoridade coatora com base no Decreto nº 101/91, que, segundo entende, contraria o texto legal regulador da matéria.

O MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, Dr. Roberto Wanderley Nogueira, apreciando a demanda, concluiu pela denegação do *mandamus*, por entender que o seu exame envolvia dilação probatória.

Nas razões de sua inconformação, a impetrante alega que no presente feito não se estava discutindo os fatos, porquanto o projeto de investimentos que já havia sido aprovado e encontrava-se em implantação, não era objeto da demanda.

Assevera que nem a autoridade impetrada nem o MPF puseram em dúvida qualquer fato. Ao contrário, houve a confirmação expressa pelo Superintendente da SUDENE de todos os fatos afirmados na inicial da impetração.

Tenho, realmente, que a matéria posta em discussão através do presente *mandamus* não envolve dilação probatória.

Ora, a pretensão da impetrante cinge-se à questão do cancelamento de seu projeto já aprovado pela SUDENE pelo Decreto nº 101/91, e foi contra esta matéria que se contrapôs a autoridade impetrada nas suas informações.

Adoto a alegação da impetrante quando afirma que "fixada a lide nestes termos, resta, apenas, a análise jurídica do ato de cancelamento do projeto da impetrante, matéria perfeitamente cabível no âmbito do mandado de segurança".

Pois bem, resta-me, então, perquirir se o Decreto nº 101/91 violou o direito líquido e certo da impetrante.

A impetrante teve seu projeto empresarial aprovado pelo Conselho Deliberativo da SUDENE, nos termos da Resolução nº 10.194, de 29.07.88, reformulada pelas Resoluções nº 10.253, de 27.10.88, e 10.426, de 25.08.89.

Ficou assegurada à impetrante a isenção do imposto de renda pelo prazo de 10 anos, que

lhe foi reconhecida pela Portaria DAI/PTE 0567/90, bem como o direito de receber investimentos do Fundo de Investimentos do Nordeste - FINOR.

Tais investimentos seriam feitos, pela legislação então vigente, na forma de participação societária.

Com a edição da Lei nº 8.167, de 16 de janeiro de 1991, foi introduzida nova sistemática para os investimentos do FINOR, sendo estabelecido que os mesmos deviam ser feitos mediante a subscrição de debêntures, em vez de ações.

Dispõe o art. 5º, da Lei nº 8.167/91, que:

"Art. 5º - Os fundos de investimentos aplicarão os seus recursos a partir do orçamento de 1991, sob a forma de debêntures, conversíveis ou não em ações de emissão das empresas beneficiárias, observando-se que a conversão somente ocorrerá...".

A seu turno, o art. 22, da mencionada Lei, assinala duas opções para as empresas beneficiárias do investimento, *verbis*:

"Art. 22 - É assegurado aos beneficiários de projetos aprovados e em implantação o direito à adoção de uma das seguintes alternativas:

I - opção pela sistemática de incentivos fiscais instituída pela presente Lei;

II - conclusão do empreendimento por meio de outras fontes de recursos."

A Lei nº 8.167/91 foi regulamentada pelo Decreto nº 101/91 que reproduziu o art. 22, da citada Lei, e acrescentou dois parágrafos, *verbis*:

"§ 1º - A opção da empresa beneficiária deverá ser manifestada até dezembro de 1991, ficando a empresa impedida de receber qualquer aporte de recursos por conta dos Fundos de Investimentos Regionais enquanto não se enquadrar na sistemática estabelecida pela Lei nº 8.167, de 1991.

§ 2º - A não comunicação da empresa à Superintendência de Desenvolvimento Regional de uma das opções previstas neste artigo, ao término do prazo mencionado no § 1º, importará em imediatas providências para o cancelamento do projeto e medidas correlatas."

Com sevê, o Decreto nº 101/91 criou situações não previstas na lei reguladora da matéria, quais sejam: fixou prazo para as empresas optarem de acordo com o art. 22, da Lei nº 8.167/91, e estabeleceu o dever da empresa beneficiária comunicar à SUDENE tal opção, sob pena de cancelamento do projeto.

Desta forma, houve manifesta exorbitância do poder regulamentar.

Ora, o decreto regulamentar deve estar em consonância com a lei instituidora da matéria, dela nunca poderá se afastar, muito menos para criar obrigações ou impor regras não existentes no texto legal.

Com estas considerações, dou provimento à apelação para, reformando a sentença de 1º grau, conceder a segurança.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N° 31.270-AL

Relator: O SR. JUIZ RIDALVO COSTA
Apelante: FAZENDA NACIONAL E USINA SANTA CLOTILDE S/A
Apeladas: AS MESMAS
Advogada: DRA. MARIA FERNANDA Q. B. VILELA

EMENTA

Tributário. Lei nº 8.383/91. Inexistência de violação aos princípios da anterioridade e da irretroatividade. Regime de tributação mensal do IR Pessoa Jurídica. Constitucionalidade. A Lei 8.383/91 foi publicada em 31.12.91, conforme certificado pela Imprensa Nacional,

entrando em vigor nesse mesmo dia, nos termos de seu art. 97. Publicação anterior à cobrança dos tributos, ocorrida em 1992. Vigência, quando ainda em formação o fato gerador do imposto de renda. Inocorrência de violação aos princípios constitucionais retomencionados. A Lei 8.383/91, havendo sido publicada em 31.12.91, estaria apta a alterar, já a partir de janeiro de 1992, o regime de tributação do IR de anual para mensal, sem violar os princípios da anterioridade e da irretroatividade.

ACÓRDÃO

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

Recife, 10 de novembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: Trata-se de mandado de segurança impetrado, perante a 3ª Vara Federal - Seção Judiciária de Alagoas, pela Usina Santa Clotilde S/A contra possível ato do Sr. Delegado da Receita Federal, naquele Estado, objetivando assegurar-lhe o direito de realizar o fechamento de seu balanço, em 31.12.92, nos moldes previstos no Decreto nº 85.450/80, bem como o de efetuar os recolhimentos do imposto de renda, da contribuição social e do imposto sobre o lucro líquido, em abril de 1993, sem a correção pela UFIR, por considerar ineficaz a Lei 8.383/91 para o exercício financeiro a que se propõe.

Sustenta, em síntese, a impetrante que a referida Lei, embora impressa no *DOU* de 31.12.91, só esteve em circulação em 02.01.92, data a partir da qual deve ser considerada publicada, não podendo servir de base à cobrança de tributos no ano de 1992, sob pena de violar o princípio constitucional da anterioridade, bem como o princípio da irretroatividade, vez que alguns de seus dispositivos retroagem, para alcançar fatos imponíveis em 31.12.91.

Argumenta, outrossim, serem ilegítimas as modificações verificadas na sistemática de apuração do imposto de renda da pessoa jurídica, com a realização de balanços mensais.

O MM. Juiz Federal concedeu em parte a segurança para garantir à impetrante o direito de efetuar o cálculo e o pagamento do imposto de renda pessoa jurídica de 1991 e o relativo aos meses do ano-calendário de 1992, nos termos da legislação em vigor antes da pré-falada lei.

Sucumbente em parte, recorre a União Federal, argüindo, preliminarmente, a carência de ação, por ausência de prova pré-constituída, quanto à data de circulação da lei mencionada. No mérito, alega que o texto legal em comento, conforme informação prestada pela Imprensa Nacional, foi colocado em circulação no dia 31.12.91, data em que, realmente, deve ser considerado publicado, não ferindo, desta forma, os princípios da anterioridade e da irretroatividade, constitucionalmente consagrados.

A usina impetrante, por seu turno, interpõe apelação, objetivando a reforma da sentença na parte em que considera legítima a modificação estabelecida pela Lei 8.383/91 dos períodos de apuração do lucro das pessoas jurídicas, perquerindo o montante de IR a pagar de forma diversa da sistemática anterior.

Sem resposta aos recursos, subiram os autos a este Egrégio Tribunal, vindo-me por distribuição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): A r. sentença concedeu em parte a segurança pleiteada, ensejando a interposição de recurso tanto pela usina impetrante quanto pela União Federal.

A União Federal sustenta, basicamente, a tese de que a publicação da Lei 8.383/91 ocorreu no último dia do ano de 1991.

Razão assiste-lhe. O *DOU* de 31.12.91 publicou o texto da Lei 8.383/91, sendo colocado em circulação no mesmo dia, encontrando-se disponível para comercialização na Seção de Vendas da Imprensa Nacional, a partir da vinte horas e quarenta e cinco minutos, conforme certificado pela Imprensa Nacional - fls. 14.

A cobrança dos tributos referidos no art. 79, da Lei 8.383/91, nos moldes instituídos pelo citado dispositivo, que determinava a conversão de seus valores em quantidade de UFIR diária, dar-se-ia em 1992.

Ora, tendo sido a Lei 8.383/91 publicada no ano anterior (1991), penso não ter havido violação ao princípio da anterioridade, que proíbe a cobrança de tributo no mesmo exercício em que tenha sido publicada a lei que o instituiu ou aumentou.

Da mesma forma, entendo restar imaculado o princípio da irretroatividade que veda a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.

Nos termos de seu art. 97, a Lei 8.383/91 entrou em vigor na data de sua publicação, ocorrida, conforme ressaltado, em 31.12.91.

Ainda que se entenda que o fato gerador do imposto de renda somente ocorra no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se completou o período-base e não no término do período-base, como parece-nos mais razoável, em nenhuma das hipóteses vislumbro a violação alegada pela apelante ao princípio constitucional retomencionado.

Com efeito, a Lei em exame entrou em vigor quando ainda em formação do fato gerador do IR de 1992.

Neste sentido, transcrevo trecho do voto do eminente Juiz Lázaro Guimarães, proferido na AC 48.606 - CE:

"Como se vê, não houve violação das regras do art. 150, III, alíneas "a" e "b", da Constituição Federal, na medida em que a lei questionada entrou em vigor quando ainda em formação o fato gerador do imposto de renda de 1992, ano base de 1991, e, do mesmo modo, a cobrança se deu no exercício de 1992."

A usina apelante, por seu turno, insurge-se contra a parte da sentença que considerou constitucional a modificação dos períodos de apuração dos lucros das pessoas jurídicas, perquirindo o montante de imposto de renda a pagar de forma diversa do cálculo anterior.

Dispõe o art. 38, da Lei 8.383/91, em comento:

"Art. 38. A partir do mês de janeiro de 1992, o imposto sobre a renda das pessoas jurídicas será devido mensalmente, à medida em que os lucros forem sendo auferidos."

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, as pessoas jurídicas deverão apurar, mensalmente, a base de cálculo do imposto e do imposto devido."

O art. 86, da Lei suso-referida, por seu turno, estabelece a forma de pagamento do IR pessoa jurídica.

Entendo que não existe na Constituição de 1988 ou no plano da lei complementar qualquer dispositivo que exija ser o sistema de tributação de lucro anual, semestral ou mensal.

O que importa verificar são os princípios da anterioridade e da irretroatividade insculpidos na Lei Maior e que devem ser observados todas as vezes em que uma lei nova vier a

reger uma obrigação tributária.

No caso em exame, por entender que a Lei 8.383 foi publicada em 31.12.91, considero-a apta a alterar o regime de tributação já a partir de janeiro de 1992, sem violar os princípios aludidos.

Sou favorável, portanto, à tese segundo a qual a lei ordinária (na hipótese, a Lei 8.383/91) pode exigir o imposto de renda sobre os acréscimos patrimoniais do contribuinte em períodos por ela fixados, sejam estes anuais, semestrais ou mensais, respeitados os princípios a que fiz referência.

Com efeito, se o fato gerador do IR é a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica de renda e, se esta, na lição de Rubens Gomes de Souza, é o aumento ou acréscimo do patrimônio, verificado entre dois momentos quaisquer de tempo (Compêndio, pp. 197, ou em artigo na RDA 12/32), pode muito bem o legislador ordinário eleger um espaço de tempo que seja anual, semestral ou mensal.

Com essas considerações, dou provimento à apelação da Fazenda e à remessa e nego provimento à apelação da usina impetrante.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 34.256-CE

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelado: EDILSON FRANCO DA SILVA JÚNIOR
Advogados: DRS. GERCEI PEREIRA DA COSTA E OUTROS (APTE.) E JOSÉ ERENARCO DA SILVA (APDO.)

EMENTA

Mandado de Segurança. Empresa pública. Concurso público.

01. A seleção de pessoal efetuada por pessoa jurídica de direito privado não se caracteriza desempenho de função pública, mas simples ato de gestão interna não impugnável por mandado de segurança.

02. Apelação e remessa oficial providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 28 de junho de 1994 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Edilson Franco da Silva Júnior impetrou mandado de segurança contra ato da Caixa Econômica Federal que, não o convocando para participar da 2ª etapa do processo seletivo interno no qual foi classificado em primeiro lugar, decidira convocar o segundo classificado, contrariando direito líquido e certo do impetrante.

Concedida liminar para que o impetrante participasse da segunda fase do referido

concurso.

A impetrada, ressaltando sua natureza de pessoa jurídica de direito privado, levanta a improriedade da via mandamental para impugnar ato não compreendido no conceito de "função delegada do Poder Público". No mérito, informa que os atos normativos do processo seletivo em comento prevêem a possibilidade de desligamento do certame dos candidatos que viessem a responder a sindicância no decorrer do concurso.

A sentença rejeitou a preliminar argüida, declarando ser o mandado de segurança a via própria para controle dos atos da Administração Pública Indireta, inclusive os de gestão de pessoal, mormente quando disciplinados pela Constituição Federal. Concedeu a segurança, entendendo que a exclusão do candidato do concurso, antes mesmo de conclusa a sindicância, caracteriza sanção antecipada que fere o princípio constitucional da presunção de inocência, do direito de ampla defesa, além de não obedecer ao devido processo legal.

Deste *decisum* apela a Caixa Econômica Federal, reafirmando os argumentos expendidos nas informações e comunicando que a sindicância em epígrafe resultará na demissão do impetrante por justa causa.

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): A Caixa Econômica Federal apela, alegando que a via mandamental não é adequada à impugnação de ato relativo a processo de seleção interna de seu pessoal, por não se caracterizar esta atividade como função delegada do Poder Público.

A doura Juíza a quo sustenta a viabilidade do mandado de segurança como instrumento de controle da legalidade dos atos da Administração Indireta, inclusive os de gestão interna, como no caso em epígrafe, mormente quando estes atos são disciplinados pela Constituição Federal, *in verbis*:

"16. A Administração Indireta é, sem sombra de dúvida, como corolário do Estado de Direito, sujeita, ao princípio da estrita legalidade. O mandado de segurança é o remédio heróico contra as ilegalidades cometidas no âmbito da Administração Pública. Não teria sentido, pois, cercear o controle da atividade da Administração Indireta, subtraindo-a do alcance de tal garantia, desguarnecendo os administrados desta forma célere e expedita de controle, sobremodo quando na expedição de atos disciplinados por normas de direito público consagradas na Constituição Federal.

17. Em sintonia com o regime constitucional da Administração Pública estipulado no art. 37, da atual Lei Maior, o dispositivo que trata da garantia do mandado de segurança vem enunciado de forma a alcançar não apenas os atos da Administração Pública Indireta. A adoção de personalidade de Direito Privado pelo Estado não o dispensa de obediência aos princípios constitucionais da Administração Pública.

18. Por isto, o inciso LXIX, do art. 5º, da Carta Magna, refere-se também à ilegalidade de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Não há qualquer distinção constitucional quando são enunciadas as normas disciplinadoras de concurso para preenchimento de empregos públicos; ao revés, há o endereçamento expresso do artigo 37 à Administração Pública, inclusive à Indireta.

19. À luz de tais considerações, entendo ser cabível a utilização do mandado de segurança como garantia processual viabilizadora do controle dos atos da Administração Pública Indireta, inclusive no que concerne à sua atividade-meio de gestão de seu pessoal, sobremodo quando a Constituição Federal lhes destina de modo expresso normas disciplinadoras do recrutamento e seleção de seu pessoal, independentemente do regime jurídico a ser adotado. (art. 37, *caput*, incisos I a V, da Constituição Federal de

1988)."

Ora, o instituto do mandado de segurança existe para garantir os direitos do cidadão, do particular, de forma rápida e eficaz, contra os desmandos e a prepotência tantas vezes encontrada nos detentores do Poder Público.

É, assim, o *writ* um instrumento de controle dos atos administrativos para que o direito individual do cidadão não seja irremediavelmente lesado por autoridade que ultrapasse os limites de suas atribuições públicas.

É óbvio que, em sendo a Caixa Econômica Federal pessoa jurídica de direito privado, a princípio seus atos não são praticados por autoridade, exatamente porque realizados por particular.

Entretanto, quando o Poder Público delega competência para a prática de atos que lhe são próprios a uma pessoa jurídica de direito privado, esta passa a ser uma autoridade quando exercendo tais atribuições públicas.

Portanto, apesar de a matéria ser disciplinada pela Lei Maior, ainda assim a seleção de candidatos para provimento de emprego público é ato de gestão interna, não se consubstancia em atribuição do Poder Público delegado a entidade de direito privado e não é ato de autoridade passível de ser impugnado pela via mandamental.

Neste sentido, trago à colação os arestos a seguir:

"Mandado de Segurança. Empresa pública. Seleção de pessoal.

1. A seleção de pessoal efetuada por empresa pública insere-se na competência gerencial, sem conteúdo de ato delegado por Poder Público.

2. Recurso provido.

(AMS 0108750-RJ - Rel. Min. Jesus Costa Lima - *DJ* de 28.05.87. - pág. 00159).

Administrativo. Concurso interno. Empresa pública. Ato de gestão. Descabimento do *mandamus*. Complexidade da matéria.

I - O indeferimento da inscrição de empregado em concurso interno realizado por empresa pública federal é ato de gestão e não de autoridade, sendo-lhe inoponível a ação mandamental.

II - Hipótese, ademais, que envolve matéria de fato complexa, eis que o atendimento ao requisito editalício depende de sucesso de recurso administrativo do impetrante junto ao Conselho de Recursos da Previdência Social, onde busca o abono de falhas sob alegação de doença.

III - Apelação improvida.

(AMS 0103923-DF - Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior - *DJ* de 14.10.91. - pág. 25364)."

Pelo exposto, dou provimento à apelação, invertendo o ônus da sucumbência.

É como voto.

VOTO-MÉRITO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): O impetrante pretende participar da 2ª fase do concurso interno promovido pela Caixa Econômica Federal que o preteriu, apesar de ter tirado o 1º lugar na 1ª fase do certame.

A forma de preenchimento dos empregos públicos está determinada na Constituição (art. 37, II) e deverá se realizar mediante concurso público e não interno. A Caixa Econômica Federal, entretanto, só realiza concurso para escrutinário; e através de seleção interna preenche as vagas de advogado, médico, psicólogo etc. Tais atos de investidura, em claro desacordo com a norma constitucional, são nulos de pleno direito.

Apesar de o pedido não se referir à questão da constitucionalidade do certame, não vejo como deferir a participação do candidato na 2ª fase de um concurso que, em desacordo com os ditames constitucionais, não pode produzir efeito válido entre as partes, pois que não se pode adquirir direitos contra a lei.

Pelo exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial. Sem honorários (Súmula 512 do STF). Custas a cargo do impetrante.
É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 34.327-SE

Relator: O SR. JUIZ **NEREU SANTOS**
Apelante: ANCELMO DE OLIVEIRA
Apelada: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE - UFSE
Advogados: DRS. JOÃO CARLOS OLIVEIRA COSTA E OUTROS (APTE.) E CLÓVIS BARBOSA DE MELO E OUTROS (APDA.)

EMENTA

Mandado de Segurança. Gratificação de Atividade dos Servidores Civis do Poder Executivo - GAE. Lei Delegada nº 13/92. Incidência sobre o vencimento básico.
I - A Gratificação de Atividades - GAE, nos termos do art. 1º, da Lei Delegada nº 13/92, incide sobre o vencimento básico do servidor público civil do Poder Executivo.
II - Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 14 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Ancelmo Oliveira contra ato do Pró-Reitor de Administração da Fundação Universidade Federal de Sergipe, objetivando que a parcela de Gratificação de Atividade - GAE incida sobre os valores percebidos a título de proventos, aí compreendendo as parcelas de natureza pessoal integradas aos seus proventos, nos termos da Lei nº 6.732/79.

O MM. Juiz a quo denegou a segurança, afastando a preliminar de incompetência da Justiça Federal suscitada pela autoridade coatora e, no mérito, entendeu que a Gratificação de Atividade - GAE apenas incidia sobre o vencimento básico do servidor, não incluindo as vantagens, ainda que incorporadas ao vencimento.

Inconformado, apela o impetrante e, reiterando as alegações expendidas na exordial da impetração, pugna pela reforma do *decisum*.

Foram oferecidas contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): O impetrante pretende com o presente *writ* que a percepção da Gratificação de Atividade - GAE, instituída pela Lei Delegada nº 13/92, incida sobre os seus proventos, neles compreendidos as vantagens de natureza pessoal já incorporadas.

O douto Juiz sentenciante denegou a segurança, assim se pronunciando:

"No mérito, o que pretende o impetrante é, valendo-se da sua condição de aposentado, em que recebe proventos, tentar distorcer o conceito de vencimento básico, chegando a afirmar que o mesmo não existe. O fato de, em decisão minha, em outro processo distinto, haver reconhecido que os proventos da aposentadoria não estão sujeitos ao teto constitucional, não significa que inexista diferença entre vencimento básico e remuneração.

É verdade que a expressão vencimento básico é doutrinária, mas a própria palavra vencimento significa exatamente a base de cálculo para incidência de outras vantagens.

Quando o funcionário se aposenta, os seus proventos são calculados a partir do vencimento básico. Passam a ser proventos, mas, gratificações outras que venham a ser percebidas, terão de incidir, sempre, sobre o vencimento, jamais sobre o total de proventos, o que provocaria o efeito cascata, tão repudiado que foi pela sociedade, na época dos trabalhos da Constituinte, que o legislador constitucional proibiu, no art. 37 - inciso XIV, que "os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento." (fls. 45/46).

Dispõe o art. 1º, da Lei Delegada nº 13, de 27 de agosto de 1992, *verbis*:

"Art. 1º - Ficam instituídas gratificações de atividade de pessoal civil, devidas mensalmente aos servidores do Poder Executivo, regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em valor calculado sobre o vencimento básico, nos termos desta Lei Delegada."

Como se vê, a legislação que trata a matéria é bastante clara ao estabelecer a incidência da GAE apenas sobre o vencimento básico.

O conceito de vencimento básico que invoca o impetrante inclui todas as vantagens percebidas pelo exercício do cargo público.

Assevera que as vantagens pessoais percebidas passam a constituir o próprio vencimento, porquanto já incorporadas ao mesmo.

E, ainda, que o efeito cascata previsto na Constituição trata da concessão de acréscimos ulteriores sob idêntico fundamento, o que não é a hipótese dos autos.

Os argumentos, ainda que plausíveis, não encontram respaldo na Lei Delegada nº 13/92, que instituiu a GAE e dispôs expressamente sobre a incidência da vantagem em comento. Ora, o vencimento básico invocado na Lei Delegada deve ser entendido como aquele percebido pelo servidor em razão do cargo que ocupa, ou seja, do seu padrão de referência.

Esta Turma já se pronunciou sobre a matéria, como nos demonstra o acórdão adiante ementado:

"Administrativo. Gratificação de Atividade dos Servidores Civis do Poder Executivo - GAE. Lei Delegada 13/92. Incidência sobre o vencimento básico. Apelo improvido.

- Nos termos do art. 1º, da Lei Delegada 13, de 27 de agosto de 1992, as gratificações de atividade de pessoal civil ali instituídas incidem sobre o vencimento básico dos servidores, nos casos e condições ali estabelecidos.

- Apelo improvido."

(AMS 34.866/SE, Relator Juiz Araken Mariz, DJU de 29.04.94).

À vista do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 35.246-RN

Relator: O SR. JUIZ NEREU SANTOS

Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
Apelado: ALEXANDRE BAHIA ALECRIM
Advogados: DRS. ROZANNE MARIA COSTA DA ROCHA E OUTROS (APTE.) E
ÉDSON MORAIS MARTINS E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Mandado de Segurança. Ensino superior. Servidor público. Transferência para curso afim em outra Universidade. Concessão da ordem.

- Se o estudante muda o seu domicílio para assumir função pública, certamente no interesse da Administração, não se lhe pode negar o direito à matrícula no local do novo domicílio, sob pena de se negar o direito à educação, constitucionalmente assegurado.

- Quando a entidade de ensino para a qual foi transferido o servidor-estudante não ofereça curso superior igual ao que vinha cursando na localidade de origem, tem direito o servidor à transferência para curso afim.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 15 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Alexandre Bahia Alecrim contra o ato do Presidente da Câmara de Graduação do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da UFRN, objetivando a sua transferência do Curso de Engenharia Agronômica da Escola Superior de Agronomia de Mossoró - ESAM para o curso de Engenharia Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, sob o fundamento de haver sido designado pela Portaria nº 47392-GP/92, subscrita pelo Presidente da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor - FEBEM/RN, para, em comissão, exercer o cargo de Vice-Coordenador, Símbolo CD-7.

A segurança foi concedida pelo douto Juiz *a quo*, ao entendimento de que a transferência do curso de Engenharia Agronômica para o de Engenharia Civil é perfeitamente admissível, diante da afinidade entre os cursos e da equivalência curricular. Acrescentou, ainda, que, sendo o direito à educação consagrado constitucionalmente, não poderia a Administração criar obstáculos ao prosseguimento dos estudos do impetrante.

Inconformada, apela a Universidade Federal do Rio Grande do Norte, alegando que a transferência só tem amparo legal quando se tratar de servidor-estudante que mude de residência por motivo de transferência obrigatória ou remoção *ex officio*. Aduz, ainda, que a transferência só poderá ser efetivada para prosseguimento dos estudos do mesmo curso frequentado pelo servidor na instituição de origem.

Foram oferecidas contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): Como se observa, pretende a apelante reformar a sentença de 1º grau que determinou fosse efetivada a matrícula de servidor-

estudante, transferido para exercer cargo comissionado em Natal, no Curso de Engenharia Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Nas razões de sua inconformação, alega a autarquia-apelante:

"O pedido, apreciado pela Câmara de Graduação, foi indeferido por não preencher o que exige o art. 4º, da Resolução nº 141/85 - CONSEPE, de 17.09.85, o art. 100, da Lei nº 4.024/84, bem como o art. 3º, da Resolução nº 141/85 - CONSEPE, pelos seguintes fundamentos:

01. Em primeiro lugar, o apelado foi nomeado para exercer função pública e o artigo 3º da citada Resolução é clara em dizer textualmente que a transferência somente será vista como "transferência compulsória quando se tratar de mudança de local de trabalho *ex officio*, em qualquer uma das esferas, seja ela federal, estadual ou municipal...", o que não ocorreu.

Por outro lado, a apelada cursa, na faculdade de origem, o Curso de Agronomia e pede transferência para o Curso de Engenharia Civil, visto que na UFRN não consta aquele curso no currículo. Daí porque a Câmara de Graduação desta instituição de ensino indeferiu o pedido, não podendo, portanto, o apelado prosseguir o seu curso." (fls.39/40). Cinge-se, portanto, a presente demanda a duas questões: a possibilidade do servidor-estudante que foi nomeado para cargo público obter a transferência para instituição de ensino na localidade em que foi transferido, e se essa transferência poderia ser feita para curso superior afim, vez que não oferecido o curso de origem na faculdade para a qual o servidor foi transferido.

No que tange a primeira questão esta Egrégia Turma, já teve a oportunidade de se pronunciar através de inúmeros julgados, entre os quais destaco a AMS 2.183-RN, da qual foi Relator o eminentíssimo Juiz Lázaro Guimarães, assim ementado:

"EMENTA: Administrativo. Servidor público estadual que assume cargo em comissão em local diferente daquele em que estuda. Direito à transferência, com base no art. 158, da Lei 1.711, de 1952. Apelo provido." (Julgado em 30.10.90).

Este ponto de vista esposado no acórdão mencionado vem sendo adotado em vários julgados por este Egrégio Tribunal, conforme se vê das ementas adiante exibidas:

"Mandado de Segurança. Curso superior. Transferência. Nomeação em cargo comissionado. Art. 99, Lei 8.112/90.

É de ser deferida a transferência de aluno de curso superior, nomeado para ocupar cargo público, sob o fundamento do art. 99, da Lei 8.112/90, quando ficar provado que a mudança do local de trabalho de servidor-estudante provocou mudança no seu domicílio. Sentença reformada. Apelo provido."

(AMS 41.225/RN, 1ª Turma, Relator Juiz Francisco Falcão, *DJU* de 10.06.94).

"Agravo Regimental. Ensino superior. Transferência de estudante do curso de Odontologia da UFPB para o da UFC, em virtude de assunção de cargo em comissão em Fortaleza. Pedido de suspensão de segurança denegado.

A jurisprudência tem entendido assistir ao aluno de universidade federal o direito à transferência decorrente de ter assumido cargo público na localidade de destino, ainda que se trate de provimento comissionado.

Inexistência de ameaça a qualquer dos valores públicos a cuja preservação visa o art. 4º, da Lei 4.348/64.

Agravo improvido. Decisão denegatória da suspensão de segurança mantida.

(Ag. Regimental na Suspensão de Segurança nº 1.311/CE, Pleno, Relator Juiz Castro Meira, *DJU* de 19.11.93).

Realmente, o artigo 158, da Lei nº 1.711/52, já revogado, estabelecia que:

"Ao estudante que necessita mudar de domicílio para exercer cargo ou função pública, será assegurado transferência do estabelecimento de ensino que estiver cursando para o da nova residência, onde será matriculado em qualquer época, independentemente de

vaga."

Como se vê, se o estudante mudava de domicílio para assumir cargo ou função pública, a norma legal mencionada lhe garantia o direito à transferência do estabelecimento de ensino que estivesse cursando para o da nova residência.

A atual Lei do Regime Único dos Servidores Públicos (Lei nº 8.112, de 11.12.90) modificou os termos da norma anterior para referir-se à mudança da sede no interesse da Administração.

É evidente, contudo, que, se o estudante muda o seu domicílio para assumir função pública, certamente no interesse da Administração, não se lhe pode negar o direito à matrícula, no local do novo domicílio, sob pena de se lhe estar impedindo o direito à educação, constitucionalmente garantido.

Quanto ao segundo aspecto, creio que não assiste razão à autarquia-apelante.

Ora, pela análise da questão anterior, vimos que é um direito assegurado ao servidor-estudante a transferência para instituição de ensino na localidade em que passou a residir para exercer função pública.

No caso sob exame, a instituição de ensino para a qual foi transferido o impetrante não oferece curso igual ao que vinha realizando o servidor na faculdade de origem.

Nesta hipótese, creio que não haveria nenhum óbice legal à transferência do servidor para curso afim, desde que houvesse uma afinidade entre os cursos e a equivalência curricular.

Assim, como pleiteia o impetrante a sua transferência do curso de Engenharia Agronômica para o curso de Engenharia Civil, é óbvio que não existe qualquer razão plausível, inclusive sob o ponto de vista legal, para negar-lhe o direito a esta transferência.

Neste sentido, o Egrégio Tribunal Federal de Recursos já vinha se posicionando, como se vê do acórdão assim ementado:

"EMENTA: Ensino superior. Transferência de aluno. Cursos afins. Confirma-se a sentença, nos termos do voto do Relator, que concedeu a transferência para curso afim, por não existir na Universidade, no local da nova residência do aluno, curso igual ao de origem." (REO 115010/PB, Relator Juiz José Cândido, DJU de 03.09.87).

Nesta Corte Regional, a matéria já foi objeto de análise quando do julgamento da Remessa *Ex Officio* nº 611-RN, da qual foi Relator o eminentíssimo Juiz Orlando Rebouças, ex-integrante desta Casa, cuja ementa adiante transcrevo:

"EMENTA: Mandado de Segurança. Ensino superior. Funcionário público. Transferência para curso afim.

- Quando na localidade onde for servir o funcionário público federal removido não houver curso superior igual ao que vinha realizando no lugar de origem, tem ele direito à transferência para curso afim existente na localidade do novo domicílio, por interpretação extensiva do art. 158, da Lei nº 1.711/52.

- Precedentes do extinto Tribunal Federal de Recursos.

- Remessa a que se nega provimento.

(Julgada em 14.12.89)."

Com estas considerações e tendo em vista os precedentes jurisprudenciais colacionados, nego provimento à apelação e à remessa oficial para manter a sentença recorrida.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N° 37.694-CE

Relator: O SR. JUIZ **NEREU SANTOS**

Apelantes: ANA MARIA MONTEL COELHO FROTA E OUTRO

Apelada: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC
Advogados: DRS. ERIKA CHAVES FERNANDES (APTES.) E
ALEXANDRE RODRIGUES DE ALBUQUERQUE E OUTROS (APDA.)

EMENTA

Mandado de Segurança. Ensino superior. Concurso. Prazo de validade. Omissão no Edital. Direito à nomeação.

I - Se o Edital do concurso ao qual se submeteu a impetrante não fixou o prazo de validade do certame, deve prevalecer o prazo de dois anos estabelecido no art. 37, III, da Constituição Federal.

II - Insubsistente a realização de novo concurso para o preenchimento de vaga superveniente se ainda se encontra válido o concurso realizado com candidato regularmente habilitado à nomeação.

III - Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar 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, 13 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Ana Maria Monte Coelho Frota e outro contra ato do Reitor da Universidade Federal do Ceará - UFC, alegando que se submetera a concurso público para provimento do cargo de Professor Assistente da disciplina "Estudos Básicos", do Departamento de Psicologia do Centro de Humanidades da UFC, obtendo a terceira colocação, e, antes de expirado o prazo de validade do seu concurso, a Universidade publicou Edital de convocação para realização de novo concurso visando ao preenchimento de vaga na disciplina para a qual se habilitou, em preterição ao seu direito líquido e certo à nomeação.

Integrou a lide Zulmira Áurea Cruz Bonfim, na qualidade de litisconsorte passiva necessária.

O MM. Juiz *a quo* denegou a segurança, ao argumento de que a realização do novo concurso, via Edital nº 74/92, verificou-se após expirado o prazo de validade do concurso de que cuidou o Edital nº 92/91 e do qual participou a impetrante. Não houve, no seu entender, malferimento à regra do § 2º, do art. 12, da Lei nº 8.112/90, e que, por isso, incabível a declaração de insubstância do novo concurso.

Inconformada, apela a impetrante, alegando, em síntese, que o Edital nº 91/92 do concurso a que se submeteu restou omissão quanto ao prazo de validade e, sendo assim, devia prevalecer o prazo de dois anos estipulado no art. 37, III, da Carta Constitucional. Cita, em seu prol, decisões desta Egrégia Corte que entende favoráveis a sua tese.

Foram oferecidas contra-razões pela Universidade Federal do Ceará e pela litisconsorte passiva Zulmira Áurea Cruz Bonfim, que pugnaram pela manutenção do *decisum*.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): Como se observa, pretende a impetrante

com o presente *writ* que lhe seja garantido o direito à nomeação no cargo de Professor Assistente da disciplina de "Ensinos Básicos" do Departamento de Psicologia da Universidade Federal do Ceará - UFC, para o qual prestou concurso público, tendo sido aprovada no terceiro lugar.

Entende que a autoridade impetrada, Reitor da UFC, não poderia realizar novo concurso público para preenchimento de vaga na mesma disciplina para qual se habilitou, antes de expirado o prazo de validade do concurso anterior

Nas razões de sua inconformação, a impetrante invoca os seguintes argumentos:

"7. É que de forma alguma é possível reconhecer que, no citado item 7, do Edital 92/91, tenha sido estabelecido prazo de validade para o concurso convocado pelo mesmo Edital.

8. Realmente, não há sequer a mais remota referência a um lapso temporal, nem quanto a sua extensão, nem, muito menos, quanto a um termo inicial do mesmo lapso.

9. Ora, ainda que se vislumbrasse, por um obstinado apego à argumentação, a referência de um "prazo" (lapso temporal) para a validade de concurso pelo referido item 7, do Edital 92/91, não seria possível, por qualquer modo, conhecer a duração desse prazo - e, assim, o período de tempo no qual subsistiria o direito dos candidatos aprovados - , na medida em que não se indica qualquer marco ou referencial para que se pudesse determinar tal duração.

10. É absolutamente impossível, como se pode facilmente verificar, que ao dizer-se que "A seleção de que trata o presente Edital terá validade apenas para o preenchimento de vagas nele ofertadas", tenha fixado qualquer prazo (de validade).

11. Em face disso, torna-se evidente, *data maxima venia*, o erro em que incorreu o MM. Juiz ao denegar a impetração pleiteada, deixando de reconhecer o direito da apelante, cuja existência é inequívoca, como se demonstrou." (fls. 82/83).

Tenho que assiste razão à apelante.

A impetrante se submeteu a concurso público para preenchimento de uma (01) vaga no cargo de Professor Assistente da disciplina de "Estudos Básicos" do Departamento de Psicologia da UFC.

O Edital nº 92/91 (fls. 16/18), que disciplinou o referido concurso, estabeleceu, no item 07, que:

"A seleção de que trata o presente Edital terá validade apenas para preenchimento das vagas nele ofertadas."

Na verdade, esta determinação do Edital não deve ser entendida como sendo o prazo de validade do concurso, posto que não pode ser considerado como tal o preenchimento das vagas ofertadas.

Correto, pois, afigura-se-me o entendimento da impetrante no sentido de que o prazo de validade do concurso será de dois anos, como prevê a norma contida no inciso III, do artigo 37, da Constituição Federal.

Dispõe, ainda, o inciso IV, do mencionado dispositivo constitucional, que:

"Durante o prazo improrrogável previsto no Edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira."

A Súmula nº 15, do Supremo Tribunal Federal, anterior à Constituição Federal de 1988, estabelecia que:

"Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação."

A nova Carta Constitucional trouxe, assim, uma inovação, estabelecendo também a preferência do candidato aprovado em concurso sobre novos concursados, dentro do prazo improrrogável de sua validade previsto no Edital.

A Lei nº 8.112/90, no seu artigo 12, parágrafo 20, foi muito mais explícita, quando dispôs:

"Não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior

com prazo de validade não expirado".

De qualquer forma, mesmo que, segundo preceito constitucional, fosse admissível a abertura de novo concurso, sem que tivesse sido expirado o prazo do concurso anterior, com candidato aprovado, mesmo assim estaria garantido o direito da impetrante à nomeação diante da evidente demonstração da existência da vaga.

Este Tribunal já se posicionou a respeito do tema, como nos demonstram as seguintes decisões adiante ementadas, *verbis*:

"Administrativo e Constitucional. Concurso Público. Validade.

- É inválida a disposição editalícia que limita a validade do concurso para apenas uma vaga, em vez de fixar um prazo.

- Sem prazo no Edital, prevalece o de dois anos, fixado como limite na Constituição (art. 37, item III) e na Lei 8.112/90.

- Apelação e remessa improvidas."

(AMS 32.424/CE, 1ª Turma, Relator Juiz Hugo Machado, *DJU* de 12.08.94).

"Administrativo. Concurso Público. Validade. Surgimento de vaga. Interesse da Administração em preenchê-la. Direito do candidato à nomeação.

- Durante o prazo de validade do concurso, havendo a existência de vaga e o interesse da Administração em preenchê-la, é certo o direito do candidato aprovado à nomeação.

- Insubsistência do novo processo seletivo.

- Apelação e remessa oficial improvidas."

(AMS 4.093/CE, 2ª Turma, Relator Juiz Araken Mariz, *DJU* de 29.11.91).

Com estas considerações, e à vista dos precedentes colacionados, dou provimento à apelação para, reformando a sentença de 1º grau, conceder a segurança.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 38.496-PE

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA**

Apelante: GEORGEANE ESTELITA MARQUES VOGELEY

Apelada: FAZERNDÁ NACIONAL

Advogada: DRA. CRISTIANE GOUVEIA DE BARROS (APTE.)

EMENTA

Mandado de Segurança. Servidor público. Pensão da Lei 6.782/80. Viúva beneficiária da pensão da Lei 3.738/60. Inacumulabilidade. Reversão integral da cota remanescente para beneficiária. Apelo provido.

- O § 2º, do art. 1º, da Lei 3.738/60, impõe expressamente a inacumulabilidade da pensão especial ali instituída com quaisquer outros proventos recebidos dos cofres públicos.

- Como beneficiária da pensão da Lei 3.738/60, falta à viúva condição essencial para percepção da pensão da Lei 6.782/80, cuja cota reverte, em sua integralidade, para o beneficiário (Lei 3.373/58, art. 7º).

- Apelo improvido.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 23 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ - Presidente

JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA: Georgeane Estelita Marques Vogeley, aqui apelante, impetrara mandado de segurança contra ato do Delegado de Administração do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento de reduzir à metade pensão especial por ela percebida em decorrência da morte do genitor. Referido benefício fora instituído pela Lei 6.782/80, para dependentes de servidores civis falecidos em virtude de doenças ali especificadas

A mãe da impetrante, com a morte do marido, passara à condição de beneficiária de outra pensão especial, prevista na Lei 3.738/60, assegurada à viúva de funcionários civis portadora de uma das patologias ali descritas. No caso, cardiopatia grave, conforme comprovam os docs. de fls 90/94.

Tratando-se de benefícios inacumuláveis, a cota referente à pensão da Lei 6.782/80 fora revertida integralmente para a impetrante, na qualidade de dependente legal, a partir de 05.06.89, até setembro de 1992, quando ocorreu a redução ora impugnada.

A autoridade impetrada informou estar cumprindo determinação do Tribunal de Contas da União (fls. 43/44).

O Ministério Público Federal, em preliminar, argüiu a presença do litisconsórcio ativo necessário da viúva e, no mérito, opinou pela concessão da segurança.

O MM. Juiz singular rejeitou a alegação preliminar. A pretensão da impetrante, no seu entender, não alcançaria a esfera do patrimônio jurídico de sua genitora. No mérito, denegou a segurança, por não dispor a autoridade impetrada de poderes para afastar decisão do Tribunal de Contas da União.

Apelando de tal decisão, a impetrante renova a preliminar suscitada pelo MPF. Defende a aplicabilidade do art. 7º, da Lei nº 3.373/58, a estabelecer a reversão do benefício aos dependentes, na hipótese de perda da condição essencial à percepção da pensão vitalícia, pelo titular. O fato de sua genitora já se encontrar em gozo de outra pensão especial configuraria tal hipótese.

Relatei.

VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): Inexiste o alegado litisconsórcio passivo necessário da viúva.

Não há dúvida de ter a mesma perdido a condição essencial de beneficiária da pensão especial da Lei nº 6.782/80, por se encontrar em gozo de benefício de igual natureza, com este inacumulável - a pensão especial da Lei 3.738/60.

A meu ver, restaria caracterizado o litisconsórcio se os efeitos da sentença pudessem atingir seu patrimônio, hipótese não configurada no caso vertente.

O eminent Juiz Ridaldo Costa decidiu preliminar em caso assemelhado, isto é, a AMS 10.884-PE, assim ementado o v. acórdão:

"Mandado de Segurança. Funcionário público. Pensão estatutária. Reversão de cota.

Se a antiga beneficiária da cota que se pretende reverter é impedida de recebê-la por força de lei, inexiste o litisconsórcio necessário."

Afasto a preliminar.

VOTO-MÉRITO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): A Lei 6.782/80 atribuiu pensão especial aos servidores civis falecidos em virtude de doença profissional ou especificada em lei. É o caso do genitor da impetrante, ex-Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, cuja *causa mortis* se enquadrou entre as hipóteses legais, consoante declaração da junta médica da DMF/PE (fls. 19).

À época do óbito, a viúva era beneficiária da pensão especial (fls. 22) instituída pelo art. 1º, da Lei 3.738/60, de dicção:

"Art. 1º. É assegurada a pensão especial, na base do vencimento mensal do marido, à viúva de militar ou funcionário civil atacada de tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia ou cardiopatia grave e que não tenha economia própria."

Habilitada ao mencionado benefício, o cônjuge supérstite deixou de fazer jus à pensão especial da Lei 6.782/80, por força do estatuído no parágrafo 2º, do transrito art. 1º, da Lei 3.738/60, de teor:

"A pensão instituída neste artigo não é acumulável com quaisquer outros proventos recebidos dos cofres públicos."

Tal situação a impetrada reconheceu, às fls. 30.

A autora, então única beneficiária do genitor morto, passou a perceber a cota remanescente, na integralidade, a partir de 05/06/89, conforme decisão exarada pela autoridade fazendária no processo administrativo de fls. 22/29.

Em outubro de 1992, em atendimento à consulta formulada pelo Ministério da Fazenda, o Tribunal de Contas opinou no sentido de preservar a parte da viúva, por entender que esta poderia obter a cura da doença ensejadora da pensão da Lei 3.738/60 a qualquer tempo. (fls. 31).

Em consequência, a partir daquela data, a impetrante teve o valor de sua pensão reduzida à metade, ato esse impugnado através do mandado de segurança, mas mantido pela decisão recorrida.

A questão restringe-se, portanto, à análise da perda da condição de beneficiária da pensão da Lei 6.782/80, pela viúva.

A Lei 3.373, de 12/03/58, ao dispor sobre o Plano de Assistência ao Funcionário e sua Família, na parte pertinente à Previdência Social, preceitua, em seu art. 7º:

"Art. 7º. Por morte dos beneficiários ou perda da condição essencial à percepção das pensões, estas reverterão:

I- A pensão vitalícia para os beneficiários das pensões temporárias.

II- As pensões temporárias para os seus co-beneficiários, ou, na falta destes, para o beneficiário da pensão vitalícia."

Ora, se a própria Lei 3.738/60 impõe a inacumulabilidade da pensão que instituiu com quaisquer outros proventos recebidos dos cofres públicos, enquanto a viúva estiver recebendo o referido benefício veda-se-lhe a percepção da prebenda da Lei 6.782/80.

Se assim acontece, à filha do falecido servidor assiste direito líquido e certo ao recebimento da cota remanescente da pensão, enquanto a mãe viúva estiver impedida de obtê-la, como ora está.

Dou provimento à apelação para, reformando a sentença, conhecer a segurança pretendida.

Assim voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N° 38977-CE

Relator: O SR. JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelado: JEFFERSON BRAUN FILHO
Advogados: DRS. JOSÉ ELMAR FURTADO ARRUDA E OUTROS (APTE.)

EMENTA

Administrativo. Aposentadoria proporcional. Contagem recíproca. Auto-aplicabilidade do § 2º, do art. 202, da Carta Magna em vigor.
- A aposentadoria proporcional com aproveitamento da contagem recíproca é garantia assegurada pela Constituição de 1988, nos §§ 1º e 2º, do art. 202.
- Tal norma afigura-se auto-aplicável, alcançando o segurado que atingir 30 anos de trabalho, se homem, e 25, se do sexo feminino.
- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 23 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA: Jefferson Braun Filho, aqui apelado, impetrara mandado de segurança contra ato do Superintendente Regional do INSS no Ceará de cancelar a aposentadoria concedida ao impetrante em 25.09.90, fazendo-o retornar ao serviço ativo e devolver todos os valores recebidos, inclusive o saldo referente à licença-prêmio.

Ao prestar informações, a autoridade impetrada alegou tratar-se de aposentadoria por tempo de serviço, com contagem recíproca, a ensejar a comprovação de pelo menos 35 anos de efetivo exercício, nos termos da Lei 6.226, de 14.06.75. O § 2º, do art. 202, da CF/88, invocado pelo impetrante, não seria auto-aplicável, no aguardo ainda da necessária regulamentação (fls 20/21).

O MM. Julgador monocrático concedeu a segurança, por entender assegurado ao impetrante o direito à aposentadoria proporcional pelo Diploma Constitucional, no artigo 202.

Apela o INSS, renovando o argumento de estar a matéria sob a disciplina da Lei 6.226, de 14.07.75, não podendo ser adotada a norma constitucional adotada na decisão recorrida. Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição.

Relatei.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): Dúvida inexiste sobre a auto-aplicabilidade da regra constante do § 1º, do art. 202, da Lei Suprema. Lá ficou claramente estipulado, prescindindo-se de qualquer elucidação de lei, que poderá aposentar-se proporcionalmente após 30 anos de trabalho o segurado homem e após 25 anos o segurado do sexo feminino.

Tal previsão constitucional alcança, à evidência, o segurado apto a aposentar-se com a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, urbana ou rural, do qual cogita o parágrafo 2º, do mesmo art. 202, da Carta

Magna.

A primeira parte do segundo dispositivo mostra-se perfeitamente auto-executável, dispensando a mínima regulamentação. A última parte, a prever a compensação financeira entre os diversos sistemas de previdência, por causa da contagem recíproca, ela sim é que requer regulamentação para a definição dos critérios da compensação. Estes em nada interferem na contagem recíproca, possível de realizar-se de logo, não se admitindo seja o segurado castigado pela inércia do legislador.

Bem decidiu, portanto, o duto Julgador monocrático, quando restabeleceu, em favor do requerente do *mandamus*, a aposentadoria proporcional, após a contagem recíproca do tempo de serviço.

Nego provimento à apelação e à remessa.

Assim voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 41.426-AL

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ DELGADO**
Apelante: ESCOLA TÉCNICA FEDERAL DE ALAGOAS - ETFAL
Apelado: ERIVALDO ALENCAR SANTOS
Advogados: DRS. JOSELINO MONTEIRO DE MELO (APTE.) E NILTON DE MELO BARROS (APDO.)

EMENTA

Administrativo. Concurso público. Deficiente físico. Reserva de vaga. 1 - É auto-aplicável o disposto no § 2º, art. 5º, da Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Federais), por representar cumprimento à ordem constitucional posta no art. 37, VIII, da Carta Magna.

2 - A Administração, mesmo não tendo disposto no Edital da Abertura de Concurso, está obrigada a reservar vagas a serem preenchidas por deficientes físicos aprovados no certame.

3 - Não há em nosso ordenamento jurídico direito à nomeação pelo concursado, salvo se for preterido em sua ordem de classificação. O concursado tem, apenas, uma expectativa de direito.

4 - Preliminar rejeitada. Sentença reformada em parte para se ordenar que a Administração reserve vaga a ser preenchida pelo impetrante, por se encontrar comprovada a sua condição de deficiente físico.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as supra-assinaladas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, rejeitar a preliminar e, no mérito, à unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto do Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 19 de abril de 1994 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente

JUIZ JOSÉ DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO (Relator): Erivaldo Alencar Santos impetrou mandado

de segurança contra o Diretor da Escola Técnica Federal de Alagoas, Sr. Alberto José Mendonça Cavalcante, pelos motivos a seguir discriminados:

- a) O impetrante, portador de deficiência física, inscreveu-se em concurso público noticiado pelo Edital 01/93, de 30-03-93, para habilitação ao cargo de Assistente em Administração, cuja prova realizou-se em 23-05-93, e no qual logrou aprovação;
- b) Em 23-04-93, o impetrante solicitou à Diretoria da ETFAL um pronunciamento acerca de sua condição de deficiente físico, diante do concurso que iria realizar no dia 23-05-93, tendo em vista o § 2º, do art. 5º, da Lei 8.112/90.
- c) Através do Ofício nº 186-6D/ETFAL, de 29-04-93, foi convidado a submeter-se a exame perante junta médica daquela entidade, para os fins do § 2º, art. 5º, da Lei nº 8.112/90, obtendo da mesma declaração de ser portador de deficiência compatível com o exercício normal das atribuições do cargo, no qual foi aprovado em concurso público;
- d) Apesar de ter sido aprovado e do pronunciamento da Junta Médica/ETFAL, o impetrante não foi nomeado para o cargo público ao qual concorreu, tendo sido indeferido o seu pedido, conforme Parecer da Assessoria Jurídica no Processo 23041.00/669/93-10. Por tais motivos, pediu e obteve, através do presente *mandamus*, ordem para a sua nomeação.

Prestando as informações costumeiras, a autoridade apontada como coatora alegou não haver direito líquido e certo do impetrante a ser defendido via *mandamus*.

Aduziu, ainda, que a sua nomeação acarretaria violação ao princípio da igualdade, uma vez que o mesmo, além de não comprovar ser deficiente físico, através da indicação do tipo de deficiência da qual seria portador, não impugnou, *oportune temporis*, o Edital do concurso, concordando, assim, tacitamente, com o inteiro teor do mesmo.

O douto representante do *Parquet* Federal opinou pela concessão da segurança.

Apreciando a demanda, o MM. Juiz singular concedeu o *mandamus*.

Fundamentou o seu *decisum*, afirmando não ter ocorrido omissão do impetrante quanto à sua condição de deficiente físico, posto que promoveu junto à ETFAL pedido para apreciação das condições ditadas pelo art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90.

Assevera que houve desconsideração da entidade coatora ao art. 37, VII, da CF/88, ao não nomear o impetrante para o cargo junto ao qual o mesmo se habilitou através de concurso, e, coadunando com parecer de fls. 59, aduz que, ao não usar de seu poder discricionário na fixação do percentual de vagas a ser destinado aos deficientes físicos, tacitamente concordou que tal percentual fosse de 20%, que é o limite máximo.

Inconformado, o impetrado interpôs a presente apelação, no bojo da qual, além das razões aduzidas nas informações de fls., alega que o laudo médico apresentado pela Junta Médica da ETFAL contém informações equivocadas dos médicos que a subscreveram, por não ter sido identificada a deficiência física do impetrante.

Argúi, ainda, nulidade processual, face ao não chamamento dos demais aprovados no concurso para integrarem a lide na qualidade de litisconsortes passivos necessários, pugnando, alfim, pela reforma da sentença.

Contra-razões com louvores à sentença.

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO (Relator): A preliminar suscitada pelo Ministério Público de primeiro grau, no sentido de serem convocados à lide, como litisconsortes necessários, os candidatos já nomeados, não procede.

A decisão proferida no presente *mandamus* não vai alterar a relação jurídica funcional já firmada, posto que ela se originou de concurso público não impugnado em época oportuna.

A pretensão do impetrante está vinculada à existência de cargo vago, haja vista que não há qualquer possibilidade da nomeação de concursado para o serviço público se não houver claro na lotação.

Dessa forma, a decisão a ser prolatada no presente *mandamus* não afetará a situação já consolidada dos concursados já nomeados e em exercício.

Rejeito, assim, a preliminar.

VOTO-MÉRITO

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO (Relator): Os fundamentos da douta sentença apelada e remetida devem ser acolhidos.

Não obstante a tese defendida por Ivan Barbosa Rigolin, em sua obra *Comentários ao Regime Único dos Servidores Civis*, Ed. Saraiva, 2ª ed., 1993, pág. 30, de que o § 2º, do art. 5º, da Lei nº 8.112/90, depende de regulamentação, este § 2º não poderia ter sido mais genérico e evasivo. Fixou o percentual de até 20% das vagas oferecidas para cada cargo posto em concurso, cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que os candidatos sejam portadores. Tal artigo clama por urgentíssima regulamentação, onde fatores essenciais à sua exeqüibilidade sejam especificados, tais como:

- a) quais os deficientes, e de que natureza são admitidos para cada cargo;
- b) como serão atestados essas deficiências;
- c) se os deficientes precisarão sempre se submeter a concurso público, ou se existe a possibilidade de nomeação independente de concurso;
- d) quanto por cento das vagas, conforme a natureza do cargo, será efetivamente destinada a preenchimento por deficientes e se os deficientes terão acesso a planos de carreira e a outras formas de provimento que não a nomeação (provimentos não originários, às vezes denominados "derivados");
- e) quais as vantagens e direitos funcionais assegurados aos deficientes físicos;
- f) quanto a deficientes mentais, até que ponto pode ser compatível algum cargo público com alguma deficiência mental, presumivelmente leve e não incapacitante;
- g) até que ponto se estende o título referente ao processo administrativo-disciplinar, e é responsabilidade de servidores, aos deficientes.

Sou do entendimento que há plena auto-executoriedade do referido dispositivo de natureza ordinária, em face do disposto no inciso VIII, do art. 37, da CF, de que "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão."

Tendo, como já assinalado, a Lei nº 8.112, de 12/12/90 (Lei do Regime Jurídico Único), disposto, no art. 5º, § 2º, que "às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso", cumprida está a determinação constitucional e dotada de força executória a lei que se apresenta compatível com o Comando Maior.

Na hipótese em questão, não há qualquer dúvida sobre a condição de deficiente físico do impetrante. O laudo pericial médico apresentado pela junta composta por profissionais de Medicina que integram o próprio quadro do órgão dirigido pela autoridade impetrada atesta ser o impetrante deficiente físico em condições de assumir as funções do cargo para o qual foi aprovado.

O meu apoio à fundamentação da sentença, em síntese destacado nos argumentos acima, não conduz, contudo, a aceitar a sua conclusão.

Entendo que, na hipótese, em face do atual estado fático da situação examinada, sem prova de que exista vaga no quadro de servidores do órgão e na categoria para a qual o

impetrante fez o concurso, sem prova de que alguém foi nomeado em seu lugar, não se pode determinar a referida nomeação.

É princípio do Direito Constitucional e Administrativo de que o concursado só tem expectativa de direito à nomeação. Não lhe assiste, portanto, o direito de ser nomeado, por tal ser ato exercido de acordo com as necessidades da Administração e dependente de recursos orçamentários. Só surge o direito à nomeação quando alguém se vir preterido por outrem que foi nomeado sem obedecer à ordem de classificação.

Por tais aspectos jurídicos e factuais que envolvem a situação em análise, o meu voto é no sentido de reformar, em parte, a sentença para que a impetrada reserve a próxima vaga a surgir na categoria de Assistente de Administração para ser preenchida pelo impetrante.

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 41.801-CE

Relator: O SR. JUIZ JOSÉ DELGADO
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: IPREDE - INSTITUTO DE PREVENÇÃO À DESNUTRIÇÃO E EXCEPCIONALIDADE.
Advogados: DRS. SCHUBERT DE FARIAS MACHADO E OUTRO (APDO.)

EMENTA

Mandado de Segurança. Interpretação da Lei nº 5.768/71, alterada pela Lei nº 5.864/72, artigo 4º.

1. A moderna doutrina constitucional se inclina pela interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais.
2. Deparando-se o intérprete e aplicador da lei com dois princípios constitucionais regendo a ocorrência do mesmo fato, deve fazer a opção por aquele que simbolize a força maior do valor da dignidade humana.
3. Entre o princípio da legalidade estrita e o da obrigação da criança carente e excepcional ser assistida pela sociedade e pelo Estado, a opção deve ser feita por este último.
4. Entidade filantrópica que promove promoção para arrecadar fundos financeiros para atender às suas finalidades, concedendo prêmios aos adquirentes dos bônus oferecidos, tem direito líquido e certo a receber autorização da Receita Federal, se as exigências da Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971, alterada pela Lei nº 5.864/72, estão, no essencial, devidamente cumpridas.
5. O fato da promoção prever mais de um sorteio por ano, sem conotação de abuso, não impede a concessão da autorização, haja vista que tal representa uma garantia maior para o concorrente.
6. Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto do Juiz Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar a presente decisão.

Custas, ex lege.

Recife, 10 de maio de 1994 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente

JUIZ JOSÉ DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO: O eminent Juiz Federal da 7ª Vara, Seção Judiciária do Estado do Ceará, concedeu segurança ao Instituto de Prevenção à Desnutrição e Excepcionalidade, para o fim de que pudesse realizar a promoção denominada "Bônus da Vida", que consiste na distribuição de 3.000.000 (três milhões) de cartelas a cada um que contribui com Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros) por cota de doação, cartelas essas que darão direito a sorteio de prêmios conforme regulamento expedido.

A União Federal apela da referida decisão, por entender que, não obstante se reconhecer os elevados e nobres serviços prestados pela entidade impetrante, não está ela desobrigada do cumprimento da lei, pelo que se encontra impedida de explorar qualquer tipo de captação de poupança sem que receba autorização especial do Ministério da Fazenda, tudo conforme disposto na Lei nº 5.864/72.

A apelada, entidade impetrante, em suas contra-razões, sustenta que tem direito líquido e certo a buscar meios financeiros para a execução de seus propósitos assistenciais, em face da omissão do Estado na prestação desse dever constitucional.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO (Relator): A sentença apelada e remetida não merece ser reformada.

Tem-se presente para discussão a opção que o aplicador do Direito, no caso o Juiz, há de fazer quando se depara com dois princípios constitucionais regendo o mesmo fato.

Na espécie, de um lado, impõe o princípio da legalidade, por não se permitir que qualquer tipo de captação de poupança seja feita, conforme informa a apelante, sem o cumprimento dos rigores do art. 4º, da Lei nº 5.768, de 20.12.71, com a redação que lhe foi dada pela de nº 5.864, de 12.12.72, assim dispondo:

"Nenhuma pessoa física ou jurídica poderá distribuir ou prometer distribuir prêmios, mediante sorteios, vale-brinde, concursos ou operações assemelhadas, fora dos casos e condições previstos nesta Lei, exceto quando tais operações tiverem origem em sorteios organizados por instituições declaradas de utilidade pública em virtude de lei e que se dediquem exclusivamente a atividades filantrópicas, com o fim de obter recursos adicionais à manutenção ou custeio de obra social a que se dediquem.

§ 1º - Compete ao Ministério da Fazenda promover a regulamentação, a fiscalização e controle das autorizações dadas em caráter excepcional nos termos deste artigo, que ficarão basicamente sujeitas às seguintes exigências:

a) comprovação de que a requerente satisfaz as condições especificadas nesta Lei, no que couber, inclusive quanto à perfeita regularidade de sua situação como pessoa jurídica de direito civil;

b) indicação precisa da destinação dos recursos a obter através da mencionada autorização;

c) prova de que a propriedade dos bens a sortear se tenha originado de doações de terceiros, devidamente formalizada;

d) realização de um único sorteio por ano, exclusivamente com base nos resultados das extrações da Loteria Federal, somente admitida uma transferência de data por autorização do Ministério da Fazenda e por motivo de força maior."

A autoridade impetrada, por entender que a impetrante não preenchia as exigências legais,

negou-lhe autorização para a realização do sorteio aqui questionado, fazendo-o em despacho assim redigido:

"A entidade filantrópica acima mencionada, com sede à Rua Professor Carlos Lobo, nº 15, em Fortaleza - CE, inscrita no Cadastro Geral de Contribuintes deste Ministério sob o nº 11088.218/00001/66, solicita autorização para promover um sorteio instantâneo.

A letra "d", do art. 4º, da Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971, determina que:

'd) realização de um único sorteio por ano, exclusivamente com base nos resultados das extrações da Loteria Federal, somente admitida uma transferência de data, por autorização do Ministério da Fazenda.'

Considerando que a sistemática do pedido não satisfaz às exigências da legislação específica, propomos a devolução do presente processo para que a requerente, se julgar conveniente, adeque o pedido à legislação vigente."

Como se observa, a autoridade administrativa interpretou, com vertical rigor, o princípio da legalidade aplicado à espécie, pelo que não forneceu a autorização solicitada.

Ao fazê-lo, não teceu maiores motivações, especialmente a de que o plano de sorteio apresentado pela impetrante era danoso à poupança popular ou apresentava a possibilidade de graves riscos àqueles que aderissem à promoção.

Ao lado do princípio restrito da legalidade a comandar os fatos aqui comentados, tem-se o posto no art. 227, da Carta Magna, determinando que:

"Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, até colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

Tal comando está diretamente ligado ao princípio fundamental consagrado no art. 1º, da Constituição Federal, ao afirmar que:

"Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político."

Destaque-se, por diretamente aplicado ao caso em exame, a obrigação fundamental da República Federativa do Brasil, como Estado, de zelar pela cidadania e pela dignidade da pessoa humana, tendo, ainda, que cumprir os objetivos registrados no art. 3º, do mesmo Diploma Maior, que são os de construir uma sociedade livre, justa e solidária; de garantir o desenvolvimento nacional; de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Estando o exercício das ações estatais circuladas por tais princípios, quando eles se apresentam em conflito, há do intérprete e aplicador da lei, no caso o Poder Judiciário, optar pelo que se apresenta como maior carga de expressão dos valores, dos direitos e das garantias fundamentais existentes na Constituição Federal.

Evidencia-se, na espécie, que a ação pretendida desenvolver pela impetrante é a de obter valores financeiros, através de uma promoção denominada "Bônus da Vida", onde haverá a participação da sociedade, para que a sua política de assistência aos menores carentes e excepcionais possa ser, de modo concreto, melhor desenvolvida.

No particular, é de suma importância se destacar que a autoridade impetrada, em suas informações, reconhece que são ".... elevados e nobres os serviços que essa entidade

presta às criancinhas desgraçadas e desvalidas da sorte" e que "É público e notório que o IPREDE é uma instituição da maior relevância para os pequeninos de nossa cidade e quiçá do nosso Estado, como seu próprio nome indica: Instituto de Prevenção à Desnutrição e Excepcionalidade." (fls. 189).

Ora, se é tão relevante para a sociedade os serviços prestados pela impetrante, porque se fazer a opção pela aplicação rigorosa da mensagem legislativa, sem se justificar o tipo de prejuízo que será causado pelo ato praticado. Mais consentâneo com a proposta constitucional é a de se seguir a sua mensagem que obriga o Estado e a sociedade a assistir aos menores carentes e excepcionais.

Nas idéias do constitucionalismo moderno, há de sempre se inclinar por uma interpretação sistêmica das normas constitucionais e fazê-las imperar de modo que as suas finalidades intrínsecas e extrínsecas sejam alcançadas. E, conforme demonstrado, por ser comprovada a ausência do Estado no campo da assistência às crianças desnutridas e excepcionais, há de se apoiar qualquer tipo de ação a ser desenvolvida por entidades privadas que busque alcançar a prática de tal política.

Na hipótese, como bem salienta o eminentíssimo e culto Juiz monocrático, acolhendo parecer do Ministério Público Federal, a impetrante não descumpre, em sua essencialidade, os termos da lei.

O fato, por si só, de realizar mais de um sorteio por ano beneficia o adquirente do bônus. Logo, no lugar de desconfigurar a exigência legal, adequa-se ao que ela pretende, que é de oferecer o máximo de garantia ao concorrente.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 41.859-CE

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ DELGADO**
Apelante: FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
Apelada: FRANCISCA JURACY FONSECA PINHEIRO E SILVA.
Advogados: DRS. FRANCISCO OTÁVIO DE MIRANDA BEZERRA E OUTROS (APTE.) E JOSÉ JOSIVAL DA SILVA (APDA.)

EMENTA

Constitucional e Administrativo. Renovação de matrícula em curso superior. Jubilamento. Decisão unilateral da Universidade. Violação ao art. 5º, LV, da Magna Carta. Precedentes jurisprudenciais.

1. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LV, preceitua que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".
2. Independentemente do pedido que se faça, seja no âmbito administrativo ou judicial, quando envolver direitos personalíssimos do cidadão, há, sempre, que ser observado o direito ao contraditório e à ampla defesa, mediante a prévia instauração do devido processo legal.

3. Precedentes desta 5ª Corte Regional.
4. Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima indigitadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal, à unanimidade, negar provimento

à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto do Juiz Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 10 de maio de 1994 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente

JUIZ JOSÉ DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO: Cuida-se de ação mandamental impetrada por Francisca Juracy Fonseca Pinheiro e Silva, aluna do curso de Direito da impetrada, ora apelante. Alega que cursou as cadeiras do básico até o segundo semestre de 1987, quando, por problemas financeiros, ficou impossibilitada de continuar o referido curso.

Afirma que, adquirindo condições de recomeçar o curso, requereu ao Magnífico Reitor da UNIFOR seu reingresso, sendo surpreendida com o indeferimento de seu pleito, sob o fundamento de que estaria a mesma jubilada, com base na Resolução nº 002/82, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da UNIFOR. Aduzindo ofensa ao art. 5º, LV, da Magna Carta, consagrador do princípio da ampla defesa e do contraditório, pugnou pela concessão da segurança, a fim de se matricular no curso almejado.

A autoridade impetrada, em suas informações, atestou ter agido dentro dos ditames legais, posto que a Resolução nº 002/82, em seus arts. 8º e 9º, II, que disciplinou e regulamentou o art. 67, parágrafo único, do Regimento Interno da Universidade, explica que "o direito à matrícula também prescreve após três (3) interrupções sucessivas dos estudos" e que "perderá o direito à vaga o aluno que deixar de, semestralmente, requerer sua matrícula, caracterizando-se abandono de estudos." Por não visualizar direito líquido e certo à pretensão da impetrante, requereu sua denegação.

Em basilado e fundamentado despacho, o ilustre Magistrado singular concedeu a liminar para que a impetrante efetivasse sua matrícula no curso de Direito.

O douto representante do *Parquet* opinou pela procedência do *mandamus*, por visualizar violado o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Em seu r. *decisum*, o MM. Juiz singular julgou procedente a ação, assegurando à impetrante o direito de continuar matriculada no Curso de Direito da UNIFOR, nos termos da liminar.

Apelação interposta pela autarquia, renovando as teses trazidas nas informações. Sem contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO (Relator): A meu ver, a respeitável sentença do ilustre Juiz monocrático há que ser mantida pelos próprios fundamentos e pelos a seguir delineados.

O fator relevante que me leva a concluir pela manutenção da r. sentença é a não observância aos princípios da ampla defesa e contraditório e do devido processo legal. Não comprovou a UNIFOR ter realizado o devido processo administrativo necessário para indeferir a renovação da matrícula da impetrante, fator este de primordial eficácia ao ato de indeferimento, consagrado nas diversas Cortes de Justiça.

In casu, verifica-se que ocorreu por parte da UNIFOR um ato unilateral administrativo, sem que se houvesse permitido à aluna/impetrante exercer seu direito de defesa. Constatata-se, de início, a violação ao contido no art. 5º, inciso LV, da Magna Carta, que preceitua: "aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral

são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes." (destaques meus).

A Universidade impetrada simplesmente indeferiu requerimento de renovação de matrícula da impetrante, sem a competente abertura do processo administrativo prévio.

Independentemente do pedido que se faça, seja no âmbito administrativo ou judicial, quando envolver direitos personalíssimos do cidadão, há, sempre, que ser observado o direito ao contraditório e à ampla defesa, mediante a prévia instauração do devido processo legal.

Assim preleciona o administrativista Celso Ribeiro Bastos, ao dicernir em sua obra *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. II, págs. 266 e 268, *verbis*:

"Nada poderá ter valor inquestionável ou irrefutável. A tudo terá de ser assegurado o direito do réu de contraditar, contradizer, contraproduzir e até mesmo contra-agir processualmente.

.....

Daí porque esta preocupação em proteger o acusado no curso do processo administrativo ser muito vantajosa, mesmo porque, quanto melhor for a decisão nele alcançada, menores são as chances de uma renovação da questão diante do Judiciário."

Seguindo esta linha doutrinária, entre tantas outras, e aplicando os princípios esculpidos na novel Carta Política, esta Distinta 5ª Corte Regional vem se pronunciando no sentido da obrigatoriedade de se cumprir os princípios acima referenciados, sendo nulos os atos que assim não sejam revestidos. A se demonstrar, registro as decisões abaixo invocadas, *litteratim*:

"Administrativo. Jubilamento. Competência das instituições de ensino superior para estabelecer prazo máximo de conclusão do primeiro ciclo.

- Recusa de matrícula que só se pode efetivar após o devido processo legal e não como antecedente do procedimento.

- Apelação e remessa oficial improvidas."

(AMS nº 293-CE, Rel. Juiz Lázaro Guimarães, *DJU* de 28/09/89).

"- O ato de jubilamento não precedido de processo administrativo, no qual se assegure ampla defesa, não pode revestir-se de legalidade.

- Remessa oficial e apelo aos quais se nega provimento."

(AMS nº 4.193-CE, Rel. Juiz Francisco Falcão, *DJU* de 18/10/91).

"- A jubilação, por se caracterizar como ato administrativo, haverá de ser motivada.

- Anula-se o ato de jubilação por não haver sido dado ao interessado oportunidade de ampla defesa.

- Remessa oficial improvida."

(REO nº 7256-CE, Rel. Juiz Petrúcio Ferreira, *DJU* de 22/01/93).

Esta linha de pensamento acima transcrita vem sendo por mim adotada em decisões proferidas nesta Distinta Casa Julgadora, conforme ementa a seguir:

"- Presta desserviço à Nação a instituição de ensino superior que, por seu dirigente, não respeita o ordenamento jurídico a que está subjugada, impondo vontade própria.

- Sentença confirmada que anulou jubilação de estudante universitário sem o devido processo legal."

(REO nº 1.121-PB, Rel. Juiz José Delgado, *DOE* de 28/03/90).

Não obstante se verifique a legalidade da pré-falada Resolução nº 002/82, posto que disciplinadora dos procedimentos inerentes ao ensino superior, é indiscutível, nos presentes autos, a forma unilateral que a UNIFOR adotou para indeferir o pedido de matrícula postulado, sem sequer preocupar-se em instaurar o procedimento administrativo pertinente. Para que a referida Resolução pudesse ensejar perfeita eficácia no mundo jurídico e administrativo, ter-se-ia que abrir o devido e competente processo administrativo, concedendo-se à acadêmica/impetrante o direito à ampla defesa e ao

contraditório, até esgotar-se todos os meios e recursos inerentes ao procedimento administrativo próprio. O que, *in casu*, não ocorreu.

Pelas considerações acima demonstradas, nego provimento à apelação e à remessa oficial, mantendo a r. decisão singular.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 42.042-CE

Relator: **O SR. JUIZ JOSÉ DELGADO**
Apelantes: **CAPESCA - CAMOCIM PESCA LTDA. E OUTROS**
Apelada: **UNIÃO FEDERAL**
Advogados: **DRS. GUY BRAVOS MONTEIRO E OUTROS (APTES.)**

EMENTA

Mandado de Segurança. Parceria marítima. Multa aplicada pela fiscalização do trabalho. Legalidade do ato.

1. Não pratica ilegalidade a ser controlada por mandado de segurança a autoridade administrativa que, à luz de contratos de parceira marítima firmados entre empresas e pescadores de baixa renda, entende existir verdadeiros contratos de trabalho.
2. A parceria marítima, na reconceituação contemporânea que lhe imprimiu o Direito Marítimo, só existe entre co-proprietários e armadores de navio. É uma sociedade típica que não conduz qualquer subordinação entre as partes.
3. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as supra-assinaladas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto do Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 17 de maio de 1994 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente

JUIZ JOSÉ DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO: As apelantes pretendem reformar decisão monocrática que, guardando fidelidade aos fatos e aspectos jurídicos discutidos pelas partes durante o curso da demanda, lavrou o seguinte relato:

"01. Capesca Camocim Pesca Ltda., Pescanave S/A Pesca e Exportação, Sambura Produtos do Mar Ltda., Antônio Zeferino Veras Neto, Armando Barbosa do Carmo, Gladstone Beviláqua Moreira, Jeovah Coelho Colares, José Antônio Filho, Maria Cleides de Sousa, Pepita Pesca Ltda., Raimundo Constantino Filho, Vianei Teodósio da Silva e Carlos Antônio Veras, inicialmente qualificados, impetram mandado de segurança contra ato ilegal do Senhor Delegado Regional do Trabalho, aduzindo, em síntese, que: (a) são armadores de pesca sediados em Fortaleza e no Município de Camocim; (b) há vários anos, com seus barcos pesqueiros, empregam grande número de mão de obra direta e indireta nos dois municípios; (c) para garantia de seus negócios, contratam com os pescadores que servem em suas embarcações um serviço de parceria marítima, nos exatos termos dos contratos de parceria marítima que são firmados entre os pescadores e

os armadores de pesca; (d) os impetrantes vêm sendo constantemente perseguidos pelos senhores fiscais do Ministério do Trabalho, que, em desrespeito aos contratos de parceria marítima firmados entre os armadores de pesca, ora impetrantes, e os pescadores, vêm lavrando autos de infração, por infringência ao art. 41, da Consolidação das Leis do Trabalho, acarretando aos suplicantes elevadas multas, sendo que as defesas apresentadas pelos impetrantes não têm sido aceitas pelo impetrado; (e) a Delegacia do Trabalho está extrapolando os seus direitos de fiscalização, porque, na verdade, os de pesca não são regidos pela legislação trabalhista, mas, tão-somente, pela legislação comercial, em consonância com a Portomarist 10-19-A, do Ministério da Marinha, Diretoria de Portos e Costa, razão pela qual requerem a concessão da segurança.

02. Com a inicial os documentos de fls. 09/118.

03. Processou-se sem liminar.

04. Preparo (fls. 121).

05. Notificada, a autoridade coatora prestou suas informações, oportunidade em que esclarece que a celebração dos contratos de parceria marítima, por si só, não refuta a incidência do art. 41, da CLT, porquanto a relação de emprego é fática, podendo existir, ainda que camouflada pelo referido contrato. Portanto, tratando-se de matéria eminentemente fática, mister se faz a dilação probatória, pelo que é incabível a discussão na via mandamental, razão pela qual requer a extinção do processo, sem julgamento do mérito.

06. Às fls. 131/134 e 144/147, foram indeferidos os pedidos para a admissão de litisconsortes facultativos, por intempestivos.

07. O *Parquet Federal* opinou pela denegação do *writ*. Relatei."

A sentença denegou a pretensão mandamental, com base nos fundamentos que estão sintetizados em ementa que, ao retratar o parecer da douta representação do Ministério Público Federal, assim se apresenta:

"Direito do Trabalho. Art. 41, CLT. Código Comercial - arts. 484 e 485. Substituição da Carteira de Trabalho e Previdência Social pelo Contrato de Parceria Marítima firmado entre armadores e pescadores. Negação do vínculo empregatício. Improcedência da alegativa."

A apelação insiste na defesa da tese desenvolvida na petição inicial, onde destaca a supremacia do contrato de parceria marítima que firmou com os pescadores, à luz dos arts. 484 e 485, do Código Comercial.

A União Federal, ao contra-arrazoar, teceu louvores à sentença.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO (Relator): A questão examinada, em grau de apelação, caracteriza-se pela pretensão dos impetrantes em desconstituir o ato administrativo atacado, multa que lhes impôs a Delegacia Regional do Trabalho, sob a alegação de que firmaram contrato de parceria marítima com os pescadores da região, nos moldes do permitido pelos arts. 484 e 485, do Código Comercial, inexistindo, portanto, qualquer relação trabalhista.

A autoridade impetrada, em suas informações, afirma que a multa foi aplicada porque os contratos de parceria firmados camuflam relação de emprego existente entre partes envolvidas.

O exame das questões desenvolvidas e demonstrados pelas partes evidencia a impossibilidade de serem solucionados na linha pretendida pelos apelantes. A documentação vinda aos autos valoriza a licitude do atuar da autoridade impetrada, haja vista inexistir qualquer prova demonstradora da firmação de contrato de parceria marítima

dos impetrantes com os pescadores.

O entendimento primeiro a ser assentado é o de que o contrato de parceria marítima consiste no pacto celebrado por duas ou mais pessoas com o objetivo de exploração comum de determinada atividade, ligada à pesca, onde de um lado tem-se necessariamente o proprietário da embarcação, responsável pelo fornecimento ou não de insumos, e, do outro lado, o executor da atividade pesqueira, com a divisão dos resultados financeiros advindos.

A doutrina moderna, reconceituando o contrato de parceria marítima, afirma que "a parceria marítima só é possível entre proprietários ou comportes de um navio." (Sampaio de Lacerda, *Direito Marítimo*, vol. 1/111), pelo que se torna impossível, na época contemporânea, a sua sobrevivência entre um armador possuidor de porte financeiro e um pobre pescador nordestino.

A respeito, os judiciosos fundamentos apresentados pelo Exmo. Sr. Ministro José Dantas, sobre a matéria, ao votar na AC nº 74.972/CE, e que são referidos no parecer do Ministério Público Federal. Ei-los:

"Nos pontos que se prestam aos contratos de trabalho da atividade pesqueira, hão de ser explicadas pelo fim maior da proteção devida ao trabalhador. Por isso que, para as distinções cabíveis, interessa ao chamado contrato de "parte ou quinhão" a verificação de sua alegada equivalência à parceria, associação que, no caso, se conceituaria como empreendimento econômico por natureza, em vista dos resultados a partilhar - tanto dos lucros, como dos prejuízos.

Afirme-se, pois, desde logo, que a solidariedade nos riscos de tal empresa implica, certamente, uma necessária idoneidade dos parceiros, ponderável a nível dos ônus a suportar, já como requer o desempenho igualitário das partes, no plano da autonomia das ações, desenvolvidas à distância de qualquer subordinação de um parceiro ao outro.

Identificados esses pontos marcantes da parceria, configurativos, em linhas gerais, da relação entre o parceiro industrial e o parceiro proprietário do bem a explorar, parece convincente a doutrina construída sobre que a parceria marítima seria própria, exclusivamente, dos co-proprietários e armadores, a estilo da denominada "sociedade de navios"; tal contrato não condiziria com a simples convenção laboral de paga 'por parte ou quinhão', também chamada de 'navegação a partes'."

De igual modo, dou o meu apoio ao que está contido no parecer supramencionado, quando pontifica:

"Inquestionavelmente, não há parceiros igualitários, mas subordinação jurídica do pescador que é admitido em barco de empresa, desta recebendo alimentação durante a viagem, que não decide quanto ao início e ao término desta, não é autônomo. Caracteriza-se o emprego pela subordinação jurídica.

Tanto é verdade, que o Código de Pesca - Dec. 221/67 - art. 25, remete à legislação específica, ao dever de o armador filiar a tripulação à Previdência Social, sujeitando-o a sanções, se descumprida a exigência.

A Justiça Trabalhista também tem se posicionado no sentido de negar a parceria entre os desiguais: armadores e pescadores, concebendo essa relação de trabalho como vínculo empregatício, a saber:

'O marítimo contratado a modo de 'quota-parte ou quinhão' é tarefeiro do mar, de maneira como em ajuste é usual no trabalho marítimo, desde tempos imemoráveis, sem que, no entanto, o pacto laboratório firmado com humildes pescadores venha se transformar em contrato de sociedade ou parceria marítima (TRT, 1ª Reg., *LTR* - 1976 - pág. 40)'.

'Na parceria marítima, associando-se um grupo de pescadores em torno do proprietário de um barco para encetar a pesca, participando juntamente com esse proprietário dos lucros ou prejuízos decorrentes, existe a relação de emprego, pois que, partindo-se da realização do trabalho não eventual sob a direção do empregador, a forma de

participação apenas dissimula o pagamento do salário, nada tendo o pescador a opor à vontade do chefe, apenas cumprindo suas ordens (TST - Ac. 1451)."

Já o extinto TFR oferece a seguinte ementa:

"Pescadores remunerados por parte ou quinhão. Relação empregatícia detectada à luz da doutrina e da jurisprudência. Concebido sobre que tal ajuste é de natureza salarial e não constitui parceria marítima.- Min. José Dantas (AC 74.972)."

O Doutor em Ciências Sociais pela USP, Antônio Carlos Santana Dieques, em sua monografia *Pescadores, Camponeses e Trabalhadores do Mar* - Ed. Ática - 1983 - pág. 260, dissertando sobre o tema, e lembrando Zoetwey, afirma que o "sistema de partes já não apresenta as mesmas vantagens para os tripulantes, pois ele freqüentemente se traduz para uma grande oscilação na renda. Em geral, privados do acesso à contabilidade das embarcações, os pescadores ficam também à mercê dos armadores".

Na mesma obra, faz o autor uma sensível distinção entre a parceria na pesca e a parceria rural, inviabilizando aceitar-se a similitude de tais parcerias, dizendo, *verbis*:

"Na pesca é preciso se ter em conta que os armadores ou donos de empresas de pesca são proprietários dos instrumentos de trabalho: o mar. Aí a pesca se diferencia, por exemplo, da agricultura, onde o proprietário é o dono não somente dos instrumentos de produção (arados, tratores), mas também das forças produtivas da natureza, que, em princípio, são considerados propriedade coletiva: os peixes são apropriados por quem dispõe dos instrumentos de trabalho, necessários à sua captura, ou de conhecimento suficiente para pescá-los." (Ob. cit. pág. 259)."

E esclarece sobre o *modus operandi* da parceria:

"No ato de desembarque, o tripulante deve dar baixa na caderneta junto à Capitania dos Portos. O desembarque é, em geral, feito com o acordo entre os armadores e os tripulantes, quase sempre em prejuízo desses últimos, que acabam se contentando com qualquer indenização." (pág. 225).

Por todo o exposto, vê-se que o impasse criado entre os armadores e a fiscalização do trabalho, quando muito, poderia se resolver no procedimento ordinário, assegurando contraditório entre as categorias envolvidas (armadores e pescadores), porque na via do *mandamus* não tem como se reconhecer direito líquido e certo dos impetrantes para afastar a exigência protecionista e supletiva da legislação trabalhista."

Do exposto, conclui-se que a dourta sentença denegatória do presente *writ* encontra-se compatível com os princípios jurídicos aplicados à matéria, pelo que merece confirmação. Isto posto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 42.460-SE

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelado: MUNICÍPIO DE ARACAJU
Advogados: DRS. CÍCERO CORBAL GUERRA NETO E OUTROS (APTE.) E MARIA LUCIENE DA SILVA NASCIMENTO BARRETO E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Processual Civil. Documentos juntados após inicial sem ouvida da parte contrária. Nulidade do processo desde a manifestação do Ministério Público.

1. Na juntada de documentos depois da inicial, deve-se abrir vistas à parte contrária.
2. Art. 398, do CPC.
3. Nulidade do processo, desde a manifestação do Ministério Público Federal.

4. Apelação e remessa oficial providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 27 de setembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: O Município de Aracaju impetrou mandado de segurança contra o Superintendente da Caixa Econômica Federal em Sergipe, pretendendo ver reconhecido seu direito de obter o Certificado de Regularidade do FGTS junto à entidade financeira.

Fundamentando o pedido, argumenta que avençou junto à Caixa Econômica Federal o parcelamento do débito referente às contribuições devidas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS dos seus servidores e que os pagamentos vêm sendo satisfeitos no tempo e no modo devidos. Alega que a atitude da Caixa põe em risco diversas operações do Município, especialmente na área social.

Liminar negada.

Ao prestar informações, a autoridade apontada como coatora defendeu a legalidade do ato praticado, porque o impetrante se encontra inadimplente com relação a contratos de empréstimos, firmados com a CEF, com recursos originários do FGTS.

Afirma a impetrada que negou o Certificado de Regularidade do FGTS porque o Decreto nº 99.684/90, que cuida da regulamentação do FGTS, condiciona a obtenção do mesmo ao pagamento em dia das obrigações daquele fundo, que é o caso dos empréstimos tomados pelo Município.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem.

O ilustre Juiz Federal de primeiro grau julgou procedente o pedido e concedeu a ordem, entendendo que a exigência contida no inciso II, do Decreto nº 99.684/90, extrapola os caminhos da legalidade, por ser incompatível com a Lei nº 8.036/90, no seu art. 23. Além disso, declarou que o r. decreto afronta o princípio da legalidade.

Insurge-se a Caixa Econômica Federal contra a sentença, alegando que ocorreu cerceamento de sua defesa, por ter o Município de Aracaju incluído documentos novos, sobre os quais não possuiu oportunidade para falar. Sustenta que tais documentos tiveram influência na opinião do Ministério Público e na decisão.

Contra-razões apresentadas.

Duplo grau obrigatório.

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): O Município de Aracaju alega, preliminarmente, a intempestividade do recurso de apelação da Caixa Econômica Federal.

No entanto, o que podemos observar nos autos é que a decisão de primeiro grau foi publicada, de acordo com o certificado pelo servidor da Seção Judiciária, no dia 06 de

outubro de 1993 (fls. 102). A apelação foi protocolada em 14 de outubro de 1993, sendo, desta forma, perfeitamente tempestiva.

Isto posto, rejeito a preliminar.
É como voto.

VOTO-MÉRITO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): O art. 398, do Código de Processo Civil Brasileiro, assim dispõe:

"Art. 398. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o Juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de cinco (5) dias."

Analizando os autos, concluí que tal preceito normativo efetivamente não foi observado. O pedido de juntada de documentos aos autos foi deferido (fls. 70), sem que a parte contrária tivesse tido a chance de pronunciar-se sobre eles.

Assim como a sentença, no parecer da douta Procuradora da República os documentos foram citados, como podemos observar nas transcrições de alguns de seus trechos (fls. 90/93):

". . . , tratando-se de poder público requerente, nota-se que a impetrada não demonstra preocupação com o patrimônio que garante o crédito e, consoante se depreende do documento de fls. 85, está interessada em promover a renegociação das dívidas do impetrante, relativas aos contratos de empréstimos, estando patente, pois, o intuito de conceder-lhe o favor da dilação de prazo ou moratória...Ante o exposto, o Ministério Público Federal opina pelo deferimento do pedido."

A sentença proferida pelo MM. Juiz Federal de primeira instância (fls. 95/98) também mencionou a existência dos documentos, reconhecendo que estes noticiavam ". . . o empenho da impetrante em solucionar as dívidas oriundas de administrações anteriores". Alega o Juiz que não levou tais documentos em conta ao decidir, mas parece aceitá-los como prova dos esforços da Prefeitura impetrante.

Não restam dúvidas que os documentos juntados após a inicial foram utilizados na fundamentação da decisão, não podendo, como se tentou fazer, serem considerados inúteis. Houve, indubitavelmente, cerceamento de defesa da apelante, posto que ficou comprovado que esta não pôde manifestar-se sobre a matéria apresentada na documentação.

Além disso, os r. documentos foram importantes para a decisão contrária aos interesses da CEF.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, consagrados na ordem jurídica pátria, não foram observados, pelo que entendo que razão assiste à apelante.

Isto posto, dou provimento à apelação para anular o processo, desde a manifestação do Ministério Público (fls. 90), a fim de que seja concedida à CEF oportunidade para manifestar-se sobre os mesmos.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 43.609-PB

Relator: O SR. JUIZ HUGO MACHADO
Apelante: EREMILTON DIONÍSIO DA SILVA
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Advogado: DR. EREMILTON DIONÍSIO DA SILVA (APTE.)

EMENTA

Constitucional. Legalidade. Poder de polícia. Cinto de segurança.

- No regime constitucional vigente, como no anterior, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. (CF, art. 5º, item III).
- Com fundamento no poder de polícia, são admitidas apenas as restrições ao indivíduo que resultem proveitos para a coletividade. Inadmissível uma restrição ao indivíduo a pretexto de protegê-lo.
- Sem lei que o determine, não tem fundamento jurídico a exigência de uso de cinto de segurança em veículos particulares.
- Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação para conceder a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 27 de setembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR HUGO MACHADO: Trata-se de apelação em mandado de segurança, julgado improcedente, onde o autor pretendia a exoneração do pagamento de auto de infração, lavrado por patrulheiro rodoviário contra o impetrante, por não usar cinto de segurança, e consequente declaração de inconstitucionalidade da Portaria nº 720/88.

Apelou o impetrante argumentando que a exigência de tal equipamento não tem fundamento legal, violando o disposto no art. 5º, inc. II, da vigente Constituição Federal, segundo a qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei.

Sem as contra-razões, os autos subiram, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ HUGO MACHADO (Relator): O ilustre Juiz Federal denegou a segurança, considerando que a exigência do uso de cinto de segurança foi validamente feita, tendo em vista resoluções do CONTRAN, que induzem o intérprete de que o seu uso está contido nas normas, sem necessidade de lei que o determine.

O dispositivo do Código Nacional de Trânsito, em seu art. 37, § 1º, não se presta para fundamentar a sentença atacada. Autoriza a exigência de que o veículo seja equipado com cinto de segurança. Coisa bem diversa é a obrigatoriedade do uso do referido cinto.

No regime constitucional vigente, como no anterior, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, item III). No caso de que se cuida, não há lei determinando o uso obrigatório de tal equipamento.

É certo que o Estado pode, fundado no poder de polícia, impor restrições ao indivíduo. A autorização legislativa, neste caso, é genérica. Com fundamento no poder de polícia, todavia, são admitidas apenas as restrições que resultem proveitosas para a coletividade. Inadmissível uma restrição ao indivíduo a pretexto de protegê-lo.

Não me convence o argumento de que o uso do cinto de segurança, em veículo particular, é uma proteção da coletividade. Pode ser uma proteção para o indivíduo, mas a este deve ser assegurada a liberdade de escolher os meios para a sua proteção individual.

É válida, a meu ver, a exigência de que o veículo seja equipado com cinto de segurança. A lei confere ao CONTRAN competência para determinar quais são os equipamentos de que devem ser dotados os veículos automotores. O uso desses equipamentos, todavia, é problema individual.

Nessa linha de considerações, entendo que, sem lei que o determine, não tem fundamento jurídico a exigência de uso de cinto de segurança em veículo particular.

Mesmo entendimento em julgados de outros Tribunais Federais, que receberam as seguintes ementas:

"EMENTA: Constitucional. Uso obrigatório do cinto de segurança. Resolução nº 720/CONTRAN, de 04/10/88. Ilegalidade.

A Resolução nº 720/CONTRAN, de 04 de outubro de 1988, impondo a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança, é ilegal, porque cria obrigação não prevista em lei (Código Nacional de Trânsito, Lei nº 5.108/66).

O art. 5º, da Lei nº 5.108/66, CNT, não outorga ao CONTRAN atribuição para dispor sobre a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança, mas tão-somente (inc. VIII) para 'estudar e propor medidas administrativas, técnicas e legislativas que se relacionem com a exploração dos serviços de transportes terrestres, seleção de condutores de veículos e segurança do trânsito em geral.' Até que a obrigação venha a ser criada por lei, o uso do cinto remanesce no âmbito da liberdade dos passageiros dos veículos."

(AMS 14.273/89 DF, TRF 1ª Região, 2ª Turma, Relator Juiz Hércules Quasímodo, DJ em 09/08/93, pág. 30.702).

"EMENTA: Constitucional - Competência da União Federal para legislar sobre trânsito - Uso de cinto de segurança.

I - No exercício da competência para legislar sobre trânsito, a União Federal editou a Lei nº 5.108/66 (Código Nacional de Trânsito), cujo artigo 4º diz ser o Conselho Nacional de Trânsito o órgão máximo normativo da coordenação da política e do sistema nacional de trânsito, ficando este, por força do artigo 37, § 2º, com competência para determinar e fixar os equipamentos obrigatórios no uso dos veículos. A Lei nº 5.108/66 não contém, porém, reserva específica no que tange à obrigatoriedade das pessoas usarem o cinto de segurança, e o Decreto nº 62.127/68, que a regulamentou, não poderia, portanto, assim fazê-lo, sob pena de infringência ao art. 5º, II, da Constituição Federal.

II - Recurso e remessa necessária improvidos."

(AMS 6.759-3/90 RJ, TRF 2ª Região, 1ª Turma, Rel. Juiz Henry Barbosa, DJ em 21/05/91).

Pelo exposto, dou provimento à apelação e concedo a segurança impetrada.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 44.209-AL

Relator: O SR. JUIZ HUGO MACHADO
Apelante: SOTAN - SOCIEDADE DE TÁXI AÉREO DO NORDESTE LTDA.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advogados: DRS. DIÓGENES TENÓRIO DE ALBUQUERQUE JÚNIOR E OUTROS
(APTE.)

EMENTA

Constitucional e Penal. Contradictório e ampla defesa no processo administrativo-fiscal. Ilícitos penais de conteúdo tributário.

- Para a efetividade das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, impõe-se que o início da ação penal, nos crimes contra a

ordem tributária, seja condicionado à regular apuração, pelas autoridades administrativas competentes, da ocorrência do ilícito tributário.
- Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 27 de outubro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ HUGO MACHADO: O MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas, Dr. Sebastião José Vasques de Moraes, assim resumiu o caso:

"1. Trata-se de mandado de segurança impetrado por Sotan - Sociedade de Táxi Aéreo do Nordeste Ltda., objetivando eximir-se de possíveis atos, ditos ilegais e abusivos, a serem praticados pelo Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, Francisco Augusto Carlos, em conjunto com o Delegado da Receita Federal em Alagoas.

2. Alega, na exordial, que, por força do Decreto-Lei nº 325, de 01.11.1991, os Auditores Fiscais, no efetivo exercício de suas atribuições, ao detectarem a ocorrência de infrações penais que configurem, em tese, crime de apropriação indébita, sonegação fiscal ou contra a ordem tributária, representarão em conjunto com o Delegado da Receita Federal ao Ministério Público Federal antes mesmo de ter sido o auto de infração apreciado na esfera administrativa.

3. Conclui que, em sendo o auto de infração julgado improcedente no contencioso fiscal, a representação ao Órgão Ministerial constituir-se-á ato abusivo, eis que inexistiu a figura delituosa, visto que inconsistente o próprio auto, entendendo que tal procedimento fere de morte a garantia constitucional estampada no art. 5º, inciso LV, da vigente Carta Política. Ao fim e ao cabo, protestou pela procedência do *mandamus*, vinculando referida representação ao exaurimento do contencioso fiscal, sendo, *a priori*, deferida medida liminar proibindo as autoridades coatoras de expedirem a representação prevista no Decreto nº 235/91, ora guerreada.

4. Negada a liminar, às fls. 12/14, vieram as informações cabíveis, fls. 23/29, e nestas sustentaram os impetrados inexistirem possibilidades da prática de atos abusivos, como afirmara a impetrante, eis que mencionada representação é exigência legal, consoante o art. 1º, do Decreto nº 325/91, manifestando-se o insigne representante do MPF, às fls. 31/34, pela denegação da segurança."

Ouvido, o representante do MPF opinou contra a concessão.

Às fls. 31/34, o Juiz negou a segurança.

Repisando os argumentos da inicial, apela a impetrante, pedindo a reforma da sentença e conseqüente concessão da ordem (fls. 42/46).

Regularmente processados, com as contra-razões (fls. 50/52), subiram os autos, e neste Tribunal vieram-me por distribuição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ HUGO MACHADO (Relator): O ilustre Juiz Federal assim fundamentou a sentença denegatória da segurança:

"Inexiste ilegalidade ou constitucionalidade manifesta quanto ao encaminhamento da representação ao Secretário da Receita Federal e tampouco prejuízo irreparável em tal proceder, de mero controle de informações, a nível administrativo, a justificar a concessão do *mandamus*.

Ademais, como bem observado pelo duto representante do *Parquet* Federal, a responsabilidade tributária é nitidamente distinta da responsabilidade criminal, sendo, pois, em tese, 'possível caracterizar-se o ilícito fiscal independente do ilícito criminal, e vice-versa.'

Registre-se, por oportuno, como já se observara no despacho inaugural, às fls. 13, item 8, 'que a concreta remessa da representação ao MPF, o que, em verdade, visa-se a evitar, para que não se instaure eventual ação penal, não é objeto da impetração, vez que tal proceder não é da alçada das autoridades apontadas coatoras neste *writ*, o que potencialmente resultaria na decretação de carência da ação à impetrante.'

Ante o exposto e o mais que dos autos consta, na esteira do bem lançado parecer do órgão do Ministério Público Federal, denego a segurança." (fls. 37).

Nas razões de apelação, sustenta a apelante:

"06. Pelo que estabelece o art. 1º, do Decreto nº 325, de 01/11/1991, se o Auditor Fiscal do Tesouro Nacional constatar, nas fiscalizações que periodicamente efetua, a prática de infração, representará, em conjunto com o Delegado da Receita Federal, ao Ministério Público Federal. Aduz, ainda, o parágrafo primeiro, do artigo suso-referido, que 'a representação constará de autos apartados aos do processo administrativo-fiscal (...).'

Surge, daí, a principal pergunta, e a grande fonte de nossa inquietação, já devidamente expressa no *writ* que impetramos perante a Primeira Instância: e se o auto de infração, posteriormente à feitura e remessa da representação ao MPF, for julgado improcedente? Como ficará esta última? Afinal, a representação está alicerçada na infração constatada pelo auto, e se este é julgado improcedente pelo contencioso fiscal, é porque a infração não chegou a existir; e inexistindo a infração, obviamente, também não pode proceder a representação, eis que acessória do auto.

De sorte que, sob a nossa ótica, a expedição da representação deveria ser condicionada ao exaurimento completo do contencioso administrativo, pois agir de forma contrária seria ferir de morte o princípio constitucional do contraditório e de ampla defesa, insculpido no inciso LIV, do art. 5º, da Carta Magna brasileira. Afinal, da maneira como tem ocorrido, a representação é formulada sem que a representada tenha oportunidade de contestá-la, obrigando-a a se defender judicialmente, *a posteriori*, de uma ação penal que fatalmente será julgada inexistente, visto que o próprio auto terá sido considerado improcedente pela mesma Receita que o elaborou.

9. Por isso que a apelante, com todo o respeito, insiste em discordar do MM. Juiz singular, quando, em decisão que indeferiu a liminar requerida, afirmou que a representação 'se trata de mera comunicação interna, sem maiores consequências' (fls. 12). Sem maiores consequências, como se com base nela poderá ser instaurado um processo-crime contra a representada/apelante, mesmo que o auto de infração seja considerado inexistente?! Afinal, o Auditor Fiscal formula a representação com fulcro em uma infração passível de desconsideração, já que a Receita Federal pode entender que não houve infração. Tal representação, pois, hodiernamente, está jungida ao contraditório, não podendo, de modo algum, ser inquisitorial.

10. Ademais, urge que delimitemos o fundamento-mor deste nosso pedido. Não postulamos, em momento algum, que deixe de ser feita a representação. Não. O que pedimos, apenas, é que essa representação esteja condicionada a uma decisão definitiva da Receita Federal, sobre a infração em tese cometida, a fim de evitar que a ação penal perca o seu objeto, pelo fato de a Receita entender que não houve prática de delito." (fls. 44/46).

Como facilmente se vê, a questão essencial a ser resolvida reside em saber se tem a impetrante direito de impedir que o Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, antes do julgamento definitivo do caso na esfera administrativa, formule representação à autoridade superior, para fins de comunicação ao Ministério Público Federal, da lavratura de auto de infração que, a seu juízo, envolva cometimento de ilícito penal.

A representação do Auditor Fiscal não é, como pareceu ao ilustre Juiz, procedimento de mero controle de informações a nível administrativo. É o início de um procedimento administrativo com a específica finalidade de ensejar a propositura, pelo Ministério Público Federal, de ação penal contra o contribuinte. E não é razoável afirmar-se que da propositura de uma ação penal contra os dirigentes de uma empresa não decorra prejuízo a esta.

É certo que no juízo penal aos acusados é assegurada a ampla defesa. Isto, porém, não exclui o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, na via administrativa, garantias estas expressamente asseguradas pela Constituição, ao dizer que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5º, inciso LIV), e que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes." (art. 5º, inciso LV).

As condutas definidas na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, como crimes contra a ordem tributária, são apenas aquelas que impliquem "suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório," segundo está dito expressamente na cabeça de seu artigo primeiro, e, explícita ou implicitamente, nos incisos de seu artigo segundo.

Em outras palavras, para que esteja completo o tipo penal, nos crimes contra a ordem tributária, é necessário que tenha havido a supressão ou a redução do tributo, vale dizer, que tenha deixado o agente de pagar, no todo ou em parte, um tributo.

Assim, diversamente do que entendeu o ilustre Juiz sentenciante, não é possível a configuração do ilícito penal, nesses casos, sem que se tenha configurado o ilícito fiscal ou tributário. A caracterização deste último é, indubidamente, essencial para a configuração do primeiro.

Poder-se-ia dizer que no juízo criminal o contribuinte terá oportunidade de demonstrar que inexistiu tributo devido e, portanto, que inexistiu o crime a ele imputado.

Ocorre que nossa ordem jurídica estabelece um processo administrativo destinado especificamente à apuração dos ilícitos fiscais ou tributários. E define, em consequência, a competência de autoridades para tal apuração. E como a Constituição garante que ninguém será privado da liberdade, ou de seus bens, sem o devido processo legal, não se pode suprimir o processo administrativo-fiscal, simplesmente, apenas porque no juízo criminal será viável a defesa. O devido processo legal é precisamente aquele processo previamente definido em lei, e, no caso de que se cuida, no mesmo se inclui o processo administrativo de determinação do crédito tributário. Processo no qual aos litigantes são assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Ressalte-se que a Administração Tributária, na qual se encartam os órgãos de julgamento dos processos administrativos-fiscais, é a competente para dizer se há, ou se não há, tributo devido à Fazenda Pública. E está, pelo menos no que pertine aos aspectos de fato das questões tributárias, muito melhor habilitada ao deslinde dessas questões do que o juízo criminal. Assim, a prévia apreciação, no âmbito administrativo, não apenas atende a uma exigência jurídico-formal. É, na verdade, de grande relevo, na busca da verdade em torno do fato essencial, vale dizer, do ter havido, ou não, a supressão do tributo devido.

Não pode haver dúvida, portanto, de que o início da ação penal, nos casos de que se cuida, somente pode dar-se depois que a questão de saber se ocorreu, ou não, a supressão de tributo ficar definitivamente deslindada.

Para a efetividade das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório

e da ampla defesa, impõe-se que o início da ação penal, nos crimes contra a ordem tributária, seja condicionado à regular apuração, pelas autoridades administrativas competentes, da ocorrência do ilícito tributário.

Ressalte-se, finalmente, que o malsinado art. 1º, do Decreto nº 325, de 01.11.93, foi alterado pelo Decreto nº 982, de 12.11.93. Não obstante, a Fazenda Nacional, por sua dota Procuradoria, persiste, como se vê das contra-razões de fls. 50/52, de 11 de abril de 1994, na tese de que tal representação deve ser formulada, o que demonstra ser justo o receio da impetrante de ter o seu direito malferido.

Pelas razões expostas, dou provimento à apelação e concedo a segurança para que a representação somente seja feita depois de definitivamente julgado o processo administrativo-fiscal respectivo.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 44.858-PE

Relator: **O SR. JUIZ JOSÉ DELGADO**

Apelante: **MOURA COM. DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**

Apelada: **FAZENDA NACIONAL**

Advogados: **DRS. BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTROS (APTE.)**

EMENTA

Tributário. Substituição tributária. Revenda de derivados de petróleo e álcool carburante. Compensação.

1. A substituição tributária ocorre em virtude de disposição expressa de lei, quando desde logo a obrigação surge contra pessoa diferente daquela que esteja em relação econômica com o ato, fato ou negócio tributado.

2. Sendo a impetrante pessoa jurídica cuja atividade é a revenda, no varejo, de produtos derivados de petróleo (gasolina) e álcool carburante, o recolhimento da Cofins é feito pela companhia distribuidora, enquanto substituta tributária, nos termos do artigo 4º, da Lei Complementar nº 70/91.

3. Inexiste o malferimento do princípio da igualdade em não poder a impetrante compensar o que foi recolhido a maior, a título de Finsocial, pois o responsável pelo tributo, ou seja, o contribuinte de direito, é a companhia distribuidora e não a impetrante.

4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as supra-assinaladas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto do Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 25 de outubro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente

JUIZ JOSÉ DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO: Moura Comércio de Derivados de Petróleo Ltda. impetrou ação mandamental contra o Sr. Delegado da Receita Federal em Recife, Pernambuco, por entender ilegal e abusiva a sistemática da substituição tributária em

relação ao antigo Finsocial ou a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins, postulando o reconhecimento da constitucionalidade dessa cobrança antecipada, bem como a compensação desses dois tributos entre si, nos termos da Lei nº 8.383/91.

Fundamentam seu direito na tese de que todos foram onerados com a cobrança a maior do Finsocial e que o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento da constitucionalidade da majoração das alíquotas, motivo pelo qual, pelo permissivo contido no artigo 66, da Lei nº 8.383/91, almeja compensar esse excesso com a Cofins.

Além disso, pleiteia, também, a declaração incidental de constitucionalidade e ilegalidade da cobrança antecipada da Cofins, mediante a sistemática da substituição tributária, pois, pelo fato de ser a impetrante empresa comercial varejista de combustíveis, a exação acima enfocada não é recolhida diretamente por ela, mas, sim, pelas companhias distribuidoras que retêm na fonte o valor do tributo calculado sobre o preço de compra do produto.

Dessa forma, na realidade, as companhias distribuidoras antecipam a cobrança da Cofins, inexistindo, então, a ocorrência do fato gerador.

A partir dessas colocações, justifica o *periculum in mora* pelos prejuízos diários ocasionados à impetrante, pois, antes mesmo de vender o produto, já antecipou a exação, além do que ocorre, ainda, a evaporação de cerca de 6% do álcool carburante e 2,5% da gasolina.

Alfim, pugna pelo "reconhecimento pela via de exceção da constitucionalidade e ilegalidade da cobrança antecipada da Cofins, mediante a sistemática da substituição tributária" e o aproveitamento do crédito tributário através da compensação do Finsocial com a Cofins.

Informações prestadas às fls. 663/670, aduzindo inexistir efeito vinculante entre a decisão do STF e as partes litigantes, além de ser o instituto da compensação inaplicável ao caso concreto, pois, se o contribuinte recolheu o tributo pelas alíquotas legalmente exigíveis, não ocorreu pagamento a maior.

Não bastasse isso, a substituição tributária é instituto previsto pelo CTN, inexistindo qualquer constitucionalidade.

A decisão monocrática não reconheceu o direito líquido e certo da impetrante, denegando a segurança.

Recurso de apelação às fls. 677/690, clamando pela reforma do *decisum* através da mesma fundamentação da exordial. Contra-razões apontadas nos autos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO (Relator): Cumpre-me, antes de analisar o mérito da questão, deter-me, alguns instantes, sobre o instituto da substituição tributária, a fim de ter uma noção mais precisa do pleito da parte autora.

Para o Direito Tributário, o sujeito passivo da obrigação é o devedor, isto é, a pessoa obrigada a cumprir a prestação que constitui o objeto da obrigação que o sujeito ativo, no caso, a Fazenda Pública, tem o direito de exigir.

Em certos casos, entretanto, o Estado tem interesse ou necessidade que o tributo seja cobrado de pessoa diferente, ocorrendo, então, a sujeição passiva indireta.

Podemos distinguir a sujeição passiva indireta em duas modalidades, quais sejam: a transferência, que ocorre quando a obrigação tributária, depois de ter surgido contra uma pessoa determinada (sujeito passivo direto), em virtude de um fato posterior, transfere-se para pessoa diferente, que será, então, o sujeito passivo indireto, e a substituição.

A substituição ocorre quando, em virtude de uma disposição expressa de lei, desde logo a

obrigação surge contra pessoa diferente daquela que esteja em relação econômica com o ato, fato ou negócio jurídico.

Em caso assim, é a própria lei que substitui o sujeito passivo direto pelo indireto ou derivado.

O Código Tributário Nacional assim conceitua, em seus artigos 121 e 128, *verbis*:

"Art. 121 - sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único - o sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Art. 128 - sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação."

Pelo visto, a sujeição passiva, de acordo com o artigo 121 supra, pode ocorrer de duas formas: através da relação direta e pessoal do contribuinte com o fato gerador respectivo ou através de terceira pessoa não vinculada direta e pessoalmente com o fato gerador, a qual é colocada, por força de lei, na posição de sujeito passivo.

Assim, o que na realidade faz diferir uma figura da outra é a responsabilidade, podendo, em consequência, afirmar-se que:

a) "Existe uma responsabilidade direta, originária ou natural, que independe de qualquer menção na lei, por ser dedutível de imediato;

b) ao lado desta, existe uma responsabilidade derivada. Esta é *ex lege*, isto é, tem de ser prevista em lei, de modo inequívoco". (Fábio Leopoldo de Oliveira, *in O Direito Tributário Material*, pág. 142).

No item "b", a figura do responsável é incluído numa relação jurídico-tributária que preexiste, passando a ter o dever jurídico de recolher o tributo; se ela não paga, o seu próprio patrimônio é que vai responder pelo cumprimento de seu dever jurídico e sofrer as sanções cabíveis.

No caso dos autos, a imetrante é pessoa jurídica, cuja atividade é a revenda, no varejo, de produtos derivados de petróleo (gasolina) e álcool carburante, adquirindo sua mercadoria das empresas distribuidoras, as quais recolhem a Cofins antecipadamente, pois o fato gerador passa a ser a venda do produto, conforme previsto no artigo 4º, da Lei Complementar nº 70/91:

"Art. 4º - A contribuição mensal devida pelos distribuidores de derivados de petróleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes, na condição de substitutos dos comerciantes varejistas, será calculada sobre o menor valor, no País, constante da tabela de preços máximos fixados para venda a varejo, sem prejuízo da contribuição incidente sobre suas próprias vendas."

A meu ver, falece, então, razão à tese esposada pela parte autora de que tal sistema de substituição fere o princípio da igualdade, por encontrar-se impedida de proceder à compensação do tributo.

Se sujeito passivo da obrigação tributária é a pessoa obrigada a cumprir a prestação que constitui objeto da obrigação que o sujeito ativo tem o direito de exigir e é ele quem possui o direito à restituição do tributo, em casos de pagamento indevido (art. 165, do CTN).

A imetrante, enquanto contribuinte de fato, não pode ter direito à restituição ou à compensação do tributo, pois não é ela a responsável pelo recolhimento do tributo, muito embora compreenda que está suportando o ônus dessa exação.

Mas, não é apenas ela; toda a sociedade, de um modo geral, suporta, a cada aquisição,

por inúmeros tributos embutidos no preço da compra, sem, muitas vezes, nem ao menos desconfiar desse repasse.

Agora, imaginemos situação diversa: a companhia distribuidora que vende os produtos derivados de petróleo e álcool, mesmo obrigada por lei, não recolhe a exação devida, tornando-se inadimplente perante o Fisco, mas, a impetrante, por sua vez, porque está suportando o ônus do tributo (contribuinte de fato), procede à compensação ou postula a restituição. Nesse caso, o Fisco seria lesado duplamente: a primeira, pela inadimplência da companhia distribuidora; a segunda, pela impetrante ao compensar o que não foi nem ao menos recolhido.

Não vislumbro, assim, malferimento ao princípio da igualdade. Seabra Fagundes explora brilhantemente essa concepção, segundo a qual o legislador, "ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições - os mesmos ônus e as mesmas vantagens - situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhoá-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades", *in O Princípio Constitucional da Igualdade perante a Lei e o Poder Legislativo*.

Assim, no meu entender, se a compensação é devida, o é àquele que recolheu a maior, no caso, o sujeito passivo de direito, devendo, entretanto, sujeitar-se aos ditames do artigo 166, do Código Tributário Nacional.

O disposto no artigo 150, II, da Constituição Federal, é inaplicável à espécie, pois não ocorre tratamento desigual, por se encontrar a impetrante em situação diversa das distribuidoras de derivados de petróleo, conforme acima destacado.

Por outro lado, é certo que as empresas vêm procedendo à compensação do que recolheram a maior a título de Finsocial. A impetrante nem ao menos tem como comprovar o que foi recolhido, não se aplicando, em consequência, o contido no *caput* do artigo 66, da Lei nº 8.383/91, que faculta ao contribuinte, "nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subseqüentes."

Também não merece abrigo, à luz da legislação, a tese da impetrante de não ocorrer o fato gerador na substituição tributária, pois considera-se ocorrido e existentes seus efeitos, "em se tratando de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que se produzam os efeitos geralmente, ou ordinariamente, delas decorrentes, e em se tratando de situação jurídica, desde o momento em que tal situação jurídica esteja definitivamente constituída, nos termos do direito aplicável." (Hugo de Brito Machado, *in Curso de Direito Tributário*, 8ª edição, pág. 95).

A situação de fato, no caso da contribuição para financiamento da seguridade social dos distribuidores de derivados de petróleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes é a venda do produto pelos comerciantes varejistas, inexistindo, assim, razão à apelante.

Por fim, merece ser ressaltada a nova dicção do artigo 150, da Magna Carta, através da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, a qual acrescentou o § 7º, *verbis*: "A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido."

Diante de todo o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Relator: O SR. JUIZ RIDALVO COSTA
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: DILSON NOBREGA DE SOUZA
Advogado: DR. LUZINALDO ALVES DE OLIVEIRA (APDO.)

EMENTA

Tributário. Imposto de Renda. Microempresas de representação comercial. Isenção. As microempresas de representação comercial gozam da isenção do imposto de renda, pois expressamente excluídas do projeto que se converteu na Lei 7.713/88, pelo Congresso Nacional, sendo indevida a equiparação promovida pelo Ato Declaratório nº 24, CST, de 13.12.89. O ato administrativo referido, embora possuidor de conteúdo normativo, não se presta à exclusão ou concessão do benefício isencional, vez que a isenção se circunscreve no monopólio da reserva legal. A interpretação analógica dada pelo Ato Declaratório em exame à expressão "assemelhados", constante do art. 51, da Lei 7.713/88, que exclui algumas atividades microempresariais da isenção do imposto de renda, é incompatível com o comando do art. 111, do CTN. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 09 de novembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: Trata-se de mandado de segurança impetrado pela firma de representação comercial Dilson Nóbrega de Souza contra ato imputado ao Sr. Delegado da Receita Federal, no Estado do Rio Grande de Norte, que lhe negou, na qualidade de microempresa, o direito à isenção do imposto de renda, nos termos do art. 11, I, da Lei 7.256/84.

Sustenta, em síntese, que, dentre as hipóteses de exclusão de isenção do IR, previstas no art. 51, da Lei 7.713/88, não se enquadra a situação das empresas que exercem atividade de representação comercial. Aduz, outrossim, que, ao contrário do alegado pelo Fisco com base no Ato Declaratório CST 24/88, a atividade de representação comercial não se assemelha à de corretagem, para fins de exclusão da isenção pretendida.

O MM. Juiz Federal julgou procedente o pedido contido na ação mandamental, assegurando à impetrante a fruição da isenção contida na Lei 7.256/84 suso-referida.

Irresignada, recorre a Fazenda Nacional, argumentando que a atividade de representação comercial, por ser assemelhada à de corretagem, exclui a sociedade que a exerce dos benefícios concedidos à microempresa.

Com a resposta ao recurso, pugnando pela manutenção da sentença, subiram os autos a este Egrégio Tribunal, vindo-me conclusos por distribuição.

Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): A presente ação mandamental, da forma genérica como foi ajuizada, sem indicação do ato coativo que estaria sendo praticado contra a impetrante, tem aparência de impetração contra a "lei em tese".

Todavia, como a autoridade coatora, pelo silêncio, admitiu a alegada ameaça, impende analisar o mérito da causa.

A impetrante - firma individual de representação comercial - valeu-se do presente remédio heróico, visando a assegurar seu direito líquido e certo de gozar da isenção do imposto de renda concedida às microempresas, nos termos do art. 11, I, da Lei 7.256/84, impedindo que o Sr. Delegado da Receita Federal - RN, calcado no Ato Declaratório CST nº 24/89, exija a exação aludida.

O art. 51, da Lei 7.713/88, que alterou a Legislação do Imposto sobre a Renda, previu a exclusão da isenção ora pretendida relativamente às empresas que prestem serviços de corretagem, dentre outras hipóteses que elenca.

O Ato Declaratório citado, no qual se baseia a apelante, estabeleceu que a atividade de representação comercial, na intermediação de operações por conta de terceiros, por ser assemelhada à de corretagem, também estaria excluída do benefício isencional em comento, abrangendo, desta forma, a impetrante.

Entendo, todavia, que tal tese não merece prosperar.

Primeiramente, verifico que foi excluída do projeto enviado ao Congresso, resultante na Lei 7.713/88 aludida, através da Emenda Supressiva nº 90, a expressão "representante comercial", pelas consideráveis justificativas de fls. 18/19, citadas no voto proferido na REO 14364-4/MG, pelo Juiz do TRF da 1ª Região Fernando Gonçalves, que ora transcrevo:

"Suprime-se da redação do artigo 53 a expressão 'representante comercial'.

O artigo 53 do projeto original reportava-se à necessidade de habilitação profissional para o exercício da profissão, desde que obtido em escolas ou faculdades. Evidentemente, não é o caso do representante comercial pessoa física ou jurídica, já que sua atividade independe de formação universitária.

Agora, o novo projeto eliminou esta condição, subordinando o exercício da profissão ao registro nos órgãos de habilitação profissional legalmente exigida (registro nos Conselhos Regionais de Representantes Comerciais).

Normalmente, as microempresas de representação comercial são sociedades civis, constituídas na maioria das vezes por marido e mulher, por exigência de suas representadas, que eliminariam de imediato a possibilidade de futura vinculação empregatícia com desdobramento na Justiça do Trabalho.

Essas microempresas são formadas com o mínimo de capital social, funcionando na maioria das vezes no próprio lar, e depende unicamente das vendas, nem sempre constantes, devido à instabilidade econômica que o País atravessa.

Destaca-se ainda as despesas decorrentes do exercício da profissão, a saber: pagamento de impostos diversos, contribuições ao IAPAS, água, luz, telefone, encargos trabalhistas, aluguel e, principalmente, o combustível (gasolina/álcool), dentre outras, já que todas as despesas são de exclusiva responsabilidade do representante, além dos fretes, despachos e carretos. É realmente uma carga bastante pesada das microempresas.

A exclusão das firmas de representação comercial, objeto do artigo 53, elevaria ainda mais esses encargos quando do recebimento de suas comissões, pois ocorreria a retenção do imposto de renda na fonte, hoje representada por uma alíquota de 3% (três por cento) calculada sobre o valor bruto da nota fiscal de serviços.

Igualmente, depreende-se que sua exclusão na esfera federal ensejaria aos governos estaduais e municipais a adoção de idêntica norma, fato que viria onerar ainda mais as microempresas de representação comercial, servindo tal medida de desestímulo à formação de novas microempresas.

(*Diário do Congresso Nacional*, de 30.11.88, Seção I, folhas 2.446 e 2.447)."

Individioso, portanto, ser a equiparação pretendida pelo Ato Declaratório CST nº 24/89 indevida.

Demais disto, o termo "assemelhados" constante do art. 51, da Lei 7.713/88, inicialmente aludida, em virtude de sua subjetividade, é incompatível com o art. 111, do CTN, que trata da interpretação literal da legislação sobre isenção.

Observo, enfim, que tão-somente a lei, em sentido formal, pode retirar o benefício isACIONAL, da mesma forma que só através dela o mesmo pode ser instituído, salvo as exceções legalmente previstas.

Esse entendimento também foi esposado pelo MM. Juiz Federal:

"Fixada a idéia de ser a isenção pertencente à reserva legal, ressalta ilegítima a exclusão, perpetrada pelo Ato Declaratório CST 24/89, dos representantes comerciais do pâlio protetor do art. 11, I, da Lei 7.256/84. Isto se justifica pelo fato de o referido comando normativo da Administração Tributária, embora ostente a natureza de lei em sentido material, ser, sob o prisma formal, reputado como ato administrativo." (fls. 67).

Com essas considerações, nego provimento à apelação e à remessa.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 46.215-PE

Relator: **O SR. JUIZ LÁZARO GUIMARÃES**

Apelante: **FAZENDA NACIONAL**

Apelado: **AIGLON DO BRASIL COM. INTERNACIONAL LTDA.**

Advogados: **DRS. LÚCIA MARIA BERENSTEIN E OUTRO (APDO.)**

EMENTA

Administrativo. Importação de algodão em caroço para fins industriais. Proibição de entrada de sementes que visa a proteger a agricultura nacional contra a disseminação de pragas. Evidente desvio de finalidade no ato restritivo. Aplicação, ainda, de acordo internacional - GATT - que impõe credibilidade a certificado fitossanitário emitido pelo país exportador. Apelo e remessa improvidos.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 09 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Presidente

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Insurge-se a apelante contra sentença que concedeu segurança para determinar ao Delegado do Ministério da Agricultura em Pernambuco que autorizasse o desembarque de algodão com caroço ensacado. Alega, em resumo, que o Decreto 24.114/34, recepcionado pela atual Constituição, confere poderes ao Ministério da Agricultura para estabelecer condições especiais para a importação de quaisquer vegetais, e que a Portaria de 19 de novembro de 1934 proibiu a

entrada de sementes de algodão e de algodão com caroço, no território nacional, inexistindo ressalva quanto ao destino industrial da mercadoria.

A apelada apresentou contra-razões, pela confirmação da sentença. Vieram os autos, tocando-me a distribuição. Dispensei nova vista ao Ministério Público, em razão do disposto no art. 17, da Lei 1.533/51.

É o relatório. Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): A proibição de ingresso no País de sementes de algodão e de algodão com caroço, contida na Portaria de 19 de novembro de 1934, tem a evidente finalidade de evitar a disseminação de pragas que atinjam a agricultura nacional.

Ora, a importação de algodão em caroço pela impetrante se fez para fins exclusivamente industriais e com a garantia do acompanhamento de atestado fitossanitário expedido pela República do Benin (fls. 30), documento cuja validade é assegurada pelo Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, do qual o Brasil é signatário e devidamente ratificado.

Inexiste qualquer indicação de que tal importação possa afetar a agricultura, daí o evidente desvio de finalidade do ato impugnado, cuja motivação real foi a de proteger interesses de setores agrícolas do sul do País, inconformados com a aquisição do produto de países africanos, a preços mais baixos.

Mantendo a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Nego provimento ao apelo e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 46.392-RN

Relator: O SR. JUIZ **RIDALVO COSTA**
Apelante: ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advogados: DRS. FRANCISCO IVO CAVALCANTI NETO E OUTROS (APTE.)

EMENTA

Constitucional e Tributário. Bens leiloados pela Caixa Econômica Federal. Cobrança do ICMS. Impossibilidade.

Competência da Justiça Federal para o julgamento do feito, em face de ser a impetrante empresa pública federal.

Os leilões realizados pela CEF, através dos quais são solvidos os débitos garantidos por penhor, não constituem ato de natureza mercantil, a ensejar a cobrança do ICMS. Apelação e remessa a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Recife, 15 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: Trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado pela Caixa Econômica Federal - CEF, visando à realização de leilões de jóias apenadas em garantia de empréstimo sem que lhe seja exigido, bem como ao arrematante, o pagamento do ICMS.

Sustenta, em síntese, que os leilões referidos configuram atividade regulada pelo Direito Civil e autorizada pelo Decreto-Lei 759/69 e pelo Decreto 99.531/90, não envolvendo qualquer atividade de natureza mercantil a ensejar a cobrança do tributo aludido.

O MM. Juiz Federal, acatando os argumentos expendidos pela impetrante, concedeu a segurança postulada.

Inconformado, recorre o Estado do Rio Grande do Norte, sustentando, em preliminar, que o MM. Juiz Federal presumira, genericamente, que todas as mercadorias do leilão seriam arrematadas por pessoas alheias à prática do comércio, quando, em virtude da natureza da via eleita, a prova neste sentido deveria ter sido pré-constituída. Alega, outrossim, que a ação mandamental em exame foi impetrada contra lei em tese, não constituindo, demais disto, via adequada para solucionar controvérsia acerca da legalidade ou não da cobrança do tributo.

No mérito, argumenta que, em havendo uma arrematação por parte de pessoa jurídica cadastrada na Secretaria Estadual da Fazenda que tenha por atividade comercial a venda de mercadorias em penhor, estará aquela promovendo a circulação de mercadorias, incidindo, portanto, o ICMS, não ferindo o princípio da não-cumulatividade.

Houve resposta ao recurso pela manutenção da r. sentença.

Sentença submetida ao duplo grau obrigatório.

Subiram os autos a este Egrégio Tribunal, vindo-me conclusos por distribuição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): A presente ação mandamental foi ajuizada pela Caixa Econômica Federal - CEF contra ato iminente a ser praticado por autoridade estadual.

Todavia, justifica-se a competência da Justiça Federal para apreciação e julgamento do feito em exame, haja vista ser a impetrante empresa pública federal, aplicando-se à espécie o disposto no art. 109, da Constituição Federal:

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

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

Neste sentido, já se manifestara a Egrégia Primeira Turma deste Tribunal, quando do julgamento da REO nº 3410 - PB, em que fui Relator (DJ 30.08.91, pg. 20642).

Relativamente às preliminares suscitadas pelo apelante, não merecem ser acolhidas, primeiramente porquanto não vislumbro a alegada impetração contra lei em tese.

Com efeito, a impetrante realiza financiamentos garantidos por penhor, ficando pactuado que, em caso de inadimplência dos devedores pignoratícios, poderá leiloar os bens empenhados, para ressarcir-se do valor do seu crédito.

Dispondo o art. 102, do Decreto Estadual nº 11.484/92, acerca da cobrança do ICMS incidente sobre a saída de mercadorias leiloadas, significa que a autoridade administrativa, tendo conhecimento dos supracitados leilões, obrigatoriamente terá que efetuar o lançamento para a constituição do respectivo crédito, sob pena de responsabilidade funcional, não estando o contribuinte obrigado a esperar a concretização da ameaça da aludida cobrança, sendo cabível, nesta hipótese, o

ajuizamento da ação mandamental em caráter preventivo.

Não procede, outrossim, a alegação de que, em virtude da natureza da via eleita, a prova de que todas as mercadorias do leilão seriam arrematadas por pessoas alheias à prática do comércio deveria ter sido pré-constituída.

É incontroverso não se admitir dilação probatória em sede de mandado de segurança. Todavia, a prova suso-referida não é essencial ao deslinde da questão, porquanto o que importa verificar não é a condição do destinatário dos bens arrematados (ser ele comerciante ou não), mas, sim, a condição da impetrante, que, ao leiloar os bens empenhados, não age com o intuito comercial, visando apenas a ressarcir-se do valor de seu crédito.

Não prospera, ainda, a afirmação do apelante de que o mandado de segurança não constitui via adequada a solucionar controvérsia acerca da legalidade ou não da cobrança de tributo.

Ora, o *writ of mandamus* se presta à garantia de direito líquido e certo violado ou ameaçado. Desta forma, caracterizando-se a ameaça através da iminência de cobrança indevida de tributos, justifica-se plenamente a utilização do remédio heróico, como ocorre no caso em comento. O que não se admite, na verdade, é a impetração do mandado de segurança como substitutivo da ação de cobrança.

Quanto a matéria meritória, impende verificar a possibilidade ou não de ser cobrado o ICMS, quando da realização de leilões de jóias empenhadas à impetrante.

Dispõe o Decreto-Lei nº 759/69:

"Art. 2º. A CEF terá por finalidade:

- a) (...)
- b) (...)
- c) (...)
- d) (...)

e) exercer o monopólio das operações sobre penhores civis, com caráter permanente e de continuidade;" (Grifei).

O Estatuto da Caixa Econômica, aprovado pelo Decreto nº 99.531/90, preceitua, por seu turno:

"Art. 5º. A CEF tem por finalidade:

- I - (...)
- II - (...)
- III- (...)

IV - exercer o monopólio das operações sobre penhores civis, em caráter permanente e contínuo;" (Grifei).

Como se infere dos dispositivos supra, os penhores em comento constituem direitos reais de garantia tratados no âmbito do Direito Civil, não ensejando a cobrança do ICMS os leilões dos bens sobre os quais eles recaem.

Com efeito, as jóias e os bens afins dados em penhor à impetrante não podem ser considerados mercadorias, para fim de incidência do tributo estadual aludido, vez que não se destinam ao comércio, não sendo adquiridos para a revenda ou produzidos para a venda.

Servem, de forma diversa, como garantia do pagamento dos empréstimos celebrados pelos seus respectivos proprietários com a impetrante, que, através dos leilões que efetua, obtém a solução das dívidas pelos primeiros contraídas.

Razão, portanto, assiste à apelada quando afirma que "em seus financiamentos de penhor não realiza qualquer operação que possa ser caracterizada como ato jurídico mercantil e, consequentemente, tributável, mas, tão-somente, financiamento regido pelo Direito Civil, onde o bem apenulado é caracterizado como direito real de garantia, ficando pactuado que, no caso de inadimplência dos devedores pignoratícios, a CEF realizará a

venda de jóias apenadas em leilão público para ressarcir-se do valor do seu crédito." (fls. 07).

Outrossim, como bem afirmou o MM. Juiz Federal:

"Ora, se as jóias ou outros bens afins foram confiados à CEF como garantia do pagamento dos empréstimos com ela celebrados pelos respectivos proprietários, contrato este de natureza explicitamente civil, não há que se falar em mercadoria (já que não é atividade da CEF promover o comércio de coisas) e muito menos em "circulação de mercadoria", por óbvia razão: não se põe em circulação o inexistente! (fls. 176)."

Com essas considerações, nego provimento à apelação e à remessa.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 46.894-PE

Relator: O SR. JUIZ **HUGO MACHADO**
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE
Apelado: FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI
Advogados: DRS. AURÉLIO AGOSTINHO DA BOAVIAGEM E OUTROS (APTE.) E
FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI (APDO.)

EMENTA

Administrativo. Professor Titular. Direito aos Títulos de Doutor e de Livre Docente.

- Da mesma forma como os habilitados em concurso público para o cargo de Professor Catedrático tinham direito aos Títulos de Doutor e de Livre Docente, a esses títulos fazem jus os habilitados em concurso para provimento do cargo de Professor Titular. Os referidos Títulos consubstanciam a presunção de conhecimento, tanto dos que frequentaram cursos específicos, quanto daqueles que foram habilitados em um, ou no outro, dos concursos mencionados, não havendo qualquer razão lógica, ou jurídica, para o estabelecimento da discriminação.

- Apelo improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 1º de dezembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ HUGO MACHADO: O Juiz Federal Francisco Alves dos Santos Júnior, da 2ª Vara em Pernambuco, assim relatou o caso:

"Francisco Ivo Dantas Cavalcanti, qualificado na inicial, advogando em causa própria, impetrou, em 29.03.94, este mandado de segurança contra ato do Magnífico Reitor da Universidade Federal de Pernambuco, alegando ser Professor do Departamento de Direito Público Geral e Processual da Faculdade de Direito da mencionada Universidade, que se submetera, em dezembro de 1992, a concurso público para provimento do cargo público de Professor Titular da disciplina de Teoria Geral do Estado, na mesma Faculdade, tendo sido aprovado; que, com base no art. 5º, da Lei nº 444, de 01.06.1937, e em decorrência daquele concurso, requereu à autoridade ora impetrada fosse-lhe

conferido o grau de Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco, bem como o Título de Docente Livre em Teoria Geral do Estado na Faculdade de Direito do Recife; que, após regular tramitação, a ora autoridade coatora indeferiu aquele pedido, amparando-se, para tanto, em argumentos consignados em parecer da Procuradoria-Geral daquela Universidade; fez longas considerações a respeito da carreira de magistério superior, argumentou no sentido de que o mencionado dispositivo legal continuaria em vigor e pugnou pela final procedência desta ação mandamental e concessão da segurança definitiva, determinando à autoridade impetrada que expedisse em seu favor os Diplomas de Doutor em Direito e de Livre Docente em Teoria Geral do Estado, ambos pela Universidade Federal de Pernambuco. Deu valor à causa e p. deferimento.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 24/42-v.

Comprovante de recolhimento de custas às fls. 44.

A autoridade impetrada apresentou as informações de fls. 47/56, alegando que a Lei nº 444/37 regulamentava o concurso público para o cargo de Professor Catedrático, atualmente inexistente na carreira do magistério superior; que, como o impetrante se submetera ao concurso para o cargo de Professor Titular e não para o cargo de Professor Catedrático, não faria jus aos títulos ora pretendidos, porque o art. 50, da Lei nº 444/37, só agraciaria com aqueles títulos os aprovados em concurso público para o cargo de Professor Catedrático; que a cátedra do magistério superior fora expressamente extinta pelo § 3º, do art. 33, da Lei nº 5.540/68; que as titulações ora pretendidas pelo impetrante eram vinculadas àquela cátedra, pelo que não poderia ser o impetrante atendido; que o cargo de Professor Catedrático não foi transformado no cargo de Professor Titular, mas sim extinto; que a "transformação" a que se refere o art. 10, do Decreto 464/69, teria conteúdo transitório e visava apenas a regularizar a situação dos antigos professores catedráticos, que viram os seus cargos extintos, ou seja, apenas completava a Lei nº 5.540/68, que extinguia a cátedra; que a pretensão do impetrante seria reprimir os efeitos do discutido art. 5º, da Lei nº 444/37; que o grau de Doutor, pela UFPE, só poderia ser concedido conforme o estabelecido no seu Regimento, elaborado com base em regras legais e em prescrições do Conselho Federal de Educação; que o invocado art. 14, da Lei nº 4.881/65, fora revogado pelo art. 26, da Lei nº 5.539/68; que o Título de Mestre ou Doutor só poderia ser conseguido mediante frequência em curso credenciado, inclusive com aferição de carga horária e presença, culminando com a apresentação de tese, de forma que não poderia ser obtido de forma transversa, como ora pretendido; que, para iniciar-se no respectivo curso, haveria, inclusive, a participação em exame de seleção; que a pretensão do impetrante feriria, inclusive, o princípio constitucional da legalidade, porque não poderia o impetrado conceder-lhe título ao arrepio das exigências legais, por isso, pugnou pela denegação da segurança.

Os autos foram recebidos pelo Ministério Públíco Federal em 16.05.94, que apresentou o parecer de fls. 59/63, em 26.08.94, assinado pela ilustre Procuradora da República, Drª Isabel Guimarães da Câmara Lima, que fez breve relatório do feito e sustentou que o invocado art. 5º, da Lei nº 444/37, não se encontraria mais em vigor, pelo que opinou pela denegação da segurança." (fls. 65/67).

E, a final, concedeu a segurança, em face do que apelou a Universidade Federal de Pernambuco.

Regularmente processado o recurso, os autos subiram e neste Tribunal vieram-me por distribuição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ HUGO MACHADO (Relator): A sentença, da lavra do Juiz Federal

Francisco Alves dos Santos Júnior, está assim fundamentada:

"2. Não há dúvida que o cargo de Professor Titular corresponde ao extinto cargo de Professor Catedrático, mesmo porque assim encontra-se expresso na legislação pertinente, *verbis*:

"Art. 10 - Os cargos de Professor Catedrático transformam-se, para todos os efeitos, inclusive denominação, nos que correspondam ao nível final da carreira docente, em cada sistema de ensino" (Decreto-Lei nº 464, de 11.02.1969).

É verdade que, meses antes, a catédrá ou cadeira na organização do ensino superior do País fora extinta pelo § 3º, do art. 33, da Lei nº 5.540, de 28.11.1968, de forma que o cargo de Professor Catedrático subsistiu sem a respectiva cadeira, até o advento do supratranscrito art. 10, do Decreto-Lei nº 464/69.

Todavia, não houve extinção do cargo de Professor Catedrático, como sustentado nas informações, mas mera transformação no cargo de Professor Titular, conforme bem argumentado na inicial e acima demonstrado.

2. Há que se perscrutar quais eram, na data do concurso a que se submeteu o ora impetrante, as modalidades de aquisição dos Títulos por ele ora pretendidos.

Sustenta a magnífica autoridade impetrada, no que é seguida no r. parecer da d. Representante do Ministério Público Federal, que aqueles Títulos só poderiam ser conseguidos: o de Doutor, via freqüência em curso específico, com final apresentação de tese e desde que esta fosse regularmente aprovada por comissão própria, tudo na forma da lei e do Regimento da Universidade, e o de Livre Docente, em concurso específico.

3. *Data maxima venia*, creio que o impetrante esteja com a razão.

Não me assusta a idade da Lei nº 444, de 1937, portanto, quase sexagenária. É que, como ensina o saudoso mestre Carlos Maximiliano.

"Forte é a presunção da constitucionalidade de um ato ou de uma lei, quando datam de grande número de anos."

(*apud* Manoel Gonçalves Ferreira Filho, in *Alienação Fiduciária - Depositário Infiel - Prisão Civil - Constitucionalidade*, publicado na Revista Jurídica 200, Junho de 1994, pág. 53/60). Os Títulos ora pretendidos pelo impetrante receberam, principalmente a partir do final da década de 1980, como bem demonstrado nos autos, toda uma regulamentação especial, consignada em várias modalidades de Diplomas Legais.

Mas, nenhum desses diplomas revogou expressamente o art. 5º, da quase sexagenária Lei nº 444, de 01.06.1937.

O Concurso para Professor Titular de Ensino Superior nada deixa a desejar aos Concursos de defesa de Tese para o Título de Doutor e para a aquisição do Título de Livre Docente.

A aquisição de tais Títulos na forma prevista no referido art. 5º, da Lei nº 444, de 1937, não passa de mais uma modalidade das que se encontram em vigor.

Estas não destoam da modalidade contemplada no ora debatido artigo 5º, da Lei nº 444, de 01.06.1937, pelo qual só receberia o Título de Doutor e Livre Docente os candidatos habilitados no Concurso para o Cargo de Professor Catedrático, então realizado em moldes semelhantes ao que se submeteu o ora impetrante para o cargo de Professor Titular.

A simples modificação dos cargos de Professor de Ensino Superior não pode ser utilizada como argumento para se concluir que o discutido art. 5º, da Lei 444, de 1937, fora facilmente revogado, mesmo porque esse dispositivo dessa matéria não trata.

E o novo tratamento dado para aquisição dos Títulos de Doutor e de Livre Docente, atualmente vigente, não é incompatível com a modalidade ora debatida, consagrada naquele artigo 5º, mesmo porque, como já dito, esta encontra-se sob o mesmo rigor da sistemática atual, talvez até mesmo sob um rigor maior.

Isto posto, julgo procedente esta ação mandamental e concedo a segurança pleiteada,

determinando à autoridade impetrada que expeça a favor do impetrante os Títulos de Doutor em Direito e Livre Docente de Teoria Geral do Estado, ambos pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, com base no art. 5º, da Lei nº 444, de 01.06.1937.

Outrossim, condeno a Universidade Federal de Pernambuco - UFPE a ressarcir as custas processuais despendidas pelo impetrante.

Sem honorários advocatícios (Súmula 512/STF).

De ofício, submeto esta sentença ao duplo grau de jurisdição."(fls. 67/69).

A sentença não comporta reparo algum.

Se aos candidatos habilitados em concurso para provimento de cargos de Professor Catedrático eram conferidos os títulos de Doutor e de Livre Docente, não há razão alguma para que se não outorgue esses mesmos títulos aos que forem habilitados em concurso para provimento do cargo de Professor Titular.

É inconsistente o argumento segundo o qual a obtenção dos títulos pretendidos pelo impetrante apelado depende da freqüência a cursos. Quando existia a cátedra, e aos habilitados em concurso para o cargo de Catedrático eram conferidos os questionados títulos, já existiam cursos de doutoramento, e não obstante a outorga do Título de Doutor se fazia também aos aprovados em concurso para o cargo de Professor Catedrático.

Para que o art. 5º, da Lei nº 444, de 1º de julho de 1937, estivesse revogado, como afirma a apelante, seria necessário que uma lei o tivesse revogado expressamente, ou que no sistema jurídico tivesse sido encartada disposição legal a ele contraposta. Nenhuma dessas hipóteses ocorreu. Muito pelo contrário, as normas encartadas em nosso sistema jurídico são perfeitamente com aquela norma compatíveis.

Seria, aliás, ilógico que ao habilitado em concurso para o último cargo da carreira do magistério superior se viesse outorgando determinados títulos, que expressam o saber de que se presume possuidor, e essa outorga deixasse de se dar ao habilitado em concurso para cargo equivalente, sem haver expressa disposição legal determinando essa restrição.

Por tais razões, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AG Nº 3.204-PE

Relator: O SR. JUIZ HUGO MACHADO

Embargante: BANCO BRADESCO S/A

Embargados: JOSÉ BARBOSA DE OLIVEIRA E CÔNJUGE

Advogados: DRS. ALINE PIMENTEL GONÇALVES E OUTROS (EMBTE.)

EMENTA

Processual Civil. Embargos de Declaração.

- A omissão de que trata o art. 535, II, do CPC, deve recair sobre a conclusão da demanda e não sobre suas razões, isto é, sobre ponto que deveria ser mas não foi decidido, e não sobre argumentos das partes, que podem ser modificados ou rejeitados.

- Não é omissão o acórdão proferido em agravo de instrumento interposto contra despacho que defere medida liminar em ação cautelar, pelo fato de não decidir questões cujo exame esgotaria o mérito da própria ação cautelar.

- Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira

Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 17 de novembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ HUGO MACHADO: Cuida-se de embargos de declaração contra acórdão assim ementado:

"EMENTA:

- Em não sendo evidenciado nenhum prejuízo de difícil ou impossível reparação ao agravante, é de manter-se liminar concedida nos limites do poder geral de cautela do Juiz.

- Agravo improvido."

(AG nº 3.204 - PE, julg. 07/06/94).

O agravo de instrumento foi interposto contra decisão que concedeu medida liminar, nos autos de ação cautelar, para determinar ao agravante "... que se abstenha de exigir dos autores reajustes em suas prestações de financiamento acima dos índices de reajustes de suas remunerações, fazendo aplicar a estes as regras do Plano de Equivalência Salarial até decisão da ação cautelar."

Pretende a embargante sejam apreciados seus argumentos, contidos no agravo, quanto ao cabimento da concessão de liminar.

Sem revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ HUGO MACHADO (Relator): Sustenta a embargante não ter o acórdão abordado argumentos de suas razões de agravo.

O art. 535, item II, do CPC, autoriza a interposição de embargos de declaração quando "for omitido ponto sobre que devia pronunciar-se o tribunal". Não é o caso, uma vez que o acórdão embargado não se omitiu em ponto sobre o qual devia pronunciar-se, decidindo a lide nos limites em que lhe foi posta.

Afinal, "o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos" (RJTJESP 115/207). (in *Código de Processo Civil*, Theotonio Negrão, 24ª ed., p. 393).

Segundo Carnelutti, não se pode confundir omissão de pronunciamento com omissão de motivação (*Sistema*, vol. II, nº 123), pois "a lei quer expressar com isso que a omissão deve recair sobre a conclusão da demanda e não sobre as suas razões." (ob. cit., vol. III, nº 606, in *CPC nos Tribunais*, por Darcy Arruda Miranda, Darcy Arruda Miranda Júnior e Alfredo Luiz Kugelmas, Brasiliense, 1990, p. 2.778).

Não difere o entendimento jurisprudencial:

"O ponto omissão a que se refere o art. 535, II, do Código de Processo Civil, é o que recai sobre a parte dispositiva do julgado, ou seja, sobre o ponto que deveria ser decidido e não o foi. Não diz respeito a argumentos das partes que podem ser modificados ou rejeitados. (Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 16.630, de Joinville, Rel. Des. Osny Caetano, JC 33/289)."

(in ob. cit., pág. 2.783).

Assim, não vislumbro omissão a ensejar embargos declaratórios, porquanto as questões trazidas pela embargante dizem respeito aos argumentos apresentados como razões do

agravo, e não propriamente a questão que deveria ser decidida e não foi, descaracterizando, deste modo, omissão que possa recair na conclusão da demanda. Colho, ainda, lição de José Frederico Marques:

"O acórdão conterá 'obscuridade' quando ambíguo e de entendimento impossível, ante os termos e enunciados equívocos que contém. Registra-se a dúvida quando o acórdão provoca perplexidade para a compreensão do que foi decidido, ante a redação que se lhe deu: os argumentos usados, ou o entrosamento dos períodos, levam a hesitar-se para a compreensão do que deveria ter ficado resolvido ou solucionado." (in *Manual de Direito Processual Civil*, Saraiva, 3º vol., 2ª parte, nº 632).

Não há dúvida ou obscuridade no acórdão embargado, que é bem claro e peremptório. Com efeito, se inexistem vícios que possibilitem o aclaramento da decisão embargada, não há que se falar em embargos de declaração, "medida tendente ao esclarecimento do julgado" (Lauria Tucci, *Curso de Direito Processual*), mas em recurso de pré-questionamento, o que denota flagrante desvio de função empregado ao remédio aclarativo.

Portanto, não é omissão o acórdão proferido em agravo de instrumento interposto contra despacho que defere medida liminar em ação cautelar, pelo fato de não decidir questões cujo exame esgotaria o mérito da própria ação cautelar.

A medida liminar concedida se enquadra nos limites do poder geral de cautela do juiz. A aparência do bom direito e demora na entrega da prestação jurisdicional constituem o próprio mérito da ação cautelar.

Seja como for, sem ter havido (a) obscuridade, da qual decorra dúvida ou (b) contradição a ser superada, ou, finalmente, (c) omissão a ser suprida, é incabível o recurso de embargos declaratórios.

Ante o exposto, rejeito os embargos.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 0403-PE

Relator: O SR. JUIZ HUGO MACHADO
Impetrante: DR. OSVALDO DE SENA SALES SOBRINHO
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA-PE
Paciente: DINALDO ISAAC DE MACEDO

EMENTA

Processual Penal. Trancamento de Ação Penal. *Habeas Corpus*. Impossibilidade. Ausência de justa causa. - O trancamento de ação penal através de *habeas corpus* só se faz possível quando manifesta a ausência de justa causa para a denúncia. - Precedentes deste Tribunal. - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 13 de setembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ HUGO MACHADO: O advogado Osvaldo de Sena Sales Sobrinho impetra *habeas corpus* contra o Juiz Federal da 10ª Vara Federal de Pernambuco, em favor de Dinaldo Isaac de Macedo, alegando, em síntese, que o paciente foi denunciado pelo Ministério Público por ter praticado o crime tipificado no art. 180, *caput*, do Código Penal, mas a peça acusatória não teria sido alicerçada em indícios e nem foram satisfeitas as exigências contidas no art. 41, do Código de Processo Penal. Por isto, sustenta deve ser trancada a ação penal.

Manifestação da autoridade impetrada, prestando informações (fls. 101).

O Ministério Público opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ HUGO MACHADO (Relator): É pacífica a jurisprudência dos Tribunais no entendimento de que no exame de *habeas corpus* o julgador não se adentra no exame das provas. Neste sentido:

"EMENTA: Processual Penal. Trancamento da Ação Penal em *Habeas Corpus* por ausência de justa causa.

I. É incabível o trancamento da ação penal, na via estreita do *habeas corpus*, se a denúncia descreve, em tese, um crime, e se a existência da justa causa não se evidencia de pronto, somente podendo ser avaliada na instrução.

II. Recurso improvido."

(RHC nº 1.134 - BA, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Carlos Thibau, dec. unânime em 30/04/91, DJ 10/06/91, pág. 7.858).

"EMENTA: Recurso Especial. *Habeas Corpus*. Exame. Laudo pericial e trancamento da Ação Penal. Provimento.

1. Remansosa a jurisprudência no sentido de que, em sede de *habeas corpus*, o julgador não se adentra no exame das provas. No caso, para admitir a falta de justa causa, o julgador examinou o laudo pericial e, com base em uma das respostas, considerou que nada mais existia a sustentar a acusação. Assim fazendo, cerceou o direito do Ministério Público de provar aquilo a que se propôs fazer na denúncia, inclusive com a ouvida das testemunhas arroladas. De outro modo, omissões, contradições e obscuridades do laudo ou a realização de nova perícia são providências legais que o Juiz pode adotar, o qual não se acha adstrito às conclusões dos experts.

2. Recurso conhecido e provido."

(RESP nº 1.504 - PR, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Jesus Costa Lima, dec. unânime em 07/02/90, DJ 05/03/90, pág. 1.415).

Na narração dos fatos nos autos, vê-se, em princípio, ser impossível a verificação da inocência do acusado sem instrução regular. Nestes casos, impõe-se a denegação da ordem, porquanto o *habeas corpus*, se deferido, impediria uma avaliação correta do crime tipificado, exposto na denúncia.

As Turmas deste Egrégio Tribunal se pronunciaram, em casos idênticos, da seguinte forma:

"*Habeas Corpus*. Ação Penal. Trancamento por ausência de justa causa.

Em sede de *habeas corpus*, não há lugar para se deferir a medida, sob a alegação de justa causa, quando os fatos denunciados pelo Ministério Público foram apurados em inquérito policial e exigem, para se firmar uma posição sobre a sua característica delituosa, um exame aprofundado e valorativo da prova.

Ordem denegada."

(HC nº 109 - PE, 2ª Turma, Rel. Juiz José Delgado, dec. unânime em 05/03/91, *DJ* 12/04/91, pág. 7.270).

"*Habeas Corpus*. Pedido de trancamento da Ação Penal por falta de justa causa. Alegação de ausência de dolo. Inidoneidade do *writ* que não se presta à absolvição do paciente, mormente se envolve a análise aprofundada da prova. Denegação da ordem."

(HC nº 315 - CE, 2ª Turma, Rel. Juiz Nereu Santos, dec. unânime em 05/10/93, *DJ* 25/03/94, pág. 12.352).

"Processual Penal. *Habeas Corpus*. Trancamento de Ação Penal. Necessidade de dilação probatória. Inadequação da via eleita. Denegação da ordem.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais é tranquila no sentido de que o trancamento de Ação Penal somente se pode promover por meio de *habeas corpus* em hipóteses excepcionais, entre elas não se incluindo os casos, como o dos autos, em que se faz necessária dilação probatória a fim de perfeitamente perquirir acerca do efetivo cometimento, pelo paciente, do crime a ele imputado na denúncia formulada pelo Ministério Pùblico Federal.

Ordem denegada."

(HC nº 390 - PE, 1ª Turma, Rel. Juiz Castro Meira, dec. unânime em 10/05/94, *DJ* 24/06/94, pág. 33.964).

"Processual Penal. *Habeas Corpus*. Trancamento de Ação Penal.

- O trancamento da ação penal constitui acontecimento excepcional, ocorrendo apenas quando o fato narrado na denúncia é atípico, ou quando afastável, de plano, a responsabilidade criminal do paciente.

- *Habeas corpus* negado."

(HC nº 313 - RN, 1ª Turma, Rel. Juiz Francisco Falcão, dec. unânime em 04/11/93, *DJ* 18/03/94, pág. 10.683).

Com essas considerações, seguindo a jurisprudência firmada, nego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 0414-CE

Relator: O SR. JUIZ HUGO MACHADO

Impetrante: DR. JOÃO MAURÍCIO SOBREIRA DE SAMPAIO

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA-CE

Pacientes: JOÃO CLEMENTE FERNANDES, JOÃO CARLOS CLEMENTE SOARES E
DIOGO CLEMENTE FERNANDES

EMENTA

Constitucional e Tributário. Depositário infiel. Lei 8.866/94.

- A supremacia constitucional é a única garantia que o Direito pode oferecer contra o arbítrio estatal quando este é expresso através da lei. A supremacia da Constituição é a melhor garantia dos direitos, entre os quais o mais importante é a liberdade. O Poder Judiciário deve preservá-la.

- Não se aceita prisão do devedor inadimplente, sendo cabível, em seu lugar, a execução do patrimônio do responsável por dívida.

- Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conceder a ordem,

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

Recife, 09 de agosto de 1994 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ HUGO MACHADO: O advogado João Maurício Sobreira de Sampaio impetra *habeas corpus* preventivo em favor dos pacientes João Clemente Fernandes, João Carlos Clemente Fernandes e Diogo Clemente Fernandes, que se sentem ameaçados de prisão a ser decretada pelo Juiz Federal da 4ª Vara no Ceará, haja vista se encontrarem em débito para com a Fazenda Nacional, que impetrou uma ação de depósito, e, nos termos da Lei nº 8.866, de 11/04/94, estaria configurada a situação de depositário infiel.

Alega o impetrante, em síntese, que a possível inadimplência dos pacientes decorre exclusivamente da absoluta impossibilidade financeira em que se encontram, tornando injustificável o constrangimento de uma constitucional prisão por dívida, expressamente vedada pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal de 1988. E ainda que é precedente perigoso sentir-se o esvaziamento das garantias constitucionais.

Prestadas as informações pela autoridade apontada como coatora (fls. 111/112 e 119).

O Ministério Público opinou pela denegação da ordem (fls. 116/118).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ HUGO MACHADO (Relator): Trata o assunto em discussão de matéria sobre a qual já escrevi:

"DEPOSITÁRIO INFIEL E DÍVIDA DE TRIBUTO

Depositário é quem recebe objeto móvel em depósito. Pode o depósito ser voluntário (Código Civil, art. 1.265) ou necessário. (Código Civil, art. 1.282). Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário que não restituir o objeto cuja guarda lhe foi confiada, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos decorrentes de seu inadimplemento. (Código Civil, art. 1.287).

Cuida-se de uma das duas hipóteses nas quais a Constituição Federal admite a prisão civil. A regra é de que não se admite prisão por dívida (Constituição Federal, art. 5º, inciso LXVII). Como ensina Celso Ribeiro Bastos, nos tempos modernos já não se aceita mais prisão do devedor inadimplente, sendo cabível, em seu lugar, a execução do patrimônio do responsável por dívida (*Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, São Paulo, 1989, 2º vol, p. 304).

Com base no Ato Institucional nº 5 e no Ato Complementar nº 42, foram editados os Decretos-Leis nº 1.060, de 21/10/69, e 1.104, de 30/04/70, em face dos quais passou-se a considerar "depositário, para todos os efeitos, aquele que detenha, por força de lei, valor correspondente a tributos descontados ou recebidos de terceiros, com a obrigação de os recolher aos cofres da Fazenda Nacional."

Com o Decreto-Lei 1.060, ficou estabelecido que o Ministro da Fazenda, mediante despacho fundamentado, podia propor à Justiça Federal a pena de prisão administrativa.

A Justiça Federal, todavia, dando provas de maturidade e independência, não se prestou à prática do arbítrio. Veio, então, o Decreto-Lei nº 1.104, com o qual foi atribuída ao Ministro da Fazenda a competência para, em decisão fundamentada, determinar a prisão administrativa, por prazo não superior a noventa dias, do contribuinte que deixar de recolher aos cofres da Fazenda Pública o valor dos tributos de que é simples detentor.

Não se podia, àquela época, falar em garantias constitucionais, porque vivíamos

momento de anormalidade jurídica. Por isto mesmo, não se pode deixar de exaltar a postura dos valorosos Juízes Federais, que não se prestaram como instrumento do arbítrio.

Agora, a Lei nº 8.866, de 11/04/94, disse que é depositário da Fazenda Pública, observado o disposto nos arts. 1.282, I, e 1.283, do Código Civil, a pessoa a que a legislação tributária ou previdenciária imponha a obrigação de reter ou receber de terceiro e recolher aos cofres públicos impostos, taxas e contribuições, inclusive à Seguridade Social.

Reeditou, como se vê, a norma vigente àquela época sombria de violência ao Direito, embora não tenha ousado atribuir ao Ministro da Fazenda competência para determinar a prisão. E não fez isto porque, nos termos da vigente Constituição, a prisão só pela autoridade judiciária pode ser decretada, salvo, apenas, em se tratando de militares (CF, art. 5º, inciso LXI), exceção que se justifica plenamente em virtude da necessidade de preservar a hierarquia e a disciplina nas Forças Armadas.

Além da garantia de que ninguém será preso a não ser por ordem da autoridade judiciária competente, entre as garantias fundamentais, consagradas pela vigente Constituição Federal, está a de que "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel." Leva problema, assim, saber se o legislador pode, validamente, ampliar o conceito de depositário para, desta forma, ampliar a exceção admitida na norma da Constituição.

A ampliação do conceito de depositário é evidente. Se diante das leis anteriores o contribuinte já podia ser qualificado como depositário da Fazenda Pública, então a Lei nº 8.866, de 11/04/94, não precisava dizê-lo. E se ocorreu tal ampliação, coloca-se a questão de saber se o legislador ordinário pode, validamente, ampliar os conceitos utilizados pela Constituição para, desta forma, afastar as garantias por ela oferecidas.

A propósito da definição de apropriação indébita, constante da Lei nº 8.137, de 27/12/90, já escrevemos:

"Toda norma jurídica alberga valor, cuja presença permite que se estabeleça a coerência do sistema jurídico. Na proteção de cada bem jurídico, de cada bem da vida, tem-se de evitar a incongruência. Por isto, doutrina Usera, *"La sistematicidad em el ámbito constitucional alcanza su mayor relieve en la necessaria ponderación de bienes igualmente protegidos."* (Raúl Canosa Usera, *Interpretación Constitucional y Forma Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 215).

A norma da Constituição que proíbe a prisão por dívida alberga direito à liberdade, colocando-o em patamar superior ao direito de receber um crédito. Isto não quer dizer que o direito de receber um crédito restou sem proteção jurídica. Quer dizer que essa proteção não pode chegar ao ponto de sacrificar-se a liberdade corporal, a liberdade de ir e vir. Limita-se, pois, a proteção do direito de receber um crédito ao uso da ação destinada a privar o devedor de seus bens patrimoniais, a final desapropriados no processo de execução.

O sistema jurídico, considerados os valores que alberga, é necessariamente coerente. Suas eventuais antinomias devem ser eliminadas, e quando em conflito se encontram normas de diversa hierarquia a eliminação se faz sem qualquer dificuldade, porque "o juiz, quando se encontrar frente a um conflito entre uma norma superior e uma norma inferior, será levado a aplicar a norma superior." (Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 4ª edição, Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 111).

É certo que estamos falando de inadimplência de dívida, e não de práticas fraudulentas. "O que o bom senso repele é responder a liberdade individual pelo pagamento de dívidas, salvo em caso de fraude. A liberdade poderá responder pela fraude, e não pela dívida em si." (A. de Sampaio Dória, *Direito Constitucional*, Max Limonad, São Paulo, 1960, vol. 4º, p. 683)." (Apropriação Indébita e Dívida de Tributo, em *Repertório IOB de Jurisprudência*,

nº 12/94, texto nº 3/9.764).

Tais idéias aplicam-se igualmente ao exame da questão de saber se o legislador pode ampliar o conceito de depositário, e assim ampliar a exceção, em prejuízo da garantia constitucional. E penso que a resposta a essa questão deve ser negativa.

Primeiro, porque regra universal de hermenêutica preconiza que exceções não se ampliam. É essa regra, aliás, que explica o art. 111, do Código Tributário Nacional, segundo o qual a interpretação das normas isentivas deve ser literal, é dizer, não podem ser ampliadas.

Segundo, porque outra regra universal de hermenêutica preconiza que se deve ampliar o que é benigno, e restringir o que é odioso, e qualquer limitação à liberdade física é, indubidousamente, odiosa.

Terceiro, e definitivamente, porque admitir possa o legislador ordinário modificar conceitos da Constituição é admitir que a supremacia constitucional é apenas retórica, e que supremo, na verdade, é o legislador. Se este pode dizer que não é casa a edificação com menos de mil metros quadrados de área coberta, estará anulada a garantia de que a casa é o asilo inviolável do indivíduo (art. 5º, inciso XI). Se puder dizer que não se considera associação a entidade que reúna mais de dez pessoas naturais, estará destruída a liberdade de associação (art. 5º, incisos XVII a XXI). Se pode dizer que não se considera propriedade o bem com valor superior a um milhão de cruzeiros reais, estará destruída a garantia do direito de propriedade (art. 5º, inciso XII). E assim por diante.

Não se diga que o não pagamento do IPI, ou do imposto de renda retido na fonte, ou de contribuições de seguridade social descontadas de empregados, configura a situação do depositário infiel. O contribuinte, em qualquer desses casos, não recebe de ninguém o dinheiro a ser recolhido aos cofres da Fazenda Pública.

Também a este respeito já escrevemos:

"No imposto sobre produtos industrializados, o sujeito passivo da relação obrigacional tributária é o comerciante, o industrial, ou o produtor, nos termos do art. 51, do Código Tributário Nacional. O que este recebe de quem adquire seus produtos é o preço destes. Há, entre o comerciante, industrial ou produtor, e seu cliente, que lhe compra os produtos, uma relação jurídica de direito comercial, que não se confunde com a relação jurídica de tributação. Tanto assim é que se o comprador não paga, nem por isto deixa o contribuinte de ser devedor do tributo.

Pode, é certo, estar o valor do IPI incluído no preço dos produtos vendidos. Isto, porém, não faz do industrial mero intermediário, nem do comprador do produto contribuinte do IPI. O valor dos salários pagos pelo industrial também pode estar incluído no preço dos produtos, como o valor do aluguel do prédio em que é instalada a indústria, o valor da conta de energia elétrica, o valor das matérias primas, entre outros. Nem por isto, pode-se afirmar que o comprador dos produtos é o empregador, nem o inquilino, nem o cliente da empresa fornecedora de energia, ou da empresa fornecedora de matérias primas. Nem se pode dizer que o preço dos produtos é formado necessariamente de todos esses elementos.

'O preço pode, de fato, ser assim decomposto, mas não formado, pois o seu *quantum* é fixado pelas condições de mercado, podendo dar maior, menos ou nenhum lucro e até mesmo prejuízo.' (José Carlos Graça Wagner, citado por Ives Gandra da Silva Martins, *Da Sanção Tributária*, São Paulo, 1980, p. 82).

No caso do imposto de renda na fonte, ou das contribuições descontadas dos salários, embora possa parecer que há uma apropriação, na verdade ela não existe, porque o empregador, ao pagar o salário, ou a fonte, ao pagar o rendimento sujeito à incidência do imposto, na verdade está pagando parte de seu débito, e fica a dever o restante, a ser pago ao Fisco. (*Apropriação Indébita e Dívida de Tributo*, em *Repertório IOB de Jurisprudência* nº 12/94, texto 3/9764).

No caso do IPI, pode ocorrer que o preço recebido do comprador do produto não seja suficiente sequer para cobrir os custos de produção. E no que concerne ao imposto de renda na fonte e à contribuição de seguridade social, pode ocorrer, como dito acima, que o dinheiro disponível seja suficiente apenas para o pagamento da remuneração sobre a qual incidiu o imposto ou a contribuição. Em qualquer caso, se o não recolhimento decorre de impossibilidade financeira, não se pode considerar caracterizada a situação de depositário infiel, pois, para tanto, "é necessário que o inadimplente, podendo pagar, por dispor de meios objetivamente aferíveis, ainda assim se recuse, com dolo." (Walter Ceneviva, *Direito Constitucional Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 1989, p. 67).

Para que se caracterize o depósito, é preciso que o depositário receba, efetivamente, de outrem, a coisa a cuja devolução se obriga e dela se aproprie.

Se não existe a situação fática caracterizadora da apropriação, não se pode dizer que existe a situação fática objetiva caracterizadora da condição de depositário. A ocorrência de apropriação indébita pressupõe a situação de ter posse de coisa alheia. A tal situação se soma o dolo, vale dizer, a vontade de apropriar-se, o ânimo de fazer própria uma coisa alheia. Já a situação de depositário infiel caracteriza-se objetivamente, independente desse elemento subjetivo.

O contribuinte de IPI, de imposto de renda retido na fonte e de contribuições de seguridade é, na verdade, devedor. Devedor de dívida própria. Não pode, pois, ser tido como depositário. Entendimento diverso reduz à insignificância a garantia de que não haverá prisão por dívida.

Merece destaque o fato de que a Lei nº 8.866/94 autoriza a Fazenda Pública a requerer a citação do depositário para, em dez dias, recolher a importância correspondente ao valor do imposto, taxa ou contribuição descontado ou recebido, com os respectivos acréscimos legais. (art. 4º, inciso I). E ainda mesmo que se admitisse haver sido o tributo recebido ou descontado, com certeza os aludidos acréscimos legais não o foram. Pelo menos em princípio, os acréscimos, vale dizer, as multas, são indubidosamente ônus do contribuinte e, geralmente, não são pagas pelo comprador das mercadorias.

De todo modo, a questão essencial, no caso, está em saber o que realmente significa a supremacia constitucional. Se tal supremacia não for apenas retórica, não se poderá admitir que a lei, modificando conceitos, leve a resultados que a Constituição não permite. Em muitos casos, resta evidente que, na prática, valem muito mais as leis, e até as normas infralegais, do que a Constituição. A supremacia desta, portanto, tem sido simplesmente retórica.

É importante, porém, que se modifique essa mentalidade, porque a supremacia constitucional é o mais adequado caminho para a realização do princípio da isonomia, o mais fundamental de todos os princípios jurídicos, e para a preservação da própria unidade do sistema jurídico. Ainda quando a norma da Constituição seja simplesmente programática, tem-se de considerá-la como elemento valioso na interpretação. Os valores incorporados nas normas da Constituição devem servir como balizas para o intérprete de toda e qualquer norma do sistema jurídico. "Mesmo quando genérica ou programática, a norma constitucional possui, em algum grau, eficácia e operatividade." (Teori Albino Zavascki, *O Ministério Público e a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos*, Revista Jurídica nº 189, p. 28).

A supremacia constitucional é a única garantia que o Direito pode oferecer contra o arbítrio do Estado, especialmente quando este se expressa através de lei. Com inteira propriedade assevera o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal:

"O poder absoluto exercido pelo Estado, sem quaisquer restrições e controles, inviabiliza, numa comunidade estatal concreta, a prática efetiva das liberdades e o exercício dos direitos e garantias individuais ou coletivos. É preciso respeitar, de modo incondicional, os parâmetros de atuação delineados no texto constitucional. Uma Constituição escrita não

configura mera peça jurídica, nem é simples estrutura de normatividade, e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos Povos e das Nações. Todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica - dos Tribunais, especialmente -, porque são íritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste - enquanto for respeitada - constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal incumbe a tarefa, magna e eminentíssima, de velar por que essa realidade não seja desfigurada." (Da Ementa do ac. un. do STF Pleno - ADIn 293-7600-DF - medida liminar - Rel. Min. Celso de Mello - julgada em 06.06.90, *DJU* de 16.04.93, p. 6.429 e *IOB* nº 10/93, p. 193, texto 1/6203).

Sintetizando a magnífica lição do Ministro José Celso de Mello Filho, diremos que a supremacia constitucional é a única garantia que o Direito pode oferecer contra o arbítrio estatal quando este é expresso através da lei. A supremacia da Constituição é a melhor garantia dos direitos, entre os quais o mais importante é a liberdade. E ao Poder Judiciário incumbe preservá-la.

(*Repertório IOB de Jurisprudência* - 2ª Quinz. Julho/94, nº 14/94, texto nº 3/9874, pág. 272).

Por tais razões, concedo a ordem impetrada.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 0420-PE

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA**
Impetrante: AIRON RIOS
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA - PE
Paciente: ANTÔNIO BENEVIDES BARBOSA FILHO

EMENTA

Penal. Competência por *habeas corpus*. Conexão. Reunião das ações. Artigos 78, 82 e 83, do CPP.

- Se, não obstante a conexão ou continência, forem instaurados processos diferentes, a competência por prevenção será firmada para o juízo que antecedeu aos outros na prática de algum ato do processo.
- Exegese dos arts. 78, 82 e 83, do CPP.
- Concessão, em parte, da ordem.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conceder a ordem para determinar a reunião de todas as ações na 10ª Vara-PE, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 16 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Presidente

JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA: Airon Rios impetrou a presente ordem de *habeas corpus* em favor de Antônio Benevides Barbosa Filho, condenado pela prática de estelionato, no objetivo de reunir todos os processos em tramitação nas diversas varas da Seção Judiciária de Pernambuco, originados, segundo o impetrante, de um único fato delituoso.

Afirma, a respeito do paciente, fora preso e condenado por furto de talões de cheques e cartões de autógrafos de correntistas da Caixa Econômica Federal, Agência de Afogados, nesta capital, utilizando-se daqueles documentos para efetuar diversos saques. E, embora o ilícito tivesse sido praticado em apenas duas ocasiões, a autoridade policial realizara mais de treze inquéritos policiais, a partir do mesmo fato.

A Presidência desta Corte indeferiu a liminar, face à inexistência de dados acerca das sentenças condenatórias.

A dnota representante do Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem, entendendo cabível a avocação dos processos pelo MM. Juízo da 10ª Vara, por já haver proferido sentença em mais de um deles. (fls. 131/132).

As autoridades impetradas, Juízes Federais judiciando na cidade do Recife, prestaram as informações de fls. 155/365, identificando várias sentenças condenatórias transitadas em julgado, além da carta de guia unificadora de penas, expedida pelo MM. Juiz Edvaldo Batista da Silva Júnior, nos autos das Ações Criminais 11.049-3 e 1.467-2, fixando o término da pena para 18.08.07 (fls. 197).

A Procuradoria Regional Federal adotou, na íntegra, o parecer de fls. 131/132, já referido anteriormente.

Relatei.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): Nas elucidações enviadas pelo MM. Juiz Federal da 10ª Vara Privativa de Execuções Penais, a ação penal motivadora da prisão do paciente (ACr nº 11.049-3) fora distribuída em 23.11.88 à 3ª Vara, tendo por base o inquérito policial nº 08/88, indiciando-o pelo cometimento do delito tipificado no art. 171, do CPB. A denúncia se recebeu em 30.11.88 e o réu foi condenado a 4 (quatro) anos de reclusão, em regime semi-aberto, além de multa. A sentença condenatória transitara em julgado em 23.04.91.

Duas outras ações, distribuídas em 22.09.88, ambas de origem da 7ª Vara e baseadas nos Inquéritos Policiais nºs 427/88 e 434/87, denunciando a perpetração do mesmo delito, obtiveram uma única sentença, através da qual o ora paciente foi condenado a 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão. Interposto recurso especial da decisão, o Superior Tribunal de Justiça aumentou a pena para 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses, por se tratar de estelionato continuado, praticado em prejuízo de instituição de economia popular. O acórdão transitou em julgado em 06.08.93 (fls. 169).

Valendo-se da faculdade prevista no art. 82, c/c o art. 674, do Código de Processo Penal, aquela dnota autoridade judiciária unificou as penas, conforme noticia a guia de fls. 197, resultando 06 anos e quatro meses de reclusão, multa e custas processuais, fixado o término da pena para 18.08.97.

Existem ainda outras ações penais idênticas, aguardando sentença, originadas dos Inquéritos Policiais nºs 428/87 e 160/87, distribuídas à 10ª Vara, a de Execuções Criminais em 12.05.89 e 24.08.89, respectivamente. E, ainda, segundo consta das informações daquele Juízo, outras em tramitação, contra o mesmo denunciado, sem outras identificações.

Entendo inexistir dúvida quanto à regularidade da prisão do paciente. Vislumbro, porém, o comparecimento de uma possível identidade dos fatos objeto das ações ainda pendentes

de julgamento.

A prevenção se operou, na hipótese, em relação ao Juízo da 10ª Vara, a quem caberá presidir aos feitos penais reunidos, para, inclusive, sendo o caso, unificar as penas, na devida oportunidade.

Concedo em parte a ordem, portanto, apenas para determinar a reunião de todas as ações na 10ª Vara Pernambucana.

Assim voto.

HABEAS CORPUS Nº 0463-PB

Relator: O SR. JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA
Impetrantes: DRS. JOSÉ DE ARIMATÉIA MADRUGA E OUTRO
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA - PB
Paciente: DULCE CLÉA VIANNA AMORIM DA SILVA

EMENTA

Processual Penal. Preliminares. *Habeas Corpus*. Trancamento de Ação Penal. Prisão preventiva. Pressupostos.

- Não prevalece o foro privilegiado conferido pela legislação constitucional e infraconstitucional do Estado da Paraíba aos membros da Defensoria Pública ante a competência da Justiça Federal em matéria criminal absoluta.
- É de constitucionalidade duvidosa a lei local que exige o prévio aviso do Defensor Público Geral para abertura de inquérito policial a cargo da Polícia Federal.
- A natureza cautelar da prisão preventiva exige a presença dos pressupostos elencados no art. 312, do CPP, e o despacho que a decretar deverá estar fundamentado, sob pena de padecer do vício da ilegalidade e abuso de poder.
- Inexistem, nos autos, provas concretas a confirmar os pressupostos eleitos para justificar a prisão preventiva decretada - a conveniência da instrução criminal e a garantia da ordem pública.
- *Habeas corpus* parcialmente concedido para libertar a paciente e indeferido para trancamento de ação penal, uma vez que só a realização da instrução criminal demonstrará a inexistência de justa causa para a *persecutio criminales*.
- Preliminares rejeitadas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, conceder parcialmente o *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 10 de novembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA: Os advogados José de Arimatéia Madruga e Hélio Teódulo Gouveia, estabelecidos profissionalmente em João Pessoa-PB, impetraram, em favor da Drª Dulce Cléa Viana Amorim da Silva, presa preventivamente por decreto expedido em 07.10.94 pela MM. Juíza Federal em exercício na 1ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba - a autoridade apontada por coatora -, ordem de *habeas*

corpus, objetivando, além da soltura, o trancamento de ação penal contra ela movida pelo Ministério Público Federal, imputando-lhe os crimes dos arts. 242, segunda figura, e 245, § 2º, do Código Penal, c/c arts. 29 e 69, em decorrência de suposta participação em tráfico internacional de bebês, ocorrido na Comarca de Bayeux-PB, entre os anos de 1989/1990.

Anexaram à inicial a documentação de fls. 09/59.

Sustentaram, de logo, a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a paciente - a competência seria do Egrégio TJ da Paraíba, ex vi da legislação constitucional e infraconstitucional daquele Estado; e, se não fora tal, a competência da Justiça Federal só prevaleceria a partir de 22.11.90, quando publicado o Decreto nº 99.710/90 - e a nulidade processual - não comunicação prévia da investigação policial ao Defensor Público Geral da Paraíba, art. 128, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual nº 80/94.

Acerca do mérito, disseram inexistir justa causa para a ação criminal nem para a prisão. A acusada não delinqüiu. Exerceu regularmente o *jus postulandi* em causas de adoções internacionais na Comarca de Bayeux, das quais resultaram sentenças passadas em julgado. O decreto de custódia, de outro passo, ignorou sua condição de primária, de portadora de bons antecedentes e de colaboradora no desenvolvimento normal dos atos processuais, donde ilegal e abusiva a supressão provisória da liberdade.

No ofício de fls. 76/78, o novo Juiz Federal em exercício na 1ª Vara da Paraíba, Dr. Janilson Bezerra Siqueira, transcreveu trechos do decreto da prisão cautelar, isto a título de prestar informações. Remeteu, outrossim, peças processuais (fls. 79/97).

A Magistratura *debout* opinou pela concessão em parte da ordem, mas apenas para se reconhecer a competência, na espécie, do TRF da 5ª Região, dada a condição, da acusada, de Defensora Pública.

Relatei.

VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): A legislação constitucional e infraconstitucional do Estado da Paraíba, a conferir foro privilegiado à denunciada, parece-me, além de exibir constitucionalidade duvidosa, não se aplica quando presente a competência da Justiça Federal em matéria criminal absoluta.

A mesma coisa afirmo da lei local condicionadora da abertura do inquérito policial, a cargo do Departamento da Polícia Federal ao prévio aviso do Defensor Público Geral.

Sobre a incompetência da Justiça Federal antes da divulgação, acontecida em 22.11.90, do Decreto nº 99.710/90, que promulgou a Convenção sobre os Direitos da Criança, eis assunto ainda a depender, pelo menos, da destrinça segura e exata das datas dos fatos reputados delituosos.

Desacolho as preambulares.

VOTO-MÉRITO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): A prisão preventiva revela-se medida cautelar de natureza deveras excepcional, porque priva a pessoa da liberdade, antes de proferida uma sentença condenatória.

Por isso, sua decretação se admite unicamente por razões igualmente excepcionais - a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal e o asseguramento da aplicação da lei penal. Ademais, tão-só quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Eis aí os motivos e pressupostos autorizadores da custódia preventiva, estipulados pelo legislador (CPP, art. 312). Ordinário (CPP, art. 315) ou constituinte (CF, art. 5º, LXI), ele

jamais dispensa a demonstração das efetivas realidade e ocorrência de uns e outros, pois exige a imprescindível fundamentação por parte do despacho judicial que a prescrever, pena de restar contaminado dos vícios de ilegalidade e abuso de poder, enfim, de arbítrio a ensejar correção por via, felizmente, do *habeas corpus* (CF, art. 5º, LXVIII).

No caso dos autos, não duvido se vislumbrar, nos dois decretos, a presença dos pressupostos - prova da existência dos delitos e indícios suficientes da autoria, relativamente à paciente, cogitados no art. 312, do Código de Processo Penal.

De fato, as peças processuais noticiam, na Comarca de Bayeux, o acontecimento, algum tempo atrás, de adoções irregulares de crianças, cerca de 300, destinadas ao tráfico internacional, nele se entrevendo partícipe a acusada.

O despacho atacado, contudo, mostra-se de todo falho, ante a completa míngua de fundamentação sobre a conveniência da instrução criminal e da garantia da ordem pública, eleitas por motivos da decretação da prisão preventiva.

Ora, a respeito de Dulce Cléa, não apresenta qualquer fato concreto a demonstrar ser necessária a prisão cautelar por conveniência da instrução criminal.

Quanto à garantia da ordem pública, pertinentemente a nenhum denunciado jamais a denota a argumentação da MM. Juíza, quando muito derradeiramente patética:

"Ainda, a gravidade do crime e as circunstâncias que o revestiram deixam demonstrada a periculosidade dos acusados, o que, conforme decisões reiteradas dos nossos Tribunais, justifica, também, a decretação da custódia preventiva, em nome da ordem pública, fundamento que, por si só, já autorizava o decreto preventivo.

Somente para ilustrar, veja-se a certidão de fls., onde se verifica que todas as mães que figuram como biológicas naquelas adoções foram 'falsas mães', conforme os termos de interrogatório de fls.

Afinal, pergunta-se: Quem as verdadeiras mães dessas crianças, fraudulentamente adotadas e que enviadas para o exterior ignora-se (sic), hoje, seus destinos, tendo em vista a indústria de transplantes de órgãos infantis amplamente denunciadas pelas autoridades americanas e européias? " (fls. 22 e 28).

Nada mais precisa ser dito no fito de proclamar a ausência de fundamentação no despacho guerreado pelo *habeas corpus*, então parcialmente concedido para o fim de libertar a paciente.

Não o posso, pois, deferir para o trancamento da ação penal. Somente a realização da instrução criminal é que permitirá concluir, por ventura, pela argüida míngua de justa causa para a *persecutio criminalis*, como prudentemente, em casos semelhantes, vem compreendendo este Colendo Tribunal.

Assim voto.

HABEAS CORPUS Nº 0485-CE

Relator: O SR. JUIZ **BARROS DIAS**
Impetrante: DR. FRANCISCO ROMÉRIO PINHEIRO LANDIM
Impetrada: JUSTIÇA PÚBLICA
Paciente: JOSÉ ATUALPA PINHEIRO LANDIM

EMENTA

Penal. *Habeas Corpus*. Inquérito policial. Requisição ministerial. Competência do Tribunal Regional Federal.

- Trancamento do inquérito policial.
- Crime de desobediência previsto no art. 330, do CPB - não configuração.
- Não há justa causa para a continuidade da apuração policial.

- Preliminar rejeitada.
- Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, pela mesma votação, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que passam a integrar o presente julgado. Custas, como de lei.

Recife, 21 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente

JUIZ BARROS DIAS - Relator, em exercício

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ BARROS DIAS: O Dr. Francisco Romério Pinheiro Landim impetrou *habeas corpus* em favor de José Atualpa Pinheiro Landim contra ato do Delegado de Polícia Federal Carlos Alberto da Silva Colares, que determinou a instauração do Inquérito Policial nº 2.497/93, imputando ao paciente a prática de crime de desobediência previsto no art. 330, do CPB.

Alega, em suma, o impetrante que o paciente foi empossado no cargo de Prefeito Municipal de Solonópole-CE, em 1º de janeiro de 1993, e no dia 15 de junho do mesmo ano, por ocasião de uma audiência na Justiça do Trabalho, o Juiz Jefferson Quesado Júnior determinou que o ora paciente efetuasse, no prazo de 48 horas, o pagamento dos salários dos funcionários municipais, referentes ao período de agosto/92 a maio/93.

O referido MM. Juiz a quo determinou, ainda, que, na hipótese de não cumprimento da pré-falada decisão, no prazo e condições estabelecidos, que fosse oficiado à Procuradoria da República, no Estado do Ceará, para a instauração de ação penal.

O Procurador Regional da República, Dr. Francisco de Araújo Macedo Filho, requisitou a instauração do Inquérito Policial nº 2.497/93.

Alega o impetrante que a instauração do citado inquérito não tem cabimento, pelo fato de a conduta do ora paciente ser penalmente atípica, pois, na qualidade de Prefeito, ele agiu como funcionário público, não podendo responder pelo crime de desobediência previsto no art. 330, do CPB.

A ilustre Representante do *Parquet* no Estado do Ceará apresentou parecer considerando tratar-se da competência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por entender, *in casu*, que a autoridade coatora é o Ministério Público Federal.

A liminar foi concedida, nos termos constantes na inicial (fls. 50).

A autoridade apontada como coatora prestou informações (fls. 58).

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR JUIZ BARROS DIAS (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado Francisco Romério Pinheiro Landim, em favor de José Atualpa Pinheiro Landim, atual Prefeito do Município de Solonópole, contra ato do Delegado da Polícia Federal, que instaurou inquérito policial, mediante requisição da douta Procuradora da República, no Estado do Ceará.

Em caso de requisição ministerial de inquérito policial, a legitimidade passiva, para efeito de *habeas corpus*, é do Ministério Público. A requisição é ordem que a autoridade policial não pode deixar de atender.

A competência para julgar *habeas corpus* é definida pelo foro da autoridade coatora, *in casu*, o Ministério Público Federal que requisitou a instauração do referido inquérito policial.

O Dr. Jefferson Quesado Júnior, titular da JCJ de Quixadá/CE, prolatou sentença nos autos da Reclamação Trabalhista nº 256/93, determinando ao Município de Solonópole/CE pagar ao reclamante os salários de agosto/92 a maio/93, no prazo de 48 horas. Determinou, ainda, que fosse instaurada ação penal contra o Chefe do Executivo Municipal, no caso do não cumprimento da ordem judicial.

Consta dos autos que o Procurador Regional da República, Dr. Francisco de Araújo Macedo Filho, recebeu ofício da JCJ acima referida e requisitou a instauração do pré-falado inquérito policial, imputando ao Prefeito José Atualpa Pinheiro Landim o crime de desobediência, previsto no art. 330, do CPB.

O Ministério Público que atua em primeira instância considerou ser o Tribunal Regional Federal competente para julgar o presente *habeas corpus*.

O MM. Juiz *a quo* declinou de sua competência, determinando a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Ora, se os membros do Ministério Público da União são processados e julgados pelo Tribunal Regional Federal (art. 108, I, da CF), a este competirá, também originariamente, o HC em que seja coator um Procurador da República.

Essa questão não é pacífica. Entretanto, há precedente neste Egrégio Tribunal, considerando a legitimação passiva do Ministério Público para efeito de *habeas corpus*, quando este requisita inquérito policial. Do voto do Sr. Juiz Ridalvo Costa, no RHC nº 184-CE, transcrevo o seguinte trecho (fls. 206):

"Em exame, a r. sentença que determinou o trancamento de inquérito policial, cuja instauração havia sido requisitada diretamente pelo Ministério Público Federal à Polícia Federal, no Ceará.

Em casos assim, de requisição ministerial de inquérito policial, a legitimação passiva, para efeito de *habeas corpus*, é do Ministério Público. A requisição é ordem que a autoridade policial não pode deixar de atender."

E sendo assim, entendo ser este Tribunal competente para julgar o presente *habeas corpus*.

VOTO-MÉRITO

O SENHOR JUIZ BARROS DIAS (Relator): Consta dos autos que o Prefeito do Município de Solonópole-CE foi condenado em uma ação trabalhista a efetuar o pagamento dos salários de agosto/92 a maio/93, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

Determinou, ainda, o MM. Juiz trabalhista, caso não fosse cumprida a decisão referente ao pagamento acima citado, que fosse enviado ofício à Procuradoria da República, para instauração de ação penal contra o referido Chefe do Executivo Municipal, por descumprimento de ordem judicial.

O ora paciente, José Atualpa Pinheiro Landim, não cumpriu a ordem judicial, por considerar que o Município é pessoa jurídica de direito público interno, e, no caso, a requisição para o pagamento deve observar a via do precatório.

Como tal se verificou, o Procurador Regional da República, Dr. Francisco de Araújo Macedo Filho, requisitou a instauração do pré-falado inquérito policial.

Assim, considerando tratar-se da prática de crime de desobediência, foi instaurado o inquérito do qual transcrevo o seguinte (fls. 36):

"...consoante descrito na exordial, em data de 15 de setembro de 1993, instaurou-se o Inquérito Policial nº 2-497/93, por requisição da Douta Procuradoria da República, neste Estado do Ceará, a partir de notícia de crime lá chegada, oriunda da Junta de Conciliação

e Julgamento de Quixadá/CE, dando conta de recalcitrância ao cumprimento de decisão judicial por parte do Sr. Prefeito Municipal de Solonópole/CE, em demanda trabalhista." O advogado Francisco Romério Pinheiro Landim impetrou o presente *habeas corpus* em prol de José Atualpa Pinheiro Landim, Prefeito de Solonópole-CE.

Alega o impetrante inexistência de justa causa, pela atipicidade do fato investigado. Em liminar, requereu a suspensão do inquérito policial, a qual foi concedida (fls. 50). O ilícito penal do qual o paciente está sendo acusado é previsto no art. 330, do CPB, que assim disciplina:

"Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público.

Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa."

O crime de desobediência é comum, pode ser executado por qualquer pessoa, inclusive por funcionário público, desde que o objeto da ordem não se relate com as suas funções.

O paciente é funcionário público e está sendo acusado de desobediência, que é um crime praticado por particular contra a Administração em geral.

A atipicidade do fato criminoso pretendido pelo representante do *Parquet* decorre, ainda, do fato de a ordem judicial estar eivada de ilegalidade. E o MM. Juiz sentenciante não observou a forma própria de execução de dívidas da entidade de direito público, *in casu*, a Prefeitura Municipal de Solonópole/CE.

Ante o exposto, verifica-se ter havido constrangimento ilegal por parte da autoridade coatora, seja pela impossibilidade de funcionário público cometer o crime de desobediência, seja porque, quando a ordem é manifestamente ilegal, o descumprimento não acarreta crime.

Assim, não há justa causa para a continuidade da apuração policial. Concedo a ordem e determino o trancamento do inquérito policial instaurado contra o paciente.

É como voto.

INQUÉRITO Nº 0079-RN

Relator: O SR. JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA
Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Indicados: RAUL ALENCAR FILHO E FRANCISCO SUELDO DA SILVA ANDRADE
Advogado: DR. EDSON LEMOS DE LUCENA

EMENTA

Ação Penal Ordinária. Prefeito Municipal. Denúncia por crime previsto no art. 70 do Código de Telecomunicações. Improcedência. Estação de rádio de potência insignificante.
- Exemplo de crime de "bagatela", desprovido de lesividade e de mínima relevância, donde não se justificar a punição almejada na peça delatória.
- Improcedência da denúncia.
- Não conhecimento da alegação concernente ao crime tipificado no art. 315, do CPB, cujo exame é de competência da Justiça Estadual.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, não conhecer da denúncia quanto ao delito tipificado no art. 315 do CPB e julgá-la improcedente quanto ao crime do art. 70 do Código de Telecomunicações, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos e que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 08 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Presidente

JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA: O órgão do Ministério Público Federal, de pé neste Tribunal, ofereceu denúncia contra Raul Alencar Filho, ex-Prefeito do Município potiguar de Umarizal, imputando-lhe a prática, em concurso material, dos crimes assim descritos no art. 315, do Código Penal, e art. 70, da Lei 4.117/62:

"Art. 315. Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei:

Pena-Detenção de 1 (um) a 3 (três) meses ou multa."

"Art. 70. Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos."

Consoante a acusação, Raul, quando estava intendente de Umarizal, "...utilizou verbas destinadas especificamente à manutenção das atividades de educação pré-escolar, incluindo aqui a merenda, para adquirir um aparelho eletrônico transmissor da marca Rayovac, da Empresa Disco Fitas, instalando no dia 13.03.92 um rádio transmissor FM, clandestinamente, ou seja, sem prévia e imprescindível licença do Ministério dos Transportes e Comunicações."

Em suma, teria o denunciado instalado e feito funcionar, na sede municipal, uma estação de rádio FM irregular, pertencente à Prefeitura e chamada de alternativa, empregando recursos da área de educação aplicáveis a escolas maternais ou jardins de infância.

Antes da apresentação da denúncia - impõe-se informar -, o *Parquet* de primeira instância pedira o arquivamento do inquérito policial. Absteve-se de deliberar o MM. Juiz Federal, por divisar, no caso, a competência de Egrégio TRF da 5ª Região.

Na resposta cogitada no art. 4º, *caput*, da Lei 8.038/90, o acusado argumentou não haver cometido o delito do art. 315, do CP. A pequena emissora, nos poucos dias de funcionamento, "desenvolveu um programa de educação informal, de caráter essencialmente cultural, destinado à divulgação de fatos e personagens da História do Brasil, de aspectos da cultura nacional e das culturas populares, de manifestações folclóricas, de obras literárias nacionais e de noções de cívismo e cidadania, procurando tal divulgação, com a maior ênfase, atingir o público em fase pré-escolar, em seus segmentos de crianças e adultos não alfabetizados." (fls. 77). Também não perpetrou a infração do art. 70, da Lei extravagante, norma penal em branco, não complementada pela autoridade administrativa e tampouco pelo órgão acusador. Este, portanto, deixou de expor o fato pretensamente criminoso "com todas as suas circunstâncias", contrariando o art. 41, do CPP. Ademais, a mui reduzida potência do transmissor, até adquirido por baixa importância, denota a impossibilidade de ele provocar interferência em outros serviços de comunicações, nem mesmo no quarteirão onde instalado.

Relatei.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): Arecio, em primeiro lugar, a imputação, ao delatado, do crime do art. 70, da Lei 4.117/62, que, na espécie, atrairia a competência da Justiça Federal de segundo grau.

Eis a descrição, nos auto de fls. 28, dos equipamentos apreendidos daquela emissora FM "clandestina":

"...um aparelho eletrônico, tido como um transmissor, acompanhado de duas pilhas

pequenas, da marca Rayovac, apresentando ainda referida (SIC) aparelho a inscrição Stelamares-FM 199.....o qual estava sendo utilizado na Rádio Alternativa...."

A respeito dela, o Agente Fiscalizador Aécio Vasconcelos Rodrigues Freire, um dos executores da diligência que deu causa à perseguição criminal, prestou os seguintes esclarecimentos técnicos:

"...que a qualidade do som emitido pela rádio era boa, em virtude da proximidade que o declarante se encontrava, contudo, cerca de 150 metros depois, começava a perder a qualidade..." (fls. 17/18).

.....

"que, com relação ao transmissor de frequência modulada a que se refere o presente apuratório, o declarante esclarece que o mesmo é de baixa potência e por isso o equipamento de medição de potência não registra a sua 'potência nominal'; que o equipamento é simples e seu raio de alcance atinge apenas um raio de 150 metros; que também o declarante pode afirmar que o mesmo aparelho não é do tipo que provoca interferência a terceiros ou em outros serviços de comunicações, tendo em vista a sua baixa potência; que o declarante esclarece que a qualidade do som do mesmo equipamento é boa até o limite do seu raio de ação, ou seja, 150 metros, como já foi explicado..." (fls. 47).

Depara-se-nos, pois, uma reles estação de rádio de quarteirão, que não é sintonizada à distância superior a 150 metros! E, consequentemente, mostra-se inapta a acarretar prejuízo a quem quer que seja.

Alguém poderia, entretanto, objetar tratar-se, o do caso, de crime formal ou de simples atividade, a se aperfeiçoar com a só execução da conduta, dispensando qualquer resultado, o qual, no tipo em tela, já representaria uma majorante - o dano a terceiro, aumentando a pena de metade.

Estaríamos, então - revelando-se aqui absolutamente não detrimetosa a ação do denunciado - diante de um exemplo de crime de "bagatela", desprovido de lesividade e de mínima relevância, donde não se justificar a punição almejada na peça de delação.

Dou-a, no aspecto, por improcedente.

Resta o exame da imputação do crime do art. 315, do Código Penal.

Relativamente aos Prefeitos Municipais, tal figura criminal foi substituída pela do art. 1º, III, do Decreto-Lei nº 201/67, exibindo-se competente para processá-los e julgá-los somente o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, se provocado pelo Ministério Público Estadual.

No tocante, portanto, deixo de conhecer da denúncia.

Assim voto.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 41.387-PB

Relator: O SR. JUIZ HUGO MACHADO
Impetrante: PADIESEL - PARAÍBA DIESEL S/A
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA-PB
Lits. Pass.: UNIÃO FEDERAL
Advogado: DR. EDUARDO JOSÉ PINTO CAMPOS (IMPTE.)

EMENTA

Mandado de Segurança. Processual Civil. Levantamento de depósitos. Art. 151, II, do CTN.

- A restituição dos depósitos feitos nos termos e para os fins do art. 151, inciso II, do CTN, realizados com o objetivo de suspender a exigibilidade do crédito tributário, há de ser feita

pela CEF, e não pela Fazenda.

- Não se justifica que a impetrante fique privada da disponibilidade de recursos financeiros que induvidosamente lhe pertencem. Os lucros cessantes, daí decorrentes, constituem perdas irreparáveis, ou de difícil reparação, que por si justificam o deferimento do pleito, até porque também a aparência do bom direito é indubiosa, sob todos os aspectos.

- Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conceder a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 05 de outubro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Presidente

JUIZ HUGO MACHADO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ HUGO MACHADO: Cuida-se de mandado de segurança para dar efeito suspensivo a agravo de instrumento interposto contra despacho que negou pedido de levantamento de depósitos feitos para os fins do art. 151, II, do Código Tributário Nacional, em ação na qual se questionou a exigência de contribuições para o Programa de Integração Social - PIS.

Liminar concedida às fls. 59.

A autoridade impetrada prestou as informações (fls. 64/65), ratificando os termos do ato impugnado, alegando que o referido pedido teria sido examinado na sentença.

O litisconsorte passivo necessário, embora devidamente citado, não se manifestou.

A doura Procuradoria Regional Federal opinou pela concessão da segurança (fls. 72/75). É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ HUGO MACHADO (Relator): Trata-se de ação mandamental para dar efeito suspensivo a agravo interposto, onde a impetrante pretende modificação de despacho que negou o levantamento de depósitos feitos para os fins do art. 151, II, do Código Tributário Nacional.

A ação na qual questionou a exigência de contribuições para o Programa de Integração Social - PIS foi julgada procedente.

Ocorre que o ilustre Juiz Federal entendeu que já havia determinado o levantamento pretendido, ao condenar a ré a devolver as quantias já recolhidas. É certo que referiu-se a recolhimentos "já efetuados nos termos e para os fins do art. 151, II, do CTN."

Existe, na verdade, um equívoco facilmente perceptível, posto que a restituição dos depósitos feitos nos termos e para os fins do art. 151, inciso II, do CTN, realizados com o objetivo de suspender a exigibilidade do crédito tributário, há de ser feita pela CEF e não pela Fazenda.

Observa-se, ainda, que a pendência de que se cuida diz respeito mais às formas do que à substância do direito ao levantamento dos depósitos relativos a contribuições já consideradas indevidas pela Corte Maior.

O fato de ficar a impetrante privada da disponibilidade de recursos financeiros que induvidosamente lhe pertencem não se justifica. Os lucros cessantes, daí decorrentes,

constituem perdas irreparáveis ou de dificílima reparação, que por si justificam o deferimento do pleito, até porque também a aparência do bom direito é indubiosa, sob todos os aspectos.

A ilustre Procuradora representante do Ministério Público Federal, em seu bem fundamentado parecer, assim opinou, cujo trecho transcrevo:

"No que tange ao caso *sub examen*, cumpre ressaltar que, em tese, as questões não contempladas em sede de embargos declaratórios escapariam ao presente debate, face ao que preceitua o artigo 463, do Código de Processo Civil.

'Art. 463 - Ao publicar a sentença de mérito, o Juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la:

I. Para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;

II. Por meio de embargos de declaração.'

De se observar, entretanto, que no item 18, da r. sentença monocrática, à qual se reporta o presente *writ*, o MM. Juiz refere-se a 'parcelas recolhidas (...) nos termos e para os fins do artigo 151, II, do Código Tributário Nacional', restando indubioso e evidente o equívoco, posto não se confundirem tais parcelas com os valores depositados judicialmente para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Ademais, não se pode cogitar da condenação da Fazenda para que restitua o que não recolheu, quando ditos valores encontraram-se sempre em conta mantida à ordem do juízo na Caixa Econômica Federal.

O requerimento da impetrante no juízo singular foi no sentido de liberar valores que lhe eram próprios por ela e em seu nome depositados.

Tal liberação não se sujeita ao procedimento do precatório, contrariamente ao que ocorre com os valores recolhidos aos cofres públicos, objeto da ação proposta no 1º grau.

Registre-se que o depósito é uma faculdade do contribuinte feito *ad cautelam*, para não sofrer os riscos da mora, caso venham a sucumbir ao final.

E se o direito subjetivo ao levantamento do depósito efetuado não encontrou guarida no Juiz natural, restou violado, merecendo, assim, a garantia constitucional como remédio.

No caso, há de ser expedido o alvará, o qual, juntado posteriormente ao processo já transitado em julgado, contribuirá como elemento para liquidação e execução da sentença proferida na ação principal."

Concedo, pois, a segurança, nos termos do pedido, mantendo a liminar deferida.

É como voto.

RECURSO DE HABEAS CORPUS 0443-CE

Relator: O SR. JUIZ CASTRO MEIRA

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA

Recorrido: PAULO ELPÍDIO DE MENEZES NETO

Advogado: DR. JOÃO ALMIR DE FRITAS BRANDÃO (RECDO.)

EMENTA

Processual Penal. Trancamento do inquérito policial. Regra e exceção. Liberdade na investigação. Falta de influência na classificação do delito na fase do inquérito.

- Não se deve criar obstáculos à investigação policial, regra geral a ser obedecida face à necessidade de se buscar a verdade. A exceção só repousa ante o fato atípico e a inocorrência do crime, o que não é o caso.

- A classificação do delito, na fase de investigação, não exerce qualquer influência, visto perquirirem-se apenas fatos, cabendo, depois, ao órgão acusatório, no momento certo, a

primeira definição, sem se falar no poder do Juiz de, na sentença, ainda alterar a classificação.

- O paciente, pelas funções que desempenhava, à época dos fatos apurados, deve ser ouvido pela autoridade policial, com o que colaborará com a Justiça na busca da verdade.

- Recurso voluntário e remessa obrigatória conhecidos e providos.

ACÓRDÃO

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

Recife, 07 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: Apela o MPF da r. sentença do MM. Juiz da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará, que concedeu *habeas corpus* ao paciente Paulo Elpídio de Menezes Neto, no sentido de trancar, com relação a ele, o inquérito policial instaurado na Polícia Federal do Ceará, por entender que o paciente não cometeu o crime de prevaricação, adotando, ao contrário, as medidas cabíveis ao tomar ciência das irregularidades na distribuição de bolsas de estudo às escolas credenciadas ao Serviço de Manutenção do Ensino Fundamental, ligado ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, da qual o paciente era Secretário Executivo.

Nas razões que embasam o recurso, alega que não se vislumbra qualquer constrangimento ilegal, mas a simples atuação da Polícia Judiciária na investigação da materialidade do delito e seus possíveis autores, só se admitindo o trancamento do inquérito em caráter excepcional, quando restar inequívoca a atipicidade dos fatos ou a inocorrência do crime. Ressalta que o paciente, ao tomar conhecimento dos fatos, deixou de sustar o pagamento das escolas credenciadas ao SME, tendo em vista os prejuízos para toda a comunidade, em especial para os alunos que ficariam sem aula, o que, ainda que em tese, configura o crime de prevaricação.

Contra-arrazoados, os autos subiram.

Nesta Corte, pronunciou-se a douta Procuradoria Regional da República pela reforma da r. sentença.

Os autos foram ao revisor.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): Em regra, nenhum obstáculo deve ser colocado à ação da autoridade policial no esclarecimento dos fatos tidos como delituosos, a não ser, excepcionalmente, quando se trate de fatos atípicos.

Quanto ao mais, deve haver liberdade para a investigação policial para apurar os fatos e permitir ao órgão incumbido da acusação o exercício adequado de seu mister, seja denunciando os culpados, seja pedindo arquivamento.

A jurisprudência é pacífica nesse sentido, consoante reiterados pronunciamentos invocados pela autoridade apontada como coatora, que aqui reproduzo:

"Recurso de *Habeas Corpus* nº 1.160 - São Paulo (91.6844-6).

Rel.: Min. Assis Toledo.

EMENTA: *Habeas Corpus*. Inquérito policial. Trancamento.

Constituindo o fato objeto de investigação ilícito penal em tese, imprópria é a via de *habeas corpus* para obstar a realização da apuração em curso.

Superior Tribunal de Justiça.

Data julgamento: 15 de maio de 1991.

Pub.: *DJU*, de 03/06/91, pág. 7433.

Recurso de *Habeas Corpus* nº 59.188-SP.

Rel.: Min. Cordeiro Guerra.

EMENTA: *Habeas Corpus*. Inquérito policial. Trancamento.

O inquérito policial não pode ser trancado por meio de *habeas corpus* quando instaurado em virtude de ato que configura crime em tese.

Não é o *habeas corpus* o meio adequado à apreciação de matéria fática.

Recurso de *Habeas Corpus* nº 61.202-SP.

Rel.: Min. Alfredo Buzaid.

EMENTA: *Habeas Corpus*. Inquérito policial. Trancamento.

O inquérito policial não pode ser trancado por meio de *habeas corpus*, instaurado com base em fato que a lei penal qualifica como crime em tese. Não é cabível a alegação de falta de justa causa, quando, para o seu deslinde, é necessário entrar no exame de fatos ainda não apurados em inquérito policial.

Recurso de *Habeas Corpus* nº 58.746-1 São Paulo.

Rel.: Min. Dordeiro Guerra.

Incabível é a pretensão de trancamento de *Inquérito Policial* quando os fatos apresentados indicam a possibilidade do ilícito e, assim, requestam por esclarecimento.

A circunstância de pender ilícito civil não pode obstar a averiguação criminal, não só porque há a plena independência de instância, como porque, sob tal perspectiva, a discussão no civil sequer se constitui em questão prejudicial obrigatória.

DJU, 10.4.81, pág. 3.173.

Recurso de *Habeas Corpus* nº 59.658-4 São Paulo.

Rel.: Min. Décio Miranda.

EMENTA: Penal. *Habeas Corpus*.

Alegação de falta de justa causa é de impossível deslinde na instância sumária do *habeas corpus*, quando repousa da análise de fatos controvertidos.

DJU, de 26.03.82, pág. 59.712.

Recurso de *Habeas Corpus* nº 63.220-3 Rio de Janeiro.

Rel.: Min. Rafael Mayer.

EMENTA: Inquérito policial. *Habeas Corpus*. Trancamento.

Dependendo da averiguação de provas, e sem evidência sobre a inexistência do fato ou da autoria, descebe o trancamento do *Inquérito Policial* em instância de *habeas corpus*.

DJU, de 13.9.85, pág. 15.456." (fls. 38/39.)

No caso, o paciente, pelo cargo desempenhado, pelos fatos arrolados, dos quais de forma direta ou indireta, inclusive, por força de sua função, teve participação ou deles tomou conhecimento, deve ser ouvido, explicar sua conduta, apontar caminhos, atitude que, ademais, facilitará a investigação policial e oferecerá melhores condições de trabalho no esclarecimento da verdade e na busca dos culpados ao órgão apelante, com o que, de resto, estará colaborando com a autoridade na busca da verdade.

Depois, não é o crime em si, de prevaricação, que deve isentar o apelado de prestar suas declarações, visto que a classificação do delito ainda será objeto de estudos devidos para o MPF a tanto chegar na peça denunciatória, se ocorrer, podendo, ainda, ser alterada pelo MM. Juiz sentenciante no decisório final. O tipo, no momento, não tem influência alguma, além do que caminha-se ainda na fase investigatória, onde o fato é que deve receber a atenção necessária.

Desta forma, conheço do recurso voluntário e do recurso obrigatório para lhes dar provimento.
É como voto.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 0719-PE

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**
Recorrente: USINA CENTRAL BARREIROS S/A
Recorridos: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
E NIVALDO PEDRO DO NASCIMENTO E OUTROS
Advogados: DRS. GILBERTO AVELINO DA MOTA E OUTROS (RECTE.) E
MARLENE TAVARES DE O. KAWAHALA E OUTROS E MOZART BORBA
NEVES E OUTRO (RECDOS.)

EMENTA

Trabalhista. Sucessão. Aquisição de engenho pelo INCRA. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Descabimento.
- Caracterizada a sucessão trabalhista pelo INCRA, quando este adquiriu o engenho onde trabalhavam os reclamantes.
- Competência da Justiça Federal para julgar o feito, prevista no art. 27, parágrafo 10, do ADCT.
- Apesar de arquivado por quatorze anos, descabe a extinção do processo, sem julgamento do mérito, com base no art. 267, inc. II ou III, em face da inexistência da intimação pessoal prevista no parágrafo 1º, do mesmo artigo.
- Recurso ordinário parcialmente provido.

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, dar parcial provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 27 de setembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Trata-se de ação trabalhista ajuizada em 1974, na JCJ do Cabo, contra a Usina Barreiros S/A e Joel Francisco da Silva, onde 04 trabalhadores rurais reclamam pelo recebimento de suas verbas rescisórias, alegando ter ocorrido a rescisão indireta de seus contratos de trabalho.

A Usina contestou o feito, alegando que não demitira os reclamantes, mas que, devido à aquisição do Engenho Duas Barras pelo INCRA, ocorreria a sucessão do contrato trabalhista com relação aos trabalhadores vinculados a esta propriedade. Aduz que a sucessão foi expressa na cláusula contratual da escritura de compra e venda.

O segundo reclamado, o Sr. Joel Francisco da Silva, atual proprietário do engenho onde trabalhavam os reclamantes, contestou a reclamatória em todos os seus termos e pediu o deslocamento do processo para a Justiça Federal, diante do chamamento do INCRA.

Aceita a preliminar de existência de litisconsórcio necessário do INCRA, a Junta

Trabalhista declinou a competência para a Justiça Federal. Remetido para esta Justiça, restou arquivado por falta de pagamento das custas e diligências em 1977. Em 1991, é desarquivado a pedido dos reclamantes. Notificado

o INCRA e intimadas as demais partes, realizou-se a audiência de instrução e julgamento. Ausente o reclamado Joel Francisco da Silva, aplicou-se-lhe a pena de revelia. O processo foi extinto, para com o reclamante Romildo Miguel da Silva, sem apreciação do mérito, em face do seu não comparecimento à audiência. O INCRA apresentou contestação e a Usina Central Barreiros ratificou os termos da contestação anexa aos autos à época da primeira audiência na Justiça do Trabalho.

Em sua defesa, o INCRA alega ser parte ilegítima, sob a alegação de que não houve sucessão trabalhista in casu, uma vez que o imóvel rural fora adquirido para fins de reforma agrária, que de fato ocorreu com a sua divisão em glebas e o assentamento de agricultores.

O MM. Juiz *a quo* reconheceu a ilegitimidade passiva do INCRA e deu, com relação ao mesmo, o processo por extinto, sem julgamento do mérito. Aduziu que, como restavam "apenas interesses de pessoas não arroladas no art. 109, da Constituição Federal", resultou incompetente a Justiça Federal para julgar, e declinou a competência para a Justiça do Trabalho.

A Usina Central Barreiros S/A interpôs recurso ordinário, pugnando a anulação do despacho que determinou o desarquivamento do processo e da decisão que excluiu o INCRA da relação processual, e a consequente permanência do feito na Justiça Federal. Contra-razões apresentadas pelo INCRA.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): Primeiramente, faz-se necessário analisar a competência da Justiça Federal para julgamento do feito. A presente reclamação trabalhista foi ajuizada em 1974 e no mesmo ano remetida à Justiça Federal, devido à denúncia do INCRA à lide, sob a alegação deste ter sucedido a Usina Central Barreiros S/A como empregador dos reclamantes ao adquirir o Engenho Duas Barras, onde estes realizavam a prestação laboral. O art. 125, inc. I, da Constituição vigente à época, determinava a competência da Justiça Federal quando a União, entidade autárquica ou empresa pública federal fossem interessadas na lide, sem excepcionar a competência da Justiça do Trabalho, como faz a atual Carta Magna, no art. 109, inc. I. O art. 27, parágrafo 10, do ADCT, que estipula a competência da Justiça Federal para julgar as ações nela propostas até a promulgação da Constituição, mesmo que a matéria tenha passado para a jurisdição de outro ramo do Judiciário. Assim, em se decidindo que o INCRA deve permanecer como parte no processo, concluir-se-á, consequentemente, pela competência da Justiça Federal. Tanto que o Juiz Federal *a quo*, logo após deliberar que o INCRA não sucedera a Usina na condição de empregador dos reclamantes, declinou a competência para a Justiça do Trabalho.

Tratemos então da ocorrência, ou não, da alegada sucessão, para que se possa concluir qual o órgão do Poder Judiciário competente para dirimir o litígio. Sobre sucessão, reza o art. 448, da CLT:

"A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados."

In casu, o INCRA adquiriu apenas algumas das propriedades da Usina Central Barreiros S/A, e não toda a empresa, *in Instituições do Direito do Trabalho*, assim interpreta Délia Maranhão o artigo supramencionado:

"Se um empresário, pessoa física ou jurídica, possui vários estabelecimentos, claro está

que a 'empresa' não se confunde com qualquer deles. Transferindo um dos estabelecimentos, não haverá mudança na propriedade da 'empresa', e, no entanto, há sucessão de empregadores relativamente aos empregados que continuem trabalhando no estabelecimento vendido."

Entendo que a aquisição do engenho pelo INCRA, considerando-se esta propriedade como uma unidade econômico-produtiva, realiza a hipótese legal da sucessão do empregador. Além do mais, importa ressaltar que, no contrato de compra e venda do imóvel, ficou estipulado entre as partes que (*in verbis*):

"...as obrigações trabalhistas, representadas pelo ônus e próprio passivo, resultantes dos vínculos empregatícios mantidos pelos trabalhadores dos imóveis objeto da presente escritura com a outorgante vendedora continuarão sendo de sua inteira e total responsabilidade, excetuando-se aqueles empregados - trabalhadores rurais - indicados pelo outorgado comprador na proporção de 1 (hum) trabalhador para cada 15,0 ha."

Orlando Gomes, *in Direito do Trabalho*, ensina que "o dispositivo que assegura ao empregado o direito ao emprego, em caso de sucessão, é de ordem pública. Assim, o acordo de vontade dos particulares não poderá modificá-lo."

Ou seja, a primeira parte do trecho do contrato que resta acima mencionado vai de encontro à norma da CLT, que determina que, havendo a aquisição, há a sucessão. Mas a segunda parte, que excepciona a responsabilidade do alienante com relação aos empregados da propriedade adquirida pelo INCRA, na proporção de um para cada 15 ha, está corroborando o dispositivo da lei consolidada, e demonstra que foi de vontade das partes, à época da transferência da propriedade, que ao menos alguns dos trabalhadores dos engenhos alienados passassem à responsabilidade do adquirente. Não cabe agora o INCRA declinar a obrigação que, voluntariamente, acedeu.

Destarte, tanto por força do art. 448, da CLT, como da disposição contratual entre as partes, sucedeu o INCRA à Usina em questão, como empregador dos trabalhadores da propriedade por ele adquirida, o Engenho Duas Barras. Trago à colação arestos do extinto Tribunal Federal de Recursos sobre a matéria. O primeiro trata de causa envolvendo o mesmo Engenho e Usina da presente reclamação:

"EMENTA: Reclamação Trabalhista - INCRA - Sucessão. Ação movida por empregados rurais do Engenho Duas Barras contra a Usina Central Barreiros S/A, para haver direitos trabalhistas. Ocorrência de sucessão trabalhista provocada pela aquisição da empresa pelo INCRA, não se podendo falar em transferência do ônus aos colonos que adquiriram as parcelas vendidas pelo instituto, tendo em vista a total inidoneidade financeira dos mesmos (art. 9º, da CLT). Precedente desta Turma. Recurso improvido." (Recurso Ordinário Trabalhista nº 5.203 - PE, pub. DJ de 31.05.82).

"EMENTA: Trabalhista. Despedida indireta. Empregado de engenho adquirido pelo INCRA. Responsabilidade. A aquisição de engenho pelo INCRA torna este órgão responsável pelos encargos trabalhistas, face à sucessão caracterizada, quanto aos direitos reclamados. O desconhecimento dessa circunstância, onde se recusava admitir a relação contratual, motiva a rescisão com as consequências patrimoniais decorrentes. Sentença reformada." (Recurso Ordinário Trabalhista nº 4.304 - PE, pub. DJ de 13.11.80).

"EMENTA: Trabalhista. Sucessão. Empregados do engenho desapropriado pelo INCRA. I - Caracterizada a sucessão trabalhista, em face da desapropriação do engenho pelo INCRA, responde este pelos encargos trabalhistas decorrentes.

II - Recurso ordinário a que se nega provimento."

(Recurso Ordinário Trabalhista nº 6.545 - PE, pub. DJ de 11.12.86).

Isto posto, reconheço a competência da Justiça Federal, em consequência da ocorrência da sucessão do INCRA como empregador, tornando-se parte interessada no feito, na conformidade do art. 125, I, da Constituição Federal de 1969, e do art. 27, parágrafo 10, do ADCT da vigente Carta Magna.

Passo a analisar o ato de desarquivamento do processo. O Juiz Federal *a quo*, ao receber o processo trabalhista, determinou a intimação dos reclamantes para o pagamento prévio das custas e diligências, esquecendo-se que, nas causas trabalhistas, estas são pagas pelo vencido, depois de transitada a decisão em julgado, conforme art. 789, parágrafo 4º, da CLT. Como os reclamantes não atenderam ao despacho, não providenciando o aludido pagamento, o Magistrado determinou o arquivamento do processo. Quatorze anos depois, os reclamantes requerem o desarquivamento do mesmo, no que são atendidos, prosseguindo o processamento do feito. A apelante alega que este ato é nulo de pleno direito, pois que, com o arquivamento do processo, teria ocorrido a extinção do mesmo, sem julgamento do mérito.

A questão é se ocorreu uma das hipóteses do art. 267, inc. II ou III, do CPC, que prevêem a extinção do processo, sem julgamento do mérito, no caso de negligência ou abandono das partes. A aplicação subsidiária das regras do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho requer omissão da legislação trabalhista e compatibilidade com seus princípios e normas, conforme o art. 769, da CLT. Tais requisitos estão atendidos, *in casu*. Não se deve entretanto deixar de observar que o Juiz *a quo* não promoveu a intimação pessoal que está prevista no parágrafo 1º, do art. 269, do CPC, motivo pelo qual não se pode falar em extinção do processo, sem julgamento do mérito.

Isto posto, dou parcial provimento ao recurso ordinário da apelante para reformar a sentença na parte em que esta exclui o INCRA do feito.

É como voto.

REMESSA EX-OFFICIO Nº 26.101-PE

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA**
Partes Autoras: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E OUTRO
Partes Rés: MUNICÍPIO DE ITAMARACÁ, ISAÍAS JOSÉ DE BARROS E OUTROS, EDINALDO CORREIA DE OLIVEIRA, LUCIANO MENDONÇA DA SILVA E CONSTRUTORA E INCORPORADORA RR LTDA.
Advogados: DRS. JAIRO ALVES PEREIRA E OUTRO, JOSÉ DAVID GIL RODRIGUES E OUTROS, AUGUSTO NETO DE MENDONÇA FILHO E ARTHUR CEZAR FERREIRA PEREIRA E OUTROS (PARTES RÉS)

EMENTA

Civil. Administrativo. Constitucional. Ação Civil Pública. Proteção ao meio ambiente. Edificações em terrenos de marinha sem prévia autorização dos órgãos federais competentes.

- As praias são bens públicos e devem ser preservados para uso comum do povo.
- Todo e qualquer ato causador de degradação ao meio ambiente estará sujeito à intervenção e controle pelo Poder Público, tal como assegura a Constituição Federal em vigor (art. 225).
- As construções de bares sem as mínimas condições higiênicas, em plena orla marítima, não só prejudicam o bem-estar da coletividade, quanto depredam o meio ambiente.
- Padecem de nulidade os atos praticados pela Prefeitura do Município, que permitiu a edificação dos referidos bares em terrenos de marinha, pertencentes à União Federal, sem autorização legal.
- Sentença confirmada. Remessa improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira

Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos e que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 16 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Presidente

JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA: Remessa oficial de sentença que, em ação civil pública movida pelo Ministério Públíco Federal e a União contra o Município de Itamaracá e litisconsortes, condenou-os à demolição das barracas irregularmente construídas na orla marítima, por sua conta e risco, ficando aquele impedido de expedir licença para exploração de qualquer edificação em suas praias ou em terrenos de marinha, sem a prévia autorização da Capitania dos Portos de Pernambuco e do Departamento de Patrimônio da União - DPU.

Os autores alegaram como fundamento do pedido lançado à exordial os prejuízos ao meio ambiente, em face da finalidade dos prédios irregularmente levantados - exploração de bares e restaurantes - sem as condições mínimas de higiene. Acrescentaram, ainda, o fato de o Município, além de estar se omitindo em garantir à coletividade o seu bem-estar, está a conceder incentivos fiscais para a profusão das referidas construções em plena orla marítima, em terrenos de marinha, pertencentes à União, sem autorização da mesma.

Devidamente citado, o Município de Itamaracá não apresentou contestação.

À exceção do litisconorte Ednaldo C. de Oliveira, que contestou o pedido afirmando a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, haja vista o seu imóvel não estar localizado em terreno de marinha, e Luciano Mendonça da Silva, que negou ser proprietário de quaisquer das barracas aludidas nos autos, os demais argüiram a inépcia da inicial, por se tratar de posse mansa e pacífica há mais de ano e dia, cuja ação cabível seria a de reintegração de posse. No mérito, negaram a existência de poluição ao meio ambiente e ressaltaram o problema social a se formar com a demolição dos referidos boxes, pondo fim ao meio de sobrevivência das famílias deles dependentes.

Laudo pericial às fls. 125/142.

O duto representante do Ministério Públíco Federal, às fls. 230/237, elaborou parecer e opinou pela manutenção da sentença remetida.

Regularmente processados, subiram os autos para desembargo.

Relatei.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): As provas constituídas nos autos são fartas em demonstrar a irregularidade das construções levantadas em plena orla marítima da Ilha de Itamaracá e os prejuízos delas decorrentes com relação ao meio ambiente e ao bem-estar dos moradores do local.

A primeira questão a se analisar, e que, por si só, já eiva de nulidade os atos praticados pelo então Prefeito do Município de Itamaracá, é a impossibilidade de se construir em terreno de marinha, pertencente à União, sem a autorização dos órgãos federais competentes. Não poderia, assim, o Município dispor de bens de que não detém a propriedade e muito menos para exploração de atividades a acarretar danos à natureza e aos bens de uso comum do povo, tais como as praias.

Os documentos apresentados às fls. 17/18; 67/74, deixam patente a ilegalidade acima

apontada, através dos quais se autorizou a edificação dos bares e restaurantes. Por outro lado, às fls. 21 e 22, ofícios encaminhados à Procuradoria da República em Pernambuco, respectivamente, pela Capitania dos Portos e pela Delegacia do Patrimônio da União, ambos no Estado de Pernambuco, informam sobre a inexistência de qualquer solicitação por parte da autoridade municipal para a realização das construções ora impugnadas.

Ademais, as conclusões constantes no laudo pericial, às fls. 129, ratificaram as alegações lançadas à inicial quanto à localização dos prédios na orla marítima, em terrenos de marinha, de propriedade da União, e à precariedade das condições higiênicas dos mesmos. Verificou-se a ausência de fossas em algumas das construções, de modo que o esgotamento sanitário se dá a céu aberto. Tudo isto a acarretar a poluição da praia e a restringir o espaço livre dos banhistas.

A defesa ao meio ambiente implica em preservá-lo de agentes poluentes, quer sejam eles de origem orgânica ou inorgânica, especialmente por se tratar de um bem público de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, tal como prevê o art. 225 da Constituição Federal em vigor.

O Município réu nem ao menos contestou a ação e os argumentos da defesa dos litisconsortes quanto à ausência de crime contra a natureza não poderão prevalecer diante das provas concretas de danos ao patrimônio público. Outrossim, sabe-se que, em face da ilegalidade do Poder Público, cabe aos prejudicados tão-somente pleitearem a indenização devida junto à autoridade responsável, porém não evita o desfazimento do ato eivado de nulidade para o restabelecimento do *status quo* anterior.

Isto posto, nego provimento à remessa para manter a sentença.

Assim voto.

REMESSA EX OFFICIO Nº 37.888-CE

Relator: O SR. JUIZ **NEREU SANTOS**
Parte Autora: EMÍLIO CAPELO JÚNIOR E OUTRO
Parte Ré: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA - CE
Advogados: DRS. OTÁVIO RODRIGUES FILHO E OUTROS (PARTE A) E
ALEXANDRE RODRIGUES DE ALBUQUERQUE E OUTROS (PARTE R)

EMENTA

Mandado de Segurança. Ensino superior. Revisão de provas no concurso vestibular. Impossibilidade. Autonomia universitária. Liminar concedida. Consolidação da situação fática.

I - Não ofende os princípios constitucionais da legalidade, do direito de petição e do amplo direito de defesa a norma administrativa interna que veda a revisão de provas realizadas em concurso vestibular.

II - Inteligência do art. 207, da Constituição Federal, que estabelece a autonomia didática e administrativa das Universidades.

III - - Precedentes jurisprudenciais.

IV - Liminar concedida que consolidou a situação fática pelo decurso do tempo.

V - Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à

unanimidade, negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 14 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: Emílio Capelo Júnior e outro impetraram mandado de segurança contra ato do Presidente da Comissão Coordenadora do Vestibular da UFC, do Magnífico Reitor da UFC e do Pré-Reitor de Graduação da UFC, objetivando seja-lhes assegurado o direito à revisão administrativa e à recontagem de pontos das provas de Redação, Matemática e História/OSPB do Concurso Vestibular 93/1 realizado pela Universidade Federal do Ceará.

Foi concedida a liminar. (fls.27/29)

A MM. Juíza a quo concedeu parcialmente a segurança, ao entendimento de que os impetrantes tinham direito líquido e certo, inobstante a proibição editalícia, à revisão administrativa das provas realizadas no concurso vestibular. Ressalvou, entretanto, que na via mandamental, onde não se comporta dilação probatória, não poderia haver a reapreciação do mérito das questões dos exames prestados.

Não houve recurso voluntário.

Subiram os autos por força da remessa oficial interposta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): Como se observa, o presente *writ* objetiva o reexame das provas de Redação, Matemática e de História/OSPB prestadas pelos impetrantes no Concurso Vestibular do 1º semestre de 1993 da UFC.

A MM. Juíza da 3ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, Drª Germana de Oliveira Moraes, analisando o *mandamus*, assim fundamentou o seu *decisum, verbis*:

"Compartilho do entendimento do órgão ministerial: é a revisão administrativa das provas prestadas no concurso vestibular, direito líquido e certo dos impetrantes, a despeito da proibição editalícia em sentido contrário. Entretanto, descebe, na via mandamental, onde não se comporta dilação probatória, a reapreciação do mérito das questões dos exames prestados.

Com efeito, o Edital nº 03/92, de 04.09.92, e o artigo 14, da Resolução nº 35/CEPE, de 02.10.92 (v. a fls. 11/12), disciplinadores do certame, vedam a possibilidade de revisão administrativa ou de recontagem de pontos das provas prestadas no concurso vestibular. Princípios de ordem constitucional, contudo, asseguram aos impetrantes tal direito: o princípio da legalidade, ao lado do direito de petição, do postulado da não denegação da justiça e do amplo direito de defesa."(fls 56/57).

Tenho, todavia, que não assiste razão à Juíza sentenciante.

É que os atos normativos emanados pela UFC consubstanciados no Edital nº 03/92 e na Resolução nº 35/92 - CEPE são decorrentes da autonomia didática e administrativa de que gozam as Universidades, asseguradas pela Constituição Federal vigente.

De fato, dispõe o art. 207, da Constituição Federal, *verbis*:

"Art. 207 - As Universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão."

Assim, não ofende o princípio da legalidade a Resolução nº 35/92 - CEPE, quando estabelece que "Em hipótese alguma haverá segunda chamada, recontagem de pontos

ou revisão em qualquer das provas do concurso vestibular."

Ora, a autonomia didática da qual é detentora a Universidade lhe assegura o poder de estabelecer, através de normas internas, critérios técnicos de avaliação, para garantir inclusive a qualidade do ensino.

Retirar este poder normativo da Universidade seria negar-lhe a autonomia administrativa de que também é detentora.

E assim é que apenas a Universidade, realizadora do certame, cabe o poder de avaliar o aluno, verificando se tem o mesmo condições de ingressar no ensino superior.

Além do mais, permitir o reexame de provas do vestibular, em detrimento de atos normativos internos das Universidades, abre um sério precedente que pode comprometer a autonomia dessas instituições de ensino, a tanto perseguida.

De outra parte, os impetrantes não desconheciam as regras a que estavam submetidos quando realizaram as provas do concurso vestibular da UFC.

Esta Turma já se posicionou sobre a matéria, como nos demonstram as seguintes decisões adiante ementadas:

"Administrativo. Concurso vestibular. Critério de correção de prova (Redação) adotada pela comissão examinadora. Competência exclusiva outorgada pela Constituição Federal às Universidades (art. 207). Autonomia administrativa e didática. Vedações de interferência do Judiciário. Precedentes jurisprudenciais.

1 - Candidato reprovado no exame vestibular que postula revisão da prova de Redação, por não concordar com o critério adotado pela comissão examinadora.

2 - O art. 207, da Carta Magna, estatui que "As Universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão."

3 - Com essepeque no referido dispositivo constitucional, a Universidade Federal do Ceará simplesmente regulamentou o que estatui o art. 207, da Carta Política de 1988, basilada na autonomia didática e administrativa que lhe são asseguradas, utilizando da Resolução 7/CEPE, que em seu art. 14 enuncia que "em hipótese alguma haverá segunda chamada, recontagem de pontos ou revisão em qualquer das provas do concurso vestibular."

4 - Ao Poder Judiciário é vedado intervir em questões de índole meramente administrativa, como critérios de correção de prova, escolha dos assuntos e da bibliografia a ser utilizados nos concursos, a corrente científica adotada, o aspecto de atribuição das notas, entre outros. Só, e somente-só, cabe-lhe apreciar e julgar questões que invadam a constitucionalidade ou a ilegalidade dos critérios adotados pela comissão ou banca examinadora dos concursos realizados.

5 - Precedentes desta Corte Regional e do Colendo TFR.

6 - Apelação provida. Sentença reformada."

(AC 46.291/CE, Relator Juiz José Delgado, *DJU* de 24.06.94).

"Processual Civil e Administrativo. Cautelar. Fundamentos que não revelam bom direito. Indeferimento. Vestibular. Prova de Redação. Caráter eliminatório previsto no regulamento do concurso. Competência da Universidade para estabelecer normas para seleção do alunado. Apelo improvido.

(AC 10.568/RN, Relator Juiz Lázaro Guimarães, *DJU* de 13.12.91).

Por outro lado, observo que com a concessão da liminar no juízo de 1º grau, houve a concretização do fato consumado, ou seja, o reexame das provas solicitadas pelos impetrantes do concurso vestibular do 1º semestre da UFC.

À vista do exposto, embora não vislumbrando qualquer ilegalidade no ato impugnado, nego provimento à remessa oficial pela consolidação da situação fática pelo decurso do tempo.

É como voto.

REMESSA EX OFFICIO Nº 40.703-CE

Relator: **O SR. JUIZ JOSÉ DELGADO**
Parte Autora: **FAZENDA SERRA VERDE LTDA.**
Advogado: **DR. JOSÉ ROBERTO MENESCAL DE ABREU (PARTE A)**
Parte Ré: **FAZENDA NACIONAL**
Remetente: **JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA - CE**

EMENTA

Tributário. Imposto sobre Propriedade Territorial Rural - ITR. Decreto nº 84.685/80, alterado pela Portaria Interministerial nº 560/90. Princípio da hierarquia legal.

1. - O Direito Tributário é dividido, quanto às suas fontes, em materiais e formais principais e secundárias.

2. - Nestas últimas, incluem-se as normas complementares, dentre elas as portarias, que, a teor do art. 100, do CTN, encontram-se em hierarquia inferior aos decretos, vez que têm por objetivo complementá-los.

3. - É defesa a inovação ou modificação de decretos através de portarias, infringindo a Portaria Interministerial nº 560/90 o princípio da hierarquia legal.

4. - Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial, nos termos do relatório, voto do Juiz Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 19 de abril de 1994 (data de julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente

JUIZ JOSÉ DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO: Fazenda Serra Verde Ltda. impetrou mandado de segurança contra o Delegado da Receita Federal, em Fortaleza-CE, por entender ilegal e abusiva a cobrança do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, nos termos da Portaria Interministerial nº 560/90, que fixou o coeficiente único de atualização de 90,737 para todas as Unidades da Federação.

Pauta-se na ilegalidade de ser modificado o art. 7º, do Decreto nº 84.685/80, pela Portaria Interministerial nº 560/90, além de que o critério estabelecido pelo INCRA para a atualização da propriedade rural utilizando como base de cálculo a variação percentual do preço da terra verificada entre os dois exercícios anteriores ao lançamento do imposto é mais condizente com a realidade, em vista das variações decorrentes de fatores diversos, tais como a localização, destinação, tipo de solo, entre outros.

A autoridade impetrada alega inexistir qualquer ilegalidade na nova sistemática de atualização, pois o reajuste efetuado com base na portaria interministerial teve por objetivo a correção de defasagem comum verificada no valor da terra nua (VTN) em todo o país, ao longo de aproximadamente doze anos, quando o tributo estava sob a administração do INCRA.

O *Parquet* Federal opinou pela concessão da segurança em homenagem ao princípio da hierarquia legal; seguiu o mesmo entendimento o eminente Magistrado *a quo*, que

concedeu a ordem nos termos do pedido.

Sem recursos voluntários, subiram os autos para este Egrégio Tribunal, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ DELGADO (Relator): A matéria impugnada pelo *mandamus*, ora reapreciada pela remessa de ofício, traz à baila a discussão da probabilidade de ser alterado por uma portaria interministerial um decreto.

A parte impetrante é proprietária de alguns imóveis rurais nos Municípios de Caririaçu e Várzea Alegre-CE, encontrando-se, quanto aos reajustes do Imposto Territorial Rural - ITR, subordinada aos ditames do Decreto nº 84.685/80, artigo 7º, § 4º, o qual tem a seguinte dicção:

"Art. 7º

§ 4º - O valor da terra nua, declarado pelo contribuinte e não impugnado pelo INCRA, será corrigido anualmente por um coeficiente de atualização, estabelecido pelo INCRA para cada Unidade da Federação, através de instrução especial, com base na variação percentual do preço da terra, verificada entre os dois exercícios anteriores ao de lançamento do imposto."

Entretanto, a Portaria Interministerial nº 560, de 27.10.90, fixou um coeficiente único de atualização (90,737) para todas as Unidades da Federação, conforme abaixo é destacado:

"O coeficiente de atualização para o exercício de 1990, previsto no § 4º, do artigo 7º, do Decreto nº 84.685, de 06 de maio de 1980, para correção do Valor da Terra Nua - VTN, declarado pelo INCRA/Receita Federal, é de 90,737 (noventa inteiros e setecentos e trinta e sete milésimos) para todas as Unidades da Federação."

A impetrante entende encontrar-se maculado seu direito, pois, ao fixar o índice de correção igual para as propriedades rurais existentes em todas as Unidades da Federação, tratou igual quem na realidade é diferente.

De fato, à primeira vista tem coerência o que apresenta a impetrante: ... "a determinação contida no § 4º, do art. 7º, do Decreto 84.685/80, é muito mais condizente com a realidade, eis que o preço da terra, como é natural, sofre variações decorrentes de fatores diversos (localização, destinação, tipo de solo etc), não podendo, consequentemente, ser atualizado uniformemente com base em índices fixados para todo o país, sob pena de provocar sérias distorções".

Em análise profunda, quanto à infringência da hierarquia legal, entendo, também, proceder o pleito da parte autora.

O Direito Tributário é dividido, quanto às suas fontes, em materiais e formais, que, por sua vez, subdividem-se em principais e secundárias.

Estas últimas, as que interessam ao nosso estudo, são constituídas por decretos, instruções ministeriais e normas complementares, dentre elas, as portarias.

Os decretos, em sentido próprio e restrito, são atos administrativos da competência exclusiva dos chefes do Executivo destinados a prover situações gerais ou individuais, abstratamente previstas de modo expresso, explícito ou implícito pela legislação. (Hely Lopes Meirelles, *in Direito Administrativo Brasileiro*, 14ª edição, Edit. R.T.).

Por sua vez, as portarias visam, através dos Ministros de Estado, a regulamentar leis ou decretos no âmbito das normas do respectivo ministério, a fim de assegurar sua execução.

É o que se depreende do disposto no artigo 100, do Código Tributário Nacional:

"Art. 100 - São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções

internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;"

Por atos normativos entendem-se os que visam a complementar o texto das leis, dos tratados, das convenções internacionais e dos decretos, compreendendo as portarias, ordens de serviço, instruções normativas, entre outros atos assemelhados.

No entender do preclaro magistrado desta Corte de Justiça, Hugo de Brito Machado, em seu livro *Curso de Direito Tributário*, Malheiros Editores, 8ª edição, temos que:

"As normas complementares são, formalmente, atos administrativos, mas materialmente são leis. Assim se pode dizer que são leis em sentido amplo e estão compreendidas na legislação tributária, conforme, aliás, o art. 96, do CTN, determina expressamente.

Diz-se que são complementares porque se destinam a completar o texto das leis, dos tratados e convenções internacionais e decretos. Limitam-se a completar. Não podem inovar ou de qualquer forma modificar o texto da norma que complementam. Além de não poderem invadir o campo da reserva legal, devem observância também aos decretos e regulamentos que se colocam em posição superior porque editados pelo Chefe do Poder Executivo, e a esse os que editam as normas complementares estão subordinados." (Grifei).

Assim, encontrando-se o decreto em posição hierarquicamente superior à portaria, esta não pode modificá-lo, sob pena de malferimento do princípio da hierarquia legal.

Pelo exposto, mantendo a decisão para negar provimento à remessa oficial.

É como voto.

REMESSA EX OFFICIO Nº 45.694-RN

Relator: O SR. JUIZ RIDALVO COSTA

Parte Autora: NÁDIA CAVALCANTE DE MACEDO

Parte Ré: FAZENDA NACIONAL

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA - RN

Advogado: DR. CARLOS OCTACILIO BOCAYUVA CARVALHO (PARTE A)

EMENTA

Mandado de Segurança. IPI. Isenção. Equipamento médico. Leis 8.191/91 e 8.643/93. Concessão obstada pelo Fisco, com base no Decreto 151/91. Violação ao princípio da legalidade tributária. Excesso do poder regulamentar. O Decreto 151/91, ao relacionar os bens sujeitos à isenção do IPI, extrapolou os limites do poder regulamentar, restringindo o alcance do benefício isencional instituído pela Lei 8.191/91 e feriu o princípio da legalidade tributária constitucionalmente consagrado. Excluídos os equipamentos importados pela impetrante do anexo da Lei 8.643/91, que relaciona bens não sujeitos à isenção do IPI, legítima é a pretensão ao benefício. Remessa a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Recife, 17 de novembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: Nádia Cavalcante de Macedo ajuizou, perante a 3ª

Vara Federal - RN, mandado de segurança contra ato imputado ao Delegado da Receita Federal - RN, visando a eximir-se do pagamento do IPI, quando do desembarque aduaneiro de equipamentos hospitalares novos que importara, em face da inexistência de similar nacional.

Sustenta, em síntese, que a exigência do referido tributo é indevida, vez que o art. 1º, da Lei 8.191/91, instituiu a isenção do IPI aos equipamentos, máquinas, aparelhos e instrumentos novos importados até 31 de março de 1993. Alega, demais disto, que, posteriormente, a Lei 8.643/93 veio fazer algumas alterações na Lei nº 8.191/91, dentre as quais a prorrogação do prazo de isenção até 31 de dezembro de 1994, além de relacionar os bens não sujeitos à isenção, onde não se encontram os equipamentos hospitalares por ela adquiridos.

O MM. Juiz monocrático julgou procedente o pedido contido no presente feito, sob o fundamento de que "a restrição perpetrada pelo Decreto 151/91 à isenção prevista no art. 1º, da Lei 8.191/91, afigura-se constitucional à vista do princípio da legalidade tributária." (fls. 47). Entendeu, outrossim, que, "excluídos os equipamentos importados pela impetrante do anexo da Lei 8.463/91, que relaciona bens não sujeitos à isenção do IPI, legítima é a pretensão ao benefício." (fls.47).

Sentença submetida ao duplo grau de jurisdição.

Regularmente preparados, subiram os autos a este Egrégio Tribunal, vindo-me por distribuição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): O art. 1º da Lei 8.191/91 instituiu a isenção do IPI relativamente a equipamentos, máquinas, aparelhos e instrumentos novos importados até 31.12.93.

O § 1º do artigo retromencionado, por seu turno, autorizou o Poder Executivo a relacionar, por decreto, os bens alcançados pelo benefício isencional, o que efetivamente ocorreu através do Decreto 151/91.

Posteriormente, a Lei 8.643/93 promoveu algumas alterações na Lei 8.191/91, dentre as quais a prorrogação do prazo isencional até 31.12.94, além de elencar os bens não sujeitos ao gozo da isenção em comento.

Com referência aos equipamentos hospitalares importados pela impetrante, tem-se que, apesar de não se encontrarem no rol de bens alcançados pelo benefício isencional, previsto no Decreto 151/91 referido, não foram, por outro lado, inseridos no elenco dos bens não sujeitos ao gozo da isenção, de que trata a Lei 8.643/93.

Importa analisar, então, se o Decreto 151/91 aludido, a pretexto de regulamentar o art. 1º, da Lei 8.191/91, poderia delimitar o alcance da isenção em apreço, relacionando os bens que gozariam do citado benefício.

Filio-me ao entendimento de que, sendo o regulamento ato normativo inferior à lei, não lhe poderia restringir ou ampliar o conteúdo. Nesse sentido, é a doutrina de Hely Lopes Meireles:

"Sendo o regulamento, na hierarquia das normas, ato inferior à lei, não a pode contrariar, nem restringir ou ampliar suas disposições. Só lhe cabe explicitar a lei, dentro dos limites por ela traçados." (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 17ª ed., p. 113)."

No caso em exame, como bem afirmou o MM. Juiz da 4ª Vara Federal - RN - Dr. Edilson Pereira Nobre Jr. -, o Decreto 551/91 "não estaciona na mera explicitação do comando legal, de sorte a proporcionar a sua pronta e expedida execução. Foi além, delimitando os contornos da província isencional." (fls. 50).

Demais disto, estando a isenção incluída na área da denominada reserva legal, sendo a

lei em sentido estrito o único instrumento hábil à sua instituição, conclui-se pela incompatibilidade do Decreto em exame com o art. 150, I, da Constituição vigente, impondo-se o reconhecimento de sua invalidade.

Verifica-se, portanto, que a isenção em análise regeu-se, inicialmente, pelo art. 1º, *caput*, da Lei 8.191/91, que instituiu o benefício em relação a todos "equipamentos, máquinas, aparelhos e instrumentos novos, inclusive aos de automação industrial e de processamento de dados, importados ou de fabricação nacional, bem como respectivos acessórios, sobressalentes e ferramentas, até 31 de março de 1993".

A posteriori, Lei 8.643/93, modificando o texto legal antes referido, prorrogou o prazo isencional até 31.12.94, relacionando, ainda, os bens que não gozariam do benefício em comento.

Na hipótese de que se cuida, a impetrante, satisfazendo os requisitos para o gozo da isenção pretendida, importou equipamento hospitalar não listado pela Lei 8.643/93 e dentro do prazo legal previsto, devendo, portanto, ser assegurado o seu direito de não ser compelida ao recolhimento do IPI.

Com essas considerações, nego provimento à remessa para manter a sentença por seus jurídicos fundamentos.

É como voto.

REMESSA EX OFFICIO Nº 47.219-PE

Relator: O SR. JUIZ **FRANCISCO FALCÃO**
Parte Autora: JOSÉ GOMES DA SILVA
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA-PE
Advogados: DRS. MÁRLIO UCHÔA CAVALCANTI E OUTRO (PARTE A) E ULISSES JOSÉ DE ALBUQUERQUE COUTELO E OUTROS (PARTE R)

EMENTA

Constitucional e Previdenciário. Aposentadoria especial. Art. 202, II, CF/88. Tempo de serviço. Lei nº 8.213/91. Início do benefício a partir da data do requerimento (art. 57, parágrafo 2º, c/c art. 49, I, "b").

1. A Constituição estipula, como requisito para concessão da aposentadoria especial, o tempo de serviço, inexistindo o requisito da idade mínima. Precedentes desta Corte (AMS 4524-PE. Rel. Juiz Francisco Falcão, 1ª Turma, Un., j. 28.11.91).

2. Na forma da Lei nº 8.213/91, é devido o benefício a partir da data do requerimento administrativo quando não houver desligamento do emprego. Remessa parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa *Ex Officio* nº 47.219-PE, em que são partes as acima mencionadas, acorda a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar parcial provimento à remessa, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 07 de março de 1995 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente

JUIZ FRANCISCO FALCÃO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO: Cuida-se de remessa oficial em sentença que concedeu parcialmente a segurança requerida, afastando a exigibilidade do limite mínimo de idade de 50 anos para a concessão de aposentadoria especial, entendendo incabível a retroatividade da mesma à data do requerimento administrativo, por se encontrar o impetrante no exercício de suas atividades profissionais.

Sem contra-razões, vieram-me os autos por distribuição.

Peço a inclusão do feito na pauta de julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO (Relator): Não ouso reprovar a sentença do em. Juiz *a quo*, ante a sua fundamentação, respaldada em dispositivo constitucional, que não deixa margem de dúvida em relação à inexistência do requisito de idade mínima de 50 anos para a concessão da aposentadoria especial.

Ora, se a Constituição Federal, Lei Maior e Suprema, não fixa o limite mínimo de idade para a obtenção deste tipo de aposentadoria, não é admissível que a autarquia impetrada, valendo-se de um entendimento contrário ao mandamento constitucional, indefira a aposentadoria requerida.

Reportando-me, agora, à tese de ser "incabível a concessão de aposentadoria com data retroativa a 17.05.93, porque o ora impetrante continua no exercício da sua atividade profissional", não me alio à sentença, entendendo ser devida.

A Lei nº 8.213/91, ao tratar da aposentadoria especial, assim preceitua:

"Art. 57 - (...)

Parágrafo 2º - A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49."

Reportando ao mencionado dispositivo:

"Art. 49 - A aposentadoria por idade será devida:

I - ao segurado empregado, inclusive o doméstico, a partir:

a) da data do desligamento do emprego, quando requerida até essa data ou até 90 (noventa) dias depois dela; ou

b) da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto na alínea "a";

II - para os demais segurados, da data da entrada do requerimento."

Assim, na forma do art. 57, parágrafo 2º, c/c art. 49, I, "b", ambos da Lei nº 8.213/91, vejo razão à retroatividade da aposentadoria à data do requerimento administrativo.

Diante do exposto, dou parcial provimento à remessa para que, afastada a exigência do requisito de idade mínima e retroativa à data do requerimento administrativo, observando-se o requisito constitucional do tempo de serviço, seja concedida a aposentadoria especial pleiteada.

É como voto.

REMESSA EX OFFICIO Nº 49.743-PB

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**

Parte Autora: CIA. HIDRO ELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO - CHESF

Assist. Aut.: UNIÃO FEDERAL

Partes Rés: DEODATO BENTO DA SILVA E CÔNJUGE
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA - PB
Advogados: DRS. CLÁUDIO LUZ MACEDO DA SILVA E OUTROS (PARTE A)

EMENTA

Constituição de servidão. Passagem de eletroduto. Indenização do proprietário do prédio serviente. Juros compensatórios. Juros moratórios. Correção monetária.
- Justa é a indenização estipulada em conformidade com a desvalorização ocorrida no imóvel, em virtude da constituição de servidão administrativa.
- Aplicação das Súmulas 70, 74, 75 e 110, do TFR, e 164, do STF.
- Remessa improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 14 de março de 1995 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Tratam os presentes autos de 10 (dez) recursos *ex officio*, reunidos por força da conexão, de nºs 49.743 a 49.752, todos da Paraíba. Em cada um deles, a exordial, da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - CHESF, concessionária de serviço público federal de energia elétrica, denomina o feito de ação de desapropriação de servidão administrativa. Na verdade, pretende constituir servidões administrativas e não propriamente desapropriar os respectivos imóveis. A Portaria nº 662/85, do Ministério das Minas e Energia, declarou como de utilidade pública faixa de terra contínua que traspassa as propriedades dos diversos réus, para fins de constituição de servidão administrativa, a qual atribuirá à autora o direito de praticar todos os atos necessários à construção e manutenção de linhas de transmissão de energia elétrica, linhas telegráficas ou telefônicas, e ainda o acesso à servidão através do prédio serviente, em não havendo outra via praticável.

Conexos, todos os presentes processos foram propostos pela CHESF, em virtude de uma mesma causa de pedir, acima explicitada, diferindo com relação aos respectivos sujeitos passivos. Passo a relatar aqui apenas este REO 49.743, na ação proposta contra Deodato Bento da Silva e cônjuge.

A autora, colacionando aos autos procuração, portarias, mapa e declaração de aceitação de oferta, requer a citação da parte expropriada, da União Federal, a homologação do preço dado com a concordância expressa dos requeridos e a procedência da ação, para ser decretada a desapropriação, expedindo-se carta de sentença constitutiva de servidão. Citada, a União requer sua intervenção no feito, na condição de assistente da CHESF.

Quanto aos requeridos, apesar de regularmente citados, não contestaram a lide.

Foi promovida a reunião dos processos em razão da conexão. Posteriormente, determinou-se a intimação de peritos e assistentes técnicos para realização de laudo pericial. Sobre este apenas a requerente se pronunciou, concordando com parecer técnico do perito.

Como os requeridos não contestaram a ação, foi-lhes nomeado curador, que, intimado,

nada requereu. Também determinou o Juiz a expedição de Edital de Terceiros, o qual foi publicado, apesar da impugnação da requerente.

Em audiência de instrução e julgamento, realizada a pedido do requerente, este, em suas alegações finais, ratificou os termos da inicial. O procurador dos requeridos solicitou que o justo preço fosse arbitrado pelo Juiz, conforme o laudo pericial, com a devida atualização do valor, levando em consideração o aspecto sócio-econômico dos proprietários e que a terra, apesar de castigada pela seca, é o único meio de sobrevivência dos mesmos.

O MM. Magistrado *a quo* julgou procedente o pedido para constituir a servidão administrativa pretendida, determinando, além da indenização dos requeridos, com a respectiva atualização, o pagamento de juros compensatórios e moratórios.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): A pretensão da CHESF é a constituição de servidão administrativa, apesar de haver requerido a "decretação da desapropriação... expedindo-se a competente carta de sentença constitutiva de servidão, servindo de título hábil para matrícula no Registro de Imóveis...".

Distinguem-se os dois institutos de Direito Administrativo. A servidão administrativa, diferentemente da desapropriação, não retira a propriedade do particular, apenas onera-a com a imposição do uso público, em razão do interesse coletivo, que, *in casu*, é a instalação e manutenção de rede elétrica. Como a propriedade do imóvel permanece com o particular, este é indenizado pelo uso de seu imóvel apenas se este uso vier a causar-lhe dano.

Tal indenização deve ser correspondente ao prejuízo efetivamente sofrido pelos proprietários do imóvel, em virtude da constituição da servidão. No caso em apreço, cabível é a indenização estipulada no *decisum*, em face da evidente desvalorização da propriedade dos requeridos. Entretanto, não há benfeitorias a indenizar, apenas a terra nua. Reputo escorreito o *quantum* determinado em função do laudo pericial, na proporção de 33% do valor da terra nua, mais correção monetária, juros compensatórios de 12% ao ano, cumulados com os juros moratórios de 6% ao ano, estes incidentes após o trânsito em julgado da decisão final, de conformidade com a Súmula 70, do TFR. Irreprochável também a sentença no que condena o requerente ao pagamento das custas e despesas processuais, a fim de não impor aos requeridos mais um ônus em um feito ao qual não deram causa.

A decisão, tal como explicitada em sua ementa, tem lastro nas Súmulas 70, 74, 75 e 110, do TFR, e 164, do STF.

Pelo exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

REMESSA EX OFFICIO Nº 57.199-RN

Relator:	O SR. JUIZ CASTRO MEIRA
Parte Autora:	SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI
Parte Ré:	INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogados:	DRS. XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO (PARTE A) E CLEITON LIMA DE ASSUNÇÃO E OUTROS (PARTE R)

EMENTA

Previdenciário.	Contribuições.	SESI.	Isenção.
-----------------	----------------	-------	----------

- Não tendo o SESI - Serviço Social da Indústria natureza empresarial, mas assistencial, está isenta do recolhimento de contribuições para o FUNRURAL e o INCRA.
- Precedentes do ex-TFR, do TRF 1ª Região e do TRF 2ª Região.
- Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 21 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ajuizou execução fiscal contra o SESI - Serviço Social da Indústria - Departamento Regional do Rio Grande do Norte, por falta de recolhimento de contribuições referentes ao INCRA e à Previdência Social Rural (FUNRURAL).

Contra tal exigência, o executado opôs embargos de devedor, invocando, entre outros argumentos, os arts. 12 e 13, da Lei nº 2.613/55, que lhes concedem ampla isenção.

Em impugnação, diz o exeqüente que os dispositivos citados se limitam aos bens e serviços da entidade, não atingindo o adicional que envolve as contribuições, incidente sobre o salário de contribuição dos empregados.

A r. sentença julgou procedentes os embargos, ao fundamento de tratar-se de entidade de assistência social.

Sem interposição de recurso, subiram os autos em face do duplo grau de jurisdição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): Conquanto se trate de entidade vinculada à Confederação Nacional da Indústria, o SESI não tem natureza empresarial, mas assistencial. Desse modo, acha-se isenta do pagamento das contribuições devidas pelas empresas.

A jurisprudência é pacífica em considerá-lo isento do recolhimento das contribuições para o FUNRURAL e para o INCRA.

Em acórdão datado de 19.10.88, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, hoje na Suprema Corte, na AC 157.763-SC, o extinto Tribunal Federal de Recursos assim decidiu:

"Serviço Social da Indústria - SESI. Contribuição para o FUNRURAL. Isenção.

- O SESI é isento do recolhimento de contribuições para o FUNRURAL.

- Precedentes.

- Apelação desprovida."

Observo que nesse julgado o ilustre Relator citou os seguintes precedentes:

"SESI - Serviço Social da Indústria. Contribuição para o FUNRURAL e para o INCRA. Isenção.

I - O SESI é isento do recolhimento de contribuições para o FUNRURAL e para o INCRA. Precedentes.

II - Sentença confirmada." (REO 142.869-PI - 88.00068480 - DJ 08.08.88).

"Previdenciário - SESI - Débitos a título de salário-educação e contribuição em favor do

INCRA e do SENAI.

- A Lei nº 440/60, no ponto em que estabelece isenções, não se refere somente a instituições de ensino, no sentido estrito, mas também inclui as instituições de educação, desprocedendo, assim, a interpretação restritiva preconizada pelo INPS.

- Indevidas as contribuições em favor do INCRA (ex-INDA), por não ser o SESI empresa rural. Por igual, indevidas em favor do SENAI, por não ser tal entidade empresa industrial.

- Precedentes jurisprudenciais em favor do SESI.

- Improvido o recurso do INPS e provido o do SESI." (AC 41.512-ES - 3168123 - *DJ* 20.11.80).

"Previdenciário - SESI - Contribuições em favor do FUNRURAL.

- Outorgando a Lei nº 2.613/55 ampla isenção tributária ao SESI, equiparando seus bens e serviços aos da União, usufrui aquela entidade da exclusão de contribuir para o FUNRURAL, nos termos do artigo 4º, item III, do Decreto nº 60.466/67, no tocante à parcela respectiva que compõe a chamada 'cota unificada.'

- Negou-se provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial." (AC 66.570-MG - 3203883 - *DJ* 05.08.82).

"Serviço Social da Indústria - SESI. Contribuições previdenciárias. Isenção em relação às do FUNRURAL e do INCRA. Lei nº 2.613/55. Decreto nº 60.466/67.

- Não sendo o SESI empresa industrial, rural ou assemelhada, não obrigada a contribuir para os cofres do INCRA e do FUNRURAL, *ex vi* dos diplomas legais acima mencionados.

- Sentença remetida se confirma.

- Apelação improvida." (AC 66.571 - 3203581 - *DJ* 28.02.85.).

Os pronunciamentos dos Regionais não discrepam do entendimento tradicional, como se depreende das ementas de decisões proferidas no âmbito do TRF da 1ª Região, relatadas pelos Juízes Tourinho Neto e Fernando Gonçalves:

"Previdenciário. Serviço Social da Indústria (SESI). Isenção. Contribuições para o FUNRURAL e o INCRA.

- O Serviço Social da Industria - SESI, não sendo empresa industrial, rural ou assemelhada, e sim uma entidade assistencial sem fins lucrativos, goza, nos termos dos arts. 12 e 13, da Lei nº 2.613/55, de ampla isenção fiscal, não estando obrigado a recolher contribuições para o FUNRURAL e o INCRA.

- Apelação e remessa improvidas." (AC 17382/DF - TRF 1ª Região, *DJ* 20.08.92).

"Tributário. Contribuições para INCRA e o FUNRURAL. SENAI. Isenção.

- Do enunciado da Lei nº 2.613/55, resulta, em decorrência da equiparação do SENAI - irmão gêmeo do SESI - à União Federal, que onde houver exclusão desta, haverá semelhante privilégio para aquele, desobrigando-o, no caso concreto, de contribuir para o INCRA.

- Quanto à contribuição para o FUNRURAL, não sendo o SENAI uma empresa ou entidade dedicada a atividade rural, a manifestação jurisprudencial, além de colocar em relevo o descabimento da exigência, dispensa maiores comentários a respeito.

- Precedentes do TFR e do TRF 1ª Região.

- Apelação provida." (AC 8758/MG, TRF 1ª Região, *DJ* 03.12.90.).

Também assim tem-se manifestado o TRF da 2ª Região, a exemplo destes julgados da relatoria dos Juízes Tânia Heine e Frederico Gueiros:

"Previdenciário - FUNRURAL - SESI.

I - Descabe a equiparação do SESI a empresa, não estando, portanto, compelido a recolher as contribuições previdenciárias relativas ao FUNRURAL e ao INCRA, por se tratar de entidade de assistência social.

II - Recurso e remessa necessária improvidos." (AMS 344-RJ, TRF 5ª Região, *DJ* 16.07.91).

"Previdenciário e Administrativo. Contribuições à Previdência Rural - Serviço Social da Indústria (SESI).

- Trata-se de órgão de assistência social, não sujeito às prescrições legais e concernente ao custeio do Funrural e INCRA, até porque a assistência social a que a se dedica aproveita ao trabalhador urbano. O SESI, portanto, por sua natureza, não está obrigado à aludida obrigação.

- Apelação e remessa improvidas. Sentença confirmada." (AMS6374/RJ, TRF 2ª Região - DJ 30.11.93.).

Adoto igual entendimento. Mantendo a sentença.

Isto posto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

REMESSA EX OFFICIO Nº 64.390-PE

Relator: O SR. JUIZ **RIDALVO COSTA**
Parte Autora: FAZENDA NACIONAL
Parte Ré: PAPELÃO ONDULADO DO NORDESTE S/A
Advogado: DR. MARCO TÚLIO CARACIOLO (PARTE R)
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA - PE

EMENTA

Processual Civil. Embargos do Devedor. Oposição antes de iniciada a execução. Incabimento.

Ajuizamento dos embargos logo após o trânsito em julgado da sentença homologatória, porém antes de iniciada a execução.

A conclusão do processo de liquidação, por si só, não autoriza a interposição da ação incidental de embargos do devedor.

O início da execução, com a citação válida do devedor para cumprir a obrigação ou opor embargos, é pressuposto objetivo da ação incidental, na execução contra a Fazenda Pública.

Extinção do processo sem julgamento do mérito.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade e em preliminar, conhecer da remessa para extinguir o processo sem julgamento do mérito, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento do mérito.

Recife, 15 de dezembro de 1994 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: Cuida-se de embargos à execução de sentença opostos pela Fazenda Nacional logo após o trânsito em julgado da sentença homologatória dos cálculos de liquidação.

Na inicial dos embargos, alegou-se, em resumo, que, inobstante não haver ofertado oportuna impugnação aos cálculos de liquidação (Súmula 188 do ex-TFR), nem interposto recurso de apelação contra a sentença homologatória, "os cálculos de correção monetária se acham elaborados de maneira insuficiente à perfeita constatação da sua exata quantificação, e mais, por não vislumbrar nos autos qual a exata quantificação da dívida

exeqüenda, a Fazenda Nacional argui o excesso de execução como matéria a ser apreciada e decidida nos presentes embargos." (fls. 03).

O MM. Juiz Federal julgou improcedentes os embargos.

Não houve recurso voluntário.

Sentença submetida ao duplo grau obrigatório.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): Observo, inicialmente, que os presentes embargos foram opostos após o trânsito em julgado da sentença homologatória, porém antes de iniciada a execução.

A conclusão do processo de liquidação, por si só, não autoriza a interposição da ação de embargos do devedor.

No tocante aos pressupostos específicos da ação incidental, ensina Vicente Grego Filho: "São pressupostos objetivos dos embargos: a) o prazo; e b) estar seguro o juízo.

O devedor oferecerá os embargos no prazo de dez dias, contados: I - da intimação da penhora; II - do termo de depósito da coisa; III - da juntada aos autos do mandado de imissão na posse, ou de busca e apreensão, na execução para a entrega de coisa, se o devedor não fez o depósito voluntariamente; IV - da juntada aos autos do mandado de citação, na execução das obrigações de fazer ou de não fazer. O prazo é de preclusão.

(...)

É condição da ação de embargos, que concerne ao interesse processual adequação (v. Cap. 2, n. 14.2 e 14.3, v. 1), a exigência de estar seguro o juízo: I - pela penhora na execução por quantia certa; II - pelo depósito na execução para entrega de coisa ou imissão na posse ou busca e apreensão concretizada.

Enquanto não se concretizar a penhora ou o depósito não é possível a apresentação de embargos, podendo, todavia, o devedor peticionar a respeito de incidentes anteriores, como o oferecimento de bens, a impugnação à escolha da coisa, como se viu nas diversas espécies de execução. Atacar o título, porém, somente por meio de embargos e após os atos processuais acima referidos."

(in Direito Processual Civil Brasileiro, 3º vol., Ed. Saraiva, São Paulo, 5ª edição, pp. 107/108).

Tratando-se de execução contra a Fazenda Pública, a regra é a insculpida no art. 730, *caput*, do CPC:

"Art. 730. Na execução por quantia certa contra Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em dez (10) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:"

Ou seja, homologada a conta e após o trânsito em julgado da sentença homologatória, a devedora, no caso a Fazenda Pública, seria citada para opor embargos à execução. Esta citação é indispensável, conforme decidiu o Egrégio STJ:

"Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, é indispensável a citação para opor embargos" (STJ - 1ª Turma, REsp 8.611-PR, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 17.4.91, deram parcial provimento, v.u., DJU 13.5.91, p. 6.071, 2ª col., em.).

Não é possível a interposição de embargos antes da citação do devedor, pressuposto para instauração válida da relação processual.

Com essas considerações, conheço da remessa para, em preliminar, extinguir o processo sem julgamento do mérito.

É como voto.

REMESSA EX OFFICIO Nº 68.787-PE

Relator: O SR. JUIZ **FRANCISCO FALCÃO**
Parte Autora: TRANSPORTADORA RELÂMPAGO LTDA.
Parte Ré: FAZENDA NACIONAL
Advogados: DRS. RITA VALÉRIA DE CARVALHO CAVALCANTE E OUTRO (PARTE A)

EMENTA

Tributário. Medida Cautelar. Depósito em Juízo. A medida cautelar visa a assegurar a manutenção do *status quo* ante ao se analisar a ação principal. Presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, indispensáveis para a concessão da medida. Remessa improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa *Ex Officio* nº 68.787-PE, em que são partes as acima mencionadas, acorda a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à remessa, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 07 de março de 1995 (data do julgamento).

JUIZ HUGO MACHADO - Presidente

JUIZ FRANCISCO FALCÃO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO: Cuida-se de remessa oficial de sentença que julgou procedente ação cautelar, assegurando o depósito das quotas do seu imposto de renda, ano-base de 1988, bem como do depósito para reinvestimento (art. 23, Lei nº 5.508/68), até o julgamento da ação principal, sem a incidência da correção monetária prevista na Lei nº 7.738/89, por entendê-la inconstitucional.

Sem contra-razões, vieram-me os autos por distribuição.

Peço a inclusão do feito em pauta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO FALCÃO (Relator): A ação cautelar interposta visou a assegurar a não-incidência, nos valores depositados em juízo, da cominações previstas na Lei nº 7.738/89, a qual, na ação principal, é discutida a sua constitucionalidade.

Ao se analisar a presente lide, busca-se, sem adentrar no mérito do assunto, verificar a observância dos requisitos indispensáveis à cautelar, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

A autora demonstra em seu petitório estar amparada no art. 151, II, CTN, bem como que a não realização do depósito pleiteado ensejaria a incidência da correção monetária prevista na Lei nº 7.738/89 e outras cominações legais, que tornaria insubsistente o resultado da ação principal, acaso vencedora.

Ademais, conforme bem demonstrou a sentença monocrática, existem precedentes nesta Egrégia Corte.

Diane do exposto, sem maiores considerações, por desnecessárias, nego provimento à remessa oficial.
É como voto.

REMESSA EX OFFICIO Nº 79.999-CE

Relator: O SR. JUIZ **NEREU SANTOS**
Parte Autora: MARIA DAS DORES CARNEIRO CAVALCANTI
Parte Ré: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA - CE
Advogados: DRS. GERALDO BEZERRA DE SOUZA (PARTE A) E
ALEXANDRE RODRIGUES DE ALBUQUERQUE E OUTROS (PARTE R)

EMENTA

Mandado de Segurança. Ensino superior. Concurso para Professor Auxiliar de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Ceará. Declaração de sua invalidade por não ter o Departamento de Direito Privado apreciado os requerimentos de inscrição dos candidatos. Impossibilidade. Vício formal não essencial. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 14 de fevereiro de 1995 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: Maria das Dores Carneiro Cavalcanti impetrou mandado de segurança contra ato do Magnífico Reitor da Universidade Federal do Ceará e do Chefe do Departamento de Direito Privado da UFC insurgindo-se contra a anulação do concurso para Professor Auxiliar de Direito do Trabalho, do qual participou e obteve a 1ª colocação.

Integrou a lide na qualidade de litisconsorte passivo necessário, Francisco Gerson Marques de Lima.

O MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança, ao argumento de que os candidatos aprovados não poderiam sofrer prejuízo devido à não apreciação pelo Departamento de Direito Privado de seus requerimentos de inscrição, que foi a causa da invalidação do certame.

Inconformada, a Universidade Federal do Ceará interpôs apelação, alegando que a declaração de invalidade do certame, em face do vício formal verificado no processo administrativo de inscrições, não feriu o direito líquido e certo da impetrante.

Foram oferecidas contra-razões.

Foi requerida pela apelante, às fls. 85 dos autos, a desistência do recurso.

Subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): A Universidade Federal do Ceará requereu,

às fls. 85 dos autos, a desistência da apelação interposta.

Desta forma, homologo a desistência requerida e passo ao exame da demanda, por força da remessa oficial.

Como se observa, pretende a impetrante tornar sem efeito o ato da autoridade coatora que anulou o Concurso para Professor de Direito do Trabalho do Departamento de Direito Privado da UFC, o qual obteve a 1ª colocação.

Argumenta a impetrante que, após percorridas todas as fases do concurso, o resultado final foi encaminhado para o Colegiado do Departamento de Direito Privado, que, ao colocá-lo em discussão, resolveu anular o certame, ao argumento de que este não havia observado o disposto no art. 5º, da Resolução nº 07/CEPE/85.

Nas suas informações, a autoridade impetrada alega que a irregularidade que motivou a anulação do concurso consiste na "inexistência de qualquer verificação da documentação e títulos apresentados pelos candidatos, quer pela Comissão Especial designada pela Portaria nº 08, de 12.03.91, quer pelo próprio Departamento, como determinado pelo art. 5º, da citada Resolução nº 07/CEPE, de 08.05.85..."

Manifestou-se o litisconsorte passivo necessário, alegando que a apreciação dos requerimentos de inscrição e o parecer da Comissão Especial eram curiais para examinar a regularidade de documentos apresentados e dos títulos dos candidatos.

Na sentença concessiva da segurança, o eminent Magistrado *a quo* entendeu que os candidatos não poderiam sofrer prejuízo em face da omissão do Departamento de Direito Privado, que não apreciou os requerimentos de inscrição; daí é que reconheceu a validade do certame, declarando insubsistente o ato administrativo que declarou nulo tal processo seletivo.

Reporto-me, agora, ao parecer do duto Representante do *Parquet*, que, atuando na 1ª instância, assim se pronunciou:

"A atividade hermeneuta, *in casu*, deve começar pela aferição do sentido e alcance da norma fundante do ato impugnado e as consequentes atribuições da referida Comissão Especial. Na realidade, a manifestação desse colegiado circunscreve-o, pela dicção normativa, à apreciação dos requerimentos das inscrições dos postulantes ao certame. Tanto é assim que um eventual indeferimento desafia recurso administrativo ao Conselho Departamental (vide Res. 07/CEPE/85, art. 5º, § único).

Não consta, por conseguinte, dentre as suas atribuições, a aferição dos títulos com o objetivo de mensurá-los. O exame do título cabe às Comissões Julgadoras, cujos membros atribuirão as notas, individualmente, por força de disposição literal (Resolução 07/CEPE/85, art. 12)

'Art. 12 - Os membros das Comissões Julgadoras atribuirão, individualmente, uma nota ao exame de títulos e outra a cada prova referida no art. 2º, pelo sistema numérico de 0 (zero) a 10 (dez), em números inteiros, considerando-se classificáveis os candidatos que não obtiverem qualquer nota inferior a 6 (seis).'

Aqui reside a coluna vertebral da pretensão deduzida em juízo: se a análise dos títulos e sua consequente dosimetria não constituem um dever jurídico imposto à Comissão Especial - e sim à Comissão Examinadora - , como entender a sua manifestação como imprescindível ao prosseguimento do certame? A essencialidade de uma solenidade não deve ser assim entendida em função da prejudicialidade que sua preterição acarrete ao procedimento, dados os seus efeitos nos atos subseqüentes? Não configurando a aferição dos títulos uma tarefa da Comissão Especial, em face da regra de competência susomencionada (art. 12), não restaria prejudicada a inferência do Chefe do Departamento de que impugnado seria essencial à validade do certame, vez que se tornou impossível o regular exame e pontuação dos títulos? (fls. 37). A resposta se impõe afirmativamente, precisamente pelo fato de regra da competência pertinente à Comissão Especial não hospedar o exame e a pontuação dos títulos apresentados.

Em síntese: as atribuições conferidas à Comissão Especial exaurem-se na apreciação dos pedidos de inscrição. A ausência de manifestação do Poder Público a respeito na fase procedural adequada, com o prosseguimento do certame sem vedação a qualquer dos candidatos, sinaliza um ato de conteúdo decisório a favor do deferimento das postulações, originando direitos subjetivos públicos, em face de sua imodificabilidade entre a Administração e os administrados - os candidatos - destinatários da decisão interna do Poder Público. Os concorrentes do certame participaram das fases subseqüentes, não tendo havido qualquer impugnação interna (recursos administrativos) a desafiar, tempestivamente, o silêncio da Administração. Ao efeito jurídico daí decorrente, denominam os administrativistas de preclusão administrativa - também conhecida pelo *nomen iuris* de coisa julgada administrativa responsável pela imodificabilidade das relações jurídicas constituídas.

.....

Observe-se que o recurso administrativo interposto pelo candidato Francisco Gerson Marques de Lima - litisconorte necessário passivo - visou a uma reforma das notas atribuídas por ocasião da prova de títulos, fase procedural distinta e posterior àquela de apreciação do pedido de inscrições a que se refere a regra de competência (art. 5º) - sustentáculo normativo do ato atacado.

Ademais, resta inolvidável que a legitimidade presuntiva do ato impugnado não resistiria a um perfunctório confronto com o princípio da moralidade administrativa, que assumiu foros de pauta jurídica em face da nova ordem constitucional (CF, art. 37, *caput*). Com efeito, restam desatendidos os cânones da lealdade e boa-fé (2) da Administração perante os administrados, uma conduta administrativa permissiva da disputa do certame - por força do silêncio aventado -, que submete os candidatos a uma seqüência penosa e desgastante de provas escritas e oral para, ao apagar das luzes, vislumbrar um vício de formalidade, cuja responsável seria a própria Administração, e ignorar situações jurídicas consolidadas. (fls. 56/60).

Adotando integralmente as razões expostas no brilhante parecer do Ministério Público, reconheço insubstancial o ato administrativo que resultou na anulação do concurso realizado pela Universidade Federal do Ceará, para Professor Auxiliar da Faculdade de Direito, do Departamento de Direito Privado, para a disciplina de Direito do Trabalho, do qual participou a impetrante.

Com estas considerações, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.