

Revista 33 - julho/setembro 1998

DOCTRINA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO: PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

FRANCISCO ALVES DOS SANTOS JÚNIOR

Juiz Federal da 2ª Vara-PE

Prof. de Direito Financeiro e Tributário da Universidade Católica de Pernambuco

A Lei nº 6.830/80 estabelece no § 3º do seu art. 20 que a inscrição do crédito da Fazenda Pública em Dívida Ativa suspende a fluência do prazo de prescrição por 180 (cento e oitenta) dias, e o § 2º do seu art. 8º, que o despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.

E como que procurando eternizar o prazo de prescrição dos créditos da Fazenda Pública, o art. 40 desse diploma legal determina que o Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora e, nesses casos, estabelece que não correrá o prazo de prescrição.

Mencionados dispositivos legais, além de contrariarem a própria *ratio iuris* que justifica a existência do instituto da prescrição no mundo do direito, a segurança jurídica, não se amoldam ao parágrafo único do art. 174 do Código Tributário Nacional, onde se encontra estabelecido que a prescrição somente será interrompida com a citação pessoal do devedor, protesto judicial, constituição do devedor em mora por ato judicial, ou reconhecimento do devedor, por qualquer ato, da existência da dívida.

EDVALDO Pereira BRITO, reconhecido tributarista baiano, na sua Tese de Livre Docência, apresentada e aprovada na Faculdade de Direito da USP, no ano de 1997, sob o título de "Decadência e Prescrição Tributárias no Direito Brasileiro", tendo em vista as imperativas regras do art. 174 e respectivo parágrafo único do Código Tributário Nacional, ensina:

"Portanto, somente a citação pessoal pode interromper prescrição, não valendo qualquer das outras modalidades previstas pela processualística. Aqui são pertinentes todas as considerações já expendidas sobre a hierarquia superior do Código Tributário Nacional em relação à Lei nº 6.830/80". (Pág. 119)¹.

Óbvio que ao longo da sua Tese o referido tributarista fez menção às demais causas de interrupção da prescrição arroladas no referido parágrafo único do art. 174 do CTN, também concluindo que as regras referentes a esse instituto que se encontram na Lei nº 6.830/80 e no Código de Processo Civil não se aplicam no campo tributário, porque para esse ramo do direito a Constituição (art. 146) estabelece caber única e exclusivamente à Lei Complementar (no caso, o CTN) traçar regras sobre a decadência e a prescrição.

O C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, já no ano de 1986, adotou a tese supra, verbis: "Execução fiscal. A interpretação dada, pelo Acórdão recorrido, ao art. 40 da Lei nº 6.830/80, recusando a suspensão da prescrição por tempo indefinido, é a única susceptível de torná-lo compatível com a norma do art. 174, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, a cujas disposições gerais é reconhecida a hierarquia de Lei Complementar".

FONTE: RTJ 119/328-331, Relator MIN. OCTÁVIO GALLOTI. 1ª Turma. Unânime. Julgamento de 08.08.1986. Recorrente Estado de São Paulo, Recorrido Cabral e Frederico Ltda.

No v. Acórdão que deu ensejo ao supramencionado RE, o respectivo d. Desembargador Relator assim fundamentou o seu r. voto:

"Por outro lado, ocorreu a prescrição intercorrente nos termos do artigo 174 do Código Tributário Nacional. Assim, após a Fazenda ter requerido a extração de certidões 'para efeito de habilitação preferencial na Falência decretada' (fls. 7v.), os autos foram arquivados por determinação judicial em 13.12.76 (fls. 9v) e ficaram nessa situação até 28.12.83, quando o MM. Juiz reconheceu a existência da prescrição intercorrente pela paralisação durante sete anos. Inaplicável à espécie o artigo 40 da Lei nº 6.830/80, nos termos pretendidos pela Fazenda, o que equivaleria na violação do princípio geral de que não pode existir obrigações patrimoniais imprescritíveis. 'Outro entendimento', como diz Milton Flaks, 'importaria em tornar os débitos fiscais imprescritíveis, pela suspensão indefinida' (Comentários à Lei da Execução Fiscal - Forense - 1981, pág. 350)". (Pág. 329 da RTJ 119).

E atualmente a mesma tese vem sendo objeto de reiteradas r. decisões do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, das quais, para não ser cansativo, transcrevo apenas uma:

"EMENTA: Execução Fiscal. Prescrição. Paralisação do feito por prazo superior a cinco anos. Artigos 40 da Lei nº 6.830/80 e 174 do Código Tributário Nacional. Interpretação harmônica.

A norma do art. 40 da Lei nº 6.830/80 há que ser interpretada em consonância com o art. 174 do CTN, prevenindo, assim, a indefinição do prazo.

Precedentes do STJ.

Recurso desprovido."

No seu r. voto, o d. Ministro Relator do E. STJ, Dr. HÉLIO MOSIMANN, assim argumentou:

"No Recurso Especial nº 1.942, também do Estado do Paraná, o eminente Relator, Ministro José de Jesus, assim resumiu a posição adotada pela Turma, em sua ementa:

"Tributário. Execução fiscal. Prescrição. CTN. Art. 174. Lei nº 6.830/80. Art. 40.

I - As disposições do art. 40 e seus parágrafos da Lei nº 6.830/80 devem ser interpretadas em harmonia com o princípio geral da prescrição tributária contido no art. 174 do Código Tributário Nacional, que é lei complementar.

II - Este entendimento de afastar a prescrição por tempo indefinido, se assenta no princípio de que deve haver um momento de estabilidade jurídica, geradora da paz social, que é o objetivo primordial do Poder Judiciário, e esta estabilidade, em termos de prescrição da ação para a cobrança do crédito tributário, se assenta no art. 174, fixada em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva, só interrompida nas hipóteses que enumera no seu parágrafo único, não incluídas nestas a do art. 40 da Lei nº 6.830/80." (Negritei).

FONTE: Revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, a 6, (60): 195-418, agosto de 1994, págs. 296-298. Decisão Unânime. 2ª Turma. Julgamento de 17.05.1993. Rel. Min. HÉLIO MOSIMANN.

Portanto, se após o Lançamento do Crédito Tributário fluir o prazo de 5 (cinco) anos fixado no caput do art. 174 do CTN, sem que o Executado tenha sido citado pessoalmente e sem que tenha ocorrido qualquer uma das outras medidas arroladas no mencionado parágrafo único desse dispositivo do CTN (protesto judicial - constituição do devedor em mora por ato judicial - e reconhecimento do devedor, por qualquer ato, da existência da dívida), na hipótese de Ação de Execução Fiscal em andamento, o Juiz pode e deve, de ofício, pronunciar a prescrição intercorrente do crédito tributário, não só por medida de ordem pública e com a finalidade de fazer observar o princípio da segurança jurídica, mas

também porque o efeito da prescrição em direito tributário é idêntico ao da decadência: ambas extinguem o próprio crédito tributário (art. 156 - VI do CTN), ou seja, no direito tributário a prescrição tem efeito mais forte que no direito privado. Neste extingue apenas a possibilidade de o credor exigir o direito por intermédio da ação pertinente, situação essa que, na feliz expressão de ALIOMAR BALEEIRO, faz com que o direito do credor permaneça como “um revólver sem gatilho”. No direito tributário, a prescrição faz o próprio “revólver” desaparecer. É tanto que, na lição de HUGO DE BRITO MACHADO, diante de um crédito tributário prescrito, a repartição fiscal não poderá negar o fornecimento de Certidão Negativa de Débito ao Contribuinte, verbis:

“Se a prescrição atingisse apenas a ação para cobrança, mas não o próprio crédito tributário, a Fazenda Pública, embora sem ação para cobrar seus créditos depois de cinco anos de definitivamente constituídos, poderia recusar o fornecimento de certidões negativas aos respectivos sujeitos passivos. Mas como a prescrição extingue o crédito tributário, tal recusa, obviamente, não se justifica”.²²

O Juiz Federal WILNEY MAGNO DE AZEVEDO SILVA, em bem elaborado trabalho de doutrina, sob o título de O Reconhecimento Judicial da Prescrição Tributária na Execução Fiscal³³, amparando-se nos ensinamentos de vários juristas, principalmente nas lições de SEBASTIÃO DE OLIVEIRA LIMA, lançadas no trabalho A Declaração pelo Juiz, de Ofício, da Prescrição Tributária, publicado no Caderno de Pesquisas Tributárias, 3ª Tiragem, 1991, demonstra com segurança que, em face do mencionado efeito da prescrição no campo do direito tributário, pode e deve ser reconhecida de ofício pelo Juiz, com as seguintes conclusões:

“1. À semelhança da prescrição penal, a prescrição tributária apresenta efeito de caducidade, porque extingue o crédito tributário (direito material).

2. Assim, tal como ocorre no âmbito penal, é possível ao juízo reconhecer, de ofício, a prescrição tributária”. (Página 117 da Revista nº 03 do CEJ do CJF).

Concluindo, a prescrição do crédito tributário rege-se exclusivamente por regras consignadas em Lei Complementar e, por ter o mesmo efeito da decadência tributária, envolver norma de ordem pública e ser fundamentada no princípio da segurança jurídica, pode e deve ser reconhecida de ofício pelo Juiz quando constatada sua concretização nos autos de Ação de Execução Fiscal ou em qualquer demanda judicial tendo por Autora a Fazenda Pública.

Recife, outubro de 1998

A NOVA LEI AMBIENTAL: QUESTÕES RELACIONADAS À JUSTIÇA FEDERAL ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA

Juiz Federal da Vara de Campina Grande

Professor da UFPB

A Lei nº 9.605, de 12.02.98, publicada no DOU de 13.02.98, com vacatio legis de 45 dias, já que vetado o dispositivo que determinava a sua vigência imediata, veio introduzir profundas modificações no trato das questões ambientais.

Em primeiro lugar, e no que andou muito bem, consolidou a legislação anterior que, além de esparsa, não era sistematizada e contava com inúmeros defeitos de técnica legislativa, o que dificultava sobremaneira a efetiva aplicação. A imprecisão dos dispositivos, tanto do Código de Caça, quanto do Código Florestal, do Código de Pesca e da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, ensejavam o próprio desconhecimento da legislação pela sociedade e, não raro, a anulação pelo Judiciário de ações desenvolvidas pela fiscalização ou mesmo a absolvição dos acusados.

Mas, o grande mérito da nova Lei Ambiental é, sobretudo, adequar as sanções, tanto

administrativas quanto civis e penais, à nova realidade social. As penas passaram a ter um maior equilíbrio, evitando-se os exageros e as minimizações, que levavam à impunidade. A retribuição penal deve ser proporcional ao dano social ocasionado pelo crime. Esse norte orientou a nova lei, que deu, ainda, preferência às penas chamadas “alternativas”, no que segue a atual tendência mundial.

Houve a criminalização de condutas anteriormente atípicas, até porque resultantes de ações antes não verificadas na sociedade, como a dos “grafiteiros” ou “pichadores”.

Verifica-se, ainda, o advento da responsabilização penal das pessoas jurídicas, como solução para o fenômeno do crescimento das empresas, com a dificuldade natural em identificar a pessoa física verdadeiramente responsável pelo dano ambiental, o que levava irremediavelmente à impunidade.

Mas, é claro, como toda novidade, a Lei Ambiental também tem sido alvo de inúmeras críticas.

Em trabalho recente, Ivan Lira de Carvalho, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e Juiz Federal naquele Estado, aponta que o art. 54 da nova lei repete a falha do art. 15 da Lei nº 6.938/81 (Lei de Política Ambiental), definindo o tipo que convencionou-se chamar de “poluição genérica ou poluição sob qualquer forma, dando azo a que as críticas vicejassem, sob a acusação de que a largueza das condutas e dos termos do artigo em destaque não deixavam margens precisas aos destinatários da norma (os sujeitos ativos em potencial). Inculpava-se de inconstitucional o artigo, por vê-lo divorciado do já falado princípio da legalidade penal”. (In Questionamentos sobre a norma penal em branco, em matéria de crimes ambientais).

O jurista Miguel Reale Júnior tece críticas muito mais contundentes à nova lei ambiental, especialmente aos artigos 29, caput e § 3º, 30, 32 caput e § 1º, 37, 40, caput e § 3º, 49 e 67. (A Lei Hedionda dos Crimes Ambientais, Folha de São Paulo, 07.04.98)

É verdade que há exageros na Lei 9.605/98, como a punição, a título de culpa, do DANO cometido contra jardim público ou particular (pisar sem querer em flor do jardim do vizinho, como exemplifica Reale Júnior), a punição do crime de maus tratos contra animais (detenção de 3 meses a 1 ano e multa) com pena superior ao crime de maus tratos contra pessoas (2 meses a 1 ano de detenção OU multa - CP, art. 136)) e a incriminação de cientistas que se utilizarem de animais em suas experiências, na maioria das vezes na busca da cura de doenças que vitimam os seres humanos, pois é vaga a expressão “quando existirem recursos alternativos”.

Contudo, sopesadas as vantagens oferecidas e as imprecisões técnicas da lei, perfeitamente possíveis em qualquer obra humana, pensamos que o saldo é positivo.

Merece aplauso, pelo todo sistematizado e coerente.

Registro especialmente as seguintes disposições:

- Criminalização da pichação ou grafitismo (LA, art. 65);
- perdão judicial na hipótese de guarda doméstica de animal não ameaçado de extinção (LA, art 29, § 2º);
- fabricar, vender ou transportar balões tornou-se crime (LA, art. 42);
- liquidação da pessoa jurídica, no caso de ser criada ou usada para facilitar ou ocultar crime definido na LA (art. 24).

o

De notar, ainda, que a jurisprudência já vinha entendendo, sobretudo em região sofrida e pobre como a nossa, assolada constantemente pela estiagem, que acarreta grandes privações para a população, que o abate de animal silvestre, para saciar a fome do agente ou de sua família, não constituía crime. A nova Lei Ambiental deixou expressa aquela excludente de criminalidade (art. 37, I).

Vejam, agora, algumas questões relacionadas diretamente à Justiça Federal.

DA COMPETÊNCIA FEDERAL:

Em primeiro lugar, convém distinguir entre a competência em matéria criminal da competência cível.

Quanto a esta última, de acordo com a CF, a Justiça Federal é competente, em regra, quando a União, autarquias e empresas públicas federais forem interessadas, na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes.

Assim, no que tange à matéria cível, a Justiça Federal é competente, por exemplo:

1º - para as execuções fiscais promovidas pelo IBAMA para cobrança do débito relativo a autuação fiscal por desrespeito a dispositivo da Lei Ambiental. Vale salientar que a execução pode ser movida em Comarca do Interior que não for sede de Vara Federal, mas com recurso para o TRF competente;

2º - para a ação promovida pelo particular para anulação daquela mesma autuação;

3º - para o processo e julgamento de mandado de segurança contra autoridade federal (Superintendente do IBAMA, Capitão dos Portos etc.)

4º - para ação civil pública ambiental, em que figure como parte (autor ou ré), assistente ou oponente a União, empresa pública ou autarquia federal, como o IBAMA. Convém registrar que, quanto à ACP, mesmo naquelas hipóteses, o Juízo competente será o estadual, com jurisdição sobre o local do dano ambiental, quando não for sede de Vara Federal (Súmula 183 do STJ). Segundo entendo, ainda, o simples fato do Ministério Público Federal ser o autor da ação, não atrai a competência da Justiça Federal.

Não houve, portanto, qualquer alteração com o advento da nova Lei Ambiental.

Já em relação à competência em matéria criminal, alguns registros são necessários.

Determina a Constituição Federal:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;”

Logo, a competência criminal é constitucionalmente prevista, de modo taxativo.

Os crimes contra a fauna, previstos na Lei de Caça (Lei nº 5.197/67), eram processados e julgados na Justiça Federal, vez que os animais silvestres são de propriedade da União.

Quanto àqueles animais, a competência, naturalmente, continua com a Justiça Federal.

Mas, deve-se ressaltar que nem todos os crimes previstos na Seção DOS CRIMES CONTRA A FAUNA da Lei 9.605/98 serão processados e julgados pela Justiça Federal, a exemplo dos maus tratos a animais domésticos, de propriedade particular, ou ainda na hipótese de experiência cruel realizada por cientista em animal doméstico.

Nessas hipóteses, inexistente crime em detrimento do patrimônio, bens, serviços ou interesses da União, autarquia ou empresa pública federal.

Interessante notar que algumas contravenções previstas na Lei nº 4.771/65 (Código Florestal) foram transformadas em crime.

Logo, na Seção DOS CRIMES CONTRA A FLORA, ao contrário do que ocorria anteriormente, pois as contravenções são sempre da competência da Justiça Estadual, o fato poderá ser CRIME FEDERAL, se, por exemplo, a floresta danificada ou destruída estiver incluída em Parque Nacional, de propriedade da União.

A novidade é de extrema importância, e para ela deve ser chamada a atenção, inclusive porque serão da competência federal, não apenas os delitos de maior gravidade, como os grandes incêndios, mas também pequenos delitos, como, para exemplo com exagero, destruir culposamente planta de ornamentação de jardim pertencente a órgão público federal.

Na Seção DA POLUIÇÃO E OUTROS CRIMES AMBIENTAIS, podemos destacar, como de competência da Justiça Federal, o crime de “Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou

em desacordo com a obtida” (LA, art. 55).

Na Seção DOS CRIMES CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO CULTURAL, a competência será da Justiça Federal quando a destruição, inutilização ou deterioração for de bem público federal, ou bem particular, mas tombado pelo Patrimônio Histórico Nacional, pois, nessa última hipótese, haveria interesse da União.

Interessante, nessa Seção, a introdução do tipo de “Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano”. Ora, se o bem “pichado” for da União, ou de suas autarquias ou empresas públicas, como, por exemplo, uma parede da UFPB, o crime será federal.

Com relação à Seção DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL, foram especializados vários delitos, cujas ações já constituíam tipos genéricos previstos no Código Penal. Segue-se a regra de que a competência será da Justiça Federal se o agente for servidor público federal (arts. 66 e 67) ou se cometido por particular contra a administração federal (arts. 68 e 69).

Por fim, em relação à competência da Justiça Federal, deve-se ressaltar que a Lei Ambiental, na redação originalmente aprovada pelo Congresso Nacional, pretendia transferir todos os crimes nela previstos para a Justiça Federal.

O dispositivo, vetado pelo Presidente da República, por inconstitucionalidade, previa:

“Art. 26. (...)

Parágrafo único. O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei caberão à Justiça Estadual, com a interveniência do Ministério Público respectivo, quando tiverem sido praticados no território de Município que não seja sede de vara da Justiça Federal, com recurso para o Tribunal Regional Federal correspondente”.

DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS:

O art. 3º da Lei 9.605/98 introduziu em nosso sistema jurídico a responsabilidade das pessoas jurídicas, ao preceituar que “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal, ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade”.

O tema desperta grandes debates.

Em sua obra Manual de Direito Penal, Júlio Fabrini Mirabete ensina:

a

Entretanto, ressalta que “Apesar das dificuldades de ordem doutrinária, porém, a necessidade crescente de definir a colaboração de diretores ou sócios na prática de ilícitos penais tem levado o Direito Penal moderno a caminhar no sentido de responsabilizar-se a pessoa jurídica como sujeito ativo do crime” (op. loc. cit) e acrescenta que a própria Constituição Federal já prevê aquela punição “nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular” (CF, art. 173, parág. 5º) e nas “condutas e atividades lesivas ao meio ambiente” (CF, art. 225, parág. 3º).

Como se vê, a responsabilização das pessoas jurídicas não é mera “invenção” do legislador ordinário, mas tem previsão na própria Constituição Federal, em seu art. 225, parágrafo 3º.

Daí porque não vejo como possa prosperar a afirmação de Reale Júnior, no artigo A LEI HEDIONDA DOS CRIMES AMBIENTAIS, já referido, de que é inconstitucional a criação da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A novidade, já utilizada em alguns países, traz apenas alguns problemas processuais, como, por exemplo, quanto ao interrogatório do réu, conforme anota o emérito ambientalista Vladimir Passos de Freitas:

“A iniciativa foi consequência da regra constitucional prevista no art. 225, § 3º. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas em crimes ambientais é adotada em vários

países, como Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia, Austrália, França e Venezuela. O tema gera acirrados debates. De regra, em torno da ausência do elemento subjetivo do ilícito e face à circunstância das sanções administrativas serem assemelhadas às penais. A LPA prevê três tipos de sanções: multa, restritivas de direitos e prestação de serviços à comunidade (art. 21). Os artigos que se seguem (22 e 23) explicitam em que elas consistirão. Não prevê a lei o rito processual. Evidentemente, não será possível interrogar a pessoa jurídica. A criatividade dos juízes e a orientação doutrinária saberão como contornar tal omissão”.

(Artigo intitulado A NOVA LEI AMBIENTAL).

DO SURSIS E DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO:

A nova Lei Ambiental, seguindo a moderna tendência de que a pena de prisão somente deve ser aplicada em casos extremos, buscou ampliar a possibilidade de aplicação das chamadas “penas alternativas”, que melhor contribuiriam para a ressocialização do delinqüente.

As penas restritivas de direitos, de acordo com o art. 7º da Lei Ambiental, são autônomas e substituem as privativas de liberdade.

São cabíveis quando se tratar de crime culposo ou for aplicada a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos.

Assim, pode ser aplicada em número muito maior de hipóteses, eis que a maioria dos crimes previstos na Lei 9.605/98 tem, inclusive, pena máxima inferior a 4 anos.

Do mesmo modo que no Código Penal, as penas restritivas de direitos terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída.

As espécies de penas restritivas de direito foram ampliadas, em relação às previstas no Código Penal, pela Lei Ambiental, verbis:

“Art. 8º. As penas restritivas de direito são:

- I - prestação de serviços à comunidade;
- II - interdição temporária de direitos;
- III - suspensão parcial ou total de atividades;
- IV - prestação pecuniária;
- V - recolhimento domiciliar”.

O que tem sido objeto de nossas preocupações é o critério que deve seguir o juiz para a escolha entre a pena restritiva de direitos e a aplicação do SURSIS.

É que a suspensão condicional da pena, de acordo com o sistema do Código Penal, é mais gravosa do que a substituição por pena restritiva, pois, no primeiro ano do período de “prova”, em regra, deverá o condenado prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana (CP, art. 78, parágrafo primeiro).

Tanto o SURSIS é mais grave, que é aplicável, de acordo com o sistema geral do Código Penal, para penas mais severas (até dois anos) em relação à mera substituição por pena restritiva, cabível na hipótese de condenação por crime culposo ou a pena inferior a 1 ano.

Certamente houve defeito de técnica, pois, o correto, para manter a coerência do sistema de repressão penal (um dos objetivos da Lei Ambiental), seria a pena restritiva de direitos para as penas até 3 anos e o SURSIS para as penas inferiores a 4 anos, e não o inverso.

Do modo como determinado pela Lei 9.605/98, resta o problema de se resolver em que caso seria aplicado o SURSIS e, nessa hipótese, se seria exigível do condenado, no primeiro ano do período de prova, a prestação de serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana, nos termos do Código Penal.

DO COMÉRCIO

A Lei Ambiental se, por um lado, diminuiu a pena prevista in abstracto, para os atos de

comércio, que antes era de reclusão de dois a cinco anos, passando com a lei nova para “DETENÇÃO DE SEIS MESES A UM ANO, E MULTA”, por outro lado definiu como crime algumas condutas que antes somente eram típicas se comprovada a finalidade comercial. Exemplificando, a CAÇA constituía crime, mas somente era agente do delito o próprio caçador. Se uma pessoa fosse encontrada guardando em depósito ou transportando animais silvestre abatidos, era necessária a demonstração da FINALIDADE COMERCIAL, de acordo com a jurisprudência pacífica.

A nova redação é muito mais objetiva e clara, não mais exigindo-se o objetivo comercial, sendo crime o mero depósito, guarda, cativeiro, utilização ou transporte das espécimes da fauna silvestre:

“Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes de fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida.

Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

§ 1º. Incorre nas mesmas penas:

(...)

III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como, produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente”.

DA APLICAÇÃO IMEDIATA DA PENA E DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO:

Os institutos previstos nos arts. 76 e 89 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099, de 26.09.95) já eram aplicados a todos os processos relativos a crimes cuja pena máxima cominada não fosse superior a 1 ano, inclusive na Justiça Federal.

A novidade é que a aplicação imediata da pena restritiva de direito ou multa, prevista no art. 76 da Lei dos Juizados Especiais, nos crimes ambientais, somente poderá ser “formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade (Lei Ambiental, art. 27).

Com relação à suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95), nos crimes ambientais, exige o art. 28 da Lei 9.605/98:

I - a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5º do artigo referido no caput, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1º do mesmo artigo;

II - na hipótese de o laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo previsto no artigo referido no caput, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição;

III - no período de prorrogação, não se aplicarão as condições dos incisos II, III e IV do § 1º do artigo mencionado no caput;

IV - findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inciso II deste artigo, observado o disposto no inciso III;

V - esgotado o prazo máximo de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano.

CONCLUSÃO:

Essas são apenas algumas reflexões iniciais, logo após a vigência da nova Lei Ambiental. Contudo, somente o tempo ensejará amadurecimento das idéias a respeito da sua verdadeira dimensão e importância para a melhoria da qualidade de vida de todos nós cidadãos.

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 4.281-CE

Relator: O SR. JUIZ **UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE**
Agravante: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ - COELCE
Agravados: MASTER S/A - TECIDOS PLÁSTICOS E OUTRO
Advogados: DRS. PERBOYRE MOREIRA FILHO (AGRTE.) E
ERNANDES NEPOMUCENO DE OLIVEIRA (AGRDOS.)

EMENTA

Processual Civil. Tarifa de energia elétrica. Portaria 45/86-DNAEE. Majoração quando do Plano Cruzado. Ilegitimidade da União Federal. Incompetência da Justiça Federal.
- Prestigia-se o entendimento desta Corte Regional no sentido de reconhecer a "ilegitimidade passiva da União Federal em matéria de reajuste de tarifa de energia elétrica, tendo em vista que a responsabilidade pelos efeitos das normas genéricas que nesse campo edita é, na prática, das sociedades de economia mista concessionárias do serviço". (AG 4.230-CE, Rel. Juiz Castro Meira, DJU 22.03.96, p. 18.071).
- Incompetência da Justiça Federal que se reconhece.
- Agravo provido.

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 ao agravo, reconhecendo a incompetência da Justiça Federal, na forma do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 21 de maio de 1998 (data do julgamento).
JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE: cuida-se de agravo de instrumento interposto contra despacho que deferiu pedido de liminar em ação declaratória, onde se discute a majoração de 20% (vinte por cento) aplicada às faturas mensais de energia elétrica pela portaria nº 45/86-dnaee, quando congelados os preços por força do plano cruzado.

Regularmente processado o recurso, subiram os autos a este tribunal, vindo-me conclusos.

Dispensada a revisão (art. 30, IX, do regimento interno).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (RELATOR): Exsurge, no caso, questão prejudicial à apreciação do mérito, qual seja, a incompetência absoluta da justiça federal para processar e julgar a causa, ante a ilegitimidade da união federal para integrar a lide.

Perfilho o entendimento já manifestado por esta egrégia corte regional, notadamente por esta primeira turma, no sentido de, versando a demanda sobre reajuste de tarifa de energia elétrica, somente as sociedades de economia mista concessionárias do serviço detêm a legitimidade para integrar a lide, porquanto lhes é atribuída a responsabilidade pelos efeitos das normas genéricas editadas nesse campo, o que afasta a legitimidade da união federal e, por conseguinte, impende-se o reconhecimento da incompetência absoluta da Justiça Federal.

Reporto-me, por oportuno, aos julgados assim ementados:

“Processual civil. Reajuste de energia elétrica na vigência do plano cruzado. Legitimidade passiva ad causam apenas da COELCE. Exclusão da união federal. Incompetência absoluta da União Federal.

1. Em face das jurisprudências colacionadas ao meu voto, concluo que somente a COELCE, sociedade de economia mista, detém a legitimidade passiva ad causam para figurar no pólo passivo da presente demanda. Assim sendo, determino a exclusão da União Federal, em face de sua ilegitimidade passiva para figurar nas demandas que versem sobre reajuste de tarifa de energia elétrica na vigência do plano cruzado, e, conseqüentemente, reconheço a incompetência absoluta da justiça federal para o julgamento deste feito.

2. Apelação provida”. (AC 104.060-CE, Rel. Juiz Araken Mariz, DJU 05.09.97, p. 71.549).

“Processual Civil. Agravo de Instrumento. Reajuste de tarifa de energia elétrica. Plano Cruzado. União Federal. Ilegitimidade passiva. Justiça Federal. Incompetência.

1. A jurisprudência desta Corte tem-se definido pela ilegitimidade passiva da União Federal em matéria de reajuste de tarifa de energia elétrica, tendo em vista que a responsabilidade pelos efeitos das normas genéricas que nesse campo edita é, na prática, das sociedades de economia mista concessionárias do serviço.

2. Incompetência da Justiça Federal reconhecida.

3. Agravo provido”. (AG 4.230-CE, Rel. Juiz Castro Meira, DJU 22.03.96, p. 18.071).

“Processual Civil. Reajuste de tarifa de energia elétrica na vigência do Plano Cruzado. Decretos-leis 2.283/86 e 2.284/86. Incompetência da Justiça Federal.

Somente a CEAL, sociedade de economia mista, concessionária do serviço de energia elétrica, tem interesse na ação.

Exclusão da União Federal da lide, por ilegitimidade passiva ad causam.

Incompetência da Justiça Federal”. (AC 82.978-AL, Rel. Juiz Rivaldo Costa, DJU 20.10.95, p. 72.152).

Ante o exposto e adotando o mesmo entendimento expendido nos precedentes jurisprudenciais retromencionados, dou provimento ao agravo, por reconhecer a incompetência absoluta da Justiça Federal.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 11.618-AL

Relator: O SR. JUIZ **PETRUCIO FERREIRA**
Agravante: FAZENDA NACIONAL

Agravada: COMERCIAL MÓDULO LTDA.

EMENTA

Processual Civil. Agravo de Instrumento. Petição em formulário computadorizado. Possibilidade.

1. O caráter instrumental do processo, tendo como corolário a liberdade das formas, goza de prevalência, ressalvadas as exigências estabelecidas por lei.
2. Havendo, por conseguinte, perfeita identificação quanto ao sujeito e ao correspondente objeto, perfeitamente aceitável a utilização de formulário como petição.
3. Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo, nos termos do voto do Juiz Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 26 de maio de 1998 (data do julgamento).

JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA: Cuida a hipótese de agravo de instrumento interposto pela Fazenda Nacional contra despacho da lavra do MM. Juiz Francisco Wildo Lacerda Dantas, da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Alagoas, que, em execução fiscal, inadmitiu petição da ora agravante, uma vez que a mesma veio formalizada em formulário computadorizado, composto de relação de diligências, onde algumas alternativas encontravam-se preenchidas. Formado o agravo e intimado o agravado para os fins do art. 527, III, do CPC, o mesmo não apresentou contraminuta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA (Relator): Cuida a hipótese de agravo de instrumento interposto pela Fazenda Nacional contra despacho da lavra do MM. Juiz Francisco Wildo Lacerda Dantas, da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Alagoas, que, em execução fiscal, inadmitiu petição da ora agravante, uma vez que a mesma veio formalizada em formulário computadorizado, composto de relação de diligências, onde algumas alternativas encontravam-se preenchidas. Insurge-se a agravante, alegando que a referida prática, observando-se a celeridade processual, não deve ser abolida.

Com relação ao *fumus boni juris*, há que observar-se, inicialmente, o caráter instrumental do processo, tendo por corolário a liberdade das formas, as quais apenas possuem padrões predeterminados quando exigido por lei ou quando, sem este padrão, o ato não atinja mais sua finalidade.

Na hipótese, é de serem excluídas da celeuma, gerada pela utilização de formulário para fins processuais, as discussões metajurídicas, como a teleologia de feições pejorativas subjetivamente aceita pelo MM. Juiz monocrático ou as condições de trabalho da Procuradoria da Fazenda Nacional, sendo de observar-se, tão-somente, se há legislação específica regendo a forma do ato invalidado e se este é apto para cumprir suas

finalidades.

É verdade não se poder retirar da competência de quem tenha direção do processo decidir sobre a oportunidade ou não das diligências requeridas, para determinar, de ofício, as que entenda necessárias, exame este, no entanto, reste esclarecido, não identificado no despacho agravado, que, preocupado com a forma, não adentrou no exame da própria matéria de mérito do ali requerido, de modo a sobrepor a forma ao conteúdo.

Direcionando-se o ato invalidado ao andamento do feito, constante de providências para a elucidação da situação financeira do executado e para a garantia do Juízo, não se subsume nas hipóteses em que a lei prescreve forma especial. Por outro lado, contendo clara manifestação de vontade, perfeitamente identificável quanto ao subscrevente e quanto ao objeto, apto o padrão formular ao cumprimento de sua finalidade.

Com relação ao *periculum in mora*, identifico-o no prejuízo ao andamento da referida execução, a princípio legítima, vez que, denegando-se o presente pedido, a mesma apenas terá seu curso retomado após o julgamento do agravo, caso este seja provido.

Desta feita, dou provimento ao presente agravo.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 14.217-CE

Relator: O SR. JUIZ LÁZARO GUIMARÃES
Agravante: ARLINDA BORGES INOJOZA
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
Advogados: DRS. JUSSIER PIRES VIEIRA E OUTRO (AGRTE.)

EMENTA

Processual Civil. Pluralidade de advogados. Desnecessidade de intimação de todos os advogados da mesma parte. Inexistência de requerimento no sentido das publicações serem veiculadas no nome de um deles. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 12 de maio de 1998 (data do julgamento).

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Cuida-se de agravo de instrumento contra despacho do MM. Juiz Federal da 6ª Vara do Ceará, que indeferiu pedido de nova intimação por entender não haver necessidade de serem intimados todos os advogados da mesma parte para que se considere válida a intimação.

É o relatório. Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): Na certidão de fls. 09, trazida pela própria agravante, observa-se que a intimação foi realizada validamente em nome do advogado Abnôncio Moreira Viana, que também milita na presente ação, conforme procuração acostada às fls. 04.

É pacífica a jurisprudência no sentido de que a intimação pode ser dar em nome de qualquer dos advogados habilitados no processo, não havendo necessidade de intimar todos os advogados da mesma parte. Ademais, não consta nos autos qualquer referência a requerimento formulado para veiculação de intimações tão-somente no nome do advogado Jussier Pires Vieira.

Assim, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 14.396-AL

Relator: O SR. JUIZ **UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE**
Agravante: UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS-UFAL
Agravado: SINDICATO DOS TRABALHADORES DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
Advogados: DRS. IALDO BEZERRA PEREIRA E OUTROS (AGRTE.) E GUILHERME BRAGA SANTOS E OUTRO (AGRDO.)

EMENTA

Agravo de Instrumento. Implantação do reajuste de 3,17%. Superveniência de decisão do STF na ADC 4-6/DF.

- A decisão do STF na ADC 4-6/DF, suspendendo a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da Lei 9.494/97 e sustando os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas, reveste de plausibilidade jurídica o pleito deduzido perante o Tribunal para obtenção de tutela antecipada substitutiva que determinou a imediata incorporação a vencimentos de servidores civis do reajuste de 3,17%, na vigência da norma proibitiva considerada liminarmente constitucional (MP 1.570-5, de 22.08.97, que foi convertida na Lei 9.494/97), por decisão do colendo STF.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 25 de junho de 1998 (data do julgamento).

JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE: Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que concedeu pedido de tutela antecipada, referente ao reajuste de 3,17%, de conformidade com art. 28 da Lei nº 8.880/94.

Regularmente processados, vieram-me conclusos os presentes autos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator): A decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucionalidade nº 4-6/DF deu nova orientação às Cortes Regionais e demais órgãos judicantes na apreciação de pedidos de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.

Aquela Excelsa Corte, “por votação majoritária, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender, com eficácia ex nunc e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública”.

No caso de que se cuida, a parte agravante pretende deste Colegiado a revogação da tutela antecipada que assegurou a implantação do reajuste de 3,17% nos vencimentos dos autores-agravados.

A decisão do STF na ADC 4-6/DF, suspendendo a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da Lei 9.494/97 e sustando os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas, reveste de plausibilidade jurídica o pleito deduzido pela parte agravante.

Com efeito, não mais se sustenta, perante a referida decisão do STF, a manutenção da tutela antecipada concedida na vigência da norma proibitiva considerada liminarmente constitucional (MP 1.570-5, de 22.08.97, que foi convertida na Lei 9.494/97), por decisão do colendo STF.

Assim, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 14.747- PE

Relator: O SR. JUIZ **GERALDO APOLIANO**
Agravante: COMPANHIA GERAL DE MELHORAMENTOS EM PERNAMBUCO
Agravada: FAZENDA NACIONAL
Advogados: DRS. LAÍZA MONTEIRO VALENÇA E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA

Tributário. Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso - AITP. Lei nº 8.630, de 1993. Natureza tributária.

1. O Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso – AITP não possui natureza de preço público, haja vista não ter por escopo remunerar o Poder Público por um serviço prestado.

2. Detém o referido adicional natureza tributária, enquadrando-se dentre as contribuições sociais de intervenção no domínio econômico (artigo 149 da Constituição da República).

3. O Decreto nº 1.035, de 1993, ao equiparar aos operadores portuários (sujeitos passivos do AITP, conforme a Lei nº 8.630, de 1993) “os importadores, exportadores ou consignatários das mercadorias importadas ou a exportar (...)”, violou o disposto no artigo 97, inciso III, do Código Tributário Nacional - CTN, segundo o qual somente a lei pode estabelecer a definição do sujeito passivo da obrigação tributária.

4. Presentes os requisitos necessários à concessão da liminar - *fumus boni juris e periculum in mora*.
5. Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos entre partes acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento ao agravo, 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, 26 de março de 1998 (data do julgamento).

JUIZ GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO: Cuida-se de agravo de instrumento contra decisão denegatória da liminar no mandado de segurança impetrado por Companhia Geral de Melhoramentos em Pernambuco, a qual se insurge contra a cobrança do Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso - AITP.

Insurge-se, através do writ, contra ato do Sr. Administrador do Porto do Recife, o qual exige, para o pretendido embarque do açúcar fabricado pela impetrante/agravante, o pagamento do retromencionado AITP.

Argumenta a impetrante/agravante que apenas um único empregado, mediante processo mecânico, transfere todo o açúcar a granel armazenado no terminal açucareiro para o navio transportador, não sendo necessária a utilização de mão-de-obra portuária. O mesmo ocorre no tocante ao álcool.

Argumenta, ainda, que a Lei nº 8.630, de 1993, no seu artigo 65, prevê que o referido adicional deve ser pago pelo “operador portuário”, entendendo ser ilegal o Decreto nº 1.035, de 1993, que equipara os exportadores e os importadores a operadores portuários. Defende, alfim, que o adrede citado Decreto nº 1.035, de 1993, malfere o artigo 3º, inciso II, da Constituição da República, e os artigos 97 e 99 do Código Tributário Nacional - CTN.

Em decisão de fls. 78/79, concedi liminar em caráter substitutivo.

A Fazenda Nacional, ora agravada, em contra-razões, negou houvesse o Decreto nº 1.035, de 1993, extrapolado do poder regulamentar.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): Impõe-se, para o destamar da lide, a prévia perquirição acerca da natureza jurídica do Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso – AITP.

A Lei nº 8.630, de 1993, ao instituir o AITP, dispôs:

“Art. 61 - É criado o Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso - AITP destinado a atender aos encargos de indenização pelo cancelamento do registro do trabalhador portuário avulso, nos termos da lei.

Parágrafo único. O AITP terá vigência pelo período de 4 (quatro) anos, contados do exercício financeiro seguinte ao da publicação desta lei.

Art. 62 - O AITP é um adicional ao custo das operações de carga e descarga realizadas

com mercadorias importadas ou exportadas, objeto da navegação de longo curso”.

O principal argumento da Fazenda Nacional é o de que teria o adicional natureza tarifária, não se sujeitando aos princípios e regras de Direito Tributário (assevera-se que, por não se sujeitar o AITP ao princípio da legalidade estrita, não seriam os sujeitos passivos apenas aqueles previstos na hipótese de incidência, vale dizer, aqueles determinados pela lei).

Penso, averbando a devida vênia aos entendimentos dissonantes, não se enquadrar o AITP como preço público, haja vista ser este último a contrapartida de uma prestação contratual voluntária.

O AITP não tem por escopo remunerar o Poder Público por um serviço prestado; não comporta o adicional nenhum tipo de negociação, quer da parte do Estado, quer do contribuinte. O preço público, diversamente, tem nítida feição contraprestacional.

Pela sua destinação específica, o AITP caracteriza-se como espécie nova de contribuição social.

a

“Tributário. Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso - AITP - Lei 8.630, de 25.02.93.

1. Pela sua destinação - financiar a aposentadoria da categoria - não se pode aceitar o AITP como tarifa ou preço público, estes sempre voltados para a contraprestação de um serviço.

2. Natureza jurídica tributária que se identifica como espécie nova de contribuição social - art. 195, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

3. Inconstitucionalidade a ser examinada pelo Plenário, com a suspensão do exame do apelo (art. 176, do RI)”. (AMS nº 0138021, Rel. Juíza Eliana Calmon, julg. em 15.03.95).

O Juiz Hugo Machado, dissertando acerca das contribuições sociais, definiu-as como “espécie de tributo com finalidade constitucionalmente definida, a saber, intervenção no domínio econômico, interesse de categorias profissionais ou econômicas e seguridade social”. “Neste sentido – acrescenta – pode-se dizer que tais contribuições têm função parafiscal, algumas, e extrafiscal, outras”.

O Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso, em que pesem as argumentações da União Federal, enquadra-se entre as contribuições sociais de intervenção no domínio econômico, a que alude o artigo 149 da Constituição Federal.

Estabelecida a natureza jurídica do AITP, passo a analisar a questão referente à definição do sujeito passivo da exação.

O artigo 65 da Lei nº 8.630, de 1993, foi expresso ao dispor, verbis:

“Art. 65. O AITP será recolhido pelos operadores portuários responsáveis pela carga ou descarga das mercadorias até dez dias após a entrada da embarcação no porto de carga ou descarga, em agência do Banco do Brasil S.A., na praça de localização do porto”. (Grifei).

A própria Lei nº 8.630 define o operador portuário como sendo “a pessoa jurídica pré-qualificada para execução de movimentação e armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, realizado no porto organizado” (art. 1º, parágrafo 1º, II e III).

O Decreto nº 1.035, de 1994, ao regulamentar a referida lei, no entanto, desbordou, em meu entender, das pautas da legalidade, pois equiparou aos operadores portuários os importadores, exportadores e consignatários das mercadorias importadas ou a exportar.

A impetrante/agravante, que realiza apenas operações de exportação de seus produtos e de importação de álcool, não é operadora portuária. Não poderia, dessarte, ser erigida à condição de sujeito passivo por força de mero decreto regulamentador, em clara afronta ao princípio da legalidade, consagrado no artigo 97 do Código Tributário Nacional. O inciso III do citado artigo, inclusive, determina somente caber à lei a determinação do

sujeito passivo tributário.

Forte nessas razões, vale dizer, por encontrar presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* (este último reside, ao meu sentir, na dificuldade de a impetrante/agravante repetir o valor indevidamente exigido), dou provimento ao agravo, mantendo a liminar por mim deferida.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 16.016-PE

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA**
Agravante: RODOTUR TURISMO LTDA.
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogados: DRS. NILZA ARAÚJO ANTONINO E OUTRO (AGRTE.)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DESISTÊNCIA.
- Assiste à impetrante o direito de, independente de justificativa, desistir da ação mandamental a qualquer tempo e sem o consentimento da autoridade coatora.
- Precedentes jurisprudenciais e entendimento doutrinário.
- Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 23 de abril de 1998 (data do julgamento).

JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA: Trata-se de agravo de instrumento, sem pedido de efeito suspensivo, interposto pela Rodotur Turismo Ltda. contra decisão do Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, a de indeferir o pedido de desistência formulado na Ação Mandamental nº 97.9243-7.

Alega a agravante, citando jurisprudência e doutrinadores pátrios, ter direito à desistência do mandado de segurança a qualquer tempo, independentemente de justificativa.

Destarte, requer a revogação da decisão prolatada, com a conseqüente homologação da desistência então pugnada.

A parte agravada, devidamente intimada – art. 527, III, do CPC –, não se manifestou (fls. 71).

Relatei.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): A questão trazida nos presentes autos é por demais debatida, havendo pacífico entendimento jurisprudencial e doutrinário

favorável à pretensão da autora.

Assiste à impetrante, ora agravante, o direito, independente de justificativa, de desistir da ação mandamental a qualquer tempo e sem o consentimento da autoridade apontada como coatora.

Nesse sentido o escólio do saudoso Hely Lopes Meirelles:

“O mandado de segurança, visando unicamente à invalidação de ato de autoridade, admite desistência a qualquer tempo, independentemente de consentimento do impetrado. Realmente, não se confundindo com as outras ações em que há direitos das partes em confronto, o impetrante pode desistir da impetração, ou porque se convenceu da legitimidade do ato impugnado, ou por qualquer conveniência pessoal, que não precisa ser indicada nem depende de aquiescência do impetrado. Portanto, não havendo símile com as outras causas, não se aplica o disposto no § 4º do art. 267 do CPC para a extinção do processo por desistência”. (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”, 15ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1994, pp. 80/81).

Também a jurisprudência pátria, inclusive a desta e. Corte:

“Mandado de Segurança - Desistência.

I - Conforme iterativa manifestação jurisprudencial, o mandado de segurança admite desistência a qualquer tempo, independentemente do consentimento do impetrado.

II - Apelação a que se nega provimento”.

(TRF – 3ª Região, MS 18271-SP, Rel. Juíza Lúcia Figueiredo, 4ª Turma, unânime, DOE, 22.10.90).

“Processual Civil. Mandado de Segurança. Extinção do processo. Desistência. Inaplicabilidade do parágrafo 4º do art. 267 do CPC. Extinção do processo sem julgamento do mérito, art. 267, VIII, do CPC.

1. O mandado de segurança admite desistência a qualquer tempo, independentemente do consentimento do impetrado, inaplicando-se a esta ação o disposto no parágrafo 4º do art. 267 do CPC. Precedentes doutrinário e jurisprudencial.

2. Extinção do processo sem julgamento do mérito”.

(TRF – 5ª Região, MS 54.066-CE, Rel. Juiz Petrucio Ferreira, Plenário, unânime, DJ, 25.07.97).

“Processual Civil. Mandado de Segurança. Desistência. Homologação. Agravo de Instrumento. Desnecessidade de audiência de quem não é a parte.

I - Na ação mandamental assiste sempre ao impetrante o direito de desistir sem que necessária seja a audiência de quem não é parte.

II - A autoridade impetrada, nos autos de mandado de segurança, não assume ônus processual nem vem a juízo como sujeito da lide.

III - À falta de demonstração de legitimidade e de interesse, não se pode recorrer de sentença homologatória de desistência de mandamus.

IV - Agravo de instrumento ao qual se nega provimento”.

(TRF – 5ª Região, AG 121-AL, Rel. Juiz Nereu Santos, 2ª Turma, DOE, 03.02.90).

“Mandado de Segurança. Desistência.

- Tratando-se de mandado de segurança, o impetrante pode sempre dele desistir e ver sua intenção homologada por sentença, independente do assentimento da autoridade apontada como coatora, posto que, no particular, não se aplica o princípio de que a desistência só poderá ocorrer com o consentimento da parte adversa.

- Agravo improvido”.

(TRF – 5ª Região, AG 156-AL, Rel. Juiz Francisco Falcão, 1ª Turma, unânime, DJ, 25.06.90).

“Tributário – ICMS – IN nº 54/81 – Convênio ICM nº 66/88 – Mandado de Segurança – Desistência.

1 - O mandado de segurança é garantia constitucional inconfundível com as demais ações, não se lhe aplicando a regra do artigo 267, par. 4º, do Código de Processo Civil, podendo o impetrante abrir mão da proteção a seu direito líquido e certo, independentemente de aquiescência do impetrado.

2 - Desistência homologada”.

(TRF – 3ª Região, AMS 32355-SP, Rel. Juiz Homar Cais, 4ª Turma, unânime, DJ, 20.05.97).

Com essas considerações, dou provimento ao agravo.

Assim voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 16.361-PE

Relator: O SR. JUIZ **RIDALVO COSTA**
Agravantes: HOTÉIS DO RECIFE LTDA. E OUTROS
Agravada: FAZENDA NACIONAL
Advogados: DRS. LUCIANO ARCOVERDE DE M. CARNEIRO E OUTROS (AGRTES.)

EMENTA

Tributário e Processual Civil. Agravo de Instrumento. FINSOCIAL. Repetição de indébito. Restituição sob a forma de compensação. Juros compensatórios. Agravo de instrumento interposto contra decisão que considerou indevida a inclusão dos juros compensatórios na atualização dos valores repetidos. Inexistência de ilegalidade na decisão agravada, que guarda consonância com a jurisprudência majoritária.
Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 21 de maio de 1998 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: Hotéis do Recife Ltda. e outros interpuseram o presente agravo de instrumento objetivando a reforma da decisão que considerou indevida a inclusão dos juros compensatórios na atualização dos valores recolhidos indevidamente a título de contribuição para o FINSOCIAL.

Sustentam que o indeferimento do pedido de inclusão dos referidos juros obrigaria suas empresas a suportarem um conjunto de atos coativos por parte da Receita Federal, para cobrança da diferença, o que lhes causaria graves prejuízos patrimoniais.

A agravada, em resposta ao recurso, alegou, inicialmente, que a petição inicial não obedeceu aos requisitos dos arts. 524, 525 e 526 do CPC. No mérito, sustentou que o eg. STJ já se posicionou pela impossibilidade do deferimento da compensação em sede de liminar ou de tutela antecipada, impossibilitando, em consequência, a incidência dos expurgos inflacionários e de juros compensatórios.

Era o que cabia relatar.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): A r. decisão agravada indeferiu a inclusão dos juros compensatórios no cálculo dos valores pagos indevidamente a título de FINSOCIAL.

Antes de examinar se estavam ou não presentes os pressupostos para a concessão da liminar, impende a esta eg. Turma se manifestar sobre duas questões prejudiciais suscitadas nas contra-razões do recurso.

Sustenta a agravada que o recurso deve ser indeferido, por não preencher os requisitos dos arts. 524 e 525 do CPC.

Apesar de não ter indicado qual dos requisitos obrigatórios do recurso os agravantes teriam deixado de cumprir, dessume-se, da análise da inicial, que não houve a indicação do advogado da agravada.

É verdade que as razões do agravo devem, necessariamente, trazer “o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo” (CPC, art. 524, III). Ensina Bermudes que se “as partes forem assistidas por mais de um advogado, chegará a indicação do principal deles, assim reputado o que vier atuando no processo. Constitui contra-senso exigir-se que o agravante joeie os autos, catando todos os nomes de quem aparecer como advogado, para incluí-los na petição”. (Ob. cit., p. 88).

A não indicação ou mesmo a indicação equivocada do advogado da agravada só levaria à inépcia do recurso se inexistissem no instrumento dados capazes de suprir a deficiência. É o que mostra Dinamarco, a cujas lições volto a recorrer:

“A falta dessa indicação, inexistindo nas petições ou em suas cópias elementos que supram satisfatoriamente, torna inepto o recurso – o qual, nessa situação, não será conhecido (ou, pelo menos, o agravante será chamado a corrigir a falha)”. (Ob. cit., p. 188).

A inicial merecia correção. Entretanto, feita a intimação ao destinatário correto da comunicação do ato processual, o qual respondeu ao mérito do recurso, sanada está a irregularidade.

Acrescenta, ainda, a existência de vício insanável, ante a ausência da comunicação da interposição do agravo à primeira instância, nos termos do art. 526 do CPC:

“O agravante, no prazo de 3 (três) dias, requererá juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso”.

No entanto, o dispositivo em questão não comina qualquer pena pelo seu descumprimento, nem exige que o agravante comprove junto ao Tribunal que requereu a juntada. Na verdade, o objetivo dessa determinação é apenas permitir ao prolator da decisão agravada o exercício do juízo de retratação. Nesse sentido é a doutrina do mestre Cândido Rangel Dinamarco:

“A primeira e mais intuitiva finalidade com que foi ditada essa norma é a de propiciar ao juiz o juízo de retratação, que é do interesse do próprio agravante. Por isso, o retardamento ou omissão no cumprimento de tal preceito não será fatal a este, nem obstará ao conhecimento do agravo interposto”. (A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros Editores, 3ª ed., 1996, p. 194).

Idêntica a orientação de Sérgio Bermudes:

“A falta de juntada da cópia do agravo, prevista no art. 526, ou o descumprimento dos requisitos ali estabelecidos, não acarretará para o agravante consequência outra que obstar ao juízo de retratação. Não prejudicará a admissibilidade do agravo no tribunal”.

(A Reforma do Código de Processo Civil, Ed. Saraiva, 2ª ed., 1996, p. 91).

Rejeito, pois, as preliminares.

Conquanto já tenha, em outra ocasião, inclinado-me em sentido oposto, reconheço ser majoritária, tanto no seio do colendo STJ, como nos Tribunais Regionais Federais, a corrente que entende não caber, em matéria de restituição de indébito, a condenação da União em juros compensatórios, além dos moratórios. Nesse sentido transcrevo o seguinte precedente:

“EMENTA: Tributário. IPI. Crédito-prêmio. Ressarcimento. Decreto-lei nº 491, de 05-03-69, art.2º. Correção monetária. Correção cambial. Juros compensatórios.

Na ação de ressarcimento de créditos-prêmio relativos ao IPI, têm aplicação os princípios atinentes à repetição do indébito tributário.

Em tal caso, os juros compensatórios não são devidos por falta de amparo legal.

A correção monetária é devida a partir da data da conversão dos créditos questionados em moeda nacional, na forma do art. 2º do Decreto-lei nº 496, de 1969, aplicando-se, desde então, a Súmula nº 46 - TFR, segundo a qual aquela correção ‘incide até o efetivo recebimento da importância reclamada’.

Recurso especial não conhecido”.

(RESP nº 41.923 - DF, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 05.12.94, DJ. 19.12.94, p. 35300).

Pelos mesmos fundamentos, nego provimento ao agravo.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 15.819-RN

Relator: O SR. JUIZ **RIDALVO COSTA**
Agravantes: MARIA PRIMA DOS SANTOS E OUTROS
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS
Advogados: DRS. ANA LIA GOMES PEREIRA E OUTROS (AGRTEs.) E
ILNA GURGEL ROSADO E OUTROS(AGRDO.)

EMENTA

Processual Civil. Agravo de Instrumento. Intimação do agravado. Art. 527, III, do CPC. Autarquia federal. Procuradoria jurídica. Representação regional junto ao tribunal. Forma de intimação.

O INSS é intimado para ciência dos atos processuais praticados pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região mediante publicação no Diário da Justiça da União. Não cabe intimar-se a Procuradoria da autarquia no Rio Grande do Norte, foro do processo principal, mediante ofício com AR, para responder a agravo de instrumento que ingressa diretamente no segundo grau de jurisdição, se o agravado mantém Procuradoria na cidade em que está sediado o tribunal. O inciso III do artigo 527 do CPC, ao disciplinar a forma de intimação do agravado, não se destinou à Justiça Federal na qual não há comarca. Mas, ainda que fosse, “nas comarcas sede do tribunal, a intimação far-se-á pelo órgão oficial”. Regular ciência da Procuradoria, sediada em Recife, mediante publicação.

ACÓRDÃO

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

Recife, 4 de junho de 1998 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: O INSS – Instituto Nacional do Seguro Social interpôs agravo regimental contra decisão que determinara a sua intimação para responder agravo de instrumento mediante publicação no Diário da Justiça da União.

Alega a autarquia recorrente que a intimação do advogado da parte agravada, por via postal, é medida que se impõe, quando a demanda principal tramitar em Estado distinto daquele em que o Tribunal estiver sediado, de acordo com a diretriz imposta no art. 527, III, do CPC. A intimação procedida à margem dessa regra prejudica o exercício da defesa. É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): Em agravo de instrumento interposto diretamente perante este Tribunal contra decisão proferida no Juízo Federal do Rio Grande do Norte, sendo o INSS intimado para oferecer contra-razões ao agravo, mediante publicação no órgão oficial, na forma do artigo 236 do CPC, requereu que a comunicação processual lhe fosse dirigida por ofício a sua representação no Estado em que tramita o processo originário.

A inconformação do agravante tem a sua sede jurídica na interpretação do novo artigo 527, III, do CPC:

“Art. 527 - Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, se não for o caso de indeferimento liminar (art. 557), o relator:

(...)

(...)

III – Intimará o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe juntar cópias das peças que entender convenientes; nas comarcas sede de tribunal, a intimação far-se-á pelo órgão oficial”.

Com todo respeito aos que pensam em contrário, entendo que a distinção feita na norma processual, isto é, a de fazer-se intimação postal quando o agravado estiver fora da sede do Tribunal, e mediante publicação, se residir na Comarca sede do Tribunal, não se aplica aos Tribunais Regionais Federais, por não haver Comarca na organização judiciária da

Justiça Federal. Nenhum Tribunal Regional Federal, exceto o da 1ª Região, publica o expediente forense no local da sua sede. Todos o fazem no Diário da Justiça, em Brasília.

Mas, ainda que se aplicasse o citado inciso III aos agravos da competência dos Tribunais Regionais, a intimação, no caso, também é válida. A União e as autarquias federais mantêm Procuradorias Regionais junto a este Regional, exatamente para acompanhamento dos feitos que tramitam aqui, seja da competência originária ou recursal. Ora, não teria sentido, com todo respeito, manter o INSS uma Procuradoria em Recife, com atribuições de funcionar junto ao Tribunal Regional Federal, e fazer-se expedir intimação postal à Procuradoria no Rio Grande do Norte para responder a agravo de instrumento que ingressa diretamente no segundo grau de jurisdição, pelo só fato de o processo principal tramitar na Seção Judiciária daquele Estado. Aos procuradores autárquicos não se aplica o princípio da identidade física, a exigir que se faça intimação pessoal do que vem atuando na causa em favor da pessoa jurídica em outra unidade da federação. A intimação realizada foi feita corretamente. A oportunidade de defesa do recorrido, ora agravante, foi assegurada. Se ele preferiu questionar a forma de intimação ao invés de responder ao agravo, assumiu o risco de perder o prazo para as contra-

razões.
Nego provimento ao agravo regimental.

APELAÇÃO CÍVEL N. 13.959-CE

Relator: O SR. JUIZ **NEREU SANTOS**
Apelantes: VÂNIA RIBEIRO DE AGUIAR SABINO E OUTRO E USINA LINDOYA LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Advogados: DRS. JOSÉ ANTONIO BARBOSA DA SILVA E ANTONIO JOSÉ DA COSTA (APTES.)

EMENTA

Civil e Constitucional. Ação de indenização de direito comum. Explosão de caldeira situada em usina de açúcar. Repercussão em prédio de empresa vizinha, com evento morte de pessoa que ali trabalhava. Poder de fiscalização da Delegacia Regional do Trabalho. Arts. 156, 187 e 188 da Consolidação das Leis do Trabalho. Norma Regulamentar nº 13/80 da Secretaria de Segurança e Medicina do Trabalho. Caso fortuito. Responsabilidade objetiva do Estado. Responsabilidade subjetiva da empresa. Indenização distinta de pensão previdenciária. Pagamento mensal. Percentual de dois terços sobre o salário. Data-limite da pensão aos sessenta e cinco anos.

1. A Delegacia Regional do Trabalho - DRT tem como função inerente promover a fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho. Inteligência do art. 156, I, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).
2. Dada a importância sobre o exercício de fiscalização de caldeiras, fornos e recipientes de pressão, o diploma de leis trabalhistas dedica uma seção específica à matéria, no Capítulo da Segurança e Medicina do Trabalho.
3. Incorre caso fortuito quando o evento é previsível e reconhecível por meio de diligência indispensável. Ainda que ausente a culpa na produção do acontecimento, que constitui requisito subjetivo do caso fortuito, impõe-se para a sua configuração a inevitabilidade do evento, como requisito objetivo.
4. Responsabilização da União Federal e da Usina por não atenderem às prescrições legais.
5. "A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores". Súmula nº 490 do eg. STF.
6. Na indenização por dano patrimonial a reparação há de guardar a maior fidelidade possível na materialização dos direitos dos lesados indiretamente, não sendo razoável majorar o *quantum* indenizatório sob o pretexto de possível situação de progresso futura se inexistente o sinistro.
7. A pensão por morte paga pela Previdência Social constitui benefício decorrente das contribuições pagas pelo segurado, quando em vida, regendo-se pela legislação específica. A indenização de direito comum exsurge do dano patrimonial infligido aos familiares da vítima. Em sendo assim, trata-se de coisas distintas, que não se interpenetram.
8. A indenização por dano material representa uma compensação pela ausência de meios materiais provindos da atividade do provedor da família. A sua morte afasta a possibilidade dos familiares usufruírem de rendas que lhes garantiriam o sustento por toda a vida, pelo menos, em tese, até os sessenta e cinco (65) anos, idade média presumida de sobrevivida. Não há que se falar em extinção do pensionamento em face de convalidação de novas núpcias pela viúva, nem no atingimento da maioridade da filha.

9. Apelações e remessa, tida como interposta, parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva da União Federal, vencido o Juiz Ridalvo Costa e, no mérito, dar parcial provimento às apelações e à remessa, tida como interposta, 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, 28 de maio de 1998 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: Vânia Ribeiro de Aguiar Sabino, por si e como representante legal da sua filha menor impúbere Ana Carolina de Aguiar Sabino, ajuizou ação ordinária contra a União Federal e a Usina Lindoya Ltda., visando obter indenização, em face do falecimento do esposo e pai das autoras, devido a explosão em uma das caldeiras da Usina, ocorrida em 05.03.85.

Alega, em síntese, que o sinistro decorreu da falta de inspeções periódicas na caldeira, além de a União ter deixado de realizar as necessárias fiscalizações no equipamento industrial.

A União ofereceu contestação, alegando, em suma, não ser responsável pelo sinistro, uma vez que o poder de fiscalização da DRT está situado no exercício de atividade basicamente discricionária, além do pedido ter sido fulcrado na responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica de direito público, não tendo sido demonstrada a sua culpa, nem tampouco a relação de causa e efeito. Finaliza refutando o quantum indenizatório.

A Usina Lindoya também se defende, apoiando a sua manifestação na tese de ocorrência inevitável e imprevisível do evento, por se tratar de caso fortuito, consoante procura demonstrar através do laudo emitido em 18.03.85 pelo Instituto de Polícia Técnica, por ela juntado ao processo (fls. 167/223). Sustenta, ainda, que o sinistro não teve como determinante a ausência de revisões periódicas, uma vez que não haveria como se detectar o defeito de fabricação de uma das chapas componentes da caldeira, cuja corrosão se deu de dentro para fora, na sua estrutura. Discorreu, ainda, sobre a impossibilidade de pagamento da indenização nos termos em que foi definida na sentença.

Colhidos depoimento pessoal do representante da Usina (fls. 307/307v), do perito do IPT que lavrou o laudo apresentado pela Usina (fls. 308/308v), de duas testemunhas da autora (fls. 311/312v) e de uma testemunha da Usina (fls. 320/323).

Memoriais de razões finais apresentados pela Usina (fls. 362/370) e pela autora (fls. 371/378).

O MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, Dr. Geraldo Apoliano, hoje com assento neste eg. TRF, julgou parcialmente procedente a ação para condenar as rés ao pagamento, cada uma, em 50% (cinquenta por cento) de indenização, por entender comprovada a responsabilidade das rés, em quantum que complete o valor que vem sendo pago pela Previdência Social, até o teto de três salários mínimos e meio, importância que recebia Antonio Cláudio quando em vida, considerando o tempo que seria suficiente até que completasse 65 anos.

Condenou, ainda, a União e a Usina em honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento), metade para cada uma, sobre o montante das prestações vencidas mais doze das vincendas.

A autora recorre, inconformada com a parte da sentença que determinou que o pagamento da indenização considerasse o valor do benefício previdenciário percebido pelo falecimento de Antonio Cláudio para, juntamente com as partes que caberiam à União e à Usina, totalizar o quantum que percebia o indigitado ao tempo do sinistro. Argumenta que a compensação não poderia ser feita, uma vez que o benefício previdenciário decorria das contribuições feitas em vida por Antonio e, se assim fosse, estaria privilegiando as rés.

Também se manifesta a autora contra a parte da sentença que se limitou a fixar a indenização em três e meio salários mínimos, equivalente ao que Antonio Cláudio percebia em vida. Aduz que a prova dos autos acena na possibilidade de tal indenização ser fixada em sete salários mínimos, haja vista representar valor consentâneo com o progresso do falecido, pois trabalhava e estudava.

A Usina Lindoya também recorre, alegando que a sentença decidiu contra a prova dos autos, desprezando o laudo.

Renova o argumento de que, ainda que fossem condenadas, a Usina e a União não poderiam ser responsabilizadas a indenizar com a mesma remuneração auferida pela vítima quando em vida. É que, pelo menos um terço do que ganhava era para sustento próprio do falecido. Doutra parte, refuta o pagamento de uma só vez da indenização. Argumenta que a Previdência já vem pagando o valor equivalente ao que percebia Antonio Cláudio, não havendo nenhum prejuízo financeiro para a parte autora, daí não haver por que integralizar o que já está sendo pago.

Aduz, por último, reprisando a contestação, o fato da sentença não considerar que as prestações indenizatórias haveriam de ser pagas até quando a filha da vítima completasse 21 anos e a mãe, até que se consorciasse novamente.

Contra-razões apresentadas pela parte autora e pela Usina.

A União não interpôs recurso voluntário.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): Como se vê, visa a presente ação ordinária ao pagamento de uma indenização em decorrência de explosão de caldeira situada em usina, que causou a morte prematura do marido e pai das autoras, quando ao tempo do evento trabalhava no escritório da empresa Construtora Caiçara Ltda., estabelecida em prédio vizinho ao da ré.

A primeira questão que há de ser decidida, a meu sentir, é acerca da obrigação da Delegacia Regional do Trabalho - DRT de fiscalizar o cumprimento das normas de segurança e de medicina do trabalho, bem como promover a inspeção in loco nas instalações da Usina, no caso específico, na caldeira.

E isso é de suma importância, aliás, é uma questão de natureza prejudicial, uma vez que se se concluir pela inobrigatoriedade, não há que se falar em condenação da União na indenização.

Para deslinde da controvérsia, impõe-se trazer à baila dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), in verbis:

“Art. 156. Compete especialmente às Delegacias Regionais do Trabalho, nos limites de sua jurisdição:

I - promover a fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho;

II - adotar as medidas que se tornem exigíveis, em virtude das disposições deste Capítulo, determinando as obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, se façam

necessárias;

III - impor as penalidades cabíveis por descumprimento das normas constantes deste Capítulo, nos termos do art. 201.

.....
Art. 187. As caldeiras, equipamentos e recipientes em geral que operam sob pressão deverão dispor de válvulas e outros dispositivos de segurança, que evitem seja ultrapassada a pressão interna e trabalho compatível com sua resistência.

Parágrafo único. O Ministério do Trabalho expedirá normas complementares quanto à segurança das caldeiras, fornos e recipientes sob pressão, especialmente quanto ao revestimento interno, à localização, à ventilação dos locais e outros meios de eliminação de gases ou vapores prejudiciais à saúde, e demais instalações ou equipamentos necessários à execução segura das tarefas de cada empregado.

Art. 188. As caldeiras serão periodicamente submetidas a inspeções de segurança, por engenheiro ou empresa especializada, inscritos no Ministério do Trabalho, de conformidade com as instruções que, para esse fim, forem expedidas.

§ 1º. Toda caldeira será acompanhada de 'Prontuário', com documentação original do fabricante, abrangendo, no mínimo: especificação técnica, desenhos, detalhes, provas e testes realizados durante a fabricação e a montagem, características funcionais e a pressão máxima de trabalho permitida (PMTP), esta última indicada, em local visível, na própria caldeira.

§ 2º. O proprietário da caldeira deverá organizar, manter atualizado e apresentar, quando exigido pela autoridade competente, o Registro de Segurança, no qual serão anotadas, sistematicamente, as indicações das provas efetuadas, inspeções, reparos e quaisquer outras ocorrências.

§ 3º. Os projetos de instalação de caldeiras, fornos e recipientes sob pressão deverão ser submetidos à aprovação prévia do órgão regional competente em matéria de segurança do trabalho”.

Dos preceptivos legais acima mencionados, colhe-se que deverão ser submetidos à aprovação prévia da DRT os projetos de instalação de caldeiras, fornos e recipientes sob pressão (art. 188, § 3º, CLT).

Essa questão - de aprovação prévia dos projetos de instalação de caldeiras pela DRT - não foi bem definida nos autos, mesmo porque a Usina Lindoya somente em 1984 veio a adquirir a empresa, não sabendo se o proprietário anterior havia feito teste hidrostático (que visa detectar, a frio e em curto prazo, vazamento ou alguns dos sistemas de resistência insuficientes - NB nº 55, fls. 27), conforme se observa do depoimento do representante da Usina às fls. 307v.

Segundo a União, não foi submetido a aprovação prévia da DRT o projeto de instalação (fls. 120).

Apesar da afirmação da União, não está perfeitamente esclarecido se, realmente, houve a análise prévia do projeto de instalação da caldeira. Contudo, a presunção é de que a Delegacia tenha exercido esse poder de fiscalização, pois inerente às suas atividades regulares, ou, se não fez, foi omissa.

Em sendo assim, é inconcebível que de 1971 a 1985, quando da data do evento catastrófico, não tenha a DRT procedido a qualquer fiscalização sobre os equipamentos da Usina (certidão de fls. 85), sequer à aprovação dos projetos de instalação das caldeiras.

Não é crível que a DRT desconheça a existência da Usina, bem como do funcionamento de uma caldeira, mormente quando se sabe que agentes de fiscalização do trabalho regularmente visitam as empresas.

Afinal, a atividade da Usina não é revestida de clandestinidade.

Com razão a sentença, ao asseverar:

“3.2.4. O exercício discricionário do poder de polícia sob exame, portanto, não autoriza a que a DRT, no caso, a responsável pelo exercício da competência fiscalizadora, omita-se, pura e simplesmente, de fiscalizar o cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho.

3.2.5. Os limites do exercício discricionário dessa competência, se não dilargam até esses níveis - optar não fiscalizar, por anos a fio -, muito embora possa a DRT, por exemplo, decidir por desenvolver a atividade fiscalizadora em determinados períodos do ano, em empresas que exercitem uma certa atividade específica, ou mesmo, recomendar aos agentes da fiscalização do trabalho que examinem, com especial acuidade, o cumprimento desta ou daquela norma de proteção ao trabalho”. (Fls. 389).

Com efeito, não é sem nenhum propósito que a CLT dedica um Capítulo inteiro à Segurança e Medicina do Trabalho (o de nº V), e neste, a Seção de nº XII, tratando especificamente de “Caldeiras, Fornos e Recipientes sob Pressão”.

Não me impressiona o argumento da União de que, mesmo se tivessem sido feitas as inspeções periódicas, nada induziria que tal impediria a ocorrência do sinistro.

Ora, a admitir-se o argumento, estaria se reconhecendo a inutilidade das inspeções técnicas.

Assim, é razoável entender-se que se a fiscalização viesse sendo feita normalmente, possivelmente as inspeções por parte da empresa ocorreriam a contento, o que impediria - presumivelmente - a explosão, em face da corrosão não detectada.

A propósito, esclareceu a sentença:

“... Mas ... haveria outra forma de identificar a chapa corroída ?

5.24. Impõe-se a afirmativa! E essa forma seria simples: bastaria o uso de um ‘... pequeno martelo (pesando cerca de 200 gramas), para auscultação de chapas, tubos e rebites, por percussão’ - as caldeiras não de ser inspecionadas, interna e externamente, pelo menos uma vez por ano, e esses exames devem ser executados segundo normas técnicas oficiais vigentes no País (subitem 13.3.1 da Norma Brasileira-55 da Associação Brasileira de Normas Técnicas).

5.25. Daí a inclusão do ‘martelo’ como ‘instrumental necessário para a inspeção’ (subitem 4.11 da NB-55/ABNT).

5.26. Não se cuida de pôr em xeque a afirmativa do laudo pericial: efetivamente os efeitos da corrosão não seriam perceptíveis pelos sentidos da visão nem do tato; mas ‘o som’ da chapa atingida pela corrosão, este, sem dúvida, revelaria diferenças de intensidade e de timbre, circunstâncias que não escapariam ao ouvido (treinado e atento) do profissional incumbido da inspeção”. (Fls. 395).

Não tenho dúvidas de que a omissão da DRT, em exercitar competência que lhe é própria, influenciou, sobremaneira, na perpetração do evento, surgindo o dever de indenizar.

Doutra parte, também deduz-se dos preceptivos legais suso-mencionados que “as caldeiras serão periodicamente submetidas a inspeções de segurança, por engenheiro ou empresa especializada, inscritos no Ministério do Trabalho, de conformidade com as instruções que, para esse fim, forem expedidas”. (Art. 188, caput, CLT).

Pelo que se extrai dos autos, o teste hidrostático feito em 1984 foi realizado por pessoa da própria oficina, que tem apenas qualificação prática, conforme assegura o depoimento do representante da Usina, às fls. 307v, além de que “o trabalho de manutenção em si era feito por José Adolfo, supervisor geral, auxiliado pelo chefe da oficina, Sr. Pereira, e também pelo depoente; que todo final de semana era feita limpeza de caldeira com a retirada da fuligem e escovagem da tubulação ... e que essa manutenção era feita religiosamente a cada final de semana ... ” (depoimento de José Ribamar Canafístula, testemunha da Usina, às fls. 320/323).

Ora, como bem anotou a sentença, há de se inferir que:

“a) a exigência do subitem 13.3.3 da NR-13 não era observada (não há prova de que o Doutor Eliardo fosse inscrito no órgão regional do MTb; b) as recomendações da NB-55 não eram, também, observadas (verf. fls. 67 e ss.)”. (Fls. 399).

Da Norma Regulamentar nº 13, de 1980, alterada pela Portaria nº 02, de 08.05.84, da Secretaria de Segurança e Medicina do Trabalho (SSMT), depreende-se:

“13.1.5 Toda empresa que possuir caldeira deve manter um ‘Prontuário’ da mesma, atualizado, com a documentação original do fabricante, abrangendo, no mínimo, especificações técnicas, desenhos detalhados, tipo de revestimento, provas ou testes realizados durante a fabricação e montagem da caldeira, características funcionais, e a fixação da respectiva MPTA, além de laudos de ocorrências diversas, que constituirá o histórico da vida útil da caldeira.

13.1.6. Além do previsto no item 13.1.5, a empresa deverá possuir o ‘Registro de Segurança’ atualizado, constituído de livro próprio, com páginas numeradas, ou outro sistema equivalente, onde serão anotadas, sistematicamente, as indicações de todas as provas efetuadas, inspeções interiores e exteriores, limpezas e reparos e quaisquer outras ocorrências, tais como: explosões, incêndios, superaquecimentos, rupturas, troca de tubos, tambores ou paredes, deformações, aberturas de fendas, soldas, recalques e interrupções de serviço.

13.1.6.1 O ‘Registro de Segurança’ deverá ser encaminhado ao órgão regional do MTb para o devido cadastramento.

13.1.6.2 O ‘Registro de Segurança’ deverá ser assinado mensalmente pelo operador e referendado pelo proprietário ou seu representante legal.

13.1.7 O ‘Prontuário’ e o ‘Registro de Segurança’ constituem documentos fiscalizáveis por ocasião das inspeções do MTb.

.....
13.2.1 O projeto de instalação de caldeiras deve obedecer aos aspectos de segurança previstos nas NR (especialmente as NR 8, 9, 10, 12, 13, 15, 17, 20, 23, 24, 25 e 26), ser submetido à aprovação prévia do órgão regional do MTb, mediante a Anotação de Responsabilidade Técnica - ART e requerimento do proprietário.

13.3.1 As caldeiras serão, obrigatoriamente, submetidas a inspeção de segurança, interna e externamente, nas seguintes oportunidades:

a) antes de entrarem em funcionamento, quando novas, no local de operação;

b) após reforma, modificação, ou após terem sofrido qualquer acidente;

c) periodicamente, pelo menos uma vez ao ano, podendo este prazo ser ampliado em mais 6 meses, no máximo, desde que a empresa comprove através do laudo técnico, emitido pelo engenheiro previsto no subitem 13.3.3, medidas que justifiquem a prorrogação do prazo;

13.3.3 A inspeção de segurança mencionada no item 13.3.1 deve ser realizada por engenheiro inscrito no órgão regional do MTb, registrado e habilitado pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREA.

13.3.4 Inspeccionada a caldeira, como determina o subitem 13.3.1, será fornecido ao proprietário o ‘Relatório de Inspeção’, em duas vias, assinadas pelo engenheiro mencionado no subitem 13.3.3; a primeira via fica em poder do proprietário e passa a fazer parte integrante do ‘Prontuário’ da caldeira, devendo ser anotada no ‘Registro de Segurança’ a data de realização da inspeção; a segunda via será remetida pelo proprietário da caldeira, anexada a Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, no prazo de 30 (trinta) dias, ao órgão regional do MTb”.

Como se vê, caberia ao proprietário da caldeira remeter anualmente (após as inspeções) Relatório de Inspeção com a Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, no prazo de trinta (30) dias, à DRT.

Não é convincente admitir-se que a Usina, ao praticar as inspeções que diz ter realizado,

não tenha enviado à DRT os documentos exigidos pela norma legal, mormente quando dela não pode alegar desconhecimento.

Conforme a certidão emanada da DRT do Ceará, de fls. 85, a Usina não encaminhou à Delegacia o “Registro de Segurança” para fins de cadastramento, conforme determina o item 13.1.6.1 da NR 13/80.

Também de acordo com o documento mencionado, consoante perícia feita pelo Eng. Gilberto Gomes Norberto, da DRT, constatou-se, por meio do livro de inspeção do trabalho, que “de 1971 até a data da explosão da caldeira, em 05 de março de 1985, não houve qualquer fiscalização no que se refere à Norma Regulamentadora nº 13 (CALDEIRAS E RECIPIENTES SOB PRESSÃO)”.

Aduz ainda a certidão que “não existe a figura da vistoria anual, mas sim de ‘Relatório de Inspeção’ (subitem 13.3.5, da citada NR 13), cuja Inspeção de Segurança, nos termos do subitem 13.3.3 da citada NR 13, é realizada por engenheiro inscrito no órgão regional do Ministério do Trabalho, registrado e habilitado pelo CREA, sem contudo pertencer aos quadros do Ministério do Trabalho”, além do que, a Usina não remeteu à DRT a segunda via do “Relatório de Inspeção” da caldeira explodida, como determina o subitem 13.3.4 da NR 13.

Não há dúvida de que as caldeiras têm de ser inspecionadas pelo menos uma vez por ano (NR nº 13/80, item 13.3.1. c).

Não há dúvida também de que as inspeções devem ser realizadas pela própria empresa, mas a fiscalização é inerente às atividades da DRT.

Não há dúvida, finalmente, de que a DRT tem de ser comunicada dessas inspeções.

Causa espécie que não haja notícia de registro na DRT entre o período de 1971 até o momento da explosão da caldeira de ter havido qualquer inspeção, mesmo porque inexistia a comunicação - obrigatória - por parte da empresa através do envio da Anotação de Responsabilidade Técnica.

E o que mais impressiona é o fato de que a empresa assegura que vinha realizando as inspeções regularmente sob a supervisão de engenheiro mecânico, o Dr. Eliardo Ximenes Rodrigues, que era responsável pela manutenção da caldeira; sendo que a empresa fazia manutenção do equipamento semanalmente por intermédio de empregados da própria empresa, no caso, José Alfredo, que tinha curso específico na área de caldeiras e era realmente o responsável pelo trabalho de manutenção em si, na qualidade de supervisor geral, auxiliado pelo chefe da oficina, Sr. Pereira, que não tinha formação específica, e por José Ribamar Canafstula, como mecânico de manutenção (depoimentos de fls. 307 e 320).

A propósito, dispõe a CLT:

“Art. 188. As caldeiras serão periodicamente submetidas a inspeções de segurança, por engenheiro ou empresa especializada, inscritos no Ministério do Trabalho, de conformidade com as instruções que, para esse fim, forem expedidas”.

Por sua vez, a Norma Regulamentadora nº 13/80:

“13.3.3 A inspeção de segurança mencionada no item 13.3.1 deve ser realizada por engenheiro inscrito no órgão regional do MTb, registrado e habilitado pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA”.

Ora, ainda que o Dr. Eliardo, na condição de engenheiro mecânico, possuísse, em tese, habilidade para realizar inspeção de segurança, consoante esclarece o Diretor da Divisão de Segurança e Medicina do Trabalho (documento de fls. 340), vê-se que a NR 13/80, bem como o dispositivo citado da CLT, foram infringidos, pois, segundo o Cadastro de Profissionais registrados no Ministério do Trabalho para realizarem inspeção de caldeiras (fls. 342/345), não consta o nome do Dr. Eliardo como cadastrado.

Há de se concluir que a empresa não poderia fazer inspeções de motu próprio, sem seguir os critérios preconizados pelas normas legais.

De toda sorte, ainda que as inspeções fossem devidamente realizadas, é inconcebível que não tivesse a empresa comunicado à DRT essas práticas.

Doutra parte, mesmo que a DRT houvesse inspecionado as instalações quando da aprovação do projeto inicial, não poderia ficar inerte no tocante ao acompanhamento das fiscalizações supervenientes, por ser esta conduta uma imposição legal.

No tocante à tese de ocorrência de caso fortuito, que aqui só se examina por força da responsabilidade subjetiva da Usina, e não em referência à responsabilização do Estado, por se tratar de responsabilidade objetiva, haja vista o dever de fiscalização imposto pela lei à DRT, valho-me, inicialmente, das palavras da civilista Maria Helena Diniz que, versando sobre causas excludentes da responsabilidade, aduz:

“... Deveras, o caso fortuito e a força maior se caracterizam pela presença de dois requisitos: o objetivo, que se configura na inevitabilidade do evento, e o subjetivo, que é a ausência de culpa na produção do acontecimento. ...” (in Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º vol. - Responsabilidade Civil - ed. Saraiva, 11ª edição atualizada - ano 1997, pp. 96/97). (Grifei).

Como se vê, um dos requisitos do caso fortuito - o objetivo - consiste exatamente na inevitabilidade do evento, o que não ocorreu no caso.

Ora, a explosão da caldeira não configura evento inevitável, uma vez que previsível e reconhecível por meio de exames técnicos específicos.

Doutra parte, sobressai a culpa da Usina na produção do acontecimento, ainda que não diretamente, mas de maneira indireta, não podendo, por isso, cogitar-se do requisito subjetivo.

Daí não tratar-se, ao meu sentir, de caso fortuito.

Assim, quanto à responsabilidade da Usina, indiscutivelmente deduz-se tratar de responsabilidade subjetiva, ancorada na culpa desta por não promover as diligências necessárias e indispensáveis à manutenção do perfeito estado da caldeira.

Mas, a hipótese vertente é singular, porque não vislumbra apenas a responsabilização de pessoa jurídica de direito privado, que não desempenha funções estatais, no caso, a Usina, mas, também, do Estado.

Apesar de não desconhecer o magistério do emérito administrativista Celso Antonio Bandeira de Mello, que professa como sendo caso de responsabilidade abraçada pela teoria subjetiva quando se cuida de atos omissivos do Estado, tenho para mim que se trata de responsabilidade objetiva, onde se observa a relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso, na forma do § 6º, art. 37, da Constituição de 1988, como asseverou a sentença.

No caso, manifesta é a relação causal entre o comportamento (ausência de fiscalização, quando dever do Estado) e o dano (vítima de morte por explosão da caldeira), com repercussão em lesados indiretos (a viúva e filha, que perderam a fonte de subsistência).

Assim, concluindo como concluiu a sentença pela responsabilidade de ambas as rés, passo a examinar os outros tópicos das irresignações da autora e da Usina Lindoya Ltda. Cinco questões exurgem dos apelos:

1ª) Deve a indenização ser paga de uma só vez, como determinou a sentença, ou não?

Esclareço que a sentença, ao meu sentir, na verdade não determinou que o pagamento da indenização fosse realizado de uma só vez, como imagina a Usina.

Com efeito, dispõe o aresto:

“9.5. Passo, portanto, a examinar o primeiro dos pedidos: o fato das demandantes estarem a receber benefício previdenciário por virtude do falecimento de Antonio Cláudio não impede o acolhimento da primeira pretensão: os demandados responderão (em partes iguais) pela paga do que necessário se fizer a que se complete o valor que Antonio Cláudio percebia ao tempo do sinistro (o equivalente a três e meio salários mínimos), de tal sorte que os valores pagos pela Previdência, somados ao que tocar para a União

Federal e a Usina, totalizem o que o de cujus percebia ao tempo do sinistro (fls. 4 da peça pórica, item 8), respeitadas as variações do salário mínimo, ao longo do tempo.

9.6. O pagamento há de ser feito tomando-se por base a idade na qual Antonio Cláudio faleceu (28 anos) e pelo tempo que seria suficiente para que o mesmo completasse 65 (sessenta e cinco) anos - média da vida humana, tal como a concebe a jurisprudência da Alta Corte da Justiça". (Fls. 402).

Demais disto, tenho em mira a Súmula nº 490 do eg. STF, in verbis:

"A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores".

Como se pode concluir, cuida-se de um pensionamento ao longo do tempo.

Ao julgar o Recurso Especial nº 41.654-0-MG, decidiu a eg. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

"EMENTA: Ação de indenização fundada nos arts. 159, 1.538, 1.539 e 1.521 - III do Cód. Civil. Valor da indenização. Forma de pagamento. Não o é de uma só vez, mas durante determinado prazo. Em tal caso, o pagamento corresponde à importância do trabalho, que presume contribuição ou renda mensal ou anual. Precedentes do STF e do STJ. Súmula 490, STF. Recurso especial conhecido e provido em parte". (Rel. Min. Nilson Naves, julg. 31.05.94).

Em decorrência deste entendimento, as prestações vencidas deverão ser pagas de uma só vez, atualizadamente, de acordo com o salário mínimo vigente à época do pagamento. As vincendas observarão o mesmo critério, e deverão ser pagas mediante inclusão em folha de pagamento.

Quanto à Usina, ainda deve ser observado o art. 602 do CPC, isto é, impõe-se ao devedor constituir um capital cuja renda assegure o cabal cumprimento da obrigação.

2ª) A indenização deve verificar que 1/3 era próprio da subsistência do autor ou não?

O argumento da Usina é convincente. Realmente, se estivesse vivo, 1/3 do salário do falecido, em tese, seria destinado a sua própria subsistência.

É que, presumivelmente, Antonio Cláudio contribuía com dois terços do que percebia para o sustento da família.

Daí, penso que deve ser excluído 1/3 da indenização fixada.

A propósito, a jurisprudência do STJ trilha pacificamente neste sentido.

3ª) Deve o quantum indenizatório ser estipulado no dobro do que recebia o falecido, em face do seu possível progresso?

Adoto a tese exposta na sentença, por entendê-la plausível, in verbis:.

"9.8. Quanto ao segundo tópico do pedido, reputo-o absolutamente inviável. As testemunhas e a própria prova documental são afins, reconheço, no sentido de apontar para a possibilidade de que Antonio Cláudio bem poderia galgar postos de destaque e vir a perceber remunerações bem mais avantajadas do que as auferidas ao tempo do seu falecimento.

9.9. Tanto assim que cuidava de iniciar-se nos estudos do terceiro grau e, tudo faz crer, era pessoa dotada de iniciativa, prehe de 'vontade de vencer'.

9.10. Todavia, esse 'progresso' tanto poderia ocorrer como não; vale dizer: tanto Antonio Cláudio poderia galgar postos de destaque como poderia optar por contentar-se com o que já tinha amealhado (no caso de um insucesso nos estudos, por exemplo) ou poderia, até mesmo, optar por involuir, relegando ao limbo da indiferença tudo o que, com esforço, não há dúvida, batia-se por amealhar.

9.11. Por isso que a indenização devida pelos réus há de considerar os ganhos do falecido ao tempo do sinistro (cf. fls. 4 e 99 dos autos - cifra que não mereceu das rés, sublinhe-se, qualquer contradita). Não se há de cogitar '...de situações futuras que tanto podiam surgir favoráveis como desfavoráveis. O que se apura é a posição da vítima no

dia do acidente (AJ 88/223 e 99/239 - fls. 106 dos autos)". (Fls. 403).

4ª) Deve ser mantida a sentença na parte em que fixa como parâmetro a pensão paga pelo INSS para fins de integralização da indenização ?

Como se vê, a sentença determinou que "os demandados responderão (em partes iguais) pela paga do que necessário se fizer a que se complete o valor que Antonio Cláudio percebia ao tempo do sinistro (o equivalente a três e meio salários mínimos) de tal sorte que os valores pagos pela Previdência, somados ao que tocar para a União Federal e a Usina, totalizem o que o de cujus percebia ao tempo do sinistro (fls. 4 da peça pòrtico, item 8), respeitadas as variações do salário mínimo, ao longo do tempo.

Embora razoável o entendimento do douto Juiz sentenciante, ousou, neste parte, dele discordar. Na verdade, a pensão paga pelo INSS e o quantum indenizatório são coisas que não se interpenetram. São coisas distintas.

A pensão da Previdência decorre do direito dos dependentes em face da morte de Antonio Cláudio, constituindo-se, assim, benefício previdenciário, decorrente das contribuições pagas pelo marido e pai das autoras quando em vida.

Daí porque rege-se pela legislação previdenciária.

Por sua vez, a indenização em causa decorre do dano que sofreram na condição de lesados indiretos.

Com razão, assim, a autora, motivo pelo qual entendo que a prestação indenizatória deve ser paga em quantum equivalente a 2/3 dos três e meio salários mínimos, independentemente da pensão previdenciária.

5ª) A indenização deve ser paga independentemente de a filha menor atingir a maioridade e a mãe contrair novas núpcias, isto é, até quando atingir-se o tempo em que, em tese, Antonio Cláudio completaria 65 (sessenta e cinco anos) ou não ?

Cuida-se de indenização em face de dano patrimonial. A jurisprudência do eg. STJ tem entendido que apenas no tocante às indenizações relativas ao falecimento de filho de tenra idade é que se deve fixar um termo de pagamento aos vinte e cinco anos, por ser a data presumível da manutenção dos pais pelo filho, se vivo, uma vez que a partir dali o mesmo constituiria nova família. Contudo, no tocante às indenizações decorrentes da morte de filhos com idade mais avançada, bem como a morte de genitores, tem se manifestado, uniformemente, de modo favorável à tese dos 65 anos como termo final do pensionamento, salvo decisões mais recentes da 4ª Turma, que determina seja observada Tabela da Previdência Social, que seria mais realista.

Verifico que estas decisões não contêm qualquer ressalva, que venha a impedir o pensionamento até atingir-se a idade proclamada no julgamento.

Ora, se é admitido o pagamento de pensão aos pais, em decorrência do falecimento de filho, sem se limitar esse pensionamento a qualquer causa superveniente de extinção desse pensionamento - p. ex. mesmo que viesse a modificar o status quo dos beneficiados -, mas tão-somente os 65 anos da idade da presumida sobrevivida do filho morto, não vejo qualquer razão plausível em coactar o pensionamento da esposa e filha, ainda que aquela venha a contrair novas núpcias, ainda que esta venha a atingir a maioridade.

E assim penso porque a indenização por dano material representa uma compensação pela ausência dos meios materiais provindos da atividade do pai e marido das autoras. Como se sabe, com o seu falecimento afastou-se a possibilidade das mesmas usufruírem de rendas que lhes garantiriam o sustento por toda a vida, pelo menos, em tese, até os sessenta e cinco anos.

Não vejo assim como a convolação de novas núpcias pela viúva ou o atingimento da maioridade pela filha menor venha a configurar óbice à continuidade da percepção do quantum indenizatório, que deve revelar a mais fiel expressão de recomposição do dano.

Isto posto, fica estabelecido, em síntese: a condenação da União Federal e da Usina

Lindoya Ltda. ao pagamento mensal às autoras, a título de indenização patrimonial, de valor equivalente a 2/3 (dois terços) de 3,5 (três e meio) salários mínimos, que deverá ser pago pro rata, isto é, 50% (cinquenta por cento) por cada ré, considerando a data do evento morte até a data em que Antonio Cláudio completaria 65 (sessenta e cinco) anos.

As prestações vencidas deverão ser pagas de uma só vez, atualizadamente, de acordo com o salário mínimo vigente à época do pagamento. As vincendas, observando o mesmo critério de atualização, deverão ser pagas mediante inclusão em folha de pagamento.

Quanto à Usina, ainda deve ser observado o que dispõe o art. 602 do CPC, isto é, a constituição, pela devedora, de um capital cuja renda assegure o cabal cumprimento da obrigação.

Com essas considerações, dou provimento parcial às apelações e à remessa tida como interposta.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 29.760-PE

Relator: O SR. JUIZ **NEREU SANTOS**
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelado: PEDRO DE PETRIBÚ FILHO
Advogados: DRS. JOÃO CRUZ DE OLIVEIRA E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Processual Civil. Medida cautelar de atentado. Sentença que extinguiu o processo, sem audiência da parte adversa, por não vislumbrar interesse processual do requerente, tendo em vista ser o mesmo beneficiário de liminar anteriormente concedida nos autos da ação principal. Alegação de inovação do estado de fato do processo. Possibilidade em tese. Anulação do *decisum*.

1. Havendo, em tese, por demonstração documental juntada à inicial, inovação do estado de fato do processo, nítido é o interesse processual para o ajuizamento da medida cautelar de atentado. Exegese do art. 879, III, do CPC.

2. O deferimento de liminar em ação civil pública não exclui o manejo da ação cautelar de atentado, quando atendidos os requisitos desta, uma vez que os efeitos daquela podem não coincidir necessariamente com os desta. Além do mais, no atentado persegue-se outros fins que não os estabelecidos na liminar.

3. Apelação provida. Nulidade da sentença para prosseguimento do processo.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, rejeitar a preliminar e dar provimento à apelação, para anular a sentença, 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, 25 de junho de 1998 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: Cuida-se de apelação interposta pelo Ministério

Público Federal em face de sentença proferida em medida cautelar de atentado que promoveu contra Pedro de Petribú Filho.

O MM. Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, sem ouvir a parte adversa, indeferiu a inicial, de acordo com o art. 295, III, do CPC, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, por não vislumbrar interesse processual do autor, uma vez que o autor já era beneficiário de medida liminar anteriormente concedida nos autos da ação civil pública (principal), proibindo a continuidade do aterro de área do manguezal, próxima à praia do Toquinho, no litoral do Município de Ipojuca, do Estado de Pernambuco.

Alega o apelante, em suas razões de apelação, que o fato a ensejar a propositura da presente medida cautelar de atentado é que a liminar concedida não foi cumprida pelo requerido, pois, ao invés de permanecer com a área aterrada de aproximadamente dois (2) hectares, ao tempo da liminar, permitiu a sua evolução para cerca de cinco (5) hectares, constituindo um fato novo, inovação praticada em detrimento do direito assegurado liminarmente na ação civil pública.

O requerido ofereceu as contra-razões, suscitando, em preliminar, a ausência de documento indispensável à propositura da ação. No mais, sustenta que a ação improcede, uma vez que inexistem fatos provados contra o apelado, quer no tocante à materialidade, quer no que diz respeito à autoria.

Deferi pedido de vista do processo formulado pela ilustre Procuradora Regional Federal, que opinou pelo provimento do apelo, “para que o processo tenha seu curso retomado”, por entender que a cautelar incidental de atentado é remédio contra ilegal inovação do estado de fato do processo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): Examino a preliminar de ausência de documento indispensável à propositura da ação, suscitada nas contra-razões.

Aduz o apelado que o requerente não juntou à inicial cópia da medida liminar proferida na ação civil pública (principal).

Entendo que, no caso, caberia ao Juiz aplicar o art. 284 do CPC, determinando que o autor emende ou complete a inicial, no prazo de dez (10) dias.

Contudo, impõe-se notar que a sentença não extinguiu o processo por esse fundamento, mas pela ausência de interesse processual, tendo em vista que existia uma liminar anteriormente concedida que, em tese, já assistia à pretensão do autor.

Rejeito a preliminar.

Como se vê, o Juiz a quo indeferiu a inicial, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, sem audiência da parte contrária, por entender ausente o interesse processual do autor.

É que, na ação civil pública, havia o Magistrado concedido liminar no sentido de que a área de manguezal, de aproximadamente dois (2) hectares, ao tempo da liminar, permanecesse aterrada.

Na sentença, ora vergastada, concluiu o em. Juiz:

“Ora, estando tal medida liminar ainda em vigor, é de todo desnecessária a presente ação cautelar, cujo escopo não pode ser o de tornar eficaz medida liminar, do contrário, desnecessária ser a concessão da medida liminar, anteriormente requerida”. (Fls. 15v).

O requerente, contudo, busca a prestação jurisdicional sob a alegação de que o requerido, após a liminar, permitiu a evolução da área aterrada para cerca de cinco (5) hectares.

Merece destaque a argumentação do autor contida na inicial, in verbis:

“2. Como bem sabe V. Exa., o ‘atentado é a criação de situação nova ou mudança de

status quo, pendente a lide, lesiva à parte e sem razão de direito'. (Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, vol. II - Processo de Execução e Processo Cautelar, p. 1302, Forense/1988).

A mudança da situação fática da época da liminar é matéria inquestionável, consoante comunicações das instituições públicas mencionadas, as quais, na condição de atos administrativos, têm presunção de legitimidade, de sorte que a alteração ocorreu na pendência da lide.

Evidente que, tendo a ação o objetivo de evitar a continuidade do aterramento em razão dos danos que provocou ao meio ambiente, o desrespeito à ordem judicial, com mudanças no status quo, trouxe prejuízos ao requerente.

Finalmente, persistindo a liminar da lavra desse juízo, o ato, além de não possuir qualquer razão de direito, caracteriza-se como francamente desrespeitoso ao Poder Judiciário.

Diante disso, urge a utilização do processo em espécie, no sentido de se obter medida que restabeleça a situação de fato da época em que se concedeu a liminar, sob pena de ao réu se proibir a prática de qualquer ato processual, inclusive interposição de recursos". (Fls. 04).

Versando sobre a medida cautelar específica, dispõe o CPC:

"Art. 879. Comete atentado a parte que no curso do processo:

I - viola penhora, arresto, seqüestro ou imissão na posse;

II - prossegue em obra embargada;

III - pratica outra qualquer inovação ilegal no estado de fato".

Em tese, a conduta do requerido estaria enquadrada na hipótese do último inciso susomencionado.

Entendo que a promoção da presente medida cautelar de atentado pelo MPF está em consonância com a legislação processual, em face da demonstração de nítido interesse processual, eis que movida com base em documentação que atesta, pelo menos prima facie, mudança de situação da área objeto da liminar.

A propósito, colho as seguintes lições de Humberto Theodoro Júnior, sobre o tema ora questionado:

"O atentado é o fato de uma parte que fere o interesse da parte contrária. Dele nasce a ação de atentado, que é o meio de exercer a pretensão de restituição ao status quo para que a situação de fato possa aguardar a solução do processo tal como se achava ao ajuizar-se o feito.

A configuração do atentado pressupõe alteração fática ilícita, que levará a parte contrária a suportar um prejuízo, caso ganhe a causa.

O atentado compromete a eficácia do processo principal, ao modificar a base fática sobre que deverá incidir a prestação jurisdicional.

A tutela cautelar que se movimenta é inovativa, porque a alteração danosa já ocorreu; mas é preventiva em relação ao processo principal, cujo provimento ainda não ocorreu; e é também provisória, porque a interdição de inovar só vigora enquanto dura a causa do mérito, nada impedindo a renovação da obra desfeita, se o causador do atentado sair vitorioso na solução final da lide.

A ação cautelar, na espécie, tem o objetivo de fazer prevalecer o dever que compete à parte de conservar inalterado o estado de coisas envolvido no litígio até a solução final do processo, para não inutilizar seus eventuais efeitos.

Restaurando-se, destarte, o estado fático inicial, preserva-se a eficiência e utilidade da prestação jurisdicional de mérito, assegurando-se o objeto sobre que deve incidir". (In Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 21ª edição, Editora Forense, p. 158).

Na verdade, o interesse processual deflui exatamente da necessidade de preservação da área de manguezal aterrada, in casu, acrescida.

Ora, a liminar concedida na ação civil pública visava à cessação do aterramento. Mas,

uma vez não cumprida a liminar e, além disso, ter havido uma mutação do estado de fato, com a continuidade do aterro na área de manguezal, entendeu o MPF de ajuizar a ação. Ora, mesmo se a liminar fosse cumprida no presente momento, a situação anterior jamais poderia se restabelecida. Daí o interesse do autor na ação cautelar de atentado, que permite por meio da sentença o restabelecimento do status quo, além de permitir ao Magistrado impor perdas e danos e impedir o réu de falar nos autos principais.

O deferimento de liminar em ação civil pública não exclui o manejo da ação cautelar de atentado, quando atendidos os requisitos desta, uma vez que os efeitos daquela podem não coincidir necessariamente com os desta. Além do mais, como se sabe, no atentado perseguem-se outros fins que não os estabelecidos na liminar.

À evidência que a prestação jurisdicional materializada na sentença levará em conta a instrução do processo, sopesando as provas dos autos, até o deslinde da controvérsia.

Com razão, pois, a ilustre Procuradora Regional da República, ao asseverar:

“2.5. Nesse ponto reside a permanência do interesse processual do Ministério Público, pois teria de provar a existência da inovação ilegal do estado de fato do processo, consequência do descumprimento da liminar, e somente com o ajuizamento da via processual prevista para essa hipótese teria sua pretensão satisfeita. Por isso, data venia, incorreu em equívoco o douto sentenciante, quando nega o interesse processual do Parquet”. (Fls. 89).

Com essas considerações, dou provimento à apelação para anular o aresto de primeiro grau, a fim de que o processo prossiga até a prolação de outra sentença.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 80.477-PE

Relator: O SR. JUIZ
 Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS
 Apelada: SEVERINA ERNESTO DA SILVA
 Lit. Pass.: SEBASTIANA LIMA DOS SANTOS
 Advogados: DRS. MARIA DE LOURDES CALDAS CÂMARA E OUTROS (APTE.),
 ODILON BRAZ DA SILVA E OUTROS (APDA.) E
 SEVERINO DE SOUZA SILVA (LIT. PASS.)

EMENTA

Constitucional e Previdenciário. Pensão por morte. Companheira. Rateio com a esposa. Justificação judicial. Provas testemunhais e documentais não elididas. Convivência por mais de 14 (quatorze) anos. Correção monetária. Súmula 71 do ex-TFR. Inaplicabilidade.

1. Com a promulgação da novel Carta Política de 1988, as distinções existentes entre o cônjuge e a companheira foram abolidas, assegurando-se a esta última os mesmos direitos até então garantidos, tão-somente, ao primeiro (artigos 201, V, e 226, § 3º, da CF de 1988).

2. Há nos autos provas documentais e testemunhais que, somadas à Justificação Judicial, comprovam, inequivocadamente, assim os fatos como o direito alegado.

3. Os depoimentos das testemunhas arroladas evidenciam a convivência da apelada com o de cujus no decorrer de quatorze (14) anos. Direito à percepção da pensão por morte em concorrência com a esposa legítima.

4. Não mais se aplicam os dizeres da Súmula 71 do ex-TFR aos benefícios concedidos após a vigência da Lei nº 6.899, de 1981; as parcelas vencidas devem ser corrigidas pelas regras dessa Lei, eis que a ação foi intentada, inclusive, após sua vigência.

5. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, 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, 8 de maio de 1997 (data do julgamento).

JUIZ GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO: Cuida-se de apelação, desafiada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, no tocante a sentença que, nos autos da ação sumaríssima de pedido de pensão previdenciária cumulada de cobrança de pensão, julgou procedente o pedido da autora.

A decisão singular acolheu integralmente o pedido constante da exordial e condenou o Instituto apelante a pagar à autora metade do valor da pensão por morte do segurado Bartolomeu Belarmino dos Santos, a partir do óbito deste, por restar efetivamente comprovado, segundo os depoimentos das testemunhas e as provas trazidas aos autos, que a a. conviveu maritalmente com o de cujus por mais de 14 (quatorze) anos, na condição de companheira.

Condenou ainda o Instituto apelante no pagamento das prestações vencidas, atualizadas monetariamente pela Súmula 71 do ex-TFR, até a data do ajuizamento da ação, e a partir desta na forma preconizada na Lei nº 6.899, de 1981, acrescidas de juros moratórios, estes fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação. Enfatizou que a verba honorária deverá ser paga pelo INSS e pela litisconsorte Sebastiana Lima dos Santos à autora, arbitrada no valor de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Após repisar as teses expendidas na contestação, a autarquia apelante peleja pela reforma do decisum, ao fundamento de que a legislação previdenciária estabelece certas exigências para comprovação da vida em comum entre a companheira e o segurado, casado ou não. Exponencia que não há nos autos provas inequívocas que comprovem a vida more uxorio nem a dependência econômica, mesmo que relativa.

Ao final, alega que, após a edição da Lei nº 6.899, de 1991, não mais se aplica o enunciado da Súmula 71 do extinto TFR.

As contra-razões do INSS (de fls. 104) são pela manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): Cuida-se de apelação interposta entre as partes acima indicadas.

Porfia o Instituto previdenciário, inicialmente, que as provas apresentadas não comprovam, efetivamente, a convivência more uxorio, tampouco a dependência econômica da apelada com o ex-segurado.

Tal ilação não se robustece ante as provas coligidas à proemial. Senão vejamos.

Anoto, *ab initio*, que a matéria em análise já se encontra pacificada na jurisprudência deste Sodalício; não há, pois, que se reformar a respeitável sentença neste tocante, eis

que se cuida de decisão forrada em provas robustas, não elididas ao longo da instrução. A atual Carta Política de 1988, em seu artigo 226, caput, preconiza que "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". Fez encartar no parágrafo 3º do mencionado artigo que "Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

Releva destacar que as conquistas da (o) companheira (o) foram inúmeras, tanto no campo do Direito Constitucional como do Previdenciário. Dentre elas tem-se a equiparação entre o cônjuge e o companheiro, tal como estampado no artigo 201, V, da Constituição Federal, *verbis*:

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

I a IV - *omissis*

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

Ao caracterizar a união estável como entidade familiar, o legislador acolheu uma orientação jurisprudencial lúcida, que se veio sedimentando ao longo dos anos; mercê dessa construção pretoriana, já se afastava quaisquer obstáculos a concessão de pensão à companheira, tendo em vista a finalidade social da norma instituidora do benefício.

É claro que essa inovação suscitou reações contrárias de vários setores vinculados a concepções mais conservadoras da família, e que anteviam na disposição constitucional um sério "perigo" aos alicerces da sociedade.

Deveras, há no processado provas documentais (50/51) e testemunhais (fls. 80/86) que, somadas à Justificação Judicial (fls. 22/52), comprovam, inequivocadamente, assim os fatos como o direito alegado. Os depoimentos das testemunhas arroladas evidenciam a convivência da apelada com o de cujus, no decorrer de quatorze (14) anos.

Portanto, afigura-se-me incontestemente a convivência *more uxorio* entre o beneficiário e a a., assim como a total dependência econômica, o que, ao meu ver, autoriza que se reconheça o direito daquela à percepção da pensão postulada.

Da jurisprudência desta Corte e da do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, extraio as seguintes ementas, que traduzem o entendimento jurisprudencial sobre situações como a versada nos autos, *ad litteram*:

"Previdenciário. Pensão por morte de ex-segurado. Companheira. Concorrência com a esposa. Possibilidade.

- Comprovada a existência *more uxorio* por mais de cinco anos, sob dependência econômica, mormente quando do companheirismo resulta filho, há de ser concedida a pensão previdenciária por morte de ex-segurado a concubina, em concorrência com a esposa legítima. Inteligência dos arts. 12, I, e 13 do Dec. nº 8.080/79.

- Apelação improvida". (TRF 5ª Região, AC nº 25603-CE, 3ª Turma, Rel. Juiz Nereu Santos, julg. em 23.05.96, un.).

"Previdenciário. Pensão por morte do segurado. Companheira. Designação suprida pela prova documental.

- A designação da companheira pode ser suprida post mortem mediante pelo menos três das provas da vida em comum previstas no parágrafo primeiro do art. 11 do Decreto 89.312, de 23.01.84 (CLPS).

- Atendido tal requisito, é de ser reconhecida a condição de dependente para fins de percepção da pensão previdenciária". (TRF 5ª Região, AC nº 28570/RN, 3ª Turma, Rel. Juiz José Maria Lucena, julg. em 30.06.94, un.).

"Previdenciário. Pensão à companheira de ex-segurado. Comprovação da dependência econômica.

- Há de se reconhecer o direito de pensão à companheira de ex-segurado mediante a

comprovação da duradoura convivência marital do casal e da dependência econômica dela com relação a ele.

- Apelação improvida". (TRF 5ª Região, AC 66724-PE, 3ª Turma, Rel. Juiz José Maria de Lucena, julg. em 19.12.95, un.).

"Previdenciário. Pensão. Existência de esposa e de companheira. Dependência econômica.

- Se tanto a mulher legítima como a companheira de longo tempo dependiam do segurado, deve ser partilhada a pensão deixada por ele, nos termos da Súmula 159 do ex-TFR, ainda que os proventos sejam modestos". (TRF 5ª Região, AC nº 11038-PE, 1ª Turma, Rel. Juiz Rivalvo Costa, julg. em 19.12.91, un.).

"Previdenciário. Pensão por morte. Direito ao benefício.

I - O Poder Judiciário, sempre atento à preservação dos valores maiores contemplados pela ordem jurídica, reconheceu à concubina os direitos decorrentes da sociedade de fato, prestigiando, assim, a família, célula mater da sociedade e, por conseqüência, do próprio Estado.

II - Não há como deixar de reconhecer que a autora e o de cujus mantinham união estável que se constituía autêntica família e como tal deve ser reconhecida e amparada.

III - Recurso improvido". TRF 3ª Região, AC nº 0338311/90, SP, DJ 23.02.94, p. 5702, Relator Juiz Aricê Amaral).

"Constitucional e Previdenciário. Inscrição de companheira como dependente de segurado que veio a falecer. Requerimento administrativo. Desnecessidade. Prescrição. Designação.

1. A atual Constituição Federal reconhece a união estável (art. 226, par. 3º).
2. Desnecessidade de esgotamento da via administrativa para recorrer ao Judiciário.
3. Não prescreve o direito de pleitear o benefício, mas as parcelas anteriores aos cinco anos do ajuizamento da ação.
4. União de fato, durante cerca de 12 anos, comprovada por justificação judicial.
5. A falta de designação não constitui obstáculo à concessão da pensão à companheira, como já entendeu o extinto Tribunal Federal de Recursos.
6. Apelação improvida". (TRF 3ª Região, AC nº 0211371/91, RJ, DJ 6.9.94, Relator Juiz Antônio Cruz Netto).

O que ressaí dos autos autoriza a que se aplique ao caso concreto o entendimento pretoriano consubstanciado nas decisões adrede reproduzidas.

Outro ponto reclama exame; refiro-me à assertiva segundo a qual seria impossível o emprego do critério de atualização monetária definido na Súmula 71 do extinto Tribunal Federal de Recursos - TFR, após a edição da Lei nº 6.899, de 1981.

Ao meu sentir, rogando vênias aos judiciosos fundamentos expendidos pelo ilustre Julgador a quo, tenho que não mais se aplicam os dizeres da Súmula 71 do ex-TFR aos benefícios concedidos, como é o caso, após a vigência da Lei nº 6.899, de 1981; as parcelas vencidas devem ser corrigidas pelas regras dessa Lei, eis que a ação foi intentada, inclusive, após sua vigência; não há aqui, data vênias, oportunidade para que se prestigie o disposto na Súmula multirreferida.

É neste sentido que se tem firmado a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça - STJ; confira-se:

"Previdenciário. Reajuste de benefícios. Correção monetária.

1. Decreto-lei 2.351/87. Lei 7.789/89.

O reajuste dos benefícios previdenciários, expressos em salários mínimos, deve ser feito com base no salário mínimo a partir de abril de 1989.

2. Súmula 71 do TFR. LEI 6.899/81.

Após a vigência da Lei 6.899/81, a correção dos débitos cobrados em juízo deve ser feita de acordo com essa lei.

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido". (REsp 63.322-2,SP, Relator Ministro Assis Toledo - DJ 21.08.95).

"Previdenciário. Revisional de benefícios. Termo inicial. Correção monetária. Súmula 71, TFR.

1. A Súmula 71, TFR, não é mais aplicável em casos de correção monetária de débitos previdenciários vencidos após a vigência da Lei 6.899/81.

2. Divergência jurisprudencial pacificada por interpretação do Supremo Tribunal Federal ao termo inicial do salário mínimo como índice dos reajustes previdenciários.

3. Recurso parcialmente provido". (REsp 64369-4 - SP, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ 21.08.95).

Por tais fundamentos, dou parcial provimento à apelação, apenas para afastar a aplicação da Súmula 71 do extinto Tribunal Federal de Recursos - TFR, e determinar que a correção monetária seja feita na forma preconizada na Lei nº 6.899, de 1981.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 82.312-PB

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**
Apelante: AGRO INDUSTRIAL TABU LTDA.
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogados: DRS. RICARDO TRINDADE HENRIQUES E OUTROS (APTE.) E SONIA ELISABETH SALES NÓBREGA E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Execução fiscal. Embargos à execução. Contribuição previdenciária incidente sobre comercialização de produtos rurais. LC 11/74.

- Para o recolhimento da contribuição do programa de assistência ao trabalhador rural, está o adquirente do produto sub-rogado em todas as obrigações do produtor (art. 15 da LC 11/74).

- Pretensão que se ressente de fundamento quando requerida a aplicação retroativa da Lei 8.212/91.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 25 de junho de 1998 (data do julgamento).

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: A Agro Industrial Tabu Ltda. apresentou embargos do devedor contra ação de execução fiscal proposta pelo INSS, alegando que, com base na Lei nº 8.212/91, as contribuições previdenciárias incidentes sobre a comercialização dos produtos rurais, do segurado especial, incidem apenas sobre a folha de pagamento.

A certidão de dívida ativa refere-se ao lapso temporal de 01/92 a 02/92, por infração ao

inciso I do art. 15 da Lei Complementar nº 11, alterada pela Lei Complementar nº 16 e o art. 5º da Lei nº 6.195/74, por não haver recolhido, na época própria, contribuições para o Prorural sobre o valor dos produtos rurais.

A embargante afirmou que não tem o encargo de reter contribuições previdenciárias sobre o montante da cana-de-açúcar que lhe foi fornecida por terceiros.

O embargado pediu, em preliminar, a rejeição dos embargos, apontando que não foi instruído com todos os documentos necessários a sua propositura.

O juízo monocrático rejeitou os embargos, na forma preconizada pelo art. 17 da Lei nº 6.830/80, e procedeu à execução fiscal promovida pelo INSS contra a Agro Industrial Tabu Ltda., condenando a embargada a pagar o principal da dívida e seus acréscimos, bem como custas processuais de ambos os feitos - execução e embargos -, em razão da dupla sucumbência. Fixou honorários à base de 15% sobre o valor líquido da execução.

Nas suas razões, a embargada apelante apontou que, "com o advento da Lei nº 8.212, de 24.06.91, regulamentada pelo art. 48 do Decreto 356, de 07.12.91, as contribuições devidas à Previdência, ao invés de serem calculadas com base no montante do faturamento da produção agrícola, passaram a incidir sobre a folha de pagamento". E pediu a reforma da sentença de primeiro grau.

Apresentadas as contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): A r. sentença julgou improcedentes os presentes embargos sob os fundamentos que estão resumidos na seguinte ementa:

"Contribuição previdenciária - Prorural - Segurado especial. Incidência sobre a receita bruta proveniente da comercialização dos produtos rurais - Responsabilidade fiscal - Recolhimento - Inocorrência - Embargos do devedor - Rejeição.

- A responsabilidade fiscal é do adquirente ou do consignatário no recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre a comercialização dos produtos rurais, na qualidade de segurado especial.

- Rejeitam-se embargos do devedor que na qualidade de segurado especial não promove o recolhimento de contribuições do Prorural no momento de sua incidência". (Fls. 28/29).

Alega a apelante que, com o advento da Lei nº 8.212/91, regulamentada pelo art. 48 do Decreto nº 356/91, as contribuições devidas à Previdência, ao invés de serem calculadas com base no montante do faturamento da produção agrícola, passaram a incidir sobre a folha de pagamento. Desse modo, não lhe caberia o encargo de reter contribuições previdenciárias sobre o montante da cana-de-açúcar fornecida por terceiros.

Os embargos tiveram uma deficiente instrução. Não se vê cópia da CDA nem do auto de penhora ou depósito que estariam a garantir o crédito fiscal.

Todavia, considero superadas tais irregularidades, tendo em vista que a tese adotada pela apelante não deve ser acolhida.

Segundo consta nos autos, o período da dívida é de 01/92 a 02/92.

Consoante admite a apelante, à época vigorava o Regulamento de Custeio da Seguridade Social, Decreto nº 356, de 07.12.91, que foi expedido em consequência do advento das Leis 8.212 e 8.213/91.

Classificado o produtor como segurado especial (art. 10, VII), foi-lhe atribuída a condição de responsável tributário como adquirente pelo recolhimento da contribuição de três por cento sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção, tal como está explicitado no Relatório Fiscal de fls. 23.

Para melhor elucidação, transcrevo o art. 24 e seus parágrafos do referido Regulamento:

"Art. 24. Contribui com 3% (três por cento) da receita bruta proveniente da

comercialização da sua produção o segurado especial referido no inciso VII do art. 10.

§ 1º. O segurado especial de que trata este artigo, além da contribuição referida no caput, poderá contribuir, facultativamente, na forma do art. 23, na condição de contribuinte individual.

§ 2º. Para os efeitos deste artigo, considera-se receita bruta o valor recebido ou creditado pela comercialização da produção, assim entendida a operação de venda ou consignação.

§ 3º. Integram a produção, para os efeitos deste artigo, os produtos de origem animal, vegetal ou mineral, em estado natural ou submetidos a processos de beneficiamento ou industrialização rudimentar, assim compreendidos, entre outros, os processos de lavagem, limpeza, descaroçamento, pilagem, descascamento, lenhamento, pasteurização, resfriamento, secagem, fermentação, embalagem, cristalização, fundição, carvoejamento, cozimento, destilação, moagem, torrefação, bem como os subprodutos e os resíduos obtidos através desses processos.

§ 4º. O adquirente, consignatário ou cooperativa ficam sub-rogados nas obrigações do segurado especial pelo cumprimento das obrigações de que trata este artigo.

§ 5º. O adquirente, consignatário ou cooperativa devem exigir, do vendedor ou consignante da produção, quando da realização da operação prevista no parágrafo 2º, comprovação de sua inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes - CGC do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, se pessoa jurídica, ou de sua inscrição no INSS como segurado especial ou como equiparado a trabalhador autônomo, se pessoa física, observado o disposto no art. 15 do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social e nas normas fixadas pelo INSS.

§ 6º. O adquirente, consignatário ou cooperativa são responsáveis pelo recolhimento da contribuição de que trata este artigo, independentemente do disposto no parágrafo 4º, caso não mantenham à disposição da fiscalização os documentos comprobatórios da obrigação prevista no parágrafo 5º”.

O art. 48 invocado pela apelante refere-se apenas à competência do INSS para arrecadar, fiscalizar e cobrar as contribuições sociais. Em nada lhe favorece.

Mostra-se correta, assim, a seguinte observação do Relatório Fiscal:

“Procedemos à fiscalização de rotina na empresa acima identificada. Nos termos do novo Regulamento do Custeio da Previdência Social, a mesma está obrigada a contribuir sobre a folha de pagamento do pessoal do campo desde novembro de 1991. Decerto que a mesma vem tomando tal providência. Contudo, não se preveniu quanto aos fornecedores de cana, que, de igual modo, deveriam comprovar através de GRPS os recolhimentos feitos sobre o seu pessoal”. (Fls. 23).

Em suma, conclui-se: tanto à luz da legislação do Prorural, invocada pelo ilustre sentenciante, quanto nos termos do Decreto nº 356/91, invocado pela apelante, acha-se obrigada a exigir do fornecedor de cana-de-açúcar o comprovante de recolhimento das contribuições previdenciárias devidas. Não o fazendo, sujeitou-se a fazê-lo às suas expensas.

Ressalto, por fim, que a CDA goza da presunção de liquidez e certeza, como título executivo extrajudicial, ficando com o devedor o ônus de ilidir tal presunção mediante prova inequívoca.

A embargante, entretanto, quase nada provou. Além disso, suas alegações mostram-se sem fundamento.

Em face do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Relator: O SR. JUIZ **GERALDO APOLIANO**
Apelante: SIDERÚRGICA AÇONORTE S/A
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS
Advogados: DRS. MARDEN MOUTINHO DE OLIVEIRA E SILVA E
OUTROS (APTE.) E LÚCIA MARIA DE FREITAS CHAVES E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Constitucional e Previdenciário. Ação declaratória de nulidade de débito fiscal. Artigo 3º do Decreto-lei nº 2.318, de 1986. Constitucionalidade. Inclusão de gratificações, ajudas de custo e salário do segurado doente no salário-de-contribuição. Artigos 27, 135 e 136 do Decreto nº 89.312, de 1984 (CLPS).

1. É constitucional o artigo 3º do Decreto-lei nº 2.318, de 1986, que, durante sua vigência, suprimiu o teto dos salários-de-contribuição. O fato de o artigo 165, parágrafo único, da Constituição de 1967 (vigente à época da edição do decreto-lei) determinar que a majoração de benefício estaria condicionada à existência da correspondente fonte de custeio, não implicava a impossibilidade de haver majoração de custeio sem a correspondente majoração de benefício. Precedentes jurisprudenciais.
2. As gratificações pagas pela empresa a seus funcionários, as ajudas de custo e o salário pago ao segurado doente, durante os quinze primeiros dias de ausência ao emprego, integram o salário-de-contribuição.
3. Entende-se por salário-de-contribuição a remuneração efetivamente recebida, a qualquer título, pelo empregado (artigo 135 do Decreto nº 89.312, de 1984, a Consolidação das Leis da Previdência Social - CLPS, vigente à época do fato que originou a demanda).
4. As parcelas remuneratórias excluídas do salário-de-contribuição, durante a vigência do Decreto nº 89.312, de 1984, são apenas aquelas indicadas no artigo 136 do citado diploma legal, dentre as quais não figuram as mencionadas no item 2.
5. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 12 de junho de 1997 (data do julgamento).

JUIZ GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO: Siderúrgica Açonorte S/A ajuizou ação declaratória de nulidade de débito fiscal contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, oportunidade em que fez efetuar o depósito da dívida discutida, para fins de suspensão do crédito tributário (artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional - CTN). Afirma-se, na petição inicial de fls. 03 a 13, que a cobrança do débito constante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD (às fls. 21 dos autos) contraria dispositivos legais e constitucionais, pelas razões a seguir aduzidas: a) a inconstitucionalidade da extinção do teto do salário-de-contribuição, por parte do artigo 3º do Decreto-lei nº 2.318, de 1986, haja vista ter instituído majoração de tributo sem a

correspondente majoração do valor dos benefícios; b) a impossibilidade de incidência da contribuição social sobre os valores pagos a título de gratificação espontânea ou de ajuda de custo, e sobre a remuneração paga nos primeiros quinze dias de ausência ao trabalho do segurado doente.

A autarquia ré, em contestação de fls. 41 a 46, rebatendo as argumentações da autora, afirmou, em síntese: a) que a alegada "ajuda de custo", a que se refere a empresa autora, seria, na realidade, valor destinado ao pagamento de aluguéis das residências dos funcionários, constituindo salário in natura; b) que a gratificação espontânea paga pela autora a alguns de seus funcionários, bem como a remuneração paga aos segurados doentes nos primeiros quinze dias de ausência ao emprego, teriam natureza salarial, e, portanto, estariam incluídas na base de cálculo da contribuição social; c) em relação ao Decreto-lei nº 2.318, de 1986, afirma não vislumbrar a alegada infringência a dispositivo constitucional.

O Ministério Público Federal opinou pela improcedência do pedido. A sentença monocrática (fls. 56 usque 61) julgou improcedente o pedido, sob o amparo dos seguintes fundamentos: a) de acordo com o princípio da universalidade, consagrado no artigo 194, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal, não se devem excluir, para efeito de incidência da contribuição social, parcelas remuneratórias pagas aos empregados; b) o Decreto nº 612, de 1992, determina incidir a contribuição sobre remuneração paga ou creditada a qualquer título.

Apelação interposta pela autora, em que pugna pela reforma da sentença, repisando os termos postos na inicial e acrescentando os seguintes motivos como bastantes para reforma da sentença: a) as gratificações pagas a alguns de seus funcionários são espontâneas e eventuais, não se enquadrando no conceito de salário-de-contribuição; b) a ajuda de custo, pelo seu caráter temporário, não se enquadraria, da mesma forma, no conceito de salário-de-contribuição; c) a remuneração paga nos primeiros quinze dias de ausência do segurado doente não apresenta o caráter de salário, posto não haver a contraprestação laboral (não deveria, também aqui, haver incidência da contribuição previdenciária).

Sem contraminuta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): Não merece censura ou glosa a sentença vergastada, a teor próprio, e pelos fundamentos a seguir delineados.

No que respeita à extinção do teto do salário-de-contribuição, efetivada pelo Decreto-lei nº 2.318, de 1986, soa em uníssono a jurisprudência pela sua constitucionalidade.

Afirma a apelante que, se o artigo 165, parágrafo único, da Constituição de 1967 (vigente à época da edição do Decreto-lei nº 2.318, de 1986) determinava estar a majoração de benefício condicionada à existência da correspondente fonte de custeio social, não poderia, de seu turno, haver majoração de custeio sem a correspondente majoração do benefício.

Tais alegações não encontram guarida na jurisprudência pátria. Merecem ser transcritas, neste tocante, as seguintes ementas:

"Constitucional e Previdenciário. Contribuições previdenciárias. Majoração. DL 2.318/86, art. 3º. Alegação de inconstitucionalidade. Art. 165, parágrafo único, da Constituição de 1967 (EC 1-69).

- Para o aumento de benefício previdenciário há necessidade de indicação da respectiva fonte de custeio, porém para o aumento de contribuições previdenciárias não é necessário o aumento de benefício correspondente.

- Não há inconstitucionalidade em norma legal que aumenta o teto de contribuições previdenciárias sem indicar o aumento de benefício.
- Arguição de inconstitucionalidade rejeitada.
- Apelo desprovido”.

(Tribunal Regional Federal da 1ª Região, AMS nº 0109616-MG, Rel. Juiz Vicente Leal, julg. 17.09.90, pub. 22.10.90).

"Apelação em Mandado de Segurança. Constitucional. Contribuição previdenciária. Decreto-lei nº 2.318/86. Teto para cálculo do recolhimento.

1. É constitucional o Decreto-lei nº 2.318/86, que eliminou o teto para cálculo da contribuição previdenciária devida pela empresa.
2. Não há igualdade contributiva entre empregado e empregador.
3. Apelação improvida.
4. Sentença monocrática mantida”.

(Tribunal Regional Federal da 3ª Região, AMS nº 00336017-SP, Rel. Juíza Ramza Tartuce - substituta, julg. 17.08.93, pub. 13.09.93).

"Apelação em Mandado de Segurança. Não é inconstitucional o texto do Decreto-lei nº 2.318/86, que eliminou o teto para o cálculo do recolhimento da contribuição previdenciária.

I - A eliminação do teto para o cálculo do recolhimento da contribuição previdenciária, feita pelo Decreto-lei nº 2.318/86, não colide com os princípios constitucionais.

II - Apelação a que se nega provimento”.

(Tribunal Regional Federal da 3ª Região, AMS nº 03018817-SP, Rel. Juiz Pedro Rotta, julg. 30.11.93, pub. 10.05.94).

No que respeita à incidência da contribuição social sobre as gratificações, sobre as ajudas de custo e sobre as remunerações pagas nos quinze primeiros dias de ausência ao trabalho dos segurados doentes, estou com o douto Magistrado a quo em que integram tais parcelas o salário-de-contribuição.

O Decreto nº 89.312, de 1984 - a Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS) -, vigente à época do fato que originou a presente demanda (o não pagamento das contribuições), preceituava em seu artigo 135, in verbis:

"Art. 135. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - a remuneração efetivamente percebida a qualquer título, para o empregado, exceto o doméstico, para o trabalhador avulso e para o trabalhador temporário, até o limite máximo de 20 (vinte) vezes o maior salário mínimo do país¹, ressalvado o disposto no § 1º e no artigo 136”.

(Grifei).

¹ Dito limite, faço constar, foi suprimido durante a vigência do já citado Decreto-lei nº 2.318, de 1986.

Conforme deflui do dispositivo adrede transcrito, incluem-se no salário-de-contribuição todas as parcelas remuneratórias percebidas pelo empregado, excetuando-se apenas aquelas expressamente designadas em lei, dentre as quais não se enquadram as mencionadas pela apelante.

Faço transcrever, a propósito, o artigo 136 do mesmo diploma legal, onde se elencam as parcelas que não estão incluídas no salário-de-contribuição:

"Art. 136. Não integram o salário-de-contribuição:

I - o 13º salário;

II - a cota de salário-família paga nos termos da legislação específica;

III - a ajuda de custo e o adicional mensal pagos ao aeronauta nos termos da legislação específica;

IV - a parcela paga in natura pela empresa, em programa de alimentação aprovado pelo Ministério do Trabalho;

V - o abono pecuniário de férias resultante da conversão de 1/3 (um terço) do período de férias e o concedido em virtude de cláusula do contrato de trabalho, do regulamento da empresa ou de convenção ou acordo coletivo, desde que não excedente de 20 (vinte) dias do salário”.

(Grifei.)

Observe-se que, dentre as parcelas excluídas do cálculo do salário-de-contribuição, não figuram as gratificações eventualmente pagas, as ajudas de custo e as remunerações pagas nos primeiros quinze dias antes da percepção do auxílio-doença.

Em relação à ajuda de custo, faço destacar que, durante a vigência do Decreto nº 89.312, de 1984, somente era excluída do salário-de-contribuição a ajuda de custo paga aos aeronautas (inciso III do artigo supra-reproduzido). Embora tenha a Lei nº 8.212, de 1991, excluído do referido cômputo a ajuda de custo paga a todo e qualquer empregado (artigo 28, parágrafo 9º, alínea g), não seria aplicável à hipótese, em razão de haver a autora/apelante incorrido em inadimplência no ano de 1989, portanto, antes do advento do novo Plano de Custeio da Seguridade Social.

A alegada infringência ao item 32.2, alínea b, da Portaria nº 29/75, da Secretaria da Previdência Social, não restou comprovada pela autora/apelante.

Diz a citada portaria estar excluída do salário-de-contribuição "a gratificação considerada pela jurisprudência trabalhista como não integrante da remuneração, como a gratificação aleatória, temporária, eventual ou esporádica".

Não procurou a autora/apelante demonstrar a eventualidade ou esporadicidade das gratificações pagas a seus funcionários. Ao autor - é cediço - incumbe comprovar o fato constitutivo do seu direito (artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil), de modo que, diante da ausência de provas a demonstrar a natureza eventual das gratificações, deixo de acolher os argumentos expendidos quanto à possível aplicação da retrocitada portaria ao caso sob enfoque.

Quanto à remuneração paga ao trabalhador doente, nos primeiros quinze dias de ausência ao trabalho, existe disposição legal expressa a obstar a pretensão da apelante. Refiro-me ao artigo 27 da antiga CLPS (Decreto nº 89.312, de 1984), in verbis:

"Art. 27. Durante os 15 (quinze) primeiros dias de afastamento da atividade por motivo de doença, incumbe à empresa pagar ao segurado o seu salário".

(Grifei.)

Ora, se por expressa determinação legal, constitui a aludida paga salário do empregado, por que razão se iria excluí-la do cálculo do salário-de-contribuição previdenciário?

Do exposto, infere-se que inexistente qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade na cobrança do débito constante da NFLD de fls. 21 do processado; o que se verifica, ao revés, é a desconformidade das alegações da apelante frente a expressos dispositivos de lei.

Forrado nessas razões, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 86.805-PE

Relator:	O SR. JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE
Apelante:	COOPERATIVA DOS PRODUTORES DO AÇÚCAR E ÁLCOOL DE PERNAMBUCO LTDA.
Apelada:	FAZENDA NACIONAL
Advogados:	DRS. EDUARDO JOSÉ PINTO DE CAMPOS (APTE.) E JOSÉ MOREIRA DA SILVA FILHO (APDA.)

EMENTA

Processual Civil. Embargos à execução. Restituição de indébito tributário. FINSOCIAL. Tributo sujeito ao auto-lançamento. Necessidade de provar valores recolhidos. Ausência de elementos suficientes a autorizar a execução na forma do art. 604 do CPC. Artigos de liquidação (CPC, art. 609, c/c 608). Improcedência da apelação. 1. Em havendo a sentença exequenda fixado a restituição do que foi indevidamente pago a título de FINSOCIAL, tributo sujeito ao auto-lançamento, cabe ao exequente-contribuinte apresentar a comprovação do pagamento indevido quando da execução. 2. No caso dos autos, os DARFs apresentados não são suficientes para provar o pagamento indevido do FINSOCIAL durante todo o período abrangido pela sentença, muito menos o *quantum* pago, pelo que não se aplica a execução na forma do art. 604 do CPC. Dependendo, assim, a execução de comprovação de fatos novos, é cabível a liquidação de sentença por artigos prevista no art. 609, c/c o art. 608 do mesmo diploma legal. 3. Precedente desta Turma (AC 88996-PE). 4. Apelação improvida.

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, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Recife, 07 de maio de 1998 (data do julgamento). JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE: Cuida-se de apelação de decisão que, verificando inexistirem elementos suficientes para a execução da sentença na forma estabelecida no artigo 604 do CPC, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.898/94, deu provimento aos embargos, anulando a execução proposta. Considerou o MM. Juiz Federal que é aplicável ao caso a liquidação por artigos de que trata o artigo 609 do referido diploma legal.

Em suas razões recursais, a embargada sustenta que a execução do *decisum* prolatado nos autos principais depende de simples cálculos aritméticos, pelo que requer a reforma da sentença, para que sejam reconhecidos como improcedentes os embargos.

Contra-razões apresentadas.

Devidamente processado o recurso, subiram os autos a este Tribunal, onde vieram-me conclusos.

Dispensada a revisão (art. 30, IX, do RI).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator) : O MM. Juiz Federal, verificando não existirem nos autos elementos suficientes para o prosseguimento da execução, na forma do art. 604 e seguintes do CPC, decidiu pela procedência dos embargos. Expôs o ilustre Magistrado, Dr. José Manuel Zeferino Galvão de Melo, in verbis:

“Na dicção do art. 604 do estatuto processual civil, cabe execução sob o procedimento nele preconizado se a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético.

No caso presente, em que não se assentou, no processo de conhecimento, quais os valores indevidamente recolhidos ou, pelo menos, quais as suas bases de cálculo (limitada a declarar o caráter indébito e condenar à restituição), a apuração dessas bases, que não se encontram demonstradas nos autos (veja-se que os DARF's, às fls. 39/68 dos autos principais, não as consignam), implica 'fato novo', a ser provado na liquidação, que, no caso, impõe-se efetivar pelo rito determinado no art. 609 do CPC (c/c art. 608).

Desse modo, é nula a execução calcada em título desprovido, ainda, de liquidez e certeza, por isto que, na exata interpretação do art. 604 do CPC, julgo procedentes os embargos, por nulidade da execução que ora extingo, devendo ser precedida da regular liquidação.

Impossível adaptar o procedimento eleito ao que se deveria legalmente seguir, dada a diversidade de natureza (execução e liquidação)”. (Fls. 16/18).

Considero como irreparável a decisão retrotranscrita. Com efeito, da simples análise superficial dos autos principais, conclui-se, sem grandes dificuldades, pela ausência de DARF's que comprovem o recolhimento de todos os valores que a embargante pretende restituídos. Por tratar-se de tributo sujeito ao auto-lançamento, ao contribuinte cabe a comprovação do pagamento, quando pretender a devolução de parte dos valores.

A sentença exequenda determinou a devolução à autora das quantias que recolheu, indevidamente, a maior, desde março de 1989, ou seja de 03/89 a 16/04/93 (data da sentença), a título de FINSOCIAL, sem, entretanto, fixar o *quantum* a ser restituído em valores nominais, dando a entender que isso seria apurado na fase da liquidação. No entanto, os DARF's referidos, que seriam os elementos utilizáveis para tanto, dizem respeito ao período de 04/89 a 20/05, bem menor do que o fixado na sentença recorrida, além do que não se encontram, em sua totalidade, corretamente preenchidos, de forma a evidenciar a base de cálculo do tributo, assim como o valor pago.

A decisão recorrida, por seu turno, encontra-se em consonância com manifestação desta egrégia Primeira Turma, conforme ementa a seguir transcrita:

"Execução de sentença. Liquidação. Necessidade de prova.

- Após a vigência da Lei nº 8.898/94, a oposição de embargos na liquidação por cálculos ocorre logo após a apresentação dos cálculos pelo credor, não mais se aguardando a sentença de liquidação.

- Se a decisão proferida no processo de conhecimento se refere a diferenças de prestações 'acaso pagas', cabendo, 'em caso positivo', o ressarcimento reconhecido, evidencia-se a necessidade de liquidação por artigos.

- No caso de devolução de parcelas do PIS, necessário que o exequente apresente os elementos necessários quanto à base de cálculo para verificar-se se os recolhimentos ocorreram nos termos alegados pelo exequente.

- Apelação improvida”. (AC 88996-PE. Rel. Juiz Castro Meira. Julg. 21.08.96. Publ. DJU 13.09.96, p. 68313).

Por todas as razões expostas, entendo não ser merecedora de reforma a decisão recorrida, reconhecendo ser incabível, no caso, a execução de sentença prevista no artigo 604 do CPC, devendo a liquidação do julgado se dar por artigos, de acordo com o disposto no artigo 609, combinado com o artigo 608, do mesmo diploma legal.

É como voto.

[APELAÇÃO CÍVEL N. 95.389-CE](#)

Relator: **O SR. JUIZ PETRUCIO FERREIRA**

Apelante: BANCO DO BRASIL S/A
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS
Advogados: DRS. ADAIL COLARES TÁVORA E OUTROS (APTE.) E
ANTONIO CORTEZ RUFINO E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Processual Civil. Execução fiscal. Contribuição previdenciária sobre parcela de ajuda-alimentação. Ocorrência. Necessidade de inscrição no Programa de Alimentação do Trabalhador-PAT. Acordo coletivo. Coisa julgada contra terceiro. Inocorrência. 1. Para que a empresa seja beneficiada com isenção de contribuição previdenciária decorrente do pagamento de ajuda-alimentação, faz-se necessária a inscrição da empresa no Programa de Alimentação do Trabalhador. Lei n. 6.321/76. 2. Não tendo o INSS participado do acordo coletivo celebrado, não pode o mesmo ser atingido pelos efeitos da eficácia da coisa julgada. Aplicação da regra insculpida no art. 472, 1ª parte, do CPC. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade de votos, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Juiz Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 9 de junho de 1998 (data do julgamento).

JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA: Trata-se de apelação interposta à sentença de fls. 63/70, da lavra do MM. Juiz de Direito José Valdízio de Oliveira Mello, Juiz Substituto da Comarca de Araripe – CE, que concluiu por julgar improcedentes os embargos interpostos pelo Banco do Brasil S/A, onde pleiteou a não-incidência de contribuições previdenciárias sobre o auxílio-alimentação, ao fundamento de que o pagamento do benefício realizado pelo embargante foi efetuado através de depósito em dinheiro em conta corrente, juntamente com o salário, transgredindo, dessa forma, o acordo coletivo que determinou o pagamento de ajuda-alimentação em tíquete; descumpriu o art. 468 da CLT, bem como não demonstrou estar inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, para beneficiar-se do incentivo fiscal. O Banco do Brasil S/A requer na sua apelação a reforma da decisão, ao argumento de que a sentença do juízo a quo feriu a coisa julgada, proveniente do acordo coletivo, que determinou que a concessão de ajuda-alimentação seria de caráter indenizatório, conforme cláusula 3ª, e que o mesmo fora homologado pelo TST, dispensando-se, dessa forma, a inscrição no Programa de Alimentação do Trabalhador. Diante do exposto, argúi que a sentença descumpriu o art. 467 do CPC e art. 5º, incs. II e XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

Contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA (Relator): Trata-se de apelação da sentença

que concluiu por julgar improcedentes os embargos interpostos pelo Banco do Brasil S/A, onde pleiteou a não-incidência de contribuições previdenciárias sobre o auxílio-alimentação, ao fundamento de que o pagamento do benefício realizado pelo embargante foi efetuado através de depósito em dinheiro em conta corrente, juntamente com o salário, transgredindo, dessa forma, o acordo coletivo, que determinou o pagamento de ajuda-alimentação em tíquete; descumpriu o art. 468 da CLT, bem como não demonstrou estar inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, para beneficiar-se do incentivo fiscal.

O Banco do Brasil S/A requer na sua apelação a reforma da decisão, ao argumento de que a sentença do juízo a quo feriu a coisa julgada, proveniente do acordo coletivo, que determinou que a concessão de ajuda-alimentação seria de caráter indenizatório, conforme cláusula 3ª, e que o mesmo fora homologado pelo TST, dispensando-se, dessa forma, a inscrição no Programa de Alimentação do Trabalhador. Diante do exposto, argüi que a sentença descumpriu o art. 467 do CPC e art. 5º, incs. II e XXXVI, da Constituição Federal de 88.

O INSS, nas contra-razões, alega que, para as empresas se beneficiarem do incentivo fiscal da contribuição previdenciária, faz-se necessário sua inscrição no Programa de Alimentação do Trabalhador.

Em analisando a necessidade de inscrição no PAT, a Lei 6.321, de 14.04.76, que regula a matéria, assim dispõe:

“Art. 1º. As pessoas jurídicas poderão deduzir, do lucro tributável para fins do Imposto sobre a Renda, o dobro das despesas comprovadamente realizadas no período-base, em programas de alimentação do trabalhador, previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho na forma em que dispuser o Regulamento desta Lei”.

“Art. 3º. Não se inclui como salário-de-contribuição a parcela paga in natura pela empresa, nos programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho”.

Como se depreende dos artigos acima transcritos, a empresa, para se beneficiar do benefício fiscal ora em questão, deverá estar inscrita no programa de alimentação aprovado pelo Ministério do Trabalho. O fato de constar do acordo coletivo que a retribuição de ajuda-alimentação é de caráter indenizatório, não assiste o direito ao apelante em beneficiar-se da isenção fiscal, que determina norma específica para que o contribuinte se beneficie do incentivo.

Sobre o assunto, transcrevo estudo realizado pelo Professor Ronaldo Belmonte em sua obra Obrigações das Empresas junto à Previdência Social:

“Em princípio esse pagamento reveste-se de natureza remuneratória, porém, a Lei 6.321/76 criou o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) aprovado pelo Ministério do Trabalho. Essa lei, mediante incentivos fiscais, estimula as empresas para que forneçam aos trabalhadores refeições diárias, sem que as mesmas tenham natureza salarial. Para tanto terão as empresas que seguir o que determinar o Ministério do Trabalho, inclusive requerendo-lhe sua inscrição nos moldes da lei. Caso o estabelecido na norma não esteja de acordo com os procedimentos do empregador, este não terá direito aos incentivos, tornando-se, a partir daí, retribuição remuneratória.

Não haverá incidência da contribuição previdenciária quando os pagamentos estiverem de acordo com o Programa de Alimentação do Trabalhador. Porém, não sendo obedecidas as normas legais do mesmo, a sua natureza será remuneratória, integrando a base de cálculo da contribuição previdenciária.

Quanto a isto a norma previdenciária foi clara, quando estabeleceu, na Lei nº 8.212/91, § 9º, letra c, que não integram o salário-de-contribuição: a parcela in natura recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho, nos termos da Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976”.

Merece destaques entendimento jurisprudencial sobre o tema, in verbis:

“Não se constituem parcela in natura, deixando de integrar o salário do empregado para qualquer efeito, as refeições fornecidas pela empresa por força de adesão ao Programa de Alimentação do Trabalhador, instituído através da Lei 6.321/75, TST, RR 667/87.8, Aurélio de Oliveira, ac. 2ª T. 2.640/87)”.

No tocante às alegações do Banco do Brasil de que o acordo coletivo faz coisa julgada em relação ao INSS, não merece acolhimento por parte deste Tribunal, tendo em vista a não participação do INSS no acordo. Na hipótese é de aplicar-se a regra insculpida no art. 472, 1ª parte, do CPC, que diz que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.”

Destaco trecho dos ensinamentos do jurista Pontes de Miranda sobre o tema, na sua obra Comentários ao Código de Processo Civil, em comentário ao art. 469, assim se posicionando:

“15. Eficácia de coisa julgada material e eficácia erga omnes – Andavam muito confundidas pela doutrina do país, pela falta de se proceder à distinção entre força constitutiva e eficácia de coisa julgada material, a eficácia erga omnes e a inter partes. Os juristas menos atilados vêem eficácia erga omnes e atribuem tal eficácia à coisa julgada. Os efeitos da coisa julgada são inter partes.

Advirta-se que a força constitutiva da sentença se limita àquilo para que se proferiu a sentença; não para qualquer outra questão de ordem declarativa (Emil Seckel, Die Gestaltungsrechte, 247)

Quando se quer que a sentença com força declarativa, ou com eficácia imediata declarativa, irradie sua força, ou sua eficácia, em toda a ambiência jurídica, e.g., quando o autor quer que se possa opor a quem quer que seja a sentença favorável declarativa na ação de declaração da propriedade, imobiliária ou mobiliária, tem de pedir o procedimento edital desde a citação. O simples registro da sentença declaratória, em ação que somente correu entre A e B, ou entre A, autor, e B e C, réus, não teria tal consequência, apenas publicaria a eficácia entre A e B, ou entre A e B e A e C, figurantes”.

Destaco, também, entendimento jurisprudencial, in verbis:

“A coisa julgada é a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. No plano da experiência, vincula apenas as partes da respectiva relação jurídica. Relativamente a terceiros pode ser utilizada como reforço de argumentação. Jamais como imposição” (STJ-6ª Turma, REsp 28.618-2-GO, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. 24.11.92, não conheceram, v.u., DJU 18.10.93, p. 21.890, 1ª col., em.).

Diante do exposto, não merece reforma a sentença do juízo a quo, que concluiu que, para a empresa obter a isenção de contribuição previdenciária decorrente do pagamento de ajuda-alimentação, faz-se necessária a sua inscrição no Programa de Alimentação do Trabalhador

Por tais razões, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

[APELAÇÃO CÍVEL N. 96.996-PE](#)

Relator: O SR. JUIZ **PETRUCIO FERREIRA**
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelada: AMORIM PRIMO S/A
Advogados: DRS. JOSÉ HENRIQUE WANDERLEY FILHO E OUTROS (APDA.)

EMENTA

[Processual Civil. Embargos à arrematação. Execução fiscal. Realização de primeiro leilão.](#)

Lance inferior ao valor da avaliação. Necessidade de segundo leilão. Erro material da sentença. Embargos julgados procedentes. Verba honorária em favor do embargante e não do embargado.

1 - Ocorrendo o primeiro leilão e não sendo dado lance superior ao da avaliação, deverá ser realizado segundo leilão, quando permite-se que seja dado lance sem exigência de limite, podendo a arrematação fazer-se a quem mais der.

2 - Sendo os embargos à arrematação julgados procedentes, não há que falar-se em fixação de verba honorária em favor da parte embargada e sim em favor da parte embargante.

3 - Apelação da Fazenda Nacional prejudicada e remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade de votos, dar parcial provimento à remessa oficial e considerar prejudicada a apelação da Fazenda Nacional, nos termos do voto do Juiz Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 28 de abril de 1998 (data do julgamento).

JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Relator

Pauta : 07/04/98

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA: Trata-se de apelação da sentença de fls. 76/79, da lavra do MM. Juiz Federal Substituto Élio Wanderley de Siqueira Filho, da 2ª Vara/PE, que concluiu por julgar procedentes os presentes embargos à execução, que concluiu pela invalidação à arrematação ocorrida, determinando que se renovem os atos atinentes à alienação judicial dos bens penhorados, tendo em vista que não foi realizado um segundo leilão, face à anulação do primeiro, quando não se ofereceu lance igual ao da avaliação. Verba honorária em favor dos embargados no percentual de 10% sobre o valor da causa atualizado.

Apela a Fazenda Nacional, no sentido de que a verba honorária arbitrada em seu favor seja calculada sobre o valor da execução e não sobre o valor da causa apresentada para os presentes embargos.

Sem contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA (Relator): Trata-se de apelação da sentença que concluiu por julgar procedentes os presentes embargos à execução, que concluiu pela invalidação à arrematação ocorrida, determinando que se renovem os atos atinentes à alienação judicial dos bens penhorados, tendo em vista que não foi realizado um segundo leilão, face à anulação do primeiro, quando não se ofereceu lance igual ao da avaliação. Verba honorária em favor dos embargados no percentual de 10% sobre o valor da causa atualizado.

Apela a Fazenda Nacional no sentido de que a verba honorária arbitrada em seu favor seja calculada sobre o valor da execução e não sobre o valor da causa apresentada para os presentes embargos.

O primeiro leilão marcado para arrematação dos bens foi cancelado através de decisão do Juiz Lázaro Guimarães, deste Tribunal, dessa forma, o segundo leilão realizado não fora o segundo e sim o primeiro, onde a regra estabelecida não permite que seja arrematado o bem em lance inferior ao valor da avaliação, como de fato ocorrera, sendo, portanto, a hipótese de anulação do leilão realizado, visto que apenas no segundo leilão permite-se lance inferior ao preço da avaliação, conforme preceitua art. 686, VI, do CPC. Não há que falar-se, portanto, em reforma da sentença do juízo a quo quanto à anulação do leilão e respectiva arrematação.

É de registrar-se entendimento jurisprudencial, in verbis:

“Em primeira praça, ou primeiro leilão, o bem constrictado não pode ser arrematado por valor inferior ao da avaliação. Em tal ocorrendo, ocorre nulidade do ato, passível de declaração, até mesmo de ofício” (JTAERGS 82/123).

Em segundo leilão não há qualquer exigência limitativa nos lances, podendo a arrematação fazer-se a quem mais der” (RTFR 128/53).

É de observar-se que os presentes embargos à arrematação foram julgados procedentes nos termos pleiteados pela parte executada, ora embargante, sendo a hipótese de fixação de verba honorária em favor do embargante e não do embargado, configurando, assim, erro material da sentença que determinou a fixação de verba honorária em favor do embargado. Dessa forma, determino que a verba honorária fixada na sentença seja em favor da parte embargante e não em favor da parte embargada, no percentual e valor fixado pelo juízo a quo, conforme entendimento jurisprudencial, verbis:

“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-JTAERGS 77/332, maioria).

Quanto à apelação da Fazenda Nacional, julgo prejudicada, face à existência de erro material da sentença.

Por tais razões, dou parcial provimento à remessa oficial e julgo prejudicado o apelo da Fazenda Nacional.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.362-PE

Relator: O SR. JUIZ **PETRUCIO FERREIRA**
Apelante: INMETRO - INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
Apelada: PRESSA - PRESTADORA DE SERVIÇOS ASSOCIADOS LTDA.
Advogados: DRS. CARLOS RENAN IZAAC DE MACEDO E OUTROS (APTE.) E ARIANE TORRES VERAS DE SOUZA (APDA.)

EMENTA

Administrativo. Multa aplicada pelo Instituto de Metrologia. Bombas medidoras de combustível. Obstrução no dispositivo separador de ar e gases. Prejuízo aos consumidores. Responsabilidade da empresa encarregada da manutenção das bombas. 1. Em consonância com o Termo de Responsabilidade firmado entre a apelada e o Instituto de Metrologia, aquela é responsável pelas irregularidades causadas por conserto ou manutenção, uma vez comprovada a sua participação, direta ou indireta, no ilícito em causa.

2. Na hipótese, sendo o prejuízo aos consumidores decorrente de obstrução do dispositivo de separação de ar e gases, causada por negligência na manutenção das bombas, é responsável a empresa de manutenção das bombas.

3. Apelação e remessa oficial providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade de votos, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Juiz Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Recife, 9 de junho de 1998 (data do julgamento).

JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA: Cuida a hipótese de apelação contra a sentença de fls. 308/310, da lavra do MM. Juiz Manoel Erhardt, da 3ª Vara/PE, que, nos Embargos à Execução nº 93.6526-2, julgou procedente o pedido, para desconstituir o título executivo oposto pelo INMETRO à embargante.

Fundamentou-se o MM. Juiz monocrático na ausência de norma instituindo responsabilidade objetiva para hipóteses como a presente, de modo que a empresa encarregada da manutenção das bombas medidoras dos postos de combustíveis apenas responde no caso de comprovada culpa.

Insurge-se a apelante contra tal decisão, alegando a existência de termo de responsabilidade firmado pela apelada, no sentido de comprometer-se a informar qualquer irregularidade nos postos de combustíveis ao órgão de metrologia. Ademais, aduz que tal empresa é responsável pela manutenção do sistema de eliminação de ar das bombas medidoras, lesando os consumidores ao não efetuar tal manutenção.

Contra-razões.

Por distribuição, couberam-me os presentes autos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA (Relator): Cuida a hipótese de apelação contra a sentença de fls. 308/310, da lavra do MM. Juiz Manoel Erhardt, da 3ª Vara/PE, que, nos Embargos à Execução nº 93.6526-2, julgou procedente o pedido, para desconstituir o título executivo oposto pelo INMETRO à embargante.

Fundamentou-se o MM. Juiz monocrático na ausência de norma instituindo responsabilidade objetiva para hipóteses como a presente, de modo que a empresa encarregada pela manutenção das bombas medidoras dos postos de combustíveis apenas responde no caso de comprovada culpa.

Insurge-se a apelante contra tal decisão, alegando a existência de termo de responsabilidade firmado pela apelada, no sentido de comprometer-se a informar qualquer irregularidade nos postos de combustíveis ao órgão de metrologia. Ademais, aduz que tal empresa é responsável pela manutenção do sistema de eliminação de ar das bombas medidoras, lesando os consumidores ao não efetuar tal manutenção.

Observo, inicialmente, que várias peças do presente processo compõem, igualmente, outros embargos à execução, baseados em autuações do Instituto de Pesos e Medidas de Pernambuco. Desta forma, há de atentar-se que o presente feito limita-se à autuação n.º 216001, face à obstrução do mecanismo separador de ar e gases de uma bomba de óleo diesel, autuação esta que deu origem ao Processo Administrativo 2.928/89.

Aduziu a ora apelada, na vestibular dos presentes embargos, que a obstrução verificada foi causada pela ausência de tubulação de retorno ao filtro, quando da instalação do equipamento (fls. 05). Deste modo, caberia ao INMETRO, quando da verificação inicial do equipamento, exigir a retificação do mesmo, antes do início de seu uso. Por fim, afirma que, sendo responsável tão-só pela manutenção do equipamento, não é responsável por vícios de instalação.

Neste sentido, apresenta cópia da Portaria nº 023 - INMETRO, de 25 de fevereiro de 1985, a qual, no item 8.1, afirma que “as bombas medidoras só podem ser comercializadas ou expostas à venda depois de aprovadas em exame inicial”, exigindo-se que “os dispositivos separador e eliminador de ar e gases e o de filtragem devem estar completamente desobstruídos” (13.9).

O auto de infração, por sua vez, encontra-se fundamentado no art. 6º da Portaria nº 088, de 08 de julho de 1987, do INMETRO:

“Art. 6º. Sempre que a permissionária encontrar, através de seus técnicos, irregularidade na utilização de medidas materializadas ou instrumento de medir, que se caracterize em ilícito metrológico, deverá, incontinenti, comunicar o fato ao órgão metrológico a que estiver vinculada.

§ 1º. A permissionária responderá, solidariamente, com o usuário, por ilícito metrológico, quando direta ou indiretamente participar de evento contrário às disposições legais pertinentes”.

Bem como no Termo de Responsabilidade firmado com a apelada (fls. 211):

“6 - A permissionária responsabilizar-se-á solidariamente com o usuário, quando constatado pelo órgão metrológico que o instrumento apresenta irregularidades causadas por conserto ou manutenção, uma vez comprovada a sua participação, direta ou indireta, no ilícito em causa”.

Deste modo, duas omissões, a princípio, foram imputadas à apelada, a motivar a multa ora em execução: primus, não ter informado ao IPEM sobre a irregularidade no equipamento de metrologia; secundus, não ter corrigido tal problema, evitando danos ao consumidor.

Sobre a primeira omissão imputada, observo que consta dos autos, às fls. 31, memorando interno do Instituto de Pesos e Medidas do Estado de Pernambuco, órgão executor do INMETRO, datado de 26 de julho de 1989, onde se menciona reunião ocorrida na sede daquele Instituto. Embora não haja referência expressa à pauta da reunião, desta peça denota-se que o IPEM conhecia as irregularidades nas bombas medidoras para derivados de petróleo e álcool, vez que seu signatário, após afirmar que a manutenção destes instrumentos faz-se “por conta e risco das companhias distribuidoras e empresas prestadoras de serviços e manutenção credenciadas”, conclui: “O IPEM não acordou quem iria fazer o serviço, mas alertou quem seria o autuado”.

Igualmente consta dos autos ata de presença referente à reunião realizada no IPEM em 15 de fevereiro de 1991 (fls. 253), bem como de reunião idêntica, realizada em 28 de novembro de 1991 (fls. 254), à qual compareceram representantes do IPEM, das Companhias Distribuidoras e das empresas de manutenção.

Deste modo, apresenta-se-me a primeira imputação como infundada, vez que o Instituto de Metrologia já possuía ciência das irregularidades nas bombas medidoras de diversos postos de abastecimento, inclusive advertindo os proprietários e responsáveis pela manutenção.

Sobre a segunda imputação, observo que o contrato firmado entre a apelada e a Esso Brasileira de Petróleo S/A diz respeito a serviços de oficina, bem como de manutenção, preventiva e corretiva, incluindo-se em suas obrigações “examinar e corrigir a parte mecânica das bombas” (fls. 20/21).

Como defesa, a apelada, reitera-se, argumentou afirmando que a obstrução verificada foi

causada pela ausência de tubulação de retorno ao filtro, quando da instalação do equipamento. Deste modo, não tendo instalado a bomba defeituosa, não lhe caberia qualquer responsabilidade por tal erro.

Contudo, instado se “a ausência de tubo condutor dos gases para o exterior da bomba (...) impede o funcionamento do sistema de separação de gases do combustível”, respondeu o perito (fls. 200):

“A ausência do tubo eliminador de ar e gases não impede o funcionamento do sistema de separação de gases do combustível, porém pode provocar explosão no interior da bomba de combustível”.

Deste modo, tem-se que a obstrução no referido sistema de separação de ar e gases, a prejudicar os consumidores, não advém da ausência de tubulação eliminadora de ar, posto que tal ausência, embora acarrete graves perigos à segurança pública, não é apta a impedir o funcionamento daquele dispositivo de separação.

Trata-se, portanto, de erro vinculado à manutenção do equipamento de metrologia, não à instalação de tais equipamentos.

Com relação ao embasamento da sentença monocrática, pelo qual a presente imputação, não decorrendo de responsabilidade objetiva, dependeria da comprovação da culpa da empresa de manutenção, observo que, possuindo a mesma conhecimento da irregularidade no dispositivo, como expressamente aduz na inicial e em outros momentos do processo, apresentou-se nitidamente negligente quanto ao conserto das mesmas, inclusive permitindo a continuidade de operações com a bomba defeituosa.

Por tais razões, considerando que a empresa alegada é responsável por erros referentes à manutenção das bombas medidoras e, no caso concreto, não corrigiu a obstrução oportuno tempore, dou provimento à apelação e à remessa oficial, para julgar improcedentes os embargos à execução.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.609-PE

Relator: O SR. JUIZ **PETRUCIO FERREIRA**
Apelante: CLÍNICA MÉDICA E ODONTOLÓGICA DE PERNAMBUCO LTDA.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advogados: DRS. MANUEL DE FREITAS CAVALCANTE E OUTROS (APTE.)

EMENTA

Tributário. Processual Civil. Embargos à execução fiscal. PIS-REPIQUE. Imposto de Renda. Omissão de receita. Lucro arbitrado. Inocorrência. Art. 400, § 6º, RIR/80. Impossibilidade de aplicação. Tributação em 100% da receita omitida.

1 - Para fins de arbitramento do lucro, não são relevantes quaisquer omissões de receita, vez que, em alguns casos, é possível, por mera operação matemática, corrigir-se a erronia;

2 - O lucro arbitrado, não sendo forma autônoma de apuração, é meramente critério subsidiário, aplicável às hipóteses do art. 399 do RIR/80.

3 - *In casu*, verificando-se através do laudo pericial não ser necessário, a fim de calcular a receita omitida, proceder-se ao levantamento da base de cálculo do aludido imposto através de arbitramento, sendo possível tal levantamento ser efetuado por mera operação matemática, corrigindo-se a erronia, é inaplicável o art. 400, § 6º, do RIR/80, aprovado pelo Decreto nº 85.450/80, deve incidir a tributação na integralidade da receita omitida.

4 - Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade de votos, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Juiz Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 28 de Abril de 1998 (data do julgamento).

JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA: Clínica Médica e Odontológica de Pernambuco Ltda. apela da sentença de fls. 333 a 334, da lavra do MM. Juiz Roberto Wanderley Nogueira, da 1ª Vara-PE, que concluiu por julgar improcedentes os presentes embargos à execução fiscal, ao fundamento de que é legítima a cobrança reflexiva do PIS com base no imposto de renda devido, face à omissão de receita praticada pela embargante e comprovada através do laudo pericial. Insurge-se a apelante contra tal decisão, argüindo: a) que a contribuição para o PIS-REPIQUE foi constituída com base em outro procedimento fiscal relativo ao imposto de renda, ainda pendente de julgamento, e se tratando de procedimento reflexivo, a legitimidade de sua cobrança está a depender do julgamento a ser proferido naquele processo; b) que o valor das receitas alegadamente omitidas foi tributado na sua integralidade, afrontando, assim, o art. 400, § 6º, do RIR/80, bem como os entendimentos jurisprudenciais dominantes, restando contaminado o presente procedimento, vez que o valor apurado na execução fiscal, ora embargada, para efeito de pagamento da contribuição para o PIS-REPIQUE, incide sobre a base de cálculo do imposto de renda, não podendo prosperar a presente tributação.

Contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA (Relator): Cuida a hipótese de apelação interposta à sentença que concluiu por julgar improcedentes os presentes embargos à execução fiscal, ao fundamento de que é legítima a cobrança reflexiva do PIS-REPIQUE com base no imposto de renda devido, face à omissão de receita praticada pela embargante e comprovada através do laudo pericial.

Insurge-se a apelante contra tal decisão, argüindo: a) que a contribuição para o PIS-REPIQUE foi constituída com base em outro procedimento fiscal relativo ao imposto de renda, ainda pendente de julgamento, e se tratando de procedimento reflexivo, a legitimidade de sua cobrança está a depender do julgamento a ser proferido naquele processo; b) que o valor das receitas alegadamente omitidas foi tributado na sua integralidade, afrontando, assim, o art. 400, § 6º, do RIR/80, bem como entendimentos jurisprudenciais dominantes, restando contaminado o presente procedimento, vez que o valor apurado na execução fiscal, ora embargada, para efeito de pagamento da contribuição para o PIS-REPIQUE, incide sobre a base de cálculo do imposto de renda, não podendo prosperar a presente tributação.

Improcede a argüição de que, tratando-se de PIS-REPIQUE, contribuição reflexiva incidente no imposto de renda, e estando a mesma a depender de julgamento, é ilegítima a cobrança da presente exação, posto que a ora apelante questionou nos presentes embargos tão-só quanto à impossibilidade da cobrança ser efetuada com base na integralidade da receita omitida em detrimento de norma que prevê, na hipótese, que os

valores a serem executados terão por base 50% da receita omitida. Ademais, é a própria embargante que aduz, às fls. 317 dos presentes autos, que, apesar de tratar-se de contribuição reflexiva e de acordo com tese adotada, “em nada impede o julgamento destes embargos antes do julgamento final do processo matriz. Isto porque tanto aquele outro como este processo estão respaldados em base de cálculo superior à legítima, o que afronta, por igual, os arts. 204 do CTN e 3º da Lei nº 6.830, de 22.09.80, tendo em vista que o valor inscrito na dívida ativa é ilíquido”.

Sendo o PIS-REPIQUE contribuição reflexiva, faz-se necessário averiguar quais as bases de cálculo para efeito de incidência do imposto de renda.

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 44, preceitua:

“Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis”.

Em consonância com tal preceito, Ives Gandra da Silva Martins, em seu Curso de Direito Tributário, 5ª edição, doutrina:

“Como regra, a base de cálculo do imposto de renda é o lucro real, determinado a partir do lucro líquido, apurado de acordo com os preceitos da lei societária, com os ajustes determinados pela lei fiscal; o lucro presumido é a base de cálculo opcionalmente utilizável por empresas que atendam a determinados requisitos legais; e o lucro arbitrado é a base de cálculo nas hipóteses em que a escrituração da empresa se revele imprestável para apuração do lucro real”. (Grifo nosso).

Com efeito, cabe ao legislador ordinário fixar o conceito de renda, ao instituir tributo com tal hipótese de incidência, respeitada, contudo, a limitação prevista na lei complementar (a hipótese versará, sempre, sobre acréscimos patrimoniais).

Sabe-se que a base de cálculo ascendeu a elemento essencial na definição do tributo, conforme o pioneirismo de Alfredo Augusto Becker:

“Resumindo, o espectro atômico da hipótese de incidência da regra de tributação revela que em sua composição existe um núcleo e um, ou mais, elementos adjetivos. O núcleo é a base de cálculo e confere o gênero jurídico ao tributo.

Os elementos adjetivos são todos os demais elementos que integram a composição da hipótese de incidência. Os elementos adjetivos conferem a espécie àquele gênero jurídico de tributo”.

Ao que comenta Paulo de Barros Carvalho:

“Becker percebeu, com muita acuidade, a importantíssima função da base de cálculo, na intimidade existencial da proposição jurídica que institui o tributo. Da obra do jurista gaúcho, pioneira em quase todos os sentidos, até os nossos dias, vários trabalhos de conteúdo analítico foram sendo tecidos pela doutrina, em termos de oferecer um panorama altamente elucidativo sobre o assunto”.

Deste modo, é certo que o legislador não pode criar uma ficção de renda e, sobre esta, ter como incidível o tributo. Contudo, não se encontra jungido a operar, como base de cálculo, apenas com o fenômeno financeiro ou econômico (ambos reais) da renda. A dicção do CTN, ao fixar as possibilidades de base de cálculo, delineou, conjuntamente com seu art. 42, o conceito jurídico-tributário de renda, que inclui a disponibilidade econômica, a disponibilidade contábil, bem como hipóteses resultantes de arbitramento ou de presunção.

Com relação à omissão de receita, prescreve o art. 400, § 6º, do Regulamento do Imposto de Renda de 1980, aprovado pelo Decreto nº 85.450/80:

“Art. 400. A autoridade tributária fixará o lucro arbitrado em percentagem da receita bruta, quando conhecida (Decreto-lei nº 1.648/78, artigo 8º).

(...)

§ 6º. Verificada a ocorrência de omissão de receita, será considerado lucro líquido o valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) dos valores omitidos (Decreto-lei nº

1.648/78, artigo 8º, § 6º”.

Mister ater-se à interpretação do referida dispositivo, a fim de precisar-lhe o sentido e, sobretudo, o alcance.

Inicialmente, sobre o sentido do citado dispositivo, observo que omitir, em conformidade, inclusive, com Aurélio Buarque de Holanda, do étimo *omittere*, significa “deixar de fazer, dizer ou escrever, não mencionar”. Em outros termos, omitir receita significa não apresentar ao Fisco determinada receita, fato que pode ocorrer por diversos procedimentos, como a não aplicação de correção monetária, deduções indevidas, sonegação de receitas etc.

Contudo, para fins de arbitramento do lucro, não são relevantes quaisquer omissões de receita, vez que, em alguns casos, é possível, por mera aplicação matemática, corrigir-se a erronia (aplicando a correção monetária e desconsiderando-se as deduções indevidas, *verbi gratia*).

Em outros casos, partindo-se da diferença entre os conceitos de receita e renda, sendo esta o fato gerador do imposto em tela, há a necessidade de arbitramento, face à impossibilidade de, mesmo considerando o quantum da receita, auferir-se o referente elemento despesa, para fins de obtenção da renda tributável.

Neste sentido, a jurisprudência desta egrégia Corte, conforme o aresto a seguir ementado:

Apelação Cível 10.204/CE – 1ª Turma

Rel. Juiz Francisco Falcão

Decisão unânime

“Tributário. Imposto de Renda. Omissão de receita. Passivo fictício. Art. 400, parágrafo sexto, do RIR/80. Inaplicabilidade.

- Havendo omissão de receita, com a verificação de passivo fictício pela auditoria fiscal, não se aplica o art. 400, parágrafo sexto, do RIR/80, visto não se tratar de espécie de tributação por arbitramento, mas sim baseada no lucro real.

- Apelo a que se nega provimento.”

De modo idêntico pronunciam-se outras Cortes Regionais Federais:

Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Apelação Cível nº 22.946/MG - 4ª Turma

Rel. Juiz Eustáquio Nunes da Silveira

“Tributário. Imposto de Renda. Manutenção, no passivo, de obrigações inexistentes. Omissão de receita. Ilícito fiscal.

1. A omissão de receita tanto pode resultar na apuração do lucro real como no arbitramento do lucro, no caso, houve condições de se apurar o resultado real.

2. A manutenção, no passivo, de obrigações inexistentes na escrita autoriza a presunção de omissão no registro da receita e constitui ilícito fiscal”.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Remessa Oficial nº 8.161/RS - 3ª Turma

Rel. Juiz Volkmer de Castilho

“Execução. IR. Arbitramento.

Se a prova pericial contábil demonstrou que a apuração do lucro real era possível, descabe a imposição do tributo por arbitramento.

Recurso de ofício parcialmente provido”.

Contudo, sobre a aplicação do sistema do lucro arbitrado a empresas que operem com o sistema do lucro real, este Tribunal apresenta-se divergente, conforme os arestos que transcrevo:

Apelação Cível 9.317/PE - 2ª Turma

Rel. Juiz Araken Mariz

Decisão unânime

“Tributário. Imposto de Renda. Omissão de receita. Art. 400, parágrafo sexto, do RIR/80. Aplicação.

- Havendo omissão de receita, o lucro líquido corresponde a 50% (cinquenta por cento) dos valores omitidos, conforme prevê o art. 400, parágrafo sexto, do RIR/80.

- Fixação do lucro líquido em 100% (cem por cento) do montante omitido. Nulidade do lançamento.

- Apelação provida”.

Apelação em Mandado de Segurança nº 47.109/RN - 2ª Turma

Rel. Juiz José Delgado

Decisão unânime

“Tributário. Imposto de Renda. Omissão de receita. Operação pelo lucro real. Inaplicabilidade do parágrafo sexto, do art. 400, do RIR/80.

1. É inaplicável o disposto no parágrafo sexto, art. 400, do RIR/80, quando a empresa apura o imposto de renda com base no lucro real, pois a hipótese legal é a de pessoa jurídica que utiliza o critério do lucro arbitrado para aferição do imposto de renda.

(...)”

Entendo, porém, que há dois sistemas de apuração de lucro para fins de imposto de renda, quais sejam, o lucro real e o lucro presumido.

O lucro arbitrado, não sendo forma autônoma de apuração, é meramente critério subsidiário, aplicável às hipóteses do art. 399 do referido Regulamento, in verbis:

“Art. 399. A autoridade tributária arbitrará o lucro da pessoa jurídica, inclusive da empresa individual equiparada, que servirá de base de cálculo do imposto, quando (Decreto-lei nº 1.648/78, artigo 7º):

I - o contribuinte sujeito à tributação com base no lucro real não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras de que trata o artigo 172;

II - quando o contribuinte autorizado a optar pela tributação com base no lucro presumido não cumprir as obrigações acessórias relativas a sua determinação;

III - o contribuinte recusar-se a apresentar os livros ou documentos da escrituração à autoridade tributária;

IV - a escrituração mantida pelo contribuinte contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para determinar o lucro real ou presumido, ou revelar evidentes indícios de fraude;

(...)”

Além desta natureza subsidiária, que lhe permite aplicação apenas nas hipóteses em que, genericamente, não for possível a determinação exata do lucro, deduz-se, do referido dispositivo, igualmente, sua aplicação tanto ao regime do lucro real quanto do lucro presumido.

Dessarte, não há como acolherem-se argumentos dirigidos à impossibilidade de aplicação do critério do lucro arbitrado quando a empresa opere com base no lucro real.

Neste sentido, observem-se precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso Especial nº 21.090/PE - 1ª Turma

Rel. Min. Garcia Vieira

Decisão unânime

“IR - Omissão de receita - Lucro real - Valor de 50%.

Nos termos da lei, na ocorrência de omissão de receita, será considerado lucro líquido o valor correspondente a 50% dos valores omitidos.

Recurso improvido”.

Recurso Especial nº 12.442/CE - 2ª Turma

Rel. Min. Hélio Mosimann

Decisão unânime

“Recurso especial. Tributário. Imposto de Renda. Omissão de receita.

Não se confundem os conceitos de receita e renda.

Ocorrendo omissão de receita, será considerado lucro líquido, para efeito de cálculo do imposto devido, o valor correspondente a 50% dos valores omitidos.

Recurso não conhecido.”

Tal orientação, em verdade, advém ainda do egrégio e extinto Tribunal Federal de Recursos, conforme o aresto a seguir transcrito:

Apelação Cível nº 3.014.070/SP - 6ª Turma

Rel. Min. Jarbas Nobre

Decisão unânime

“Execução fiscal. Imposto de Renda.

Procedimento realizado pela fiscalização federal com base em vários autos de infração lavrados pela fiscalização em vista da escrituração da executada que se encontra eivada de vícios gritantes, que impossibilitam um julgamento seguro do caso tratado.

Sua anulação, para que se proceda ao lançamento arbitrado se, após exame in loco, fique constatado que a escrita da ora apelante na verdade não merece fé, sujeita-se a arbitramento do lucro a pessoa jurídica cuja escrituração contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para determinar o lucro real ou presumido, ou revelar evidentes indícios de fraude (Decreto nº 85.450/80, art. 399, IV).

Recurso provido”.

A fim de delimitar a hipótese dos autos, bem como precisar a base de cálculo para efeito de tributação, se a mesma deve operar sobre a integralidade ou 50% da receita omitida pela ora embargante, convém transcrever algumas citações importante constantes do laudo pericial:

“Constata-se a partir da análise contábil dos autos não haver nenhuma alusão a omissão de qualquer espécie de custo de serviços prestados ou qualquer espécie de despesas relativas à apuração do resultado em questão (período-base 1987), nem por parte da autuante, nem por parte da autuada. O caso é pura e simplesmente de omissão de receita, ou seja, a receita da prestação de serviços declarada no demonstrativo acima, verifica-se nos autos, está a menor e conseqüentemente diminui o lucro líquido do período-base (exercício de 1987) e o lucro real derivado deste. Conseqüentemente, ainda, diminui a contribuição denominada PIS-REPIQUE que é correspondente a um percentual de 5% (cinco por cento) incidente sobre o Imposto de Renda apurado sobre o lucro real mencionado, que, por sua vez, corresponde a um de 35% deste...”

De acordo com a perícia contábil realizada nos autos é entendimento deste perito que o caso em questão é pura e simplesmente de diminuição do lucro líquido do período base de 1987 e, conseqüentemente, do lucro real correspondente, pois, havendo nos autos alegação de nenhuma das partes, nem por outro lado evidência de omissão de qualquer valor relativo a custo de serviços prestados ou ainda de despesas gerais administrativas da atividade da embargante, e sim de omissão de receita, verifica-se, obviamente, que, caso a embargante tivesse declarado a receita omitida, o lucro líquido e, conseqüentemente, o lucro real em questão ficaria acrescido em função do valor da receita não declarada, conforme demonstrativo abaixo: ...”

In casu, verificando-se através do laudo pericial, fls. 250 a 259, não ser necessário a fim de calcular a receita omitida proceder-se ao levantamento da base de cálculo do aludido imposto através de arbitramento, sendo possível tal levantamento ser efetuado por mera operação matemática, corrigindo-se a erronia, é inaplicável o art. 400, § 6º, do Regulamento do Imposto de Renda de 1980, aprovado pelo Decreto nº 85.450/80, devendo incidir a tributação na integralidade da receita omitida.

Por tais razões, nego provimento à apelação .

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 104.492-CE

Relator: O SR. JUIZ **GERALDO APOLIANO**
Apelante: MARIA GUALTER DE CARVALHO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS
Advogados: DRS. JOSÉ AFONSO DE OLIVEIRA (APTE.) E
JACY PEREIRA DE MELO E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Processual Civil. Previdenciário. Existência de dependente habilitada. Desnecessidade de definição dos sucessores civis. Artigos 16, § 4º, e 112 da Lei nº 8.213, de 1991. Não aplicação da Súmula 53 do ex-TFR. Competência da Justiça Federal. Não conhecimento da

- apelação.
1. A existência de dependente habilitada ao recebimento da pensão, nos termos do artigo 16, inciso I e parágrafo 4º, da Lei nº 8.213, de 1991, torna desnecessária a definição do rol de sucessores civis (artigo 112 do mesmo diploma legal).
 2. Não aplicação, à espécie, da Súmula nº 53 do extinto Tribunal Federal de Recursos - TFR. Competência da Justiça Federal para o julgamento do feito.
 3. Nulidade da decisão interlocutória que proclama ser a Justiça comum Federal incompetente para decidir a lide. Baixa dos autos à instância a quo. Apelação não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, não conhecer da apelação, anular a decisão de fls. e determinar a baixa dos autos para a Seção Judiciária de origem, 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, 26 de março de 1998 (data do julgamento).

JUIZ GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO: Cuida-se de apelação desafiada contra ato judicial proferido nos autos de ação ordinária em que são partes as acima indicadas.

Colima a apelante, através da ação ordinária que fez ajuizar, compelir o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a pagar-lhe as diferenças decorrentes da auto-aplicabilidade do disposto no artigo 201, §§ 5º e 6º, da Constituição Federal em vigor.

Alega que, em sendo o seu falecido genitor segurado da Previdência, teria direito, nos termos do artigo 16, inciso I, da Lei nº 8.213, de 1991, ao recebimento das mencionadas diferenças não recebidas em vida pelo de cujus.

O MM. Juiz singular proclamou-se incompetente para apreciar e julgar o feito por entender que, inexistindo dependentes habilitados à pensão por morte, necessária se faria a definição do rol dos sucessores civis do segurado, providência a ser implementada junto à Justiça comum Estadual, segundo entendimento consolidado na Súmula 53 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Na apelação, sustenta-se que, em sendo a apelante filha do segurado falecido, teria direito ao benefício independentemente de comprovação de dependência econômica, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213, de 1991; seria ela, portanto, dependente habilitada, o que dispensaria a definição dos sucessores civis na Justiça Estadual. É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): O ato judicial no qual se reconhece a incompetência do Juízo, ainda quando venha vazado sob a forma de sentença, tem a natureza jurídica de decisão interlocutória (agravável, portanto).

Por outro lado, e data vênua do entendimento subscrito no ato judicial impugnado, é absoluta a competência da Justiça comum Federal para apreciar e decidir a pendência; quanto a isso, dúvida não remanesce.

É que a parte interessada é, no caso, dependente habilitada à percepção dos proventos; a esse respeito, cumpre ver o que se fez encartar no artigo 16 da Lei nº 8.213, de 1991:

"São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

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

II - os pais;

III - o irmão, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

IV - a pessoa designada, menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida.

§ 1º. A existência de dependentes de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

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

§ 3º. Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal.

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

Ora bem, a interessada preenche, pois, os requisitos do artigo supratranscrito, haja vista que demonstrou, inclusive, a existência do vínculo com o falecido (ver documentos de fls. 9/11 dos autos).

A existência de dependente habilitada dispensa, portanto, a habilitação de sucessores civis, de modo que desnecessária se faz a definição dos mesmos, para fins de julgamento da ação ajuizada contra o INSS.

O pagamento do benefício aos sucessores civis somente se daria na falta de dependentes habilitados.

Tal é o que prevê o artigo 112 da Lei nº 8.213, de 1991; confira-se:

"O valor não recebido em vida pelo segurado só será pago aos seus dependentes habilitados à pensão por morte ou, na falta deles, aos seus sucessores na forma da lei civil, independentemente de inventário ou arrolamento".

O dispositivo supratranscrito dispensa maiores indagações: determina que os dependentes habilitados à pensão por morte (há prova de que, no caso, só a interessada reúne essa condição) fazem jus ao recebimento do valor não recebido em vida pelo segurado.

Os sucessores, na forma da lei civil, ou seja, os herdeiros, só recebem as cifras pendentes se não houver dependente habilitado perante o INSS, o que não é o caso.

Não tem aplicação aqui, data vênua, o entendimento jurisprudencial que, interpretando o artigo 1.060 do Código de Processo Civil, exige a presença não só da filha, mas, por igual, de todos os herdeiros necessários, na substituição de parte proveniente do falecimento do varão, com o fim de se promover a habilitação (RJTAMG 29/185, in Theotonio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 27ª ed., Saraiva, p. 635).

É que o referido entendimento tem como base uma norma geral, derogada, aqui, por uma norma de caráter especial, a saber, a que regula a matéria previdenciária.

Deveras, o artigo 112 da Lei nº 8.213/91, já transcrito, é norma especial, que há de se aplicar por inteiro ao caso sub judice, não havendo que se cogitar da aplicação da norma geral contida no artigo 1.060 do CPC.

A conclusão respalda-se em precedentes da jurisprudência deste Tribunal; confira-se:

"EMENTA: Agravo de Instrumento. Previdenciário. Reajuste. Morte de um autor. Habilitação.

Os benefícios que não forem pagos ao segurado em vida são destinados aos dependentes habilitados à pensão, independentemente de inventário ou arrolamento.

Desnecessidade da presença de todos os herdeiros necessários para continuação do processo, mas, apenas, dos pensionistas.

Ausência de prova de ser a viúva a única pensionista habilitada". (AGI nº 1.881-PE, Rel. Juiz Ridalvo Costa, julg. 07.05.92).

"EMENTA: Processual Civil. Habilitação para substituir a parte. Cônjuge.

1 - A habilitação para substituir a parte, em virtude de seu falecimento, se requerida pelo cônjuge, faz-se nos autos da causa independentemente de sentença. Proceder-se, assim, igualmente, se a habilitação é requerida pelos herdeiros, sendo dispensável a prova da inexistência de outros interessados.

2 - Agravo improvido". (AGI nº 00137-PB, Rel. Juiz Hugo Machado, pub. 14.12.89).

"EMENTA: Processual Civil. Habilitação. Viúva do autor de ação de revisão de aposentadoria previdenciária. Desnecessidade de abertura de inventário para percepção de benefício (CLPS, art. 108). Extensão da forma simplificada à habilitação em processo em curso quando do falecimento do segurado. Agravo provido". (AGI nº 1.899-PE, Rel. Juiz Lázaro Guimarães, pub. 10.07.92).

Vale transcrever, ainda, excerto do voto proferido pelo eminente Juiz Lázaro Guimarães, no Agravo de Instrumento nº 1.899-PE, cuja ementa fiz transcrever por derradeiro:

"A regra do art. 1.060, CPC, estabelece a habilitação nos próprios autos do 'cônjuge e herdeiros necessários, desde que provem por documento o óbito do falecido e a sua qualidade'.

Ainda que se adote interpretação restritiva dessa norma, de modo a somente se admitir esse modo abreviado de habilitação quando presentes o cônjuge e, mais, todos os herdeiros, há que se advertir que se trata, no caso, de dependente na forma da legislação previdenciária, que dispensa até mesmo, para percepção do benefício, a abertura de inventário ou arrolamento (art. 108, CLPS)".

Em sendo desnecessária a definição dos sucessores civis, razão não há para que se imagine que a competência para julgamento da ação seja da Justiça Estadual.

Por outro lado, cuidando-se de decisão interlocutória, submete-se à impugnação via de agravo; e, em sendo assim, não vejo como se possa conhecer do arrazoado de fls., deduzido no prazo específico da apelação como se de agravo se cuidasse (não há como se possa prestigiar, neste caso específico, o princípio da fungibilidade recursal).

Competência é matéria de ordem pública; por isso mesmo, pode ser apreciada a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, por provocação da parte ou, até mesmo, de

ofício.

Atento a essa realidade, estou em que a solução compatível é declarar-se, tal como declaro, a nulidade do ato decisório de fls., e determinar-se, tal como determino, a baixa dos autos para que o feito tenha curso na v. instância monocrática e não conhecer, como de fato não conheço, da apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 105.170-SE

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: CONSTRUTORA ALBA LTDA.
Advogados: DRS. ANA MARIA DE ALMEIDA BRESSY E OUTROS (APTE.)
E ÁUREO GALVÃO FILHO (APDA.)

EMENTA

Processual Civil. Embargos à execução. Ausência de notificação no processo administrativo.

1. O sujeito passivo do lançamento deve ser notificado, pessoalmente, ou por escrito, no seu domicílio tributário. Se incerto o domicílio, a notificação deve ser feita através de edital, regularmente publicado na Imprensa Oficial.
2. A ausência da notificação impede o exercício do direito de ampla defesa do suposto devedor, contrariando princípio constitucional (art. 5º, LV, CF/88), levando o processo a ser extinto à míngua de pressuposto de desenvolvimento válido e regular, visto que assentado em título ineficaz.
3. O art. 39 e seu parágrafo único da Lei nº 6.830/80 estabelecem que independerá de preparo ou de prévio depósito a prática dos atos judiciais de interesse da Fazenda Pública. No entanto, se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária.
4. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, do voto do Juiz Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 19 de maio de 1998 (data do julgamento).

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo INSS contra sentença que declarou extinto o processo executivo que ajuizara contra a Construtora Alba Ltda., por ineficácia do título exeqüível.

Ao proferir o julgamento da demanda, acolheu o MM. Juiz sentenciante a preliminar de extinção do processo sem julgamento do mérito, suscitada pela embargante, sob o

argumento de que não pôde exercer o seu direito de defesa na via administrativa, por ausência de notificação.

Nas razões recursais, pugna o INSS pela reforma *in totum* do *decisum*, inclusive na parte em que o condenou ao ressarcimento das custas adiantadas pela embargante e ao pagamento dos honorários advocatícios.

A embargante ofereceu contra-razões, refutando toda a argumentação esboçada na peça recursal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): Não obstante a argumentação esboçada nas razões recursais, não verifico, no presente feito, possibilidade de reforma da sentença proferida.

Para instauração do processo de cobrança é necessário que, anteriormente, seja garantido o amplo direito de defesa ao pretendo devedor, conforme princípio expresso no art. 5º, inciso LV, da CF/88.

A manifestação da pretensão do credor se caracteriza através do lançamento tributário, que é o procedimento administrativo unilateral, que tem por finalidade a concretização da obrigação tributária, fazendo nascer o crédito dela decorrente, ou seja, individualizando-a, qualitativa e quantitativamente. Mas, para que tenha validade no mundo do direito, é indispensável que o procedimento administrativo do lançamento obedeça a regras previstas em lei, e uma delas é a de que deve ser regularmente notificado o sujeito passivo do débito, para que, se o quiser, apresente sua defesa, impugnando o ato da autoridade administrativa.

Deve o sujeito passivo do lançamento ser notificado pessoalmente, ou por escrito, no seu domicílio tributário (o que eleger ou o que é fixado por lei), sendo válida a notificação entregue a qualquer pessoa - empregado doméstico, porteiro de edifício, recepcionista, preposto, filho menor etc. -, desde que a pessoa que a recebeu passe um recibo. Se, no entanto, é incerto o domicílio do sujeito passivo, a notificação deve ser feita através de edital, regularmente publicado na Imprensa Oficial.

Quanto ao ressarcimento das custas e ao pagamento dos honorários advocatícios, considero que o benefício de isenção do qual goza a Fazenda Pública diz respeito apenas aos atos jurisdicionais de seu interesse que independem de preparo e prévio depósito. Se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária. É o que estatuem o art. 39 e seu parágrafo único da Lei nº 6.830, de 22.09.80.

Ante estas considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 106.795-PB

Relator: O SR. JUIZ **NEREU SANTOS**
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
Apelada: SEVERINA GERALDO DA SILVA
Advogados: DRS. MÁRCIO RÉGIS GOMES DE SOUZA E OUTROS (APTE.) E ELISETE DA CUNHA PEREIRA (APDA.)

EMENTA

Direito Previdenciário e Processual Civil. Ação declaratória para reconhecimento do concubinato. Cabimento. União estável. Validade da prova testemunhal.

- Inconstitucionalidade da exigência de prova exclusivamente documental.
- A ação declaratória constitui via procedimental adequada para o pedido de reconhecimento do concubinato, onde o *meritum causae* está diretamente relacionado à análise dos fatos afirmados pela parte autora que, se reconhecidos, geram os efeitos jurídicos inerentes àquela relação, a serem postulados pelo interessado em outra demanda, já então com o manto da coisa julgada sobre a relação afirmada. (Lições de Wilson Bussada, in Ação Declaratória Interpretada pelos Tribunais, 1ª ed., Edipro, 1992, p. 62).
 - O direito da companheira ao benefício de pensão por morte decorre do reconhecimento da natureza familiar da relação entre homem e mulher. Inteligência do § 3º do art. 226 da CF/88.
 - A exigência de comprovação da união estável mediante prova exclusivamente documental (art. 11 do Dec. 89.312/84 e legislação posterior - art. 20 do Dec. 611/92) fere o princípio da persuasão racional, além de restringir as garantias constitucionais da igualdade, livre acesso ao Poder Judiciário e ampla defesa. Inteligência do art. 5º e seus incisos XXXV e LV da CF. Interpretação de Eduardo Vandrê Oliveira Lema Garcia, professor de Direito Previdenciário, publicada na Revista de Previdência Social nº 184/230 a 241-março de 1996. Precedentes desta Corte.
 - Apelação do INSS improvida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 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, 25 de junho de 1998 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: Cuida-se de apelação cível da sentença do MM. Juiz de Direito da Comarca de Solânea, Estado da Paraíba, que acolheu o pedido formulado na ação declaratória proposta por Severina Geraldo da Silva, objetivando o reconhecimento da condição de companheira do falecido segurado, José Francisco da Costa, para fins de habilitação de pensão previdenciária.

O Juiz sentenciante, lastreando-se na prova testemunhal produzida, reconheceu a existência de relação *more uxorio* entre a autora e o ex-segurado, declarando-a por sentença, nos termos do art. 4º do Código de Processo Civil.

Desta decisão apelou o INSS, sob o argumento, sintetizado, de que a condição de companheira, informada através de prova exclusivamente testemunhal, não autoriza a concessão de benefício previdenciário, conforme determinação do art. 179 do Decreto nº 611/92.

Contra-razões de apelação às fls. 60 pela manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): Trata-se de um caso típico de ação declaratória que visa ao reconhecimento de determinada relação fática para, daí, gerar efeitos jurídicos a serem postulados pelo interessado em outra demanda.

O meritum da causa está, portanto, diretamente relacionado à prova da existência de uma sociedade de fato, que, uma vez reconhecida, faz surgir uma relação jurídica cujos efeitos poderá embasar novo pedido em outro processo, já então com o manto da coisa julgada sobre a relação fática a respeito da qual pairavam incertezas.

A nosso ver a decisão monocrática é perfeitamente jurídica, vez que lastreada no exercício do livre convencimento do juiz no que tange ao exame dos elementos probatórios trazidos a lume.

A objeção do INSS quanto à validade da prova testemunhal para fins de comprovação do companheirismo contida no artigo 20 do Decreto 611/92, in verbis, não merece prosperar.

“A qualificação de companheira ou companheiro decorre da comprovação da união estável com o segurado ou segurada, por ocasião do óbito, na forma do disposto nos §§ 5º e 6º do art. 13, considerando-se para esse efeito os seguintes documentos:

I - ...”

A finalidade da norma previdenciária, como resta claro, é impedir que se reconheça a vida em comum com prova exclusivamente testemunhal.

Entendo que o comando legal em comento fere o princípio da persuasão racional, na medida em que pretende restringir o livre convencimento do magistrado, posto que, mesmo que tenha como certo que a requerente viveu maritalmente com o de cujus, se concluir através de prova exclusivamente testemunhal, deverá subsumir sua convicção à exigência legal e ter como não provado o fato alegado. Neste sentido vide a emenda extraída da AC 8.761-AL, Rel. Juiz José Maria Lucena, TRF 5ª R., 1ª T., julg. 16.09.93, *verbis*:

“(...) Se impossível, por motivo de força maior, a produção nos autos de outras provas além da testemunhal, deve o magistrado julgar de acordo com o princípio da persuasão racional, formando o seu livre convencimento baseando-se nos elementos probatórios trazidos a exame (...)”.

No caso em tela, as condições econômicas e culturais da requerente levam a crer não dispor esta de outros meios de prova, além do testemunhal, para fazer valer seu direito subjetivo. Daí porque entendo não merecer reforma a decisão singular, que, louvando-se nos depoimentos produzidos às fls. 40 dos autos, deferiu o pedido inicial.

Feita esta análise inicial, passamos ao exame do tema no terreno da constitucionalidade da exigência legal em comento.

Neste passo, sem maior rigor científico, constatamos que o ponto central da discussão reside em se responder se a restrição trazida pela legislação ordinária restringe ou não as garantias constitucionais do direito à igualdade, à ampla defesa e ao livre acesso ao Poder Judiciário, presentes nos incisos XXXV e LV da Carta Magna.

Para responder à questão suscitada, nada melhor do que invocar as lições do mestre Eduardo Vandrê Oliveira Lima Garcia, em recente artigo publicado às páginas 231 a 239 da Revista de Previdência Social nº 184 - Ano XX, março/96, item 4, *verbis*:

“(...) Efetivamente a exigência de início de prova material acaba por ferir o princípio da igualdade, uma vez que permite que duas pessoas em situações absolutamente idênticas e portadoras do mesmo direito subjetivo tenham tratamento diferenciado. A primeira, cuja sorte lhe guardou provas materiais do seu labor, poderá exercer seu direito subjetivo; a outra, muitas vezes privada intencionalmente de qualquer indício probatório material da relação de emprego, ou quiçá face à sua cultura ou à cultura da própria atividade laboral, a despeito de preencher todos os requisitos fáticos estabelecidos na Lei nº 8.213/91 a lhe assegurar direito a determinado benefício, não poderá exercê-lo.

E veja-se que as situações são absolutamente idênticas, pois o direito subjetivo ao benefício independe da existência de prova material, posto que este não é requisito de incidência e sim de comprovação dos fatos que sofreram a incidência. Ao lembrarmos com Pontes de Miranda que a juridicização é incondicional e instantânea, vale dizer,

ocorre no exato momento em que os fatos entram em identidade com a hipótese normativa, vê-se quão irrelevante é, para a existência do direito subjetivo, a fase de sua comprovação.

A regra em comento também fere a Constituição da República, ao restringir o acesso ao Poder Judiciário. (...) Ademais, é de se ver que a Constituição Federal, ao assegurar o acesso ao Poder Judiciário, não estabelece limitação aos meios probatórios, excluindo tão-somente a prova obtida por meios ilícitos. Assim, ao exigir prévia documentação que não necessariamente implique na existência ou não do direito subjetivo, a norma afronta o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, pois exclui do Poder Judiciário a apreciação de direito subjetivo existente e lesado, tão-somente pela ausência de uma das espécies probatórias admitidas pela Carta Política, muito embora por outros meios lícitos o requerente possa comprová-lo.

Por fim e sem discrepar dos argumentos antes expendidos, sem dúvida a regra restringe o direito à ampla defesa, posto que, ao limitar os meios onde a Constituição Federal não limitou, impede a defesa de direito subjetivo por seu titular”.

No mesmo diapasão, transcrevemos, na íntegra, a seguinte ementa, em decisão do Superior Tribunal de Justiça: RE 46.817-5-SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, STJ, 6ª T., DJ 08.08.94:

“Resp - Previdenciário - Prova testemunhal - Lei nº 8.213, 24.07.91, art. 55, § 3º - Inteligência.

- A Constituição da República garante acesso ao Judiciário. Evidente, para garantir também a justiça material. Admite todos os meios de prova. Registra apenas uma ressalva: desde que obtida por meio lícito. A prova testemunhal é idônea para, isoladamente, evidenciar fato jurídico relevante”.

Embora a situação que a requerente pretende ter reconhecida não verse sobre tempo de serviço, entendo aplicar-se ao caso os mesmos fundamentos jurídicos abordados nas lições supracitadas, motivo pelo qual acompanho os fundamentos do ilustre professor de Direito Previdenciário, para considerar inconstitucional a exigência de prova documental para comprovação da união estável a que se reporta a legislação previdenciária.

Com base nas considerações expostas, nego provimento à apelação, mantendo a decisão singular.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 107.418-CE

Relator: O SR. JUIZ **GERALDO APOLIANO**
Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS E FAZENDA NACIONAL
Apelada: CONSTRUTORA MOTA MACHADO S/A
Advogados: DRS. MARIA ELIANE AMARAL M. DE CASTRO E OUTROS (APTE.)
E SCHUBERT DE FARIAS MACHADO E OUTRO (APDA.)

EMENTA

Tributário. Construção civil. Não incidência da Contribuição para a Seguridade Social - COFINS sobre a venda de imóveis. Lei Complementar nº 70/91. Compensação. Artigo 66 da Lei nº 8.383/91. Documentação comprobatória dos créditos alegados. Possibilidade. Ilegitimidade passiva do INSS. Intempestividade da apelação interposta pela Fazenda Nacional.

1. Sendo o Departamento da Receita Federal o competente para arrecadar e fiscalizar a COFINS, não é o INSS parte legítima para figurar no pólo passivo de lide em que se discute a legalidade de recolhimento de tal exação.

2. O imóvel não é considerado mercadoria, razão por que sua alienação, em si, não é considerada como fato gerador da COFINS. Precedentes jurisprudenciais deste Sodalício.
3. O instituto da compensação, nos termos da Lei 8.383/91, pode ser utilizado entre tributos da mesma espécie, isto é, os que tiverem a mesma natureza jurídica, e uma só destinação orçamentária, sendo ilegais as limitações impostas pela Instrução Normativa nº 67/92 da Receita Federal, que extrapola o referido diploma legal, que possui estatura hierárquica superior.
4. Não conhecimento da apelação interposta pela Fazenda Nacional, por manifestamente intempestiva.
5. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, não conhecer das apelações e 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, 20 de fevereiro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ GERALDO APOLIANO – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO: Construtora Mota Machado S/A promoveu ação ordinária contra a União Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando assegurar a não obrigatoriedade do pagamento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, instituída pela Lei Complementar nº 70/91, incidente sobre a receita da venda de imóveis, alegando, em síntese :

- a) é empresa do ramo da construção civil, tendo como atividade preponderante a venda de imóveis, que edifica em terrenos próprios;
- b) é indevida a cobrança da COFINS sobre a venda de imóveis, porque a referida contribuição incide apenas sobre a venda de mercadorias e/ou prestação de serviços, sendo que a alienação de imóveis não se enquadra no conceito de mercadorias e/ou prestação de serviços;
- c) sendo indevida a cobrança da COFINS sobre a receita da venda de imóveis, emerge o direito da autora de compensar o indébito, com os valores devidos nos períodos subseqüentes, a título de outras contribuições sociais, entre elas a Contribuição Social sobre o Lucro, posto que são da mesma espécie.

A União Federal apresentou contestação às fls. 50/54, sustentando a legalidade da cobrança da COFINS, por terem as empresas de construção natureza comercial, nos termos do art. 1º da Lei Complementar nº 70/91, o que significa dizer que comercializam imóveis como mercadorias.

Contestação do INSS às fls. 61/65, aduzindo que a receita auferida com a venda de imóveis compõe o faturamento da autora, sobre o qual incide a Contribuição Social instituída pela Lei Complementar 70/91. A réplica demora às fls. 81/85.

A sentença monocrática julgou procedente a ação, declarando a inexistência de relação jurídica tributária que obrigue a autora ao pagamento da COFINS incidente sobre a venda de imóveis, bem como autorizando a compensação do recolhimento indevido para a COFINS com tributos da mesma espécie, sem as restrições da Instrução Normativa nº 67/92 da Delegacia da Receita Federal.

O INSS interpôs apelação, alegando, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva ad causam, e, no mérito, a improcedência da ação.

A União Federal apresentou apelação, pugnando pela reforma da sentença, e aduzindo a legalidade da incidência da COFINS sobre a venda de imóveis.

Contraminuta às fls. 154/160, clamando pela manutenção do decisum.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): Examino, de ofício, conforme me faculta o parágrafo 3º, inciso VI, do art. 267 do Código de Processo Civil, a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam do INSS.

Ao meu sentir, averbando a devida vênia aos que se posicionem em sentido contrário, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS não é parte legítima para figurar no pólo passivo desta lide. Justifico a assertiva.

É que a Lei nº 8.212/91, dispondo sobre as contribuições sociais que devem financiar a Seguridade Social, em seu art. 33, caput, segunda parte, assevera que "ao Departamento da Receita Federal (DRF) compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas d e f do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente".

Ressalte-se que até mesmo os documentos de arrecadação das contribuições sociais e das contribuições previdenciárias são diferentes, pois as primeiras são arrecadadas através de guia DARF – Documento de Arrecadação de Receitas Federais, e as últimas são arrecadadas através de GRPS – Guia de Recolhimento da Previdência Social.

Destarte, sendo o Departamento da Receita Federal o órgão competente para arrecadar e fiscalizar a COFINS, excluo o INSS da presente demanda e, por via de consequência, não conheço da apelação interposta pela autarquia previdenciária.

Com relação à apelação interposta pela União Federal (Fazenda Nacional), deixo de recebê-la por manifestamente intempestiva.

Foi a Fazenda Nacional intimada da decisão monocrática, na pessoa do seu Procurador, em 2 (dois) de maio de 1996, segundo consta do mandado de fls. 131.

A interposição do recurso, no entanto, deu-se em 5 (cinco) de junho de 1996, portanto, trinta e três dias após o início do cômputo do prazo.

O prazo para interposição do recurso de apelação, regra geral, é de 15 (quinze) dias, sendo computado em dobro quando se trata de recurso interposto pela Fazenda Pública, sendo, portanto, no presente caso, de 30 (trinta) dias, a teor do art. 188 do Código de Processo Civil - CPC.

A tempestividade, sabemos, é pressuposto de admissibilidade do recurso, pelo que, não sendo o mesmo interposto atempadamente, há que se lhe negar seguimento; por tais razões, com arrimo no art. 557 do CPC, não conheço da apelação interposta pela Fazenda Nacional, em virtude de ser a mesma manifestamente inadmissível.

Ex vi da remessa oficial, passo à análise do mérito da questão.

A autora é empresa construtora e incorporadora de imóveis e pretende não sofrer qualquer cominação, por parte da fiscalização da Receita Federal, pelo não recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, sob o argumento de que tal contribuição não incidiria sobre a atividade de venda de imóveis por ela desenvolvida.

O artigo 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991, assim define o fato gerador da contribuição sub examine:

"Art. 2º - A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá

sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza”.

Do contrato social da autora extrai-se, como objeto social da mesma:

“Cláusula 2ª - O objetivo da sociedade é a exploração da Indústria de Construção Civil em geral, incorporação de edifícios, alienação e locação de imóveis, comércio e indústria de materiais de construção, representações e conta própria, podendo ampliar as suas atividades e quaisquer outros ramos de negócios que convenham aos interesses sociais”.

Em casos como o de que ora se cuida, ostenta este Tribunal o seguinte entendimento: em relação à venda de imóveis, não haveria incidência da COFINS, posto não se tratar de venda de mercadoria -hipótese de incidência do tributo. Por outro lado, no que respeita à atividade de incorporação imobiliária, espousa-se o entendimento de que, em se tratando de prestação de serviços, lícita é a incidência da multicitada exação.

Faço transcrever, a propósito, as seguintes ementas:

"Tributário. COFINS. Incorporadora imobiliária. Incidência parcial.

01. A COFINS não incide sobre a venda de imóveis, de acordo com o art. 2º da LC nº 70/91.

02. Mercadoria é conceito reservado apenas aos bens móveis em comércio.

03. Incorporação imobiliária é típica prestação de serviços, a teor do que prevêm os arts. 28 e 31 da Lei nº 4.591/94.

04. Apelação parcialmente provida". (AMS nº 51142 - Rel. Juiz Araken Mariz - grifei).

"Tributário. Mandado de Segurança. COFINS. Incorporação imobiliária. Incidência.

- A Contribuição Social instituída pela LC 70/91 tem como base de cálculo a receita bruta das vendas de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

- A incorporação imobiliária se enquadra no conceito de serviço, sujeito, portanto, à incidência da COFINS.

- Apelação improvida". (AMS nº 50.055/PE - Rel. Juiz Hugo Machado - grifei).

Quanto à compensação dos valores pagos indevidamente, entendo que, com o advento da Lei nº 8.383/91, no que pertine a tributos e contribuições federais, tornou-se um verdadeiro direito subjetivo do contribuinte, devendo o Estado-Juiz buscar a exegese que torne possível o seu exercício, dentro, obviamente, das condições legais estabelecidas.

O art. 66 e seus parágrafos da Lei 8.383, de 30.12.91, foram editados nos seguintes termos:

“Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive as previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subsequentes.

§ 1º. A compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie.

§ 2º. É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição.

§ 3º. A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do imposto ou contribuição corrigida monetariamente com base na variação da UFIR.

§ 4º. O Departamento da Receita Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS expedirão as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo”.

A referida normatização disciplinou o art. 170 do Código Tributário Nacional - CTN, que se encontrava sem regulamentação, por inaplicabilidade, resolvendo, assim, em parte, a problemática a que era acometido o contribuinte que, indevidamente, recolhia qualquer tributo, pois o indébito tributário, requerido tanto administrativamente como judicialmente, costuma demorar anos para alcançar seu termo final.

A compensação, então, só é possível quando as exações forem da mesma espécie (isto é, ostentarem a mesma natureza jurídica) e tiverem a mesma destinação orçamentária

(não é constitucionalmente possível pretender compensar tributos cuja destinação orçamentária seja diferente – ver, a propósito, CF de 1988, artigo 167, VI).

No caso concreto, pretende a autora compensar o crédito decorrente dos valores por ela pagos indevidamente, a título de COFINS, com os valores vincendos, a título de contribuições sociais outras, entre as quais a Contribuição Social sobre o Lucro e a Contribuição Social sobre a sua Folha de Pagamentos.

Ora, porque é a mesma a natureza jurídica e uma só é a destinação orçamentária, forçoso reconhecer que a compensação, nos moldes pretendidos, é juridicamente possível, inclusive, sem as limitações exigidas pela Instrução Normativa nº 67/92 da Receita Federal.

É que tais limitações administrativas não podem atingir o direito adquirido do contribuinte à compensação, vez que dita Instrução Normativa extrapolou o disposto na Lei 8.383/91, que é diploma legal de estatura hierárquica superior.

Por fim, examino se os créditos que se pretende compensar apresentam-se líquidos e certos.

A empresa autora apresenta, como prova do que afirma ser crédito compensável, nos limites da presente lide, cópias de DARF's de parcelas pagas do referido tributo. Tais documentos testificam, segundo penso, a existência do crédito que a autora diz ter para com o Fisco, muito embora este não esteja, no caso, impedido de aferir a procedência dos elementos informativos constantes dos autos.

Esforçado em tais argumentos, não conheço das apelações interpostas pela Fazenda Nacional e pelo INSS, o qual excluo do feito, e nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 122.791-SE

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**
Apelante: **UNIÃO FEDERAL**
Apelado: **ANTENOR LOBO**
Advogados: **DRS. RAIMUNDO CÉZAR BRITTO ARAGÃO E OUTROS (APDO.)**

EMENTA

Processual Civil. Honorários. Pedido implícito.
1. A verba honorária está contida nas despesas do processo. A parte vencida arcará com todas elas, independentemente de pedido expresso.
2. Aplicação da Súmula 256 do STF.
3. O art. 20 do CPC é norma cogente, devendo o juiz observar se houve sucumbência.
4. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 16 de junho de 1998 (data do julgamento).

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Cuida-se de apelação contra decisão que indeferiu o pedido de execução da verba honorária, visto que este egrégio Tribunal, ao reformar a sentença, não inverteu o ônus da sucumbência.

Sustenta a União Federal, em suas razões, a aplicabilidade da Súmula 256 do STF, pelo que requer seja o presente recurso provido.

Contra-razões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): Discute-se, nos autos, a possibilidade de pagamento de verba honorária, mesmo que não tenha havido pedido expresso para condenação.

Na sistemática do vigente CPC, o vencido arcará com as custas do processo e com a verba honorária advocatícia a ser ressarcida ao ex adverso. No caso sob exame, no juízo de 1º grau a demanda foi julgada improcedente. Todavia, em grau de apelação, a decisão foi reformada, e julgada procedente a demanda. Logo, o ônus da sucumbência ficou invertido. Entretanto, o acórdão foi omissivo, uma vez que não houve pedido expresso nas razões de apelação.

Resta saber se a verba honorária está implícita no pedido.

A jurisprudência se posicionou no sentido de considerar os honorários de advogado como despesas necessárias do processo, reputados, por isso, implícitos no pedido; devendo, quando cabíveis, ser incluídos na condenação, independentemente de pedido explícito de qualquer das partes, e, mais ainda, desnecessária reconvenção.

Diante do art. 20 do CPC, "o que importa é saber quem foi vencido, e o juiz, na sentença, tem de condená-lo ao pagamento dos honorários. O dever do juiz é efeito da incidência da regra jurídica cogente, razão por que não precisa ter sido pedida, na inicial ou depois, a condenação".

(Pontes de Miranda, Comentários ao CPC de 1973, I, p. 418).

Finalmente, o Supremo Tribunal Federal consolidou, então, a Súmula 256: "É dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários, com fundamento nos arts. 63 ou 64 do CPC".

O enunciado da Súmula 256 permanece em vigor, a despeito da legislação superveniente; "o autor não está obrigado a formular no pedido a fixação da verba honorária, tanto que o juiz, mesmo que as partes não se tenham manifestado a respeito, deve condenar o vencido em custas e honorários de advogado do vencedor" (1ª Câmara do TJBA, 12.06.84, RT 599/214; é que, "regendo-se a verba honorária (como as custas), pelo princípio da sucumbência, a concessão dessas parcelas não caracteriza julgamento *ultra petita*" (1ª Câmara do TACIVSP, 18.06.74, Julgados 31/89), tratando-se, no caso, de simples consequência da atuação do direito.

Aliás, no símile italiano, a doutrina é uniforme quanto à desnecessidade de pedido da parte vitoriosa para ver o sucumbente condenado ao pagamento dessas despesas. (Carnelutti, *Instituzioni*, I, p. 228).

Com as despesas do processo haverá de arcar quem, de modo objetivamente injurídico, lhe houver dado causa, não podendo redundar em dano para quem tenha razão. Seria até uma contradição que o vencedor tivesse que pagar as custas e a verba honorária, uma vez que essas despesas estão dentro do próprio pedido. "Os encargos da sucumbência decorrem exclusivamente da derrota experimentada pela parte" (STJ - JTAERGS 77/332, maioria).

É preciso que haja vencedor e vencido para que se aplique o art. 20, ou seja, que tenha

havido litígio e conseqüente sucumbência, pois o fundamento da condenação em honorários é o fato objetivo da derrota.

Ante estas considerações, invertendo-se o ônus da sucumbência, dou provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 123.506-SE

Relator: O SR. JUIZ **LÁZARO GUIMARÃES**
Apelante: SEAL COMBUSTÍVEIS E SERVIÇOS AUTOMOTIVOS LTDA.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advogado: DR. JOSÉ AUGUSTO COSTA SOBRINHO (APTE.)

EMENTA

Execução fiscal. Sucessão de empresa. Caracterização pela aquisição do fundo de comércio e estabelecimento. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 26 de maio de 1998 (data do julgamento).

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Insurge-se a apelante contra sentença que rejeitou embargos à execução por entender que há responsabilidade tributária por parte da autora, pela aquisição de fundo de comércio e estabelecimento.

Alega, em resumo, preliminarmente, a carência de ação, pela ilegitimidade passiva ad causam, uma vez que a execução fiscal foi proposta contra a Rede Objetiva de Posto, e não contra a Seal Combustíveis e Serviços Automotivos Ltda. No mérito, alega não ser sucessora da empresa extinta.

É o relatório.

Dispensei revisão por se tratar de matéria predominantemente de direito.

Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): Ocorre a sucessão de empresa quando a pessoa jurídica adquire de outra fundo de comércio, compreendidos a instalação, imóvel, utensílios, mercadorias, e continua a explorar o negócio, ainda que com outra razão social. Assim, conforme foi apurado nos autos, ficou devidamente caracterizada a condição de sucessora por parte da apelante, através da aquisição do fundo de comércio e estabelecimento, respondendo desta forma pelos débitos tributários da sucedida, conforme artigo 133 do Código Tributário Nacional.

Por essas razões, nego provimento à apelação.

APELAÇÃO CÍVEL N. 124.020-RN

Relator: O SR. JUIZ **LÁZARO GUIMARÃES**
Apelantes: BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE S/A – BANDERN E
OUTROS
Apelados: PREVIDÊNCIA PRIVADA POTIGUAR – POTIPREV E BANCO CENTRAL DO
BRASIL
Recte. Ad.: BANCO CENTRAL DO BRASIL
Advogados: DRS. WELBERT MARINHO ACCIOLY E OUTROS (APTES.) E
JOSÉ ROSSITER ARAÚJO BRAULINO E OUTROS
E ELLIS JUSSARA BARBOSA DE SOUZA E OUTROS (APDOS.)

EMENTA

Processual Civil. Causa que envolve entidade de previdência privada e banco estadual em liquidação. Competência da Justiça Comum Estadual. Apelação provida para anulação da sentença e remessa dos autos à Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e examinados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação para declarar a incompetência da Justiça Federal, anulando a sentença e determinando a remessa dos autos ao e. TJ/RN, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que integram o presente.

Custas como de lei.

Recife, 19 de maio de 1998 (data do julgamento).

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Insurgem-se os apelantes contra sentença que os condenou ao pagamento, a título de dívida quirografária, das contribuições devidas à POTIPREV, no período de setembro de 1990 a agosto de 1995, além da remuneração atuária e juros de mora, sendo que as duas últimas parcelas somente após quitado o passivo das massas liquidandas. Alegam, em resumo, que o Juízo Federal é incompetente, por falta de interesse da União ou de qualquer de suas autarquias ou empresas públicas, a suspensão das ações contra as instituições em liquidação, na forma do art. 18, a, da Lei 6.024, a ilegitimidade ativa para a causa, a impossibilidade jurídica do pedido, e, no mérito, que não estão vinculados a cláusulas de estatuto da autora, além da não apresentação do crédito na forma do art. 82 do Decreto-lei 7.661/45. Sustentam, ainda, a inviabilidade da aplicação do índice de remuneração atuária.

O Banco Central interpôs recurso adesivo, assinalando a impossibilidade do ajuizamento da ação e a sua ilegitimidade para a causa.

Contra-razões apresentadas pelas partes. Dispensei revisão por se tratar de matéria predominantemente de direito.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): A lide envolve, de um lado, entidade fechada de previdência e, de outro, sociedades de economia mista vinculadas ao Estado do Rio Grande do Norte e submetidas a liquidação pelo Banco Central do Brasil.

O liquidante, embora servidor do Banco Central, tem poderes de gestão das instituições liquidandas e por elas responde. Inexiste, na hipótese, qualquer relação jurídica relevante para o deslinde da causa, envolvendo a autarquia federal.

Nesse sentido, orienta-se o eg. Superior Tribunal de Justiça, conforme acórdãos assim ementados:

“Competência. Conflito. Sociedade financeira em liquidação.

Compete à Justiça do Estado julgar as causas em que figure como parte sociedade financeira em liquidação”. (CC 106-BA, Rel. Min. Torreão Braz).

“Processual civil. Entidade sob intervenção do BACEN. Competência. Determina-se a competência da Justiça Estadual para processar e julgar ação em que é parte a Minas Caixa, em regime de liquidação extrajudicial”. (CC 3781-MG, Rel. Min. Dias Trindade).

“Competência. Autarquia estadual em regime de liquidação extrajudicial.

O estado de liquidação extrajudicial da autarquia, sob intervenção do BACEN, não desloca a competência à Justiça Federal.

Precedentes.

Conflito conhecido, declarado competente o suscitado”. (CC 4122-MG, Rel. Min. Barros Monteiro).

Por essas razões, dou provimento à apelação para declarar a incompetência da Justiça Federal, anulando a sentença e remetendo-se os autos à Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

APELAÇÃO CÍVEL N. 125.573-PB

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: CARMELITA HERMINIO DA SILVA
Advogados: DRS. MARIA DAS DORES VIANA MONTENEGRO E OUTROS (APTE.)
E VANDA ARAÚJO FREIRE E OUTROS (APDA.)

EMENTA

Previdenciário. Renda mensal vitalícia. Pensão por morte. Impossibilidade. Lei nº 8.742/93.

- A Lei nº 8.213/91 não acolheu a ressalva existente quando da vigência da Lei 6.179/74, que impedia a concessão do benefício da pensão aos dependentes dos segurados que auferiam Renda Mensal Vitalícia.

- Tal entendimento tornou-se, todavia, indefensável após o advento da Lei nº 8.742/93, que veio dar novos contornos ao benefício em questão.

- Na hipótese dos autos, o desaparecimento do de cujus ocorreu em 20.08.94, ou seja, depois da Lei nº 8.742/93. Desse modo, não aproveita à autora o direito à percepção do benefício previdenciário, já que o óbito ocorreu quando não mais era possível o deferimento da pensão previdenciária que se postula.

- Apelação e remessa providas.

ACÓRDÃO

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

unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 7 de maio de 1998 (data do julgamento).

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: Carmelita Herminio da Silva pleiteou pensão por morte em decorrência do falecimento do seu companheiro, com quem manteve união estável por muitos anos, da qual resultou o nascimento de nove filhos, hoje todos de maior idade.

O de cujus Evandro Rodrigues Chaves fez anotar na CTPS, como dependente, o nome da sua companheira, conforme demonstra a folha 28.

O MM. Julgador entendeu presentes os requisitos para a concessão de pensão por morte, julgando procedente o pedido formulado na inicial.

Irresignado, apela o INSS, alegando que Evandro Rodrigues Chaves, falecido em agosto de 1994, havia perdido a qualidade de segurado, posto que desde maio de 1991 deixara de recolher a contribuição previdenciária, por força da cessação do seu contrato de trabalho, não mais fazendo jus aos benefícios mantidos pelo apelante.

Nas contra-razões sustenta a apelada que, um ano antes do falecimento do seu companheiro, a autarquia previdenciária lhe concedeu o benefício denominado Renda Mensal Vitalícia, recebendo o número 473891750, e que, com a morte do segurado, foi-lhe concedido o auxílio- funeral, comprovando, desta forma, a preservação da qualidade de segurado da previdência (fls. 29v).

Conclusos, subiram os autos, sendo-me distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): A autora pediu o deferimento de pensão por morte, em razão do falecimento de seu companheiro, Evandro Rodrigues Chaves, desde a data do óbito. Reconhece que o extinto era casado sob o regime da comunhão universal de bens. Não seria possível reconhecer-se o direito da autora à pretendida pensão, sem o chamamento da esposa legítima como litisconsorte necessária. Deixo, entretanto, de proclamar a nulidade, considerando que a decisão de mérito irá favorecer a parte contrária.

Demonstra a prova documental que o de cujus, desde agosto de 1993, vinha recebendo o benefício de Renda Mensal Vitalícia, e que foi pago à família o auxílio-funeral (fls. 29v) por ocasião do óbito. A concessão do benefício, que tinha caráter predominantemente assistencial, exclui a obrigação de recolhimento. Não seria de acolher, assim, a tese do INSS que alega a perda da condição de segurado.

Entretanto, a apelação merece ser provida por outros fundamentos.

Como é cediço, o deferimento da Renda Mensal Vitalícia destinava-se às pessoas pobres que não tinham direito à aposentadoria, por não atenderem aos requisitos específicos. Para a sua concessão, bastava que o interessado houvesse contribuído para a Previdência e fosse maior de 70 anos ou inválido.

Trago aqui a definição de Marly A. Cardone:

“Benefício devido a quem, tendo mais de 70 anos de idade ou sendo inválido, não exerce qualquer atividade remunerada, nem auferir qualquer rendimento superior à metade do maior salário mínimo em vigor, nem é mantido por pessoa de quem dependa

obrigatoriamente, não tendo outro meio de prover à subsistência” (Dicionário de Direito Previdencial, 2ª edição, LTr, São Paulo, 1989).

O tema foi bem focalizado no parecer ministerial oferecido na AC 86279-CE, por mim relatada:

“A Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS), instituída no Decreto nº 77.077/76, define os segurados como ‘os que exercem atividade remunerada... (art. 2º, I). Observando o art. 73 desse mesmo decreto, confere-se Renda Mensal Vitalícia ao ‘maior de 70 (setenta) anos de idade... que...não exerça atividade remunerada, ...’.

Logo, observa-se a impossibilidade de se enquadrar aquele que percebe a renda mensal vitalícia no conceito de segurado, não cabendo, pois, falar-se em pensão por morte oriunda daquele benefício.

Anote-se, ainda, tanto na lei instituidora, quanto nas consolidações subseqüentes, a existência de dispositivos que confirmam a inexistência do pretendido direito à pensão por morte do beneficiário de renda mensal vitalícia. O § 2º do art. 79 da CLPS/76, datíssima venia para transcrevê-lo, preceitua:

‘Art. 79 (omissis)

§ 1º. (omissis)

§ 2º. A renda mensal não está sujeita a desconto de qualquer contribuição, nem gerará direito ao abono anual ou qualquer outra prestação do regime desta consolidação, salvo a assistência médica. (Grifos ausentes no texto legal).

Assim, resta comprovada a impossibilidade de se conferir pensão por morte de titular do referido benefício. E isso ocorre porque tal benefício tem uma evidente natureza assistencial, além de ter também um caráter intuito personae, isto é, tem cabimento enquanto uma determinada pessoa tem necessidade. ‘A assistência social será prestada a quem dela necessitar, ...’ (art. 203 da CF). Não sendo possível, portanto, estender-se a terceiros, no caso, nem mesmo através de pensão por morte.

Atente-se ao comentário de Wladimir Novaes Martinez:

‘Criada pela Lei nº 6.179/74, a Renda Mensal Vitalícia é uma prestação nitidamente assistenciária. Assinalou o momento em que a técnica de proteção social brasileira deixou de ser o seguro social (puro) e caminhou na direção da seguridade social (...)’ (in Comentários à Lei Básica da Previdência Social, 1993, Tomo II, pp. 402/403).

Após a concessão, o percipiente da Renda Mensal Vitalícia adquire a qualidade de segurado, mas não faz jus ao abono anual (RBPS, art. 40) e, ao falecer, não institui pensão por morte ou auxílio-funeral aos seus dependentes’ (sem grifos no original; ob. cit. supra)”.
A Lei nº 8.213/91 não acolheu a ressalva da Lei 6.179/74, que impedia a concessão do benefício da pensão aos dependentes dos segurados no gozo de Renda Mensal Vitalícia. Assim sendo, prevaleceria tal entendimento desde o momento em que entrou em vigor aquele diploma legal até a regulamentação da Lei nº 8.742/93.

No caso, porém, o desaparecimento do de cujus ocorreu em 20.08.94, ou seja, depois da Lei nº 8.742/93, que veio dar novos contornos ao benefício em questão. Desse modo, não aproveita à autora o direito à percepção do benefício previdenciário, já que o óbito ocorreu quando não mais era possível o deferimento da pensão previdenciária que se postula.

Por todo o exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial para reformar a sentença, julgando improcedente o pedido, condenando-se a autora nas custas e em honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa devidamente atualizado.

É como voto.

Relator: O SR. JUIZ **RIDALVO COSTA**
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: EMTEL - EMPREENDIMENTOS TÉCNICOS LTDA.
Advogados: DRS. RENÊ PRIMO DE ARAÚJO E OUTROS (APTE.) E
ROGÉRIO MAGNUS VARELA GONÇALVES E OUTRO (APDA.)

EMENTA

Ação anulatória de lançamento. Fundo de Previdência e Assistência Social. Aferição indireta. Construtora. Mão-de-obra. Escrita contábil. Lançamento de débito por aferição indireta. Atraso na escrituração contábil. Atualização posterior. Inexistência de indícios de emprego de mão-de-obra clandestina, suporte do lançamento. Regularização da escrituração contábil constatada pela perícia judicial. Anulação procedente.

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, 25 de junho de 1998 (data do julgamento).

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS apela de sentença da MM. Juíza Federal da 3ª Vara, no exercício da 2ª Vara - PB, que julgou procedente o pedido formulado por EMTEL – Empreendimentos Técnicos Ltda., em ação ordinária, com o objetivo de anular débito previdenciário constante da NFLD nº 001174/88, relativo à obra matriculada no CEI nº 13.076.05135/74.

Sustenta a apelante, em síntese, que:

- a) a prova pericial baseou-se no Regulamento para Cobrança e Fiscalização do Imposto sobre a Renda e Proventos de qualquer Natureza, “mencionando expressamente o arbitramento do movimento e do lucro da pessoa jurídica, que não se aplica ao caso vertente”, ora disciplinado por norma específica (Lei nº 8.212/91);
- b) “a apelada deixou de apresentar sua escrita contábil porque estava atrasada e não sendo, portanto, analisada pela fiscalização (v. fls. 14v/15 do procedimento administrativo). Neste procedimento a fiscal analista relata que o movimento contábil foi levado a efeito a posteriori, apenas registrando os elementos que lhe eram convenientes e desprezando a mão-de-obra especializada para fino acabamento da obra, bem como foi esquecido o reajuste suplementar de 38% do valor inicial do contrato em face de modificações introduzidas no projeto original” (fls. 227/228);
- c) “o procedimento da fiscalização atendeu a determinação legal prevista quanto à falta de prova regular e formalizada, oportunidade em que considera o montante dos salários pagos pela execução da obra de construção civil obtido mediante cálculo da mão-de-obra empregada, proporcional à área construída e ao padrão de execução da obra, logo nada havendo a ser alterado” (fls. 228).

Com contra-razões (fls. 239/243), os autos vieram-me por distribuição automática.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): A discussão que anima o processo gira em torno da aplicação do método de aferição indireta na apuração de encargos previdenciários decorrentes do valor de mão-de-obra utilizada na construção civil, sob o argumento de que a empresa devedora estava com a escrita desatualizada quando da fiscalização promovida pelo INSS (ex-IAPAS).

A aferição indireta de que trata o presente processo era disciplinada, na época, pelo art. 116, VI, do Decreto nº 83.081/79, que assim dispunha:

“VI - na falta de comprovação regular e formalizada, o montante dos salários pagos pela execução de obras de construção civil pode ser obtido mediante cálculo de mão-de-obra empregada, de acordo com a área construída e a natureza da obra, cabendo ao proprietário, dono da obra, condômino da unidade imobiliária ou empresa co-responsável o ônus da prova em contrário”.

A Orientação de Serviço IAPAS/SAF 172/88, no item 9.1, esclarecia:

“Empresa construtora com contabilidade - a empresa construtora, com contrato global da obra, deve ser fiscalizada com base nos elementos contábeis e na documentação relativa às obras de sua responsabilidade”.

Sobre a escrituração da mão-de-obra e o recolhimento das contribuições previdenciárias, o laudo da perícia contábil consignou (fls. 186/187):

“Referente à obra matriculada sob o nº CEI 13.076.05135/74, as despesas com mão-de-obra - folhas de pagamento e contribuições previdenciárias - estão todas lançadas na escritura contábil do promovente, conforme demonstramos no QUADRO 01 em anexo.

(...)

Fazendo a devida verificação nos documentos e escrita contábil, constatamos que as contribuições previdenciárias recolhidas correspondem às despesas efetuadas pela autora com mão-de-obra, relativas às folhas de pagamentos da obra CEI 13.076.05135/94”.

Por aí se vê que a apelada, embora estivesse com a escrita desatualizada no momento da fiscalização, pôde apresentar “comprovação regular e formalizada” das despesas com mão-de-obra e do recolhimento das contribuições previdenciárias devidas, não se justificando, pois, a prevalência da aferição indireta.

Destaco, da sentença, este trecho que focaliza, com segurança e objetividade, os ângulos mais relevantes da questão (fls. 221):

“A presunção de irregularidade da escrita contábil por omissão de salários pagos e, portanto, o método de aferição indireta dos encargos previdenciários devidos cedem face ao cotejo com outros elementos reveladores das despesas com mão-de-obra empregada na construção civil, entre os quais, folhas de pagamento e guias de arrecadação, além dos aditivos, cuja prova compete à empresa.

Ao privilegiar o porte da obra e suas especificidades para efeito de apuração indireta dos salários pagos com repercussão no valor dos encargos previdenciários, a fiscalização desatendeu as disposições do Decreto 83.081/79 e OS 172/88. Com efeito, a aferição indireta somente é admitida quando inexistirem elementos ou quando insuficientes para comprovação dos salários.

Não é o caso, eis que a empresa cuidou de fazer prova das despesas com salários tanto na via administrativa como na esfera judicial. No entanto, persistiu a fiscalização em desconsiderar não só a escrita contábil como os demais elementos comprobatórios dos salários pagos, sob o argumento de o porte da obra exigir maior número de trabalhadores do que aqueles empregados e relacionados nas folhas de pagamento da empresa.

Sendo a fiscalização atividade plenamente vinculada, descabe a adoção de procedimento, calcado em presunção sem prova, não previsto na norma”.

Em verdade, para segurança do contribuinte, o levantamento do débito pelo método excepcional da aferição indireta deve revestir-se de base legal e motivação, respaldando-se, ao mesmo tempo, em prova, não em presunção de vícios na escrita objeto de auditoria fiscal.

Alega, por fim, o apelante que a empresa teria utilizado mão-de-obra clandestina “especializada para fino acabamento da obra”, mas disso nenhuma prova apresentou.

O art. 41 da CLT estabelece a obrigatoriedade e especificações dos Livros de Registro de Empregados, enquanto o art. 47 e seu parágrafo único tratam das penalidades a serem aplicadas pelas Delegacias Regionais do Trabalho contra as empresas infratoras, verbis:

“Art. 47. A empresa que mantiver empregado não registrado nos termos do art. 41 e seu parágrafo único, incorrerá na multa de valor igual a 30 (trinta) vezes o valor de referência regional, por empregado não registrado, acrescido de igual valor em cada reincidência.

Parágrafo único. As demais infrações referentes ao registro de empregados sujeitarão a empresa à multa de valor igual a 15 (quinze) vezes o valor de referência regional, dobrada na reincidência”.

Não há nos autos qualquer notícia sobre a aplicação de multa à apelada, por falta de registro de seus empregados no livro próprio exigido pela CLT, nem de outros indícios da utilização de mão-de-obra clandestina.

Por outro lado, a perícia não indica elementos que levem às conclusões da fiscalização sobre o assunto.

Assertiva de tal gravidade não se pode respaldar em mera suposição, senão em prova irrefutável ou, quando menos, em dados concretos que apontem com segurança a irregularidade aventada.

Diante do exposto, nego provimento à apelação e à remessa, confirmando a sentença pelos seus próprios fundamentos.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 126.366-CE

Relator: O SR. JUIZ **LÁZARO GUIMARÃES**
Apelantes: ESTADO DO CEARÁ E UNIÃO FEDERAL
Apelada: ROSINEIDE FREITAS DOS SANTOS – REP/ P/ JOSÉ FREITAS BARBOSA
Advogados: DRS. STELIO LOPES MENDONÇA JÚNIOR E OUTROS (APTE.)
E FRANCISCO RODRIGUES SOBRINHO (APDA.)

EMENTA

Processual Civil. Cautelar. Vítima de erro médico acometida de disfasia e tetraparesia. Necessidade de tratamento imediato. Caráter de proteção ao resultado útil do processo em que apurada a responsabilidade civil. Legitimação para a causa da União Federal, sucessora do INAMPS, cujo preposto é apontado como médico que procedeu à mal sucedida cirurgia, e do Estado do Ceará, que tem o dever de prestar assistência médica aos necessitados. Apelações e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 2 de junho de 1998 (data do julgamento).
JUIZ LÁZARO GUIMARÃES – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: A sentença recorrida, da lavra do então Juiz Federal da 5ª Vara do Ceará, Dr. Geraldo Apoliano, hoje integrando este Tribunal, deferiu medida cautelar para assegurar à autora, acometida de disfasia e tetraparesia, ao submeter-se a cirurgia em hospital do antigo INAMPS, tratamento clínico adequado, até o deslinde da ação indenizatória principal.

Apelam o Estado do Ceará e a União Federal. Ambos sustentam o caráter satisfativo da providência concedida, a proibição de medidas cautelares contra atos do Poder Público e ilegitimidade para a causa.

Contra-razões pela confirmação da sentença. Dispensei revisão por se tratar de matéria predominantemente de direito.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): Os serviços de saúde são prestados pelos Estados-membros e pelos Municípios, mediante repasses do Governo Federal, daí a legitimação do Estado do Ceará para a causa, já que o tratamento ambulatorial da apelada pode ser prestado em unidade estadual.

É verdade que a União Federal, sucessora do INAMPS, é a responsável principal pela indenização pelos danos provocados por erro do seu preposto, médico, durante cirurgia, mas nem por isso desobriga-se a unidade federada de prestar assistência médica à vítima.

O tratamento determinado em liminar confirmada na sentença desdobra-se, desde 1993, numa fase que transcorreu nas instalações do Hospital Sarah Kubitschek, em Brasília, e na subsequente, na cidade de Fortaleza, onde reside a paciente.

Toda medida cautelar tem caráter satisfativo, apesar de se destinar à proteção do resultado útil do processo. O que não pode é esgotar o objeto da causa, em se lhe transmutar a função, e isso não ocorre.

A Lei 8.437 não proíbe, de modo genérico, a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, mas, tão-somente, nas hipóteses em que medida semelhante seja proibida na via do mandado de segurança.

Por essas razões, nego provimento a ambas as apelações e à remessa oficial.

APELAÇÃO CÍVEL N. 126.527-PE

Relator: O SR. JUIZ **NEREU SANTOS**
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A - BNB
Advogados: DRS. TANEY FARIAS E OUTROS (APDO.)

EMENTA

Processual Civil. Embargos de terceiro. Auto de penhora equivocado. Discriminação de registro cartorário de outro bem imóvel como sendo o imóvel objeto da constrição judicial. Cancelamento da penhora.

1. Viável o manejo dos embargos de terceiro para afastar penhora realizada sobre imóvel de propriedade de sociedade estranha à execução.
2. *In casu*, o auto de penhora, após discriminar o imóvel a ser objeto da penhora, apontou, equivocadamente, registro de outro imóvel pertencente a terceiro.
3. Apelação e remessa improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa, 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 maio de 1998 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: Cuida-se de embargos de terceiro ajuizados pelo Banco do Nordeste do Brasil S/A contra penhora levada a efeito nos autos de Execução Fiscal de nº 002026-5, movida pelo então Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social - IAPAS contra Cia. Industrial de Instrumentos de Precisão - CIIP.

Aduz o embargante, em síntese, que o imóvel objeto da penhora lhe pertence, em face de arrematação efetuada em 22.08.79, nos autos de execuções fiscais movidas pela Fazenda Pública do Estado de Pernambuco contra a referida empresa.

O MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco julgou procedentes os embargos, cancelando a penhora em litígio, condenando a União Federal a ressarcir as custas adiantadas e ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.000,00 (hum mil reais).

Sentença submetida ao duplo grau de jurisdição.

Apela a União, sustentando que a penhora não se realizou sobre o imóvel do embargante, situado na Rua 3 de maio, nº 89, mas, sim, no prédio de nº 440 da Rua 13 de maio, daí não haver penhora a ser cancelada ou levantada.

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

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): A questão, ao meu sentir, é de fácil deslinde.

Observo que foi lavrado, em 11.11.1977, auto de penhora sobre o imóvel de nº 440, sito na Rua 13 de maio, Várzea, na cidade do Recife-PE. (Fls. 09 dos autos principais).

Também consta do mencionado auto que dito imóvel se encontrava transcrito no Cartório de Registro de Imóveis do 1º Ofício da Capital, sob nº 82.531, Livro-3-CM, às fls. 18v, em 14.12.67.

Ocorre que, ao tentar cumprir a determinação do então Juiz Federal da 2ª Vara, Dr. Petrucio Ferreira da Silva, hoje com assento nesta Corte, para então proceder ao registro da penhora, o Cartório, por meio do Ofício nº 149/81, às fls. 21 dos autos principais, informou, *in verbis*:

" ... o imóvel a que alude o Auto de Penhora e Depósito e sobre o qual incidiu a penhora

em causa não tem assentamento registral neste Cartório, sob a numeração de 82.351, no Livro 3-CM, às fls. 18v, em 14.12.67, cujos elementos indicativos de registro tocam a imóvel diverso, ou seja, ao do prédio nº 89, da Rua 3 de maio, bairro da Várzea, desta cidade do Recife”.

O BNB, estranho à execução fiscal, mas proprietário do imóvel de nº 89, situado na Rua 3 de maio, em face de ter arrematado o mesmo em processos de execuções fiscais, ao tomar conhecimento da penhora, atravessou a petição de fls. 25/26 dos autos principais, requerendo o levantamento da mesma, após ouvida a autarquia.

O IAPAS, após ficar de posse do processo por longo período, enfatizou que a questão estava sendo discutida no âmbito administrativo e requereu que fosse procedida penhora em outros bens.

O Juiz determinou fosse feita nova penhora (fls. 59 dos autos principais).

Mais adiante, atendendo a pleito do IAPAS (fls. 75 da execução), determinou o Magistrado de primeiro grau ao Cartório competente que se abstinhasse de proceder a qualquer registro que tivesse por objeto o imóvel penhorado, sob nº 82.351, Livro 3-CM, fls. 18v.

Esclareça-se, pois, que a penhora não foi substituída.

Exatamente por não vislumbrar que se tratava do mesmo imóvel, isto é, o de nº 89, arrematado pelo BNB, ora apelado, e o de nº 440, que é objeto da penhora, é que o em. Juiz a quo julgou procedentes os embargos.

Aduz a apelante que, exatamente em função de não serem os mesmos imóveis, jamais existiu penhora, descabendo os embargos de terceiro.

O argumento não impressiona, por não se coadunar com a situação fática.

Com efeito, muito embora não tenha havido a averbação da penhora, ela foi realizada conforme consta do Auto de Penhora de fls. 09 dos autos principais, motivo a impedir o proprietário do bem, por arrematação, no caso o BNB, de usufruir do mesmo.

O registro da penhora visa à eficácia do ato para oponibilidade contra terceiros de boa-fé, mas a sua ausência não invalida o ato de constrição, por não ser requisito dele.

Na verdade, o equívoco partiu da lavratura do Auto que discriminou o registro do bem pertencente ao BNB - o de nº 89 - como sendo o de nº 440.

Assim, penhora existiu, foi mantida, e o remédio para afastar o bem da constrição judicial é, indiscutivelmente, a via dos embargos de terceiro.

Com essas considerações, nego provimento à apelação e à remessa.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 126.861-RN

Relator: O SR. JUIZ **NEREU SANTOS**
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS
Apelados: CÍCERA ROSA E OUTROS
Advogados: DRS. ROGER SALES SOBRINHO E OUTROS (APTE.) E LEVI RODRIGUES VARELA E OUTRO (APDOS.)

EMENTA

Processual Civil. Embargos à execução. Benefício previdenciário. Recurso de apelação visando unicamente a condenação em honorários advocatícios. Justiça gratuita. Possibilidade.

1. O § 2º do art. 11 e o art. 12 da Lei nº 1.060/50 não foram revogados pela novel Constituição. Precedentes do eg. STF.

2. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 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, 18 de junho de 1998 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: O caso é de embargos opostos pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social contra execução que lhe é movida por Cícera Rosa e outros, decorrente do cumprimento de sentença proferida no processo de conhecimento onde a autarquia previdenciária foi condenada ao pagamento de reajuste de benefícios dos autores.

O MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte julgou os embargos parcialmente procedentes, para excluir do valor cobrado na execução as parcelas pagas administrativamente, desde que comprovadas nos autos.

Não houve condenação em honorários, em face da assistência judiciária gratuita.

Insurge-se o INSS contra a sentença apenas no tocante à ausência de condenação da verba honorária.

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

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): Como se vê dos autos, a apelação tem como objetivo apenas a condenação dos autores em honorários advocatícios.

Ressalto que a execução decorre de sentença proferida em ação proposta por beneficiários da assistência judiciária gratuita, consoante noticia o aresto dos presentes embargos.

Argumenta o INSS que a sentença haveria de sobrestar a execução, “até e se, dentro em cinco anos, a parte vencedora comprovar não mais subsistir o estado de miserabilidade da parte vencida”.

Dispõe o § 2º do art. 11 da Lei nº 1.060/50:

“A parte vencida poderá acionar a parte vencedora para reaver as despesas do processo, inclusive honorários do advogado, desde que prove ter a última perdido a condição legal de necessitada”.

Entendia, acompanhando o posicionamento desta eg. 3ª Turma, que o art. 11, § 2º, e art. 12 da Lei nº 1.060/50 não haviam sido recepcionados pela atual Constituição.

Sobre a matéria em questão, trago à baila as seguintes decisões:

“EMENTA: Previdenciário e Constitucional. Revisão de benefício. Manutenção do número de salários. Artigo 58 do ADCT. Beneficiário da justiça gratuita. Sucumbência. Condenação em custas e honorários advocatícios. Artigo 5º, LXXIV, da CF/88.

.....
5. Segundo a Carta Política de 1988, ‘O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos’ (art. 5º, LXXIV).

6. A Autarquia apelante não fez prova nos autos de que o autor tenha perdido a condição de necessitado, não podendo, por conseguinte, pleitear honorários advocatícios em face

da sucumbência.

7. Apelações improvidas”. (AC nº 114.609-RN, Rel. Juiz Geraldo Apoliano, julg. 12.06.97, unân.)

“EMENTA: Previdenciário e Processual Civil. Reajuste. Incorporação do abono de 54,60%. Beneficiário de assistência judiciária. Honorários advocatícios. Art. 5º, LXXIV, da CF/88.

.....
Revogação da permissibilidade legal de condenação do beneficiário de assistência judiciária vencido na causa, posto que o parágrafo 2º do art. 11 e o art. 12, ambos da Lei 1.060/50, não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso LXXIV)”. (AC nº 103.135-RN, Rel. Juiz Ridalvo Costa, julg. 19.09.96, unân.)

Entretanto, como bem salientou o em. Juiz Ridalvo Costa, o Excelso Pretório tem se posicionado recente e reiteradamente no sentido de que a novel Constituição não revogou os preceptivos citados, daí ser este o entendimento que passo a adotar, estabelecendo os honorários em 10% sobre as parcelas sucumbentes.

Com essas considerações, dou provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N.127.233-PE

Relator: O SR. JUIZ RIDALVO COSTA
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelada: SOUZA CONSTRUÇÕES CONSULTORIA E REPRESENTAÇÕES LTDA.
Advogados: DRS. JOSÉ RILTON TENÓRIO MOURA E OUTROS (APDA.)

EMENTA

Embargos à execução fundamentados em coisa julgada. Sentença mandamental em matéria tributária trânsita em julgado. Relação continuativa. A sentença que entende indevida a cobrança de determinado tributo, sem especificar o exercício, produz efeitos para o futuro, mas sem o caráter de perpetuidade. A coisa julgada faz lei entre as partes, sendo o “mesmo estado de fato e de direito”. Modificações legislativas. Novo fato gerador. Aplicação da lei nova. Afastamento dos efeitos da coisa julgada.

ACÓRDÃO

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

Recife, 14 de maio de 1988 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: A União Federal apela de sentença do Juiz Federal da 5ª Vara-PE, que julgou procedentes os embargos à execução opostos por Souza Construções Consultoria e Representações Ltda., ao fundamento de que sentença mandamental, transitada em julgado, já houvera reconhecido a inconstitucionalidade da contribuição social instituída pela Lei nº 7.689/88 e assegurado à embargante o direito de

não recolhê-la (fls. 32/33 e 50-v.).

A apelante alega, em síntese, que:

- a) após ter impugnado os embargos, “a executada efetuou o pagamento integral da dívida (...), satisfazendo plenamente a obrigação” (fls. 53);
- b) “a execução merece ser extinta, sim, como extinta já se encontra a dívida, porém, por pagamento integral, na forma do artigo 794, inciso I, do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo de execução fiscal, e não pela procedência dos embargos opostos” (fls. 53);
- c) a dívida objeto da execução decorre do não-recolhimento de contribuição social relativa ao período de apuração de 1991/1992;
- d) “sabe-se que a Resolução Senado Federal nº 11, de 4 de abril de 1995, suspendeu a execução do disposto no artigo 8º da Lei nº 7.689, de 15.12.88, porém, há de se entender que só nos limites em que foi considerada inconstitucional a instituição da contribuição social sobre o lucro, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ou seja, com relação apenas ao resultado apurado no período-base encerrado em 31 de dezembro de 1988 (exercício 1989), por ofensa ao princípio da anterioridade previsto no artigo 195, parágrafo 6º, da Constituição Federal” (fls. 54);
- e) “com relação à exigência de lei complementar, para instituição das contribuições sociais de que trata o artigo 195 da Constituição Federal, entre as quais se insere a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas” (fls. 55), o STF já se manifestou em sentido contrário.

Por fim, requer o provimento do recurso.

A apelada contra-arrazoou, argumentando que, embora sem obrigação, pagara o débito, pressionada pela necessidade urgente de obter CND para participar de licitações de seu interesse.

Acrescenta que, “em 14.09.90, a embargante impetrou mandado de segurança preventivo, objetivando eximir-se do pagamento da referida contribuição para o exercício de 1989, ano-base 1988 em diante, incluindo o período de 1990, que foi inscrito na Dívida Ativa da União, sendo este o exercício objeto da execução fiscal em comento” (fls. 60).

Em conclusão, ressalta:

“Absurdamente, diante de fatos tão cristalinos, a Fazenda Nacional, inoportunamente, interpôs recurso de apelação com fundamentos absurdos, uma vez que a recorrida pagou um débito inexistente, onde não assistia direito de pleito para a recorrente”.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): A contribuição social instituída pela Lei nº 7.689, de 15.12.88, é a matéria central canalizada no processo.

O Juiz Federal, por sentença transitada em julgado (MS nº 904542-8 – fls. 29/32 e 50-v.), concedera a segurança impetrada pela ora embargante para eximi-la do pagamento da aludida contribuição, por considerar plenamente inconstitucional a Lei nº 7.689/88.

No voto condutor do julgamento da AMS 24948-CE, tive o ensejo de enfrentar essa matéria, quando nestes termos me pronunciei:

“Antes, acompanhando o entendimento do eg. Plenário deste TRF proclamado no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade na AMS nº 976-AL, Rel. Juiz Hugo Machado, em sessão de 02.05.90, sustentava que a Lei nº 7.689/88 era inconstitucional, vez que os recursos destinados ao financiamento da seguridade social não eram arrecadados pelos seus órgãos.

Porém, em face das reiteradas decisões do eg. STF, no sentido de que a inconstitucionalidade se restringe apenas ao art. 8º, passei a adotar essa nova linha de entendimento.

O acórdão paradigma, do Excelso Pretório, decorreu do julgamento do RE nº 146733/92-SP, em 29.06.92, assim ementado:

‘Contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas. Lei 7.689/88.

- Não é inconstitucional a instituição da contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, cuja natureza é tributária. Constitucionalidade dos artigos 1º, 2º e 3º da Lei 7.689/88. Refutação dos diferentes argumentos com que se pretende sustentar a inconstitucionalidade desses dispositivos legais.

- Ao determinar, porém, o artigo 8º da Lei 7.689/88 que a contribuição em causa já seria devida a partir do lucro apurado no período-base a ser encerrado em 31 de dezembro de 1988, violou ele o princípio da irretroatividade contido no artigo 150, III, a, da Constituição Federal, que proíbe que a lei que institui tributo tenha, como fato gerador deste, fato ocorrido antes do início da vigência dela.

- Recurso extraordinário conhecido com base na letra b do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, mas a que se nega provimento porque o mandado de segurança foi concedido para impedir a cobrança das parcelas da contribuição social, cujo fato gerador seria o lucro apurado no período-base que se encerrou em 31 de dezembro de 1988. Declaração de inconstitucionalidade do artigo 8º, da Lei 7.689/88’ (Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 06.11.92, p. 20110).

No aludido julgamento, o Excelso Pretório deixou evidenciada a desnecessidade de Lei Complementar para instituição da contribuição social em questão, uma vez que a própria Carta Magna admite, no inciso I do art. 195, essa modalidade de contribuição incidente sobre o lucro dos empregadores.

Demais disto, entendeu despiciendo o fato de a Receita Federal ser o agente arrecadador e fiscalizador da contribuição, em face de não ter a Constituição instituído um sistema de seguridade social autônomo”.

(Dec. unân., em 17.10.96, publ. no DJ de 18.11.96).

No caso presente, os embargos atacaram o título executivo fiscal, com ânimo de desconstituí-lo, à míngua de liquidez e certeza, porque baseado em débito de que se desobrigara o contribuinte, por força de sentença transitada em julgado.

A segurança, então concedida, garantiu “o direito líquido e certo das impetrantes de não pagarem a contribuição social criada pela Lei nº 7.689/88, incidente sobre os resultados operacionais auferidos a partir do Balanço Geral encerrado no dia 31 de dezembro de 1989” (fls. 28 e 32/33).

A apelação aborda duas questões relevantes: o pagamento total do débito executado, após a impugnação aos embargos, como causa extintiva da execução, e a de não ter sido alcançado pela declaração de inconstitucionalidade do art. 8º da Lei nº 7.689/88 o débito cobrado, relativo ao exercício de 1992.

Sem dúvida, a remissão da execução, isto é, o pagamento total do débito, na forma do art. 651 do CPC, aplicado subsidiariamente, é causa de extinção da execução fiscal, mas não de extinção da ação incidental de embargos do devedor, a qual poderá, perfeitamente, prosseguir para saber-se, como no caso, se a dívida poderia ser exigida.

Além disso, os embargos opostos precederam, há muito, o pagamento e têm eles como fundamento a existência de coisa julgada, matéria de ordem pública, de exame preferencial.

A coisa julgada em matéria tributária, como no caso da contribuição social sobre o lucro, envolvendo relações que se sucedem no tempo, mereceu do col. STF a edição da Súmula 239: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos exercícios posteriores”.

No caso, a sentença que entendeu indevida a cobrança da contribuição foi proferida em mandado de segurança e dispôs para o futuro, sem qualquer limitação a determinado exercício financeiro. Isto não quer dizer que a apelante esteja ao abrigo da coisa julgada

para sempre. As relações tributárias que se sucedem no tempo regem-se pela lei nova que passa a vigor.

A perpetuidade é incompatível com a coisa julgada; ela faz lei entre as partes “enquanto durar o estado de fato e de direito”. “A coisa julgada material deve ser rebus sic stantibus” (TRF - 3ª Região, 4ª Turma, AMS 49.915-SP, Rel. Juíza Lúcia Valle Figueiredo).

O débito cobrado refere-se ao período de 1991. Outra já era a regência legislativa, como anota a citação constante do recurso - fls. 55:

“ Recurso extraordinário. 2. Contribuição social sobre o lucro. Lei 7.856, de 25.10.1989, art. 2º. Elevação da alíquota de 8% para 10%. 3. O prazo de noventa dias previsto no art. 195, § 6º, da Constituição Federal, flui, no caso, a partir da data da Medida Provisória nº 86, de 25.09.1989, convertida na Lei nº 7.856, de 25.10.1989. 4. Legitimidade da aplicação da nova alíquota, no exercício de 1990, sobre o lucro apurado a 31 de dezembro de 1989. 5. Orientação firmada pelo Plenário do STF, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 197.790-3 e 181.664-3. 6. Recurso extraordinário conhecido e provido’. (Ementa de Ac. do STF, Segunda Turma, no RE 182574-RS, julg. 25/02/97. Rel. Ministro Néri da Silveira. Pub. DJ 25.04.97, p. 01015, Ement. vol. 01866-05, p. 01015)”.

Com esses fundamentos, afasto a alegação de coisa julgada, dou provimento à apelação e à remessa, invertendo o ônus da sucumbência, devendo a alegação de pagamento ser examinada no juízo da execução.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 129.530-CE

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA**
Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelados: MÔNICA CAVALCANTI SCHMID E OUTROS
Advogado: DR. ANTÔNIO RODRIGUES DA SILVA (APDOS.)

EMENTA

Administrativo. Servidor público. Cargo efetivo. Poder Judiciário. Gratificação Judiciária - art. 5º do Decreto-lei nº 2.173/84. Não incorporação pela gratificação extraordinária instituída pela Lei nº 7.757/89. Direito à percepção. - A Lei nº 7.961/89, no art. 6º, estendeu a aplicabilidade dos arts. 1º, 2º, 6º e 8º da Lei nº 7.923/89, que teve como destinatários diretos os servidores do Poder Executivo, aos servidores do Poder Judiciário da União, do Distrito Federal e Territórios, do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União. - Entretanto, tal dispositivo restringiu o administrador a aplicá-lo somente naquilo que fosse cabível. Portanto, se ele não admitiu a incorporação de gratificações específicas de outros Poderes, não se pode conceber que tenha fixado a incorporação da gratificação judiciária aos vencimentos dos servidores do Judiciário. Ademais, se isto tivesse ocorrido, verificar-se-iam diferenças vencimentais entre os servidores do Judiciário e do Executivo da ordem de 80% (oitenta por cento), o que não se constata da análise das tabelas de vencimentos dos cargos efetivos desses Poderes. - Preliminar parcialmente acolhida. - Precedentes. - Apelação e remessa improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, acolher em parte a preliminar de prescrição 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, 14 de agosto de 1998 (data do julgamento).

JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA: Trata-se de apelação da União de sentença que julgou procedente pedido formulado por Mônica Cavalcanti Schmid e outros, objetivando o pagamento da Gratificação Judiciária, criada pelo Decreto-lei nº 2.173/84, desde a sua supressão ocorrida com a edição da Lei nº 7.757, de 24.04.89, até a edição da Lei nº 9.421, de 24.12.96, no percentual de 80% (oitenta por cento) de seus salários-base, devendo abranger férias, 13º salário, abono pecuniário, 1/3 (um terço) constitucional e demais vantagens.

O Magistrado a quo fundamentou o decisum no art. 2º, § 1º, da LICC, em virtude de a gratificação em comento só ter sido extinta com a edição da Lei nº 9.421, de 24.12.96.

A União apela, arguindo preliminarmente a prescrição da ação, vez que busca o pagamento de parcelas já atingidas pela prescrição.

No mérito, sustenta que, com o advento da Medida provisória nº 106/89, convertida na Lei nº 7.923/89, que dispôs sobre o reajustamento dos vencimentos dos servidores públicos e incorporação de vantagens, o STF, reconhecendo ser tal diploma aplicável aos servidores do Poder Judiciário, por força do que prescreveu o art. 6º da Lei nº 7.961/89, firmou o posicionamento consubstanciado na Ata da 24ª Sessão Administrativa, de 19.12.89, de que a Gratificação Judiciária somente seria devida aos ocupantes de cargo em comissão - DAS, sem vínculo, e aos servidores efetivos, também exercentes de DAS, que viessem a optar pela remuneração atribuída a tais cargos. E, ainda, que, em relação aos ocupantes de cargos do Grupo – DAS, é que a Lei nº 9.421/96 extinguiu a Gratificação Judiciária, porquanto, no tocante aos demais servidores, ela já havia sido incorporada aos seus estímulos por força da Lei nº 7.923/89.

Os recorridos, nas contra-razões, argumentam que o recurso não deve prosperar, pois, se a Gratificação Judiciária foi criada com a expressa previsão de cumulabilidade (art. 5º do Decreto-lei nº 2.173/84), a Administração não podia deixar de pagá-la sob o argumento de que a gratificação extraordinária, instituída pela Lei nº 7.757/89, teria absorvido aquela. Agindo dessa maneira, a Administração deixou de aplicar uma norma legal em pleno vigor.

Relatei.

VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

DA PRESCRIÇÃO

Os autores pretendem o reconhecimento do direito à percepção da Gratificação Judiciária, instituída pelo Decreto-lei nº 2.173/84, a partir da supressão de seus vencimentos com a criação da Gratificação Judiciária Extraordinária pela Lei nº 7.757/89, até a edição da Lei nº 9.421/96.

Constata-se, portanto, que o lapso de tempo entre a propositura da ação (12.05.97) e o fato gerador do direito (24.04.89) monta a 08 anos.

Entretanto, esta Corte já firmou posicionamento no sentido de que, tratando-se de pedido que envolve prestação de trato sucessivo, a prescrição não alcança o fundo do direito, mas tão-somente as parcelas anteriores aos cinco anos da propositura da ação.

Acolho, em parte, a preliminar, para declarar alcançadas pela prescrição as quantias vencidas há um quinquênio antes de ajuizada a ação.

VOTO-MÉRITO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): No presente recurso discute-se a supressão da Gratificação Judiciária, instituída pelo Decreto-lei nº 2.173/84, dos vencimentos dos apelados, quando da edição da Lei nº 7.757/89, que criou a Gratificação Judiciária Extraordinária.

Inicialmente, a Gratificação Judiciária foi instituída apenas para os servidores efetivos. Em seguida, o Supremo Tribunal Federal, através do Ato Regulamentar nº 10/84, estendeu-a aos ocupantes de cargos comissionados.

Posteriormente, os servidores públicos federais do Poder Executivo tiveram um reajuste salarial concedido pela Lei nº 7.923, de 12.12.89, de teor:

“Art. 1º - Os vencimentos, salários, soldos e demais retribuições dos servidores civis e militares do Poder Executivo, na Administração Direta, nas autarquias, inclusive as em regime especial, nas fundações públicas e nos extintos territórios, correspondentes ao mês de novembro de 1989, são reajustados em vinte e seis vírgula zero seis por cento, a título de reposição salarial.

Art. 2º - Em decorrência desta Lei, a remuneração dos servidores civis efetivos do Poder Executivo, na Administração Direta, nos extintos Territórios, nas autarquias, excluídas as em regime especial, e nas instituições federais de ensino beneficiadas pelo art. 3º da Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987, é fixada nas Tabelas dos Anexos I a XIX desta Lei.

§ 1º - (...)

§ 2º - A partir de 1º de novembro de 1989, ficam absorvidas pelas remunerações constantes das Tabelas anexas a esta Lei as gratificações, auxílios, abonos, adicionais, indenizações e quaisquer outras retribuições que estiverem sendo percebidas pelos servidores alcançados por este artigo”.

Em resumo, a mencionada lei concedeu o reajuste de 26,06%, como também, a incorporação de gratificações, auxílios, abonos, adicionais, indenizações e retribuições percebidas pelos servidores públicos federais do Poder Executivo.

Ora, a Lei nº 7.923/89 teve como destinatários diretos os servidores do Poder Executivo, sendo que a aplicabilidade dos arts. 1º, 2º, 6º e 8º foi estendida aos servidores do Poder Judiciário da União, do Distrito Federal e Territórios, do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União, através do art. 6º da Lei nº 7.961/89, nos seguintes termos:

“Art. 6º - São estendidas aos servidores dos órgãos do Poder Judiciário da União, do Distrito Federal e Territórios, do Ministério Público da União e do Tribunal de Contas da União, no que couber, as disposições dos artigos 1º, 2º, 6º e 8º da Lei nº 7.923, de 12 de dezembro de 1989, mantidas as gratificações de que tratam o art. 1º da Lei nº 7.756, de 24 de abril de 1989, o art. 1º da Lei nº 7.757, de 24 de abril de 1989, o art. 1º da Lei nº 7.758, de 24 de abril de 1989, o art. 1º da Lei nº 7.759, de 24 de abril de 1989, o art. 1º da Lei nº 7.760, de 24 de abril de 1989, o art. 1º da Lei nº 7.761, de 24 de abril de 1989 e o art. 1º da Lei nº 7.861, de 27 de outubro de 1989.” (Grifei).

Verifica-se, pois, que tal dispositivo impôs ao administrador a execução da norma somente naquilo que fosse cabível. Portanto, se ele não admitiu a incorporação de gratificações específicas de outros Poderes, não se pode conceber que tenha fixado a incorporação da Gratificação Judiciária aos vencimentos dos servidores do Judiciário. Porque, se tal incorporação tivesse ocorrido, em virtude da gratificação em comento ser

específica do Judiciário, verificar-se-iam diferenças vencimentais entre os servidores do Judiciário e do Executivo da ordem de 80% (oitenta por cento), o que não se constata da análise das tabelas de vencimentos dos cargos efetivos desses Poderes.

Por outro lado, tem-se, ainda, que, se a Gratificação Judiciária foi incorporada aos vencimentos do cargo efetivo, os ocupantes de cargos comissionados estariam percebendo, cumulativamente, vantagens de mesma natureza. Porém, o Judiciário continua a pagar a Gratificação Judiciária e a Extraordinária, administrativamente, aos ocupantes de cargos comissionados, sob o fundamento de que são de naturezas diversas e de que a Lei não incorporou a Gratificação Judiciária aos vencimentos deles automaticamente.

Diante de tais considerações, conclui-se que a vantagem perseguida foi suprimida indevidamente pela Administração, por interpretação equivocada da mencionada legislação.

O entendimento aqui esposado encontra esteio em precedentes desta e. Corte, cujas ementas destaco:

“Administrativo. Servidor efetivo do Poder Judiciário. Gratificação Judiciária (art. 5º do Decreto-lei 2.173/84) que tem natureza especial e foi criada com expressa previsão de cumulabilidade. Não absorção pela Gratificação Extraordinária criada pela Lei nº 7.757, de abril de 89. Inexistência de mudança de regime jurídico. Apelo provido”.

(AC nº 107321-PB, j. em 06.05.97. Relator Juiz Lázaro Guimarães - 2ª Turma).

“Administrativo. Servidor público. Poder Judiciário. Gratificação Judiciária (80%). Descaracterizada hipótese de absorção. Direito à percepção.

1 - Uma vez que as Leis 7.961 e 7.923/89 não determinaram a absorção de Gratificação específica ao Quadro do Poder Judiciário, sendo até mesmo determinado pelo legislador que se aplicasse a lei “no que couber”, quando se tratasse de servidores pertencentes aos Quadros de Pessoal do Poder Judiciário da União, do Distrito Federal e Territórios, do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União, não se pode interpretar as referidas normas, no sentido de se entender incorporada Gratificação de natureza específica de dado Poder.

2 - Igualmente, não se pode entender que a Gratificação Judiciária tenha sido absorvida pela Gratificação Extraordinária, posto que estas possuem, desde sua criação, natureza e finalidades diversas.

3 - Precedente (AC 104703/PB, Rel. Juiz Lázaro Guimarães).

4 - Apelação provida”.

(AC nº 104269-PB, j. em 10.12.96, Relator Juiz Petrucio Ferreira).

Por todo o exposto, no mérito, nego provimento à apelação e à remessa oficial, reconhecendo aos autores o direito à percepção da Gratificação Judiciária, pelo período em que foi suprimida, observando-se a prescrição quinquenal.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 129.793-CE

Relator: O SR. JUIZ **PETRUCIO FERREIRA**
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO NACIONAL - INSS
Apelada: CONSTRUTORA CONGRESAN LTDA.
Advogados: DRS. JOSÉ CARNEIRO NETO E OUTROS (APTE.)
PAULO CESAR PEREIRA ALENCAR E OUTROS (APDA.)

EMENTA

Previdenciário. Processual Civil. Embargos à execução fiscal. Nulidade da intimação.

Inocorrência. Princípio da instrumentalidade. Ausência de prejuízo. Art. 249, §§ 1º e 2º do CPC. Desconstituição parcial do título executivo. Ocorrência. Invalidez do título executivo tão-só no tocante a dívida relativa às contribuições de avulsos, administradores e autônomos. Declaração de insubsistência da penhora. Impossibilidade.

1 - Atendida a finalidade do processo, a ausência, pois, de qualquer prejuízo da não intimação da Fazenda Pública, nos termos do art. 25 da Lei nº 6.830/80, não se declara a nulidade do processo.

2 - O Senado Federal, através da Resolução 14, de 1995, DOU de 28.04.95, suspendeu a execução da expressão "avulsos, autônomos e administradores", contida no inciso I do art. 3º da Lei 7.787/89, declarada definitivamente inconstitucional pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 177.296-4/210.

3 - Visando a penhora a garantir toda a execução, não há que se liberar os bens penhorados, uma vez que os presentes embargos visaram a desconstituir o título executivo tão-só no tocante aos débitos decorrentes das contribuições sobre autônomos e administradores, restando remanescentes as demais dívidas que não foram impugnadas.

4 - Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade de votos, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Juiz Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Recife, 7 de abril de 1998 (data do julgamento).

JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA: O INSS apela da sentença de fls. 46 a 52, da lavra do MM. Juiz Francisco Jaime Medeiros Neto, Juiz de Direito da Comarca de Juazeiro do Norte - CE, que, apreciando embargos à execução fiscal, decidiu pela procedência dos mesmos, face à inconstitucionalidade já declarada pelo STF da contribuição social incidente sobre as remunerações pagas a autônomos, administradores e avulsos - Lei 7.787/89, art. 3º, I. Ao final, tornou insubsistente a penhora, condenando o embargado no pagamento da verba honorária no percentual de 10% sobre o valor da execução. Em suas alegações, pugna pela reforma da sentença, arguindo, em síntese: a) que o MM. Juiz incorreu em erro quando deixou de atender ao comando do art. 25 da Lei nº 6.830/80; b) que o débito não originou-se de contribuições previdenciárias incidentes sobre pro labore, autônomos e trabalhadores avulsos e sim de contribuições previdenciárias devidas em função de pagamento de salário; c) que, mesmo tratando-se de dívidas decorrentes de pro labore, autônomos e avulsos não pode ser declarada insubsistente a penhora, face à existência de outros débitos inclusos na mesma certidão de dívida ativa.

Contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA (Relator): Cuida a hipótese de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra sentença que concluiu

pela procedência dos presentes embargos à execução fiscal, ao argumento de que foi declarada inconstitucional pelo STF a contribuição social incidente sobre as remunerações pagas a autônomos, administradores e avulsos - Lei 7.787/89, art. 3º, I. Ao final, tornou insubsistente a penhora, condenando o embargado no pagamento da verba honorária no percentual de 10% sobre o valor da execução.

Em suas alegações, pugna pela reforma da sentença, argüindo, em síntese: a) que o MM. Juiz incorreu em erro quando deixou de atender ao comando do art. 25 da Lei nº 6.830/80; b) que o débito não originou-se de contribuições previdenciárias incidentes sobre pro labore, autônomos e trabalhadores avulsos e sim de contribuições previdenciárias devidas em função de pagamento de salário; c) que, mesmo tratando-se de dívidas decorrentes de pro labore, autônomos e avulsos não pode ser declarada insubsistente a penhora, face à existência de outros débitos inclusos na mesma certidão de dívida ativa.

Antes de adentrar no mérito, cumpre analisar preliminarmente sobre a argüição de que o MM. Juiz incorreu em erro quando deixou de atender ao comando do art. 25 da Lei nº 6.830/80.

Preceitua o art. 25 da Lei 6.830/80, verbis:

“Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente”.

Apesar do Executivo Fiscal conter regras próprias no tocante ao seu disciplinamento, inclusive no que diz respeito à forma de intimação, prevê em seu artigo 1º a possibilidade de aplicação subsidiária do CPC, em caso de omissão. In casu, verificando-se que a autarquia não foi intimada pessoalmente dos atos processuais e sim através do correio, não há que se aplicar a regra da nulidade, posto que da errônea aplicação do ato processual não decorreu qualquer prejuízo para a parte, face ao preenchimento de sua finalidade essencial.

No tocante à nulidade, prescreve o art. 249, §§ 1º e 2º, do CPC:

“Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.

§ 1º. O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.

§ 2º. Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta”.

Merece destacar os ensinamentos do mestre Moacyr Amaral dos Santos ao analisar a matéria, em sua obra Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. 2, pp. 67/68:

“354. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

Por este princípio, a forma se destina a alcançar um fim. Essa é a razão pela qual a lei regula expressamente a forma em muitos casos. Mas, não obstante expressa e não obstante violada, a finalidade em vista pela lei pode ter sido alcançada. Para a lei isso é bastante, não havendo razão para anular-se o ato.

É o que preceitua o art. 244, para a violação de forma expressa sem cominação de nulidade. ‘Quando a lei prescrever determinada forma, sem a cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade’. Tal disposição confirma a do art. 154 do referido Código: ‘Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial’ (ver nº 350).

É ainda o que preceitua o art. 249, § 2º, do mesmo Código, para a violação de qualquer espécie de forma: ‘Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, o juiz não a pronunciará, nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta’. A forma, simples meio, não prejudicou, embora violada a finalidade do processo, que é a decisão do mérito. Se esta é em favor da mesma parte a quem aproveitaria o

pronunciamento da nulidade, não se justifica essa declaração, ou a repetição do ato, ou a sua supressão”.

Merece registro a orientação jurisprudencial, que é no mesmo sentido, in verbis:

“Segundo o disposto no art. 249, § 1º, do CPC, não se repetirá o ato, mesmo que nulo, nem se lhe suprirá a falta, quando inexistir prejuízo à parte. Assim, a existência do ato nulo, nestas circunstâncias, será considerada juridicamente irrelevante e não afetará o processo (Ac. da 1ª Câm. do 2º TACivSP, de 26.02.86, na Apel. 184.686-3, Rel. Juiz Franklin Neiva; RT 609/136).

Não se decreta a nulidade quando a decisão de mérito for favorável a quem poderia aproveitar a sua declaração (Ac. unân. da 1ª Câm. do TJMG de 13.5.86, na Apel. 67.995, Rel. Des. Lincoln Rocha; Jurisp. Min. 94/132)”.

É de ressaltar-se que, apesar da incorreção na intimação, foi possível a interposição da presente apelação, dessa forma, resta suprida a irregularidade, passando-se à análise da questão meritória.

Objetivam os presentes embargos desconstituir parcialmente execução decorrente de Certidão de Dívida Ativa nº 31.587.543-8, originada de débito de contribuições dos segurados empregados, empregados domésticos e trabalhadores avulsos; de contribuições das empresas; de contribuições para o seguro de acidentes do trabalho; de contribuições de terceiros (salário educação, INCRA, SESI/SENAI, SESC/SENAN e SEBRAE) e contribuições sobre a remuneração de administradores e/ ou autônomos. Conforme se depreende da exordial, fls. 02 a 07 dos autos, a embargante contesta a validade do título executivo, simplesmente no tocante às contribuições incidentes sobre a remuneração dos administradores e autônomos, restando silente quanto às demais contribuições.

Quanto às contribuições incidentes sobre as remunerações dos administradores e autônomos, cumpre observar que o Senado Federal, através da Resolução 14, de 1995, DOU 28.04.95, suspendeu a execução da expressão "avulsos, autônomos e administradores", contida no inciso I do art. 3º da Lei 7.787/89, declarada definitivamente inconstitucional pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 177.296-4/210.

No tocante à alegação de não poder ser declarada insubsistente a penhora, face à existência de outros débitos inclusos na mesma certidão de dívida ativa, assiste razão ao ora apelante, posto que, conforme fora verificado na CDA ora embargada, resultou da constatação da existência de várias dívidas decorrentes de contribuições para com a Previdência Social, dentre elas, contribuição incidente sobre a remuneração de administradores e/ ou autônomos, já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e, visando a penhora a garantir toda a execução, não há que se liberar os bens penhorados, uma vez que os presentes embargos visaram a desconstituir o título executivo tão-só no tocante aos débitos decorrentes das contribuições sobre autônomos e administradores, restando remanescentes as demais dívidas que não foram impugnadas. Por tais razões, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 130.100-CE

Relator: O SR. JUIZ **RIDALVO COSTA**
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ-UFC
Apelados: EUGÊNIA ALVES XIMENES E OUTROS
Advogados: DRS. DAURIAN VAN MARSEN FARENA E OUTROS (APTE.)
E VITAL BRITO CAVALCANTE E OUTROS (APDOS.)

EMENTA

Processual Civil. Reintegração. Alegação de ausência de posse anterior da autora e de posterior esbulho atribuído aos réus. Ação julgada improcedente pelos dois fundamentos. Terreno adquirido por usucapião. Existência de comodato. Custas e honorários advocatícios.

A Universidade Federal do Ceará adquiriu o terreno da antiga Base Aérea do PICI, mediante ação de usucapião, registrando-o no Registro Imobiliário da Comarca de Fortaleza, presumindo-se, pois, possuidora. Do contrário, teria sido julgada carecedora da usucapião, pois não há direito à citada forma de aquisição da propriedade sem posse anterior por um determinado período. Comodato. Residências gratuitas de alguns servidores públicos na área, devidamente autorizadas pelo DNOCS, na condição de ex-possuidor. Conhecimento do fato pela Universidade ao receber o terreno mediante cessão e concordar com a continuação do comodato, não solene e por prazo indeterminado. Sem a extinção do comodato mediante notificação, ou outra forma de constituição dos comodatários em mora, para devolução dos imóveis residenciais, é incabível a ação possessória direta. As autarquias gozam de isenção de custas. Os honorários, vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados com moderação. Redução de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) para 15% sobre o valor atribuído à causa: 900,00 (novecentos reais).

ACÓRDÃO

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

Recife, 18 de junho de 1998 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: A Universidade Federal do Ceará ajuizou ação de reintegração de posse em um terreno de sua propriedade, adquirido por usucapião e localizado no campus do PICI, em Fortaleza, contra Eugênia Ximenes e outros, ocupantes há vários anos da área que alega haver sido esbulhada.

A ação fora julgada improcedente à falta de prova da posse anterior da autora e do posterior esbulho, resultando da instrução esclarecido o fato de que os réus foram devidamente autorizados pelo DNOCS, ex-possuidor, a ocupar galpões da antiga Base Aérea de Fortaleza e, alguns, a construir habitações no local, pelo que a sentença condenara, ainda, a autora, ora apelante, ao pagamento de custas e honorários advocatícios, arbitrados, estes, em sete mil reais – fls. 262/267.

Os apelados pedem que à apelação seja negado provimento, pois a apelante nunca teve posse no terreno, sendo questionável o título aquisitivo da propriedade, mediante usucapião, e inconcebível que a pretendente quisesse para si o terreno sem qualquer aviso ou comunicação prévia aos ocupantes – fls. 275/277.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): Trata-se de uma questão relevante: de um

lado, um grupo de famílias de servidores públicos ativos e aposentados, integrantes dos quadros do DNOCS ou do Ministério da Aeronáutica, em defesa do direito de moradia, e do outro, a Universidade Federal do Ceará, em defesa de bem público, integrado ao seu patrimônio, mediante ação de usucapião.

A área em que residem os apelados pertencera à antiga Panair do Brasil; servira à Base Aérea de Fortaleza e, depois, fora administrada pelo DNOCS até vir a ser incorporada ao campus da Universidade apelante, através de ação de usucapião processada e julgada pela 2ª Vara da Seção Judiciária do Ceará e sentença devidamente registrada no Registro Imobiliário da 3ª Zona da Comarca de Fortaleza - fls. 7.

Os pressupostos de cabimento ou de admissibilidade da ação de reintegração de posse estão inseridos nos artigos 926 e 927 do CPC, que dispõem:

“Art. 926. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho.

Art. 927. Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV- a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração”.

Tenho expressado o entendimento doutrinário de que o proprietário, para valer-se da ação de reintegração, não basta apenas o título de domínio, mas também provar a posse anterior ao alegado esbulho, pois se o autor nunca foi possuidor carece do direito de ação possessória. A ação para o proprietário entrar na posse do bem, quando o adquire mediante compra e venda, é a de imissão, na qual não se pode converter pedido reintegratório.

Na hipótese em julgamento, a aquisição da propriedade em que se encontram os réus foi procedida mediante ação de usucapião proposta pela ora apelante. A sentença, no caso de usucapião, produz efeitos a partir da consumação da prescrição aquisitiva pela posse, com ânimo de dono, por determinado tempo.

Ora, se a Universidade adquiriu o terreno mediante usucapião é porque tinha posse sobre ele. Do contrário, teria sido julgada carecedora do direito de usucapir. Em conclusão, se foi julgado procedente o pedido de usucapião, a apelante era possuidora.

A meu sentir, não há prova do alegado esbulho possessório. Os réus foram assentados no terreno da Universidade, mas devidamente autorizados pelo DNOCS, antigo administrador da área, como se depreende do ofício expedido por aquela autarquia ao MM. Juiz Federal que presidiu a instrução do feito - fls. 151/152:

“Em Ação de Reintegração de Posse, a Universidade Federal do Ceará alegou a prática de esbulho por parte da Sra. Eugênia Alves Ximenes e outros.

Acontece, porém, que os senhores Luiz Gonzaga Barros, Luiz Pereira de Souza, Manassés Rabelo de Oliveira, Jacinto Rodrigues da Cruz, Eleonor Moreira, Eugênia Alves Ximenes são todos servidores da ativa, aposentados e esposas de ex-servidores do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas.

Os servidores retroanunciados foram todos assentados na área, objeto do litígio, por determinação do próprio DNOCS, entre as décadas de 1960 e 1980, época em que o Departamento mantinha a posse mansa, pacífica e ininterrupta da gleba de terra referente a toda a área da antiga Base Aérea do PICI, também conhecida como “Base dos Americanos”, à qual pertencia a Panair do Brasil, medindo aproximadamente 24.1. ha.

Parte desta, na década de 1980, foi cedida à UFC pelo DNOCS, hoje área em litígio, tendo posteriormente a UFC, através de ação de usucapiendo, conseguido a sua titularidade.

Acontece, porém, que, quando da cessão da mencionada área, ficou acordado entre o

DNOCS e a UFC que os servidores do Departamento, ali residentes, permaneceriam nos seus devidos lugares, sem que fossem molestados pela UFC ou seus sucessores, visto que ali se achavam prestando serviços ao DNOCS e ainda por terem estes recuperado galpões existentes no local, para suas próprias residências.

Assim, Exma., esclarecemos que todos os servidores da ativa e aposentados do DNOCS, bem como seus familiares, alocados há mais de 20 anos na área de terra hoje pertencente à UFC, jamais praticaram quaisquer atos de invasão ou desrespeito à ordem legal, mesmo porque, como já foi dito anteriormente, os funcionários em apreço se fixaram na referida área por determinação do DNOCS, que na época mantinha a posse de todas as terras da antiga Base Aérea do PICI, onde funcionam as oficinas mecânicas, almoxarifado e depósitos de material para alienação”.

Houve, como resultou dessa prova, um comodato, não solene, entre o DNOCS e os ora apelados, inclusive aceito pela UFC, ora apelante. É evidente, sim, o caráter temporário do comodato. Ainda quando celebrado por prazo indeterminado, pode o comodante promover ação para resolvê-lo, principalmente quando se trata de bem público, submetido a um regime de gratuidade. Mas o comodatário só poderá vir a cometer esbulho possessório quando extinto o comodato. O comodante tem direito de pôr fim ao comodato, mas para tanto não pode valer-se, de logo, de ação possessória. Primeiro extingue o comodato para caracterização do esbulho pela resistência ao pedido de desocupação. Depois, aciona para reaver a posse.

Ensina Humberto Theodoro Júnior:

“O esbulho, em caso de comodato, portanto, decorre do ato do comodatário que, após a notificação do comodante, cria a situação de mora, deixando de restituir o bem que havia antes sido cedido para uso gratuito por prazo indeterminado”. (Posse e Propriedade, LEUD, 1986, p. 311).

Ora, no caso, não há prova de que tenha sido feita prévia notificação, judicial ou extrajudicial, para desocupação dos imóveis em prazo razoável, o que afasta a caracterização de esbulho possessório.

APELAÇÃO CÍVEL N. 130.203-AL

Relator: O SR. JUIZ **LÁZARO GUIMARÃES**
Apelante: ANTONIO JOSÉ
Apelada: COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DO VALE DO SÃO FRANCISCO - CODEVASF
Advogados: DRS. EVERALDO BEZERRA PATRIOTA E OUTRO (APTE.) E SERGIO RIBEIRO MUylaERT E OUTROS (APDA.)

EMENTA

Civil. Inundação em área de irrigação implantada pela CODEVASF. Após a entrega da obra e a transferência de operações e manutenção do projeto para cooperativa dos colonos, não se responsabiliza a empresa pública por danos decorrentes de eventos climáticos excepcionais. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

taquigráficas, que integram o presente.
Custas, como de lei.
Recife, 30 de junho de 1998 (data do julgamento).
JUIZ LÁZARO GUIMARÃES – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: O apelante pleiteia indenização da CODEVASF por danos sofridos no Projeto Itiúba em decorrência das enchentes de 1992 e 1994.

Leio o relatório da sentença (fls. 860/866).

Concluiu o MM. Juiz Federal, Dr. Francisco Wildo Lacerda Dantas, pela improcedência do pedido, daí o apelo, cujos fundamentos resumo: 1 – nulidade da sentença, por deixar de considerar a inicial a prova documental; 2 – prova de que celebrados contratos para reabilitação do perímetro irrigado Itiúba, para recuperação do canal, das estações de bombeamento, da barragem, limpeza dos canais, drenos e diques. Acentua que há prova testemunhal de que não foram realizadas obras de dragagem da bacia de Itiúba, inexistir prova da cobertura dos danos pelo seguro do PROAGRO, falta de motivação da sentença.

Contra-razões pela confirmação da sentença. Dispensei revisão por se tratar de matéria predominantemente de direito.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): A sentença descreve pormenorizadamente os fatos da causa. Irrelevante a omissão em indicar precisamente os dados e documentos que instruem a inicial de determinado litisconsorte, quando os processos foram reunidos.

Está, por outro lado, fundamentada com precisão. Não seria necessário analisar cada documento, nem cada depoimento. O MM. Juiz Federal demonstrou as razões de decidir.

Rejeito as preliminares.

São vários volumes, centenas de documentos, prova pericial, prova testemunhal, mas a questão a decidir cinge-se a perquirir se a CODEVASF, por ter implantado o Projeto do Perímetro Itiúba, de irrigação, pode ser responsabilizada por danos causados pelas enchentes de 1992 e 1994.

Todas as atividades de operação e manutenção do projeto foram repassadas pela CODEVASF, em agosto de 1987, à Cooperativa Mista de Itiúba Ltda. O laudo pericial é claro quanto à realização de estudos hidrológicos e a excepcionalidade das precipitações ocorridas em 1992 e 1994.

Não há nexo causal entre a implantação do projeto e os prejuízos sofridos pelo apelante em decorrência das enchentes. O raciocínio que atribui responsabilidade à CODEVASF pelo fato de haver realizado, após a entrega da obra, trabalhos de drenagem e recuperação repousa em premissa falsa. As inundações ocorridas anos depois não têm nada a ver com tais obras complementares, implantadas a título de assistência.

Nego provimento à apelação, para manter a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

[APELAÇÃO CÍVEL N. 130.696-CE](#)

Relator: O SR. JUIZ PETRUCIO FERREIRA

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: FRANCISCO COSTA LIMA
Advogados: DRS. CLEITON LIMA ASSUNÇÃO E OUTROS (APTE.) E
ALCIDES PORTO BENEVIDES (APDO.)

EMENTA

Previdenciário. Aposentadoria por invalidez. Pedido administrativo. Desnecessidade. Perícia. Desnecessidade. Assistência permanente. Acréscimo de 25%. Comprovação da necessidade de terceiro.

1. A via judicial não está condicionada ao prévio esvaziamento da via administrativa, vez que a Constituição Federal assegurou a todos, em seu art. 5º, XXXV, o acesso ao judiciário, sem qualquer ressalva.
2. O legislador, ao prever a majoração de 25% aos aposentados por invalidez que necessitem de assistência permanente, não aponta, expressamente, a necessidade de exame médico-pericial a cargo da Previdência, razão pela qual é de aplicar-se ao caso a regra de hermenêutica segundo a qual, onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete restringir.
3. Comprovada a incapacidade permanente do ora apelado e a perda total de um de seus membros superiores, deixando-o a necessitar de ajuda de terceiro no decorrer de seu dia-a-dia, devido o acréscimo de 25% em seu benefício.
4. Apelação do INSS e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade de votos, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Juiz Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Recife, 14 de Abril de 1998 (data do julgamento).
JUIZ PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA: Cuida a hipótese de apelação do INSS contra a decisão da lavra do MM. Juiz Napoleão Nunes Maia Filho, da 8ª Vara-CE, que julgou procedente o pedido deduzido na exordial para condenar o INSS a pagar à parte autora, por ser inválida e necessitar de assistência permanente de outra pessoa, o acréscimo de 25% sobre o valor dos seus proventos, a partir da data em que entrou em vigor o Decreto 357/91, acrescido de juros e correção monetária. Defende o INSS em suas razões de apelo a reforma da decisão recorrida, sob o fundamento de que o pressuposto necessário à concessão do acréscimo de 25% sobre o valor dos proventos, que vem a ser, exatamente, a necessidade permanente de assistência, não restou comprovado, por necessitar de perícias e laudo comprobatório, arguindo ainda que não houve qualquer pleito administrativo por parte dos segurados referente à implantação do referido acréscimo, o que configura a substituição da esfera administrativa pelo Poder Judiciário, requerendo, ao final, a reforma da sentença no tocante à condenação do apelante nas custas processuais, vez que, sendo uma autarquia federal, não está sujeito ao pagamento das custas, nos termos do art. 9º da Lei 6.032/74 e Lei 8.620/93.

Sem contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ PETRUCIO FERREIRA (Relator): Conforme se verifica do relatório, cuida a hipótese de apelação do INSS contra a decisão da lavra do MM. Juiz Napoleão Nunes Maia Filho, da 8ª Vara-CE, que julgou procedente o pedido deduzido na exordial para condenar o INSS a pagar à parte autora, por ser inválida e necessitar de assistência permanente de outra pessoa, o acréscimo de 25% sobre o valor dos seus proventos, a partir da data em que entrou em vigor o Decreto 357/91, acrescido de juros e correção monetária.

A autarquia apelante sustenta em suas razões de apelo que: a) não houve por parte do apelado qualquer pedido administrativo do direito ora pleiteado, configurando a presente situação em substituição do judiciário à esfera administrativa; b) que o acréscimo pretendido de 25% sobre o valor dos proventos não restou comprovado por necessitar de perícias e laudo comprobatório.

O argumento segundo o qual inexistiu pedido administrativo não pode prosperar, vez que a Constituição Federal assegurou a todos o acesso ao judiciário, sem qualquer ressalva, quando em seu art. 5º, XXXV, prescreve:

“XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Da leitura acima se verifica que a via judicial não está condicionada ao prévio esvaziamento da via administrativa, encontrando-se, assim, completamente sem fundamento tal assertiva do INSS.

Por outro lado, o argumento de que para a concessão do acréscimo pretendido haveria necessidade de perícia, necessário se faz a verificação dos dispositivos legais que regem a matéria, quais sejam, o art. 45 da Lei 8.213/91 e o art. 43 do Decreto nº 357/91, conforme se lê, respectivamente:

“Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

Parágrafo único. O acréscimo de que trata este artigo:

- a) será devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal;
- b) será recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado;
- c) cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporável ao valor da pensão”.

Art. 43. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento), na forma do Anexo I, e:

- a) devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal;
- b) recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado.

Parágrafo único: o acréscimo de que trata o caput cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporado ao valor da pensão”.

Verifica-se, ainda, que o § 1º do art. 42 da Lei 8.213/91, que cuida da aposentadoria por invalidez, diz, expressamente, que:

“§ 1º. A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança”.

Comparando os mandamentos acima expostos constata-se que o legislador, ao estabelecer a aposentadoria por invalidez, aponta, expressamente, a necessidade de exame médico-pericial a cargo da Previdência, para a concessão do benefício, não o fazendo, entretanto, em relação à majoração de 25% que concede aos aposentados por invalidez que necessitem de assistência permanente, nem no art. 45 da Lei 8.213/91, nem tampouco no art. 43 do Decreto 357/91, razão pela qual é de aplicar-se ao caso presente a regra de hermenêutica segundo a qual, onde a lei não restringe, não cabe ao

intérprete restringir.

Resta, finalmente, verificar o anexo I do referido decreto em relação às situações em que o aposentado terá direito à majoração pretendida, a fim de constatar ou não o direito ora pretendido.

No caso presente, conforme se comprova às fls. 09 dos autos, o beneficiário teve amputação do membro superior esquerdo.

As situações em que o aposentado por invalidez terá direito à majoração de 25%, prevista no art. 43 do Plano de Benefícios da Previdência Social, são as seguintes:

“1. Cegueira total. 2. Perda de nove dedos das mãos ou superior a esta. 3. Paralisia dos dois membros superiores ou inferiores. 4. Perda dos membros inferiores, acima dos pés, quando a prótese for impossível. 5. Perda de uma das mãos e de dois pés, ainda que a prótese seja possível. 6. Perda de um membro superior e outro inferior, quando a prótese for impossível. 7. Alteração das faculdades mentais com grave perturbação da via orgânica e social. 8. Doença que exija permanência contínua no leito e 9. Incapacidade permanente para as atividades da vida diária”.

Dos exemplos acima que, prima facie, entendo não poderem ser tomados como *numerus clausus*, verifica-se ter movido o órgão previdenciário, a beneficiar o aposentado por invalidez, a majoração de 25% desde que sua situação fática, decorrente da própria invalidez, constate-se que o mesmo precisará no seu dia-a-dia do auxílio de um terceiro.

Ora, no caso presente, o apelado teve perda total de um de seus membros superiores, deixando-o a necessitar, exatamente, de uma ajuda de terceiro no decorrer de seu dia-a-dia, em face, exatamente, da resultante incapacidade permanente para suas atividades da vida diária.

Sem reparo, pois, a decisão monocrática, que mantenho em todos os seus termos.

Por tais razões, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É o meu voto.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 966-PE

Relator: O SR. JUIZ **NEREU SANTOS**
Apelante: **MADSON DE AZEVEDO MACHADO**
Apelada: **JUSTIÇA PÚBLICA**
Advogado: **DR. CLÁUDIO PINHO DE MENEZES (APTE.)**

EMENTA

Penal e Processo Penal. Art. 171, VI, § 3º, do CPB. Desacordo entre os fundamentos e a parte dispositiva da sentença no tocante à fixação da pena. Apelo parcialmente provido. Pagamento por meio de cheque sem provimento de fundos para o FINSOCIAL. Impossibilidade de fixação da pena em desacordo com a fundamentação da sentença, baseada no mínimo legal estabelecido para o tipo penal. A fixação da pena de multa deve ser fundada não apenas na situação econômica do condenado, mas também por outras circunstâncias, como a natureza do crime, os maus antecedentes.

Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento, em parte, 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, 30 de abril de 1998 (data do julgamento).
JUIZ NEREU SANTOS – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Madson de Azevedo Machado como incurso nas penas do art. 171, VI, § 3º, do CPB, em virtude de ter se utilizado de cheque sem provimento de fundos para pagamento do FINSOCIAL, conforme narração da denúncia:

“O denunciado, em data de 19 de outubro de 1990, emitiu o cheque de fls. 06 dos autos – em que figura como sacado o Bradesco S/A, Agência Afogados, Recife-PE -, nominal à Caixa Econômica Federal (CEF), destinando-se a referida ordem ao pagamento das contribuições de FINSOCIAL da empresa Esquadra Transportadora Rodoviária de Cargas Ltda. Bem de ver que o denunciado assinou o cheque no espaço reservado à assinatura do representante legal da empresa supramencionada, a Esquadra Transportadora Rodoviária de Cargas Ltda. Ocorre que o aludido título não tinha provisão de fundos, o que acarretou a sua devolução, quando da compensação.

Instaurado o competente inquérito policial, compareceu o denunciado ao Departamento de Polícia Federal – de moto próprio -, onde, após ser qualificado, confirmou como sendo efetivamente sua a assinatura aposta no cheque em questão, alegando, como defesa, o fato de haver entre ele, denunciado, e o Banco Bradesco S/A um “acordo de cavalheiros”, que permitiria a compensação de cheques sem fundos, alegando, ainda, que, por razões de ordem administrativa do banco sacado, o “acordo de cavalheiros” foi descumprido.

Por fim - apesar de confessada a autenticidade da assinatura -, houve a produção de prova pericial – consistente na análise grafoscópica do material colhido -, ocasião em que os ilustres peritos confirmaram a autoria da assinatura consignada no malsinado cheque, apontando o denunciado como sendo o seu signatário”. (Fls. 03/04).

O MM. Juiz sentenciante acolheu a denúncia e condenou o acusado à pena de 2 anos de reclusão cominada com 20 dias-multa, na razão, cada dia, de um salário mínimo vigente à época do fato, concedendo ao réu os benefícios do sursis.

Irresignado, o apelante recorre da sentença, ao fundamento de que inexistente qualquer culpa ou dolo na emissão do cheque objeto da ação.

Contra-razões apresentadas às fls. 168/169.

Às fls. 174/175, o Ministério Público Federal oferece parecer pelo improvimento do apelo. É o relatório. À revisão.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): Trata-se de apelação interposta por Madson de Azevedo Machado contra sentença que o condenou à pena de 2 anos de reclusão cominada com a pena pecuniária de 20 dias-multa, no valor de 1 salário mínimo por dia, concedendo o benefício do sursis, pela prática de estelionato por meio de cheque sem provimento de fundos para pagamento do FINSOCIAL.

No interrogatório prestado em Juízo, o réu assim se pronunciou:

“... que é verdadeira a imputação que lhe é feita, pois que, quando expediu o referido cheque de fls. 10, sabia que não havia suficiente provisão de fundos para cobri-lo no banco sacado, em que pese, naquela ocasião, estava na expectativa de que o mesmo seria compensado; que, segundo a prática corrente do banco sacado, Agência Afogados, é normal para alguns clientes a compensação de cheques sem suficiente provisão de fundos, fato que o interrogado diz ser normal e que continua acontecendo até hoje; que,

no dia em que emitiu o referido cheque, não foi feito o pagamento do mesmo porque o banco sacado, agência já declarada, estava sofrendo uma auditoria de São Paulo, segundo o gerente da dita agência, de nome Roberval, que lhe telefonou, comunicando-lhe a impossibilidade de fazer aludida compensação, tendo em vista estar sofrendo uma auditoria aquele estabelecimento, naquela oportunidade; que tinha consciência, à data da emissão do referido título de crédito, da ilicitude do seu comportamento, de emitir cheque, fosse ocorrer problema algum, como já dito acima; que teve tal comportamento motivado por reiterada prática dos bancos com os quais a empresa da qual o interrogado é sócio adota, prática essa que não se cinge apenas ao banco sacado, mas a todos os demais com os quais se relaciona..." (Fls. 68/69).

No depoimento prestado, o Sr. Roberval Ferreira da Silva, à época gerente do Bradesco - Agência Afogados -, assim se expressou:

"... que o depoente desconhece a existência de 'acordo de cavalheiros' que permitisse ao banco compensar cheques sem suficiente provisão de fundos, e, se esse acordo existia, era com o gerente titular, desconhecendo totalmente o depoente tal fato; que, do conhecimento do depoente, este foi o único cheque emitido pela empresa contra o Bradesco sem a devida provisão". (Fls. 124v).

O exame documentoscópico (fls. 40/42) concluiu ser de autoria do réu a assinatura aposta no cheque, objeto da presente ação.

Desta forma, restam comprovadas a autoria e a materialidade do delito capitulado no art. 171, VI, § 3º, do CPB.

Por outro lado, entendo que a sentença merece reforma no tocante à fixação da pena imposta. É que o art. 171, VI, § 3º, do CP, estabelece que:

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

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

.....
VI – emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

§ 3º. A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência".

Observe, entretanto, que, ao sentenciar, o Juiz considerou a pena mínima como a sanção a ser aplicada ao réu, porém, na parte dispositiva da sentença, equivocou-se, e aplicou uma penalidade maior, tendo, a este respeito, assim se expressado:

"Para além das razões que, com justiça, levam a considerar a aplicação da circunstância especial qualificadora da pena prevista em abstrato para o crime de estelionato, em discussão (§ 3º, art. 171, do CP), vejo que nenhuma outra circunstância judicial (art. 59), genérica (arts. 61 e 65) ou especial (contida no tipo), de aumento ou diminuição da pena correspondente, acha-se presente, por isso, tal devendo ser orçada no mínimo legal (já incluído o monte fixo de pena reativo à qualificação), além da multa compatível com a capacidade econômica do agente, esta por natural juízo de aproximação.

Decisão: Julgo procedente a denúncia para condenar Madson de Azevedo Machado, acima qualificado, como infrator do art. 171, § 3º, do Código Penal, à pena restritiva de liberdade de dois (2) anos, modalidade reclusiva, regime semi-aberto, concedidos os benefícios do sursis, face às circunstâncias de sua situação criminal, e à pena de multa correspondente a 20 (vinte) dias-multa, no valor, cada um, equivalente ao salário mínimo da época do delito". (Fls. 158/159).

Diante do exposto na sentença, observo que não poderia ser este o quantum da pena, já que o mínimo legal acrescido de 1/3, de acordo com o § 3º do art 171 do CP, corresponde à pena de 1 ano e 4 meses de reclusão.

Quanto à pena de multa, observo que esta também deva ser alterada.

De acordo com os ensinamentos de Julio Fabbrini Mirabete:

“Em uma primeira posição entendia-se que a pena de multa devia ser imposta tendo em vista apenas a situação econômica do condenado e não outras circunstâncias, como a natureza do crime, a reincidência, os maus antecedentes etc. Não se acompanharia, assim, a exacerbação da pena privativa de liberdade por outras circunstâncias, e se permitiria a aplicação do máximo da pena prevista quando de sentenciado abastado, independentemente de outros fatores. De outro lado, afirmava-se que a condição econômico-financeira é de ser levada principalmente (e não unicamente) em conta, devendo a dosimetria da pena pecuniária atender também a outras circunstâncias, paralelismo com a pena privativa de liberdade”. (In Manual de Direito Penal, Atlas, 11ª ed., p. 283).

Alicerçado nesses ensinamentos, entendo ser o caso de redução da pena pecuniária, fixando esta em 10 dias-multa, no valor, cada dia, de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Com estas considerações, dou parcial provimento à apelação, para fixar a pena em 1 ano e 4 meses de reclusão cominada com a pena pecuniária de 10 dias-multa, no valor, cada dia, equivalente a um salário mínimo da época do delito, corrigido monetariamente.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 1.829-PE

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**
 Apelantes: JOSÉCARLOS AURÉLIO DA CUNHA, GENIVAL CAITANO FERREIRA, CARLOS AUGUSTO TAVARES, MARCOS DE SOUZA MARQUES, ELCIR RODRIGUES DA SILVA E GENILTON CABRAL DA SILVA
 Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
 Advogados: DRS. MARIA JOSÉ PEREIRA PINTO, HILMA CHRISTINO DE FARIAS, CONCEIÇÃO LIMA DE OLIVEIRA, FÁTIMA MARIA DA SILVA, JACINTA DE FÁTIMA COUTINHO MOURA E JOSÉ AUGUSTO ALMEIDA DOS SANTOS (APTES.)

EMENTA

Penal e Processual Penal. Latrocínio. Concurso de pessoas. Assalto a agência da Caixa Econômica de que participaram os agentes em concurso de pessoas.

No recurso que não discute a participação do apelante no delito, que confessou em detalhes, e ante declarações em sintonia com a própria confissão do acusado, deve-se, contudo, reduzir a pena-base, à míngua de elementos para sua exacerbação, com extensão do benefício a co-réu não apelante, pois “fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal” (CPP, art. 580). Impõe-se a absolvição do réu cujo envolvimento nos fatos criminosos limita-se a terem os acusados se reunido em sua residência, mas sem se demonstrar que tinha conhecimento de planejarem o crime. *In dubio pro reo*. Quando os depoimentos dos co-réus se harmonizam com o restante do conjunto probatório, é de manter-se a condenação. Não se conhece de apelo intempestivo. A inocência, proclamada por co-réu, é incompatível com as demais provas colhidas, se a participação resta demonstrada, daí manter-se a condenação.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, não conhecer da apelação de Genilton Cabral da Silva, dar provimento à apelação de Genival Caitano Ferreira, para absolvê-lo, com fundamento no art. 386, IV, do Código de Processo Penal, dar provimento, em parte, à apelação de José Carlos Aurélio da Cunha, estendendo tal decisão em favor de Antônio Carlos Cordeiro de Souza, para redução da pena imposta, e negar provimento às apelações interpostas pelos demais co-réus Carlos Augusto Tavares, Marcos de Souza Marques e Elcir Rodrigues da Silva, determinando, ainda, a expedição de alvará de soltura em relação ao réu absolvido, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 7 de maio de 1998 (data do julgamento).

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: O Ministério Público Federal denunciou Carlos Augusto Tavares, Marcos de Souza Marques, Elcir Rodrigues da Silva, Antônio Carlos Cordeiro de Souza, Genival Caitano Ferreira e Genilton Cabral da Silva como incurso nas sanções do art. 157, parágrafo 3º, in fine, c/c o art. 29, todos do Código Penal, c/c o art. 8º da Lei 8.072/90, c/c o art. 69 do Código Penal; José Mário Pereira Silva, como incidente nas penas do art. 157, parágrafo 3º, in fine, c/c o art. 29 do Código Penal, c/c o art. 8º da Lei 8.072/90 e ainda os arts. 299 e 69, todos do CP; Flaviano José Marinho Falcão e Suziane de Fátima Marinho Falcão Alves, como incurso nas sanções do art. 349 do CP, porque, conforme inquérito policial de fls. 08/299, à exceção dos dois últimos, os denunciados planejaram e executaram um assalto à agência da Caixa Econômica Federal da Fundação Joaquim Nabuco, ocorrido no dia 26 de setembro de 1996, do que resultaram as mortes de dois policiais militares incumbidos da segurança do Posto local. Os denunciados Suziane e Flaviano teriam participado do delito escondendo três armas usadas no crime, tendo o Ministério Público requerido o relaxamento da prisão dos mesmos.

O juízo monocrático declarou não caracterizado o delito de formação de quadrilha, imputado na denúncia e previsto no art. 288 do código repressivo, e também objeto do art. 8º da Lei 8.072/90; inócua o delito de falsidade ideológica (CP, art. 299) imputado a José Mário Pereira da Silva, declarando também impertinente sua desclassificação para o crime previsto no art. 307 do CP; improcedente a denúncia quanto a Flaviano José Marinho Falcão e Suziane de Fátima Marinho Falcão Alves, absolvidos com fundamento no art. 386, inciso IV, do CPP; procedente, em parte, a denúncia relativa a José Carlos Aurélio da Cunha, Antônio Carlos Cordeiro de Souza, Marcos de Souza Marques e Genival Caitano Ferreira, condenando-os como incurso nas sanções do art. 157, parágrafo 2º, inciso II, c/c o art. 29 do CP, com pena fixada em 6 (seis) anos de reclusão e 120 (cento e vinte) dias-multa; parcialmente procedente a denúncia relativa a Carlos Augusto Tavares, José Mário Pereira da Silva, Genilton Cabral da Silva e Elcir Rodrigues da Silva, condenando-os nas sanções do art. 157, parágrafo 3º, in fine, c/c o art. 29, todos do CP, à pena-base de 20 (vinte) anos de reclusão e 180 (cento e oitenta) dias-multa, acrescida em 5 (cinco) anos para Carlos Augusto Tavares, tendo em vista a agravante do art. 62, I, do CP; acrescida em 5 (cinco) anos para José Mário Pereira da Silva, ante sua elevada reincidência; e em 3 (três) anos para Genilton Cabral da Silva e Elcir Rodrigues da Silva, pelas suas reincidências.

Pelos acréscimos, fixou as penas definitivas em 25 (vinte e cinco) anos de reclusão e 180 (cento e oitenta) dias-multa para Carlos Augusto Tavares e José Mário Pereira da Silva, e em 23 (vinte e três) anos e 180 (cento e oitenta) dias-multa para Genilton Cabral da Silva e Elcir Rodrigues da Silva, a serem cumpridas integralmente sob regime fechado (parágrafo 1º do art. 2º da Lei 8.072/90), na Penitenciária Professor Barreto Campello ou noutra de segurança máxima.

Nas razões da apelação, José Carlos Aurélio da Cunha requer a desclassificação do crime para bando e afirma que não foi o mentor nem agente ativo, e reclamou que a pena foi aplicada em excesso.

Carlos Augusto Tavares requer a absolvição, dizendo que inexistem provas nos autos de sua participação no delito tratado, além de não vislumbrar provas testemunhais contrárias a sua inocência.

Genilton Cabral da Silva apresentou recurso que, entretanto, não foi recebido por intempestividade.

Genival Caitano Ferreira alegou não haver prova de que conhecia os planos do grupo, e argumentou que as causas de aumento da pena previstas no parágrafo 2º do art. 157 do Código Penal não se aplicam ao roubo qualificado (parágrafo 3º).

Elcir Rodrigues da Silva alegou que não há certeza suficiente a sua condenação, devendo prevalecer o princípio in dubio pro reo.

Marcos de Souza Marques reclamou que foi condenado tendo em vista os depoimentos de co-réus, não existindo nos autos prova direta de autoria.

Apresentadas as contra-razões do Ministério Público Federal (fls. 730/737).

A Procuradoria Regional da República opinou pelo não conhecimento da apelação de Genilton Cabral da Silva, pelo provimento da apelação de Genival Caitano Ferreira e pelo improvimento das demais apelações.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): Examino as apelações na ordem em que foram apresentadas nos autos.

1) JOSÉ CARLOS AURÉLIO DA CUNHA

Foi condenado à pena de seis anos de reclusão e cento e vinte dias-multa pela prática do crime descrito no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, ou seja, roubo qualificado pela participação de duas ou mais pessoas.

A apelação pede que o ilícito seja desclassificado para o tipo previsto no art. 288 do Código Penal, considerando que a própria sentença referiu-se a um dos co-réus como "líder e organizador do bando".

Não prospera a pretensão. É visível que o sentenciante usou a expressão no sentido comum, e não na sua acepção técnico-jurídica. Poderia ter dito: organizador do grupo criminoso.

Nos autos inexistem provas de que o grupo tinha certa estabilidade. Ao contrário, está demonstrado que os participantes se reuniram especificamente para a realização de um assalto a estabelecimento bancário, cuja escolha culminou por recair na Agência da CEF, na Fundação Joaquim Nabuco, em Apipucos.

A propósito, trago à colação os precedentes transcritos no parecer ministerial:

"Não configura o crime a associação momentânea para o fim de cometer delitos. Exige-se a estabilidade e a permanência da associação, sendo desnecessário, entretanto, que a organização seja organizada formalmente, bastando a organização de fato. Nesse sentido: RT 575:4141, 580:238, 588:323, 538:383 e 544:349; JTACrimSP, 25:239, RTJSP

86:422" (Código Penal Anotado, Damásio E. de Jesus, Saraiva, 1989, p. 689).

"No crime de quadrilha há associação de pessoas para prática de crimes. Constitui infração permanente, crime autônomo, que independe dos crimes que vieram a ser cometidos pelo bando, conforme a exata exegese do art. 288 do CP". (STF, RHC 63.158 - Rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 116/514, in Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Ed. Revista dos Tribunais, 5ª Edição, São Paulo, 1995, p. 2821).

De qualquer modo, o reconhecimento do crime de bando não eximiria o apelante da co-autoria do crime de roubo, como pareceu à defesa. Acarretaria apenas o concurso material entre os dois delitos.

Ressalto que a apelação não discute a participação do acusado. De fato, a confissão do réu impressiona pelos pormenores de sua atuação, informando que consistiu em permanecer na BR-101, imediações do CDA, aguardando o término do assalto, juntamente com Toni (Antônio Carlos Cordeiro de Souza), numa "Parati" branca. Além disso, recebeu por sua atuação a importância de duzentos reais (fls. 309/310).

Todavia, tenho que assiste razão à defesa ao pedir a redução da pena, em face do princípio da individualização.

Examinando a sentença, verifica-se que há mera referência genérica aos critérios fixados no art. 59 do Código Penal. Ressalto que no item 7 indicam-se motivos para a exasperação da pena em relação a outros co-réus, mas não quanto ao apelante.

À míngua de fundamentos suficientes para o aumento da pena, admito que deva ser fixada ao mínimo, inclusive para a sua majoração, em face da qualificadora. Assim a pena, inicialmente fixada em quatro anos (art. 157 do CP), vai aumentada de um terço, ficando assim definitivamente estabelecida em 5 anos e 4 meses de reclusão.

A pena de multa foi moderadamente fixada em cento e vinte dias-multa, estabelecido o dia-multa em 1/30 do valor do salário mínimo. Esclareço que se refere ao salário mínimo vigente à data da ocorrência delituosa. Não merece qualquer revisão.

2) GENIVAL CAITANO FERREIRA

A sentença considerou-o também incurso nas sanções do art. 157, § 2º, II, do Código Penal, impondo-lhe a mesma pena aplicada ao acusado José Carlos Aurélio da Cunha.

A defesa alega inexistirem elementos suficientes para a condenação, pedindo a sua absolvição, com fulcro no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

O envolvimento do réu nos fatos criminosos deve-se exclusivamente ao fato de que sua residência foi utilizada como ponto de reunião dos demais acusados. O réu não nega o fato. Entretanto, alega que os acusados disseram que iriam tomar uma cerveja no quintal de sua residência, desconhecendo que estavam planejando um assalto.

Em tais circunstâncias, há dúvida sobre se o apelante tinha ciência do fato. Deve-se considerar, também, que se trata de um quase sexagenário. Parece razoável a versão de que só teve inteiro conhecimento dos fatos na prisão.

Acolho, assim, as seguintes ponderações do ilustre Procurador Regional da República, Dr. Benedito Izidro da Silva, ao pronunciar-se pelo acolhimento da apelação:

"Nos depoimentos dos outros acusados, ficou evidenciado que o planejamento do crime ocorreu na casa do apelante, e inclusive após a consumação, os criminosos voltaram a se reunir na casa do mesmo.

Mas paira a dúvida se realmente o apelante sabia o que o grupo discutia; vejamos o depoimento do acusado José Mário Pereira Silva (fls. 362): '...; esclarece que Genival Caitano é viciado em maconha e o grupo se reuniu duas vezes na casa dele para programar o assalto, mas acha que ele pensava que estavam ali para fumar erva...' (Fls. 751).

Merece, pois, ser provido o apelo do réu para absolvê-lo, em face da dúvida quanto a sua efetiva participação nos fatos criminosos.

3) CARLOS AUGUSTO TAVARES

A defesa alega a inexistência de provas de haver o réu cometido o delito denunciado, pedindo sua absolvição pelo benefício da dúvida. Assinala que as acusações partem exclusivamente dos co-réus, sem o prestígio de qualquer prova testemunhal.

A sentença atribuiu-lhe a liderança do grupo criminoso. Quanto à negativa de autoria, ressalta que sua própria companheira admitiu haver sido ferido a bala durante a ação criminosa.

O depoimento de co-réu deve ser analisado dentro das circunstâncias. Há situações em que deve ser desconsiderado, quando, por exemplo, se pretende atribuir a outrem a responsabilidade pelo fato de que se é acusado. Em outras oportunidades, pode ser admitido. No caso em análise, a participação do apelante mostra-se incontestável pelo exame de sua companheira Suziane de Fátima Marinho Falcão Alves, que com ele conviveu mais de quatro anos.

Na fase inquisitorial, esclareceu, com minudências, a deliberação do seu companheiro, então desempregado, de “conseguir ganhar dinheiro para fazer a sua independência, dela depoente e dos filhos que com a mesma teve” (fls. 107). Lembrou haver tomado conhecimento do assalto à agência da CEF pelo programa NE TV, informando também que, por volta das 15 horas, recebeu a notícia, através de Vadinho, de que seu companheiro fora baleado. Mais tarde, esteve pessoalmente com o acusado, tendo este lhe pedido para silenciar sobre o fato e informado que precisaria ausentar-se. Evadiu-se o réu para São Paulo, onde deveria juntar-se à companheira e aos filhos (fls. 108/109).

Em seu interrogatório em juízo, Suziane nega ter conhecimento das atividades criminosas de seu companheiro, bem como de ter enterrado as armas no quintal de sua casa. Entretanto, manteve as declarações fundamentais, como a chegada de Vadinho com a notícia do ferimento do réu, bem como de sua recusa em procurar o Pronto Socorro, além de sua evasão para São Paulo, onde passou a trabalhar na CEAGESP.

Do mesmo modo, não se pode desprezar o depoimento prestado pelo co-réu José Mário Pereira da Silva, ao relatar os principais lances do assalto, inclusive o momento em que Carlos Augusto, ao empreender a fuga do local do crime, foi atingido por um vigilante que atirou em direção ao veículo “Gol” por ele ocupado, juntamente com “Mago Banguela” (fls. 311/312).

Também Marcos de Souza Marques, perante a autoridade judiciária, confirmou a participação do acusado Carlos Augusto, esclarecendo que este fora ferido no braço e na coxa durante o assalto. Informou, ainda, que Gena Grandão também fora ferido em várias partes do corpo. Este último lhe dissera que não pudera fazer uso da pistola porque a mesma “engasgara”. Os demais, Carlos Augusto, José Mário e Mago Banguela, atiraram nos policiais militares que se achavam na agência bancária (fls. 364/365).

Desse modo, não é possível acolher a pretensão para que seja decretada a absolvição do réu. Ao contrário, há riqueza de elementos nos autos para indicar que foi ele o responsável pela reunião dos demais co-réus para o assalto que culminou com a morte de dois policiais militares. Daí o enquadramento do fato no art. 157, § 3º, do Código Penal, com a circunstância agravante definida no art. 62, I, da mesma Lei Penal.

4) GENILTON CABRAL DA SILVA

A apelação não foi recebida pelo MM. Juiz a quo, em face de sua intempestividade. Intimado regularmente do despacho o defensor, não consta a existência de qualquer recurso. Desse modo, não conheço da presente apelação.

5) ELCIR RODRIGUES DA SILVA

A defesa insiste na tese de que não há nos autos elementos suficientes para a

condenação, não se justificando o decreto que o condenou à pena de 23 anos de reclusão, além de multa.

A sentença refere-se à sua participação, depois de reportar-se a precedentes sobre a co-participação no latrocínio, nos seguintes termos:

“Nessa linha, e considerando, especialmente, que o assalto fora planejado para ser executado com o uso de armas de fogo, mesmo co-autores que tiveram atuação menos direta no resultado morte - a exemplo de Elcir, que atuou como motorista do “Gol” e permaneceu a postos em frente à agência garantindo a fuga - respondem à vista daquele resultado, o qual é tomado pelo diploma punitivo em sua objetividade”. (Fls. 640)

Mais adiante, refere-se o Julgador à sua conclusão sobre como os fatos se desenrolaram, segundo a qual, no momento em que se dirigiam ao estabelecimento assaltado, Carlos Augusto, Gena Grandão, José Mário e Mago Banguelo foram conduzidos em um veículo da marca “Gol”, dirigido por Elcir Rodrigues (Alcides), que teria ficado com o veículo em frente da agência assaltada para garantir a fuga dos participantes que adentraram a instituição financeira.

Examinando os depoimentos colhidos nos autos, verifico o seguinte: é verdade que o co-réu José Mário Pereira da Silva inocenta o apelante, excluindo-o da trama criminosa (fls. 361). Entretanto, a afirmação é graciosa, destas que o criminoso faz para depois cobrar ao beneficiário.

A prova dos autos indica claramente para a autoria do réu, ora apelante, que se postou do lado de fora do Posto da CEF, a fim de dar apoio aos demais participantes.

José Carlos Aurélio da Cunha (vulgo “Halley”) refere-se à presença do apelante com o grupo, logo após o assalto, nos seguintes termos:

“...logo depois chegaram à casa do Sr. Gena, Flávio, Alcides e Banguelo, vindo a pé, e da conversa deles com Carlos e Grandão ficou o depoente sabendo que o revólver de Grandão tinha falhado, por isto que Flávio, Carlos e Banguelo foram os que atiraram nos soldados, tendo ouvido dizer também que Flávio, igualmente conhecido por Galego, fora quem dera um tiro de misericórdia em um dos policiais; confirma inteiramente o teor do seu depoimento consignado às fls. 309/311, que ora lhe foi lido”. (Fls. 405/406.)

No depoimento em referência, o co-réu oferece informações pormenorizadas sobre os fatos, esclarecendo que fora convidado por Carlos para participar de um assalto, bem como sobre a reunião acontecida na casa do velho Gena, em tópico que aqui trago à colação:

“Que, no dia 23, por volta das 9:00 h, houve o encontro na casa do Gena, e lá estavam, além do interrogado, os assaltantes conhecidos pelas alcunhas de 'Cuca', 'Toni', 'Flávio', 'Alcides', 'Grandão' e 'Magro'; que, naquela reunião ficou praticamente acertado que a quadrilha iria assaltar um banco que fica no Hospital Getúlio Vargas; que, o assalto do banco do hospital não foi efetuado pelo fato dos funcionários já terem recebido o pagamento; que, ainda naquele dia, na parte da tarde, ficou acertado que a quadrilha iria praticar um outro assalto, numa quinta-feira, dia 26.09.96; que, o banco escolhido para o assalto foi a Agência da Caixa Econômica Federal de Apipucos; que, ficou acertado que a função do interrogado era ficar aguardando o término do assalto na BR-101, nas imediações do CDA, juntamente com o 'Toni', dentro de uma “Parati” branca; que a “Parati” iria dar fuga à quadrilha logo após o término do assalto; que, por volta das 8:00 h, no dia 26, todos os componentes da quadrilha se reuniram na casa de 'Gena', situada no bairro da Torre, e após ficar acertada a função de cada um, o grupo partiu para o assalto; que, 'Cuca' foi para Apipucos usando uma moto vermelha Titan, nova, pertencente a 'Toni'; que, 'Alcides', 'Carlos', 'Flávio', 'Grandão' e 'Magro' foram para o local do assalto utilizando um veículo “Gol”, de cor verde-metálico, com placas amarelas do Piauí; que, o “Gol” havia sido tomado de assalto por 'Cuca' e 'Alcides', dias antes do assalto, aqui no Recife; que, como já disse, o interrogado e 'Toni', foram para a BR, utilizando a “Parati”

branca de propriedade de 'Grandão'; que, por volta das 11:00h, o "Gol" utilizado no assalto passou em alta velocidade, sendo dirigido por 'Alcides', no entanto não parou onde estava o interrogado...". (Fls. 309/310).

Ressalto, ainda, que o ora apelante foi submetido a Exame de Corpo de Delito, pelo Instituto Médico Legal Persivo Cunha, órgão integrante do Departamento de Polícia Científica da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Pernambuco, cujo laudo concluiu pela inexistência de qualquer lesão corporal. O exame foi realizado apenas dois dias após o depoimento prestado perante a autoridade policial estadual, mais tarde confirmado diante da Polícia Federal.

Depois da leitura dos depoimentos prestados pelo apelante e pelo co-réu, é possível concluir-se pela sua inteira validade como elemento formador do convencimento da autoridade judiciária, considerando que as informações fornecidas estão em harmonia com os fatos apurados.

Vejamos.

No depoimento prestado perante a Delegacia de Roubos e Furtos do Estado, disse o interrogado que se reuniu aos demais integrantes do grupo, formado por Carlos Augusto, Cuca, Galego, Toni, Mago e outro identificado por Grandão, na residência de Gená. Acrescenta que, no dia do assalto, foi-lhe entregue um veículo modelo "Gol", cinza escuro, por Carlos Augusto, com a exclusiva função de dirigir o veículo em referência.

Em consonância com o depoimento de José Carlos Aurélio da Cunha, informa que conduziu no veículo os comparsas Carlos Augusto, Galego, Grandão e Mago. Acrescenta que os demais integrantes já se achavam no local programado. Disse, ainda, o depoente:

"...Que, confessa o depoente, na hora de realizar o assalto, permaneceu dentro do carro, estacionado nas proximidades daquele estabelecimento bancário, e os integrantes da quadrilha entraram na Agência da Caixa Econômica Federal, naquele bairro, todos armados de revólver; que, a operação do assalto durou cerca de 3 a 4 minutos, e, nesse ínterim, o depoente ainda ouviu os estampidos de disparos de armas de fogo; que, instantes depois, os assaltantes chegaram no carro, sendo o Carlos Augusto com um tiro na perna direita, enquanto o Grandão estava ferido com um tiro no abdômen; que, naquele momento, de reforço, estava uma "Parati", estacionada nas proximidades do CDA, sob a responsabilidade de Toni; que, durante a fuga, o depoente abandonou o veículo "Gol", nas proximidades da Av. Caxangá, onde lá, por meio de assalto, tomaram um "Chevette"; que, saíram daquele estabelecimento bancário, com um pacote de dinheiro, não sabendo precisar a quantia, mas que recebeu, em espécie, R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), dinheiro este a ele entregue, através da pessoa de Cuca, que também faz parte da quadrilha..." (Fls. 120).

No IPM instaurado pela Polícia Militar do Estado, o ora apelante repete a versão apresentada com pequenas variantes, pois informa que no veículo "Gol", por ele conduzido, seguiram apenas os réus Flávio Galego e o Banguela, que saltaram nas proximidades do açude de Apipucos e dali seguiram a pé até o Posto da CEF da FUNDAJ. Carlos Augusto teria seguido na moto. Enquanto isso, o próprio interrogado ficou com o carro estacionado e o motor desligado, em frente ao Posto da CEF, só que do lado oposto (fls. 141).

No depoimento prestado à Polícia Federal, o ora apelante ratificou os depoimentos prestados perante a DRF e o Oficial da PM, acrescentando:

"que, realmente, o interrogado participou junto com Flávio Galego e Cuca do roubo do "Gol" que usaram no assalto da CEF; o roubo desse veículo aconteceu, aproximadamente, às 07:30 horas da noite, aproximadamente, uns quatro ou três dias antes do roubo da agência da CEF; que, para o roubo desse veículo, utilizaram uma "Pampa" vermelha que estava na posse do interrogado até o dia em que foram pegar o "Gol", oportunidade em que deixaram a "Pampa" em uma rua perto do Engenho do Meio;

que, no “Gol” estava um cidadão baixo e magro; que não se lembra de mais detalhes desse cidadão porque quem tomou seu veículo foi 'Cuca' e 'Flávio Galego'; além do mais, o roubo desse veículo aconteceu à noite, portanto não tem condições de reconhecê-lo; que, participaram diretamente do roubo da CEF Carlos Augusto, Gena Brandão, Flávio Galego, 'Mago Banguelo', José Carlos, vulgo Halley, Antônio Carlos, vulgo 'Toni', 'Cuca' e Gena Velho; que, desses estão foragidos Carlos Augusto, José Carlos, vulgo “Halley”, e 'Mago Banguelo'; que, desses três foragidos, o interrogado não conhecia nenhum deles...” (Fls. 194/195).

Em face de tais elementos, mostra-se completamente sem sentido o depoimento prestado perante o MM. Juiz Federal Substituto da 5ª Vara, quando nega qualquer participação no delito apurado, afirmando que o depoimento na Polícia Estadual foi prestado sob tortura e, na Polícia Federal, ainda com medo, teria assinado um depoimento que já estava pronto no computador.

Tais declarações mostram-se inconsistentes. Como já visto, o laudo médico-legal nega a existência de lesões corporais. Além disso, não seria possível que a Polícia Estadual, a Polícia Militar e a Polícia Federal fornecessem tantas informações pormenorizadas sobre a participação do réu nos fatos criminosos.

É ilustrativo, também, o depoimento prestado por José Mário Pereira da Silva, que também se apresenta com o nome Fábio Dias de Albuquerque, que oferece versão semelhante sobre os fatos do crime, valendo destacar a seguinte passagem do depoimento prestado perante o Oficial da PM:

“Que, em ato contínuo, Elcir tomou a direção do “Gol”, Banguela sentou no banco de trás do “Gol” e o depoente foi no banco dianteiro; que, na “Parati”, Gena dirigindo, Carlos Augusto e Toni como passageiros; que, na moto, Cuca e José Carlos, sendo que Cuca conduzia este último veículo; que, mais adiante, logo após o açude, o depoente, juntamente com Banguela, desceu do “Gol” pilotado por Elcir, e foi andando até o Posto da CEF/Apipucos, enquanto Elcir queria estacionar o referido “Gol”, em frente e do lado oposto à agência, com a frente voltada para o sentido cidade-subúrbio, permanecendo com o motor ligado, a “Parati” conduzida por Gena ainda no açude, proximidades, estacionou e Gena passou o volante ao Toni, seguindo a pé com o José, digo, com o Carlos Augusto...” (Fls. 134).

A propósito, observou o ilustre Procurador Regional da República, Dr. Benedito Izidro da Silva:

“Apelação de Elcir Rodrigues da Silva (fls. 702/707).

Alega que não há certeza suficiente à condenação, devendo prevalecer o princípio in dubio pro reo.

O apelante afirma às fls. 366:

'...não confirma a acusação que lhe é feita, tendo prestado as declarações na Delegacia de Roubos e Furtos (fls. 119) sob ameaça de tortura....'.

No depoimento de fls. 119, confessou fazer parte da quadrilha que assaltou a CEF de Apipucos, sendo a sua função dirigir o veículo “Gol”.

Tal depoimento foi prestado no dia 09 de outubro de 1996; observamos, às fls. 409, que o apelante foi submetido a uma perícia traumatológica, cujo resultado foi o seguinte: 'ao exame não evidenciamos lesões corporais'. Sendo que tal perícia foi realizada no dia 11 de outubro de 1996, ou seja, dois dias depois do depoimento.

Observa-se também que o mencionado senhor, às fls. 194, no depoimento prestado à Polícia Federal, confirmou o depoimento de fls. 119.

Agora tenta desmentir o que ele próprio afirmou!!!” (Fls. 751).

Assinalo, ainda, que a qualificadora não pode ser excluída em relação ao apelante, embora sua participação tenha sido de acompanhar o desenvolvimento dos fatos do lado de fora do estabelecimento assaltado, tendo em vista a importância de sua atividade para

o êxito da ação criminosa.

Nesse sentido, cabe trazer aqui o seguinte precedente do eg. STJ, já referido na r. sentença:

"Penal. Latrocínio. Concurso de agentes. Co-autoria. Assalto a banco.

Vários co-autores e roubo a mão armada a estabelecimento bancário, com morte causada por dois deles, sem a participação dos demais, durante a fuga, na tentativa de roubo de veículo, ante a resistência oposta pela vítima.

Condenação de todos por latrocínio (art. 157, § 3º, do CP).

Pretendida exclusão da qualificadora do § 3º em relação a co-autor que não participou da execução do homicídio.

Limites da responsabilidade penal no concurso de agentes.

Nos crimes qualificados pelo resultado, a agravação da pena restringe-se aos intervenientes (co-autor, instigador e cúmplice) em relação aos quais a consequência mais grave era, ao menos, previsível (art. 19 do CP).

Mas, no roubo a mão armada, respondem pelo resultado morte, situado em pleno desdobramento causal da ação criminosa, todos os que, mesmo não participando diretamente da execução do homicídio (excesso quantitativo), planejaram e executaram o tipo básico, assumindo conscientemente o risco do resultado mais grave durante a ação criminosa ou durante a fuga.

Recurso especial não conhecido". (REsp nº 2395-SP, STJ, Rel. Min. Assis Toledo, Turma 05, julg. 02.05.1990).

Em face do exposto, não há como acolher-se o pedido absolutório, à míngua de provas. Ao contrário, a leitura atenta dos autos convence da efetiva participação do apelante no evento criminoso.

Pede a defesa, alternativamente, que seja diminuída a pena e isentado da cominação de multa. A pena, dentro das circunstâncias, foi aplicada com moderação, pois, embora não tenha adentrado a agência, a atividade desenvolvida pelo réu mostrou-se de maior importância para o resultado trágico do empreendimento criminoso, com a perda de dois servidores da segurança pública. Em relação à pena de multa, não há nos autos elementos suficientes à demonstração da impossibilidade de cumprimento. Veja-se que a sentença condenou-o a cento e oitenta dias-multa, considerando o dia-multa no valor de 1/30 do salário mínimo. É um valor compatível com a atividade desempenhada pelo réu, que se declarou comerciante.

6) MARCOS DE SOUZA MARQUES

Alega a defesa que o único e frágil elemento seriam os depoimentos dos co-réus, reiterando as suas alegações finais prestadas às fls. 598/600. Nestas, entre outros fundamentos, invoca precedente no sentido de absolver o réu condenado exclusivamente com base em palavra de co-réu. Ressalta que o acusado sequer foi reconhecido como participante do assalto.

O parecer ministerial assim analisa as razões de apelo:

"Apelação de Marcos de Souza Marques (fls. 690 e 709/711).

O apelante diz que foi condenado tendo em vista os depoimentos de co-réus, o que não pode ser confirmado e ratificado em segundo grau de jurisdição. Não há nos autos prova direta de autoria, pois o condenado não foi sequer reconhecido pelas testemunhas arroladas pelo Parquet Federal.

O que dizer do depoimento de fls. 364 prestado na Justiça Federal, onde relata a sua participação no crime, qual seja, a sua função era ficar numa parada de ônibus próxima ao banco e alertar o grupo quando o carro forte chegasse!!!

Pode existir um depoimento mais forte do que este?!

Às fls. 111/116 o apelante também confirmou a sua participação no crime e, inclusive,

submeteu-se a perícia traumatológica (fls. 412), onde não foram constatadas lesões. Ressalte-se que tal exame foi realizado dias depois do depoimento e, às fls. 199/201, também confirmou a sua participação no crime". (Fls. 752).

O réu é também conhecido pela alcunha de "Cuca", já referido em outros depoimentos.

Transcrevo, aqui, o tópico de sua confissão perante o Juiz Federal Substituto da 5ª Vara: "que a função do depoente, para o assalto ora apurado, era ficar numa parada de ônibus próxima ao banco e alertar o grupo quando o carro forte chegasse, mas os que entraram na agência passaram pelo depoente no "Gol" e lhe disseram para ir embora sem mesmo lhe perguntar sobre o carro forte; saindo dali o depoente foi para a casa de Genival Caitano, o qual ali se encontrava, e depois do assalto chegaram Gena Grandão, Carlos Augusto, José Mário e 'Mago Banguelo', sendo este último conhecido de Carlos Augusto e que também se encontra foragido; Gena Grandão estava ferido em várias partes do corpo e Carlos Augusto tinha um ferimento no braço e na coxa; Gena Grandão afirmou que assim que entrou no banco foi recebido a bala e a pistola dele engasgou; Carlos Augusto mandou que ninguém saísse logo dali, somente depois mandando as pessoas para casa; o depoente recebeu duzentos reais 'para ficar calado'..." (Fls. 364)

Como se vê, não se trata de depoimento de co-réus como dados isolados, mas de declarações que se mostram em harmonia com a confissão do acusado em juízo, além de outros dados existentes nos autos.

Admito, porém, em seu benefício, a redução da pena nos termos já reconhecidos em relação ao co-réu José Carlos Aurélio da Cunha ("Halley"), considerando a inexistência de elementos que autorizem a elevação da pena além do mínimo legal, o que também estendo ao co-réu Antônio Carlos Cordeiro de Souza ("Toni"), em face do que dispõe o art. 580 do Código de Processo Penal. Desse modo, fica a pena privativa de liberdade reduzida a 5 anos e 4 meses de reclusão

Isto posto, não conheço da apelação de Genilton Cabral da Silva, não admitida pelo MM. Juiz a quo; dou provimento à apelação de Genival Caitano Ferreira, para absolvê-lo, com fundamento no art. 386, IV, do Código de Processo Penal; dou provimento, em parte, à apelação de José Carlos Aurélio da Cunha, estendendo tal decisão em favor de Antônio Carlos Cordeiro de Souza, para redução da pena imposta, e nego provimento às apelações interpostas pelos demais co-réus, Carlos Augusto Tavares, Marcos de Souza Marques e Elcir Rodrigues da Silva. Expeça-se alvará de soltura em relação ao réu absolvido.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 1.913-PE

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**
Apelante: **ELIEZER MOREIRA LEMOS FILHO**
Apelada: **JUSTIÇA PÚBLICA**
Advogados: **DRS. GILBERTO MARQUES DE MELO LIMA E OUTROS (APTE.)**

EMENTA

Penal. Obtenção de empréstimo, de modo fraudulento, em instituição financeira. Alegação de ausência de defesa. Nulidade. Inexistência. Art. 395 do CPP. Precedente jurisprudencial.

- A lei de ritos faculta ao réu ou ao seu defensor o oferecimento de defesa prévia e arrolar testemunhas. E a experiência mostra que o comportamento do defensor deve ajustar-se às peculiaridades de cada caso.
- A tática e a técnica de defesa recomendam em certas ocasiões que haja completa

omissão, por exemplo, quando a acusação se lastreia em elementos vagos e de pouca precisão. Em outras oportunidades, atende melhor o interesse do réu a realização de um exame aprofundado do tema. Na maioria das vezes, o advogado prefere aguardar o desenvolvimento da instrução criminal para robustecer sua argumentação nas alegações finais, limitando-se a arrolar testemunhas.

- O que anula o processo é a ausência de concessão de prazo para a apresentação da defesa e não quando a defensora dativa prefere adotar a fórmula geral de "reservar-se para as alegações finais".
- O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que a ausência de defesa prévia, ainda quando o defensor seja dativo, não é causa de nulidade do processo penal (HC 67.923).
- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 6 de agosto de 1998 (data do julgamento).

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: O Ministério Público Federal apresentou denúncia contra Eliezer Moreira de Lemos Filho e outros como incurso nas sanções do art.19, parágrafo único, da Lei 7.492/86, c/c o art. 71 do Código Penal Brasileiro, sob a alegação de ter o citado denunciado, no exercício do cargo de gerente da Caixa Econômica Federal na cidade de Cabrobó-PE, concedido empréstimos para clientes fictícios e se apossado da quantia envolvida em prejuízo daquela instituição financeira, e os demais denunciados participado da fraude como contraentes daquelas operações de crédito.

Acostada aos autos a certidão de óbito do acusado José Freire de Sá, pelo que foi declarada a extinção de punibilidade em relação ao mesmo.

O denunciado Eliezer concedia empréstimos para si, aproveitando-se de pessoas que nele confiavam, e se apropriava, na utilização dos nomes dos co-réus, de parcelas maiores do que a dos mencionados, ou mesmo da totalidade de alguns dos financiamentos. Cadastrava os clientes com endereços falsos, porque não residentes na área de atuação da agência de Custódia, fazia com que assinassem documentação "em branco", onde lançava valores de financiamento desconhecidos dos próprios tomadores, e abria contas correntes para depositar os empréstimos realizados.

O acusado também promoveu a criação de uma microempresa, de nome Edvaldo Amorim Cabrobó-ME, cujo endereço informado é da firma Maria S. de Lima de SÁ-ME, pertencente à esposa do referido, objetivando a obtenção de mais um empréstimo.

O Ministério Público pediu a absolvição dos co-réus, por entender tratarem-se de pessoas humildes, sem a caracterização de uma corrupção ativa, e que atuaram de boa-fé.

O juízo monocrático julgou procedente em parte a denúncia, absolveu Maria do Socorro Lima de Sá, Valdemar Cavalcanti, Reginaldo da Costa Barbosa, Edivaldo Sebastião de Amorim e José Milton Cavalcanti, todos já qualificados, e condenou Eliezer Moreira de Lemos Filho à pena-base de dois anos de reclusão e trinta dias-multa, que corresponde ao mínimo previsto ao delito, e aumentou em um terço em razão do parágrafo único do art. 19 e do art. 71, c/c o art. 68, parágrafo único, do CP, tornando-a definitiva em dois

anos e oito meses de reclusão e quarenta dias-multa.

Nas razões apresentadas, o acusado Eliezer reclama que “esteve indefeso em todo o decorrer da instrução e nos momentos processuais seguintes ...”: afirmou que, desde o interrogatório, sua advogada, tida como presente, nunca compareceu; sobre seu defensor dativo, observou que não apresentou qualquer tese defensiva e na ouvida das testemunhas não fez qualquer indagação. A respeito dos testemunhos dados em Cabrobó, apontou ausentes o Ministério Público e os defensores, tendo o Juiz nomeado como *ad hoc* um único advogado para todos os réus. Pediu “seja o feito anulado a partir do primeiro ato praticado pela defensora dativa, nos termos do art. 573 do CPP, em face da omissão de formalidade que constitui elemento essencial dos atos processuais, a defesa”.

A apelada apresentou contra-razões.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra da ilustre Procuradora Dra. Regina Coeli Campos de Meneses, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso.

Submeto estes autos ao em. Revisor.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): Como já referido no relatório, o apelante foi condenado à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, além de 40 dias-multa, por haver, de modo fraudulento, obtido empréstimos para si, por interpostas pessoas, que nele confiavam, quando se achava no exercício da gerência da agência da Caixa Econômica Federal em Cabrobó, neste Estado.

Ressalto que a pena fixada corresponde ao mínimo previsto pelo art. 19 e parágrafo único da Lei nº 7.492/86, que assim preconiza:

"Art. 19. Obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é cometido em detrimento de instituição financeira oficial ou por ela credenciada para o repasse de financiamento”.

A sentença reconheceu a continuidade delitiva. Assim, haveria necessidade de ter aduzido o aumento de pena previsto no art. 71 do Código Penal. Todavia, a questão não pode ser objeto de reexame, à míngua de recurso do Ministério Público Federal.

A apelação interposta pelo réu não discute a questão de fundo. Limita-se a pedir a anulação do feito desde a defesa preliminar oferecida às fls. 301, por ofensa ao devido processo legal.

Em homenagem, pois, ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, passo a examinar os fundamentos do presente recurso.

Argumenta-se, acertadamente, que a garantia constitucional à ampla defesa não é figura de retórica, mas deve ser propiciada ao acusado, certo que o Direito Penal é fração do Direito Constitucional "ao qual se recorre quando já não há solução nos outros ramos que o antecedem. Daí a obrigatoriedade que sejam propiciados todos os meios inerentes à defesa do acusado nos processos criminais". Partindo dessa premissa, o ilustre defensor registra que, embora o interrogatório registre a presença de uma advogada, não se registra a sua firma no respectivo termo. Daí porque veio a ser nomeada defensora dativa.

Os autos registram, às fls. 293-v., que o réu estava acompanhado de uma advogada, a Dra. Giselda Guimarães, inscrita na OAB/PE sob o nº 6.759, que, efetivamente, não apôs sua assinatura no termo respectivo. Por qualquer motivo, a advogada decidiu não

desincumbir-se do encargo, razão por que foi nomeada defensora dativa, na pessoa da advogada Marta Maria de Albuquerque Bezerra, inscrita na OAB/PE sob nº 13.747, que passou a patrocinar a causa, oferecendo defesa preliminar às fls. 301, arrolando duas testemunhas.

Sobre o labor de sua colega, o signatário da peça recursal tece as seguintes críticas:

"O Ministério Público Federal, na ocasião, desistiu do concurso da testemunha por ele arrolada. Pela defesa dos vários denunciados, ouviram-se nove depoimentos, dos quais apenas um por Eliezer, já que a defensora dativa desistiu da outra.

A testemunha de defesa do rol do apelante que foi ouvida em Juízo restringe-se a dizer que o conhecia "há mais de vinte anos" e que era um homem "trabalhador e bom chefe de família" (fls. 310). A defensora pública não fez qualquer indagação". (Fls. 450).

O Código de Processo Penal assim preconiza:

"Art. 395. O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de três dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas".

À primeira vista, pode parecer estranho que a lei de ritos apenas faculte ao réu ou ao seu defensor o oferecimento de defesa prévia e arrolar testemunhas. Todavia, quem tem alguma experiência com o processo penal sabe muito bem que o comportamento do defensor deve ajustar-se às peculiaridades de cada caso. A tática e a técnica de defesa recomendam em certas ocasiões que haja completa omissão, por exemplo, quando a acusação se lastreia em elementos vagos e de pouca precisão. Em outras oportunidades, atende melhor o interesse do réu a realização de um exame aprofundado do tema. Na maioria das vezes, o advogado prefere aguardar o desenvolvimento da instrução criminal para robustecer sua argumentação nas alegações finais, limitando-se a arrolar testemunhas. Não se anula o processo penal se a defensora dativa preferiu adotar a fórmula geral de "reservar-se para as alegações finais".

A propósito, assim se manifesta a ilustre Procuradora Regional da República Dra. Regina Coeli Campos de Meneses:

"1. A primeira das nulidades apontadas teria ocorrido porque o apelante teria estado indefeso, vez que a advogada dativa, na defesa prévia, limitara-se a dizer que produziria "... sua tese defensiva por ocasião das alegações finais;" por ter apresentado apenas uma testemunha no rol de testemunhas; por nada ter pleiteado na fase do art. 499 como diligência, tendo se limitado a escrever no mandado "ciente", configurando-se sua inatividade.

1.1. O réu não esteve indefeso. A advogada dativa atuou como advogada no processo criminal, sua diligência não pode ser questionada pelo fato de ter optado por apresentar a tese de defesa por ocasião das alegações finais. Procedimento este, diga-se de passagem, recomendado por inúmeros processualistas penais. A título de exemplo, transcrevo a lição de Julio Fabbrini Mirabete in Processo Penal, Editora Atlas S/A – 1996, 5ª ed., p. 471: 'A finalidade da defesa prévia é apenas a de dizer o réu o que pretende provar, qual a sua tese de defesa. Entretanto, por vezes o silêncio é mais interessante para a defesa, que poderá manifestar-se sobre o mérito após a produção da prova. Assim, a apresentação da defesa prévia não é obrigatória, mas mera faculdade derivada do princípio da ampla defesa. Sendo peça dispensável, a critério do defensor, a omissão não constitui nulidade por ausência de defesa. O que anula o processo é a ausência de concessão de prazo para o defensor apresentar a defesa prévia (art. 564, III, e, última parte.' (Fls. 464/465).

A jurisprudência assim tem-se manifestado sobre o tema, conforme precedentes que transcrevo de outra obra do ilustre processualista invocado no parecer ministerial: "Ausência da defesa prévia - STF: 'Esta Corte, por seu Plenário e por suas Turmas, já firmou o entendimento de que a ausência de defesa prévia, ainda quando o defensor seja dativo, não é causa de nulidade do processo penal, porquanto não é peça essencial à

validade deste (RHC 54432, Pleno; HC 51463, Segunda Turma; e HC 69034, Primeira Turma' (HC 69.544-21-SP-DJU de 30-10-92, p. 19.516). No mesmo sentido, STF: RT 695/408, RTJ 54/81, 83/744, 102/623, 116/490, RT 568/385, 660/369; STJ: RSTJ 46/437, TJSP: RT 562/328, 619/296; TJMG: RT 582/387; TAMG RT 602/400; TACRSP: JTACRESP 67/317, RT 552/356; TARS: RT 685/357; JTAERGS 83/107-8.

Defesa prévia sucinta - TJPR- 'A defesa prévia é peça dispensável, sendo sua exibição confiada ao critério do advogado. O fato de esta ser brevíssima não caracteriza deficiência de defesa, principalmente se o réu não fornece elementos ao advogado nomeado pelo juiz' (RT 560/353). No mesmo sentido, TACRSP: RT 672/316". (Fls. 465/466).

Também o eminente Damásio de Jesus, no seu Código de Processo Penal Anotado, Editora Saraiva, 1995, traz jurisprudência a esse respeito:

"Ausência de defesa prévia pelo defensor constituído.

Segundo o STF, não anula a ação penal (RTJ 54/81). O que a anula é a ausência de concessão de prazo ao defensor para tal mister (STF, HC 67.923, Rel. Min. Celso de Mello, RT 660/369). No sentido de que a não-intimação do defensor constituído para a prévia, não havendo prejuízo, não anula a ação penal: RT 429/313". (Fls. 268).

Não impressiona o fato de que a testemunha arrolada pela defesa tenha se limitado a informar sobre os bons antecedentes do réu, embora o conhecesse há mais de vinte anos, sem qualquer indagação da defensora dativa. É que os fatos foram comprovados através de prova documental e pericial. Não se imagina que outra coisa poderia fazer a defensora, se nos contatos mantidos com seu cliente não obtivera meios de destruir os poderosos elementos trazidos pela acusação. A testemunha em referência reside em Olinda, não trabalha na CEF, presumindo-se que nada sabia sobre os fatos delituosos.

Critica também o silêncio da defensora dativa em face do testemunho de Sílvio Rodrigues dos Santos, empregado da CEF, segundo o qual o co-réu José Milton Cavalcanti fora "enrolado" pelo ora apelante. Cabe insistir: compete ao advogado sopesar em cada circunstância qual a melhor tática para preservar o interesse do seu constituinte. Uma explicação sobre as razões por que entendia a testemunha, no caso concreto, poderia ter sido muito pior para o apelante. Observe-se que tal afirmação fora feita na presença do acusado, ora apelante. É muito provável que a apresentação dos pormenores que levaram a tal conclusão fosse desfavorável ao acusado. Daí porque entendo que a defensora agiu corretamente, abstendo-se de adentrar nesse aspecto. Quem já acompanhou processos penais sabe muito bem quantas vezes o silêncio é preferível às inúteis e às vezes prejudiciais interpelações de uma testemunha que se mostra desfavorável ao réu.

O mesmo se diga em relação ao comportamento adotado quando da ouvida das testemunhas de Valdemar Cavalcanti e de Reginaldo da Costa Barbosa. A "inércia" da defensora dativa pode ter sido a melhor opção. É o que se presume. Apesar das duras críticas do signatário da peça recursal, este não indicou que perguntas poderiam ser endereçadas a tais testemunhas. Afinal, o advogado não pode distorcer os fatos...

Diz ainda o recorrente:

"Na Carta Precatória enviada à Comarca de Cabrobó (fls. 357 a 375) a coisa ainda foi pior. Ouviram-se os testemunhos de três pessoas: Marçal Lima Teles Meneses (fls. 372 e verso); Valdenice Nunes de Sá (fls. 372 verso e 373) e Cícero Rodrigues de Sá (fls. 373), todas arroladas pela ré Maria do Socorro Lima de Sá. Estiveram ausentes o Ministério Público e os defensores, tendo o juiz nomeado como *ad hoc* um único advogado para todos os réus, apesar do evidente choque. O defensor nomeado também manteve-se em silêncio. Calado estava, calado ficou. Neste caso, por Eliezer, ninguém falou". (Fls. 451).

O discurso impressiona à primeira vista. Todavia, é necessário lerem-se os depoimentos prestados na Comarca de Cabrobó. As testemunhas limitaram-se a dar informações

sobre a pessoa da acusada Maria do Socorro Lima de Sá; conheciam o réu Eliezer Moreira Lemos Filho, apenas de vista, as duas primeiras, Marçal Lima Teles Meneses e Valdenice Nunes de Sá, e a terceira, Cícero Rodrigues de Sá, não o conhecia. Nada souberam informar sobre os fatos. Os elementos de prova então coligidos foram absolutamente neutros para a apuração do que se narrou na peça exordial, tanto que sequer foram analisados na sentença. Desse modo, a ausência de defesa em relação ao apelante não lhe trouxe qualquer prejuízo.

Nesse sentido é o parecer ministerial:

"2. No tocante à diligência realizada na Comarca de Cabrobó, sem a presença do MPF e tendo sido nomeado apenas um advogado dativo para todos os réus, o que redundaria em nulidade, haja vista serem colidentes as defesas dos réus, é de notar, mais uma vez, que não se declara nulidade se não houver prejuízo.

2.1. Examinando a diligência realizada em Cabrobó (fls. 357/375), observa-se que se trata de oitiva de testemunhas de defesa arroladas pela ré Maria do Socorro Lima de Sá. Os depoimentos acostados às fls. 372, 372v. e 373 nada dizem que possa, por algum modo, prejudicar o ora apelante. Todos eles, em resumo, limitam-se a dizer da conduta de Maria do Socorro, nada sabem sobre os fatos ilícitos narrados na denúncia.

2.2. Pergunta-se: onde o prejuízo para o apelante por não ter sido nomeado um advogado dativo apenas para ele neste ato processual? Onde o prejuízo para o réu pelo fato de não ter estado presente o representante do MPF? A resposta se impõe, não houve qualquer prejuízo. No mesmo sentido, as decisões seguintes:

“EMENTA: Processual Penal. Nulidade sem prejuízo. Inexistência.

Embora a audiência para tomada de depoimentos haja ocorrido sem a presença do representante do Ministério Público, não se pode inquirir de nulo o ato judicial, por esse motivo... Aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*, informativo do título “Das Nulidades”, constante da lei processual penal (CPP, art. 563)”. (STJ – Recurso Especial nº 0002401, de 23.10.90, Relator Min. José Cândido de Carvalho Filho).

“EMENTA: Penal. Processual Penal. Descaminho.

I – A deficiência na defesa só nulifica o processo penal se causar efetivo prejuízo ao réu.

II – Nulidades relativas devem ser argüidas no tempo oportuno, sem o que se consideram sanadas.

III – Ausência do Ministério Público em atos de instrução criminal constitui nulidade relativa, sanável nos termos do art. 572, I, do Código de Processo Penal”. (TFR, Ap. Crim. 0005905, em 13.11.84, 1ª Turma, Relator Min. Costa Leite – fls. 465/466).

Transcrevo, a propósito, o seguinte tópico das contra-razões oferecidas pelo Ministério Público Federal, através do ilustre Procurador Regional da República Dr. Miécio Uchoa Cavalcanti Filho, que ora oficia perante esta Turma, sobre o trabalho desenvolvido pela defensora dativa:

“Quanto ao comportamento da advogada dativa durante a fase instrutória, também não é passível de críticas. O advogado constituído faz um raciocínio tortuoso, querendo presumir que a não feitura de perguntas pela defensora dativa, como a desistência da ouvida de testemunhas, demonstrariam um desinteresse da mesma para a instrução.

Ora, não existe nenhum dispositivo legal que obrigue o advogado a arrolar um certo número de testemunhas ou fazer perguntas às mesmas. Isso é uma faculdade ou conveniência do advogado, mormente se as testemunhas nada tinham a acrescentar acerca do fato delituoso. O defensor dativo entendeu, evidentemente, ser desnecessário fazer outras perguntas, além das formuladas pelo douto Juiz, em interesse do próprio apelante, porquanto a maioria delas apenas confirmava as condutas as quais lhe eram imputadas.

O que aconteceu, na verdade, foi que diante da fartura de provas contra o recorrente presentes nos autos, o mesmo não tinha como escapar da condenação. A advogada

dativa não poderia criar teses mirabolantes, apartadas dos fatos presentes nos autos; ela fez a melhor defesa possível com os elementos de que dispunha. A sua atuação não trouxe nenhum prejuízo para o recorrente, devendo ser aplicada a Súmula 523 do STF, in verbis:

‘No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo do réu.’ (Fis.455/456).

Também não tem razão o apelante quando se queixa da omissão da defensora dativa no prazo previsto para diligências (art. 499 do CPP). Todavia, não indica que diligência poderia ter sido requerida.

No que toca às alegações finais, verifica-se que a defesa argumentou que o réu teria observado os trâmites legais, agindo no âmbito que lhe permitiam suas funções, ressaltou os bons antecedentes criminais e pediu sua absolvição. Era o que podia fazer. O advogado defende, combate, postula, mas não faz milagres. Insisto: o apelante limita-se a criticar o trabalho desenvolvido pela defensora dativa, mas em nenhum momento demonstra qual teria sido seu comportamento se estivesse à frente do caso.

Resta o exame do tópico do apelo em que critica a fundamentação da r. sentença:

“A judicosa e respeitável sentença de fls. 423/430 baseia-se completamente nas provas trazidas pelo que se chamou de autos apensados. Ficando nos principais apenas o relatório conclusivo de fls. 10 a 20, que é o Relatório Conclusivo da Comissão de Sindicância, elaborado no seio da própria Caixa Econômica Federal em um procedimento administrativo em que não pôde o acusado exercer plena defesa como se verifica com a leitura do apenso. Por sinal, não fez nem lhe deixaram fazer defesa alguma.

É bom dizer que o regime jurídico da Caixa Econômica Federal e dos seus empregados, quando em querela, enquadra-se no preceito do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Percebe-se que em qualquer esfera do processo administrativo, que gerou os autos do apenso, o apelante pôde se defender ou foi convidado a fazê-lo. No processo criminal tomou-se de empréstimo a prova da tal Sindicância e mais uma vez não foi produzida defesa técnica, defesa de fato, defesa plena. Sem dúvida, o devido processo legal não se operou.

A ausência da ampla defesa com os recursos a ela inerentes, tanto no processo administrativo, quanto no feito criminal, lancinam as provas coligidas.

Pelo exposto, espera seja o feito anulado desde o ato praticado às fls. 301, para que possa, então, em condições legais apreciar-se e discutir-se a causa”. (Fis. 453).

Não cabe neste momento a análise sobre a nulidade do processo de sindicância realizado pela Caixa Econômica Federal. Observe-se, porém, que o convencimento judicial não foi formado exclusivamente pelos elementos colhidos na peça em apenso, como se deduz do seguinte tópico da decisão:

“2. Atento aos elementos probatórios coligidos, quer deponenciais, quer documentais, consideraria que a conduta do acusado Eliezer, de um modo geral, consistia, na verdade, na obtenção de empréstimos, para si, por interpostas pessoas, que nele confiavam e através dele obtinham os empréstimos (ainda que parcialmente sobre o líquido resultante das operações).

A conduta, posta nesses termos gerais, não interessaria ao Direito Penal, porquanto os contratos de financiamento poderiam estar revestidos de regularidade, a exemplo dos procedimentos ao seu deferimento, sendo indiferente às normas penais aquela disponibilidade, digamos assim, das interpostas pessoas.

Ocorre, todavia, que, para obtenção de tais empréstimos, foram empregados artifícios por parte do Gerente Eliezer, isto é, agiu através de meios enganadores, nitidamente caracterizadores da fraude que embasou a consecução do desiderato perseguido, sem a qual não lhe seria possível lograr êxito nas operações. E, então, vê-se indubitavelmente

caracterizado o tipo penal descrito no art. 19, parágrafo único, da Lei 7.492/86, em sua forma continuada.

3. Com efeito, além de dirigir os empréstimos a clientes não residentes na área de atuação da agência de Custódia, visto que eram domiciliados em Igarassu/PE e Ipojuca/PE (por isto lançando nos cadastros e nos contratos endereços falsos, isto é, dele próprio e do vigilante da unidade da CEF), o Gerente obtinha, pela confiança de que gozava junto a eles, que assinassem toda a documentação necessária ainda “em branco”, muitas vezes lançando valores de financiamento desconhecidos dos próprios tomadores. Ademais, abria contas correntes com os próprios valores dos financiamentos e promoveu, ele mesmo, a criação de uma microempresa, Edvaldo Amorim Cabrobó – ME, que nunca entraria em atividade e a que deu endereço de terceiro (da firma Maria S. de Lima de Sá – ME, pertencente à esposa dele), com o fim de obter, em nome da empresa criada, mais um empréstimo.

De ressaltar que era o próprio Gerente Eliezer quem preenchia e autenticava os documentos e promovia o reconhecimento das firmas, aprovando os cadastros e os próprios financiamentos.

Anota-se, também, que parte desses novos empréstimos serviam, aliás, para liquidar operações anteriormente realizadas.

O citado Gerente, enfim, perdeu-se em um emaranhado de operações, que objetivavam levantar e cobrir empréstimos. Disse que a tanto fora levado por necessidades financeiras e doença na família.

Essas e outras circunstâncias, denotadoras dos artifícios empregados, estão detalhadas e corroboradas pela documentação correspondente, tanto nos autos principais (veja-se, às fls. 10/20, relatório conclusivo da comissão de sindicância), quanto, especialmente, nos autos apensados àqueles (fls. 04/11 – relatório de inspeção na agência Cabrobó; 12/62 – documentação anexa a este relatório; outros documentos de fls. 76/108; fls. 193/194 – anexo ao relatório de sindicância de fls. 183/192).

Corroboram os relatórios reportados os depoimentos coligidos, tanto perante a comissão de sindicância na fase do inquérito e perante este Juízo (fls. 261, 265, 288, 302/311), bem assim o laudo para exame documentoscópico de fls. 160/165.

Destacam-se, acima de tudo, as circunstanciadas declarações do próprio acusado Eliezer Moreira perante a comissão de sindicância (fls. 172/174 e 175/181 dos autos em apenso) e perante este Juízo (fls. 288v).

4. As ações do réu Eliezer trouxeram indiscutível prejuízo à CEF, haja vista o resultado das arriscadas e irregulares operações por ele empreendidas, muito bem caracterizado pelos débitos pendentes descritos às fls. 193/194 dos autos apensos (fls. 426/428)”.

Ressalvo apenas que o termo de interrogatório do réu, ora apelante, não se acha às fls. 288, mas às fls. 262 e v. Verifica-se que o MM. Juiz a quo fez amplo exame da causa, à luz de todos os elementos colhidos, e não penas do que fora apurado na sindicância. Cabe, ainda, observar que o acusado foi ouvido em três oportunidades – na sindicância, no inquérito policial e em juízo –, sem que jamais tenha trazido explicação razoável para a sua atuação. Ao contrário, a leitura de tais peças leva à convicção de que o acusado foi o único responsável pela prática do crime denunciado.

Em suma, não se vislumbra a ocorrência de qualquer das nulidades argüidas pelo apelante. Houve observância ao devido processo legal e ao direito de defesa. A falta de êxito deve-se apenas à exuberância das provas e não à atuação da ilustre advogada nomeada, que procurou desincumbir-se do encargo que lhe fora confiado do modo mais adequado.

Por todo o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 1.940-SE

Relator: O SR. JUIZ **LÁZARO GUIMARÃES**
Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelada: LUCELI ALVES PEREIRA
Advogado: DR. DJALMI DE AMARANTE (APDA.)

EMENTA

Penal. Falta de recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas de empregado. Natureza do delito previsto no art. 95, d, da Lei 8.212/91. Não é a simples existência de dívida que caracteriza a infração, dada a garantia prevista no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. Delito omissivo próprio que não prescinde da demonstração da fraude consistente em descontar a contribuição dos empregados e não recolher os respectivos valores ao órgão da Previdência Social. Superveniência da Lei 8.866/94, que cria a figura do depositário da Fazenda Pública da pessoa obrigada a recolher impostos, taxas e contribuições. Nova disciplina que exige a prévia caracterização da situação de depositário infiel (art. 2º) e o ajuizamento da ação civil (arts. 3º e 4º). Ausência de dolo. Fato atípico. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e examinados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, 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, 09 de junho de 1998 (data do julgamento).

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Trata-se de recurso de apelação criminal, interposto pelo Ministério Público, da sentença do MM. Juiz da 3ª Vara Federal de Alagoas, que absolveu a apelada Luceli Alves Pereira da acusação de apropriação indébita contra a Previdência Social, por haver deixado de recolher, no período de janeiro de 1991 a junho de 1993, as contribuições devidas ao INSS, descontadas e arrecadadas de uma empregada de sua firma.

Alega, em resumo, a apelante, em suas razões, que não restou provado nos autos que a referida apelada estivesse em estado de necessidade, e que o tipo penal descrito na denúncia não foi eliminado pela superveniência da Lei 8.866/94.

Em suas contra-razões, a apelada pede a manutenção do decisum, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A Procuradoria Regional da República manifesta-se pelo provimento do apelo, entendendo caracterizado o delito contra a Seguridade Social, nos termos do que dispõe o art. 95, d, da Lei 8.212/91.

É o relatório. Submeto os autos ao eminente Revisor.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): Reporto-me, inicialmente, ao que

afirmei ao julgar o HC 406-PE:

“O delito do art. 95, d, da Lei 8.212, é tipicamente omissivo próprio, como afirma a culta Procuradora Regional da República, mas não prescinde da demonstração da fraude, consistente em descontar a contribuição dos empregados e não recolher os respectivos valores ao órgão da Previdência Social. É que o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, proíbe a prisão civil por dívida, ressalvadas apenas as situações do depositário infiel e do devedor de alimentos.

Ora, considerar crime o simples fato de deixar o contribuinte de recolher, na época própria, a contribuição para a seguridade social seria penalizar o próprio inadimplemento, instituindo-se novo tipo de prisão civil por dívida.

A figura criada pelo mencionado art. 95, alínea d, da Lei 8.212, deve ser interpretada sistematicamente, de tal modo que se verifique a existência do tipo subjetivo implícito, consistente na fraude à Previdência Social. Não é, portanto, o só fato do inadimplemento que caracteriza a infração, mas também a intenção de sonegar o repasse dos valores recolhidos a título de contribuição.

Tanto não tiveram os pacientes esse ânimo, que requereram e obtiveram parcelamento do débito.

A peça inicial acusatória indica a condição dos denunciados, como representantes legais da firma empregadora que deixou de recolher as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados. O expediente de saldar o compromisso trabalhista e adiar o cumprimento da obrigação tributária, recorrendo ao pedido de parcelamento, não constitui crime, salvo se adotado o princípio da responsabilidade objetiva, sem marca de intencionalidade.

Neste habeas corpus discute-se ainda a revogação do art. 95, d, da Lei 8.212/91, pela Lei 8.866/94, que criou a figura do depositário infiel de tributos e contribuições, estabelecendo nova disciplina para a hipótese de caracterização do não recolhimento de valores descontados em favor da Fazenda Pública.

A tese do impetrante é de que estaria eliminada a infração penal consistente na apropriação de valores recebidos de terceiros para recolhimento à Fazenda Pública. A verdade é que a nova lei exige, para caracterização do fato do não recolhimento de impostos, taxas e contribuições recebidas, retidas ou descontadas de terceiros, a declaração feita pela pessoa física ou jurídica do valor descontado ou recebido, o processo administrativo, e a certidão do crédito tributário ou previdenciário (art. 2º da Lei 8.866/94) e o ajuizamento da ação civil, que irá ensejar a abertura de prazo de dez dias para recolhimento dos valores questionados ou contestação (art. 4º do mesmo diploma).

Ora, somente depois dessas providências é que se poderá cogitar do cometimento do ilícito civil. Como é que se poderia caracterizar, anteriormente, ilícito penal, pelo simples fato do não recolhimento, se a lei superveniente cria novas oportunidades para o adimplemento e sanciona a persistência do inadimplemento com a prisão civil de 90 dias? Por essa razões, defiro a ordem”.

A figura delituosa do crime em comento assemelha-se à da apropriação indébita e só se completa com o mesmo elemento subjetivo daquele ilícito. Não pode o crime se configurar sem a vontade de apropriar-se o agente dos valores não recolhidos. Interpretar tal norma como definidora de mera conduta é colocá-la em evidente conflito com a norma constitucional que veda a prisão por dívida.

Não há no presente processo nenhuma prova que revele o propósito da apelante de não recolher ou a consciência de não mais poder recolher os valores arrecadados. É de mister fique averiguado, de modo convincente, a abusiva retenção, com tal subjetividade. O animus rem sibi habendi, como bem frisou o douto Magistrado a quo, característico do crime de apropriação indébita, precisa ficar indubitavelmente demonstrado.

No caso específico, o ânimo de apropriar-se não parece estar presente, eis que essas

contribuições foram devidamente contabilizadas na escrita da firma, deixando de serem pagas por dificuldades financeiras, que levaram a apelada, inclusive, a encerrar sua atividade comercial antes mesmo de sofrer a ação fiscalizadora.

A ausência do dolo, contudo, é suficiente para fazer desaparecer, no caso, a figura delituosa.

Por essas razões, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 50.857-CE

Relator: O SR. JUIZ **UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE**
Apelante: AÇO CEARENSE COMERCIAL LTDA.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advogados: DRS. MÁRCIO ANDRADE TORRES E OUTROS (APTE.)

EMENTA

Tributário. Constitucional. COFINS. PIS. Alteração de prazo para recolhimento. Respeitados os princípios da irretroatividade e da anterioridade tributárias. A mudança de data de recolhimento do PIS e COFINS não ofende os princípios constitucionais da irretroatividade e da anterioridade da lei tributária, por não se tratar de intuição ou majoração de tributos.
Apelação improvida.

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

Recife, 25 de junho de 1998 (data do julgamento).

JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE: Empresa comercial apela de sentença denegatória de segurança, onde pretende ter assegurado o direito de recolher as contribuições sociais COFINS e PIS conforme prazo determinado pela Lei 8.383/91, ou seja, até o dia 20 (vinte) de cada mês, sem qualquer multa e somente com a correção pela UFIR, em detrimento da Medida Provisória nº 368/93, que alterou esse prazo para pagamento, antecipando-o para o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido.

Em suas razões, a apelante argúi a violação ao princípio constitucional da anterioridade, importando numa majoração da exação.

Devidamente processado o recurso, subiram os autos a este Tribunal e a mim foram distribuídos.

Dispensada a revisão (art. 30, IX, do Regimento Interno do egrégio TRF da 5ª Região).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator): De fato, a sistemática adotada na vigência da norma emanada da Lei nº 8.383/91, anterior à edição da Medida Provisória nº 368/93, permitia o pagamento sem qualquer multa até o dia vinte de cada mês, no entanto, tal data foi alterada, de forma a antecipar o pagamento das contribuições sociais em questão, pela referida Medida Provisória nº 368/93, sem que isso caracterizasse violação a qualquer princípio constitucional, como bem entendeu o Juiz Federal, ao denegar a segurança pleiteada, cujos judiciosos fundamentos adoto como razão de decidir e, por oportuno, permito-me transcrever:

“... ”

2.1 Realmente, as letras a e b do inciso III do art.150 da Carta Magna, limitando o poder de tributar, protegem o contribuinte contra a implantação ou aumento de tributos que tendam a incidir sobre fatos pretéritos (proibição ou aumento súbitos de exações (proibição da incidência normativa instantânea), tudo isso com a finalidade de permitir a programação financeira da vida dos mesmos contribuintes.

2.2 A mera mudança do prazo para o recolhimento de tributos já existentes não impacta qualquer dessas garantias, que são anteparos intransponíveis à implantação e majoração de exações e à sua exigência imediata, eventos essencialmente estranhos à hipótese excogitada nestes autos, em que se cuida da simples fixação de nova data para a entrega dos valores ao Tesouro Público.

2.3. Essa alteração de prazo não traz qualquer sobrecarga ao contribuinte porque, desde o momento em que se completa o fato gerador do tributo, a partir daí o Estado já se torna o titular do crédito respectivo.

Em face dos fundamentos expendidos, denego a ordem de segurança impetrada”.

Em face dos fundamentos expendidos, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 52.891-CE

Relator: O SR. JUIZ **UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE**
Apelantes: MAGNESIUM DO BRASIL LTDA. E OUTROS
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advogados: DRS. DAMIANA AUXILIADORA R. DE OLIVEIRA E OUTROS (APTES.)

EMENTA

Constitucional e Tributário. Empresas mineradoras. Imunidade à COFINS (CF/88, art. 155, § 3º). Compensação. Possibilidade. Apelação provida.

1. “À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo e minerais do País” (CF/88, art. 155, § 3º).

2. As empresas mineradoras não estão sujeitas ao pagamento da COFINS, face ao que dispõe o § 3º do art. 155 da CF/88, sendo possível a compensação dos valores por elas pagos àquele título com parcelas vincendas da Contribuição Social sobre o Lucro e da Contribuição para o INSS incidente sobre a folha de salários.

3. Precedentes desta Corte (AMS 56307-SE, REO 58574-PB, AMS 52873-CE, AMS 55774-PE).

4. 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, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 28 de maio de 1998 (data do julgamento).

JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE: Cuida-se de apelação de sentença que, entendendo não ser auto-aplicável a norma do § 3º do artigo 155 da Constituição Federal, denegou a segurança requerida, consubstanciada na declaração da imunidade das empresas de mineração (impetrantes) ao recolhimento da COFINS, bem como na compensação dos valores pagos a esse título com outras contribuições a que as mesmas estão obrigadas.

Em suas razões recursais, as apelantes defendem a reforma da sentença, sob o argumento de que fazem jus à imunidade referida, respaldando suas alegações, inclusive em manifestações jurisprudenciais no sentido da sua pretensão.

Contra-razões apresentadas.

Devidamente processado o recurso, subiram os autos a este Tribunal, onde vieram-me conclusos.

Dispensada a revisão (Regimento Interno, art. 30, IX) .

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator): A r. sentença recorrida, considerando não ser auto-aplicável a regra imunizante prevista no § 3º do art. 155 da Constituição Federal de 1988, denegou a segurança, em que se buscava ver reconhecida tal imunidade às empresas de mineração, garantindo-lhes, também, a compensação dos valores pagos àquele título com outras contribuições que essas empresas-impetrante estivessem obrigadas a recolher (contribuição sobre o lucro e contribuição previdenciária sobre a folha de salários).

A despeito dos bem lançados fundamentos do r. decisum, é pacífico o entendimento nesta Corte de que, face ao que dispõe o artigo 155, § 3º, da CF/88, as empresas mineradoras estão imunes à incidência de quaisquer tributos que não os ali enumerados (ICMS, Imposto de Importação e Imposto de Exportação), considerando, assim, que as parcelas porventura pagas a título da COFINS podem ser compensadas com outros tributos da mesma espécie, a que está obrigada a impetrante, consoante exposto nas decisões abaixo ementadas:

"Constitucional e Tributário. Imunidade. Minerais. COFINS e PIS.

- A ampla imunidade conferida às operações efetuadas com minerais impossibilita a exigência da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e do PIS sobre elas incidente.

- Apelação provida. Segurança concedida". (AMS nº 56.307-SE. Rel. Juiz Castro Meira. Julg. 26.06.97. Publ. DJU 15.08.97, p. 63899).

"Constitucional e Tributário. COFINS. LC 70/91. Não incidência sobre atividade de beneficiamento e comercialização de minerais. Imunidade. Artigo 155, parágrafo 3º, da Constituição Federal. Precedentes do TRF 5ª Região. Remessa improvida". (REO nº 58.574-PB. Rel. Juiz Lázaro Guimarães. Julg. 27.05.97. Publ. DJU 20.06.97, p. 46577).

"Constitucional. Tributário. Empresas de mineração. Ocorrência de imunidade. Art. 155,

parágrafo 3º, da Constituição Federal. Não incidência do PIS. Concessão da segurança.

1. A Constituição Federal dispõe, no seu art. 155, parágrafo 3º, que nenhum outro tributo, além do ICMS, Imposto de Importação e Imposto de Exportação, poderá incidir sobre 'operações relativas a minerais do País', outorgando, assim, preceito imunitário com relação a empresas que explorem tais atividades econômicas.

2. Não há incidência do PIS sobre 'operações relativas a minerais do País'.

3. Ocorrência da imunidade. Compensação do indébito pago a título de PIS com parcelas vincendas da contribuição social sobre o lucro e da contribuição para o INSS incidente sobre a folha de salários. Correção monetária.

4. Reforma da r. sentença. Apelação provida". (AMS 52873-CE Rel. Juiz Geraldo Apoliano. Julg. 11.04.96. Publ. DJU 10.05.96, p. 3007).

"Constitucional. Tributário. COFINS. Imunidade. Art. 155, parágrafo terceiro, da CF/88. Compensação com a própria COFINS.

- 'À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo e minerais do País'.

- Esta Corte tem adotado entendimento de que é cabível a compensação da COFINS com a própria COFINS ou outro tributo da mesma espécie, desde que tenham como finalidade o financiamento da seguridade social.

- Apelo provido". (AMS 55774-PE. Rel. Juiz Francisco Falcão. Julg. 26.09.96).

Reportando-me, assim, às razões das decisões retrotranscritas, dou provimento à apelação, para, declarando a imunidade das impetrantes à COFINS, assegurar-lhes o direito à compensação dos valores pagos àquele título, com parcelas vincendas da contribuição social sobre o lucro e da contribuição para o INSS incidente sobre a folha de salários, ressalvando à Fazenda Nacional o exercício da atividade de verificação da exatidão de tais compensações.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 56.919-AL

Relator: O SR. JUIZ **GERALDO APOLIANO**
Apelante: ANTUNES E CIA. LTDA.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advogados: DRS. PAULO HENRIQUE FALCÃO BREDA E OUTRO (APTE.)

EMENTA

Tributário. Imposto de Renda. Lei nº 7.713/88. Lucro líquido apurado. Imposto retido na fonte. Inconstitucionalidade.

1. Incidente de Uniformização de Jurisprudência acolhido por unanimidade pelo Plenário deste Sodalício, nos autos da Apelação Cível nº 32758-CE, julgado em 09.08.95, no qual prevaleceu o entendimento da inaplicabilidade do artigo 35 da Lei nº 7.713/88.

2. A retenção na fonte, antes do lucro líquido ser afetado ao patrimônio individual de cada sócio, tal como exigida no artigo 35 da Lei nº 7.713/88, viola a permissibilidade constitucional, estabelecida em favor da União, de instituir Imposto sobre a Renda.

3. "Declaração parcial da validade e eficácia do art. 35 da Lei nº 7.713/88, seguindo-se orientação do colendo Supremo Tribunal Federal, para se declarar a inconstitucionalidade da alusão, em seu corpo, a 'o acionista', a constitucionalidade das expressões 'o titular de empresa individual' e o 'sócio-cotista', ressalvando-se, quanto a esta última, quando, segundo o contrato social, não dependa do assentimento de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não a de distribuição". (Acórdão proferido no RE nº

172.058-1/SC - pelo colendo Supremo Tribunal Federal).
4. Demonstrado que existem créditos referentes a recolhimentos feitos para o Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido (IRLL), não há destempero na decisão que venha de outorgar a compensação dos mesmos com o Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), vez que são tributos que ostentam a mesma natureza jurídica e têm uma mesma destinação orçamentária, à luz do disposto no art. 66 e parágrafos da Lei nº 8.383/91.
5. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, 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, 20 de novembro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO: Antunes e Cia. Ltda. impetrou ação mandamental, com pedido de liminar, contra ato a ser praticado pelo Sr. Delegado da Receita Federal em Alagoas, objetivando a compensação dos valores recolhidos a título de Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido, instituído pela Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, relativo aos exercícios de 1989 a 1992, os quais reputa indevidos, com os valores devidos a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica.

Diz-se que a exigência expressa na lei suscitada fere os preceitos contidos no artigo 43 do Código Tributário Nacional - CTN, que prevê a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda como hipótese de incidência do tributo em pauta, além de malferir a Constituição Federal.

Liminar indeferida.

Nas informações, o impetrado sustentou que a compensação pretendida só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie, consoante previsão da Lei nº 8.383/91, e não ao livre arbítrio do contribuinte.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da segurança. A sentença monocrática denegou a ordem, por entender inexistir no contrato social da impetrante cláusula que contenha expressa vedação a respeito da distribuição automática do lucro na data do encerramento do período-base, bem como de sua distribuição em momento posterior.

Na apelação interposta às fls. 168/182, a impetrante pugnou pela reforma da sentença, ratificando, basicamente, as teses desenvolvidas na exordial.

Sem contraminuta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): A questão debatida nos presentes autos já foi objeto de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, nos autos da Apelação Cível nº 32758-CE (Registro nº 93.05.31158-0), julgado, por unanimidade, em 09.08.95, do qual foi Relator o eminente Juiz José Delgado, hoje Ministro do colendo

Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Do voto proferido por Sua Excelência, acolhido pelo Plenário desta egrégia Corte, destaco os seguintes excertos, *in verbis*:

“Demonstro, inicialmente, a divergência existente entre a posição assumida pela 2ª Turma e a 1ª Turma desta Corte.

A Segunda Turma, à unanimidade, tem entendido ser válido e eficaz o art. 35 da Lei nº 7.713/88. Os fundamentos ali acolhidos estão sintetizados na ementa a seguir transcrita: 'Imposto de Renda. Lucro não distribuído. Constitucionalidade da Lei nº 7.713/88 - Lei Complementar.

1. Se a matéria em debate diz respeito ao lucro antes da distribuição entre os sócios, sobre o qual incide Imposto de Renda na Fonte, a empresa tem legitimidade ativa para impetrar o presente writ, discutindo em juízo a constitucionalidade da Lei nº 7.713/88.

2. O fato do recorrente ter alegado, no apelo, que é exigida, à espécie, a adoção de lei complementar, o que não encontra, no entender da apelada, amparo na lei, não implica em inépcia, mas em matéria a ser apreciada no mérito do recurso.

3. A Lei nº 7.713/88, apenas modificando o momento da incidência do Imposto de Renda sobre o Lucro, de depois para antes da sua destinação pelos sócios, não provocou alteração substancial na regra do tema. Não afetou a base de cálculo e o fato gerador do tributo.

4. O lucro, uma vez apurado, encontra-se na esfera de disponibilidade jurídica dos sócios, que lhe definirão o destino, portanto, a tributação neste instante não ofende a regra do art. 43 do Código Tributário Nacional.

5. A exigência de lei complementar para o disciplinamento de matéria tributária sujeita-se à regra do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estipula a *vacatio legis* de 150 dias para a vigência do novo sistema tributário nacional, nos termos da Carta Magna de 1988.

6. Preliminares rejeitadas. Apelação improvida'. (Ac. un. da 2ª T. - TRF - 5ª Reg. AMS 2.683-CE; 91.05.00686-4, DJU-II de 12.04.91, p. 7.271).

Igual posição assumiu a 1ª Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, conforme ementa lavrada pelo Des. Clélio Erthal, publicada no DJU de 05.07.94, p. 36279, assim firmada:

'Tributário. Imposto de Renda. Apuração de lucro dos sócios, ainda não distribuído.

- O fato gerador do Imposto de Renda devido pelos sócios ocorre com a apuração do lucro pela empresa, em balanço encerrado no período-base, independentemente de sua distribuição.

- A Lei nº 7.713/88 não alterou substancialmente o fato gerador e a base de cálculo do tributo.

- A falta de prévia Lei Complementar não vicia a Lei nº 7.713/88, porque editada antes de 1º de março de 1989, quando entrou em vigor o sistema tributário nacional instituído pela Constituição de 1988'.

O mesmo egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, desta feita por sua 2ª Turma, em acórdão emanado da Juíza Tânia Heine, in DJ de 22.10.91, entendeu do mesmo modo:

'Tributário. Imposto de Renda. Lei nº 7.713/88.

I - Não colide com o Código Tributário Nacional a determinação da Lei nº 7.713/88, no sentido de que passa a considerar como renda tributável o lucro distribuível e não os lucros efetivamente distribuídos.

II - Recurso improvido'.

A 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da mesma 2ª Região, não discrepou do entendimento dos seus pares:

'Tributário. Imposto de Renda sobre o lucro líquido. Lei nº 7.713/88, art. 35.

1 - O momento de incidência do Imposto sobre a Renda de que trata o art. 35 da Lei nº 7.713/88 é o da apuração do lucro líquido, pelas pessoas jurídicas, no encerramento do período-base.

2 - Ao ser apurado, o lucro encontra-se na disponibilidade jurídica dos sócios-quotistas, acionistas ou titular de empresa individual e dele poderão dispor, o que não contraria a regra contida no art. 43 do CTN.

3 - Apelação e remessa oficial providas'. (AMS nº 0213228/RJ, Rel. Juiz França Neto, DJU de 12.05.94, p. 22275).

No Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a 3ª Turma, em acórdão lavrado pelo Juiz Fernando Gonçalves (DJU de 01.09.94, p. 47730), igual entendimento foi manifestado: 'Imposto de Renda. Lei nº 7.713/88. Art. 35.

- Compatibilidade com o art. 43 do CTN, porquanto o incremento patrimonial da sociedade, representado pelo lucro, reflete automaticamente no patrimônio do sócio, que passa a ter a disponibilidade econômica da renda.

- Apelação improvida'.

Submetido o exame da controvérsia ao colendo Superior Tribunal de Justiça, este, pela sua 1ª Turma, começou por adotar idêntico entendimento, conforme revelam as ementas seguintes:

'Tributário. Imposto de Renda. Lucro não distribuído. CTN. Arts. 43 e 110. Lei nº 7.713/88.

1 - A modificação do momento da incidência sobre o lucro para antes da sua destinação aos sócios não causou alteração substancial ao fato gerador nem à base de cálculo, porque configurado o aumento ou a disponibilidade patrimonial.

2 - Recurso improvido'. (REsp nº 39579-7-RN, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, un., DJU de 05.06.95, p. 16635).

'Tributário. Imposto de Renda. Lucro não distribuído. Incidência. Lei nº 7.713/88.

- Incide Imposto de Renda sobre o lucro apurado, ainda que não distribuído, pois que se encontra na esfera da disponibilidade jurídica dos sócios.

- Recurso improvido'. (REsp nº 22.826-PE, Rel. Min. César Asfor Rocha, julg. em 08.06.94, DJ de 15.08.94, p. 20298).

Convém observar, contudo, que, após a egrégia 1ª Turma do STJ haver se posicionado pela validade e eficácia do art. 35 da Lei nº 7.713/88, evoluiu, em julgamentos seguintes, para o entendimento de que a matéria não merecia ser solucionada via recurso especial, por ter conteúdo que exigia ser examinado em confronto com a Constituição Federal.

Essa nova posição da 1ª Turma do STJ é revelada pela ementa seguinte:

'Processual Civil. Agravo regimental. Imposto sobre lucros não distribuídos. Lei nº 7.713/88. Aresto somente com fundamento constitucional. Discussão em recurso especial. Impropriedade. Desprovidimento.

- Não comporta provimento de agravo regimental lançado com intuito de viabilizar o processamento de recurso especial, se o aresto recorrido decidiu a controvérsia em debate somente tendo em conta os seus aspectos constitucionais.

- Agravo regimental desprovido'.

No referido julgamento, a Fazenda Nacional foi a parte agravante (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 62202-9-PR, DJU de 12.06.95, p. 17601, relatado pelo Exmo. Sr. Ministro César Asfor Rocha). Idêntica solução foi dada ao Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 62092-1/RS, mesmo Relator, DJU de 12.06.95, p. 17601.

Verifica-se, assim, que, não obstante o colendo Superior Tribunal de Justiça, por uma das suas egrégias Turmas, haver uniformizado a interpretação da lei ordinária federal, surge a abertura da controvérsia, no âmbito da própria 1ª Turma do STJ, pela firmação do entendimento de que a matéria há de ser examinada em confronto com a Carta Magna, portanto, via recurso extraordinário.

Visto, dessa forma, o desenvolvimento do litígio pelo ângulo dos que entendem válido e

eficaz o art. 35 da Lei nº 7.713/88, passo agora a anotar o pensamento jurisprudencial da corrente contrária, isto é, da que pugna pela inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

No âmbito desta egrégia Corte Regional, destaco, primeiramente, como reconhecendo haver o art. 35 da Lei nº 7.713/88 se atritado, frontalmente, com o CTN, voto da lavra do eminente Juiz Ridalvo Costa, acolhido pela 1ª Turma, assim ementado:

‘Tributário. Imposto de Renda. Pessoa jurídica. Adicional de 8% sobre o lucro não distribuído. Lei nº 7.713/88.

- Preliminar de ilegitimidade ativa ad causam da impetrante. Ao fazer incidir o tributo sobre parcela de lucro ainda não distribuído, a Lei nº 7.713/88 atingiu valores da pessoa jurídica, legitimando-a ativamente para figurar no pólo ativo da lide. Preliminar rejeitada.

- A Lei nº 7.713/88, ao tributar a pessoa física sobre lucro que ainda não se encontra na sua esfera de disponibilidade, viola frontalmente o CTN.

- A tributação incidente sobre a pessoa física decorre necessariamente de um acréscimo patrimonial do sócio, o que não ocorre antes da distribuição dos lucros.

- Inexistindo acréscimo patrimonial, incorre o fato gerador do IR, impossibilitando, em consequência, a cobrança da exação. Provimento do recurso’. (AMS nº 8151-PE, julgada em 16.09.92, DJU de 04.12.92, p. 41001).

Com entendimento mais amplo, por declarar a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei nº 7.713/88, em comentário, registro o decidido pelo Plenário do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, conforme espelhado pela Relatora Juíza Luíza Dias Cassale, na AMS nº 92.04.23426-1, DJU de 26.01.94, p. 1893):

‘Tributário. Imposto de Renda sobre lucros líquidos. Lei nº 7.713/88, art. 35. Inconstitucionalidade.

1 - O Plenário do TRF da 4ª Região, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade suscitada na AMS nº 91.04.04947-0-RS, decidiu, por maioria, declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei nº 7.713/88.

2 - Recurso e remessa oficial improvida’.

Nessa mesma linha, encontra-se o decidido pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao apreciar a AMS nº 332794-SP, relatada pela Juíza Lúcia Vale Figueiredo, em acórdão assim ementado:

‘Tributário. Imposto de Renda. Lei nº 7.713/88, art. 35. Inconstitucionalidade.

- Preliminar de ilegitimidade da parte no que se refere à pessoa jurídica, a empresa, fonte retentora, rejeitada.

- Pretende-se tributar lucro realizado pela pessoa jurídica e, ainda, não auferido pelo sócio.

- Legitimidade, pois, da pessoa jurídica, vez que estabelece relação jurídica entre esta e o Fisco.

- O conceito de renda não pode ser aleatoriamente fixado pelo legislador ordinário, pena de infringir maus tratos à Constituição.

- O fato imponível acontecido para pessoa jurídica não pode se estender à pessoa física.

- O lucro realizado pela pessoa jurídica não significa, necessariamente, renda de pessoa física, quer econômica ou financeira.

- Não se concebe tributação de fato futuro e incerto. Inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei 7.713, de 22 de dezembro de 1988, reconhecida pela maioria, com determinação de encaminhamento ao Plenário nos termos do artigo 441 do CPC e 174 do Regimento Interno desta Corte’. (DOE-SP de 14.06.93, p. 182).

Do longo relato que acabo de fazer, verifica-se a formação de três correntes:

a) a primeira, entende válido e eficaz o art. 35 da Lei nº 7.713, de 22.12.88, por não se conflitar com o CTN;

b) a segunda corrente, de modo contrário, reconhece haver incompatibilidade do artigo 35

referido com art. 43 do CTN;

c) a terceira e última posição é assumida por aqueles que vêem inconstitucionalidade no art. 35 questionado.

O meu primeiro posicionamento, conforme já revelado, foi o de aceitar a validade e eficácia do mencionado art. 35, acostando-me, portanto, ao entendimento originário da 1ª Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre que, os argumentos apresentados por aqueles que defendem a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei nº 7.713/88, têm abalado as minhas convicções sobre o tema.

Em conseqüência, detive-me em uma meditação mais aprofundada sobre o assunto e, hoje, em face do que colhi acerca do que se escreveu sobre ele, penso que:

a) muito embora não exista mais o referido imposto, haja vista não se encontrar previsto na legislação atual do Imposto de Renda, a discussão sobre a sua constitucionalidade ou não deve continuar em busca de uma solução, face aos inúmeros processos com tal enfoque, ainda pendentes;

b) o Imposto de Renda incide sobre fato econômico ou jurídico que reflita, de modo concreto, uma disponibilidade material, que se apresenta como sendo uma capacidade possuída por alguém de, ao obter renda, usá-la, doá-la, usufruí-la, de acordo com a sua livre vontade, sujeitando-se, apenas, aos limites impostos para cada situação, em decorrência de valores jurídicos ou morais;

c) o Imposto de Renda só é devido quando há aumento do patrimônio, pois caracterizado fica ter existido um ganho, ao que a caracterização desta situação é juridicamente relevante a tal fim;

d) o art. 35 da Lei nº 7.713/88 pretende tributar o acréscimo patrimonial dos sócios ou acionistas, ou do titular de firma individual, o que leva a se concluir que se esse fato econômico não acontecer o referido artigo não pode ser aplicado;

e) ao dispor o § 1º do art. 35 da citada Lei que o lucro líquido do período-base deve ser apurado com base na legislação comercial, no caso, a Lei nº 6.404/76, tem-se a realidade jurídica de que, ao ser concluído o balanço, por ter sido apurado lucro líquido e haver, contabilmente, distribuição aos sócios, esse fenômeno não representa disponibilidade financeira, por não determinar a incorporação do valor ao patrimônio do beneficiário;

f) em face do afirmado na letra anterior, tem-se que, na data do encerramento do balanço, os lucros apurados das pessoas jurídicas não se transformam, imediatamente, em renda dos sócios, haja vista que, conforme disciplina o art. 192 da Lei nº 6.404/76, os resultados da empresa serão apresentados à assembléia geral, que decidirá, mediante proposta, sobre a destinação a ser dada ao lucro líquido;

g) os lançamentos contábeis que apuram o lucro líquido a ser distribuído são apenas expectativas de direito dos sócios, expectativa essa que não é fato gerador do Imposto de Renda;

h) a pretensão contida no aludido art. 35, de permitir a cobrança do Imposto de Renda em momento anterior ao de transferência dos valores apurados para o patrimônio do contribuinte, atrita-se com o objetivo constitucional que é o de permitir a tributação sobre a renda auferida pelo contribuinte, que se substancia em disponibilidade econômica ou jurídica, isto é, a faculdade dela dispor, por se encontrar livre e desembaraçada, o que não ocorre com o lucro líquido da empresa, ainda não distribuído.

Em face das conclusões anunciadas, fico ao lado daqueles que reconhecem a inaplicabilidade do art. 35 da Lei nº 7.713/88.

Reconhecida esta, uniformizo a jurisprudências das Turmas desta Corte, no sentido da conclusão acabada de ser manifestada”.

Do acórdão que decidiu o referido Incidente de Uniformização de Jurisprudência, foram desafiados embargos de declaração, que foram parcialmente providos, sob amparo dos

seguintes fundamentos:

“Como se verifica, não há, de modo expresse, a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo em apreço. Uniformizou-se a jurisprudência da Casa, unicamente, no sentido de não se aplicar o art. 35 da Lei nº 7.713/88, no caso de lucro distribuído, apenas contabilmente, aos sócios.

Encontrando-se os autos com parecer do Ministério Público Federal, o princípio da economia processual permite que, por ser conveniente para o ordenamento jurídico, que se aprecie, agora, em campo de embargos de declaração, a questão da declaração de constitucionalidade ou não do referido dispositivo por este Plenário.

Assim entendendo ser possível, voto no sentido de declarar parcialmente constitucional o art. 35 da Lei nº 7.713/88, para a produção dos efeitos legais no âmbito desta Corte, por me acostar ao pronunciamento do colendo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 172058-1-Santa Catarina, cuja ementa é a seguinte:

‘Recurso Extraordinário. Ato normativo declarado inconstitucional. Limites. Alicerçado o extraordinário na alínea b do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, a atuação do Supremo Tribunal Federal faz-se na extensão do provimento judicial atacado. Os limites da lide não a balizam, no que verificada declaração de inconstitucionalidade que os excederam. Alcance da atividade precípua do Supremo Tribunal Federal - de guarda maior da Carta Política da República.

TRIBUTO - RELAÇÃO JURÍDICA ESTADO/CONTRIBUINTE - PEDRA DE TOQUE.

No embate diário Estado/contribuente, a Carta Política da República exsurge com insuplantável valia, no que, em prol do segundo, impõe parâmetros a serem respeitados pelo primeiro. Dentre as garantias constitucionais explícitas, e a constatação não exclui o reconhecimento de outras decorrentes do próprio sistema adotado, exsurge a de que somente à lei complementar cabe “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” - alínea a do inciso III do artigo 146 do Diploma Maior de 1988.

IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE – SÓCIO-COTISTA.

A norma insculpida no artigo 35 da Lei nº 7.713/88 mostra-se harmônica com a Constituição Federal quando o contrato social prevê a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado, na data do encerramento do período-base. Nesse caso, o citado artigo exsurge como explicitação do fato gerador estabelecido no artigo 43 do Código Tributário Nacional, não cabendo dizer da disciplina, de tal elemento do tributo, via legislação ordinária. Interpretação da norma conforme o Texto Maior.

IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - ACIONISTA.

O artigo 35 da Lei nº 7.713/88 é inconstitucional, ao revelar como fato gerador do imposto de renda na modalidade “desconto na fonte”, relativamente aos acionistas, a simples apuração, pela sociedade e na data do encerramento do período-base, do lucro líquido, já que o fenômeno não implica qualquer das espécies de disponibilidade versadas no artigo 43 do Código Tributário Nacional, isto diante da Lei nº 6.404/76.

IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - TITULAR DE EMPRESA INDIVIDUAL.

O artigo 35 da Lei nº 7.713/88 encerra explicitação do fato gerador, alusivo ao imposto de renda, fixado no artigo 43 do Código Tributário Nacional, mostrando-se harmônico, no particular, com a Constituição Federal. Apurado o lucro líquido da empresa, a destinação fica ao sabor de manifestação de vontade única, ou seja, do titular, fato a demonstrar a

disponibilidade jurídica. Situação fática a conduzir à pertinência do princípio da despersonalização.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CONHECIMENTO - JULGAMENTO DA CAUSA.

A observância da jurisprudência sedimentada no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie (verbete nº 456 da Súmula), pressupõe decisão formalizada, a respeito, na instância de origem. Declarada a inconstitucionalidade linear de um certo artigo, uma vez restringida a pecha a uma das normas nele inseridas ou a um enfoque determinado, impõe-se a baixa dos autos para que, na origem, seja julgada a lide com apreciação das peculiaridades. Inteligência da ordem constitucional, no que homenageante do devido processo legal, avesso, a mais não poder, às soluções que, embora práticas, resultem no desprezo à organicidade do Direito'. (Rel. Min. Marco Aurélio, Trib. Pleno, em 30.06.95).

Com base na fundamentação resumida na ementa supra-anunciada, o colendo Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, conheceu 'recurso extraordinário para, decidindo a questão prejudicial da validade do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, declarar a inconstitucionalidade da alusão a "o acionista", a constitucionalidade das expressões "o titular de empresa individual" e "o sócio-quotista", salvo, no tocante a esta última, quando, segundo o contrato social, não dependa do assentimento de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não a de distribuição. No mérito, deliberou dar provimento parcial ao recurso para devolver o caso ao Tribunal a quo, a fim de que o decida, conforme o julgamento de prejudicial de inconstitucionalidade e os fatos relevantes do caso concreto. Vencido, em parte, o Ministro Ilmar Galvão, que declarava a constitucionalidade integral do dispositivo questionado'.

Diante das razões apresentadas no voto em apreciação, cujas razões colho para decidir, conheço dos embargos e lhes dou provimento parcial para declarar a inconstitucionalidade parcial do art. 35 da Lei nº 7.713/88, no tocante à expressão "o acionista", reconhecendo a constitucionalidade das expressões "o titular de empresa individual" e o "sócio-cotista", salvo, no tocante a esta última, quando, segundo o contrato social, não dependa do consentimento de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não a de distribuição. Voltem os autos à Turma para deliberar sobre os fatos concretos". A ementa da decisão adrede reproduzida restou assim redigida, verbis: "Embargos de Declaração. Possibilidade de, no seio dos mesmos, ser declarada explicitamente a inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal, quando o devido processo legal foi homenageado durante a tramitação do incidente de uniformização a que ele se refere.

1. O princípio da isonomia processual impõe que, em embargos de declaração, seja declarada explicitamente a inconstitucionalidade de norma legal, quando, após parecer do Ministério Público Federal, reconheceu o Pleno do Tribunal, em incidente de uniformização de jurisprudência, de modo implícito, a inaplicabilidade do referido dispositivo de lei, por se atritar com a Constituição Federal.

2. Declaração parcial da validade e eficácia do art. 35 da Lei nº 7.713/88, seguindo-se a orientação do colendo Supremo Tribunal Federal, para se declarar a inconstitucionalidade da alusão, em seu corpo, a 'o acionista', a constitucionalidade das expressões o 'titular de empresa individual' e o 'sócio-cotista', ressalvando-se, quanto a esta última, quando, segundo o contrato social, não dependa do assentimento de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não a de distribuição'. (Cf. texto contido na proclamação do acórdão proferido no RE 172.058-1-SC, STF).

3. Embargos conhecidos e providos parcialmente".

Penso, averbando a devida vênia aos que se posicionem em sentido contrário, que os adminículos que fiz transcrever, fundamentam apropriadamente o tema posto em debate;

no caso sub examine, a exigência contida no art. 35 da mencionada Lei nº 7.713/88 é incompatível com o Código Tributário Nacional - CTN, uma vez que o contrato social da impetrante, nas cláusulas 7ª (sétima) e 14ª (décima-quarta), prevê que a destinação do lucro apurado no exercício encerrado depende de deliberação societária.

Examino, pois, a possibilidade de serem compensados os créditos recolhidos a título de Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido (IRLL) com o Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), nos moldes do art. 66 da Lei nº 8.383/91.

O artigo 66 e seus parágrafos, da Lei nº 8.383, de 30.12.91, estatui:

“Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive as previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subseqüentes.

§ 1º - A compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie.

§ 2º - É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição.

§ 3º - A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do imposto ou contribuição corrigida monetariamente com base na variação da UFIR.

§ 4º - O Departamento da Receita Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS expedirão as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo”.

Disciplinou-se dessa forma o disposto no artigo 170 do CTN, que se encontrava sem regulamentação, resolvendo-se, ao menos em parte, a dificuldade com que se via o contribuinte que, indevidamente, recolhia qualquer tributo, eis que a repetição do indébito tributário, se requerida administrativa ou judicialmente, costumava demorar anos para alcançar o resultado pretendido.

Todavia, a Instrução Normativa nº 67, de 26.05.92, pretendeu limitar a utilização de tal prerrogativa estabelecida em favor do contribuinte, restringindo-a. O contribuinte, ao sentir do Fisco, apenas poderia utilizar-se do instituto da compensação para compensar, entre si, tributos e contribuições idênticas (vale dizer, PIS com PIS, FINSOCIAL com FINSOCIAL etc.).

As espécies tributárias, na Constituição Federal, acham-se dispostas no capítulo que trata do Sistema Tributário Nacional - artigos 145 a 162 - e classificam-se em: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições sociais.

Temos, pois, cinco espécies distintas de tributos; o que a Lei nº 8.383, de 1991, estabeleceu foi a possibilidade de compensação das diversas exações, desde que ostentassem a mesma natureza jurídica (vale dizer, fossem da mesma espécie tributária) e, por motivos óbvios, tivessem a mesma destinação orçamentária (ver artigo 167, inciso VI, da Carta Política de 1988).

Assim, é compreensível a determinação de se observarem as diversas espécies tributárias, em sede de compensação.

No entanto, frise-se bem, não se pode chegar ao absurdo de apenas aceitar a compensação entre tributos do mesmo código, pois cada código equivale a um tipo de tributo específico.

Por outro lado, não comungo com o entendimento de que o instituto da compensação esteja vinculado ao poder discricionário da Administração. A dicção do artigo 66 da Lei nº 8.383/91 é peremptória: “... o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subseqüentes”.

O que se deve entender por tributos e contribuições da mesma espécie?

São da mesma espécie os tributos e contribuições que tenham: (a) a mesma natureza jurídica; (b) a mesma destinação orçamentária. Essa última exigência deflui do que se encarta no inciso VI do artigo 167 da Constituição Federal de 1988, in verbis:

“São vedados:

I a V - omissis;

VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa”.

Vale dizer, se a compensação for admitida tomando-se por base apenas o primeiro referencial (compensação entre exações que tenham a mesma natureza jurídica - compensação entre as mesmas espécies tributárias), há o risco de inobservância da disposição constitucional adrede reproduzida.

Ora, demonstrado que existem créditos referentes a recolhimentos feitos para o IRL, penso que, à luz do disposto na Lei nº 8.383/91, não há destempero na decisão que venha de outorgar a compensação com o Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), vez que são tributos que ostentam a mesma natureza jurídica e têm uma mesma destinação orçamentária.

Forte nessas razões, dou provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 60.158-CE

Relator: O SR. JUIZ **LÁZARO GUIMARÃES**
Apelante: JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DO CEARÁ
Apelada: MARIA ZELY CARNEIRO
Advogados: DRS. OSVALDO ALVES DANTAS E OUTROS (APTE.) E FRANCISCO CESIDIO GOMES (APDA.)

EMENTA

Administrativo. Arquivamento dos atos constitutivos da sociedade comercial. Exigência da aposição de visto de órgão conveniado das entidades fiscais Federal, dos Estados e do Município sede. Sanção política inviável. Precedentes. Apelação e remessa improvidas.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 26 de maio de 1998 (data do julgamento).

JUIZ LÁZARO GUIMARÃES – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES: Junta Comercial do Estado do Ceará apela ante sentença que concedeu segurança para determinar o arquivamento dos atos constitutivos de sociedades das quais é sócia a autora, afastando-se a exigência de prova de quitação de tributos federais, estaduais e municipais. Alega, em resumo, que deveriam integrar a lide, como litisconsortes, o Município de Fortaleza, o Estado do Ceará e a União Federal.

Contra-razões pela confirmação da sentença. Dispensei nova ouvida do Ministério Público, dada a regra do art. 17 da Lei 1.533/51.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ LÁZARO GUIMARÃES (Relator): O convênio questionado impõe como condição para o arquivamento dos atos de constituição de sociedades, na Junta Comercial, a aposição do visto da CECAD, ou seja, das entidades federais, estaduais e municipais que indicam a existência ou não de débitos pendentes dos sócios ou de sociedade anterior. O mandado de segurança não ataca o ato normativo em si, mas o ato concreto da Junta Comercial de exigir o visto do órgão conveniado. Não há litisconsórcio passivo necessário.

A exigência de tal visto não encontra apoio em qualquer norma legal e conflita com a orientação pacífica dos tribunais superiores, expressa nas Súmulas 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal, que vedam a imposição pelo Fisco de sanções políticas.

É possível, e até louvável, o intercâmbio de informações entre as Receitas Federal, dos Estados e dos Municípios, mas não ao ponto de sobreposição ao ordenamento jurídico para criar restrições à livre constituição de sociedades comerciais. Se os pretendentes ao registro são devedores, que se efetive a cobrança, inclusive usando-se as prerrogativas e privilégios da Fazenda Pública.

Por essas razões, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 60.583-CE

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA**
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ – UFC
Apelado: CLÁUDIO LENZ CÉSAR
Advogados: DRS. REGINA LÚCIA LOPES JAGUARIBE (APTE.) E
RAQUEL COELHO LENZ CÉSAR (APDO.)

EMENTA

Administrativo. Ensino superior. Inscrição em concurso público. Falta de comprovação de quitação com a Justiça Eleitoral. Requisito de investidura. Art. 5º da Lei nº 8.112/90. Exigência inadmissível. Anistia do art. 1º da Lei nº 9.274/96. A exigência editalícia de apresentação do comprovante de quitação eleitoral e vedação de inscrição sem a entrega de toda a documentação, inadmitindo, inclusive, a sua juntada posterior ao prazo de inscrição, constitui, na verdade, requisito de investidura em cargo público, nos termos do art. 5º da Lei nº 8.112/90. Todavia, todos os eleitores que deixaram de votar nas eleições de 03 de outubro e 15 de novembro, dos anos de 1992 e 1994, foram anistiados, consoante dispõe o art. 1º da Lei nº 9.274, de 07 de maio de 1996, restando, pois, sem fundamento, a imposição da impetrada.

Apelação e remessa improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação 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, 7 de maio de 1998 (data do julgamento).
JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA: Trata-se de apelação e remessa oficial de sentença concessiva de segurança, impetrada por Cláudio Lenz César contra ato do Sr. Chefe do Departamento de Física da Universidade Federal do Ceará, objetivando assegurar o direito à inscrição no concurso público de Professor Adjunto daquele Departamento, que lhe foi negado, sob a alegação de que não foi apresentado o comprovante de votação.

O Magistrado a quo fundamentou o decisum no art 5º da Lei nº 8.112/90.

Segundo a apelante, a inscrição do impetrante no certame foi impossibilitada pela não apresentação do comprovante de quitação da obrigação eleitoral, conforme determina o art. 23 da Resolução nº 055/CEPE e o item 3 do Edital nº 07/96. Aduz, ainda, que não prosperam os argumentos do impetrante no que diz respeito ao art. 5º da CF.

Regularmente processados, subiram os autos e a mim couberam por distribuição.

Relatei.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): Versam os autos sobre a possibilidade de inscrição em concurso público sem a comprovação de quitação com a Justiça Eleitoral.

Segundo o item 3 do Edital do concurso, o candidato para inscrever-se deveria apresentar comprovantes de quitação eleitoral, e já o item 3.2 vedava a inscrição sem a entrega de toda a documentação, inadmitindo, inclusive, a juntada posterior ao prazo de inscrição.

Entretanto, a Lei nº 8.112/90, no art. 5º, dispõe que:

“Art. 5º - São requisitos básicos para investidura em cargo público:

I – a nacionalidade brasileira;

II – o gozo dos direitos políticos;

III – a quitação com as obrigações militares e eleitorais;

IV – o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo;

V – a idade mínima de dezoito anos;

VI – aptidão física e mental”. (Grifei).

Depreende-se, pois, que as exigências impostas aos candidatos por ocasião da inscrição, segundo a lei, só são imprescindíveis para a investidura, ou seja, após a realização do concurso, aos candidatos aprovados. Estes, sim, devem comprovar que possuem os requisitos legais para assunção do cargo.

Por sua vez, a Lei nº 9.274, de 07 de maio de 1996, no art. 1º, dispõe que:

“Art. 1º - Ficam anistiados os débitos dos eleitores que deixaram de votar nas eleições de 3 de outubro e 15 de novembro, dos anos de 1992 e 1994, bem como, nas mesmas eleições, dos membros das Mesas Receptoras que deixaram de atender à convocação da Justiça Eleitoral”.

Diante disto, conclui-se que a comprovação requerida restou sem fundamento, visto que, nos termos da citada lei, mesmo que o impetrante não possuísse tais comprovantes, o que não é o seu caso, a anistia o teria alcançado, tornando inadmissível a imposição da impetrada.

Por todo o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

Assim voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 60.642-PB

Relator: O SR. JUIZ **GERALDO APOLIANO**
 Apelantes: UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA-UFPB E
 INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS
 Apelado: JOSÉ ORIBE ROCHA DE ARAGÃO
 Advogados: DRS. ANTÔNIO NAMY FILHO E OUTROS E
 FLODOALDO CARNEIRO DA SILVA E OUTROS (APTES.) E
 JOSÉ CÂMARA DE OLIVEIRA E OUTRO (APDO.)

EMENTA

Constitucional, Administrativo e Previdenciário. Tempo de serviço insalubre anterior à instituição do regime estatutário (Lei nº 8.112, de 1990). Aplicação da legislação previdenciária aos celetistas. Conversão do tempo de serviço prestado em condições insalubres. Possibilidade.

1. O tempo de serviço prestado anteriormente à instituição do regime estatutário (Lei nº 8.112, de 1990) deve ser regido pela legislação então vigente. Direito do impetrante à contagem do seu tempo de serviço pelo Decreto nº 89.312, de 1991, então em vigor. Improcedência da alegação de mera expectativa de direito. Precedente firmado na AMS nº 36.878-CE.

2. Havendo o impetrante, na qualidade de empregado de autarquia, laborado sob condições insalubres, em período anterior à instituição do regime estatutário, tem direito à conversão do tempo de serviço, segundo os critérios vigentes à época, para fins de obtenção da aposentadoria pretendida.

3. Irrelevância da inexistência da lei complementar referida no artigo 40, § 1º, da Constituição da República, posto que a exigência reporta-se, tão-somente, ao período ulterior à instituição do Regime Jurídico Único, não prevalecendo relativamente ao período regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT.

4. Apelações improvidas. Remessa oficial parcialmente provida, face à impossibilidade de aplicação, à espécie, da Lei nº 8.213, de 1991, e do Decreto que a regulamentou, atos normativos posteriores à prestação do tempo de serviço que se pretende converter. Incidência do Decreto nº 89.312, de 1984, vigente ao tempo em que o impetrante subordinava-se ao regime celetista.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações e dar provimento, em parte, 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, 11 de dezembro de 1997 (data do julgamento).

JUIZ GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO: José Oribe Rocha de Aragão impetrou o presente mandado de segurança contra atos praticados pelo Magnífico Reitor da

Universidade Federal da Paraíba – UFPB – e pelo Superintendente Estadual do Instituto Nacional do Seguro Social no Estado da Paraíba.

Segundo o impetrante, desenvolveu atividades de ensino em condições consideradas insalubres, conforme descrição de fls. 63 dos autos; esse tempo, conforme sustenta, há de ser convertido pelo fator 1.4, de acordo com o artigo 57, § 3º, da Lei nº 8.213, de 1991, c/c o artigo 64 e respectiva tabela do Decreto nº 611, de 1992.

Ocorre que, ao requerer certidão de tempo de serviço com conversão do período de 1º.11.76 a 31.12.90⁴¹ Lapso de tempo compreendido entre o início das atividades prestadas em condições insalubres até o advento do regime estatutário, onde não mais se previu a conversão de tempo de serviço insalubre.1, prestado em condições insalubres, pelo fator 1.4, com arrimo nos dispositivos supra-indicados, viu indeferida a postulação.

Destaca-se que o período indigitado, correspondente a 14 (quatorze) anos de serviço em condições de insalubridade, se convertido de acordo com a tabela do artigo 64 do Decreto nº 611, de 1992, totalizaria 19,6 anos, tempo necessário à obtenção da aposentadoria pretendida.

O MM. Juiz *a quo* reservou a apreciação do pedido de liminar para momento posterior à apresentação das informações pela autoridade impetrada (fls. 67).

A autoridade impetrada bateu-se pela denegação do mandamus, com arrimo no artigo 40, § 1º, da atual Carta Política; destacou-se que, de acordo com o citado dispositivo, somente poderia haver conversão do tempo de serviço dedicado a atividades insalubres após a edição da lei complementar ali prevista. As leis previdenciárias, aplicáveis aos trabalhadores celetistas, não poderiam ser invocadas, in casu, haja vista a condição de servidor estatutário do impetrante (fls. 72/75).

O Superintendente Estadual do INSS (fls. 78/79) sustentou, em preliminar, ser parte ilegítima para figurar na relação processual. No mérito, invocou o indigitado artigo 40, § 1º, da atual Carta Magna. A medida liminar foi denegada.

No parecer de fls. 90 usque 92, sustentou-se carência de ação; no mérito, opinou-se pela concessão da segurança.

A decisão monocrática (fls. 94/100) concedeu a ordem; após rejeitadas as preliminares argüidas, invocou-se julgado deste Tribunal, Relator o eminente Juiz Ridalvo Costa, e no qual se concedeu a segurança em situação análoga à referida nos autos (no aresto referido, ressaltou-se que a contagem dos tempo de serviço haveria de regular-se pela lei vigente ao tempo em que foi prestado).

Inconformados, recorreram a UFPB e o INSS (apelações de fls. 104/112 e 118/123, respectivamente).

Aduziu a Universidade, em suas razões recursais, que o impetrante não teria direito adquirido à contagem do tempo de serviço pelas regras da legislação previdenciária, mas mera expectativa de direito, posto haver a Lei nº 8.112, de 1990, sido editada antes do perfazimento do tempo suficiente para sua aposentadoria.

Transcreveu, ainda, acórdão do Tribunal de Contas da União, onde se averba o entendimento de que a contagem ponderada de tempo de serviço, relativa ao exercício de atividades consideradas insalubres, somente é aplicável “àqueles inativados pela Previdência Social, sendo inadmissível sua aplicação no Serviço Público Federal”.

Salienta-se, alfim, a inexistência da lei complementar referendada no multicitado artigo 40, § 1º, da Carta Magna.

Já o INSS ressaltou ser inadmissível, na contagem recíproca de tempo de serviço, a prevalência de quaisquer condições especiais, tal qual preceitua o artigo 96, inciso I, da Lei nº 8.213, de 1991. Sentença sujeita ao reexame necessário.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ GERALDO APOLIANO (Relator): Pretende-se a conversão do tempo de serviço celetista, prestado em condições insalubres, pelo fator 1.4, conforme previsto no artigo 64 e tabela do Decreto nº 611, de 1992.

Destaca o impetrante que, se contado o período linearmente, ter-se-iam apenas 14 (quatorze) anos de serviço, ao passo que, procedendo-se à conversão prevista no citado artigo, totalizar-se-iam 19,6 anos (tempo este necessário à obtenção da aposentadoria ambicionada).

O tempo de serviço cuja conversão se pretende refere-se ao período compreendido entre 1º.11.76 (data em que o impetrante ingressou, na condição de empregado celetista, na Universidade Federal da Paraíba) e 31.12.90 (data em que começou a vigorar o regime estatutário dos servidores públicos civis das autarquias federais, vale dizer, data em que perdeu o impetrante a qualidade de empregado público, para adquirir a de servidor estatutário).

Não pleiteia o impetrante/apelado a conversão do tempo de serviço prestado após a edição do Regime Jurídico Único (Lei nº 8.112, de 1990) porque, com a edição do citado diploma, e a transformação dos então empregados em servidores públicos, passou a ser inaplicável a legislação previdenciária invocada, incidente, apenas, nas relações empregatícias. Cumpre observar, aqui, que é só a legislação previdenciária aplicável aos celetistas que prevê a possibilidade de conversão do tempo de serviço insalubre; quanto aos servidores públicos, ainda não foi elaborada a lei complementar referida na Constituição Federal (artigo 40, § 1º, da Lei Maior).

Asseveram os apelantes, entretanto, que não se poderia conceder a segurança em virtude da inexistência da lei complementar prevista no referido dispositivo constitucional.

Para maior comodidade no destramar da questão, transcrevo o indigitado artigo 40, § 1º, da Carta Magna:

“Art. 40. O servidor será aposentado:

I e II – omissis;

III – voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b) omissis;

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) omissis.

§ 1º Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, a e c, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas”.

Penso, rogando a máxima vênua aos entendimentos divergentes, que o dispositivo constitucional – refiro-me ao artigo 40, § 1º, da Lei Maior – não obsta o reconhecimento do direito do impetrante.

Malgrado o dispositivo se reporte à lei complementar, tenho que a exigência de tal diploma legal somente se imporia a partir da edição do Regime Jurídico Único (Lei nº 8.112, de 1990).

Deveras, antes da edição do mencionado regime (estatutário), encontrava-se o apelado/impetrante submetido às leis trabalhistas. Por ser o apelado empregado da autarquia, não se enquadrava na previsão do retrocitado § 1º do artigo 40 da Constituição Federal, posto referir-se tal dispositivo, não aos empregados da Administração Pública, mas aos servidores, situação na qual não se enquadrava o apelado, até a edição da Lei nº 8.112, de 1990.

A exigência de lei complementar (§ 1º do artigo 40 da Constituição Federal de 1988), destarte, somente se impõe em relação ao período ulterior à instituição do Regime

Jurídico Único.

Relativamente ao período em que o apelado esteve sob a égide das leis trabalhistas, era plenamente aplicável a legislação previdenciária concernente a funcionários submetidos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT –, até porque inexistia um diploma legal específico a respeito da aposentadoria dos “empregados públicos”.

Do exposto se infere, portanto, que, durante o período de 1º.11.76 a 31.12.90, por se encontrar o apelado na condição de empregado da autarquia, encontrava-se submetido ao Decreto nº 89.312, de 1979, tendo em vista ser esse o diploma regente (à época) do sistema previdenciário dos celetistas.

A contagem do tempo de serviço, dessarte, haveria de ser efetuada nos moldes então vigorantes, vale dizer, com base na legislação previdenciária então vigente para os trabalhadores regidos pela CLT.

Cumpra salientar, contudo, que se equivoca o impetrante/apelado ao pretender invocar a Lei nº 8.213, de 1991, e o Decreto que a regulamenta, haja vista serem tais diplomas posteriores à transformação do regime celetista em estatutário. A tabela constante do artigo 64 do Decreto nº 611, de 1992, não há de ser aplicada à espécie, posto ser ulterior à prestação do serviço que se pretende converter.

Aplicável à hipótese, penso, é o Decreto nº 89.312, de 1984 (Consolidação das Leis da Previdência Social), em vigor à época na qual o apelado ostentava a condição de celetista.

Referido Decreto preceituava, em seu artigo 35, § 2º, in verbis:

“Art. 35. Omissis;

§ 2º O tempo de serviço exercido alternadamente em atividade comum e em atividade que seja ou venha a ser considerada perigosa, insalubre ou penosa é somado, após a respectiva conversão, segundo critérios de equivalência fixados pelo MPAS, para efeito de qualquer espécie de aposentadoria”.

Depreende-se, do dispositivo susotranscrito, que realmente já existia, à época, a possibilidade de conversão do tempo de serviço prestado em condições insalubres.

Embora não seja aplicável a Lei nº 8.213, de 1991, observa-se que o diploma legal regente à época já instituía a previsão de conversão do tempo de serviço prestado em condições de insalubridade. A conversão do tempo do serviço do apelado, insisto, haverá de ser feita segundo os critérios então em vigor.

Não prosperam, por outro lado, as alegativas da UFPB, respeitantes à inexistência de direito adquirido à contagem do tempo de serviço pela norma então em vigor. Sustenta a autarquia que haveria, tão-somente, uma expectativa de direito, vale dizer, que o apelado teria mera expectativa de ver seu tempo de serviço contado de acordo com as normas então vigorantes.

Assevera, ainda, que a contagem há de ser feita segundo a norma que estiver em vigor ao tempo em que for completado o interstício necessário à obtenção da aposentadoria, ou seja, segundo a Lei nº 8.112, de 1990. Conclui que, em não prevendo esta lei a conversão do tempo de serviço prestado em condições insalubres, e inexistindo a lei complementar apontada pelo artigo 40, § 1º, da Constituição da República, inviável se torna a concessão da segurança requestada.

Penso, data maxima venia, que teria o apelado direito adquirido à contagem do tempo de serviço segundo as leis em vigor à época em que prestado o aduzido serviço. Não seria tal contagem regulada pela lei vigente somente ao tempo em que se completar o interstício necessário à obtenção da aposentadoria, mas pelo diploma vigente durante a prestação do serviço, ou seja, o Decreto nº 89.312, de 1984.

Não há, portanto, mera expectativa de direito, mas direito adquirido à contagem do tempo de serviço nos moldes então em vigor, vale dizer, de acordo com as normas aplicáveis às relações de emprego.

Na mesma linha do pensamento aqui exposto se posiciona o julgado proferido, neste Tribunal, na AMS nº 36.878-CE, onde foi Relator o Juiz Ridalvo Costa. Confira-se o teor da ementa, in verbis:

“Administrativo. Aposentadoria. Anuênio. Ex-celetista. Regime Jurídico Único. Tempo de serviço. Insalubridade. Contagem do prazo. Direito adquirido.

Proibição da contagem do tempo de serviço público celetista - Lei nº 8.162/91, art. 7º, inciso I.

Servidor que se encontrava sob a égide do regime celetista quando passou a vigor a Lei nº 8.112/90 tem o direito adquirido à averbação do tempo de serviço prestado em condições de insalubridade, na forma da legislação anterior.

Ofensa ao direito adquirido. O art. 100 da Lei nº 8.112/90 havia assegurado o cômputo de todo o tempo de serviço público (estatutário ou celetista) prestado pelo servidor.

Apelação e remessa improvidas.

Manutenção da sentença”. (Julg. 09.06.94, in DJ 15.07.94, p. 37987).

Não merece acolhida, da mesma forma, o argumento do INSS, pertinente à contagem recíproca do tempo de serviço.

Invoca o Instituto o artigo 96, inciso I, da Lei nº 8.213, de 1991, que proíbe, na contagem recíproca de tempo de serviço, a contagem em condições especiais (tais como a conversão do tempo de serviço prestado em condições insalubres).

Estou em que o dispositivo é inaplicável à espécie; deveras, cuida a mencionada regra das hipóteses em que o segurado labora, em seqüência, sob regimes diferentes. É a hipótese, verbi gratia, em que o indivíduo, havendo trabalhado no serviço público, passa para a iniciativa privada (ou vice-versa), pretendendo ver computado, para fins de aposentadoria, o tempo de serviço prestado no anterior regime.

A vedação contida no referido artigo 96, inciso I, não incide no caso vertente, em razão de não haver o apelado trabalhado para a iniciativa privada.

Observe-se que, in casu, não optou ele por trabalhar sob regime diverso. A mudança do seu regime celetista para o estatutário decorreu de expressa dicção de lei, vale dizer, operou-se pela superveniência de fato para o qual não concorreu.

O dispositivo versa, distintamente, sobre as situações em que o indivíduo opta por regime diverso, vale dizer, em que sai do serviço público para trabalhar na iniciativa privada, ou, ao contrário, em que deixa a iniciativa privada para ser servidor público.

Induvidosa, portanto, a inaplicabilidade do artigo 96, inciso I, da Lei nº 8.213, de 1991.

Do exposto se verifica a improcedência dos argumentos recursais, sendo de se reformar a sentença apenas no que se refere à impossibilidade de aplicação do artigo 64 e respectiva tabela do Decreto nº 611, de 1992, haja vista ser posterior aos fatos versados.

Aplicáveis, em meu pensar, são os critérios vigentes à época do Decreto nº 89.312, de 1984, posto ser o diploma legal vigorante ao tempo dos serviços prestados.

Forte nessas razões, nego provimento às apelações e dou parcial provimento à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 62.075-PB

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**
Apelante: **VÂNIA PERAZZO BARBOSA HLEBAROVA**
Apelado: **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS**
Advogados: **DRS. EMERSON MOREIRA DE OLIVEIRA E OUTROS (APTE.) E MARIA DAS DORES VIANA MONTENEGRO E OUTROS (APDO.)**

EMENTA

Mandado de Segurança. Previdência Social. Estudante. Segurado-facultativo-bolsista. Lei 7.004/82. Revogação pela Lei nº 8.213/91.

- Mandado de segurança contra negativa de cadastramento de estudante como segurada-facultativa-bolsista perante a Previdência Social, retroativamente, pelo período correspondente a agosto/1972 a agosto/1974.
- O direito à filiação de estudante somente ocorreu com a Lei nº 7.004/82, revogado posteriormente pela Lei nº 8.213/91 - o art. 137 foi taxativo quanto à revogação do Programa da Previdência Social aos estudantes.
- É certo que o Regulamento aprovado pelo Decreto nº 611/92 se referia ao tempo de serviço, que poderia ser reconhecido em qualquer época (art. 188). Entretanto, tal disposição não aproveita ao período pretendido, visto que à época não havia autorização legal para a filiação da impetrante ao regime previdenciário.
- Ainda que se admitisse a procedência das alegações, não seria possível a concessão da segurança, face à ausência de prova de que a impetrante foi estudante bolsista no período questionado.
- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 7 de maio de 1998 (data do julgamento).

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Vânia Perazzo Barbosa Hlebarova, com pedido de liminar, contra ato do Diretor da Divisão de Seguro Social do INSS, que negou-lhe amparo legal para cadastrar-se como segurada-facultativa-bolsista perante a Previdência Social, retroativamente, pelo período correspondente a agosto/1972 a agosto/1974.

A impetrante era participante do Programa da Previdência Social aos Estudantes, instituído pela Lei 7.004/82, que foi extinto pela Lei 8.213/91.

Em 16.02.1996, requereu junto ao INSS autorização para efetuar recolhimento como segurada-facultativa-bolsista, nos termos dos Decretos nºs 83.081/79 e 90.817/85, c/c os Decretos 611/92 e 612/92, relativo a 1º de agosto/72 a 1º de agosto/74, porém, no dia 12.07.96, teve seu pleito negado, sob o argumento de que não encontrava amparo legal em face do disposto no Memo-circular nº 13.700.0/02/96.

O impetrado informou que ao segurado-facultativo-estudante não foi estendida a permissividade de reconhecimento e conseqüente recolhimento de contribuições de períodos anteriores à Lei 8.213/91.

O Juízo monocrático entendeu que não há o pretendido direito líquido e certo da impetrante, posto que apenas através da Lei nº 7.004/82, arts. 1º e segs., a categoria estudantes foi abrangida pela Previdência Social, e denegou a segurança impetrada.

Nas suas razões, a parte autora reclamou que "a qualquer tempo pode haver reconhecimento de filiação de segurado facultativo, desde que atendidos os requisitos de ser estudante (dentre outros), ter idade superior a 14 anos, não ter exercido

concomitantemente atividade considerada de filiação obrigatória, e indenizado o INSS pelo período pretendido, com as implicações jurídicas decorrentes, tudo apoiado no art. 8º, parágrafo único, alínea c, art. 15, VI, art. 58, VI, art. 188, art. 189, parágrafo único, do Decreto 611/92". Pediu a reforma da r. sentença.

Apresentadas as contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): A r. sentença denegou a segurança pela ausência do direito líquido e certo da pretensão de efetuar o recolhimento de contribuições devidas como segurada estudante, no período de agosto de 1972 a agosto de 1974.

A apelante pede a reforma da sentença, argumentando que o pleito tem fundamento no inciso IV do art. 6º do Decreto 83.081/79, com as alterações do Decreto nº 90.817/85, bem como pelo disposto no art. 8º, parágrafo único, alínea c, c/c artigos 188, 189 e 190, do Decreto 611/92, em consonância com o art. 13, parágrafo único, alínea c do Decreto nº 612/92, que teria facultado ao estudante a filiação à Previdência Social Urbana, bem como reconheceu o seu direito de filiação a qualquer época.

Alega, ainda, que a decisão denegatória se mostra sem qualquer fundamentação, como determina a Carta Magna em vigor.

A sentença está suficientemente fundamentada. Em suma, entendeu que o direito à filiação do estudante somente ocorreu com a Lei nº 7.004/82, todavia esse diploma legal foi revogado pela Lei nº 8.213/91, ora em vigor. Ressalta que a situação em exame não se enquadra na de aluno-aprendiz, com percepção de retribuição pecuniária, nem na de estudante que contribuiu para o Programa da Previdência ao tempo de sua vigência.

Está afastado, assim, o vício apontado.

O outro argumento é de que o Executivo não pode ocupar o espaço reservado ao âmbito da lei.

A tese é verdadeira. Se o regulamento excede os limites que são próprios, mostra-se sem valia para a disciplina da matéria específica.

Todavia, não foi o que aconteceu no caso em exame. Basta que se leia o tópico específico da sentença:

“Em verdade, o reconhecimento da condição de segurado, para fins de filiação de estudante, apesar das disposições legais referidas -Dec nº 611/92, art. 8º, parágrafo único, alínea c, art. 15, VI, art. 58, VI, art.188, art. 189, parágrafo único, art. 190, art. 191 e art. 198; Dec nº 612/92, arts. 10 e 13, parágrafo único, alínea c - e da predisposição da impetrante em indexar a Previdência Social, esbarram na lacuna atualmente existente no direito positivo a respeito da matéria. Já a Lei nº 7.004/82, instituidora do Programa da Previdência Social aos Estudantes, restou derrogada, no particular, pela Lei nº 8.213/91, por sua vez regulamentada pelo Decreto nº 611/92, o chamado Regulamento Geral da Previdência Social; vale ressaltar que o art. 137 da referida Lei nº 8.213/91 foi taxativo quanto à revogação do Programa da Previdência Social aos Estudantes”. (Fls. 41).

A pretensão mostra-se completamente órfã de amparo legal. A legislação invocada na inicial não assegura o direito de filiação ao regime previdenciário do estudante que prestou serviços antes de sua vigência. É certo que o Regulamento aprovado pelo Decreto nº 611/92 se referia ao tempo de serviço, que poderia ser reconhecido em qualquer época (art. 188). Todavia, tal disposição não aproveita à impetrante, tendo em vista que, no período aludido da impetração, de agosto de 1972 a agosto de 1974, não havia autorização legal para a sua filiação ao regime previdenciário.

Observe, por fim, que o Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança

pela falta de preconstituição de provas. De fato. Ainda que se admitisse a procedência das alegações, não seria possível a concessão da segurança. Há nos autos requerimentos quanto ao alegado tempo de serviço. Todavia, nenhum documento prova que a impetrante, efetivamente, foi estudante bolsista no período questionado.

Não vejo, pois, respaldo para a reforma da r. sentença.

Isto posto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 62.088-PB

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA**
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS
Apelado: RICARDO FRANKLIN CAVALCANTI SOBRAL
Advogados: DRS. FLODOALDO CARNEIRO DA SILVA E OUTROS (APTE.) E
LUÍS FERNANDO PIRES BRAGA E OUTRO (APDO.)

EMENTA

Administrativo. Constitucional. Servidor público. Ex-celetista. Certidão de tempo de serviço prestado sob condições insalubres. Direito adquirido.

- À época da implantação do Regime Jurídico Único - Lei nº 8.112/90, cujas disposições incidem tão-somente sobre o tempo de serviço prestado sob a sua égide, o direito do servidor de computá-lo com acréscimo já se encontrava incorporado ao seu patrimônio.

- A não observância da legislação vigente à época constitui violação a direito individual inculcado no art. 5º, XXXVI, do texto constitucional.

- As certidões, portanto, devem ser fornecidas de acordo com o dispositivo legal em vigor à ocasião em que o serviço foi prestado ao órgão público, considerando-se o regime sob o qual se achava subordinado o servidor.

- Apelação e remessa improvidas.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 20 de agosto de 1988 (data do julgamento).

JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA: Trata-se de apelação do INSS, além de remessa oficial, de sentença concessiva de segurança impetrada por Ricardo Franklin Cavalcanti Sobral contra ato do Superintendente Regional do INSS/PB, objetivando certidão de tempo de serviço prestado sob o regime celetista, com os adicionais de direito previstos na legislação aplicada ao professor, pelo exercício de trabalho penoso e de atividades sob condições insalubres (Decreto nº 611/92 - com a redação dada pelo Decreto nº 2.172/97, combinado com os Decretos nºs 53.811/64, 83.080/79 – com redação dada pelo Decreto 87.374/82), além das anotações de praxe na ficha individual.

Embasado em precedentes, o Magistrado a quo entendeu possuir o impetrante o direito à certidão pretendida.

O INSS apela, sustentando ser totalmente indevido o acréscimo pretendido, em virtude da Constituição Federal determinar, no art. 40, § 1º, que exceções ao disposto no inciso III, alíneas a e c, somente poderão ser estabelecidas através de lei complementar, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

Contra-razões apresentadas (fls. 63/67).

Regularmente processados, subiram os autos para desembargo.

Relatei.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): Visa o presente recurso à conversão do tempo de serviço prestado sob o regime celetista, cujas regras estabeleciam o cômputo com acréscimo do serviço realizado em condições insalubres, na proporção de 40% para homem e 20% para mulher.

Observe-se, porém, que o apelado não objetiva a concessão da aposentadoria, mas sim o fornecimento de Certidão de Tempo de Serviço prestado em condições especiais, com o acréscimo previsto na legislação pertinente.

Ora, à época da implantação do Regime Jurídico Único - Lei nº 8.112/90, cujas disposições incidem tão-somente sobre o tempo de serviço prestado sob a sua égide, o direito do servidor de computá-lo com acréscimo já se encontrava incorporado ao seu patrimônio. Assim, a não observância da legislação vigente à época, violaria, sem sombra de dúvida, direito individual insculpido no art. 5º, XXXVI, do texto constitucional.

Por essa razão, entendo que as certidões devem ser fornecidas de acordo com o dispositivo legal em vigor à ocasião em que o serviço foi prestado ao órgão público, considerando-se o regime sob o qual se achava subordinado o servidor.

Ressalte-se, ainda, que as regras do inciso I do art. 4º da Lei nº 6.226/75 são inaplicáveis ao caso em comento, porquanto as exigências ali contidas não alcançam os serviços prestados sob o regime estatutário.

Precedentes desta Corte confirmam o entendimento aqui esposado, dentre os quais destaco os de ementas:

“Constitucional. Administrativo e Previdenciário. Tempo de serviço insalubre prestado sob vínculo empregatício. Aplicação da legislação previdenciária aos celetistas. Conversão do tempo de serviço prestado em condições insalubres. Possibilidade.

1 - Havendo o impetrante, na qualidade de empregado de empresa pública, laborado sob condições insalubres, tem direito à conversão do tempo de serviço, segundo os critérios vigentes à época, para fins de obtenção da aposentadoria pretendida junto ao serviço público federal.

2 - Irrelevância da inexistência da lei complementar referida no artigo 40, parágrafo 1º, da Constituição da República, posto referir-se a exigência, tão-somente, ao serviço prestado sob a égide do Regime Jurídico Único, não se impondo relativamente ao período regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT.

3 - Apelação improvida. Remessa oficial parcialmente provida, em virtude da impossibilidade de aplicação da Lei nº 8.213, de 1991, e do Decreto que a regulamenta, diplomas legais posteriores à prestação do serviço que se pretende converter. Incidência da Lei nº 3.807, de 1966 (até 1976), e do Decreto nº 77.077, de 1976 (de 1976 em diante), atos normativos em vigor ao tempo em que o impetrante se achava subordinado ao regime celetário”.

(AMS 61156-AL, j. em 12.02.98. Relator: Juiz Geraldo Apoliano -Terceira Turma).

“Previdenciário. Mandado de Segurança. Conversão de tempo de serviço. Atividade

especial em comum. Possibilidade. Averbação de tempo de segurado facultativo na qualidade de estudante para fins de cômputo de tempo de serviço. Não comprovação.

1 - A conversão de tempo de serviço consiste na transformação de período de trabalho perigoso, penoso ou insalubre em comum, ampliando-se o interregno laboral em número de dias, conforme tabela de equivalência, defluente da relação matemática entre 15, 20 e 25 anos.

2 - Restando devidamente comprovado o tempo de trabalho, bem como a atividade exercida em condições especiais, é de conceder-se a pretendida conversão do regime especial para o regime comum.

3 - (...)

4 - (...)"

(AMS 59620-PB, j. em 03.03.98. Relator: Juiz Petrucio Ferreira -Segunda Turma).

Face ao exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

Assim voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 62.657-AL

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
Apelados: MARTHA ROBERTA DOS SANTOS ARAÚJO e OUTROS
Advogados: DRS. IALDO BEZERRA PEREIRA e OUTROS (APTE.) E
FLÁVIA PADILHA BARBOSA e OUTRO (APDOS.)

EMENTA

Administrativo. Vantagem vencimental. Servidor público. Extensão por ato administrativo. Posterior supressão. Devido processo legal. Incabimento.

1. Hipótese em que servidores de autarquia federal de ensino obtiveram, por ato administrativo extensivo, percentual relativo à URP de fevereiro de 1989, então para fins de equiparação aos que o haviam conseguido pela via judicial.

2. Mandado de segurança preventivo impetrado no primeiro grau para ver respeitado o princípio do devido processo legal em futura supressão da vantagem: descabimento da concessão da segurança, visto que à Administração é lícito corrigir de ofício seus atos, e, na espécie, cuida-se de percentual afastado pela jurisprudência dos Tribunais pátrios.

3. Apelação e remessa providas. Segurança cassada.

ACÓRDÃO

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

Recife, 30 de abril de 1998 (data do julgamento).

JUIZ CASTRO MEIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: A r. sentença concedeu a segurança preventiva requestada, reconhecendo inadmissível a iminente supressão, sem a observância do princípio do devido processo legal, de vantagem vencimental de servidores públicos

recebida por força de extensão decorrente de decisão administrativa que os beneficiaria após êxito judicial de outros servidores.

Considerou o ilustre Magistrado singular imperiosa a instauração, para tal fim, do competente procedimento administrativo, sem o qual carece de legitimidade o ato da Administração, uma vez que incompatível com a disciplina constitucional aplicável - art. 5º, LV, da vigente Carta Magna.

Apela a UFAL - Universidade Federal de Alagoas. Esclarece que a percepção do percentual de 26,05% (URP de fevereiro de 1989) pelos recorridos remonta a dezembro de 1993, quando o seu Magnífico Reitor o estendeu à totalidade dos servidores da autarquia de ensino. Relata que ainda não adotou qualquer providência supressiva da vantagem, limitando-se a levantar os nomes de quantos a recebem administrativamente. Enfatiza, contudo, a uniformidade do entendimento das Cortes do país acerca da inexistência de direito no particular - daí o julgamento de inconstitucionalidade pelo col. Supremo Tribunal Federal.

O recurso busca esteio em sentença prolatada pelo MM. Juiz da 2ª Vara - SJ/AL. Assevera inexistir ofensa à garantia de irredutibilidade dos vencimentos, nesse aspecto coligindo ensinamento de Hely Lopes Meirelles.

As contra-razões salientam o acerto do julgado monocrático, dada a efetiva indispensabilidade do atendimento ao devido processo legal como forma de tornar regular a atuação da Administração em seara de redução de vencimentos de servidores. Defendem a legalidade da concessão do reajuste debatido, e repelem a agressão à irredutibilidade dos salários.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): Foi invocada preliminar quanto à ilegitimidade passiva ad causam, tendo em vista que o ato praticado decorreu de determinação de autoridade do Ministério de Administração Federal e Reforma do Estado. Também se alega estar ausente o direito líquido e certo. Considero superada a preliminar, tendo em vista que foi encampado o ato praticado pela autoridade tida como responsável pelo ato impugnado. Além disso, estou convencido de que a sentença merece ser reformada.

Senão, vejamos.

A segurança foi concedida a título de prestigiar-se o devido processo legal, nos termos do art. 5º, itens LIV e LV, da Constituição Federal.

Enfatizou, a propósito, o ilustre sentenciante:

“1. Apesar de o reajuste aludido ter sido implantado através do procedimento administrativo, cuja legalidade está sendo agora questionada e revisada pela administração universitária, conforme lhe assegura a Súmula nº 473 do STF, entendo que não se pode desconsiderar o princípio do devido processo legal, garantido constitucionalmente. Os vencimentos dos servidores públicos constituem bem que, mormente em razão de seu caráter alimentar, somente podem ser atingidos ou reduzidos através de procedimento administrativo, em que assegurada a participação do servidor, e nunca unilateralmente pela Administração”. (Fls. 63).

Portanto, no entender de S. Exa., seria necessária a instauração de um processo, a fim de que os servidores fossem chamados a oferecer defesa para, só então, ser suspenso o pagamento de um percentual que a Suprema Corte tem reiteradamente considerado indevido, a exemplo do seguinte precedente:

"Servidor. Reajuste de vencimentos. URP. Fevereiro de 1989. Decreto-lei nº 2.335/87. Lei nº 7.730/89. Inexistência de direito adquirido.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar na ADIN 694 a questão do reajuste mensal instituído pelo Decreto-lei nº 2.335/87, afastou a existência de direito adquirido ao percentual de 26,05% relativo à reposição da URP sobre os vencimentos do mês de fevereiro de 1989, em face de ter ocorrido revogação por norma superveniente - Lei nº 7.730/89 - que apanhou em curso as parcelas a ele correspondentes, antes de consumar-se o período aquisitivo.

- Recurso extraordinário conhecido e provido". (RE 208546-RJ, STF, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T).

Com o devido respeito aos que pensam em sentido contrário, a interpretação literal e a compreensão formalista do devido processo legal culminarão por tornar impossível o próprio funcionamento da Administração Pública. A instauração de um procedimento, no caso em exame, não tem qualquer sentido. Trata-se de corrigir um equívoco. A extensão do benefício, que se revelou indevido, aos demais servidores não tem amparo legal, nem se justifica sob qualquer fundamento. Como é cediço, a Administração pode corrigir de ofício seus próprios erros. É o que preconiza a Súmula nº 473 do col. Supremo Tribunal Federal:

"A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Não se invoque o direito adquirido, nem o princípio da isonomia. Não há direito adquirido de ato nulo. A isonomia não pode ser trazida à baila para justificar benefícios que o supremo intérprete da Constituição já proclamou indevidos.

Nesse sentido, bem assinalou o em. Juiz Federal Dr. Paulo Roberto de Oliveira Lima, que, durante algum tempo, me substituiu nesta Turma:

"Se alguns servidores venceram as demandas que propuseram, ante o vacilo jurisprudencial que medrou durante certo tempo, isso não confere direito subjetivo aos demais. O princípio isonômico nesta hipótese deve funcionar para justificar a revisão remuneratória dos que venceram indevidamente suas demandas, e não ao oposto como reclamado pelo postulante". (Fls. 78).

Não vislumbrando qualquer ilegalidade no ato praticado, dou provimento à apelação e à remessa oficial para reformar a sentença e denegar a segurança, condenando os impetrantes nas custas processuais.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 63.123-CE

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA**
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC
Apelados: JOSÉ ALBÉRSIO DE ARAÚJO LIMA E OUTRO
Advogados: DRS. REGINA LÚCIA LOPES JAGUARIBE E OUTROS (APTE.) E FRANCISCO CESÍDIO GOMES (APDOS.)

EMENTA

Administrativo. Servidor público. GADF - Gratificação de Atividade por Desempenho de Função. Cálculo incidente sobre os vencimentos dos cargos de direção (CD) ou funções gratificadas (FG). Lei nº 8.168/91. Lei Delegada nº 13/92. Lei nº 8.538/92. O art. 14, § 1º, da Lei Delegada nº 13/92, com a redação dada pelo art. 5º da Lei nº 8.538/92, assegura o direito à percepção da GADF.
- Inquestionável o direito dos servidores à percepção da gratificação nos moldes em que

fora incorporada. Incidência da Súmula nº 359 do STF.
- No caso dos autos, observou-se, ainda, que a Administração, ao sustar o pagamento da referida gratificação, violou direito adquirido, além de não ter respeitado o princípio do devido processo legal, necessário para que se implementasse a alteração impugnada.
- Apelação e remessa improvidas.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 20 de agosto de 1998 (data do julgamento).

JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA: Trata-se de apelação e remessa oficial de sentença que concedeu parcialmente a segurança impetrada por José Albérico de Araújo Lima e outro, contra ato do Reitor da Universidade Federal do Ceará, o de suprimir dos proventos dos impetrantes a parcela correspondente à Gratificação de Atividade por Desempenho de Função - GADF.

O Magistrado singular concedeu parcialmente a segurança “para que a GADF incida sobre os valores das antigas Funções Comissionadas, após sua transformação em cargos de direção e função gratificada, determinada pela Lei nº 8.168/91”.

A UFC apela, argumentando ser inadmissível a percepção cumulativa da vantagem da Função Comissionada (FC) com a GADF, face ao preceito constitucional do art. 37, XIV, que veda a incorporação de vantagens sob o mesmo título ou quando tiverem idêntico fundamento.

Contra-razões apresentadas (fls. 71/83).

Relatei.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): Constata-se, nos autos, que a supressão da Gratificação de Atividade por Desempenho de Função - GADF foi motivada por recomendação emanada do MARE através da Mensagem nº 264.587, de 18.10.96, após auditoria realizada pelo MEC, nas folhas de pagamento da UFC, sugerindo, dentre outras providências, a exclusão da parcela correspondente à GADF do cálculo das incorporações de cargos em comissão, efetuadas com base nas “FCs”.

A GADF foi instituída pelo art. 14, § 1º, da Lei Delegada nº 13/92, nos seguintes termos: “Art. 14 - Fica criada a Gratificação de Atividade pelo Desempenho de Função, devida aos ocupantes de Cargos de Natureza Especial, de Cargo do Grupo Direção e Assessoramento Superiores do Poder Executivo e de Cargo de Direção de Instituição Federal de Ensino, conforme os valores fixados no Anexo I desta lei, calculados sobre o maior vencimento básico do servidor público.

Parágrafo 1º - A Gratificação de Atividade pelo Desempenho de Função é devida exclusivamente pelo desempenho da função ou do cargo de direção, não se incorporando aos vencimentos, ao soldo, nem aos proventos de aposentadoria ou de pensão”.

Como se pode ver, o citado dispositivo vedava a incorporação da gratificação em comento, violando, assim, o preceito do art. 40, § 4º, da Carta Magna, de teor:

“§ 4º - Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei”.

(Grifei).

Diante da flagrante inconstitucionalidade do referido texto normativo, ele veio a ser modificado pelo art. 5º da MP nº 311/92, convertida na Lei nº 8.538, de 21.12.92, com a seguinte redação:

“Art. 14. (...)

§ 1º - A Gratificação de Atividade pelo Desempenho de Função é devida pelo desempenho dos cargos ou das funções a que alude o caput, incorporando-se aos proventos de aposentadoria, nos termos dos arts. 180, da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, e 193 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, servindo ainda de base de cálculo de pensão e de parcelas denominadas quintos”. (Grifei).

Conforme se depreende da legislação supracitada, é inquestionável o direito dos servidores à percepção da gratificação em comento nos moldes em que fora incorporada, ou seja, calculada com base nos valores das antigas Funções Comissionadas (FCs).

Corroborando o entendimento aqui esposado, trago à colação a decisão do TCU proferida no Processo nº 322/95 (DOU de 01.08.95, p. 11513), nos seguintes termos:

“DECISÃO:

1 - conhecer da consulta na forma do disposto no art. 216 do Regimento Interno, para responder à autoridade consulente que:

1.1 - a partir dos efeitos financeiros da Lei 8.168/91, não há razão mais para se utilizar os parâmetros definidos pela Portaria MEC nº 474/87, referente à remuneração da Função de Confiança - FC;

1.2 - efetuada a transformação da Função de Confiança - FC em Cargo de Direção ou em Função Gratificada - FG, é devida a GADF de que trata a Lei Delegada nº 13/92 (cf. art. 5º da Lei 8.538/92);

1.3 - o pagamento dos quintos deve ser feito com base no valor do Cargo de Direção ou da Função Comissionada - FC, e não nos parâmetros da Portaria 474/87. Observar, no caso dos servidores ex-celetistas, que os efeitos da incorporação dos referidos quintos são contados a partir da publicação da Lei 8.911/94, sem prejuízo de considerar o disposto na Medida Provisória nº 831, de 18.01.1995, e reedições posteriores;

1.4 - os parâmetros de cálculo da GADF são os estabelecidos nos arts. 14 (caput) e 15 da Lei Delegada nº 13/92, com as alterações introduzidas pelo art. 10 da Lei nº 8.622/93.

2 - encaminhar à autoridade consulente cópia do relatório/voto desta Decisão.

Ata nº 30/95 - Plenário.” (Grifei).

Ademais, a Súmula nº 359 do STF estabelece:

“Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária.”

Por fim, observe-se, ainda, que a Administração, ao sustar o pagamento da referida gratificação, violou direito adquirido, além de não ter respeitado o princípio insculpido no art. 5º, LV, da Lei Maior, ou seja, o do devido processo legal, necessário para que se implementasse a alteração impugnada.

Diante dessas ponderações, nego provimento à apelação e à remessa.

Assim voto.

EMBARGOS INFRINGENTES NA AÇÃO RESCISÓRIA N. 804-RN

Relator: O SR. JUIZ **UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE**
Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
Embargado: JOÃO RONALDO DA NÓBREGA
Advogados: DRS. PAULO ROBERTO DE LIMA E OUTROS (EMBTE.) E
MARCOS VINÍCIOS S. DE OLIVEIRA E OUTROS (EMBDU.)

EMENTA

Constitucional. Reajuste salarial. 26,05% a partir de fevereiro/89.
- A decisão com trânsito em julgado que conferiu direito ao reajuste de vencimentos na ordem de 26,05% a partir de fevereiro/89, porque proferida antes da primeira declaração de inconstitucionalidade desse reajuste, pelo STF, em ação direta de inconstitucionalidade, não pode sofrer os efeitos decorrentes dessa declaração.
- Embargos improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, vencido o Juiz Petrucio Ferreira, negar provimento aos embargos infringentes, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 17 de junho de 1998 (data do julgamento).

JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE: Cuida-se de Embargos Infringentes contra acórdão deste egrégio Tribunal, cujo acórdão restou assim ementado:

"Constitucional. Previdenciário e Processual Civil. Ação rescisória de sentença. URP de fevereiro de 1989 (26,05%).

- Ainda quando a decisão que se pretenda rescindir tenha passado em julgado após julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria trazida a exame, não é juridicamente admissível pretender-lhe a rescisão, máxime se às disposições legais em vigor ao tempo dos fatos emprestou-se interpretação razoável e se, em relação ao julgado, não se fez desafiar o recurso extraordinário.

- Embora as decisões nas ações diretas de inconstitucionalidade genéricas devam ter eficácia erga omnes e surtir efeito ex tunc, não de respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, eis que, nem mesmo a lei poderá prejudicá-los (CF, art. 5º, XXXVI).

- O entendimento segundo o qual não se aplica o disposto na Súmula 343 do STF quando o dissídio interpretativo versar matéria constitucional, há de ser prestigiado com temperamentos e não autoriza, de per si, a desconstituição de situações jurídicas definitivamente consolidadas.

- Rescisória manejada ao feitiço de super-recurso. Impossibilidade jurídica de acolhimento da iniciativa. Improcedência da ação”.

Pretende o embargante o provimento do presente recurso, que vem apoiado nos votos vencidos dos ilustres Juízes Francisco Falcão e Petrucio Ferreira, que vislumbram a ocorrência de violação a literal dispositivo de lei, ante a declaração de constitucionalidade

da Lei 7.730/89.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator): Trago à colação, sobre o efeito ex tunc da declaração de inconstitucionalidade, o voto-vista expendido pelo Ministro Cordeiro Guerra, no Recurso Extraordinário nº 89.108.1-GO, cujos principais excertos permito-me transcrever:

"Embora a Súmula 343 se refira à divergência na interpretação de normas legais, no caso em espécie, tem ela aplicação, pois a inconstitucionalidade só foi reconhecida após o trânsito em julgado de uma decisão até então havida como não infringente do texto constitucional.

Houve, assim, mudança de critério na apreciação da constitucionalidade da norma aplicada, e, por conseguinte, creio que não foi desarrazoada a aplicação da Súmula 343 à espécie.

De fato, no passado, a Suprema Corte Americana, inúmeras vezes, declarou que a lei inconstitucional não era lei, e que direitos e deveres não poderiam decorrer dela - in Norton v. Shelby County:

'An unconstitutional law is void and is as no law.....

.....imprisonment'.

Entretanto, tais pronunciamentos, por sua generalidade, vieram a sofrer temperamentos na Suprema Corte Americana:

'.....Justice Douglas has aptly stated "An unconstitutional statute is not necessarily a nullity; it may have intermediate consequences binding upon people". Indeed, a statute declared unconstitutional nevertheless in an operative fact and decisions made under its color have the blessing of res judicata. For instance, even though an act of Congress had been declared unconstitutional by the Supreme Court in litigation involving other parties, it was in 1940 under the doctrine of res judicata held to be binding upon the parties to a suit who had failed to raise the constitutionality of the act at trial and who had been subject to a federal court decree that had never been appealed. "Broad statements" that "the Act of Congress, having been found to be unconstitutional, was not a law; that is was inoperative, conferring no rights and imposing no duties, said the Supreme Court "must be taken with qualification. The actual existence of a statute, prior to such a determination, is an operative fact and may have consequences which can not justly be ignored...'

Ainda recentemente e por várias vezes, este egrégio Tribunal tem deixado de conhecer recursos extraordinários da Caixa Econômica, em ações rescisórias, porque a decisão rescindenda fora julgada de conformidade com a orientação jurisprudencial então vigente, não obstante a orientação contrária dos julgados em casos posteriores".

Nessa mesma linha de entendimento, isto é, de que a decisão com trânsito em julgado, antes do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma em que se respaldou, não pode ser perturbada, há o escólio do Professor José Joaquim Gomes Canotilho, da Faculdade de Direito de Coimbra, em sua obra de Direito Constitucional, 5ª edição, p. 1.083:

"Não é líquido que a Constituição tenha considerado como limite à retroatividade da declaração de inconstitucionalidade apenas o caso julgado, entendido no sentido restrito acabado de mencionar.

Pode também entender-se que os limites à retroatividade se encontram na definitiva consolidação de situações, atos, relações, negócios a que se referia a norma declarada inconstitucional. Se as questões de fato e de direito reguladas pela norma julgada

inconstitucional se encontram definitivamente encerradas porque sobre elas incide caso julgado judicial, porque se perdeu um direito por prescrição ou caducidade, porque o ato se tornou inimpugnável, porque a relação se extinguiu com o cumprimento da obrigação, então a dedução de inconstitucionalidade, com a conseqüente nulidade ipso jure, não perturba, através da sua eficácia retroativa, esta vasta gama de situações ou relações consolidadas. Pode dizer-se que a norma viciada de inconstitucionalidade não era já materialmente reguladora de tais situações, sendo irrelevante a sua subseqüente declaração de inconstitucionalidade”.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 694-1, proferiu acórdão, publicado no DJU de 11 de março de 1994, considerando inconstitucional a outorga do direito à reposição considerada a URP de fevereiro de 1989 (26,05%) e as parcelas compreendidas entre o citado mês e o de outubro de 1989.

O acórdão rescindendo, que assegurou o referido direito ao réu, foi proferido em 18 de outubro de 1993 e pelo já exposto não poderá sofrer os efeitos da retroação da declaração de inconstitucionalidade da outorga desse direito, razão por que merece ser mantido o acórdão embargado, que julgou improcedente a ação rescisória, eis que não se vislumbra na decisão rescindenda violação a literal disposição de lei.

Ante o exposto, nego provimento aos presentes embargos.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 877-PE

Relator: O SR. JUIZ **NEREU SANTOS**
Impetrantes: DRS. JOSÉ EXPEDITO COSTA GUIMARÃES E PAULO RIBEIRO DE VASCONCELOS
Impetrada: JUÍZA PRESIDENTE DA 13ª JCJ DO RECIFE
Paciente: GUSTAVO HENRIQUE RIBEIRO DE VASCONCELOS

EMENTA

Processual Penal. Habeas Corpus preventivo. Depositário infiel. Prisão civil decretada sem observância do devido processo legal. Substituição dos bens alienados indevidamente.

- Antes de ser decretada a prisão civil do depositário infiel, necessário se faz atender ao procedimento estabelecido na lei processual civil, abrindo-se-lhe, conseqüentemente, a oportunidade de ampla defesa.

- Ordem que se concede.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, conceder a ordem de habeas corpus em epígrafe, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 18 de junho de 1998 (data do julgamento).

JUIZ NEREU SANTOS – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS: Os advogados José Expedito Rocha Guimarães e

Paulo Ribeiro de Vasconcelos impetraram o presente pedido de habeas corpus preventivo em favor do paciente Gustavo Henrique Ribeiro de Vasconcelos, apontando como autoridade coatora a Exma. Juíza Substituta da 13ª Junta de Conciliação e Julgamento do Recife, Dra. Plaudenice Abreu de Araújo.

Esclareceram, na inicial da impetração, que o paciente Gustavo Henrique Ribeiro de Vasconcelos fora preso anteriormente, sob a acusação de ser depositário infiel, em processo de reclamação trabalhista, mas que, tendo impetrado habeas corpus liberatório, havia sido solto por decisão do MM. Juiz Federal Dr. Antônio Bruno de Azevedo Moreira.

Alegam, contudo, que a ameaça de prisão por parte da mencionada autoridade judiciária ainda se encontra presente, uma vez que parte dos bens que foram penhorados e dos quais era o paciente depositário foi vendida por engano pela empresa (cinco dos sete caminhões penhorados).

Pedem, assim, a concessão da ordem de habeas corpus preventivo.

A ilustrada Procuradora Regional da República, Dra. Isabel Guimarães da Câmara Lima, ofereceu parecer, opinando pela concessão da ordem requerida.

A Exma. Juíza do Trabalho, Dra. Lígia Maria Valois A. de Abreu, da 13ª Junta de Conciliação e Julgamento do Recife, prestou informações, em data de 28.05.98, estando as mesmas anexadas às fls.30 a 32 dos autos do HC nº 884-PE, apensos ao presente processo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ NEREU SANTOS (Relator): Destaco do bem lançado parecer da eminente Procuradora Regional da República, que oficia perante esta Turma, Dra. Isabel Câmara Lima, o seguinte excerto:

"No que concerne ... assegurando-lhe o contraditório e a ampla defesa". (Leio fls. 31 a 33).

Afirmou, então, a eminente Procuradora Regional da República, no seu pronunciamento, que na decretação da prisão do paciente não fora obedecido o devido processo legal, constituindo, portanto, coação ilegal na sua liberdade de locomoção. Acrescentou, ainda, que o ato de decretação de prisão não havia sido revogado, mas apenas suspenso.

Como se observa dos autos, a prisão civil do paciente fora decretada no processo de execução trabalhista, ao fundamento de que houvera, in casu, desvio dos bens oferecidos em penhora e dos quais era o paciente o seu depositário.

Entendo, contudo, que, antes de ser decretada a prisão do depositário infiel, necessário se faz atender ao procedimento estabelecido na lei processual civil, abrindo-se, conseqüentemente, ao ora paciente, a oportunidade de ampla defesa, o que parece não ter sido observado na hipótese sob análise, como bem observou a eminente Procuradora Regional da República no seu pronunciamento.

Verifico, por outro lado, que, nas informações prestadas pela Juíza Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento (fls. 32), consta a notícia de que já havia sido determinada a avaliação dos novos bens indicados pela executada e pelo exeqüente, em substituição aos bens anteriormente penhorados, o que implicará, certamente, na revogação do ato que decretou a prisão do seu depositário, ora paciente.

Assim ocorrendo e por entender que paira, ainda, contra o paciente ameaça de prisão por parte da douta autoridade apontada como coatora, desde que não está expressamente demonstrado que houve a revogação do ato ora vergastado, concedo a ordem de habeas corpus preventivo em favor do paciente, determinando a expedição do competente salvo-conduto.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 881-CE

Relator: O SR. JUIZ **JOSÉ MARIA LUCENA**
Impetrante: DR. FRANCISCO DAMASCENO FERREIRA NETO
Impetrados: PROCURADOR REGIONAL DA REPÚBLICA DOS DIREITOS DO CIDADÃO E OUTRO
Paciente: AROLDO BARRETO CAVALCANTE

EMENTA

Penal e Processual Penal. Habeas Corpus. Apropriação de quantias dos jubilados da Previdência Social por causídico. Incompetência da Justiça Federal e da Polícia Federal. Remessa ao Ministério Público Estadual. 1. Inquérito instaurado por requisição de Procurador da República. 2. Apropriação de quantias de segurados da Previdência Social por advogado legalmente constituído e com poderes expressos de quitação não constitui crime federal. 3. Competência da Justiça Estadual para processamento e julgamento do delito e da Polícia Estadual para apuração. 4. Remessa dos autos ao Ministério Público Estadual, em respeito ao princípio do “Promotor Natural”. 5. Ordem concedida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar parcialmente procedente a presente ordem de habeas corpus, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 20 de agosto de 1998 (data do julgamento).

JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA: Trata-se de ordem de habeas corpus impetrada pelo advogado Francisco Damasceno Ferreira Neto, em favor de Aroldo Barreto Cavalcante, figurando como impetrados os Exmos. Srs. Procurador Regional da República dos Direitos do Cidadão e Procurador da República oficiante junto à 4ª Vara Federal, no Ceará, requerendo a concessão de medida liminar conducente ao imediato sobrestamento do IPL 403/67, a fluir na Superintendência Regional da Polícia Federal do Ceará, com o trancamento definitivo, quando do julgamento.

Aduz o impetrante versar o inquérito sobre a apropriação indébita de quantias depositadas em Juízo pelo INSS em favor de aposentados, das quais o paciente, na qualidade de patrono, ter-se-ia apropriado, subsumindo-se a conduta no tipo inserto no artigo 168, § 1º, III, do Código Penal.

Pugna pela total estranheza da relação em causa – constituinte/constituído - aos interesses federais, e, muito menos, estando em jogo bens ou serviços da União ou de seus entes, porque os valores percebidos pelos jubilados da Previdência Social se incorporariam à sua particular fazenda, daí faltar competência à Justiça Federal para

processamento da ação penal e, de consequência, à sua polícia judiciária para apurar o hipotético delito.

Narra ainda ter sido a investigação instaurada com base no depoimento de uma única testemunha, bem como o fato de já haver sido absolvido em processo disciplinar movido pela OAB/CE, após denúncia de Deputado Estadual daquela unidade da Federação.

Deferida a liminar suspendendo a tramitação do inquérito até ulterior determinação, foram notificadas as autoridades apontadas coatoras, seguindo-se de vista à douta Procuradoria Regional da República.

Em seu favor, o 2º impetrado abraça a tese sustentada pelo impetrante, ponderando, entretantes, tratar-se o inquérito policial de procedimento meramente administrativo, havendo mesmo nossos Pretórios sufragado a tese de ser irrelevante o fato de o crime pertencer a seara diversa da competência da polícia que o está a apurar.

O 1º impetrado, a seu turno, defendendo tese diametralmente oposta, noticia inicialmente que o paciente jamais foi investigado pela OAB/CE quanto à apropriação de quantias da vítima Raimundo Ferreira Marques, asseverando, outrossim, que os procedimentos arquivados referidos na exordial referem-se a outras pessoas.

Discorre, ainda, com base no art. 194 da Constituição Federal, que, em envolvendo a seguridade social recursos do orçamento da União, tem este interesse em que o pagamento dos benefícios chegue ao seu legítimo destinatário.

Ao final, afirma haver fundada suspeita de participação de um servidor do INSS em atos fraudulentos, dos quais resultaram prejuízos aos cofres federais, acostando documentação comprobatória.

Por fim, a douta Procuradoria Regional da República da 5ª Região, em parecer de lavra do conspícuo Procurador Hélio José Taveres, opinou pela denegação da ordem, com base na argumentação do 1º impetrado.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ JOSÉ MARIA LUCENA (Relator): A vexata quaestio do presente writ consiste inicialmente em determinar se o hipotético crime em tela lesa bens, interesses ou serviços da União, de suas autarquias ou empresas públicas, ou, ao contrário, atinge simplesmente interesses privados.

Arremina-se o 1º impetrado, em bem articuladas informações, contra a tese do impetrante, por entender que apenas restaria exaurido o interesse do ente federal quando do repasse das quantias pelo paciente aos segurados da Previdência Social, e não quando do saque delas pelo causídico.

Indubitavelmente, tal raciocínio merece reparos, por incorrer em grave equívoco lógico, desconhecendo as peculiaridades e a evolução histórica do contrato de mandato, que resulta no poder de representação voluntária. Sobre o tema, merecem transcrição as preciosas linhas do mestre Orlando Gomes:

“A essência da representação reside na atuação em nome de outro, por necessidade ou conveniência. Tal atuação exige o poder de representação, o qual se funda na lei ou em um negócio jurídico.

Daí a distinção fundamental entre representação legal e representação voluntária”.

(...)

“A representação legal é considerada imprópria não somente porque a atividade do representante não se funda num poder de agir derivado da pessoa em nome de quem a exerce, senão, também, porque ele age com plena independência da vontade do representado. Por outro lado, quando se destina a prover os interesses dos incapazes, o representado não pode agir em concorrência com o representante nem impedir, ou

paralisar, o exercício da representação. É, entretanto, na representação legal que se configura genuíno poder consistente na função de reger interesses alheios, o qual somente pode derivar da lei”.

(...)

“Verdadeira e própria representação é a que se estrutura no campo da autonomia privada mediante o negócio jurídico procuração, pelo qual uma pessoa investe outra no poder de agir em seu nome.

O negócio representativo é distinto do negócio de gestão, ainda quando contextualmente unidos. Por outras palavras, a procuração é negócio autônomo em relação aos contratos subjacentes, seja o mandato, a prestação de serviços, a agência, a expedição, a preposição mercantil, e assim por diante. Essa autonomia é proclamada pela maioria esmagadora dos civilistas, e tida como irreversível conquista da Ciência do Direito.

A procuração é negócio unilateral, com função própria. Torna-se perfeita com a declaração de vontade de quem a outorga, embora sua eficácia somente se inicie quando toma conhecimento de sua concessão a pessoa em relação à qual o procurador exercerá o poder de representação. Pensam outros, entretanto, que o destinatário da procuração é o próprio procurador, porque o terceiro pode exigir que a exhiba. Como quer que seja, é declaração receptícia..”

(...)

“O poder de representação pode ser paralisado ou tolhido pela pessoa que o confere, pois a procuração é, por sua própria natureza, ato revogável ad nutum . Esse direito potestativo pode ser exercido ainda quando conste da procuração a cláusula de irrevogabilidade. Excepcionalmente, porém, pode ser irrevogável, se outorgada, por exemplo, no interesse de terceiro”. (Orlando Gomes, Introdução ao Direito Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1998, pp. 435 a 438).

Assim, não efetua o paciente o levantamento dos depósitos das quantias em nome próprio, mas em nome e por conta do mandante - o jubilado da Previdência Social. E tão só junto a este prestará contas das importâncias recebidas, havendo então desaparecido qualquer interesse da instituição previdenciária.

A atuação do paciente tornou-se lícita, gerando efeitos jurídicos, em virtude de procuração que lhe foi livremente outorgada, onde figura cláusula concessiva do poder específico de emissão de quitação, posto que, nos termos do vigente pergaminho processual civil, tal cláusula não se presume, devendo estar prevista no contrato, que, in casu, é o de prestação de serviços advocatícios.

Se posteriormente se apodera indevidamente o mandatário de tais valores, caracterizando o crime de apropriação indébita, não sobeja competência à Justiça Federal para processamento e julgamento do delito, nem a sua polícia judiciária para apurá-lo, instaurando o inquérito. É que se delinqüiu, fê-lo contra a fazenda particular.

Data maxima venia, raciocinar de outro modo seria atrair para o âmbito da Justiça Federal crimes que não lhe são afetos, ainda que sob o manto da desídia das autoridades estaduais, que tinham o dever de cura, em relação aos interesses de que se trata.

Quanto ao termo de declaração anexado pelo 1º impetrado, dando conta do pagamento de propinas a funcionários do INSS, mister se faz consignar que nada há que indique haver participação do paciente em tais atos, bem assim ser diverso o objeto do inquérito que se encontra guereado através do presente writ.

De fato, em nenhuma passagem de tal termo há a mínima referência ao nome do paciente, referindo-se exclusivamente aos advogados Cleide Helena Marques Lousada, Jeovan Lemos Cavalcante e Solange Maria de Carvalho Cavalcante.

Solucionada, então, a primeira questão, acerca do verdadeiro sujeito passivo do hipotético delito, outra igualmente complexa exsurge, merecendo pronunciamento deste egrégio Tribunal, acerca da legalidade ou não da instauração de inquérito pela Polícia

Federal, determinada por Procurador da República, visando à apuração de crime cuja competência para processamento e julgamento é da alçada da Justiça Estadual.

Ora, cedo é na jurisprudência e na doutrina a orientação no sentido de que eventuais nulidades contidas no inquérito não contaminam a posterior ação penal. Expendendo também tal argumento, pretende ainda o 2º impetrado dar continuidade ao inquérito por ele determinado.

Concessa venia, mais uma vez merece reparos tal entendimento. As ilegalidades praticadas em um inquérito policial de fato não contaminam a posterior ação penal. No entanto, não se deve chegar à errônea ilação de poder agir a polícia arbitrariamente, usurpando mesmo a seara de atribuições alheias.

Ademais, em matéria de polícia judiciária, a Polícia Federal somente recebeu aquelas atribuições estabelecidas no art. 144, § 1º, I a IV, da Carta Política, o caso em tela não lhe autorizando a atuação a tal título.

Nesse sentido, transcrevo o seguinte acórdão do colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no julgamento do HC 92.03.05715-5, de lavra da eminente Juíza Ramza Tartuce, julgado no dia 19.04.1994, publicado no Diário da Justiça de 29.06.94:

“Habeas Corpus. Trancamento de inquérito policial. Ameaças não endereçadas ao servidor federal. Discussão de natureza familiar. Incompetência da Polícia Federal para apuração dos fatos. Ordem concedida.

1. Delito de ameaça que, se existente, não foi cometido contra servidor federal.
2. Inexistência de liame entre os fatos imputados ao paciente e as funções do agente de segurança judiciário, tido como vítima.
3. Ameaça cometida em discussão de natureza familiar, não se caracterizando ofensa a bens, serviços ou interesses da União Federal.
4. Incompetência da Polícia Federal para apuração do delito.
5. Ordem concedida”.

Com menos razão ainda poderia o Parquet invadir o campo de atuação alheia, por ferir o princípio do “Promotor Natural”, que, embora não previsto expressamente na nossa Lex Fundamental, tem sido reconhecido em nossas cortes. A respeito, merece destaque o seguinte julgado, *mutatis mutandis* aplicável à espécie:

“Processo Penal. Incompetência da Justiça Federal. Nulidade da denúncia e do processo. Inexistindo lesão a bens, serviços ou interesses da União, incompetente é a Justiça Federal. O processo é anulado desde a denúncia, inclusive, pois tendo sido articulada por agente ministerial incompetente, feriu o princípio do Promotor Natural, que abrange os membros do Ministério Público” (ACR 95.04.0979-1, TRF 4ª Região, 1ª Turma, v.u., Rel. Juiz Carlos Sobrinho, DJU 13.03.96, p. 14782).

Isso posto, com base no art. 648, III, do CPP, concedo a ordem de habeas corpus em parte, determinando, em relação ao paciente Aroldo Barreto Cavalcante, a remessa do inquérito ao Ministério Público Estadual, para as providências que entender cabíveis.

Assim voto.

HABEAS CORPUS N. 887-AL

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**
Impetrante: JOSÉ DE VASCONCELOS PONTES
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA-AL
Paciente: JOSÉ FEITOZA DA SILVA FILHO (RÉU PRESO)

EMENTA

Direito Processual Penal. Habeas corpus liberatório. Concurso material. Pedido de

fiança. Presentes os pressupostos legais para a manutenção da preventiva. Soma das penas mínimas cominadas superior ao permissivo legal. Inadmissibilidade.

01. No concurso material, para efeito de arbitramento de fiança, deve ser considerada a soma das penas in abstrato.

02. A soma das penas cominadas aos tipos penais atribuídos ao denunciado, superior ao limite legal, não autoriza a concessão do benefício pelo juiz.

03. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de habeas corpus, nos termos do relatório, do voto do Juiz Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 9 de junho de 1998 (data do julgamento).

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Trata-se de pedido de ordem de habeas corpus liberatório impetrado pelo Dr. José de Vasconcelos Pontes contra ato do MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção de Alagoas, Dr. Paulo Machado Cordeiro, com o objetivo de obter a liberdade provisória, mediante pagamento de fiança, em favor do ora paciente José Feitoza da Silva Filho, denunciado pelo Ministério Público por suposta prática dos crimes de porte ilegal de arma e contrabando, em cúmulo material, tendo sido o mesmo preso em flagrante delito no último 22 de março.

A embasar o pedido de liminar, sustenta o impetrante preencher o paciente os requisitos necessários à concessão do benefício. Alega, outrossim, a carência de motivos ensejadores da prisão preventiva, e também que o somatório de penas é somente para efeito de aplicação de sanção em sentença condenatória, e não para efeito de liberdade provisória.

Após a autoridade coatora prestar as informações de estilo, indeferi a liminar requerida.

A Procuradoria Regional da República, oferecendo o parecer de fls. 31/33, opinou pela denegação da ordem de habeas corpus, sob o argumento de ser inadmissível a concessão de fiança, *in casu*, visto que a soma das penas mínimas cominadas aos delitos imputados ao ora acusado ultrapassa o *quantum* legal permitido para concessão do benefício pleiteado.

Pus o presente em mesa para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): Cuidam os autos de pedido de habeas corpus liberatório para concessão do benefício do arbitramento de fiança, indeferido pelo Juiz a quo nos autos da ação penal instaurada contra o ora paciente, ao qual a denúncia atribui a prática dos crimes tipificados no artigo 10, *caput* e § 2º, da Lei 9.437/97, c/c o art. 334, § 1º, c, do CPB.

Aduz o impetrante preencher o paciente os requisitos legais para a concessão do benefício requerido, uma vez que o mesmo é primário, exerce função policial, não há fato

que desabone sua conduta, afirmando, ainda, que não subsistem os motivos ensejadores da prisão preventiva.

É entendimento pacífico que a fiança é direito constitucional do acusado, e a concessão da mesma, estando presentes os requisitos legais, é um direito, e não uma faculdade do juiz.

Contudo, tal hipótese não há de ser aplicada ao caso em análise.

Na verdade, conforme entende a melhor jurisprudência, na existência do concurso material de crimes, há que se considerar a soma aritmética das penas mínimas cominadas aos diversos tipos penais atribuídos ao denunciado na peça acusatória. Observa-se, ainda, que há no despacho denegatório do pleito, pelo Juiz Federal monocrático, motivos que justificam a manutenção da preventiva decretada.

Neste sentido, caminha o egrégio TRF 2ª Região, como se verifica do acórdão seguinte:

"Habeas Corpus. Não cabimento de fiança. Prisão em flagrante. Contrabando de armas. Presença de elementos para decretação de prisão preventiva.

I - Correto o indeferimento de arbitramento de fiança pelo Juízo de 1º grau (autoridade impetrada).

II - Se, além do concurso de agentes, há o concurso material de crimes, a virtual soma das penas in abstracto desautoriza, por disposição legal, o arbitramento de fiança.

III - Existindo um (ou mais) motivo para a decretação de prisão preventiva, descabe o relaxamento de prisão em flagrante.

IV - A conjuntura criminosa a que está submetido o Estado do Rio de Janeiro, por si só, seria suficiente para caracterizar o clamor público inerente ao crime de contrabando de armas pesadas (em grande quantidade).

V - Tentativa de fuga da paciente quando da prisão em flagrante, em si, demonstra sua participação no contexto criminoso e desígnio de se furtar à aplicação da Lei Penal.

VI - Ordem denegada". (HC 218.124/95-DJ 26.10.95).

No caso, pelas razões expostas, impõe-se reconhecer inexistir fundamento que autorize a concessão da liberdade provisória mediante pagamento de fiança.

Ante estas considerações, acolhendo parecer ministerial, denego a ordem de habeas corpus.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 888-PB

Relator: O SR. JUIZ **CASTRO MEIRA**
Impetrante: DR. LÚCIO JATOBÁ
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA - PB
Pacientes: IVANILTON GUILHERMINO DA SILVA E JUPIRA DE ARAÚJO BARROS CAVALCANTI

EMENTA

Processual Penal. Habeas Corpus. Registro de certificados falsos de conclusão de curso de vigilante. Competência. Justiça Federal. Hipótese em que a denúncia atribui aos pacientes haverem induzido o Departamento de Polícia Federal em erro, fazendo o registro de certificados falsos de conclusão de curso de vigilantes. Não importa que o prejuízo tenha vitimado particulares, mas que o crime tenha sido contra interesse da União, evidenciado pelas atividades de registro e fiscalização daqueles documentos.

Competência da Justiça Federal na Paraíba, Estado onde se procedeu ao registro dos documentos apócrifos.
Denegação da ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, etc. decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de habeas corpus, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 18 de junho de 1998 (data do julgamento).

JUIZ CASTRO MEIRA – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA: O advogado Lúcio Jatobá impetra habeas corpus preventivo em favor de Ivanilton Guilhermino da Silva e Jupira de Araújo Barros Cavalcanti, que estariam sofrendo constrangimento ilegal perante a 1ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba.

Alega que os pacientes foram denunciados pela prática dos crimes previstos nos arts. 29, 70, 171, § 3º, e 299 do Código Penal Brasileiro - "estelionato, falsidade ideológica, em concurso material e de agentes" (fls. 4) -, por supostamente haverem emitido certificados de conclusão de curso de formação de vigilantes, sem a observância do requisito de carga horária mínima, na qualidade de ocupantes de funções gerenciais, respectivamente nas empresas Nordeste Paraíba Vigilância e Transportes de Valores Ltda. e Nordeste Curso de Formação de Vigilantes.

Destaca que a expedição dos papéis sobre cuja idoneidade se lançam dúvidas ocorreu nesta cidade do Recife, depois merecendo registro na Polícia Federal.

Afasta a plausibilidade de prejuízo à União, decorrente da falsidade ideológica, tendo em vista a natureza de documentos particulares. Tampouco remanesceria a condição citada quanto ao estelionato, apontado como atingindo os beneficiários dos diplomas em tese fraudados e, ainda, aqueles para quem prestem serviços na específica área em tela.

Portanto, vê afastada a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito ora tramitando na SJ/PB, inobstante seu entendimento haja malgrado em sede de exceção de incompetência.

Para a hipótese de se insistir na configuração de crime federal, o impetrante afirma que, então, o processo se deveria desenvolver junto à Seção Judiciária de Pernambuco: a empresa emissora dos certificados aqui se situa.

Junta os documentos de fls. 8/19.

Nas informações, o douto Juiz da 1ª Vara-SJ/PB descreve as etapas processuais já cumpridas, com audiências de inquirição de testemunhas e no momento escoando o prazo do art. 499 do CPP.

Parecer do MPF subscrito pelo culto Procurador Regional da República Benedito Izidro da Silva pela denegação da ordem, certo da competência da Justiça Federal na Paraíba para o caso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ CASTRO MEIRA (Relator): A questão foi assim examinada no parecer

subscrito pelo ilustrado Procurador Regional da República, Dr. Benedito Izidro da Silva: "Determinam os artigos 24, 27 e 28 do Decreto 89.056, de 24.11.83, que regulamenta a Lei nº 7.102, de 20.06.83:

'Art. 24. O Ministério da Justiça fixará o currículo do curso de formação de vigilantes e a carga horária para cada disciplina.

(...)

Art. 27. O candidato aprovado no curso de formação de vigilantes receberá certificado nominal de conclusão do curso expedido pela instituição especializada e registrado no Ministério da Justiça.

Art. 28. O curso de formação de vigilantes será fiscalizado pelo Ministério da Justiça'.

Percebe-se, claramente, o interesse da União através do Ministério da Justiça, sendo o certificado registrado no referido Ministério.

Ora, havendo desrespeito às normas estipuladas é evidente que se estará atingindo interesse federal, incidindo o inciso IV do art. 109 da Constituição Federal, in verbis:

'Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar:

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral'.

Compete, então, à Justiça Federal, e mais precisamente à da Seção Judiciária da Paraíba, pois os certificados ideologicamente falsos foram registrados na Paraíba, conforme exposto às fls. 09:

'..., tramaram e executaram o crime de falso, induzindo a Polícia Federal na Paraíba, por sua comissão de vistoria, a registrar os diplomas falsos'.

Afirmaram os pacientes às fls. 05: 'Como os certificados são, para efeitos legais, documentos particulares...', ocorre, todavia, que os mesmos só têm validade depois do registro no Ministério da Justiça; aí está demonstrado o interesse da União na formação de vigilantes que prestarão serviços junto à comunidade.

Por todo o exposto, opina este órgão do Ministério Público Federal pela denegação da ordem, prosseguindo a ação penal, pois a mesma foi proposta no juízo competente". (Fls. 31).

A leitura da peça acusatória revela que os pacientes foram denunciados por haverem induzido o Departamento de Polícia Federal em erro, fazendo o registro de certificados falsos.

Não importa que o prejuízo tenha vitimado particulares, mas que o crime tenha sido contra interesse da União, evidenciado pelas atividades de registro e fiscalização daqueles documentos.

Em face do exposto, acolhendo a manifestação supra, denego a ordem.

É como voto.

RECURSO CRIMINAL N. 166-CE

Relator: O SR. JUIZ **RIDALVO COSTA**
Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA
Recorridos: ANTÔNIO FERREIRA DE MAGALHÃES NETO E OUTRO
Advogado: DR. PAULO MARIA TEIXEIRA LIMA (RECDOS.)

EMENTA

Processual Penal. Recurso em sentido estrito. Decisão que rejeitou a denúncia. Apropriação indébita de contribuições previdenciárias. Extinção da punibilidade. Lei nº 9.249/95, art. 34.

Pagamento do débito antes do recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Aplicabilidade do art. 34 da Lei nº 9.249/95, por analogia. Precedentes do eg. STJ. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 4 de junho de 1998 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: O Ministério Público Federal interpôs recurso em sentido estrito contra decisão do MM. Juiz Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Ceará que deixou de receber a denúncia oferecida contra Antônio Ferreira Magalhães Neto e Aroldo Montenegro Duarte Paraguassu, respectivamente, ex-Presidente e ex-Diretor Administrativo Financeiro da Companhia de Transportes Coletivos de Fortaleza – CTC, pelo crime previsto na alínea d do artigo 95 da Lei nº 8.112/91, por haver a referida empresa deixado de recolher à Seguridade Social as contribuições retidas dos seus empregados no período de fevereiro de 1993 a janeiro de 1994, durante a gestão dos denunciados.

A r. decisão recorrida entendeu atípica a conduta descrita na inicial penal, por ausência de dolo.

Argumenta o Parquet, em síntese, a impossibilidade de o dolo ou a culpa, enquanto só aferíveis de circunstâncias fáticas, serem apreciados sem a necessária instrução do feito, reputando insuficiente, para tanto, a escrituração contábil do débito, ou mesmo o seu pagamento antes da denúncia, posto que posteriores à caracterização do ilícito, máxime quando a legislação não reconhece em tais providências circunstância excludente da punibilidade.

Com vista, a douta Procuradoria Regional da República opina pelo reconhecimento da extinção da punibilidade mediante a aplicação, por analogia, do artigo 34 da Lei nº 9.249/95.

Era o que cabia relatar.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): Este eg. Tribunal, em processos dos quais fui relator, vem entendendo que, conquanto a ausência de dolo descaracterize o delito de apropriação indébita de contribuições previdenciárias, haveria necessidade de se proceder primeiro à instrução criminal para se concluir pela atipicidade da conduta.

No caso em julgamento, entretanto, sobreleva outro motivo que conduzirá, de qualquer forma, à rejeição da matéria da denúncia: a extinção da punibilidade.

O tipo penal em que se pretendia ver enquadrados os recorridos encontra-se assim definido:

“Lei nº 8.212/91 (...)

Art. 95 (...)

d) Deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público”.

Esta figura delituosa, por outro lado, em tudo se assemelha à definida no artigo 2º da Lei nº 8.137/90, assim redigido:

“Deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”.

Em relação a esta última, a Lei nº 9.249/95 é expressa:

“Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”.

Por imperiosa questão de isonomia, impõe-se a extensão dos efeitos deste último dispositivo legal à figura tipificada naquela alínea d do artigo 95 da Lei nº 8.212/91, mediante o recurso da analogia.

Neste sentido, vem se pronunciando a jurisprudência do col. STJ:

“Penal. Processo Penal. Contribuição social. Falta de recolhimento. Crime previsto no art. 95, d, da Lei nº 8.212, de 1991. Extinção da punibilidade. Lei nº 9.249/95, art. 34. Denúncia. Recebimento por juiz incompetente.

I - O crime descrito no art. 95, d, da Lei nº 8.212/91, acha-se, também, definido no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, sendo-lhe, por isso, aplicável a extinção da punibilidade prevista no art. 34 da Lei nº 9.249/95.

II - O recebimento da denúncia por juiz absolutamente incompetente não vincula esta Corte nos crimes da sua competência originária. Nesse caso, ratificada a peça acusatória, o recebimento desta pressupõe o rito previsto nos arts. 1º a 6º da Lei nº 8.038/90.

III - Extinção da punibilidade que se decreta”.

(AP 100-RS. STJ. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro).

“Embargos de Declaração. REsp. Penal. Recolhimento de contribuições previdenciárias arrecadadas antes do recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Art. 34 da Lei nº 9.249/95. Leis nºs 8.137/90 e 8.212/91.

1. O art. 34 da Lei nº 9.249/95 é aplicável no caso de crime por falta de recolhimento das contribuições previdenciárias arrecadadas dos segurados, quando verificado o pagamento antes do recebimento da denúncia.

2. Em sentido amplo, a omissão no recolhimento está incluída nos crimes contra a ordem tributária de que trata a Lei nº 8.137/90.

(Acórdão 00046918. STJ. DJ 29.10.96, p. 41.694).

Por assim também entender, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO CRIMINAL N. 218-PB

Relator: O SR. JUIZ **ARAKEN MARIZ**
Recorrente: **MANOEL XAVIER DE CARVALHO**
Recorrida: **JUSTIÇA PÚBLICA**
Advogado: **DR. LAPLACE GUEDES A. DE CARVALHO (RECTE.)**

EMENTA

Penal. Estelionato praticado contra a Previdência Social. Art. 171, § 3º, do CP. Concurso de agentes. Crime permanente. Prescrição da pretensão punitiva. Redução do prazo. Art. 115 do CP. Inocorrência.

1. O crime de estelionato, quando praticado para obtenção de benefícios sucessivos, *in casu*, previdenciários, assume forma de crime permanente, iniciando-se a contagem do

prazo prescricional no dia da cessação da permanência, qual seja, da última prestação recebida.

2. No concurso de agentes, a legislação pátria adota a Teoria Monista, para a qual a conduta de todos se dirige a um resultado comum, tem-se, pois, a prática de um só crime.

3. O momento de se apurar a participação de cada agente é o da instrução, quando se discutirão as questões de fato suscitadas na defesa, garantindo-se os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

4. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 2 de junho de 1998 (data do julgamento).

JUIZ ARAKEN MARIZ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ: Tratam os autos de recurso criminal interposto por Manoel Xavier de Carvalho contra decisão do MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Paraíba, Dr. José Fernandes de Andrade, proferida nos autos da Ação Penal nº 96-5224-7, movida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrente, por suposta prática, em co-autoria, de estelionato, com a agravante prevista no § 3º do art. 171 do CPB, vindo a ser indeferido o pedido de decretação da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, pela pena in abstracto.

Nas suas razões recursais, entende a defesa que deve ser reformada a decisão, pois que a participação do ora recorrente, no delito que ensejou a referida ação penal, restringiu-se à declaração de tempo de serviço para habilitação de viúva ao recebimento de pensão rural, conseguida mediante uso de documentos supostamente falsos. Sustenta que o ora suplicante não obtivera qualquer vantagem nos recebimentos das prestações fraudulentas; ainda, que o mesmo possui mais de 70 anos, o que implicaria a redução do prazo prescricional.

Mantida a decisão guerreada (fls. 36/37).

Contra-razões apresentadas pelo Ministério Público Federal.

Neste Tribunal, após distribuídos, vieram-me conclusos os autos.

A Procuradoria Regional da República, no parecer de fls. 45/49, opina pelo improvimento do recurso.

Pedi dia para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ ARAKEN MARIZ (Relator): Cuida-se de recurso criminal interposto por Manoel Xavier de Carvalho contra decisão monocrática que rejeitou o pedido de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, requerida com base nos arts. 107, IV, 109, III, c/c o art. 115, todos do CPB.

Os fatos narrados na peça acusatória dão conta de que o ora paciente praticou, em concurso de pessoas, o crime de estelionato, com a agravante de haver sido perpetrado contra entidade de direito público, assinando declaração falsa, em tese, de tempo de serviço referente ao Sr. João Vieira da Silva, para obtenção de benefício previdenciário, por morte deste, em favor de Olívia Ferreira da Silva, também denunciada.

Alega o recorrente ter colaborado, tão-somente, no ato de assinar o mencionado documento, não sendo partícipe nos recebimentos das vantagens ilícitas, devendo por isso, no seu entender, a contagem do prazo prescricional, em relação a ele, ter início no momento da consumação do delito praticado, ou seja, na data da assinatura da declaração, ou, senão, em última hipótese, da concessão do primeiro benefício, ocorrida em 05.08.89, em vez de contar-se da data em que foi o mesmo suspenso, 05.11.93.

Em síntese, tais são os argumentos defendidos pela defesa.

A meu ver, não pode prosperar esta tese, visto que o recorrente, bem como os demais réus, foram denunciados pela prática de estelionato, cuja conduta consiste em empregar meio fraudulento para obter vantagem ilícita.

O caso em tela versa sobre o recebimento de prestações periódicas, o que dá ao estelionato, como se tem firmado a jurisprudência, forma de crime eventualmente permanente, fazendo com que o início do prazo prescricional da pretensão punitiva comece a correr do dia em que cessou a permanência da conduta criminosa do sujeito, tal como reza o art. 111, III, do CPB.

Por este mesmo raciocínio, observo, dos autos, que a denúncia fora recebida em 26.07.96, quase três anos após haver cessado a conduta criminosa, passando, então, a fluir novo e independente prazo prescricional, tal como preceitua o art. 117, I, do CPB, e que até a data do presente julgamento, evidentemente, não decorreu o lapso prescricional de que intenta valer-se o recorrente. Em ambos os casos, antes ou após o recebimento da denúncia, não transcorreu o lapso exigido para a decretação da prescrição pela redução de prazo, prevista no art. 115 do mesmo diploma legal, que, no caso em tela, seriam 06 (seis) anos.

Em que pesem os argumentos oferecidos pelo recorrente, no sentido de que sua participação no crime limitou-se à declaração fraudulenta de tempo de serviço, e não no recebimento das prestações previdenciárias, entendo, uma vez mais, que não lhe assiste razão alguma.

Bem analisou a questão o douto Procurador da República, em suas contra-razões ao presente recurso, parte das quais transcrevo:

"... Equivoca-se, entretanto, o recorrente ao querer cindir o ato delituoso, como se cada um dos autores ou partícipes do delito praticasse conduta típica autônoma e fosse, portanto, possível a existência de momentos iniciais distintos para a contagem do lapso prescricional, atendendo-se, ao seu ver, às especificidades da conduta individualmente praticada.

Nosso Código Penal adotou a teoria monista com relação à natureza jurídica do concurso de agentes, como se depreende da leitura do caput do art 29 do CP:

'Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade'.

Desse modo, impossível aceitar-se a argumentação do recorrente, que, claramente, baseia-se numa perspectiva pluralística, ou, no mínimo, dualística, da natureza jurídica do concurso de agentes, já que essa não é a sistemática do atual Código Penal, mas, isso sim, a do antigo Código Criminal do Império". (Grifos originais).

Ademais, quanto às questões de fato suscitadas na defesa, estas somente poderão ser discutidas e apuradas na instrução criminal, momento em que o Ministério Público terá a oportunidade de provar os fatos narrados na peça acusatória, e, por outro lado, o acusado, então recorrente, poderá demonstrar sua inocência, confrontando as alegações

fáticas que contra ele pesam, garantindo-se, deste modo, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como o do devido processo legal.

No caso, pelas razões expostas, impõe-se reconhecer inexistir fundamento que autorize a decretação da prescrição da pretensão punitiva.

Ante estas considerações, acolhendo o parecer ministerial, nego provimento ao recurso em sentido estrito, para manter a decisão interlocutória de primeiro grau em todos os seus termos.

É como voto.

RECURSO DE HABEAS CORPUS EX OFFICIO N. 835-CE

Relator: O SR. JUIZ **RIDALVO COSTA**
Parte Autora: DRA. TEREZINHA ARAÚJO B. DE OLIVEIRA
Parte Ré: DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS CONTRA AS SECAS-DNOCS
Paciente: COSME DE OLIVEIRA SILVA
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA-CE

EMENTA

Processual Penal. Habeas Corpus. Recurso de ofício. Determinação para que o ingresso do paciente nas dependências do DNOCS fosse acompanhada por segurança do órgão. Inexistência de qualquer restrição ilegal à liberdade de locomoção. Mero exercício do poder de polícia. Provimento da remessa para denegar a ordem.

ACÓRDÃO

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

Recife, 18 de junho de 1998 (data do julgamento).

JUIZ RIDALVO COSTA – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA: Terezinha Araújo B. de Oliveira impetrou, em favor de Cosme de Oliveira Martins, habeas corpus, apontando como autoridade coatora o Diretor de Pessoal do DNOCS-CE e alegando que:

a) “o paciente é funcionário, atualmente licenciado, da Secretaria de Assuntos Estratégicos – SAE, vinculada à Presidência da República, nesta cidade sediada no prédio do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - DNOCS”; e

b) “a partir de 20.11.96, quando o paciente teve alteração verbal com sua ex-companheira Marta Lena Marques Leopoldino, funcionária do DNOCS (Setor de Pessoal), no interior daquele órgão federal, seu acesso às dependências do mesmo passou a ser vedado totalmente. Quando não, em atitude concessiva, ‘graça’ do Diretor de Pessoal do DNOCS, José Heraldo Teixeira, o paciente tem a lhe seguir, monitorando todos os seus movimentos, a constrangedora escolta de um guarda armado. É uma sombra ameaçadora a lhe tolher os passos, cerceando-lhe a liberdade de locomoção” (fls. 03).

Requeru, ao final, “a expedição do salvo-conduto para que o paciente Cosme de Oliveira

Silva possa circular livremente pelas dependências do prédio do DNOCS, livre das restrições e do acompanhamento compulsório de guarda de segurança” (fls. 04).

O MM. Juiz Federal Substituto da 3ª Vara-CE concedeu a ordem, por entender que “a medida tomada pela ilustre autoridade - sem embaraço de sua pragmática e tomada no período logo após os entreveros – é, sob o ponto de vista jurídico, insustentável, salvo com base em processo administrativo ou algo similar, que inoocorreu” (fls. 132).

Não houve recurso voluntário.

Subiram os autos, tão-somente, em razão do duplo grau obrigatório.

Abri vista à douda PRR, que opinou pelo provimento da remessa, em parecer assim resumido na ementa (fls. 145):

“Constitucional e Processual Penal. Recurso de ofício em habeas corpus. Dilação probatória no juízo originário. Contraditório limitado.

A via estreita do writ não comporta produção de prova. Havendo controvérsia, não é idônea a via escolhida. Pelo provimento da remessa necessária”.

Em mesa para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR JUIZ RIDALVO COSTA (Relator): O ato que teria restringido a liberdade de locomoção do paciente não consistiu na proibição de sua entrada no prédio do DNOCS, mas na determinação para que essa entrada fosse acompanhada por um dos seguranças do órgão. As razões da medida, decorrentes de agressões praticadas pelo paciente contra sua ex-companheira, funcionária do DNOCS, foram bem explicadas nas informações prestadas pela autoridade impetrada, de onde extraio os seguintes excertos (fls. 115/116):

“... por diversas vezes tem adentrado o local de trabalho de sua ex-companheira, agredindo-a na presença dos servidores que ali trabalham, com ameaças e palavrões, tumultuando o ambiente de trabalho, bem como criando mal-estar entre os demais servidores que ali trabalham, o que certamente poderá ser por eles comprovado.

(...)

Em face disso, o Sr. Diretor de Serviços Gerais, para evitar a ocorrência de qualquer consequência mais grave, determinou, não a proibição da entrada do Sr. Cosme de Oliveira Silva, mas de só subir ao 3º andar do prédio do DNOCS acompanhado por um dos vigilantes que trabalham na portaria, a fim de evitar a ocorrência de um fato mais grave”.

Ora, com o devido respeito aos argumentos da bem lançada sentença, não vislumbro, no caso concreto, qualquer ameaça ou restrição à liberdade ambulatoria do paciente. A medida administrativa inquinada de ilegal representou simples exercício do poder de polícia e foi ditada por questões de segurança.

É pacífico que a Administração pode condicionar ou restringir direitos individuais em benefício da coletividade ou do patrimônio público. Nisso consiste o poder de polícia, definido por Meirelles como sendo o “mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual” (Hely Lopes, Direito Administrativo, 2ª ed., p. 115).

Ensina o mestre Celso Ribeiro Bastos que mesmo o direito de locomoção, constitucionalmente assegurado e defendido através de habeas corpus, não pode ser exercido incondicionalmente, verbis:

“De fato, no Estado de Direito o cidadão goza de um número bastante grande de direitos individuais, que decorrem da própria Constituição. Acontece, entretanto, que esses direitos não são passíveis de fruição absoluta por parte dos seus destinatários. Não é da

índole do direito, e as liberdades públicas não fazem exceção, conferir prerrogativas ilimitadas. Todo direito deve encontrar um ponto ótimo de utilização. É dizer, a satisfação de um direito individual pelo seu destinatário não pode ferir o direito de outros indivíduos, nem o interesse coletivo. A fruição de um direito de forma exagerada, extremada, desproporcional acaba por desnaturar o próprio direito.

Daí fazer-se necessária uma atividade em seguimento à própria consagração dos direitos individuais, consistente na adaptação, no ajuste desses direitos a essa utilização tida por ótima, no sentido acima enunciado”.

(Curso de Direito Administrativo, ed. Saraiva, SP, 1994, p. 145).

A determinação de vigilância do tráfego do paciente nas dependências do DNOCS, portanto, tem respaldo no ordenamento jurídico, não configurando qualquer ilegalidade.

Também não agiu o administrador com excesso de poder de polícia, mesmo porque sequer proibiu que o paciente adentrasse o órgão.

Não tendo havido restrição ilegal à liberdade de locomoção do paciente, é de ser denegada a ordem.

Por isso, dou provimento à remessa.

É o meu voto.

Revista 34 - setembro/dezembro 1998

¹ Tive acesso à mencionada Tese na biblioteca do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da USP, no mês de julho de 1998. Desconheço tenha mencionada Tese sido publicada. Tenho cópia da mesma no meu Gabinete.

²In Curso de Direito Tributário, Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 1994, pág. 150.

³Este trabalho foi publicado na Revista CEJ nº 03, pág. 111-118, do Conselho da Justiça Federal, e também na Revista nº 18 do Instituto de Pesquisas e Estudos da Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP, págs. 189-207.