

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

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

Número 72 - Abril - 2008

R. TRF 5ª Região, nº 72, p. 1 - 258, Abril - 2008

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

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

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

Administração

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

GABINETE DA REVISTA:

Diretor

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA

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

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

Apoio Técnico

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

Diagramação

GABINETE DA REVISTA

Endereço eletrônico: www.trf5.gov.br

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

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

Mensal, apenas para esta edição

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

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

CDU 34(05)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargador Federal

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - 03.07.00

Presidente

Desembargador Federal

PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA - 19.09.01

Vice-Presidente

Desembargador Federal

FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03

Corregedor

Desembargador Federal

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA - 29.04.92

Desembargador Federal

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS - 13.03.96

Desembargador Federal

UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - 03.12.97

Desembargadora Federal

MARGARIDA CANTARELLI - 09.12.99

Diretora da Escola de Magistratura Federal

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00

Desembargador Federal

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00

Diretor da Revista

Desembargador Federal
PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01

Desembargador Federal
MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03

Desembargador Federal
MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - 08.08.07

Desembargador Federal
VLADIMIR SOUZA CARVALHO - 27.02.08

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

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

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

**Desembargador Federal UBALDO CAVALCANTE - Presidente
Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA
Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI**

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

**Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Presidente
Desembargador Federal MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Desembargador Federal CARLOS REBÊLO (CONVOCADO)**

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

QUARTA TURMA (terças-feiras)

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

SUMÁRIO

| | |
|-------------------------------|-----|
| I - Jurisprudência | 13 |
| II - Índice Sistemático | 249 |
| III - Índice Analítico | 253 |

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 5.128-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Autora: UNIÃO FEDERAL
Réu: SINDICATO DOS AGENTES DE INSPEÇÃO DO
TRABALHO DO CEARÁ - SINDAIT/CE
Adv./Proc.: DR. GLAYDDES MARIA SINDEAUX ESMERALDO
(RÉU)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO QUE RECONHECEU O DIREITO AO ÍNDICE DE 3,17%. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO TÃO-SOMENTE CONTRA A CONDENÇÃO NA VERBA HONORÁRIA. DECADÊNCIA. RECONHECIMENTO.

- Predomina na jurisprudência o entendimento de que, nos casos de impugnação parcial da sentença, transitada em julgado a outra parte da decisão que não fora objeto de inconformismo, iniciando-se daí a contagem do prazo previsto no art. 495 do CPC.

- Trânsito em julgado da parte rescindenda do acórdão no ano de 2000 e ajuizamento da demanda rescisória apenas em 17.02.2005. Decadência que se reconhece.

- Extinção do processo com julgamento do mérito (art. 269, IV, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, reconhecer a decadência do direito de propor a ação, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

A pretensão formulada na presente demanda busca a rescisão de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, que julgou procedente ação ordinária promovida pelo ora réu e concedeu a incorporação do índice de 3,17% aos substituídos, com o pagamento das diferenças vencidas até a data do efetivo cumprimento da sentença, de forma integral, observada a prescrição quinquenal.

As razões para o pedido da rescisória estão embasadas na alegação de que a implantação do reajuste de 3,17% somente deveria existir até o momento em que ocorrer a reorganização ou reestruturação da carreira, hipótese que, no caso dos substituídos, ocorreu através da MP nº 1.915, de 30.07.1999, devendo ser essa a data limite fixada para a aplicação do referido reajuste. Aduz, por fim, que o julgado rescindendo violou em sua literalidade o art. 10 da MP nº 2.225-45, eis que deveria ter sido prevista a implantação dos 3,17% e o pagamento das parcelas em atraso apenas até 15.03.1996, e não sem limite temporal, como ocorrido.

A parte ré apresentou defesa apontando, em preliminar, a decadência do direito de ação, por ter a rescisória sido proposta após o biênio legal. No mérito, argumenta que a sentença transitada em julgado não pode ser modificada por medida provisória editada em data posterior, sob pena de infringência ao art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88, e que não existe qualquer relação entre o aumento linear do percentual de 3,17%, proveniente da Lei nº 8.880/94 e a compensação desses valores pela reestruturação de carreira dos servidores, não havendo previsão legal de absorção do percentual de 3,17% pela reestruturação da carreira promovida pela MP 1.915/99.

Regularmente intimadas, as partes ofereceram razões finais.

Parecer do ilustre representante do Ministério Público Federal, opinando, em preliminar, pela extinção do feito e, no mérito, pela improcedência do pedido (fls. 85/90v).

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Aprecio, inicialmente, a preliminar de decadência trazida com a defesa, acolhendo-a.

No caso dos autos, a sentença julgou procedente a pretensão do sindicato ora réu, tendo esta Corte, em decisão monocrática da lavra do então Desembargador Federal Castro Meira, ora ilustre integrante do egrégio STJ, negado seguimento ao recurso da União e à remessa oficial e dado provimento em parte ao recurso do sindicato, apenas para majorar os honorários advocatícios devidos a título de sucumbência (fl. 40).

Contra tal decisão a União interpôs agravo inominado, insurgindo-se unicamente contra a parte do *decisum* que deferiu a majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais. É o que se apura da leitura do acórdão, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO CONTRA DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO, EM PARTE, À APELAÇÃO DO AUTOR, COM BASE NO ART. 557, PARÁGRAFO 1º-A, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM PERCENTUAL SOBRE A CONDENAÇÃO. ART. 20, PARÁGRAFOS 3º E 4º DO CPC.

- A nova redação do art. 557, parágrafo 1º-A, do CPC, dada pela Lei nº 9,756/98, prevê a possibilidade do juiz relator dar provimento a recursos interpostos contra decisões que estiverem em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do supremo tribunal federal, ou de tribunal superior.

- "A equidade reclamada pelo parágrafo 4º, do art. 20, do CPC não traduz sejam os honorários estabelecidos em valor certo, podendo arbitrá-los o juiz em percentual sobre a condenação" (REsp 162.995/PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª Turma, j. em 31/08/98, DJ de 16/06/98).

- Agravo improvido. (j. em 23.11.2000, DJU de 22.12.2000).

Vê-se, pois, que o recurso interposto pela União não se insurgiu contra o mérito da demanda, mas apenas sobre a condenação em honorários advocatícios.

Na verdade, a publicação da decisão monocrática deu-se no DJU de 06.06.2000 (segunda-feira), e a interposição do agravo ocorreu em 23.06.2000 (fls. 93/95).

Portanto, nos termos do art. 495 do CPC, a contagem do prazo para a propositura da ação para rescisão da sentença que concedeu a incorporação do índice de 3,17% teve seu início em junho de 2000, findando o prazo decadencial em junho de 2002.

A certidão que a União apresenta informa que o trânsito em julgado ocorreu em 17.02.2003. No entanto, tal data diz respeito ao decurso de prazo para interposição de recurso perante o egrégio STJ, uma vez que o recurso especial manejado pelo ente público contra o acórdão desta Corte, que, repise-se, limitou-se a abordar a questão atinente à verba honorária, teve o seu seguimento negado naquele egrégio Tribunal Superior.

Ora, a presente rescisória foi proposta somente em 17.02.2005 (fl. 2), devendo ser acolhida a arguição de decadência do direito de ação, ante o decurso de mais de 2 (dois) anos da ocorrência do trânsito em julgado da decisão que apreciou a questão que a parte pretende rescindir.

No caso, filio-me ao entendimento de que o termo inicial do prazo decadencial para propositura de ação rescisória é contado a partir do trânsito em julgado da decisão que apreciou a questão que a parte pretende rescindir, e não da data do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

Este egrégio Tribunal tem firmado entendimento nesse mesmo sentido:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DOIS PEDIDOS RESCISÓRIOS. AUSÊNCIA DE RECURSO DOS AUTORES RELATIVAMENTE A TRECHO DA SENTENÇA QUE FOI DESFAVORÁVEL AOS ORA DEMANDANTES (REAJUSTE DE 28,86%). SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO NESTE ASPECTO. PEDIDO DE RESCISÃO DE ACÓRDÃO PROFERIDO PELO STJ EM RECURSO ESPECIAL. INCOMPETÊNCIA DO TRF. ARTIGO 105, I, E, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A teor do artigo 495 do Código de Processo Civil - CPC, a ação rescisória deve ser proposta em até 2 (dois) anos

após o trânsito em julgado da decisão, cujo prazo se conta a partir do primeiro dia útil que se seguir ao último para a interposição de recurso. Havendo partes distintas na relação processual, pode ser distinto, por igual, o momento do trânsito em julgado da decisão que se pretenda rescindir. Precedentes do eg. STJ.

2. (...).

3. "O prazo decadencial para a propositura da ação rescisória conta-se a partir do trânsito em julgado material da decisão rescindenda, e não do trânsito formal. Aplicação da regra de que o recurso parcial não impede o trânsito em julgado da parte da sentença que não foi por ele impugnada. Não abrangendo a apelação interposta o tema que motiva a rescisão, é a partir da sentença de primeiro grau que deve correr o biênio legal" (STJ - 5ª Turma, REsp nº 331.573-RS).

4. Decadência do prazo para o aforamento da ação rescisória: entre a data da prolação da sentença, em 23-9-1996, e a do ajuizamento desta ação, em 19-9-2001, decorreram 5 (cinco) anos. Extinção da ação rescisória, com julgamento do mérito, nos termos do artigo 269, IV, do CPC, com relação ao pedido de desconstituição de sentença que negou pedido de reajuste do índice de 28,86%.

5. Incompetência absoluta deste Tribunal no tocante ao pedido de rescisão do julgado proferido pelo eg. STJ, no Recurso Especial nº 160.223/PB. Nessa decisão se deu provimento ao recurso interposto pela União, e se substituiu o acórdão da Primeira Turma desta Corte. Remessa dos autos ao colendo Superior Tribunal de Justiça. (...). (AR 3.716-PB, Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, j. 15.02.2006)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI E ERRO DE FATO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DEFERIDO PEDIDO DE BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CERTIDÃO QUANTO AO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA RESCINDENDA. CERTIDÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO DE ACÓRDÃO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE A PARTE AUTORA RESCINDIR A SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE RESCISÃO DE ACÓRDÃO. SEM CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Pedido dos benefícios da Justiça Gratuita deferido, até porque não há impugnação da parte adversa.
- Sentença anulada, em parte, pelo acórdão rescindendo.
- Parte da sentença não recorrida. Sentença publicada em dezembro de 2002. Ação rescisória proposta em fevereiro de 2005. Decadência do direito de a parte autora propor a rescisória da sentença.
- Acórdão que anula parte da sentença não viola lei, nem incide em erro de fato. Improcedência da rescisória nesta parte. (AR 5.122 PB, Rel. Des. Federal Convocado Élio Wanderley de Siqueira Filho, j. 09.08.2006)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ÍNDICES DE CORREÇÃO DOS SALDOS FUNDIÁRIOS. TRÂNSITO EM JULGADO PARA O AUTOR. DECADÊNCIA.

1. O prazo para a propositura da ação rescisória, pelos autores, foi iniciado quando a decisão de primeiro grau transitou em julgado para eles, ou seja, uma vez expirado *in albis* o prazo de 15 (quinze) dias dentro do qual deveriam eles ter interposto apelação contra a decisão que julgou procedente apenas em parte o pedido formulado na exordial.

2. A ação rescisória deve ser proposta até 2 (dois) anos após o trânsito em julgado da sentença. Esse prazo deve ser contado a partir do primeiro dia útil seguinte ao último admitido para a interposição de recurso, sem que este tenha se verificado (art. 495 do CPC).

3. Da prolação da sentença, contra a qual não recorreram os autores, à propositura da ação rescisória, decorreram quase 6 (seis) anos, aspecto que, uma vez constatado, permite asseverar que, em muito, se esgotou o prazo para o ajuizamento da ação rescisória.

4. Proposta a ação rescisória uma vez esgotado o biênio, configurou-se a decadência, não sendo possível concluir pela sua admissibilidade, impondo-se, destarte, a extinção do processo com julgamento do mérito (art. 269, IV, do CPC).

(AR nº 3946/PB, Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti, j. em 25-9-2002, DJ de 2-12-2002, p. 578,).

Posto isso, voto no sentido de reconhecer a decadência do direito de propor a presente ação rescisória, pelo que extingo o feito com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, IV, do CPC.

Ultrapassada a preliminar de decadência, observo ainda a existência de outra questão que autoriza a extinção do processo.

Com efeito, a União aponta a existência de ofensa a literal dispositivo de lei, invocando o disposto no art. 10 da Medida Provisória nº 2.225-45, de 04.09.2001, que limita o pagamento do percentual de 3,17% somente até a ocorrência da reestruturação ou reorganização da carreira dos servidores, hipótese que no presente caso teria ocorrido com a edição da MP nº 1.915, de 30.07.1999.

Verifica-se, contudo, que tanto a sentença *a quo*, proferida em 30.09.1999, quanto a decisão desta Corte que negou seguimento ao apelo e à remessa oficial, prolatada em 17.05.2000, são anteriores à vigência da MP 2.225/2001, não havendo, pois, que se cogitar da violação do dispositivo em comento, eis que tal norma sequer existia no mundo jurídico. Nesse sentido, já decidiu o pleno desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ARTIGO 485, V, DO CPC. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 3,17%. LEI Nº 8.880/94. ALEGATIVA DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.225-45/2001. NÃO OCORRÊNCIA. VIGÊNCIA POSTERIOR À PROLAÇÃO DA DECISÃO RESCINDENDA E AO RESPECTIVO TRÂNSITO EM JULGADO. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA ACOLHIDA.

1. Preliminar de impossibilidade jurídica que se acolhe, eis que, quando a decisão rescindenda fora proferida, ainda não se achava em vigor o ato normativo havido por afrontado, qual seja, a Medida Provisória nº 2.225-45, de 4-9-2001, que somente entrou em vigor em 5-9-2001.

2. Extinção do processo sem exame do mérito (artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil).

3. Verba de sucumbência: 10% (dez por cento), sobre o valor dado à causa, corrigidos monetariamente (os honorários) nos termos da Lei nº 6.899/81.

(AR 4.797/CE, Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano, j. em 16.02.2005).

Acolho, pois, a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, para extinguir o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

É como voto.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 5.361-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Autores: ALBÉRICO JOÃO DE LIMA, JOSEFA ROSENDO
DO NASCIMENTO, JOSÉ EDSON BENTZEN E
PAULO SÉRGIO MARQUES
Ré: UNIÃO FEDERAL
Adv./Proc.: DR. MIGUEL BARBOSA DA SILVA

EMENTA: PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. MILITAR. TAIFEIRO DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. PROMOÇÕES. LEI 3.953/61. DECRETOS REGULAMENTARES. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INEXISTÊNCIA.

- A ascensão do militar taifeiro até o grau de suboficial, prevista na Lei nº 3.953/61, depende do cumprimento dos requisitos estabelecidos em regulamento, entre eles a aprovação em concurso destinado para tal fim, o que, in casu, não restou comprovado.

- Os requisitos estabelecidos pelos Decretos nº 364/61, nº 68.951/71, nº 89.394/84 e nº 92.577/86 não feriram o princípio da isonomia ao determinar as condições necessárias para a referida ascensão, com base nas especificidades da respectiva Força Armada

- Improcedência do pedido.

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Os autores, todos taifeiros da Aeronáutica, buscam a rescisão de decisão que julgou improcedente ação ordinária visando o direito à promoção ao quadro de suboficiais e sargentos, nos termos da Lei nº 3.953/61, dos Decretos nºs 363 e 364/1961 e nº 92.577/86 e Portaria nº 1.213/GM3, de 19.12.1961.

Argumentam os autores que a decisão rescindenda incorreu em violação a literal disposição de lei, porque o art. 2º da Lei nº 3.953/61 assegurou a ascensão funcional dos integrantes do Quadro de Taifeiros, mas a Aeronáutica não contemplou os autores com as promoções asseguradas pela citada norma, causando-lhes prejuízos, pois os mesmos poderiam já estar ocupando a graduação de Suboficial. Afirma que o acórdão impugnado consubstancia o interstício para a promoção, quando a essência da matéria é a extrapolação da regulamentação da Lei nº 3.953/61, através do Decreto nº 92.577/86, haja vista que este não se ateu aos limites naquela estabelecidos, ao determinar o acesso à promoção somente através de concurso e curso de especialização, pugnano, ainda, pela prevalência do voto vencido, afirmando que o Decreto nº 68.591/71 trata genericamente do Corpo de Pessoal da Aeronáutica, sem adentrar na categoria dos taifeiros, situação que é definitivamente abordada somente pelo Decreto nº 92.577/86. Sustenta que os fundamentos do voto condutor trazem dois fatores absolutamente distintos do objeto perseguido naquela lide.

Aduzem, ainda, que o art. 10 do Decreto nº 92.577/86, dispondo sobre o ingresso no Quadro de Sargentos e Suboficiais (QSS), ultrapassou os limites do dispositivo legal que regulamenta, ou seja, a Lei nº 3.953/61, porque esta não impôs a realização de concurso/curso de especialização como condição necessária à realização das promoções. Ressaltam que os militares da Marinha tiveram melhor sorte porque lhes foi concedido o mesmo tratamento e direito já concedidos àqueles que se encontram em igual situação militar e idêntica condição jurídica, pelo que se arguiu a isonomia em relação a eles.

Apresentadas contestação e razões finais.

Parecer do ilustre representante do Ministério Público Federal, pela improcedência do pedido (fls. 302/304).

É o relatório.

Submeto o feito à apreciação da douta revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

A Lei nº 3.953/61 estabelece:

Art. 1º Fica assegurado aos taifeiros da Marinha e da Aeronáutica, o acesso até a graduação de suboficial, com vencimentos e vantagens relativas à referida graduação.

§ 1º A seleção, habilitação, aperfeiçoamento e acesso, serão efetuados de acordo com a regulamentação existente para os demais quadros, respeitadas as condições inerentes à especialidade.

§ 2º Os atuais taifeiros da Aeronáutica estão isentos do curso de especialização, ficando obrigados, todavia, ao preenchimento dos demais requisitos previstos no parágrafo anterior.

Art. 2º O Poder Executivo, por intermédio dos Ministérios da Marinha e da Aeronáutica, regulamentará, dentro do prazo de 90 dias a presente lei.

A supracitada lei determina que cada Força Armada proceda à respectiva regulamentação, estabelecendo regras específicas para as promoções na carreira, desde que atendidas aquelas condições. Dessa forma, fica descaracterizada a previsão de idêntica possibilidade de acesso na carreira para os militares da Marinha e da Aeronáutica.

Ao analisarmos o citado diploma legal, fica claro que foi dispensada, no parágrafo segundo, a realização do Curso de Especialização para a promoção dos taifeiros, devendo, no entanto, serem preenchidos os requisitos relacionados no parágrafo primeiro.

No caso, os autores não provaram o preenchimento de tais requisitos.

Acerca das normas que regulamentaram a supra-referida Lei, entendo que os requisitos estabelecidos pelos Decretos nº 364/

61, nº 68.951/71, nº 89.394/84 e nº 92.577/86 não feriram o princípio da isonomia ao determinar as condições necessárias para a referida ascensão, com base nas especificidades da respectiva Força Armada.

É de se ressaltar que o colendo STJ já firmou entendimento no sentido de que a garantia assegurada aos Taifeiros da Aeronáutica, de acesso à graduação de suboficial sem a necessidade de realização do curso de formação, não excluiu a obrigatoriedade de serem aprovados em concurso destinado a tal fim.

Cito, nesse sentido, o seguinte acórdão:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCES-
SUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUES-
TIONAMENTO. MILITAR DA AERONÁUTICA. TAIFEIRO.
PROMOÇÃO. CUMPRIMENTO DE REQUISITOS. ISEN-
ÇÃO DO CURSO. NECESSIDADE DE CONCURSO.

Somente no recurso especial o tema sobre a “prescrição” foi suscitado: ausência do necessário prequestionamento. Nos termos da legislação pertinente (Lei 3953/61 e decretos regulamentares), os taifeiros estão dispensados do Curso de Especialização para fins de promoção, mas, no entanto, devem cumprir os demais requisitos, dentre eles o necessário concurso.

Precedentes.

Recurso provido.

(REsp 503.154/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, *DJU* 25/08/2003, p. 369)

Da mesma forma, a edição do Decreto nº 3.690/2000 não significou que tenha havido reconhecimento de que as normas anteriormente existentes tenham violado o princípio da isonomia tão clamado em demandas judiciais semelhantes a esta, e preterido a promoção dos taifeiros em tempos pretéritos. Ao contrário, entendendo que tal manifestação apenas se traduz no exercício da competência, de natureza discricionária, do Poder Executivo, em proceder à reestruturação, de acordo com as peculiaridades próprias da carreira dos integrantes da Aeronáutica.

Em julgados mais recentes da Sexta Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça o entendimento é semelhante:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. TAIFEIRO DA AERONÁUTICA. PROMOÇÃO PARA SUBOFICIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. LEI Nº 3.953/61. NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM REGULAMENTO.

1. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea c do permissivo constitucional requisita não apenas a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio alegado, mas também a demonstração das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, de modo a demonstrar analiticamente a divergência jurisprudencial.

(...)

4. Aos Taifeiros da Aeronáutica foi assegurado o acesso até à graduação de suboficial, ficando, entretanto, ressalvado que a seleção, habilitação, aperfeiçoamento e acesso serão efetuados de acordo com a regulamentação existente para os demais quadros, respeitadas as condições inerentes à especialidade (artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei nº 3.953/61).

5. Embora estejam isentos da realização de curso de formação (artigo 1º, parágrafo 2º, da Lei nº 3.953/61), os Taifeiros da Aeronáutica só terão acesso até a graduação de suboficial depois de realizar concurso destinado para tal fim. Inteligência dos Decretos nº 68.951/71, 89.394/84, 92.577/86 e Portaria nº 1.213/GM3/61. (REsp 325.705/RJ, da minha Relatoria, *in DJ* 24/3/2003).

3. Recurso improvido.

(REsp 392.514/RJ, Ministro Hamilton Carvalhido, *in DJ* 15.12.2003, p. 413).

Nesse mesmo sentido há precedentes na Quinta Turma do STJ:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. LEI Nº 3.953/61. TAIFEIROS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. PROMOÇÃO. REQUISITOS.

1- Aos Taifeiros do Ministério da Aeronáutica é assegurado o acesso até a graduação de Suboficial, desde que preenchidos os requisitos previstos na Lei nº 3.953/61 e no Decreto nº 92.577/86. Não havendo nos autos comprovação do preenchimento dos aludidos requisitos, impõe-se ne-

gar provimento ao presente regimental. Precedentes do STJ.

2- Agravo regimental desprovido.

(REsp 239.070/PE, Ministro Gilson Dipp, DJ 09.10.2000, p. 178.)

Em outros julgados mais recentes, introduziu-se uma nova fundamentação, com base no Decreto nº 3.690/2000, sobre o qual transcrevo entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MILITARES INATIVOS DO QUADRO DE TAIFEIROS DO MINISTÉRIO DAAERONÁUTICA. PROMOÇÕES ATÉ A GRADUAÇÃO DE SUBOFICIAL. LEI 3.953/61. ART. 44 DO DECRETO 3.690/2000. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO COM OS MILITARES DA ARMADA. AUSÊNCIA DE DISPOSITIVO REGULAMENTANDO A REVISÃO DOS ATOS DE APOSENTADORIA JÁ PRATICADOS. SEGURANÇA DENEGADA.

1 - A Lei 3.952/61 determina que cada força proceda à sua respectiva regulamentação, estabelecendo regras específicas para as promoções na carreira quando atendidas certas condições, impossibilitando a um Taifeiro da Aeronáutica galgar as promoções existentes na carreira do quadro que ocupa, seguindo os critérios específicos da Força Naval. Precedentes (MS 1.211/DF e REsp 325.705/RJ).

2 - O Decreto 3.690/2000, embora tenha regulamentado a Lei 3.953/61 e discipline, em seu art. 44, a promoção de taifeiros ao último nível do respectivo quadro e a graduação de 3º Sargento aos que tiverem, respectivamente, mais de 7 (sete) anos e menos de 14 (catorze) anos de serviços prestados na graduação de taifeiro, não possui dispositivo regulamentando a revisão dos atos de aposentadoria já praticados.

3 - Segurança denegada. Custas *ex lege*. Sem honorários advocatícios a teor das Súmulas 512/STF e 105/STJ. (STJ-MS Nº 9.079-DF, Terceira Seção, julg. 08.10.2003, dec. unânime, publ. 19.12.2003, Rel. Ministro Jorge Scartezini).

MANDADO DE SEGURANÇA. MILITARES. TAIFEIROS. PROMOÇÃO. SARGENTO. SUBOFICIAL. REQUISITOS REGULAMENTARES. NÃO ATENDIMENTO. REVISÃO DA

SITUAÇÃO JURÍDICA DE INATIVOS. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

O Decreto 3.690/2000 não possui dispositivo regulamentando a revisão dos atos de aposentadoria já praticados. Precedentes.

A ascensão do militar taifeiro até o grau de Suboficial depende do cumprimento dos requisitos estabelecidos em regulamento. Precedentes.

Segurança denegada.

(STJ - MS 9.066 - DF, Terceira Seção, julg. em 28.04.2004, dec. unânime, publ. 24.05.2004, Rel. Min. Paulo Medina).

E, ainda, em decisão proferida pela eg. 2ª Turma deste eg. Regional:

ADMINISTRATIVO. MILITAR. TAIFEIRO DA AERONÁUTICA. PROMOÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INEXISTÊNCIA. ART. 5º, I, DA CF/88. DECRETO Nº 3.690/00. DECRETO Nº 363/91.

I - Não fere o princípio da isonomia, consagrado na Constituição Federal (art. 5º, I), o tratamento díspar entre os taifeiros da Aeronáutica e os da Marinha, haja vista as peculiaridades entre as diversas Forças.

II - A reestruturação da carreira subalterna da Aeronáutica, patrocinada pelo Decreto 3.690/00, não implicou no reconhecimento de que o anterior Decreto 363/91 fosse inconstitucional, pelo fato de dispor de maneira diversa sobre dita carreira.

III - Apelação e remessa oficial providas.

(TRF-5ª Região, 2ª Turma, AC 312.733 PE, j. 14.09.2004, maioria, DJU 29.06.2005, Rel. para o acórdão Des. Federal Francisco Cavalcanti)

O Decreto nº 3.690/2000, revogando o Decreto nº 880/93, veio modificar as normas regulamentadoras da supratranscrita Lei, ao prever, expressamente, em seu art. 44 e parágrafos, a promoção de taifeiros ao último nível do respectivo quadro e à graduação de terceiro-sargento, aos que tiverem, respectivamente, mais de 7 e menos de 14 anos de serviços prestados na graduação de taifeiro.

Não há, pois, ilegalidade a ser corrigida. A matéria trazida a julgamento nestes autos envolve atos jurídicos realizados em conformidade com a legislação vigente à época em que praticados,

não se tornando nulos, pois, com a alteração legislativa posterior que expandiu a carreira de taifeiro.

Posto isto, julgo improcedente o pedido da presente ação, condenando a parte autora no ônus sucubenciais, que fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

É como voto.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 5.595-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Autor: PAULO SÉRGIO RIBEIRO VAREJÃO
Ré: UNIÃO
Adv./Proc.: DR. CÂNDIDO DODO DA SILVA FILHO

***EMENTA: CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCES-
SUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. RESSARCIM-
ENTO POR PRISÃO PREVENTIVA DESCON-
STITUÍDA ATRAVÉS DE HABEAS CORPUS. RES-
PONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PEDIDO
DE RESCISÃO DE SENTENÇA PROFERIDA NA
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS
E À IMAGEM JULGADA IMPROCEDENTE. ALE-
GAÇÃO DE OFENSA À COISA JULGADA E VIO-
LAÇÃO AOS ARTIGOS 131, 126, 302 E 330, DO
CPC. SUSPEIÇÃO E IMPEDIMENTO. INOCOR-
RÊNCIA.***

***- Ação Rescisória ajuizada ao objetivo de des-
constituir sentença prolatada nos autos da Ação
de Indenização por Danos Morais e à Imagem nº
2004.83.00.006922-4, movida contra a União, sob
o fundamento de ter ocorrido ofensa à coisa
julgada e violação literal a dispositivo de lei (arti-
go 485, IV e V, do CPC).***

***- O fato de a decisão que se pretende ver
rescindida ter-lhe negado o pedido de inden-
ização, com base no convencimento do magis-***

trado, não contraria o que restou decidido nos autos do HC nº 1.533/PE, julgado pela Terceira Turma deste Tribunal, pelo simples fato de não existir relação entre ambas as ações.

- No habeas corpus, a ordem foi concedida, revogando-se a prisão do paciente e determinando a expedição de alvará, porque se entendeu nulo o decreto preventivo, ante a “Ausência de indicação do ato da prisão das provas que demonstrariam a existência dos crimes em apuração e dos indícios reais que existiriam no ‘inquérito policial sigiloso’ sobre a autoria ou participação do paciente” (fl. 50) – não houve discussão acerca do direito à indenização.

- Na ação de indenização por danos morais e à imagem entendeu o magistrado não ter o autor direito à indenização. Não há, portanto, nenhuma vinculação entre as duas “ações”.

- “O reconhecimento do não cabimento da prisão preventiva não implica no reconhecimento do direito à indenização”.

- A decisão foi proferida com fundamento em juízo exauriente, pois o conjunto probatório presente nos autos já era suficiente para o convencimento do magistrado. Não havia, portanto, matéria de fato a ser provada, por se tratar de questão meramente jurídica.

- Para que se reconheça a parcialidade do magistrado para julgar a demanda, se faz indispensável a existência de um determinado fato, devidamente demonstrado, e que possa revelar o injusto favorecimento a uma das partes envolvidas no litígio.

- A ação rescisória não é substituta de recurso; não é recurso ordinário, com prazo bienal ou quadrienal; não é super-recurso, e não se presta para suprir ou colmatar a eventual contumácia das partes, nos casos em que estas não tenham feito desafiar contra os julgados havidos por

danosos aos respectivos interesses, e a tempo e modo compatíveis, os recursos pertinentes.
- Improcedência do pedido. Liminar cassada. Verba honorária de sucumbência, nos termos do voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar improcedente o pedido formulado na ação rescisória, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA (Convocado):

Ação Rescisória ajuizada por Paulo Sérgio Ribeiro Varejão, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ao objetivo de desconstituir sentença prolatada nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e à Imagem nº 2004.83.00.006922-4, movida contra a União, sob o fundamento de ter ocorrido ofensa à coisa julgada e violação literal a dispositivo de lei (artigo 485, IV e V, do CPC).

Como relatado quando da apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela, durante as investigações relacionadas à “Operação Vassourinha”, Agentes da Polícia Federal realizaram filmagem do Sr. Paulo Roberto Ferreira Carneiro (ex-Secretário de Finanças da Prefeitura Municipal de Jaboatão dos Guararapes), ingressando nas instalações da Empresa Municipal de Trânsito e Transporte do Jaboatão dos Guararapes/PE - EMTT, no dia 17/6/2002, para a realização de prática criminosa. Com base nisso, a

Polícia Federal, por “*erro ou imperícia*”, solicitou sua prisão preventiva, que foi decretada pelo MM. Juízo da 4ª Vara Federal em Pernambuco - Privativa em Matéria Penal.

Afirma-se, na seqüência, que, se o magistrado *a quo* tivesse procedido a uma percuciente análise das provas, sobretudo da gravação da filmagem feita pela Polícia Federal nas dependências da EMTT, teria percebido que quem se encontrava naquela repartição, apesar de também se chamar PAULO, era pessoa absolutamente distinta da pessoa do autor. Mas isto não ocorreu e o autor foi preso, tendo permanecido encarcerado por 6 (seis) dias.

Ao impetrar *habeas corpus* em seu favor (HC nº 1.533/PE), a Terceira Turma deste Tribunal, por conduto do lúcido voto da lavra do eminente Desembargador Federal Ridalvo Costa, concedeu a ordem, por entender nulo o decreto de prisão preventiva, posto que “... *ausente qualquer indício que leve à conclusão de ter o paciente praticado qualquer crime ...*”, tendo a referida decisão passado em julgado em 19-12-2002 (fls. 56/69).

Em face disso, ajuizou, em 31-3-2004, Ação de Indenização (distribuída para a 5ª Vara Federal de Pernambuco) com o objetivo de haver ressarcimento por danos morais, em virtude de ter sido vítima de um “erro” da Polícia Federal, que, por “imperícia”, findou por custodiá-lo.

Após a última movimentação do feito (conversão em diligência, determinada pelo MM. Juiz Federal Substituto da 5ª Vara, Dr. Tiago de Aguiar, em 17-2-2005), o mesmo permaneceu paralisado.

Com a remoção do referido magistrado, o processo passou a ser presidido pela Dra. Nilcéa Maggi (Juíza Federal titular da 5ª Vara), que se afastou de suas funções em virtude de licença médica, tendo o Dr. Gustavo Mazzocchi, Juiz Federal Substituto da 4ª Vara Criminal, por onde tramita o processo da Operação Vassourinha, assumido a 5ª Vara, no período de 1º a 5 de junho de 2006.

Aduz que, em evidente suspeição, já que estaria apreciando um ato do juiz titular da vara na qual é substituto (da 4ª Vara), o Doutor Gustavo Mazzocchi, “... **enfrentando** a decisão **transitada em julgado** da Terceira Turma...”, “... recebeu o processo da ação indenizatória e julgou a ação neste mesmo dia **02/06/2006**, **impro-**

cedente, e deixou a 5ª Vara na segunda-feira, dia **05/06/06**, continuando na 4ª, na qual é substituto e da qual não (mais) se afastou neste período”.

E que, apesar de o Tribunal ter declarado nulo o decreto de prisão preventiva, sendo “(...) *pobre, deficiente quanto a esses elementos, por não haver individualizado a conduta do paciente, por não haver indicado nenhum indício de autoria de prática criminosa*”, o ilustre magistrado, divergindo de decisão passada em julgado, emitiu juízo de valor, salientando que o fato de “... **ter o órgão judiciário ad quem manifestado posicionamento divergente daquele exteriorizado pelo magistrado singular, jamais caracteriza(ria) erro judiciário ou ilegalidade do ato**”.

Segundo entende, a decisão rescindenda, por ter enfrentado a coisa julgada e ter tecido considerações referentes “... *aos erros e à Justiça Divina, não julgou de acordo com os critérios legais, da persuasão racional e da convicção condicionada ...*”, violando o disposto no artigo 131, do Código de Processo Civil - CPC, incidindo, na espécie, o enunciado do artigo 485, inciso V e IV, do mesmo Código.

Sustenta a suspeição e o impedimento do Juiz prolator da decisão rescindenda, posto que o Dr. Gustavo Pontes Mazzocchi, Juiz substituto da 4ª Vara Federal – que dirige o processo criminal decorrente da Operação Vassourinha –, ao assumir a 5ª Vara pelo período de 5 dias (incluindo-se o sábado e o domingo), não poderia ter atuado no feito, indagando, ainda, se “(...) *na qualidade de substituto do Juiz Antonio Bruno, teria (o Doutor Gustavo Pontes Mazzocchi, esclareça-se) condições psicológicas de apontar ou indicar, com absoluta isenção, o erro contido no ato da prisão preventiva, decretada pelo (Juiz Federal) Dr. Antonio Bruno, da mesma vara, e de quem ele é substituto?*”

Outrossim, alega que o juiz, ao se referir ao agente da autoridade, ao “... **magistrado**, e ao membro do Ministério Público, como responsáveis pela indenização, por via de regresso, (...) *demonstrou, confirmou sua suspeição e sua condição de interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes, in casu, da UNIÃO FEDERAL, incidindo na espécie o art. 135-V, combinado com o art. 485, II, do CPC, o que faz rescindível a sentença*”.

A asserção do magistrado, no sentido de que não se poderia aferir a veracidade ou não da prisão errada, porque tal fato ainda estaria sendo discutido nos autos do processo criminal, não se sustenta. Primeiro, porque foram acostadas, aos autos da ação indenizatória, provas robustas que demonstram que ele não praticou nenhum crime, tanto é que o Ministério Público deixou de denunciá-lo em “(...) *razão da ausência de elementos suficientes para sua identificação*”; e, em segundo lugar, porque o magistrado poderia ter sobrestado o feito até o deslinde da ação criminal, ocorrendo, portanto, afronta ao disposto nos artigos 126 e 302 do CPC.

Após destacar estarem presentes os pressupostos indispensáveis à outorga da medida reclamada (a verossimilhança das alegações e o risco de dano), e porque a sentença rescindenda já estaria a ser executada, já tendo sido penhorados diversos instrumentos de trabalho (artigo 649, VI, do CPC), podendo ser os mesmos levados a leilão, requer a antecipação dos efeitos da tutela para o fim de suspender a execução em curso na Ação de Indenização nº 2004.83.00.006922-4, em processamento perante a 5ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco.

Requeru, ainda, a concessão da gratuidade processual, posto não ter condições de depositar a quantia correspondente a 5% (cinco por cento) do valor atribuído à ação indenizatória, que foi de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), o que perfaz um total de R\$ 12.500,00 (doze mil e quinhentos reais).

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi deferido (fls. 167/172).

A União contestou a ação, sustentando, em preliminar: a) a impropriedade da via eleita; b) a ausência de violação a literal dispositivo de lei e à coisa julgada, de sorte a ensejar o cabimento da rescisória; c) inexistência de impedimento ou suspeição do juiz prolator da sentença rescindenda (artigos 131, 126 e 302, do CPC). Pediu-se a improcedência da rescisória, com a condenação do autor em honorários advocatícios e demais cominações legais, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC (fls. 176/199).

Réplica às fls. 203/216. As razões finais foram apresentadas pelo autor e pela União e repousam, pela ordem, às fls. 257/258 e 259/270.

O douto presentante do *Parquet* Federal opinou pela improcedência do pedido formulado na inicial (fls. 272/283).

É, no que importa, o relatório.

Ao eminente Desembargador Federal Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Penso, com a vênia de hábito aos entendimentos divergentes, que a presente rescisória, ajuizada com apoio no artigo 485, IV e V, não merece prosperar.

Percebe-se, da inicial, que o autor pretende, sob o fundamento de ofensa à coisa julgada, a reforma ou a revisão da sentença proferida em seu desfavor, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e à Imagem nº 2004.83.00.006922-4, movida ao objetivo de haver ressarcimento por danos morais, em virtude de ter sido vítima de um "erro" da Polícia Federal, que, por "imperícia", findou por custodiá-lo, posto não ter ele ajuizado, a tempo e modo próprios, o recurso competente, que não foi manejado em virtude da perda do prazo.

A afirmativa faço-a, tendo em conta que o próprio autor faz alusão ao fato de o feito se encontrar "(...) *paralisado há mais de um ano e meio (...) sendo julgado às pressas, no dia 02.06.2006. Essas ocorrências dificultaram do que tinha acontecido, porque quando soube o prazo de recurso já tinha passado, ficando visivelmente prejudicado*".

Por outro lado, o fato de a decisão que se pretende ver rescindida ter-lhe negado o pedido de indenização, com base no convencimento do magistrado, não contraria o que restou decidido nos autos do HC nº 1.533/PE (fls. 40/50), julgado pela Terceira Turma, pelo simples fato de não existir relação entre ambas as ações.

Naquele *habeas corpus*, a ordem foi concedida, revogando-se a prisão do paciente e determinando a expedição de alvará, porque se entendeu nulo o decreto preventivo, ante a "ausência de indicação do ato da prisão das provas que demonstrariam a existência dos crimes em apuração e dos indícios reais que existiriam no 'inquérito policial sigiloso' sobre a autoria ou participação do paciente" (fl. 50) – não houve discussão acerca do direito à indenização.

Já na Ação de Indenização por Danos Morais e à Imagem, entendeu o magistrado não ter o autor direito à indenização. Não há, *data vênia*, nenhuma vinculação entre as duas "ações". Reinsisto, a decisão turmária, proferida nos autos do HC n° 1.533/PE, não tratou de indenização, mas, tão-somente, da fundamentação do decreto preventivo.

Nesse diapasão, são, pois, pertinentes as lúcidas ponderações subscritas pelo douto presentante do *Parquet*, segundo as quais: "*O reconhecimento do não cabimento da prisão preventiva não implica no reconhecimento do direito à indenização*" (fl. 277).

É intuitivo, pois, o propósito do autor em utilizar esta rescisória, como sucedâneo de recurso, máxime se tendo em conta que o mesmo deixou transcorrer *in albis* o prazo para recorrer da decisão que lhe negou o direito à indenização.

Contudo, é sempre bom lembrar que a ação rescisória não é substituta de recurso; não é recurso ordinário, com prazo bienal ou quadrienal¹; não é super-recurso, e não se apresta para suprir ou colmatar a eventual contumácia das partes, nos casos em que estas não tenham feito desafiar contra os julgados havidos por danosos aos respectivos interesses e, a tempo e modo compatíveis, os recursos pertinentes.

A corroborar a asserção, registro que o Plenário deste Tribunal já teve a oportunidade de analisar a matéria por diversas vezes, consoante ressei dos arestos que passo a transcrever, *verbis*:

¹ Ver o artigo 188, do Código de Processo Civil, na redação dada pela Medida Provisória n° 1.798-1, de 1999.

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. INEXISTÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA.

- Não há julgamento *extra petita* quando o acórdão, em sede de reexame necessário, cinge-se apenas à incidência da correção monetária, por já haver sido reconhecida a procedência do pedido postulado.

- Descabe a utilização da via rescisória como sucedâneo de recurso não interposto oportunamente.

- Ação Rescisória improcedente.

(TRF 5ª Região, AR nº 4.846/PB, Pleno, julg. em 13-4-2005, *DJ* de 8-6-2005, p. 1.767, Rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria). Grifei.

AÇÃO RESCISÓRIA. MILITAR. REFORMA POR DOENÇA INCAPACITANTE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

- A ação rescisória não é mero sucedâneo de recurso ordinário, sendo inidôneo para o reexame fático-probatório da juridicidade da decisão trânsita em julgado. Precedente: STJ, AR 1.470/SP, Segunda Seção, Rel. Ministro Castro Filho, julgado em 10.05.2006, *DJ* de 14.12.2006.

- Hipótese de manifesta inadequação da via eleita, de caráter excepcional. Ação rescisória improcedente.

(TRF 5ª Região, AR nº 4.802/CE, Pleno, julg. em 22-8-2007, *DJ* de 18-9-2007, p. 512, Rel. Des. Fed. César Carvalho - Convocado). Sem destaques no original.

Outro não é, por sinal, o entendimento sufragado no egrégio Superior Tribunal de Justiça:

*A ação rescisória não é sucedâneo de recurso não interposto no momento apropriado, nem se destina a corrigir eventual injustiça de decisão. Constitui demanda de natureza excepcional, de sorte que seus pressupostos devem ser observados com rigor, sob pena de ser transformada em espécie de recurso ordinário para rever decisão já ao abrigo da coisa julgada. (AR nº 3.219/RS, Segunda Seção, julg. em 14-2-2007, *DJ* de 11-10-2007, p. 282, Rel. Min. Jorge Scartezini).*

No tocante à alegação de que a decisão rescindenda teria incorrido em violação aos artigos 131², 126³ e 302⁴, todos do vigente CPC, penso que também não assiste razão ao autor.

Os fundamentos nos quais se suporta a decisão rescindenda (cf. fls. 93/99) se apresentam diáfanos. Não dão azo, portanto, à alegada violação.

Ademais, como assentado no Opinitivo Ministerial: "*O magistrado expôs com sobriedade e clareza os motivos de sua decisão (...) sobretudo se for considerado que **o autor esteve preso por apenas 6 (seis) dias** (fl. 7, vol. 1). Logo, não houve uma efetiva condenação por erro judiciário que ensejasse o pagamento de uma indenização nem, tão pouco, uma prisão preventiva por tempo excedente à previsão legal*" (fls. 278/279).

Ressalte-se, ainda, que o fato de a União não ter rechaçado os argumentos coligidos pelo autor na inicial, e de ter o magistrado proferido decisão, determinando o julgamento antecipado da lide,

² Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

³ Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

⁴ Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;

III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

nos termos do artigo 330⁵, I, do CPC, não configura cerceamento de defesa, tal como se alega.

A decisão foi proferida com fundamento em juízo exauriente, pois o conjunto probatório presente nos autos já era suficiente para o convencimento do magistrado, bem como o autor, na oportunidade própria, não indicou ponto controverso que demandasse dilação probatória, de forma a exigir a realização de fase instrutória. Não havia, portanto, matéria de fato a ser provada, por se tratar de questão meramente jurídica.

A tese ora sustentada encontra guarida, inclusive, na jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, como se dessume da seguinte ementa, *verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. PROVA PERICIAL. PRODUÇÃO. DESNECESSIDADE ANTE O CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS.

- Para que se infirmassem as conclusões do aresto impugnado no sentido do cumprimento do contrato, far-se-ia necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório constante dos autos, providência vedada em sede especial, a teor da súmula 07 desta Corte.

- "O juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a realização de audiência para a produção de provas ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento". (AgRg no Ag 834.707/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 19.04.2007)

- Agravo regimental desprovido.

(STJ, AGA nº 791676/PA, Quarta Turma, julg. em 11-9-2007, DJ de 24-9-2007, p. 316, Rel. Min. Fernando Gonçalves).

Inexistiu, portanto, neste aspecto, cerceamento do direito de defesa.

⁵ Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

E o mesmo se afirme em relação ao argumento de que o Juiz sentenciante da ação indenizatória seria suspeito ou estaria impedido de atuar no feito, posto que não teria ele, na *“qualidade de substituto do Juiz Antônio Bruno (...) condições psicológicas de apontar ou indicar, com absoluta isenção, o erro contido no ato da prisão preventiva, decretada pelo (Juiz Federal) Dr. Antônio Bruno, da mesma vara, e de quem ele é substituto (...) ‘confirmando’ (...) sua suspeição e sua condição de interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes, in casu, da UNIÃO FEDERAL, incidindo na espécie o art. 135-V, combinado com o art. 485, II, do CPC, o que faz rescindível a sentença”*.

É que, para que se reconheça a parcialidade do magistrado para julgar a demanda, se faz indispensável a existência de um determinado fato, devidamente demonstrado, e que possa revelar o injusto favorecimento a uma das partes envolvidas no litígio. Não é suficiente a mera presunção de que o julgador, "às pressas", apreciou o feito que se encontrava "paralisado há mais de um ano e meio".

Logo, penso que não há, nos autos, qualquer traço de evidência de que, na decisão vergastada, teria o juiz agido com parcialidade em favor de uma das partes, "da UNIÃO FEDERAL", tampouco, que não tivesse o magistrado condições psicológicas de apontar ou indicar, com absoluta isenção, o erro contido no ato da prisão preventiva, decretada pelo Juiz Titular da 4ª Vara, tal como assevera o autor.

Além disso, tome-se em conta que a caracterização da parcialidade do magistrado depende da inarredável demonstração da ocorrência de uma das hipóteses capituladas no artigo 135 do Código de Processo Civil pátrio.

Anoto, ao final, que o fato de ter o magistrado proferido decisão desfavorável ao interesse do autor não tem o condão de caracterizar a sua não-isenção no deslinde da causa, o que, ao revés, só pode ser reconhecido por demonstração robusta da ocorrência de uma das causas legalmente previstas.

Por derradeiro, registro que, para se rescindir sentença sob a alegação de violação literal a dispositivo de lei, e de ofensa à coisa julgada, deve-se sempre ter em mente que a rescisória não é a via

apropriada para a verificação do acerto ou da injustiça da decisão judicial rescindenda, tampouco da (eventual) inadequada interpretação de dispositivo legal.

A admissibilidade e o acolhimento de pedidos esboçados em Ação Rescisória estão pautados nas disposições legais de regência. Não se pode utilizar essa via, ao feito de um super-recurso, nem fora das hipóteses elencadas (*numerus clausus*) nos incisos I a IX do artigo 485 do Código de Processo Civil - CPC.

Ora, sem que haja evidência gritante da existência de uma interpretação que destoe dos mais comezinhos princípios da lógica deôntica, não se deverá rescindir decisão passada em julgado.

Sob o influxo de tais considerações, julgo improcedente o pedido formulado nesta Ação Rescisória, tornando sem efeito a liminar anteriormente deferida. Os honorários advocatícios fixo-os em R\$ 500,00 (quinhentos reais), corrigidos monetariamente, na forma prevista na Lei nº 6.899/81.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 64.805-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Agravantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
Agravada: COMPANHIA PERNAMBUCANA DE SANEAMENTO - COMPESA
Repte.: PROCURADORIA DA FUNAI

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TERRA INDÍGENA. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS HÍDRICOS. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. REGULARIZAÇÃO DA ATIVIDADE. INTERESSE DA UNIÃO. AUSÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

- Ofende o princípio da proporcionalidade a fixação do valor a ser pago mensalmente aos índios

da etnia Fulni-ô, em decorrência da privação temporária do usufruto exclusivo da água que brota nas terras que tradicionalmente ocupam, garantido pelo art. 231, § 2º, da Constituição Federal, em apenas 1% da arrecadação mensal da COMPESA no Município de Águas Belas/PE.

- Majoração do percentual para 20% do quantum arrecadado mensalmente pela empresa.

- Afastamento da possibilidade aventada na decisão agravada de regularização da exploração da fonte aquosa dos silvícolas, uma vez que esta depende de autorização do Congresso Nacional, reclamando, ainda, a ouvida das comunidades afetadas e pressupondo relevante interesse público da União.

- Agravo de instrumento provido e regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o regimental, nos termos do relatório, do Voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 11 de dezembro de 2007 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal e pela FUNAI - Fundação Nacional do Índio contra decisão da lavra do MM. Juiz Federal da 16ª Vara de Pernambuco, que, nos autos da Ação Civil Pública nº 2005.83.02.001393-9, de-

feriu somente em parte o pleito de antecipação de tutela formulado em decorrência da retirada, pela COMPESA, de recursos hídricos da terra indígena Fulni-ô para abastecimento do Município de Águas Belas/PE.

Alegam os agravantes, em síntese, que: a) aos índios é assegurado constitucionalmente o usufruto exclusivo da riqueza do solo, rios e lagos existentes nas terras que ocupam; b) a Constituição Federal, em seu art. 231, § 3º, determina ainda que o aproveitamento dos suprarreferidos recursos, em área reservada aos silvícolas, depende de autorização do Congresso Nacional; c) o magistrado de origem desconsiderou o princípio da razoabilidade/proportionalidade quando da cominação de pagamento mensal, em prol dos indígenas, de valor correspondente a apenas 1% do que arrecada mensalmente a COMPESA no Município de Águas Belas/PE; d) tomando-se por base a contabilidade dessa empresa no exercício de 2002, percebe-se claramente a modicidade de tal quantia, equivalente a tão-só R\$ 390,00 (trezentos e noventa reais), sobretudo quando se atenta para o fato de que a aldeia Fulni-ô tem aproximadamente 4.500 componentes; e) o juízo *a quo* proferiu julgamento *extra petita*, na medida em que abriu a opção de a recorrida regularizar a exploração da água dos silvícolas, hipótese não cogitada na inicial da ação civil pública, até porque essa providência pressupõe relevante interesse público da União, e não da municipalidade.

Concluem sua exposição, postulando os recorrentes que seja a agravada condenada a pagar aos Fulni-ôs importância correspondente a 20% de sua arrecadação no referido município, enquanto o abastecimento d'água da população aguabelense se der mediante exploração do manancial que corta a terra indígena.

Ademais, requerem que seja decotada do *decisum* combatido a possibilidade de a COMPESA regularizar a extração de recursos hídricos do território Fulni-ô.

Às fls. 53/54, foi deferido o pleito liminar nos termos em que aduzido, tendo sido desta decisão interposto agravo regimental (fls. 61/76) pelo Estado de Pernambuco, na condição de terceiro prejudicado e assistente litisconsorcial.

A agravada, nada obstante intimada, deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de contra-razões.

Oficiando como *custos legis*, o douto representante do *Parquet* ofertou parecer, em que opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator):

Insurgem-se os agravantes contra o estabelecimento do valor a ser pago mensalmente aos índios Fulni-ôs com base no percentual de 1% do montante arrecadado a cada mês pela COMPESA - Companhia Pernambucana de Saneamento, em face da prestação do serviço de abastecimento de água do Município de Águas Belas/PE.

Asseveram os recorrentes que, sob pena de obliteração ao princípio da proporcionalidade, o referido pagamento haveria de ser estipulado à base de 20% da arrecadação mensal.

O contexto factual revelado pelos autos é o de que a agravada extrai das terras tradicionalmente ocupadas pela tribo Fulni-ô os recursos hídricos de que se vale para garantir o fornecimento de água à população aguabelense, apesar de a Constituição Federal, em seu art. 231, § 2º, dispor claramente que aos índios cabe o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Igual lição, aliás, promana dos arts. 22 e 24 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), abaixo transcritos:

Art. 22. Cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes.

(...)

Art. 24. O usufruto assegurado aos índios ou silvícolas compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, bem assim ao produto da exploração econômica de tais riquezas naturais e utilidades.

§ 1º Incluem-se, no usufruto, que se estende aos acessórios e seus acréscidos, o uso dos mananciais e das águas dos trechos das vias fluviais compreendidos nas terras ocupadas.

(...)

Da inteligência dos mencionados dispositivos, decorre logicamente a conclusão de nulidade do termo de ajuste firmado entre a FUNAI e a COMPESA (fls. 94/98) com vistas a "regularizar a permanência do sistema de abastecimento d'água da cidade de Águas Belas, nas terras dos índios FULNI-Ô".

Considerando, todavia, que o município pernambucano em referência não pode ser privado do sistema de abastecimento de água tratada e de saneamento básico, enquanto não implementado e executado um projeto que possibilite a manutenção desse serviço a partir da captação de recursos hídricos emanados de região estranha aos silvícolas, impõe-se ao menos que estes auferam uma contraprestação pela indevida atuação da COMPESA, a qual evidentemente há de ser proporcional ao prejuízo dela advindo.

Nesse sentido, posicionou-se o MM. Juiz Federal da 16ª Vara. Todavia, assegurou aos Fulni-ôs o pagamento de um valor mensal irrisório (aproximadamente R\$ 390,00). Muito pouco para quem está sendo temporariamente impossibilitado de servir-se daquilo que o manancial que corta suas terras tem a oferecer.

É o que se conclui se tomada por base a contabilidade da recorrida nos meses de julho, agosto e setembro de 2002 (doc. de fl. 33), não infirmada por dados mais recentes, o que ganha relevo quanto se atenta para o número de habitantes da aldeia (cerca de 4.500, como consta das razões do presente agravo).

Para que haja equivalência com o ônus imposto aos indígenas, em decorrência da usurpação do seu direito de usufruto exclusivo dos recursos hídricos que brotam da área que ocupam, mister se faz que o pagamento aos mesmos corresponda a percentual não inferior a 20% (vinte por cento) da receita total auferida mensalmente pela concessionária de serviço público no Município de Águas Belas/PE, o que se justifica também diante da necessidade de a obrigação de que se cuida ser verdadeiramente sentida

pela COMPESA como estímulo à viabilização por esta da exploração uma nova fonte aquosa, sendo certo que a alegação de prejuízo não pode servir de óbice ao parâmetro ora fixado, cabendo à Administração da empresa adotar as medidas necessárias para a obtenção do lucro tão almejado na economia de livre mercado ou, diante da peculiaridade e da essencialidade do serviço executado, mantê-lo, ainda que com sacrifícios financeiros.

Tecidas essas considerações, impõe-se o exame do segundo motivo de irresignação por parte dos agravantes, qual seja, a possibilidade conferida pelo Juízo de origem à agravada de regularizar a utilização da água dos silvícolas.

Neste particular, em que pese não haver sido cogitada tal hipótese pelos autores da ação civil pública, não vislumbro, ao contrário do que defendem os agravantes, julgamento *extra petita*, haja vista que a providência aventada derivou do exercício pelo Juízo *a quo* do poder geral de cautela.

Entretanto, assiste razão aos recorrentes ao asseverarem que a decisão combatida transgride, no aspecto em foco, o texto constitucional.

Com efeito, embora o § 3º do art. 231 da CF/88 preconize que o aproveitamento dos recursos hídricos em terras indígenas pode ser efetivado com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, infere-se do § 6º desse dispositivo que a exploração dos mesmos pressupõe relevante interesse público da União.

Destarte, descabe o aproveitamento da água que emana da aldeia Fulni-ô para propiciar a prestação de serviço pela COMPESA, que não decorre de delegação da União, mas é exercido, mediante concessão do Município, com vistas à satisfação de interesse local.

Necessário se faz registrar que, em face do julgamento do recurso ora examinado, resta prejudicado o agravo regimental.

Posto isto, dou provimento ao agravo de instrumento, para determinar que a agravada pague mensalmente aos índios Fulni-ôs 20% (vinte por cento) da arrecadação no município de Águas Belas/PE e expungir a opção de a COMPESA continuar a valer-se da

água dos silvícolas acaso comprove que está viabilizando a regularização do aproveitamento dela, julgando prejudicado o agravo regimental.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 76.032-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES

Agravante: UNIÃO

Agravados: JOÃO BATISTA PORTELA GUIMARÃES, JOAQUIM TAVARES BRAGA NETO, KARLOS DERICKSON FIGUEIREDO CLEMENTINO, LÍVIO OLIVEIRA DE SOUSA, MARTA MARIA SOROYA DE QUEIROZ, MARCIUS BARBOSA LIMA, MARCELO JOSÉ OLIVEIRA LEITÃO, MARCEL COSTA DE OLIVEIRA, MARCOS SOARES MACHADO, NILO SÉRGIO VIANA BEZERRA JÚNIOR, NILSON BEZERRA BANDEIRA SOBRINHO, PAULO ESDRAS MARQUES BARBOSA, PAULO ROLNEY VIDAL, PAULO HENRIQUE PONTES MARTINS, PEDRO MATIAS ALVES FILHO, PAULO JOMAR DE SOUZA BRITO, RODOLFO DE ANDRADE MOURA, RODRIGO DE AZEVEDO SOUZA, RODRIGO CAVALCANTE GONDIM ROSA, RODRIGO TELES DE MENEZES ALMEIDA, RAMON NOGUEIRA DOS SANTOS, REGINO SANTIAGO MESQUITA, REGILÂNIO ALVES RIBEIRO, RENAN DE MOURA FÉ FILHO, SAID ROGERS GOMES MARTINS, SANDRA REGINA POMPEU BARBOSA, SANDRO AMORIM ALENCAR, SIDNEY MARCOS DE MOURA MEIRA E SÉRGIO RICARDO MEDEIROS PEREIRA

Advs./Procs.: DRS. RODRIGO GOMES RODRIGUES E OUTROS

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CARREIRA DE POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. ADICIONAL NOTURNO. SUPRESSÃO. INEXISTE OFENSA AO

**PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS DO SERVIDOR PÚBLICO. ART. 5º C/C ART. 11, LEI Nº 11.358/06. PRECEDENTE.
- Agravo de instrumento provido.**

ACÓRDÃO

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

Recife, 12 de fevereiro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

A União agrava de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão proferida pelo ilustre MM. Juiz Federal da 6ª Vara/CE, Dr. Francisco Roberto Machado, que deferiu em parte a liminar, em Mandado de Segurança, para determinar que a autoridade impetrante, representada pela agravante, cumprisse o disposto no art. 11 da Lei nº 11.358/06, suprimindo as reduções salariais praticadas a partir do mês de setembro/06 nos contracheques dos agentes da polícia rodoviária federal.

A agravante alega que o adicional noturno não é mais devido no sistema atual de remuneração por subsídio, por não ser valor incorporável à remuneração, porquanto tinha caráter transitório, devido apenas quando o trabalho era efetivamente realizado em horário noturno .

Concedido efeito suspensivo, fl. 65.

Não foram apresentadas as contra-razões.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

A supressão do adicional noturno dos policiais rodoviários decorre da expressa disposição do art. 5, X, Lei nº 11.358/06:

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

(...)

X - adicional noturno;

Não há que se falar em redução do valor real da remuneração na Carreira de Polícia Rodoviária Federal, porquanto tanto o art. 11 daquela lei, como o Colendo Supremo Tribunal Federal estabelecem a irredutibilidade dos subsídios, haja vista tratar-se de um princípio constitucional.

Art. 11. A aplicação do disposto nesta Lei aos servidores ativos, aos inativos e aos pensionistas **não poderá implicar redução de remuneração, de proventos e de pensões.**

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

§ 2º A parcela complementar de subsídio referida no § 1º deste artigo estará sujeita exclusivamente à atualização decorrente de revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais.

Em verdade, a mudança de regime de remuneração respeitou os valores anteriormente pagos. Nada obstante, foram afastadas as parcelas que atualmente não são mais devidas, a exemplo

do adicional noturno, cujos valores não se incorporavam ao patrimônio do servidor. Ressalte-se que a exclusão da remuneração do referido adicional não viola o princípio da irredutibilidade dos vencimentos.

Neste sentido, transcrevo o seguinte precedente:

Origem: TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO

Classe: AC - Apelação Cível - 421.209

Processo: 200680000073023 UF: AL

Órgão Julgador: Quarta Turma

Data da decisão: 14/08/2007

Documento: TRF500142904

DJ - Data: 12/09/2007 - Página: 665 - Nº: 76

Desembargadora Federal Margarida Cantarelli

Unânime

ADMINISTRATIVO. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. LEI Nº 11.358/2006. FORMA DE REMUNERAÇÃO. SUBSÍDIO. IRREDUTIBILIDADE DO VENCIMENTO. CUMULAÇÃO COM ADICIONAL NOTURNO E DE INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

I. Com o advento da Lei nº 11.358/2006, os policiais rodoviários federais passaram a serem remunerados através de parcela única denominada de subsídio, sendo vedada a sua cumulação com outros adicionais.

II. O servidor público não tem direito adquirido ao regime jurídico a que está sujeito, podendo a Administração alterá-lo a qualquer momento, desde que respeitada a irredutibilidade dos vencimentos.

III. Inexiste vedação a mudança no modo de organização interna das verbas percebidas mensalmente, desde que não implique em diminuição do *quantum* total percebido.

IV. Apelação improvida.

Com estas considerações, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL
NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 3.834-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Agravante: SINDICATO DOS TRABALHADORES DO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL - SINTSEP/SE
Requerente: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS-IBAMA
Requerido: JUÍZO DA 3ª VARA FEDERAL DE SERGIPE
Repte.: PROCURADORIA DO IBAMA

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO. SUSPENSÃO DE LIMINAR. SERVIDOR PÚBLICO. CORTE DE PONTO. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. GRAVE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA CONFIGURADA. AGRAVO INOMINADO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

- Configurada a grave lesão à economia pública, à medida em que, estando a Administração Pública jungida ao princípio da legalidade, não está obrigada a remunerar os seus servidores que, efetivamente, não estão prestando os serviços públicos que lhes incumbem, sem que se verifique qualquer hipótese de afastamento que autoriza a manutenção do respectivo pagamento, impõe-se manter a decisão que suspendeu os efeitos de liminar por tais fundamentos.

- Agravo inominado ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão plenária, por unanimidade, negar provimento ao agravo inominado, nos termos do voto do Relator e do que consta nas notas taquigráficas que ficam integrando este julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

O Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público Federal/SE interpõe agravo inominado contra a decisão desta Presidência que concedeu ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA a suspensão da liminar que impedia que fossem concretizadas quaisquer punições aos servidores grevistas.

Postula que seja reconsiderada a r. decisão e, sucessivamente, caso não ocorra a pretendida retratação, que seja o feito levado a plenário para reforma da r. decisão.

Sustenta que a r. decisão confronta com recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal, em especial com as decisões exaradas nos mandados de injunção n°s 712/PA e 670/ES, no sentido de que, enquanto não for editada a lei sobre greve dos servidores públicos, deverá esta ser regulada pela Lei n° 7.783/89, significando dizer que o Decreto n° 1.480/95 não mais pode ser utilizado como justificativa legal para cortar o ponto dos servidores grevistas ou aplicar-lhes quaisquer outras sanções; que não há, na hipótese, grave ameaça à ordem pública; que existe dotação orçamentária suficiente para arcar com os vencimentos dos grevistas; que o corte do ponto representa risco para os servidores, tendo em vista o caráter alimentar dos vencimentos e, por fim, que os servidores substituídos mantiveram 30% (trinta por cento) do efetivo da repartição trabalhando regularmente.

O IBAMA, em resposta ao agravo, pugna que o recurso não seja conhecido, aduzindo que os servidores voltaram ao serviço, não tendo havido a necessidade do desconto na folha de pagamento, ante acordo firmado entre a autarquia e os seus servidores, além de não se dever perquirir, nestes autos, se há ou não respaldo jurídico para a decisão, mas, apenas, averiguar se afeta o erário, qual consta na r. decisão.

Parecer do Procurador Regional da República Joaquim José de Barros Dias opinando pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

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

Primeiramente, afasto a preliminar de não-conhecimento do recurso, a pretexto de que não teria havido o desconto na remuneração dos servidores em virtude de acordo entre as partes, porquanto não há prova nos autos em tal sentido.

Todavia, entendo que o agravo não merece provimento.

A suspensão de liminar em mandado de segurança pressupõe grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, na forma preconizada pelo artigo 4º da Lei nº 4.348, de 26/06/1964, situações às quais fica adstrito o Presidente do Tribunal, no que pese não dever afastar-se do pressuposto de aparência do bom direito, qual já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

I. Suspensão de segurança: natureza cautelar e pressuposto de viabilidade do recurso cabível contra a decisão concessiva da ordem.

A suspensão de segurança, concedida liminar ou definitivamente, é contracautela que visa à salvaguarda da eficácia pleno (*sic*) do recurso que contra ela se possa manifestar, quando a execução imediata da decisão, posto que provisória, sujeita a riscos graves de lesão interesses públicos privilegiados – a ordem, a saúde, a segurança e a economia pública: sendo medida cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do *fumus boni iuris* que, no particular, se substantiva na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer a resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante.

II. *Omissis*.¹

¹ Ementa de acórdão, por maioria, do STF, sem data do julgamento, na SS-AgR 846/DF, Rel.: Sepúlveda Pertence, pub. DJ 08/11/1996, p. 43.208.

In casu, resta configurada a grave lesão à economia pública na medida em que, estando a Administração Pública jungida ao princípio da legalidade, não está obrigada a remunerar os seus servidores que, efetivamente, não estão prestando os serviços públicos que lhes incumbem, sem que se verifique qualquer hipótese de afastamento que autoriza a manutenção do respectivo pagamento.

Afinal, como salientado na r. decisão, greve não é licença, nem férias, nem outra forma de suspensão ou interrupção de trabalho que redunde, em si, em benefício do trabalhador ou do servidor; ao contrário, o movimento paredista constitui um risco e, por isso, deve ser exercido com responsabilidade.

A respeito do tema, colho precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO DE GREVE. DESCONTOS NOS VENCIMENTOS DOS DIAS PARADOS. GRAVE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA CONFIGURADA.

1. No exame do pedido de suspensão, a regra é ater-se o Presidente do Tribunal às razões inscritas na Lei nº 8.437/92, art. 4º.

2. É pacífico o entendimento nesta Corte de que o direito de greve, constitucionalmente assegurado aos servidores públicos, não importa, via de regra, na paralisação dos serviços sem o conseqüente desconto da remuneração relativa aos dias de falta ao serviço.

3. Agravo a que se nega provimento.²

Neste sentido, fundamentou-se a r. decisão.

Qual se vê, o fundamento está centrado na lesão à economia pública, não estando atrelado à questão da disciplina legal acerca do direito de greve, até porque tal abordagem não pertine à natureza deste feito.

O fato de existir dotação orçamentária para arcar com os vencimentos dos servidores grevistas também não descaracteriza a

² Ementa de acórdão, unânime, da Corte Especial do STJ, aos 17/11/2004, no AAGP 1.347/RS, Rel.: Min. Edson Vidigal, pub. DJ 09/02/2005, p. 165.

grave ofensa à economia pública, que se delineia quando se obriga o Estado a pagar a remuneração de servidores que, efetivamente, não estão prestando os serviços que lhes incumbem.

A remuneração dos servidores deve ser paga como contraprestação pelo serviço prestado, serviço este que, não sendo prestado, objetivamente, já acarreta lesão ao erário.

Com tais considerações, restando evidenciada grave lesão à economia pública, não vislumbro razões jurídicas suficientes para modificar a r. decisão, razão pela qual nego provimento ao agravo inominado.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 332.995-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE - UFRN
Apelados: JOSÉ ALVES DA SILVA E OUTROS
Advs/Procs: DRS. CLÁUDIO EMÍLIO SANTOS DE OLIVEIRA E OUTROS (APTE) E SEVERINO FRANCISCO DA CRUZ (APDOS)

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONSTITUTO POSSESSÓRIO. POSSE INDIRETA. LEGITIMIDADE PARA AJUIZAMENTO DE INTERDITO POSSESSÓRIO. POSSE DE BOA-FÉ. DIREITO À INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS. DIREITO DE RETENÇÃO.

- A universidade autora é detentora de justo título de propriedade sobre o bem em questão, a teor da Escritura Pública de Doação, através da qual a Prefeitura Municipal de Santa Cruz-RN doou à instituição de ensino promovente o terreno questionado, encravado entre a Rua Sena-

dor João Câmara e a Avenida Rio Branco, no fito de se construir prédio para funcionamento do Centro Social Universitário.

- Nessa Escritura Pública de Doação foi expressamente prevista a cláusula constituti ou, como também é conhecida, o constituto possessório, instituto este conceituado como uma técnica de aquisição derivada da posse, através da qual se adquire a posse sobre um bem de forma convencional, dispensando-se, portanto, a prática de atos materiais.

- Tal doação foi realizada no ano de 1976, antes das ocupações, quando estava em pleno vigor o Código Civil de 1916, o qual, nos arts. 494, inciso IV e 520, inciso V, previa o constituto possessório como uma forma de aquisição e de perda da propriedade, respectivamente.

- E mesmo em relação ao Código Civil de 2002, há entendimento doutrinário de que a cláusula constituti teria permanecido após a entrada em vigor daquele, em razão da notável importância que tal cláusula tem para a segurança dos negócios imobiliários e por total ausência de motivo a justificar o tratamento diferenciado entre bens móveis e imóveis. Esse entendimento, inclusive, deu origem ao Enunciado nº 77 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal.

- Através dessa cláusula, o adquirente, no caso em apreço, a UFRN, passa à condição de possuidora indireta do terreno ora requestado, já que a posse direta se encontrava nas mãos dos ocupantes – esbulhadores – da área em discussão. Tal situação, por si só, legitima a universidade prejudicada a ingressar com ação de reintegração de posse.

- O egrégio STJ, através de sua Quarta Turma, ao julgar o REsp nº 143.707/RJ, cujo Relator foi o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, in DJU de

02.03.1998, assim se pronunciou sobre essa questão de direito, senão vejamos: a aquisição da posse se dá também pela cláusula *constituti* inserida em escritura pública de compra-e-venta de imóvel, o que autoriza o manejo dos interditos possessórios pelo adquirente, mesmo que nunca tenha exercido atos de posse direta sobre o bem.

- *É de se observar que os ocupantes são possuidores de boa-fé, considerando que, ao passarem a residir naquela área, o fizeram de forma pacífica, após adquirirem a posse de outrem – que não a UFRN – e pagarem por ela. Não houve, portanto, violência ou clandestinidade nem precariedade na aquisição da posse. Isto porque não há provas de que tenha decorrido de ato violento por parte do possuidor, de que tenha havido a retenção arbitrária de coisa que lhe tenha sido confiada (não devolução) ou de que tenha sido estabelecida por meio furtivo ou oculto, à revelia de quem tem direitos sobre o bem.*

- *Os arts. 1201 e 1219 do Código Civil cuidam da posse de boa-fé.*

- *Na execução da sentença, os possuidores aqui reputados de boa-fé, se quiserem, poderão perfeitamente fazer valer o seu direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.*

- *Apelação e remessa obrigatória providas.*

ACÓRDÃO

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

Recife, 22 de novembro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

A UFRN - Universidade Federal do Rio Grande do Norte ajuizou a presente Ação de Reintegração de Posse contra José Alves da Silva, Geraldo Bezerra Veloso, José Iran dos Santos, Lourival Paulo Coutinho, Celestino Silvino Filho, Luiz Paulo dos Santos e Nicolau Paulo Coutinho pleiteando a desocupação de área por eles ocupada em terreno a ela doado pela Prefeitura Municipal de Santa Cruz, visto que a ocupação daquela área teria ocorrido de forma clandestina e abusiva, sem a sua permissão.

Devidamente instruído o feito, o douto magistrado proferiu sentença, às fls. 112/115, julgando a instituição de ensino requerente carecedora do direito de ação de reintegração de posse, por inexistir nos autos prova da posse anteriormente exercida pela universidade.

Inconformada, a UFPE interpôs recurso de apelação, alegando, em síntese, que o seu pedido de reintegração de posse se fundamenta na discussão acerca do domínio do imóvel, devendo-lhe ser aplicado o entendimento exposto na Súmula nº 487 do egrégio STF.

Instado a se pronunciar, o Ministério Público Federal, através do seu representante legal, opinou pela manutenção da sentença, porquanto a universidade autora não teria provado a sua posse anterior a do apelado.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

De fato, a UFRN - Universidade Federal do Rio Grande do Norte lançou mão de ação de reintegração de posse, uma espécie de interdito possessório, no intuito de lhe ser restituído terreno que lhe fora doado pela Prefeitura Municipal de Santa Cruz para edificação de prédio para funcionamento do Centro Social Universitário.

Sustenta a autarquia federal autora que tal área fora invadida há aproximadamente 30 (trinta) anos – invasor mais antigo – e ocupada por um grupo de pessoas que lá se instalaram, vindo a construir casas residenciais e comerciais no local sem qualquer espécie de autorização legal para tanto.

Pleiteia, portanto, a UFRN a reintegração da posse relativa ao imóvel em comento, tendo em vista o esbulho por ela sofrido.

Sabe-se que a ação de reintegração de posse é o remédio processual colocado à disposição do possuidor para reaver a sua posse sobre um bem que tenha sofrido esbulho, ou seja, cuja posse tenha sido tomada por ato de violência, precário ou clandestino. Sobre essa espécie de ação não admite debate em torno do domínio do bem, pois discute-se, apenas, a posse exercida sobre ele (*jus possessionis*). É um tipo de ação possessória.

O art. 927, do Código de Processo Civil, ao dispor sobre a ação de reintegração de posse, dispôs, *in verbis*:

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.

Após essas breves considerações, passo ao exame da situação ora apresentada.

Do cotejo dos autos, observa-se ser a universidade autora detentora de justo título de propriedade sobre o bem em questão, a teor da Escritura Pública de Doação acostada às fls. 32/33, através da qual a Prefeitura Municipal de Santa Cruz-RN doou à instituição de ensino promotora o terreno questionado, encravado entre a Rua Senador João Câmara e a Avenida Rio Branco, com as seguintes dimensões: 21,60 x 39,80 e 60,20 x 37 metros, no fito de se construir prédio para funcionamento do Centro Social Universitário.

Tais fatos se encontram plenamente provados através de cópias da mencionada escritura – fl. 32/33 – e da Lei Municipal nº 69, de 27 de abril de 1976 – fl. 30 – na qual foi consignado o referido ato jurídico.

Nessa Escritura Pública de Doação foi expressamente prevista a cláusula *constituti* ou, como também é conhecida, o constituto possessório, instituto este conceituado como uma técnica de aquisição derivada da posse, através da qual se adquire a posse sobre um bem de forma convencional, dispensando-se, portanto, a prática de atos materiais.

Sobre o tema, o ilustre doutrinador Caio Mário, em sua obra *Instituições de Direito Civil*, vol. IV, 13ª edição, pág. 39, afirmou se tratar de modalidade tão freqüente no trato negocial *que se emprega como fórmula talelloa, inserta mecanicamente em toda escritura translativa da propriedade*.

E foi exatamente o que ocorreu na situação em comento, pois, na Escritura Pública de Doação foi consignada a seguinte expressão: *transferindo à mesma toda a posse, domínio, direito, e ação sobre o dito terreno ora doado* (fl. 21v).

Segundo abalizada jurisprudência do egrégio STF, consolidada no RE nº 65681, *para existência do constituto possessório e conseqüente transferência da posse indireta ao beneficiário dela, não há necessidade de o instrumento conter as palavras "cláusula constituti", "constituto possessório", nem mencionar que o transmitiu, se demitiu da posse e a conserva em nome do adquirente. Basta que o transmitente declare que imite na posse o adquirente ou a ele a transfere*.

Tal doação, como se vê, foi realizada no ano de 1976, quando estava em pleno vigor o Código Civil de 1916, o qual, nos arts. 494, inciso IV e 520, inciso V, previa o constituto possessório como uma forma de aquisição e de perda da propriedade, respectivamente.

Sendo assim, considerando que a doação em foco se efetivou quando em vigor o antigo Código Civil, tornando-se um ato jurídico perfeito e acabado, deve tal situação ser regulada por aquele conjunto de normas, em vigor naquele momento. Não se há de falar, portanto, em aplicação do novel Código Civil ao presente caso.

Ademais, mesmo que se aplicasse ao caso as novas regras estabelecidas pelo Código Civil de 2002, o constituto possessório restaria resguardado como modalidade de transmissão da posse

de imóveis, a despeito de ter sido expressamente previsto apenas como forma de transmissão de coisas móveis – art. 1.267 do Código Civil – em razão da notável importância que tal cláusula tem para a segurança dos negócios imobiliários e por total ausência de motivo a justificar o tratamento diferenciado entre bens móveis e imóveis. Esse o entendimento mais abalizado firmado pelos estudiosos do Direito Civil.

Tanto é assim que o Enunciado nº 77, aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, assim previu a possibilidade de se transmitir a posse de coisas imóveis pela cláusula *constituti*. Eis o teor de tal enunciado:

77 - Art. 1.205: A posse das coisas móveis e imóveis também pode ser transmitida pelo constituto possessório.

Não se pode olvidar, também, que a natureza jurídica da posse é de um direito, devendo-se reconhecer sua transmissão, conseqüentemente, por meio das manifestações consensuais, através das quais se exteriorizam atos de vontade das partes. Neste sentido, o art. 493, inciso III, do Código Civil de 1916 previa a possibilidade de se obter a posse por qualquer dos modos de aquisição em geral, albergando, assim, a possibilidade de se alcançar a posse pelas mesmas formas que se adquire direitos.

Esclarecidas tais questões, mister se faz analisar a possibilidade de se adquirir a posse através do instituto do constituto possessório.

Através dessa cláusula, o adquirente, no caso em apreço a UFRN, passa à condição de possuidora indireta do terreno ora requestado, já que a posse direta se encontrava nas mãos dos ocupantes - esbulhadores - da área em discussão. Tal situação, por si só, legitima a universidade prejudicada a ingressar com ação de reintegração de posse, pois *a posse não se adquire pelo "exercício" do poder, mas pela obtenção do poder de fato ou poder de ingerência sócio-econômica sobre um determinado bem da vida que, por sua vez, acarreta a abstenção de terceiros em relação a esse mesmo bem (fenômeno dialético). Portanto basta que se adquira o poder de fato em relação a determinado bem da vida e que o titular desse poder tenha ingerência potestativa sócio-econômica sobre ele, para que a posse seja efetivamente adquirida.*

Ademais, para se adquirir posse, não se faz mister o exercício do poder, basta a possibilidade de exercício. Não se pode prescindir é da existência do poder de ingerência. (Trecho retirado do trabalho Art. 1.204: Adquire-se a posse de um bem quando sobre ele o adquirente obtém poderes de ingerência, inclusive pelo constituto possessório apresentado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal - site: www.jf.gov.br).

O egrégio STJ, através de sua Quarta Turma, ao julgar o REsp nº 143707/RJ, cujo Relator foi o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in DJU* de 02.03.1998, assim se pronunciou sobre essa questão de direito, senão vejamos: *a aquisição da posse se dá também pela cláusula constituti inserida em escritura pública de compra-e-venda de imóvel, o que autoriza o manejo dos interditos possessórios pelo adquirente, mesmo que nunca tenha exercido atos de posse direta sobre o bem.*

Nesse mesmo sentido são as ementas adiante reproduzidas:

CIVIL. AQUISIÇÃO DA POSSE. CONTRATO. CONSTITUTO POSSESSÓRIO.

A posse pode ser transmitida por via contratual antes da alienação do domínio e, depois desta, pelo constituto possessório, que se tem por expreso na respectiva escritura em que a mesma é transmitida ao adquirente da propriedade imóvel, de modo a legitimar, de logo, para o uso dos interditos possessórios, o novo titular do domínio, até mesmo em face do alienante que continua a deter o imóvel, mas em nome de quem o adquiriu.

(STJ - Superior Tribunal de Justiça, REsp - 21.125/MS, Terceira Turma, decisão: 11/05/1992, *DJ*, data: 15/06/1992, página: 9.267. LEXSTJ, vol.:00036, página: 219. RSTJ vol.: 36, página: 473, Relator Dias Trindade).

IMISSÃO NA POSSE. IMÓVEL ADJUDICADO PELO FILHO DOS OCUPANTES DO IMÓVEL. APELO DA CEF. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS.

1. Apelação da CEF, insurgindo-se contra a condenação em honorários advocatícios a que foi condenada em virtude de ter tido julgado improcedente pedido de imissão de posse ajuizado em face dos ocupantes do imóvel indicado na exordial.

2. Os demandados em contestação sustentam que o imó-

vel em questão foi arrematado pelo seu filho, que não se opõe em relação à permanência dos mesmos no local.

3. Afirma a apelante que era obrigada a entregar o imóvel livre e desembaraçado. No entanto, ao contrário do que afirma a empresa pública, não há no contrato nem na carta de adjudicação qualquer menção de que deve entregar o imóvel ao adjudicante livre e desembaraçado. Ao contrário, consta da carta de adjudicação (fl. 13), último parágrafo: "Assim sendo, na presença das testemunhas adiante assinadas e qualificadas, passa a ADJUDICATÁRIA, Caixa Econômica Federal, para conservação de seus direitos, a presente CARTA DE ADJUDICAÇÃO, a fim de que produza os devidos efeitos legais, transferindo-se a mesma, a posse, domínio, direito e ação sobre o imóvel descrito e caracterizado..."

4. E, ainda, colhe-se do Contrato de Compra e Venda assinado pelo filho dos ocupantes do imóvel (Claudenir dos Anjos da Rocha) e CEF (fls. 48, *in fine*, e 49, primeiras linhas, a cláusula primeira com o seguinte teor: "CLAÚSULA PRIMEIRA - COMPRA E VENDA - (...) Assim, satisfeito o preço da venda, os VENDEDORES dão aos COMPRADORES plena e irrevogável quitação, e por força deste instrumento e da cláusula *constituti*, transmitem aos COMPRADORES toda posse, domínio, direito e ação sobre o imóvel ora vendido (...)."

5. *In casu*, se o adquirente tivesse interesse em retirar os moradores do imóvel, poderia ele próprio ter intentado ação de reintegração de posse, vez que já estava na posse do imóvel, eis que "O comprador de imóvel com "clausula *constituti*" passa a exercer a posse, que pode ser defendida através da ação de reintegração." (REsp 173.183/TO, DJ 19.10.1998)

6. Dessarte, o comprador ou adquirente já estava na posse do imóvel, ainda que indireta, e caso desejasse já poderia intentar ação de reintegração de posse, não havendo motivo para a CEF, vendedora do imóvel, após quase três anos da assinatura da carta de adjudicação (fls. 12/14), intentar a presente ação.

7. Quanto à redução do valor dos honorários, entendo que os mesmos foram aplicados de forma moderada e dentro dos moldes do art. 20, § 4º, do CPC, não merecendo qualquer censura.

8. Ante o exposto, nego provimento ao recurso. (Grifei).
(Tribunal - Segunda Região, AC - 360.240/RJ, Oitava Turma Esp. Decisão: 10/10/2006, DJU, data: 18/10/2006, pág: 215, Juiz Poul Erik Dyrland).

Diante de todos esses argumentos e considerando que a posse indireta da autarquia postulante sobre o bem é anterior ao esbulho sofrido – eis que os elementos de prova carreados ao processo denotam ser dos idos de 1977 as primeiras ocupações do terreno em discussão (fl. 13) e a doação do terreno ter ocorrido em 1976 –, não há que se questionar a legitimidade da UFRN de se utilizar da via da ação de reintegração de posse para reivindicá-lo.

Ademais, há nos autos ofício informando inexistir nos arquivos da Prefeitura Municipal de Santa Cruz-RN qualquer documento que autorizasse a ocupação do aludido terreno (fl. 41).

Entretanto, é de se observar que os ocupantes são possuidores de boa-fé, considerando que, ao passarem a residir naquela área, o fizeram de forma pacífica, após adquirirem a posse de outrem – que não a UFRN – e pagarem por ela, conforme atestam os depoimentos dos autores às fls. 102/110. Não houve, portanto, violência ou clandestinidade nem precariedade na aquisição da posse. Isto porque não há provas de que tenha decorrido de ato violento por parte do possuidor, de que tenha havido a retenção arbitrária de coisa que lhe tenha sido confiada (não devolução) ou de que tenha sido estabelecida por meio furtivo ou oculto, à revelia de quem tem direitos sobre o bem.

Vale ressaltar, ainda, que os órgãos públicos cobram dos réus/ocupantes contraprestação pela utilização de determinados serviços públicos, como energia, água, luz, sendo tais contas enviadas em seus nomes para o endereço de suas residências. Além desses serviços públicos, também é cobrado deles IPTU relativo ao terreno por eles ocupado.

O art. 1.201, *caput*, do Código Civil assim conceitua a posse de boa-fé:

É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Já o art. 1.219 do mesmo Código prevê como direitos do possuidor de boa-fé:

O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

Na execução da sentença, os possuidores aqui reputados de boa-fé, se quiserem, poderão perfeitamente fazer valer o seu direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

Por todo o exposto, dou provimento à apelação e à remessa obrigatória para reintegrar a UFRN na posse do terreno descrito na Escritura Pública às fls. 32/33.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 362.528-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: UNIÃO
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO DO EXÉRCITO. FORNECIMENTO DE DOCUMENTAÇÃO NOSOLÓGICA. LIMITAÇÃO DOS REQUERENTES LEGITIMADOS. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. QUESTÃO DE ORDEM.

- A questão de ordem suscitada, pertinente à reserva de plenário para a apreciação de arguição de inconstitucionalidade, deve ser rejeitada se a lide não gira em torno da constitucionalidade de norma concreta, mas de mera interpretação de autoridade quanto a determinado direito fundamental, vinculada a este de maneira reflexa. Matéria a exigir tão-só o exame da legalidade da restrição normativa interna.

- A jurisprudência das cortes superiores firmou o entendimento de excepcionalmente ser possível a propositura de ação civil pública para a tutela de interesses individuais homogêneos, quando a lesão ou ameaça de lesão a direito tem o condão de repercutir sobre interesses do Estado de grande relevância. Precedente: STJ, Recurso Especial nº 610.235/DF, Relatora a Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, unânime, julgado em 20.03.2007, DJ de 23.04.2007.

- Sem embargo do exposto, ademais, a ACP tem por fito, de igual maneira, resguardar o papel constitucional do Ministério Público Federal de requisitar quaisquer informações e documentos para o desempenho de suas funções, nos termos do art. 129, VI, da Carta Magna, e art. 8º, inciso II, da LC nº 75/93. Rejeição da preliminar de ilegitimidade ativa do MPF.

- A preliminar de falta de interesse de agir não merece prosperar porque o militar não consta entre os legitimados no Ofício nº 293-A, do Gabinete do Comandante do Exército, ato normativo interno que impõe limitações à expedição de documento nosológico.

- Colide com o princípio da razoabilidade a restrição imposta pelo Exército Brasileiro ao direito fundamental de petição de paciente atendido por seus hospitais militares, porquanto ele teria encargos extraordinários para obter sua documentação nosológica.

- A prerrogativa deferida ao Parquet para ter amplo acesso a informações e documentações que possam de qualquer maneira municiar o manejo de ações e representações que lhe compete, respeitadas, claros, as vedações de ordem pública, deve ser protegida ao máximo, sob pena de prejudicialidade do efetivo desempenho de suas funções traçadas na novel ordem constitu-

cional. Inteligência do art. 129, VI, da Carta Magna, e art. 8.º, inciso II, da LC nº 75/93.

- Nos termos do art. 16 da Lei n.º 7.347/85, a sentença civil de efeito erga omnes há de observar os limites da jurisdição do tribunal para o qual seria cabível recurso ordinário. Acolhimento dos recursos apenas neste ponto.

- Questão de ordem rejeitada. Preliminares prejudiciais de mérito desacolhidas. Apelação cível e remessa obrigatória parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, rejeitar a questão de ordem, desacolher as preliminares e dar parcial provimento à apelação cível e à remessa obrigatória, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 25 de outubro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Trata-se de apelação da União e remessa obrigatória em face de sentença, fls. 123/127, prolatada pelo MM Juiz Federal Roberto Wanderley Nogueira, da 1ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco.

A Procuradoria da República em Pernambuco intentou a Ação Civil Pública nº 2003.81.00.021749-0, com pedido de repercussão nacional, objetivando que o Exército Brasileiro seja obrigado a fornecer a documentação nosológica direta e pessoalmente a qualquer paciente atendido em seus hospitais militares ou ao próprio *Parquet*, quando assim solicitado.

Para tanto, rogou pela declaração incidental de inconstitucionalidade do ato normativo administrativo consubstanciado no Ofício nº 293-A, expedido pelo Gabinete do Comandante do Exército, determinando que o fornecimento do mencionado documento apenas ocorra nas seguintes hipóteses, fl. 14:

- a. *ordem do escalão superior;*
- b. *requisição judicial;*
- c. *prosseguimento de tratamento do paciente, quando requisitado pelo médico responsável e/ou julgado necessário por médico militar;*
- d. *requisição da Advocacia-Geral da União, apenas nos casos de instrução de procedimento judicial para defesa da União; e*
- e. *solicitação de delegado de polícia, estritamente no que concerne a informações para confecção de boletim de ocorrência (BO), conforme legislação vigente.*

A Procuradoria da República sustentou a tese de afronta direta ao disposto no art. 5º, LXXII, alínea a, da Carta Magna, pertinente ao conhecimento de dados presentes em bancos de dados governamentais.

O douto Magistrado de primeiro grau denegou o pedido de antecipação de tutela, conforme fl. 71.

A União, em sua peça contestatória, ventilou, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do Ministério Público para defender direitos individuais homogêneos, portanto, de natureza disponível. No mérito, sustentou a falta de interesse processual, fl. 112, pois bastaria ao militar “requerer administrativamente para que se cumpra a exibição de referido documento”.

Réplica do Ministério Público às fls. 115/121.

Por ocasião da prolação da sentença, o pleito do Ministério Público Federal foi julgado procedente, nos seguintes termos, fl. 127, *in verbis*:

*19. Por essas razões, **rejeito** as preliminares suscitadas e **julgo** procedente o pedido formulado, pelo que **determi-***

no à União Federal, através de seus órgãos da Administração Militar do Exército, em âmbito nacional, a obrigação de não fazer consistente em deixar exigir formalidades para fins de prestação de informações nosocomiais aos pacientes de hospitais militares da esfera do Exército Brasileiro, bem assim como do mesmo modo proceder em relação às instituições que, por força de lei, tenham atribuição jurídica para proceder com igual requisitório.

Apelação da União às fls. 131/142, de idêntico teor à contestação, cujos fundamentos já foram elencados.

Esse recurso foi recebido no duplo efeito, consoante fl. 143.

Contra-razões do MPF às fls. 145/155.

Chamado a opinar, a Procuradoria Regional da República, representado por seu ilustre Procurador Luciano Mariz Maia, posicionou-se pelo desprovimento da apelação, fls. 160/164.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal não merece guarida.

A jurisprudência das cortes superiores firmou o entendimento de excepcionalmente ser possível a propositura de ação civil pública para a tutela de interesses individuais homogêneos, quando a lesão ou ameaça de lesão a direito tem o condão de repercutir sobre interesses do Estado de grande relevância.

Apenas a título de exemplificação, reproduzo o seguinte julgado do v. Superior Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS. DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. A ausência de prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados torna inadmissível o recurso especial. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ.
2. A deficiência da fundamentação do recurso especial atrai, por analogia, o contido na Súmula 284/STF.
3. O “Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública ou coletiva, não apenas em defesa de direitos difusos ou coletivos de consumidores, **mas também de seus direitos individuais homogêneos, nomeadamente de serviços públicos, quando a lesão deles, visualizada em sua dimensão coletiva, pode comprometer interesses sociais relevantes**. Aplicação dos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal, e 81 e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor” (excerto da ementa do REsp 417.804/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 16.5.2005, p. 230).
4. Recurso especial desprovido. [Grifo nosso] (STJ, Recurso Especial nº 610.235/DF, Relatora a Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, unânime, julgado em 20.03.2007, *DJ* de 23.04.2007)

No caso sob exame, cumpre destacar que o ato imputado inconstitucional tem abrangência nacional, alcançando todos os pacientes atendidos na rede hospitalar do Exército Brasileiro no país, e vincula-se diretamente ao direito de petição.

Sem embargo do exposto, ademais, a ACP tem por fito, de igual maneira, resguardar o papel constitucional do Ministério Público Federal de requisitar quaisquer informações e documentos para o desempenho de suas funções, nos termos do art. 129, VI, da Carta Magna, e art. 8º, inciso II, da LC nº 75/93.

Eis a dicção dos dispositivos citados, respectivamente:

- Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
 - II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
 - III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; [grifo nosso]

(...)

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; [grifo nosso]

Rejeito, por conseguinte, a preliminar de ilegitimidade *ad causam* do MPF.

Tangente à **alegação de falta de interesse de agir**, com base na tese de caber ao militar apenas requerer sua documentação nosológica diretamente à Administração Pública para ser atendido, também não merece prosperar.

O próprio teor do Ofício vergastado é claro e não concede ao paciente o poder de requisitar, por conta própria, esse documento.

Aliás, foi justamente a recusa em fornecê-lo para o ex-soldado Alberto Jorge de Moraes Luna o motivo determinante da impetração de *habeas data* contra o Ilmo. Comandante Diretor do Hospital Geral do Exército localizado nesta Capital, Recife. Refiro-me às fls. 27/51 destes autos.

Em resumo, rejeito as duas preliminares.

Outro ponto merece destaque, antes de ingressar no mérito.

Num primeiro momento, considereei que a lide demandaria pronunciamento do órgão especial deste egrégio Tribunal para se pronunciar quanto à tese de inconstitucionalidade do Ofício nº 293-A do Gabinete do Comandante do Exército Brasileiro, em virtude da

reserva de plenário imposta pelo art. 97 da Carta da República. Daí ter suscitado questão de ordem.

O voto vista do eminente Desembargador Federal Francisco Cavalcanti pertinente a esse incidente, entretanto, convenceu-me não estarmos diante de uma norma concreta, mas de um mero posicionamento da referida autoridade militar quanto a que limitações deveria criar para proteger o sigilo dos pacientes, **de caráter nitidamente interpretativo**. De fato, não se encontra nos autos qualquer disposição legal expressa impondo a vedação guerreada.

Conclui-se, então, que o debate cinge-se à verificação da legalidade do Ofício, não de sua constitucionalidade.

Posto isso, rejeito a questão de ordem. Partamos para o exame do cerne da lide.

O art. 5º, inciso LXXII, alínea a, da Constituição Federal, nos fala do *habeas data* como remédio heróico para a obtenção de informações registradas em bancos de dados de órgãos governamentais ou de caráter público e para a retificação delas, ressalvada a possibilidade de opção pela via sigilosa, judicial ou administrativa.

Considerando que estamos falando de direito fundamental, cabe ao Estado exercer uma postura negativa – abstenção de qualquer ato omissivo ou comissivo atentatório ao seu gozo pelo cidadão – e outra positiva – engendrar os meios adequados a sua fruição.

Evidentemente, nenhum direito fundamental é absoluto, sendo contrabalançado por outros existentes no arcabouço constitucional, desvelando-se em cada caso concreto a real complexidade da prevalência de um ou de outro.

Entram em cena, então, as ferramentas da Hermenêutica, dentre as quais possui grande destaque o princípio da razoabilidade como ferramenta de análise da legalidade das atividades estatais.

Leciona o jurista português Jorge Reis Novais quanto ao tema, *ipsis litteris*:

*A distinção entre os dois controlos é outra. É que, diferentemente do que acontece com a verificação da proporcionalidade da restrição, o controlo da razoabilidade concentra-se na gravidade, qualitativa ou quantitativa, que a medida restritiva provoca na esfera do(s) afectado(s), havendo inconstitucionalidade sempre que, independentemente da adequação da relação de meio-fim sobre que incide o limite da proporcionalidade das restrições aos direitos fundamentais, **a quantidade ou a qualidade dos encargos impostos excede o que é legitimamente tolerável pela liberdade e autonomia pessoal em Estado de Direito.** [in As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição, Coimbra Editora, ed. 2003, pág. 768] [grifo nosso]*

Na hipótese dos autos, julgo colidir com o princípio da razoabilidade a restrição imposta pelo Exército Brasileiro ao direito fundamental de petição de paciente atendido por seus hospitais militares, porquanto ele teria um dos seguintes *encargos extraordinários* para obter sua documentação nosológica:

1. na hipótese *a*, encaminhar um pedido diretamente ao escalão superior, aguardar todo o trâmite burocrático, com eventuais solicitações de esclarecimentos entre a autoridade competente e o quadro médico responsável, e aguardar a decisão. Acaso desfavorável, recorrer às esferas acima daquela que indeferiu o pedido;

2. na *b*, providenciar uma representação para ingressar com uma demanda junto ao Poder Judiciário, arcando com todos os custos inerentes ao processo, e aguardar o iter procedimental, e enfrentar os costumeiros recursos da Administração Pública;

3. na situação *c*, ver-se diante do livre arbítrio do médico militar e de sua boa vontade, normalmente assoberbado pelos inúmeros atendimentos a outros pacientes, a ocasionar um longo intervalo de tempo entre os contatos pessoais na relação médico-requerente;

4. as hipóteses *d* e *e* não estão ao seu alcance, pois a documentação nosológica é fornecida à Advocacia-Geral da União para instruir processo judicial de interesse do Estado, ou a delegado de polícia para a elaboração de boletim de ocorrência. Em regra, tais

autoridades não têm qualquer interesse em lhe fornecer uma cópia desse documento.

Quanto à exclusão do Ministério Público Federal no Ofício nº 293-A entre os legitimados para solicitar a documentação nosológica, considero desnecessárias maiores elucubrações, tendo em vista os já transcritos art. 129, VI, da Carta Magna, e art. 8º, inciso II, da LC nº 75/93, na parte do voto referente à rejeição da preliminar de ilegitimidade ativa do MPF.

De fato, a prerrogativa deferida ao *Parquet* para ter amplo acesso a informações e documentações que possam de qualquer maneira municiar o manejo de ações e representações que lhe compete, respeitadas, claro, as vedações de ordem pública, deve ser protegida ao máximo, sob pena de prejudicialidade do efetivo desempenho de suas funções traçadas na novel ordem constitucional.

Convém louvar o parecer do ilustre Procurador Regional da República Luciano Mariz Maia, às fls. 162/163, destacando o Segundo Princípio, inciso I, da Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde. Transcrevo-o:

SEGUNDO PRINCÍPIO.

Assegura ao cidadão o tratamento adequado e efetivo para seu problema, visando à melhoria da qualidade dos serviços prestados.

É direito dos cidadãos ter atendimento resolutivo com qualidade, em função da natureza do agravo, com garantia de continuidade da atenção, sempre que necessário, tendo garantidos:

I - atendimento com presteza, tecnologia apropriada e condições de trabalho adequadas para os profissionais de saúde;

II - informações sobre o seu estado de saúde, extensivas aos seus familiares e/ou acompanhantes, de maneira clara, objetiva, respeitosa, compreensível e adaptada à condição cultural, respeitados os limites éticos por parte da equipe de saúde sobre, entre outras:

- a) hipóteses diagnósticas;*
- b) diagnósticos confirmados;*
- c) exames solicitados;*

d) objetivos dos procedimentos diagnósticos, cirúrgicos, preventivos ou terapêuticos; (omissis). [Grifo nosso]

Nada mais escorrito: deve constar como meta de todo o Estado de Direito consolidar cada vez mais a dignidade de seus cidadãos, cujos valores “vida” e “liberdade” figuram no topo da pirâmide, apresentando-se o direito de petição como um de seus subprincípios basilares e que não pode ser abusivamente desrespeitado.

Por derradeiro, julgo que a sentença merece reforma apenas em parte, qual seja, relativa ao alcance de seus efeitos, pois o Magistrado determinou que ela fosse cumprida em todo o território nacional.

O art. 16 da Lei nº 7.347/85 preceitua:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. [Grifo nosso]

Conseqüentemente, os efeitos do comando sentencial devem ser circunscritos à jurisdição deste egrégio Tribunal Regional Federal.

Em harmonia com esta posição, coligimos o seguinte julgado:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. Eficácia *erga omnes*. Limite. A eficácia *erga omnes* circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário.
Recurso conhecido e provido.
(STJ, REsp nº 293.407/SP, Relator o Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, por maioria, julgado em 22.10.2002, DJ de 07.04.2003).

Por tais fundamentos, rejeito as preliminares e dou parcial provimento à apelação da União e à remessa obrigatória tão-somente para restringir a eficácia da sentença à jurisdição do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 397.873-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelantes: CAIXA SEGURADORA S/A E OUTROS E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelado: MANOEL PEDRO DO NASCIMENTO
Advs./Procs.: DRS. JULIANO MESSIAS FONSECA (1º APTE.), FRANCISCO JOÃO DE OLIVEIRA NETO E OUTROS (2º APTE.), MÁRCIA REGINA MARQUES DOS SANTOS (APDO.)

EMENTA: CIVIL. ADMINISTRATIVO. SFH. SEGURO HABITACIONAL. LITISCONSÓRCIO PASSIVO DO AGENTE FINANCEIRO E COMPANHIA SEGURADORA. MUTUÁRIO APOSENTADO POR INVALIDEZ PERMANENTE. LAUDO CONCLUSIVO DE MÉDICOS PERITOS DO INSS. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE A DOENÇA INCAPACITANTE TENHA DECORRIDO DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO ANTERIOR À CONTRATAÇÃO DO EMPRÉSTIMO E DO SEGURO. NEGATIVA DE COBERTURA SECURITÁRIA QUE SE MOSTRA DESCABIDA.

- O agente financeiro do imóvel, no caso a CEF, conforme prevê o contrato de empréstimo, em consonância com a legislação que rege o SFH, figura como estipulante e beneficiário do seguro, sendo, portanto, inegável a sua legitimidade, juntamente com a Companhia Seguradora, para a discussão em juízo sobre o pagamento da indenização securitária.

- A Companhia Seguradora não demonstra na ação, através de parecer médico, por exemplo, ter sido a seqüela resultante de acidente automobilístico em que se envolveu o mutuário anteriormente à contratação do empréstimo e do seguro a causa da sua invalidez permanente.

- Laudo da junta médica do INSS, que respaldou

a concessão da aposentadoria por invalidez, que não concluiu ter sido o politraumatismo a causa principal da invalidez, mas a sua associação à doença denominada Espondilite Anquilosante, a qual, segundo relatos médicos, é de etiologia desconhecida, não restando esclarecido, no caso, o momento em que acometeu o mutuário.

- A pretensão da Seguradora de se ver eximida da obrigação de pagar a indenização securitária, com base em cláusula contratual e "condições particulares da apólice habitacional", estipuladas, ressalte-se, entre o Agente Financeiro e a Seguradora, em que o mutuário de nenhuma forma interveio e de nada foi informado, que se mostra ilegítima.

- Ao defender no processo a tese da Companhia Seguradora de não se devida a cobertura do sinistro, que restou vencida, a condenação da CEF em ratear, em parte igual, as custas e honorários de sucumbência é medida legal que se impõe.

- Apelações improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 18 de dezembro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de apelações interpostas pela Caixa Seguradora S/A e pela Caixa Econômica Federal - CEF de sentença que conde-

nou a primeira apelante ao pagamento da indenização securitária e quitação de financiamento habitacional regido pelas normas do SFH contratado pelo autor da ação, e a segunda recorrente a liberar o imóvel da hipoteca sobre ele incidente, além disso, no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Entendeu o MM. Juiz sentenciante como suficiente para a cobertura securitária o laudo médico do INSS juntado por cópia aos autos, o qual respaldou a concessão de aposentadoria por invalidez do mutuário, ora apelado.

Sustenta a Caixa Seguradora S/A, nas razões do apelo, que o recorrido não tem direito à indenização securitária porque a invalidez decorre de acidente automobilístico no qual se envolveu o mutuário anteriormente à contratação do seguro, dessa forma, sendo a causa da invalidez preexistente, de acordo com a cláusula décima nona do contrato de empréstimo e os termos da apólice de seguro, não tem o mutuário direito a cobertura do sinistro. Caso mantida a decisão, requer que a correção monetária e os juros de mora incidam somente a partir da citação, nos termos de precedentes do colendo STJ a que se reporta.

A Caixa Econômica Federal sustenta ser parte ilegítima no pólo passivo da ação, sendo descabida a sua condenação nas verbas de sucumbência.

Sem contra-razões, admitidos os recursos, subiram os autos, vindo-me por distribuição.

Determinei a sua inclusão em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Satisfeitas as condições legais pertinentes, admito os recursos.

Aos seus exames, tenho que não merecem acolhidas as irrequisições.

Com efeito, constata-se das conclusões das perícias medi-

cas realizadas pelo INSS, juntadas por cópia às fls. 173 e 190, em resposta a quesito sobre a existência de nexó entre a lesão/acidente ou a doença/trabalho, onde se assegura inexistir essa conexão. Por outro lado, não se pode admitir, em desfavor do segurado, a tese adotada pela Cia. Seguradora, nas razões do apelo, de que o laudo conclusivo da perícia medida do INSS, que se vê à fl. 189v, leva à dedução de que a doença incapacitante que acometeu o mutuário apelado decorreu do acidente automobilístico ocorrido anteriormente à contratação do financiamento do imóvel, do qual resultou seqüela grave à sua integridade física.

Peço vênha para citar, por oportuno, excerto do citado laudo médico pericial:

Segurado com 33 anos, motorista (vinculado), portador de seqüela grave no Membro Inferior Direito e como agravante é portador de Espondilite Anquilosante com déficit físico na coluna cervical-lombar, não apresentando condições físicas de participar do Programa de Reabilitação profissional, sendo Inelegível Permanentemente. (Fl. 189v).

Como o MM. Juiz *a quo*, da leitura do referido laudo, entendo que não se pode chegar a conclusão de que a seqüela do politraumatismo seja a causa principal da invalidez, mas a doença denominada Espondilite Anquilosante, a qual, segundo relatos médicos, trata-se de forma de artrite reumatóide que acomete a espinha dorsal e ocorre predominantemente em homens jovens, produzindo dor e enrijecimento como resultado da inflamação das articulações, sendo de etiologia desconhecida.

A Seguradora apelante não demonstra na ação, através de parecer médico, por exemplo, ter sido a seqüela resultante de acidente automobilístico a causa da invalidez do apelado e que a doença já havia o acometido antes da contratação.

Por fim, o entendimento jurisprudencial que se firma, é o de que as cláusulas restritivas de direitos, em contratos de seguro, devem ser expostas de forma destacada e compreensiva pelo segurado, o que não se verifica no caso.

Reporto-me, a propósito, a arestos que, entendo, bem dirimiram questões semelhantes:

CONSUMIDOR. SEGURO HABITACIONAL. INVALIDEZ PERMANENTE. DOENÇA PREEEXISTENTE À CONTRATAÇÃO. EXCLUSÃO DA COBERTURA. CLÁUSULA RESTRITIVA. NÃO-INCIDÊNCIA. ARTS. 46 E 54, § 4º, DA LEI Nº 8.078/90. PRECEDENTES.

I - A teor da regra inserta no art. 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula restritiva, contida em contrato de adesão, deve ser redigida com destaque a fim de se permitir, ao consumidor, sua imediata e fácil compreensão.

II - Na hipótese, a cláusula de seguro relativo a contrato habitacional vinculado ao SFH, que exclui de sua cobertura a invalidez decorrente de doença anterior à contratação, não atende aos requisitos legais.

III - Recurso especial conhecido e provido. (REsp 669.525-PB, 3ª T., Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, julg. 19/05/2005, DJ 20/06/2005 p. 283, v.u. - grifei).

ADMINISTRATIVO. SFH. APLICAÇÃO DO CDC. SEGURO HABITACIONAL. INVALIDEZ PERMANENTE DO MUTUÁRIO. QUITAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CAIXA E DA SEGURADORA. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. LAUDO PERICIAL DE ÓRGÃO PREVIDENCIÁRIO. VALIDADE. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE.

1. Caracterizada como de consumo a relação entre o agente financeiro do SFH, que concede empréstimo oneroso para aquisição de casa própria, e o mutuário, as respectivas avenças estão vinculadas ao Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/90.

2. Nos contratos de financiamento habitacional é necessária a presença da seguradora na lide quando discutida a cobertura securitária para quitação contratual, salvo na hipótese de que a controvérsia apenas envolvesse discussão sobre o valor das taxa de seguro.

3. O laudo emitido por perícia médica do órgão previdenciário é uma das formas de que pode se utilizar o mutuário para demonstrar a sua invalidez permanente e, por conseguinte, obter a quitação do saldo devedor do financiamento.

4. Ausência de prévio requerimento na via administrativa da cobertura securitária por ocorrência do sinistro – invalidez permanente – não afasta o interesse

de agir, o qual se encontra devidamente evidenciado, como condição da ação, no momento em que a parte ré contesta o mérito, manifestando-se contrariamente à pretensão declinada na inicial.

(TRF-4ª Reg., AC 200371120041400-RS, 1ª T., Rel. Des. Federal Carlos de Castro Lugon, julg. 30/05/2006, DJ 05/07/2006, p. 716, v.u. - grifei).

Tenho, portanto, que se mostra descabida a pretensão da Companhia Seguradora em não pagar a indenização contratada.

A Caixa Econômica Federal, no apelo, argúi, inicialmente, ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação.

No caso, é o agente financeiro do imóvel e, conforme prevê o contrato de empréstimo, em consonância com a legislação que rege o SFH, o estipulante e beneficiário do seguro, sendo, portanto, inegável a sua legitimidade para a discussão jurídica sobre a indenização do sinistro.

Ao defender a tese da Companhia Seguradora de não merecer procedência a postulação do mutuário, que restou vencida, a condenação da CEF em ratear, em parte igual, as custas e honorários de sucumbência é medida legal que se impõe, conforme decidido na r. sentença.

A correção monetária e juros de mora estabelecidos na r. sentença, que devem incidir sobre as parcelas indevidamente cobradas, porque estabelecido de acordo com o Manual de Padronização de cálculos da Justiça Federal, ficam mantidos.

Ante o exposto, nego provimento às apelações.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 403.847-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA
CARVALHO (CONVOCADO)
Apelantes: JAIRO CACHO NUNES E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. SAMUEL MENEZES COLLIER E OUTRO (1º
APTE.)

***EMENTA: ADMINISTRATIVO. ANISTIADO POLÍ-
TICO, COM FULCRO NO ART. 8º DO ADCT, E
LEI 10.559, DE 13 DE NOVEMBRO DE 2002, JÁ
CONTEMPLADO COM A GRADUAÇÃO DE SE-
GUNDO-SARGENTO ASSEGURADA PELA CO-
MISSÃO DE ANISTIA, MATERIALIZADA EM POR-
TARIA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, A BUSCAR,
EM JUÍZO, AGORA, PROMOÇÃO À GRADUA-
ÇÃO DE SUBOFICIAL, COM PROVENTOS DE
SEGUNTO-TENENTE E RESPECTIVAS VANTA-
GENS.***

***- O art. 8º do ADCT, ao consagrar a anistia, abar-
ca as pessoas que foram atingidas, em decor-
rência de motivação exclusivamente política, por
atos de exceção.***

***- A Portaria nº 1.104-GMS, de 12 de outubro de
1964, do Ministro de Estado dos Negócios da
Aeronáutica, editada quando o demandante ti-
nha oito meses de serviço militar, na condição
de soldado de primeira classe, não se enquadra
como ato político, por não emanar da autorida-
de de força que o governo revolucionário deti-
nha, cuidando-se, apenas, de ato oriundo do po-
der administrativo das Forças Armadas.***

***- Por outro lado, a conveniência administrativa
motiva a revogação da Portaria nº 570-GMS, de
23 de novembro de 1954, conferindo as prorro-
gações do serviço militar das praças da Força
Aérea Brasileira uma nova sistemática. O dispo-***

sitivo referido, ao estabelecer um marco na data da promulgação da Constituição, não significa ter colocado a matéria sob a isenção da prescrição quinquenal.

- Já o desligamento do demandante, por força da Portaria nº 1.104-GMS, que regeu o período de sete anos e quatro meses da sua passagem pela Aeronáutica (ao todo, são oito anos), não lhe gera o direito de, com espeque no fato de ter sido considerado anistiado político pela Comissão de Justiça do Ministério da Justiça, obter a promoção à graduação de suboficial, com os proventos da graduação de Segundo-Tenente, nem significa que, caso o demandante não tivesse sido desligado, teria obtido aprovação nos cursos devidos, para alcançar a patente desejada.

- Ao ser promovido a cabo, na vigência da Portaria nº 1.104-GMS, já sabia o demandante de antemão as regras que regiam a prorrogação do serviço ativo nas forças armadas brasileira, não militando, em seu favor, nem a mera expectativa de direito.

- Provimento apenas do recurso interposto pela União.

ACÓRDÃO

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

Recife, 10 de janeiro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Convocado):

Ação ordinária movimentada por Jairo Cacho Nunes, perante o Juízo Federal da 2ª Vara de Pernambuco, já contemplado com a graduação de Segundo-Sargento assegurada pela Comissão de Anistia, materializada em portaria do Ministério da Justiça, pretendendo em juízo, agora, promoção à graduação de suboficial, com os proventos de Segundo-Tenente e respectivas vantagens.

Defendeu o equívoco da Portaria nº 2.287/2003, do Ministro de Estado da Justiça, que o declarou anistiado político, na graduação de Segundo-Sargento, com proventos de 1º Sargento, quando possui tempo de serviço suficiente para ser promovido até a graduação de sub-oficial, com soldo calculados na graduação de Segundo-Tenente.

O Magistrado *a quo*, pronunciando a prescrição das parcelas anteriores ao cinco anos do ajuizamento da ação, julgou procedente, em parte, o pedido, computando o tempo de serviço militar em que o autor esteve afastado das suas funções, para todos os efeitos legais, até o limite de permanência no serviço ativo, inclusive para promoção.

O autor impugna a sentença, na parte que reconheceu a prescrição quinquenal, argumentando não haver parcelas prescritas, haja vista que o prazo prescricional só começou a fluir em 11.12.3003, data do ato que o declarou anistiado político.

A União apela, argüindo, como preliminar prejudicial de mérito, a prescrição do denominado fundo de direito, por não se tratar de direito que se renova mensalmente, e, no mérito, atroando não ser a Portaria nº 1.104-GM3/1964 ato de exceção, pois sua única finalidade foi regulamentar o tempo de permanência do pessoal graduado nas Fileiras da Aeronáutica.

Contra-razões da União e do autor, fls. 198/202 e 211/216, respectivamente.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator Convocado):

Dois apelos em apreciação.

O primeiro, do autor, fls. 176-180, a perseguir a reforma do r. decisório de primeira instância no que se refere à prescrição.

O segundo, da ré, fls. 184-197, a buscar a reforma da douta decisão, inclusive a redução dos honorários advocatícios.

Quanto ao primeiro, o argumento de não caber prescrição calca-se em decisão do STF, da lavra do eminente min. Ilmar Galvão, que o apelo cita, merecendo transcrição a parte em si relativa à matéria: *A estrutura normativa da regra excepcional consubstanciada no art. 8º permite vislumbrar que, ao lado do afastamento dos efeitos financeiros retroativos à data da Carta de 1988, abriu-se campo à reparação das vantagens pecuniárias a partir da promulgação da Constituição* (RE 228.276-4-DF, fl. 179). A interpretação dada confere com a norma enclausurada no § 1º, do art. 8º, do ADCT, a apregoar que o disposto neste artigo somente gerará efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo. Ou seja, as vantagens decorrentes da norma, no aspecto financeiro, terão como ponto de partida a data da promulgação da Carta Magna. Qualquer vantagem anterior não será alcançada. Nada, portanto, confere à norma do art. 8º do ADCT a certeza de que a prescrição não lhe atinge, sobretudo quando nada se refere à prescrição. O § 1º do art. 8º colocou um marco, deixando bem claro que, antes da promulgação do Código Republicano, nenhuma vantagem financeira poderá ser conferida ao anistiado político. Este o sentido do § 1º do art. 8º em referência, não ficando a matéria sob a isenção da prescrição, razão pela qual, no aspecto, nego provimento ao apelo do autor.

Quanto ao segundo, cabe, antes de tudo, a distinção entre a decisão da esfera administrativa da sentença do Judiciário e da falta de influência da primeira com relação à segunda. A decisão administrativa não obriga o Julgador a ela se curvar, em genuflexo, não só pela independência de jurisdição, como também por caber

ao Judiciário a última palavra no que se refere ao direito a ser aplicado ao caso concreto.

O art. 8º do ADCT, ao consagrar na Constituição vigente a anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da sua promulgação, coloca no centro os atos de exceção *em decorrência de motivação exclusivamente política*. Ou seja, somente as pessoas que, por problemas de ordem exclusivamente política, que se colocaram contra o regime do período ou foram excluídas da vida pública por força de idéias defendidas no campo político e ideológico, seriam, como são, as beneficiadas com a anistia. Tanto ainda que os atos de exceção são enumerados no dispositivo em apreço como institucionais ou complementares, o Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e, enfim, o Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969.

Em suma, atos de exceção são, e foram aqueles inseridos nos 1) atos institucionais, 2) atos complementares, no 3) Decreto Legislativo nº 18, e, enfim, 4) no Decreto-Lei nº 864.

Não há outro tipo de ato de exceção.

A pretensão erige a Portaria nº 1.104-GMS, de 12 de outubro de 1964, como ato de exceção.

Cabe examiná-la.

Dita portaria aprova as instruções para as prorrogações do serviço militar das praças da ativa da Força Aérea Brasileira, f. 124-127, tendo revogado a anterior, de nº 570-GMS, de 23 de novembro de 1954, fls. 128-132, editada com o fim primordial de resolver um problema de ordem interna nas Forças Armadas, calado na conveniência administrativa que o momento vivido ditava. A alteração de datas para engajamento e reengajamento, a prorrogação do tempo de atividade nas Forças Armadas, são matérias de caráter interno, essencialmente administrativas, sem guardar nenhuma conexão com a ordem política e com a possível oposição do servidor militar ao regime então instalado, quer com a redemocratização do país, em 1946, quer com a denominada revolução de 1964, após a qual entrou em vigor. A Portaria nº 1.104 não se afigura como inconstitucional, não ofende a direito adquirido, nem desrespeita o ato jurídico perfeito, nem dita nenhuma norma

que fosse de encontro a qualquer diploma dentro da legislação castrense. Apenas muda o procedimento das Forças Armadas com relação à prorrogação do serviço militar, circunstância que, em momento algum, cheira a ato de exceção, com a devida vênia aos que pensam de forma contrária.

Por sua vez, o fato de a Comissão de Anistia ter considerado o demandante, por ato oficial do Excelentíssimo Senhor Ministro da Justiça, como anistiado político, ato que a cópia da Portaria nº 2.287, de 9 de dezembro de 2003, materializa, fl. 78, não obriga o Judiciário a encará-lo como anistiado político, por falta de base constitucional de ser o ato motivador do seu desligamento das Forças Armadas de conotação política. Só assim poderia ser, em princípio, o ato de seu desligamento como ato de exceção, *em decorrência de motivação exclusivamente política*. A situação factual do demandante é completamente dissimilar.

A decisão da Comissão de Anistia, de esfera administrativa, não obriga o Judiciário a reiterá-la, nem tampouco há nos autos qualquer documento oficial a ligar o desligamento do demandante das Forças Aéreas com fulcro na Portaria nº 1.104-GMS. O registro de fl. 46, do Ministério da Aeronáutica, consigna apenas que, a 3 de fevereiro (de 1972), o demandante *foi licenciado das fileiras da Força Aérea Brasileira, excluído e desligado do estado efetivo deste Parque, por conclusão de tempo de serviço, ficando considerado Reservista de 1ª Categoria*. A redação evidencia a diferença entre o ato de exceção de motivação exclusivamente política com o ato administrativo que desliga um militar das Forças Armadas. O detalhe é importante, porque, se a exclusão tivesse ocorrido por motivação política, o demandante não teria sido considerado Reservista de 1ª Categoria. Seria, sim, banido das Forças Armadas para todo o sempre, se o verbo banir for suficiente para caracterizar a ruptura eterna. Ou em outras palavras, não seria jamais reservista de 1ª categoria.

Uma prova de que o ato administrativo não vincula o Judiciário está na própria inicial, quando o demandante pede aquilo que já lhe foi consagrado na via do Ministério da Justiça. Na inicial, o registro do pedido: (...) *sendo reconhecida a contagem de tempo de serviço, para todos os efeitos, até a idade limite de permanência na*

ativa, assegurando (...), fl. 16. Na portaria do Ministério da Justiça: (...) reconhecendo a contagem de tempo de serviço, para todos os efeitos, até a idade limite de permanência na ativa, fl. 78. As redações se entrelaçam.

A Administração Pública já tinha assegurado ao demandante tal reconhecimento, fl. 78. A reiteração, em parte, do pedido, agora na esfera do Judiciário, é a fiel demonstração de que a decisão administrativa não vincula o Judiciário. Vinculasse, o demandante pediria apenas a graduação para esfera maior, sem precisar repetir tudo aquilo já conquistado.

Não vejo, desta forma, em princípio, como considerar o demandante como anistiado político, à luz da legislação constitucional, nem vejo como possa me render aos efeitos da portaria de fl. 78, emanada do Ministério da Justiça.

Contudo, abstraído o meu posicionamento com relação à matéria em tela, que, pelas referências feitas no documento de fls. 24 e 25, se choca com as de alguns e eminentes membros desta Corte, passo, enfim, a apreciar as razões do recurso da União.

A Administração Pública pode, a qualquer tempo, revogar o ato administrativo, a depender de sua conveniência. É o que fez com relação à Portaria nº 579-GMS, utilizando-se da de número 1.104-GMS, para conferir as prorrogações no serviço ativo das forças armadas outra sistemática. Uma portaria é revogada como uma lei também o é, estando sujeita a todas as regras do momento, sem que gere para nenhum militar o direito líquido e certo de, enquanto estiver servindo nas Forças Armadas, ser regido, unicamente, pela portaria vigente ao tempo do seu ingresso. A revogação de atos normativos atinge até a lei maior de todas, a Constituição, sem que a ordem jurídica possa sofrer qualquer hiato.

Ademais, a nova (e condenada) portaria não considera inválidos os atos praticados na vigência da portaria primeira. Apenas, muda a sistemática da prorrogação, visando, obviamente, a resolver um problema nas Forças Armadas, com relação às prorrogações do pessoal do serviço ativo. Se a portaria primeira regia a matéria de uma maneira e passa a nova portaria a regulamentar de outra maneira, no ar havia apenas a mera expectativa de direito, sem gerar para o militar o direito de ter a sua relação com a

Administração Castrense regida pela portaria anterior, quando já estava em vigor a nova, revogando a portaria coeva. Esse direito não existe. Depois, se a Administração Castrense, em obediência a Portaria n° 1.104-GMS, não abriu as janelas do estágio de adaptação, tecla que a inicial bate, é, evidentemente, porque a conveniência não assim a obrigou. Enfim, o fato de o demandante ostentar declarações de ter capacidade para enfrentar esse e aquele curso, ao tempo em que vestia a farda, não é suficiente para conferir a certeza absoluta de que, se não tivesse sido excluído, obteria aprovação em concurso de formação, sem se mencionar que a portaria n. 570-GMS não excluía o desligamento, ocorrendo a prorrogação dentro de percentagens fixadas pelo Ministério (militar), de acordo com as necessidades do serviço, item 1.3, fl. 129. Na matéria, a Portaria n° 1.104-GMS vai usar a expressão – atendidas as conveniências do serviço, item 6.4, fl. 126, para mostrar sempre que o princípio da conveniência rege as decisões administrativas, em todos os tempos e circunstâncias.

Não pode ser desprezado o fato de que o demandante, ao ingressar na Aeronáutica, em 03 de fevereiro de 1964, tinha, apenas e tão somente, oito meses na atividade castrense quando, em 12 de outubro de 1964, a Portaria n° 1.104-GMS entrou em vigor. Ou seja, a portaria anterior, de n° 507-GMS, ao disciplinar a prorrogação de outra forma, não lhe gerou o direito, enquanto estivesse na Aeronáutica, de ser permanentemente por ela regido, porque, ao menos, o demandante, em 12 de outubro de 1964, data da sua vigência, não era cabo ainda, mas mero soldado de 1ª Classe, fl. 33. Somente em 1966, em 15 de março, foi promovido à graduação de cabo, fl. 35, ou seja, já sob a regência da Portaria n° 1.104.

A revogação da portaria n° 507-GMS se verifica quando o demandante ainda não tinha nenhum direito à prorrogação alguma, como cabo, porque ainda era soldado de 1ª Classe, passando sete anos e quatro meses regido pela Portaria n° 1.104-GMS, de maneira que não poderia lhe causar nenhuma surpresa ser afetado por qualquer norma da dita portaria, quando, afinal, durante a absoluta maioria do tempo de sua passagem pela Aeronáutica, foi pela mencionada portaria regido. Nenhuma outra portaria foi editada para revogá-la, sendo de se presumir que as normas daquela eram do conhecimento de toda a família castrense, e se não eram,

o problema não é da Administração castrense, mas do demandante.

Não se cuida, nem, de situação de militar que, completado determinado tempo de serviço – não apenas oito meses –, quando a portaria deste período lhe assegurasse um caminho, fosse surpreendido por outra portaria, revogando aquela e ditando uma via completamente diferente, quando já havia adquirido o direito de ser contemplado com essa ou aquela decisão. Em absoluto. A Portaria nº 1.104-GMS, é de 12 de outubro de 1964. O demandante ingressou na Aeronáutica em 02 de fevereiro do mesmo ano. As normas da portaria mencionada só lhe foram aplicadas em 02 de fevereiro de 1972, isto é, sete anos e quatro meses depois. Ou seja, durante a maioria absoluta da sua permanência na Aeronáutica, materializado exatamente em sete anos e quatro meses, era do seu conhecimento que, ao completar oito anos de serviço, seria licenciado do serviço ativo das Forças Armadas. O aspecto evidencia que a Portaria nº 1.104-GMS não poderia nunca, pelo menos com relação ao demandante, carregar qualquer motivação política, mesmo porque, para licenciar um cabo, por problemas de ordem política, o Governo, à época, não precisaria invocar uma portaria ministerial, tendo em mãos os diversos e temidos atos institucionais então vigentes, a afastar até o problema da esfera do Judiciário, atos que foram usados para cassar políticos e colocar membros do Judiciário, inclusive membros do Supremo Tribunal Federal, em disponibilidade, de forma que um simples cabo não demandaria muito trabalho.

Por outro lado, não consta ter o demandante, quando na ativa, se preocupado em provocar da Administração Militar o estágio exigido pela portaria atacada.

Pelas razões expostas, com as devidas vênias para os respeitáveis e possíveis votos em contrário, não vejo, desta forma, como deixar de consagrar a apelação da União, a qual acato inteiramente, para, assim, em resumo, 1) negar provimento ao recurso do autor, e, 2) dar provimento ao apelo da ré, invertendo o ônus da sucumbência em favor da demandada, no percentual de dez por cento sobre o valor da causa, devidamente atualizado.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 415.380-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelantes: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E OUTRO
Apelado: HAIDÉE DE ARAÚJO COSTA
Advs./Procs.: DRS. ANTÔNIO XAVIER DE MORAES PRIMO E OUTROS (APTES.), LUIZ ALBERTO DA SILVA E OUTROS (APDO.)

EMENTA: CIVIL. SFH. CONTRATO PARTICULAR (CONTRATO DE GAVETA). DUPLICIDADE DE FINANCIAMENTOS. PRESTAÇÕES EM ATRASO. QUITAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. DIREITO DO MUTUÁRIO.

- Legitimidade ativa do impetrante por força do artigo 22 da Lei 10.150/00, que equipara expressamente o cessionário de direitos provenientes de contrato de financiamento regidos pelo SFH ao mutuário final para todos os atos inerentes à liquidação do empréstimo e habilitação junto ao FCVS.

- O fato de a União Federal editar comandos normativos pertinentes ao SFH, por intermédio do Conselho Monetário Nacional, não implica a sua legitimidade passiva na presente lide, uma vez que o exercício da competência normativa não consiste em ato de gestão.

- O STJ já se posicionou no sentido de que o simples fato do autor estar representado por advogado particular não elide, por si só, a caracterização do estado de pobreza, o qual justifica o deferimento da gratuidade judiciária.

- O artigo 3º da Lei nº 8.100/90, que limita a quitação de um único saldo devedor por meio do FCVS, não se aplica aos contratos de financiamentos celebrados antes de sua vigência, é dizer, antes de 05.12.1990, mercê da vedação de

aplicação retroativa dessa norma aos contratos já consolidados.

- Demais disso, à época vigia a Lei n° 4.380/64 que não excluía a possibilidade de o resíduo do financiamento do segundo imóvel adquirido ser quitado pelo FCVS, mas apenas, imputava aos mutuários que fossem proprietários de outro imóvel o vencimento antecipado do valor financiado.

- Na hipótese, o financiamento data de 30.12.87 (fl. 49) quando o mutuário celebrou contrato com a CEF, portanto, em data anterior à vigência do artigo 3° da Lei 8.100/90, com redação dada pela Lei 10.150/00.

- Demais disso, registre-se que o percentual correspondente ao FCVS foi cobrado durante todo o contrato de mútuo, inclusive após a criação do CADMUT (Cadastro Nacional de Mutuários) em 1991, sendo descabido pretender que dito Fundo não dê cobertura ao saldo devedor respectivo, porquanto tal implicaria em enriquecimento sem causa.

- Apelação da CEF improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 8 de novembro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Haidée de Araújo Costa ajuizou ação ordinária contra a CEF e EMGEA, objetivando a quitação de imóvel residencial adquirido mediante instrumento particular, o chamado "contrato de gaveta", e a consegüente liberação da hipoteca, bem como a concessão do benefício da justiça gratuita.

Alega que, em 30.12.87, o mutuário primitivo celebrou contrato, com cláusula de cobertura do FCVS, com a CEF, crédito posteriormente cedido à EMGEA. Verbera que, em 02.03.94, através de contrato particular (contrato de gaveta), o imóvel lhe foi repassado (fl. 17).

Explana que em 14.12.00 requereu administrativamente a quitação do financiamento, pelo FCVS, com base na MP - 1.981-54/00 (fl. 23), e que, até 30.11.00 efetuou o pagamento das prestações mensais do financiamento.

Aduz que a recusa da utilização do FCVS, para fins de quitação do saldo devedor do imóvel, decorreu da existência de duplicidade de financiamento pelo SFH, o que é inverdade, vez que o 1º imóvel localiza-se em Olinda (fl. 26) e o 2º imóvel em Recife (fl. 49), tendo ambos sido adquiridos antes da vigência da Lei 8.100/90, que limita a quitação de um único saldo devedor, por meio do FCVS, até 05.12.90.

O Juiz deferiu a gratuidade judiciária, nos termos da Lei 1.060/50.

A CEF e a EMGEA apresentaram contestação suscitando as preliminares: chamamento da União para integrar a lide; ilegitimidade ativa da autora, em face do contrato não ter sido com esta pactuado. Impugnou a assistência judiciária concedida, por não ter restado comprovada a condição de pobreza da autora, que inclusive está representada nos autos por advogado particular. No mérito, pugnou pela improcedência do pleito, sob a justificativa de que a autora não preencheu os requisitos previstos na Lei 10.150/00, além de não ter havido o pagamento das parcelas posteriores a dezembro/00.

O Magistrado rejeitou as preliminares e manteve a concessão do benefício da justiça gratuita. No mérito, julgou procedente o pedido, determinando que as partes réis confirmem a certidão de quitação do contrato de financiamento, desde que pagas todas as prestações eventualmente em atraso, anteriores ao pedido administrativo de liquidação do saldo residual, data de 14.12.00 (fls. 23), pagamentos estes a serem comprovados quando do cumprimento do julgado, bem como a restituírem as parcelas porventura pagas pela autora a partir da data do requerimento administrativo referido. Finalizou, condenando, cada demandada, em R\$ 1.000,00 (um mil reais), a título de honorários advocatícios.

A CEF apelou renovando as preliminares dantes suscitadas e, no que tange ao mérito, pugnou pela improcedência do pleito, repetindo os mesmos argumentos expendidos em sua peça contestatória.

Contra-razões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

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

Não há como acolher a preliminar de ilegitimidade ativa, tendo em vista que a autora (cessionária) adquiriu o imóvel em 02/03/94 (fl. 17).

É de ser rejeitada a preliminar de chamamento da União Federal para integrar o pólo passivo da demanda.

O fato de a União Federal editar comandos normativos pertinentes ao SFH, por intermédio do Conselho Monetário Nacional, não implica a sua legitimidade passiva na presente lide, uma vez que o exercício da competência normativa não consiste em ato de gestão.

O STJ já se posicionou no sentido de que o simples fato de o autor estar representado por advogado particular não ilide, por si só, a caracterização do estado de pobreza, o qual justifica o deferimento da gratuidade judiciária.

Transcrevo o seguinte julgado, *in verbis*:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. DEFENSORIA PÚBLICA. ADVOGADO PARTICULAR. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 1.060/50.

1. Não é suficiente para afastar a assistência judiciária a existência de advogado contratado. O que a lei especial de regência exige é a presença do estado de pobreza, ou seja, da necessidade da assistência judiciária por impossibilidade de responder pelas custas, que poderá ser enfrentada com prova que a desfaça. Não serve para medir isso a qualidade do defensor, se público ou particular.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 67.919-PR, Ministro Relator Carlos Alberto Menezes Direito, pub. 16/04/07)

Assim, mantenho a concessão da assistência judiciária dantes concedida.

O artigo 3º da Lei nº 8.100/90, que limita a quitação de um único saldo devedor por meio do FCVS, não se aplica aos contratos de financiamentos celebrados antes de sua vigência, é dizer, antes de 05.12.1990, mercê da vedação de aplicação retroativa dessa norma aos contratos já consolidados.

Demais disso, à época vigia a Lei nº 4.380/64 que não excluía a possibilidade de o resíduo do financiamento do segundo imóvel adquirido ser quitado pelo FCVS, mas apenas, imputava aos mutuários que fossem proprietários de outro imóvel o vencimento antecipado do valor financiado.

Por outro lado, para amenizar o teor do § 1º, do artigo 9º, da Lei acima, admitiu-se posteriormente, em vez da negativa pura e simples de conceder o segundo financiamento, que o deferimento fosse condicionado ao compromisso do mutuário de vender o primeiro imóvel no prazo de 180 dias após a concessão do segundo financiamento, conforme já previa a Circular 1.214/87 do BACEN, corroborado pela Circular 1.278/88, também do BACEN.

Na hipótese, o financiamento data de 30.12.87 (fls. 49), quando o mutuário celebrou contrato com a CEF, portanto, em data anterior a vigência do artigo 3º da Lei 8.100/90, com redação dada pela Lei 10.150/00.

Em síntese, o artigo 3º da Lei n. 8.100/90, que limita a quitação de um único saldo devedor por meio do FCVS, não se aplica aos contratos de financiamentos celebrados antes de sua vigência, é dizer, antes de 05.12.1990, mercê da vedação de aplicação retroativa dessa norma aos contratos já consolidados.

Nesse sentido, já decidiu esta egrégia Turma:

CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. SFH. "CONTRATO DE GAVETA". DUPLICIDADE DE FINANCIAMENTOS.

1. Mandado de segurança preventivo impetrado por cessionário dos direitos do mutuário de financiamento do SFH contra ato da CEF consubstanciado na possibilidade recusa de quitação do saldo devedor pelo FCVS.

2. Legitimidade ativa do impetrante por força do artigo 22 da Lei 10.150/00, que equipara expressamente o cessionário de direitos provenientes de contrato de financiamento regidos pelo SFH ao mutuário final para todos os atos inerentes à liquidação do empréstimo e habilitação junto ao FCVS.

3. O artigo 3º da Lei n. 8.100/90, que limita a quitação de um único saldo devedor por meio do FCVS, não se aplica aos contratos de financiamentos celebrados antes de sua vigência, é dizer, antes de 05.12.1990, mercê da vedação de aplicação retroativa dessa norma aos contratos já consolidados.

4. Demais disso, à época vigia a Lei n. 4.380/64 que não excluía a possibilidade de o resíduo do financiamento do segundo imóvel adquirido ser quitado pelo FCVS, mas apenas, imputava aos mutuários que fossem proprietários de outro imóvel o vencimento antecipado do valor financiado.

5. Apelação e remessa oficial improvidas.

(AMS 90.315-SE, Relator Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, julg. 05.07.07).

Demais disso, registre-se que o percentual correspondente ao FCVS foi cobrado durante todo o contrato de mútuo, inclusive após a criação do CADMUT (Cadastro Nacional de Mutuários) em 1991, sendo descabido pretender que dito Fundo não dê cobertura ao saldo devedor respectivo, porquanto tal implicaria em enriquecimento sem causa.

Não procede a alegação da CEF quanto à falta de pagamento das parcelas posteriores a dezembro/2000 (data do requerimento da liquidação do contrato), por não ser devido o pagamento de tais verbas no caso em que se cuida os autos.

Observe-se que o mutuário estava adimplente quando requereu administrativamente a liquidação do contrato no sentido da cobertura do saldo devedor pelo FCVS.

Desta forma, mantenho a decisão *a quo* que autorizou a quitação do saldo devedor e, por conseguinte, a liberação da hipoteca incidente sobre o imóvel.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da CEF.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 418.668-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Apelado: VALDEMAR JOSÉ DE LUNA
Adv./Proc.: DR. ANDRÉ LUIZ MAGALHÃES DE AMORIM

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE DE TRABALHADOR URBANO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS: IDADE MÍNIMA E CUMPRIMENTO DE CARÊNCIA. APLICAÇÃO DA REGRA TRANSITÓRIA DE QUE TRATA O ART. 142 DA LEI 8.213/91. SENTENÇA TRABALHISTA HOMOLOGATÓRIA. MEIO IDÔNEO PARA COMPROVAR TEMPO DE SERVIÇO. PRECEDENTES DO STJ. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- A aposentadoria por idade, consoante os termos do art. 48 da Lei 8.213/91, garante ao segurado o direito de se aposentar aos 65 anos de idade, se homem, e 60, se mulher, desde que

cumprida a carência de 180 contribuições mensais, salvo no caso de filiação ao RGPS anterior a 24.07.91, quando esse requisito deve ser apurado consoante a regra de transição do art. 142 da LBPS.

- A regra de transição destinada aos segurados da Previdência Social Urbana até 24.07.91, prevista no art. 142 da Lei 8.213/91, exige carência de 132 meses de contribuição para Aposentadoria por Idade, quando da implementação das condições que, no caso, se deu em 2003; ou seja, tendo o autor implementado o requisito idade no ano de 2003 (fl. 77), deverá comprovar o recolhimento de, no mínimo, 132 contribuições mensais.

- Na hipótese, o demandante contribuiu por mais de 132 meses para a Previdência Social, conforme demonstram anotações da CTPS colocada aos autos (fls. 77/79), além de cópia da sentença trabalhista homologatória (fls. 28/29), determinando o recolhimento das contribuições fiscais e previdenciárias referente ao período laborado na empresa LD Empreendimentos Imobiliários Ltda. (fls. 77/79), o que o habilita à obtenção da aposentadoria requerida.

- O tempo de serviço reconhecido por decisão do juízo trabalhista deve ser admitido para os fins previdenciários, não como efeito da coisa julgada, que se limita às partes na reclamatória, mas pela presunção de veracidade da anotação, ausente prova em contrário.

- A perda da qualidade de segurado, após o atendimento dos requisitos legais (idade mínima e cumprimento de carência) não será considerada para a concessão da Aposentadoria por Idade (art. 3º, parágrafo 1º, da Lei 10.666/03).

- Apelação do INSS e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 416.868-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 13 de novembro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA
ERHARDT-Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de remessa oficial e apelação cível, contra sentença de fls. 101/105, da lavra do douto Juiz Federal da 6ª Vara da SJ/PE, que, ao julgar a Ação Ordinária 2006.83.00.007090-9, entendeu procedente o pedido de Aposentadoria por Idade de Trabalhador Urbano formulado na exordial, condenando o INSS a implantar tal benefício, com efeitos a partir do requerimento administrativo, descontados os valores pagos a título de amparo social, devendo as parcelas vencidas serem acrescidas de correção monetária e de juros legais; condenou, ainda, a Autarquia Previdenciária ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 5% sobre o total das parcelas vencidas, conforme Súmula 111 do STJ; parte apelada: Valdemar José de Luna.

2. Em seu recurso de apelação, o INSS alega em síntese que: (a) o apelado não logrou êxito em demonstrar o requisito número mínimo de contribuições, haja vista que houve perda da qualidade de segurado; (b) a sentença trabalhista não faz coisa julgada no plano previdenciário, principalmente se não houver prova documental comprovando a relação, razão pela qual o período não pode ser considerado para fins de aposentadoria por idade; (c) mantido o benefício, deve ser fixada a citação como marco inicial para pagamento do passivo correspondente.

3. Em sede de contra-razões, o particular reitera os fundamentos do petitório inicial, aduzindo, em síntese, que a documentação acostada aos autos comprova que o apelado se encontrava filiado quando do advento da Lei 8.213/91, e que exerceu atividade como empregado por mais de 180 meses, preenchendo, assim, os requisitos necessários para concessão de sua aposentadoria por idade.

4. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

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

1. Versa a matéria dos presentes autos sobre a possibilidade de o INSS conceder ou não o benefício de Aposentadoria por Idade a trabalhador urbano.

2. O direito material invocado por Valdemar José de Luna provém da mais conspícua fonte normativa, qual seja o art. 201, parág. 7º, inc. II, da Carta Magna, que assegura ao trabalhador urbano o direito de se aposentar aos 65 anos de idade, se homem, e 60 anos, se mulher, desde que tenha efetuado as contribuições necessárias para a fruição do benefício.

3. Essa norma magna vem reproduzida nos arts. 48 a 51 da Lei 8.213/91, mas é certo que o dispositivo constitucional não dependia, para a sua plena aplicabilidade, da edição de regra integrativa, por se tratar de preceito auto-executável.

4. Dessa forma, o trabalhador urbano tem direito à aposentadoria aos 65 anos de idade (art. 201, parág. 7º, II, da CF), faltando-lhe, tão-só, comprovar, por meio juridicamente hábil, *o implemento da idade e as contribuições efetuadas, referentes ao período de carência do benefício pretendido*.

5. Quanto ao implemento da idade, o documento de fl. 77 (CTPS) comprova que o demandante tinha, à época do requerimento administrativo, mais de 65 anos, documento esse dotado de natureza pública e não havendo sido impugnado oportunamente pelo INSS, torna-se de aceitação incontestável.

6. O período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício. Para o percebimento da Aposentadoria por Idade, dispõe o art. 25, II, da Lei 8.213/91, com redação determinada pela Lei 8.870/94, que são necessárias 180 contribuições.

7. Por outro lado, o art. 142 da Lei 8.213/91 estabelece regra transitória de cumprimento do período de carência, restrito aos segurados urbanos inscritos na Previdência Social até 24 de julho de 1991, data da vigência da lei, conforme tabela inserta no referido dispositivo.

8. Assim, por estar inscrito o autor na Previdência Social desde 1981, o período de carência a ser cumprido para a implantação do seu benefício deve ser o da tabela disposta no art. 142 da Lei 8.213, que prevê, para o caso em análise, um total de 132 contribuições.

9. Assim é o entendimento jurisprudencial:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE (60 ANOS). CARÊNCIA. ARTIGO 142 DA LEI 8.213/91.

I - O art. 142 da Lei 8.213/91 estabelece regra transitória de atendimento do requisito de carência apenas para os segurados urbanos inscritos até a data da lei, situação não atendida pela Autora que, por isso, fica sujeita ao cumprimento da carência de 180 contribuições, prevista pelo art. 25, inciso II, da referida lei.

II - Recurso conhecido, mas desprovido (STJ, REsp. 409.774 - RS, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJU 29.04.02, p. 321).

10. No tocante ao cumprimento das contribuições necessárias à fruição do benefício pretendido, consta nos autos o registro da CTPS do demandante (fls. 77/79), atestando que ele manteve vínculo laboral com a empresa LD Empreendimentos Imobiliários Ltda., em dois períodos distintos, a saber, de 05.11.81 a 12.05.83 e de 11.09.86 a 08.11.03; além disso, consta cópia da sentença trabalhista homologatória (fls. 28/29), determinando o recolhimento das contribuições fiscais e previdenciárias referentes ao período laborado na citada empresa, comprovando que o autor preencheu o requisito carência de 132 contribuições mensais.

11. Respeitando os entendimentos diversos, parece-me inegável o vínculo laboral do senhor Valdemar José de Luna com a empresa LD Empreendimentos Imobiliários Ltda., uma vez que a *cópia dos autos de sentença trabalhista homologatória, onde consta o reconhecimento do tempo de serviço declarado pelo impetrante, constitui razoável início de prova material, para fins de averbação do tempo laborado.*

12. Neste sentido o colendo STJ já se pronunciou (STJ, REsp 539.661-SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 28.06.04, p. 432), considerando o resultado do julgamento proferido em sede de justiça trabalhista que reconhece período de tempo de serviço a ensejar anotação em CTPS, como prova idônea para comprovar o referido tempo para fins de aposentadoria.

13. Este egrégio Tribunal já teve firmado o mesmo entendimento, com reiteradas decisões, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE URBANA. TEMPO DE SERVIÇO. AVERBAÇÃO. LEI 8.213/91. PROVA MATERIAL. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. CONTRIBUIÇÃO A CARGO DO EMPREGADOR.

1 - A cópia dos autos de reclamação trabalhista, da qual conste o reconhecimento do tempo de serviço declarado pelo impetrante, constitui razoável início de prova material, para fins de averbação do tempo laborado. Cabível a averbação do tempo em tela, visto que a atividade exercida pelo segurado encontra-se registrada na instituição em que laborou, não sendo o mesmo responsável pelo seu recolhimento, que fica a cargo do empregador.

2 - Apelação e Remessa Oficial improvidas. (TRF5, 87.561, Rel. Des. Federal Francisco Wildo, DJU 05.07.04, p. 127).

PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO URBANO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. RECONHECIMENTO DO PERÍODO TRABALHADO PELO AUTOR. ASSINATURA DA CTPS. RECOLHIMENTO DA VERBA PREVIDENCIÁRIA DO PERÍODO. COMPROVAÇÃO. PROVA TESTEMUNHAL COLHIDA COM AS CAUTELAS DO JUÍZO.

1 - As anotações em carteira de trabalho, não elididas por prova em contrário, decorrentes de decisão na justiça trabalhista, têm presunção de veracidade, não devendo ser recusadas pela autarquia previdenciária, mormente quan-

do ratificadas por prova testemunhal, colhida em juízo, com as devidas cautelas legais.

2 - Remessa Oficial improvida. (TRF5, REO 317.566, Rel. Des. Federal Paulo Gadelha, *DJU* 19.11.03, p. 969).

14. Assim, o tempo de serviço reconhecido por decisão do Juízo Trabalhista deve ser admitido para os fins previdenciários, não como efeito da coisa julgada, que se limita às partes na reclamação, mas pela presunção de veracidade da anotação, ausente prova em contrário.

15. Por fim, tem-se que a perda da qualidade de segurado, após o atendimento dos requisitos necessários à implementação do benefício de Aposentadoria por Idade, não deve ser levada em consideração, de acordo com o que prescreve o art. 102, parág. 1º, da Lei 8.213/91:

Art. 102 - ...

parág. 1º - A perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos.

16. Este também é o entendimento da jurisprudência pátria:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR URBANO. ARTIGOS 25, 48 E 142 DA LEI 8.213/91. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. IMPLEMENTAÇÃO SIMULTÂNEA. PRESCINDIBILIDADE. VERIFICAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. IDADE MÍNIMA E RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS. ARTIGO 102, § 1º DA LEI 8.213/91. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - A aposentadoria por idade, consoante os termos do artigo 48 da Lei 8.213/91, é devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta lei, completar 65 anos de idade, se homem, e 60, se mulher.

II - O art. 25 da Lei 8.213/91 estipula a carência de 180 (cento e oitenta) meses de contribuição para obtenção da aposentadoria por idade para o trabalhador urbano.

III - O art. 142 da Lei 8.213/91, por sua vez, estabelece regra transitória de cumprimento do período de carência, restrito aos segurados urbanos inscritos na Previdência

Social até 24 de julho de 1991, data da vigência da Lei, conforme tabela inserta no referido dispositivo.

IV - A perda da qualidade de segurado, após o atendimento aos requisitos da idade mínima e do recolhimento das contribuições previdenciárias devidas, não impede a concessão da aposentadoria por idade. Precedentes.

V - Ademais, os requisitos exigidos pela legislação previdenciária não precisam ser preenchidos, simultaneamente, no caso de aposentadoria por idade. Precedentes. Interpretação do artigo 102, § 1º, da Lei 8.213/91.

VI - Sobre o tema, cumpre lembrar que o caráter social da norma previdenciária requer interpretação finalística, ou seja, em conformidade com os seus objetivos.

VII - Agravo interno desprovido (STJ, AGREsp 698.009-PR, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJU 16.05.05, p. 399).

17. Assim, resta patente o direito do autor ao percebimento do benefício de Aposentadoria por Idade de Trabalhador Urbano, a partir do requerimento na via administrativa.

18. Por fim, importa salientar que o benefício da aposentadoria por idade é devido desde a data do requerimento administrativo, visto que o art. 201, parág. 7º, II, da Carta Magna, que assegura ao trabalhador urbano o direito de se aposentar aos 65 anos de idade, é auto-aplicável; ademais, o autor já apresentava à época do pedido administrativo todos os pressupostos legais necessários à obtenção deste benefício.

19. Neste sentido é o entendimento jurisprudencial:

Se ao tempo do requerimento administrativo, havia prova documental plena à concessão do benefício e não tendo ele sido concedido por entraves ilegítimos impostos pela Autarquia, retroage o benefício desde a interposição do pedido. (REsp. 1711.515-4, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU 10.06.94, p. 14.797).

20. Desta forma, tendo em vista os fundamentos expendidos, nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, mantendo a sentença *a quo* em todos os seus termos.

21. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 421.452-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (CONVOCADO)
Apelante: MARCELO CARLOS MARTINS DE MEDEIROS
Apelados: UNIÃO, ANTÔNIO CAMAROTTI FILHO E FUNDAÇÃO PREVIDENCIÁRIA IBM
Lit.Pass.: SÉRGIO EDUARDO GOMES DE LIRA
Parte Ré: 2º CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS - RECIFE/PE
Advs./Procs.: DRS. GISELDA AFONSO DE MELO MEDEIROS (APTE.), ERNANI VARJAL MEDICIS PINTO E OUTROS (2º APDO.), IAN MACDOWELL DE FIGUEIREDO E OUTROS (3º APDO.)

EMENTA: AÇÃO POPULAR. AQUISIÇÃO DO PRÉDIO-SEDE DO TRE DE PERNAMBUCO. INEXISTÊNCIA DO ALEGADO LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. VALIDADE DA SENTENÇA SUCINTAMENTE FUNDAMENTADA. EVENTUAIS IRREGULARIDADES NA VENDA DO IMÓVEL, PERTENCENTE À FUNDAÇÃO. MATÉRIA QUE REFOGE AO ÂMBITO DA AÇÃO POPULAR. HIPÓTESE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DA PROVA DA LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO (LEI 4.717/65, ART. 2º). IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO POPULAR.

- Na ação popular não há necessidade de citação de todos os servidores que, de modo indireto, concorreram para a prática do ato, tido como lesivo. Somente se verifica o litisconsórcio passivo necessário quando houver a necessidade de que a causa seja julgada uniformemente em relação a todos (CPC, art. 47). O eventual desfazimento do negócio jurídico celebrado pela administração pública independe de que os servidores da Secretaria do Patrimônio da União e da Procuradoria da Fazenda Nacional integrem a lide.

- **Embora sucinta, não é nula a sentença que atende ao disposto no art. 458 do Código de Processo Civil, trazendo fundamentação suficiente, ao reportar-se às manifestações do Ministério Público Federal, Serviço do Patrimônio da União, Caixa Econômica Federal e Procuradoria da Fazenda Nacional.**
- **A venda do imóvel, pertencente ao patrimônio da Fundação IBM foi aprovada pelo Conselho de Curadores da entidade. A alegação de nulidade do negócio, à falta de aprovação da Curadoria das Fundações (Ministério Público Estadual) e de alvará judicial, refoge ao âmbito da ação popular.**
- **É dispensável a licitação para a compra ou locação de imóvel destinado ao serviço público, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia-Lei 8.666/93, art. 24, X.**
- **Imóvel localizado em área comercial nobre da cidade do Recife, bem servida de transporte público, nas proximidades da antiga sede do órgão. Manifestação da Diretoria-Geral do TRE no sentido do atendimento das necessidades do serviço público. Avaliação de oportunidade e conveniência, de acordo com a discricionariedade da administração. Preço de mercado apurado em laudo realizado através da Caixa Econômica Federal, devidamente homologado pelo Secretário do Patrimônio da União.**
- **Inexistência de demonstração pelo autor de qualquer lesividade ao patrimônio público. Improcedência da ação popular que não atende aos requisitos do art. 2º da Lei nº 4.717/65.**
- **Manutenção da sentença.**

ACÓRDÃO

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

Recife, 22 de janeiro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA -Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Convocado):

Trata-se de apelação cível interposta por Marcelo Carlos Martins de Medeiros contra a sentença de fls. 1.986/1.987, da lavra do eminente Juiz Federal da 1ª Vara de Pernambuco, que julgou improcedente ação popular manejada contra a União, a Fundação IBM, o Desembargador Antônio Camarotti Filho, então Presidente do egrégio TRE/PE, e contra a Titular do Cartório de Imóveis do 2º Ofício da Comarca do Recife, objetivando o desfazimento da aquisição do prédio onde funciona a atual sede do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Pernambuco.

Sustenta o apelante, em preliminar, a nulidade da sentença, por falta de fundamentação, violando o art. 458 do CPC, e por não ter havido a citação dos Srs. Rômulo de Oliveira, Pedro Celso, do Gerente Regional do Patrimônio da União e do Chefe da Procuradoria Regional da Fazenda Nacional em Pernambuco que, no seu entender, seriam litisconsortes passivos necessários.

No mérito, reafirma a nulidade da compra e venda do imóvel, integrante do patrimônio de fundação, sem que tivesse havido a prévia manifestação do Ministério Público e a autorização judicial. Argumenta, ainda, que a regra genérica prevista na Lei 8.666/93 é a licitação, que restou inobservada. Menciona que há suspeita de que a aquisição foi "um jogo de cartas marcadas", pois o Presidente da Corte Eleitoral, 6 meses antes da assinatura do contrato,

já anunciava pela imprensa a compra do prédio. Afirmando que a discricionariedade da atuação administrativa pode ser controlada pelo Poder Judiciário, pugna pelo provimento da apelação.

Contra-razões apresentadas pela União (fls. 1.108/1.121), pela Fundação Previdenciária IBM (fls. 1.142/1.165) e por Antônio Camarotti Filho (fls. 1.130/1.138).

Subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator Convocado):

A presente ação popular foi ajuizada por Marcelo Carlos Martins de Medeiros contra a União Federal e outros, com o objetivo de anular o contrato de compra e venda de imóvel, firmado com a Fundação Previdenciária IBM, para funcionamento da sede do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco - TRE/PE, localizada na Avenida Agamenon Magalhães, na cidade do Recife-PE.

Inconformado com a sentença de improcedência, apela o promovente pedindo, em preliminar, a nulidade do julgado, sob dois fundamentos: 1º- ausência de citação de litisconsortes passivos necessários e 2º- falta de fundamentação da sentença.

No que tange ao primeiro fundamento, ressalto, inicialmente, que o autor não requereu a citação daquelas pessoas na petição inicial. O requerimento foi formulado na contestação de um dos réus. Contudo, não existe preclusão, por se tratar de matéria de ordem pública.

Entretanto, não enxergo o alegado litisconsórcio. Na ação popular não há necessidade de citação de todos os servidores que, de modo indireto, concorreram para a prática do ato, tido como lesivo.

Somente se verifica o litisconsórcio passivo necessário quando houver a necessidade de que a causa seja julgada uniformemente em relação a todos, nos termos do art. 46 do Código de Processo Civil.

No caso concreto, o eventual desfazimento do negócio jurídico celebrado pela administração pública independe de que os servidores do Patrimônio da União e da Procuradoria da Fazenda Nacional integrem a lide.

A segunda preliminar agitada argúi a nulidade da sentença, sob o fundamento de que não teria qualquer fundamentação.

Na verdade, o Juízo *a quo* foi bastante parcimonioso nos argumentos utilizados para resolver o mérito do litígio.

Todavia, embora sucinta, não é nula a sentença que atende ao disposto no art. 458 do Código de Processo Civil, trazendo fundamentação suficiente. Na hipótese, o julgado reportou-se às manifestações do Ministério Público Federal, do Serviço do Patrimônio da União, da Caixa Econômica Federal e da Procuradoria da Fazenda Nacional.

Penso que é o quanto basta. Rejeito a preliminar.

No mérito, afirma o apelante, mencionando precedentes jurisprudenciais, que a alienação de bem integrante do patrimônio de fundação dependeria da prévia ouvida do órgão do Ministério Público e de autorização judicial.

Na verdade, em princípio, inexistente legislação exigindo o cumprimento daquelas formalidades. São cautelas recomendadas pela doutrina e jurisprudência, tendo em vista que o patrimônio é da essência da própria fundação, universalidade de bens posta à disposição de uma determinada finalidade.

De qualquer modo, entendo que a alegação de nulidade do negócio, à falta de aprovação da Curadoria das Fundações (Ministério Público Estadual) e de alvará judicial, refoge ao âmbito da ação popular, pois, se algum prejuízo tivesse havido seria para a entidade privada, e não para a União.

O último argumento deduzido na apelação, é o de que a aquisição do imóvel teria ferido o princípio da legalidade, já que não precedida de processo licitatório.

Entretanto, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações), contém dispositivo expresso sobre a dispensa do certame licitatório para a aquisição de imóveis, *verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

X- para a compra ou locação de imóvel destinado ao serviço público, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia.

A respeito daquele dispositivo legal, o pronunciamento do Ministério Público Federal em primeira instância, da lavra do eminente Procurador da República, Dr. Antônio Carlos de V. Barreto Campello, colige importantes observações e manifestações doutrinárias:

A hipótese figurava na legislação anterior como de inexigibilidade de licitação, sendo agora causa apenas de dispensa; o que antes se dava como impossível de suscitar competição, agora curiosamente não mais é visto desse modo. Um imóvel único, cuja característica e cuja serventia é insubstituível, deixou de ser insuscetível de comparação... agora é apenas dispensável a licitação, que antes, corretamente, era inexigível, e por lógica: se o objeto é único, como admitir sequer a idéia de licitá-lo?

O trecho grifado é inédito, e de boa qualidade, pois condiciona a contratação direta de aquisição ou de locação de imóvel, pela Administração que dele necessite, aos preços correntes do mercado imobiliário; não encontrando, em faixa razoável de preço, o imóvel de que, justificadamente, precise para instalar seus serviços, a entidade pública precisará então licitar algum imóvel, o qual, supostamente, não a atenderá tão bem quanto o inicialmente desejado o faria: apenas assim se conciliam as idéias na lei. A demonstração da adequação das características do imóvel pretendido com as necessidades da Administração poderá ser evidenciada por todos os meios à sua disposição, mas isto precisará ser procedido, pena de não caracterizada a mesma necessidade.¹

(...).

¹ RIGOLIN, Ivan Barbosa e BOTTINO, Marco Tullio. *Manual Prático das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 1998.

Compra ou Locação de Imóvel (Inc. X):

A ausência de licitação deriva da impossibilidade de o interesse público ser satisfeito através de outro imóvel, que não aquele selecionado. As características do imóvel (tais como localização, dimensão, edificação, destinação etc.) são relevantes, de modo que a Administração não tem outra escolha. Quando a Administração necessita de imóvel para destinação peculiar ou com localização determinada, não se toma possível a competição entre particulares. Ou a Administração localiza o imóvel que se presta a atender seus interesses ou não o encontra. Na primeira hipótese, cabe-lhe adquirir (ou locar) o imóvel localizado; na segunda, é impossível a locação ou aquisição. A aquisição ou locação de imóvel destinado a utilização específica ou em localização determinada acarreta inviabilidade de competição. Trata-se de hipótese de inexigibilidade de licitação e o caso sujeita-se ao disposto no art. 25.

Há hipóteses em que dois (ou mais) imóveis atendem aos reclamos da Administração. Ainda que os imóveis sejam infungíveis entre si, surgirão como intercambiáveis tendo em vista a necessidade e o interesse da Administração Pública. Qualquer dos imóveis satisfará a exigência que justifica a aquisição pela Administração. Nesses supostos, a questão muda de figura e a licitação se impõe. Estarão presentes os pressupostos da competição.

Antes de promover a contratação direta, a Administração deverá comprovar a impossibilidade de satisfação do interesse público por outra via e apurar a inexistência de outro imóvel apto a atendê-lo.

Deverá verificar-se a compatibilidade do preço exigido com aquele de mercado. A Administração não poderá pagar preço ou aluguel superior ao praticado para imóveis similares.

A contratação depende, portanto, da evidenciação de três requisitos, a saber: a) necessidade de imóvel para desempenho das atividades administrativas; b) adequação de um determinado imóvel para satisfação do interesse público específico; c) compatibilidade do preço (ou aluguel) com os parâmetros de mercado.²

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2000.

No caso dos autos, o Tribunal Regional Eleitoral solicitou à Secretaria de Patrimônio da União que informasse a existência de algum imóvel que comportasse suas instalações, havendo recebido resposta negativa, conforme se vê às fls. 13 e 06 do Anexo I, vol. I.

Por outro lado, a própria destinação do imóvel já dá uma idéia do porte necessário, suficiente para acomodar os vários órgãos e servidores da instituição. O prédio, além do mais, deve ser exclusivo, requerendo administração própria, possibilitando estabelecer seu próprio horário de funcionamento, privilegiando ainda outros fatores, tal como segurança, sendo desaconselhável que divida suas instalações com terceiros.

Isto, evidentemente, se não chega a anular, significa limitar drasticamente a oferta de imóveis com condições de abrigar aquela egrégia Corte. Possível, assim, que a Administração, encontrando imóvel que lhe satisfaça, dispense a licitação, conforme lhe possibilita a Lei de Regência, desde que justifique a necessidade da aquisição e o preço não exceda ao de mercado.

Nesse processo de escolha, evidentemente, não se pode afastar o exercício de discricionariedade por parte da Administração, julgando ela própria aquilo que lhe pareça mais conveniente para instalar seus serviços. Apenas excessos claros e desvios legitimam a ação do Ministério Público Federal e do Judiciário, mas não podem estes substituir o administrador no julgamento do que é melhor ou suficiente para a finalidade a que se presta o imóvel.

No que tange à conveniência de adquirir o imóvel em questão, tenho como razoáveis as justificativas apresentadas pela Corte Eleitoral (176, Anexo I). A necessidade da aquisição está motivada à fl. 01, do Anexo I, vol. I. Nesses trinta e tantos anos em que o TRE ocupou o atual endereço, patente foi o crescimento da Justiça Eleitoral no Estado, com a criação de inúmeras zonas.

Por outro lado, situa-se o imóvel adquirido próximo à atual sede, facilitando o trânsito de documentos e pessoas. A alegada falta de estacionamento, por exemplo, não torna a compra ilegal. Poder-se-ia contra-argumentar que a localização do prédio facilita o acesso daqueles que não têm carro, uma

vez que o local é muito bem servido por linhas regulares de ônibus. De qualquer sorte, resvala para a discricionariedade saber qual das duas facilidades (estacionamento ou acesso do transporte público) deve ser priorizada.

O estado de conservação do prédio também não obsta a compra, tendo em vista que é refletido na avaliação e, por conseguinte, no preço a ser pago. Tampouco a insinuada ausência de conforto dos servidores poderia ser invocado, pois estaríamos adentrando mais uma vez no campo da discricionariedade - fl. 1.076.

É certo que o Poder Judiciário pode, em tese, desfazer o ato administrativo de compra de imóvel sem licitação, desde que não atendidos os requisitos exigidos por aquele dispositivo legal, quais sejam: 1º) as necessidades de instalação e localização não estejam demonstradas por ocasião da escolha da administração; 2º) o preço não seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia.

Quanto ao primeiro requisito, são insuficientes as ponderações subjetivas traçadas pelo autor da ação popular, como, por exemplo, a de que o estacionamento seria insuficiente ou mesmo a de que foram necessárias reformas para adaptação do imóvel.

Ressalto, inicialmente, que o assunto está inserido no âmbito da discricionariedade da administração. O Poder Judiciário somente poderia desconstituir a escolha, caso demonstrada evidente violação às formalidades legais.

Não é o caso dos autos. Há manifestação expressa da Diretoria-Geral do TRE, no sentido do atendimento das necessidades do serviço público. A administração da Corte, a quem compete a avaliação de oportunidade e conveniência, entendeu que o imóvel preenche as exigências para o seu funcionamento.

Saliente-se que o imóvel está localizado em área comercial nobre da cidade do Recife, facilmente localizável pelos usuários do serviço público, em artéria bem servida de transporte público, nas proximidades da antiga sede do órgão. Não salta aos olhos qualquer ilegalidade na escolha, que pudesse ensejar a atuação do Judiciário, no sentido de desconstituir a opção do administrador.

Finalmente, no que tange ao preço de mercado, o valor de R\$ 3.800.000,00 (três milhões e oitocentos mil reais) foi apurado em laudo realizado através da Caixa Econômica Federal, devidamente homologado pelo Secretário do Patrimônio da União, de acordo com a legislação que rege a espécie (Lei nº 9.636/98, art. 24; Decreto-Lei 9.760/46; Decreto 4.781/2003, art. 28, VIII e XV, e Orientação Normativa ON-GEADE-004, de 25.2.2003, aprovada pela Portaria nº 75, de 24.3.2003, do Secretário do Patrimônio da União).

Nada impede que a Caixa Econômica terceirize os procedimentos de avaliação de imóveis, uma vez que continuam realizados sob a sua supervisão, fiscalização e orientação.

Frise-se que o contrato de compra e venda que se pretende anular foi celebrado em 7 de agosto de 2003 por R\$ 3.683.500,00, preço inferior ao indicado na avaliação como sendo o valor de mercado.

Em resumo, o autor não logrou demonstrar, de modo concreto, a existência de qualquer lesão ao patrimônio público. Correta, assim, improcedência da ação popular que não atende aos requisitos do art. 2º da Lei nº 4.717/65.

Com tais considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 422.012-PE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelantes: MESBLA S/A, MOURA DUBEUX ENGENHARIA LTDA. E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS
Lit.Pass.: MESBLA VEÍCULOS LTDA.
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO ANDRÉ FERNANDES DUARTE E OUTROS E DIMITRI DINIZ MORENO E OUTROS

EMENTA: CIVIL E ADMINISTRATIVO. TERRENO DE MARINHA. AFORAMENTO. ALTERAÇÃO DO REGISTRO IMOBILIÁRIO.

- Ação ordinária promovida por particular com o objetivo de obter declaração de inexistência de relação jurídico-administrativa entre a União e terceiro, pleiteando, a partir daí, a alteração do registro imobiliário.

- A Justiça Federal é competente para julgar causa relativa a relação de aforamento prevista pelo Decreto-Lei nº 9.760/46, ainda que haja discussão sobre a titularidade do domínio útil (anulação de adjudicação) perante a Justiça do Trabalho.

- Não incide prescrição (Decreto nº 20.910/32, Lei nº 9.784/99 ou Código Civil) quando se discute suposto ato inexistente de transferência de aforamento, ou, ainda que admitida sua existência, não há prova suficiente do termo inicial nem da má-fé da parte supostamente beneficiada.

- Segundo o Decreto-Lei nº 9.760/46, a relação jurídico-administrativa de aforamento estabelecida entre a União e o particular foreiro surge da lei, quando essa estipule que certo imóvel é terreno de marinha, e é regulada pela SPU/GRPU. A averbação de nomes ou alteração de dados perante esse órgão, contudo, não é fato jurídico constitutivo de direitos reais, cujo surgimento ou extinção dependem, dentre outras hipóteses, da transcrição em Registro de Imóveis. Inteligência dos arts. 530 a 532 do Código Civil de 1916.

- A transcrição realizada perante o Registro de Imóveis prevalece sobre o cadastro do aforamento da SPU/GRPU, permanecendo válida e eficaz até que, por meio de ação anulatória do ato que lhe deu causa, seja cancelada. Aplicação dos arts. 1.245, §2º, 1.246 e 1.247 do Código Civil de 2002, bem como do art. 116 do Decreto-Lei nº 9.760/46.

- Apelações improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 19 de fevereiro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI -
Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Cuida-se de ação ordinária de retificação de dados no cadastro de imóveis aforados à União, proposta pela Mesbla S/A contra a União, Mesbla Veículos Ltda. e Moura Dubeux Engenharia Ltda. e distribuída à 1ª Vara Federal de Pernambuco.

Alega a autora haver adquirido o domínio útil do imóvel situado na Av. Cais de Santa Rita, 645, Bairro de São José, Recife, da empresa Wilson, Sons & Company Limited em 1954 (fls. 134/148). Afirma que, após isso, nunca transferiu a propriedade do bem à Mesbla Veículos Ltda., mas que esta última apenas requereu ao Serviço do Patrimônio da União -SPU, em 1989, a transferência de endereço de dois estabelecimentos de empresas coligadas (fl. 151).

Relata, no entanto, que em determinada época, por conta de erro do despachante das empresas, houve alteração no sistema de dados do SPU, quando passou a Mesbla Veículos Ltda. a constar como foreira do referido bem, consoante se observa em procedimento administrativo existente naquele órgão, com cópia nos autos (fl. 168).

A demandante afirma, ainda, que o imóvel referido foi arrematado, em execução trabalhista promovida exclusivamente contra a Mesbla Veículos Ltda. por José Alexandre Rufilo de Oliveira (proc. nº 83/94 - 2ª Vara do Trabalho de Recife), sendo arrematante a

Moura Dubeux Engenharia Ltda. (fl. 197). Nesse contexto, deduz que a mencionada alteração no sistema de dados do SPU possibilitou a transferência do aforamento em favor da última empresa.

Defende, por fim, o restabelecimento de sua condição de foreira, o que tornaria nula a transferência efetivada em favor da Moura Dubeux Engenharia Ltda.

Informa ainda que ajuizou ação anulatória na Justiça do Trabalho com o fito de anular a penhora e a arrematação do domínio útil do imóvel em questão, por entender que a alienação encontra-se eivada de nulidade (fls. 239/250). Além disso, outras duas ações similares teriam sido propostas na mesma Justiça do Trabalho por terceiros interessados (fls. 268/276 e 290/302), o que atesta, a seu ver, a irregularidade da transferência do domínio útil.

Requeru, ao final, os seguintes itens (fls. 13/14):

- a) a retificação de dados no cadastro de imóveis aforados à União, declarando-se a autora foreira do imóvel em tela;
- b) a declaração de que a Mesbla Veículos Ltda. nunca foi foreira do bem em questão;
- c) que seja ordenada ao Cartório de Registro de Imóveis do 1º Ofício a indisponibilidade da matrícula nº 57.381 até o julgamento final da ação;
- d) que a Moura Dubeux Engenharia Ltda. se abstenha de alterar a situação de fato do imóvel em apreço, com a proibição de qualquer construção/alienação, e a suspensão dos efeitos da certidão de transferência nº 31.425;
- e) por fim, que fosse determinado o cancelamento da transferência do imóvel feita entre a Mesbla Veículos Ltda. e a Moura Dubeux Engenharia Ltda.

Intimada para se manifestar sobre o pedido de tutela antecipada, a União informou que a Oficiala do Registro de Imóveis do 1º Ofício efetuou o registro de propriedade do imóvel nº 645 do Cais de Santa Rita em favor da Moura Dubeux Engenharia Ltda., em razão da existência de carta de arrematação e que, após o pagamento do laudêmio devido, a GRPU (antiga SPU) cadastrou o bem em nome da referida empresa, consoante estabelece o art. 3º do Decreto-Lei nº 2.398, de 1987. Esclarece, ainda, que deve preva-

lecer o registro imobiliário do domínio útil e não o cadastro da SPU/GRPU, pois este é atrelado ao primeiro, nos termos do art. 1.245, § 2º, do Código Civil de 2002 (fls. 374/376).

O pedido de tutela antecipada foi indeferido (fl. 385).

A Moura Dubeux Engenharia Ltda., em contestação (fls. 397/419), alega três questões preliminares:

a) a ocorrência de prescrição quinquenal da pretensão e de decadência do direito da Administração de rever os seus atos (art. 1º do Decreto nº 20.910/32 e art. 54 da Lei nº 9.784/99), visto que a parte autora insurge-se contra alterações ocorridas em 1989 e a ação foi ajuizada em 2005;

b) a ausência de legitimidade processual, face à confusão na representação da autora Mesbla S/A e a ré Mesbla Veículos Ltda. que, segundo procuração de fl. 15, são representadas pelo mesmo procurador Hamilton Ferreira Dantas;

c) a ausência de interesse processual da Mesbla S/A em promover a retificação e eventual desconstituição da transferência do domínio útil, pois, segundo o contrato social de fls. 463/466, a autora seria detentora de 90% do capital da Mesbla Veículos Ltda.

No mérito, a Moura Dubeux afirma haver adquirido o domínio útil do imóvel de forma lícita, através de arrematação judicial na Justiça do Trabalho em ação movida contra a Mesbla Veículos Ltda., sendo a autora a sócia quotista majoritária desta última e fazendo ambas parte de um mesmo grupo econômico. Desse modo, conclui que a pretendida alteração de registro do aforamento perante a GRPU não alteraria a aquisição perpetrada. Nesse ponto, suporta-se na decisão proferida pela Justiça do Trabalho em sede de ação cautelar, na qual se julgou improcedente o pedido da autora.

A ré Mesbla Veículos Ltda., por seu turno (fls. 864/866), asseverou que sempre se manteve na posição de locatária, e nunca adquirente, do imóvel descrito na inicial, ocorrendo mudança do seu escritório do imóvel nº 497 para o questionado imóvel nº 645 do Cais de Santa Rita, consoante deliberação registrada em ata. Repete, em síntese, a tese da autora Mesbla S/A de que nunca ocorreu a transferência de aforamento entre ambas, sendo tal fato

provocado por erro do despachante das empresas na redação de petição administrativa. Por não se sentir vinculada à causa nem assumir qualquer ligação com o imóvel, requereu a sua exclusão da lide ou, alternativamente, que passe a compor o pólo ativo da lide, por concordar com todos os termos da presente ação.

Intimado para se manifestar, o Ministério Público Federal ofereceu parecer de fls. 899/906. De início, conclui que, nos termos da procuração de fl. 15, o advogado Hamilton Ferreira Dantas não detinha poderes para substabelecer o mandato, pelo que seria necessário sanear a irregularidade. Afasta a preliminar de ausência de interesse sob o argumento de não haver deliberação registrada em ata entre a Mesbla S/A e a Mesbla Veículos Ltda. sobre a transferência de titularidade do domínio útil, mas apenas sobre a mudança de endereço. Rechaça, ainda, a alegação de prescrição, em face da inexistência de ato formal de alteração do aforamento e de comunicação expressa do fato à autora.

No mérito, o MPF opina pelo reconhecimento de um dos pedidos da autora, qual seja, o de que a Mesbla Veículos Ltda. nunca foi foreira do imóvel nº 645 do Cais de Santa Rita, tendo em vista a inexistência de qualquer ato administrativo nesse sentido. Ressalta, contudo, que tal fato não pode modificar a decisão judicial que determinou a arrematação do domínio útil do bem em favor da Moura Dubeux, pelo que esse ato jurídico só pode ser combatido no âmbito da Justiça do Trabalho.

Em sua sentença (fls. 911/921), o Juiz Federal Roberto Wanderley Nogueira afastou a preliminar de ilegitimidade por ter a Mesbla S/A sanado o vício de representação com nova procuração (fl. 908) e terem ela e a Mesbla Veículos Ltda. advogados distintos, apesar do Diretor-presidente ser o mesmo. Afastou também a preliminar de ausência de interesse, adotando a tese proposta pelo MPF. Do mesmo modo, deixou de reconhecer a prescrição em virtude de não se ter certeza sobre o momento preciso da alteração do registro, além do que não haveria prejuízo à Fazenda Pública que levasse à aplicação do Decreto nº 20.910/32.

No mérito, o magistrado de 1º grau posicionou-se pela procedência parcial do pedido autoral para declarar, tão-somente, que a litisconsorte Mesbla Veículos Ltda. nunca foi foreira do imóvel nº

645 do Cais de Santa Rita, nem ocorreu entre elas a transferência do domínio útil. Apesar disso, considerou que a retificação dos dados na GRPU e demais pedidos são inviáveis neste momento por conta da decisão da Justiça do Trabalho que determinou a arrematação do domínio útil do bem em favor da Moura Dubeux, já que, segundo o art. 1.227, *caput* e § 2º, do Código Civil, a aquisição de direitos reais dá-se pela transcrição no registro imobiliário. Observa, por fim, que, além do óbice processual representado pela decisão vigente da Justiça do Trabalho, o art. 2º, §2º, da CLT protegeria os credores e terceiros no caso de grupos econômicos entre empresas controladoras (Mesbla S/A) e controladas (Mesbla Veículos Ltda.).

Por inconformadas, apelaram a Mesbla S/A, a Moura Dubeux Engenharia Ltda. e a União.

A Mesbla S/A, em seu recurso de fls. 933/944, reitera que a sentença deve ser reformada no que se refere aos efeitos da declaração de inexistência de relação jurídica entre ela e a União. Alega, em síntese, que, se a Mesbla Veículos Ltda. nunca foi foreira do imóvel em questão, a transferência do aforamento é nula de pleno direito. Aduz, ainda, a existência de indícios de fraude no processo administrativo de transferência e a inexistência de vínculo entre a presente ação, que tramitou perante a Justiça Federal, e aquela que ora prossegue na Justiça do Trabalho, em que se pleiteia a anulação da arrematação do imóvel.

A Moura Dubeux Engenharia Ltda., por seu turno, apela com o objetivo de ver reconhecida a prescrição do direito de questionar a transferência do aforamento, pois, a seu ver, não se pode alegar que a Mesbla S/A não conhecia a alteração do nome do foreiro na SPU. Sustenta, ainda, que as duas empresas tinham conhecimento da mudança e, por comporem o mesmo grupo societário, não podem opor tal fato como empecilho à alienação imobiliária. Requer, por isso, o acolhimento das preliminares de prescrição e ausência de interesse processual e, caso estas sejam superadas, a reforma da sentença para reconhecer como legítima a transferência de titularidade do domínio útil entre ela, apelante, e o grupo econômico formado pela Mesbla S/A e Mesbla Veículos Ltda. (fls. 955/966).

Por fim, a União Federal apela às fls. 983/991 e traz, como

primeira alegação, a incompetência da Justiça Federal para julgar a demanda. Afirma que a competência é da Justiça do Trabalho, na qual se processa ação anulatória da arrematação do imóvel, o que atrairia a discussão sobre a titularidade do domínio útil. Reitera, ainda em preliminar, a tese de prescrição da pretensão autoral. Já no mérito, sustenta que a desconsideração da relação de enfiteuse está atrelada à anulação do registro imobiliário, pelo que não haveria interesse na declaração pleiteada pela Mesbla S/A.

Subindo-me os autos conclusos por distribuição, constatei que o julgamento dependia da obtenção de documentos ainda não trazidos aos autos, bem como do esclarecimento de questões de representação processual envolvendo a Mesbla S/A e a Mesbla Veículos Ltda. Quanto aos documentos, foram requeridas as seguintes peças (fls. 1003/1004):

- a) cópia da petição da Mesbla Veículos Ltda. no processo administrativo do imóvel em questão perante a SPU, supostamente datada de 18/10/1989 e mencionada às fls. 168/169 destes autos;
- b) sentença ou acórdão transitado em julgado que deu ensejo à execução na Reclamação Trabalhista nº 02.004.00083/94 (José Alexandre Rufilo de Oliveira x Mesbla Veículos Ltda.);
- c) certidão narrativa, andamento processual e/ou sentença das 03 (três) ações anulatórias em trâmite na Justiça do Trabalho, quais sejam: processo nº 00762-2004-013-06-00-1 (Mesbla S/A), processo nº 00207-2005-002-06-00-7 (Valdemir José de Barros e outros); e, por fim, processo de número desconhecido, cujo autor é José Correia de Andrade Filho (fl. 268); e
- d) certidão narrativa e/ou cópia atual da escritura pública do imóvel em litígio, matriculado sob o nº 57.381 (fl. 363), a ser obtida perante o 1º Cartório de Registro de Imóveis de Recife/PE.

Em resposta, a Mesbla S/A juntou aos autos cópias da petição administrativa e de acórdão do TRT da 6ª Região no processo supramencionado, além de outros documentos não solicitados (fls. 1.008/1.036), deixando de apresentar as certidões narrativas requeridas.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO (PRELIMINAR)

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Após a leitura do relatório e antes de adentrar ao mérito, cabe-me apreciar as preliminares suscitadas pela Moura Dubeux Engenharia Ltda. e pela União Federal em suas apelações, separando-as em tópicos.

a) incompetência da Justiça Federal para o julgamento da causa

A União sustenta que esta Justiça Federal não é competente para processar e julgar a ação declaratória da Mesbla S/A. Alega, em síntese, que a discussão travada perante a Justiça do Trabalho sobre a nulidade do ato de arrematação do imóvel nº 645 do Cais de Santa Rita atrairia a competência para ações referentes à titularidade do domínio útil, como a presente. Por essa razão, entende essa apelante que este feito deva ser remetido à Justiça do Trabalho para que se promova o julgamento conjunto das ações.

Apesar de reconhecer certa plausibilidade no argumento trazido pela União, entendo que sua preliminar não deve ser acolhida.

Como se pode perceber da leitura do relatório, existe relação entre esta ação declaratória, que discute a correção dos registros da SPU/GRPU sobre o aforamento de imóvel, e outras 3 (três) ações anulatórias que, perante a Justiça do Trabalho, questionam a legitimidade de arrematação de imóvel da Mesbla Veículos Ltda. promovida pela Moura Dubeux. Ocorre, todavia, que o vínculo entre ambas não é tão forte a ponto de que se desconsidere o interesse da União na lide, já que se trata de relação jurídico-administrativa de aforamento perturbada por suposto erro de registro.

Ademais, não há prejudicialidade entre esta ação e aquelas em trâmite na Justiça do Trabalho. Como se perceberá ao longo deste julgamento, existe uma distinção clara de objetos e causa de pedir entre elas, sendo este feito restrito à discussão sobre a declaração de existência do aforamento entre a União e a Mesbla

Veículos Ltda., enquanto as demais ações cuidam, pelo que consta dos autos, da possibilidade de arrematação de bem de outra empresa pertencente ao mesmo grupo econômico em relação de responsabilidade solidária (vide cópia da inicial da Mesbla S/A, fls. 245/249). Se é possível resolver cada uma separadamente, sendo a divisão de objetos um dos pontos-chave para o deslinde desta causa, inexistente razão para o deslocamento da competência neste momento do processo. Supero, portanto, a primeira preliminar.

b) ausência de interesse processual da autora Mesbla S/A

A Moura Dubeux reitera, em sua apelação, a preliminar de ausência de interesse processual da autora Mesbla S/A em ajuizar a ação contra a Mesbla Veículos Ltda., da qual detém 90% (noventa por cento) do capital social. Haveria, com isso, um notório conflito de interesses entre a representação de ambas, pois as duas empresas comporiam o mesmo grupo econômico e seria impossível que figurem como autora e ré da mesma ação, em prejuízo da União e da Moura Dubeux.

A princípio, a situação processual das empresas pareceu-me confusa, o que me levou a pedir esclarecimentos ao respectivo procurador sobre a regularidade da representação (fls. 1.003/1.004). Isso porque, de fato, a Mesbla S/A é sócia majoritária da Mesbla Veículos, pelo que têm o mesmo Diretor-Presidente e representante judicial. O advogado Hamilton Ferreira Dantas apenas substebeceu seus poderes aos advogados Francisco André Fernandes Duarte e Paula Cristiane Vieira de Melo para representar em juízo a Mesbla S/A e a Mesbla Veículos, respectivamente.

Caso a ré Mesbla Veículos oferecesse oposição real e apresentasse argumentos contrários à manifestação autoral, haveria claro indício de conluio entres as partes, haja vista ser ela controlada pela Mesbla S/A; incontestemente, nessa hipótese, a falta de interesse.

Entretanto, a ré Mesbla Veículos deixou claro, em sua resposta (fls. 804/806), que não se opõe ao pedido, tendo pleiteado desde logo sua inclusão no pólo ativo da lide. Muito embora tal questão processual não tenha sido apreciada em 1º grau, é evidente que, com ou sem razão, as duas empresas pretendem utilizar a decla-

ração do suposto erro no registro perante a SPU/GRPU como argumento para desconstituir a arrematação de imóvel na Justiça do Trabalho. Assim, são ambas integrantes, de fato, do pólo ativo, enquanto no pólo passivo estão a União, como responsável pela transferência indevida da titularidade do aforamento, e a Moura Dubeux, enquanto terceira diretamente prejudicada pelo fato alegado.

Assim, deve ser a preliminar afastada, embora sob a condição de ser a Mesbla Veículos Ltda. considerada como litisconsorte ativa nesta ação declaratória.

c) prescrição do direito de questionar a transferência do domínio útil

As apelantes Moura Dubeux e União defendem que o direito da Mesbla S/A de pleitear a retificação dos registros públicos de aforamento do imóvel nº 645 do Cais de Santa Rita está prescrito, pois a transferência irregular para o nome da Mesbla Veículos Ltda. teria ocorrido em 1989, mais de 15 (quinze) anos antes da propositura desta ação. Pedem, nesse contexto, que sejam aplicados o art. 1º do Decreto nº 20.910/32 ou o art. 54 da Lei nº 9.784/99 para que seja extinta a ação, nos termos do art. 269, IV, do CPC.

Também esta preliminar não deve prosperar. Isso porque o argumento trazido pelos apelantes traz de modo implícito uma conclusão que, a meu ver, não pode ser admitida neste caso, qual seja, a de que o ato administrativo de transferência de aforamento é existente, e não apenas aparente.

Tal conclusão tem relação específica com as consequências da declaração da prescrição. Se ela for admitida, estar-se-á indiretamente afirmando que em 1989 houve uma transferência *ex officio* de aforamento entre a Mesbla S/A e a Mesbla Veículos Ltda., provocada por erro no preenchimento de uma petição administrativa. Ora, nem o Decreto-Lei nº 9.760/46 nem o Decreto-Lei nº 2.398/87, com suas respectivas alterações, permitiriam a convalidação desse ato administrativo manifestamente impróprio, até porque não há previsão legal para que a União, por conta própria e sem as devidas comunicações, altere o foreiro nessa relação especial de enfiteuse. Haveria, portanto, um ato inexistente, que apenas por sua aparência gerou o atual litígio.

Além disso, o aforamento é uma relação jurídico-administrativa incidente sobre direito real, na qual está claro que a União detém a nua-propriedade e ao foreiro resta apenas a titularidade sobre o domínio útil, registrada em cartório imobiliário. Por essa razão, a prescrição para questionar atos administrativos não pode incidir para, sem qualquer benefício para a União, tornar existente uma relação inexistente desde seu aparente surgimento. Em outras palavras, não há prescritibilidade para o ato inexistente que supostamente transfere o registro de titularidade do domínio útil se tal possibilidade não consta do ordenamento jurídico e, ressaltado, não houve qualquer benefício ou prejuízo para a Administração.

Trata-se, a meu ver, de situação análoga ao do usucapião em terrenos de marinha: a jurisprudência não permite a transferência de propriedade sob essa forma justamente por ser impossível tal reconhecimento em face da enfiteuse administrativa, pelo que a aquisição do título pelo advento de condição temporal seria um ato jurídico inexistente (AC nº 378.854/PE, Rel. Margarida Cantarelli, DJ 12/11/2007). Por esse motivo, entendo não incidir a prescrição quinquenal do Decreto nº 20.910/32 ou da Lei nº 9.784/99 ao caso, sendo tal fato imune, também, às demais hipóteses de prescrição estipulada no Código Civil.

Caso não se concorde com essa linha de argumentação, reporto-me aos argumentos trazidos pelo MPF em seu parecer, que, por outro percurso, também rechaça a preliminar. Com efeito:

Alega a Moura Dubeux Engenharia Ltda. que teria ocorrido no caso a prescrição da pretensão da autora, bem como a decadência do direito de a administração rever os seus atos, uma vez que se insurge contra alterações de dados ocorridas em 1995, ou seja, há mais de cinco anos. Todavia, observa-se dos autos administrativos que não houve no caso um ato formal que determinasse a alteração de titularidade do domínio útil do imóvel em questão, operada no sistema de dados da GRPU e, em consequência, não houve qualquer comunicação à parte autora do aludido ato, que inexistiu, de modo que não há que se falar em marco inicial do prazo prescricional ou da decadência administrativa. Não há, nem mesmo, como saber exatamente quando a alteração no sistema de dados ocorreu. (Fl. 905)

Seja por um ou por outro argumento, a prescrição não pode ser identificada no caso concreto, visto que o ato que lhe teria dado origem é inexistente ou, em último caso, não haveria como provar o momento exato de sua ocorrência e, ainda, má-fé da autora Mesbla S/A ou da litisconsorte Mesbla Veículos Ltda. que concorresse para sua prática.

Ante o exposto, dou por superadas as preliminares.

É como voto.

VOTO (MÉRITO)

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Superadas as preliminares, passo ao exame de mérito.

Antes, todavia, de apreciar as teses elencadas pelas apelantes e o teor da sentença proferida em 1º grau, cabe-me registrar uma distinção de suma importância para o deslinde do processo. Trata-se de delimitar qual o objeto possível para esta ação declaratória, tendo em vista a natureza jurídica das relações que envolvem a Mesbla S/A, a União, a Moura Dubeux Engenharia Ltda. e a Mesbla Veículos Ltda.

Como exaustivamente descrito no relatório, o litígio tem origem na relação de aforamento existente desde 1954 entre a Mesbla S/A e a União Federal com referência ao imóvel nº 645 do Cais de Santa Rita, enquadrado legalmente como terreno de marinha e submetido a regime administrativo especial.

É sabido que, para os chamados terrenos de marinha, foi adotado pelo direito administrativo brasileiro o antiquíssimo modelo jurídico da enfiteuse, com as devidas adaptações descritas no Decreto-Lei nº 9.760/46 e em outros dispositivos. Sem maiores digressões doutrinárias e históricas, basta lembrar que, nessa hipótese, existe uma *limitação de direito real imobiliário*.

A União, enquanto pessoa jurídica de direito público, detém a *nua propriedade* ou *domínio direto* do bem imóvel, assumindo a posição de senhorio nessa relação enfiteutic especial. Em paralelo a esse direito limitado, embora inquestionável, da nua propriedade, surge o particular que detém o *domínio útil* do bem imóvel e

ocupa o posto de *enfiteuta* ou *foreiro*. A União beneficia-se principalmente com o recebimento periódico do foro e laudêmios, nos termos da legislação administrativa própria; o particular, por seu turno, exerce todos os privilégios inerentes ao proprietário (uso, gozo, fruição), embora, de direito, não o seja. Não há, aí, qualquer informação desconhecida.

Segundo o Decreto-Lei nº 9.760/46, a relação jurídico-administrativa de aforamento estabelecida entre a União e o particular foreiro surge da lei, quando essa estipule que certo imóvel é terreno de marinha, e é regulada pela Secretaria de Patrimônio da União (SPU), hoje conhecida como Gerência Regional do Patrimônio da União (GRPU). A esse órgão do Poder Executivo cabe, como seu nome indica, gerir e regular os bens da União, com natureza cartorial e de registro.

Nesse ponto está a solução para o problema desta ação declaratória: *a averbação de nomes ou alteração de dados na SPU/GRPU não é fato jurídico constitutivo de direitos reais, mas apenas um serviço administrativo de controle e fiscalização*. Ou seja, os direitos sobre bens imóveis sujeitos a limitações mútuas, como é o caso da hipoteca, usufruto e, mais especialmente, da enfiteuse especial denominada de "aforamento" pelo Decreto-Lei nº 9.760/46, surgem, transferem-se e extinguem-se por meio das formas previstas pelo Código Civil, dentre as quais figura com destaque a *transcrição em registro imobiliário*, registro esse que não se confunde com o *registro administrativo de imóveis da União*, que é mero serviço informativo da Administração sob a guarda da SPU/GRPU.

Visto que o caso em comento supostamente ocorreu em 1989, trago os dispositivos do Código Civil de 1916 que tratavam da matéria, ressaltando que a regulação sobre a aquisição de propriedade pode ser aplicada para aquisição de direito real limitado, ou seja, do domínio útil de imóvel. Segue o texto:

Art. 530. Adquire-se a propriedade imóvel:

- I - pela transcrição do título de transferência no Registro do Imóvel;
- II - pela acessão;
- III - pelo usucapião;
- IV - pelo direito hereditário.

Art. 531. Estão sujeitos à transcrição, no respectivo Registro, os títulos translativos da propriedade imóvel, por ato entre vivos.

Art. 532. Serão também transcritos:

I - os julgados, pelos quais, nas ações divisórias, se puser termo à indivisão;

II - as sentenças, que, nos inventários e partilhas, adjudicarem bens de raiz em pagamento das dívidas de herança;

III - a arrematação e as adjudicações em hasta pública.

Não se tratando, evidentemente, de qualquer das outras hipóteses elencadas no art. 530 do antigo Código, é claro que a transcrição de adjudicação em hasta pública firmada perante o 1º Cartório de Registro de Imóveis do Recife/PE, tendo como adjudicante a Moura Dubeux Ltda., prevalece sobre as anotações da SPU/GRPU, independentemente de sua correção ou dos erros administrativos que contenha.

Frise-se que a ação foi ajuizada em 2005, após a entrada em vigor do Novo Código Civil. Este diploma legal, em seus arts. 1.245 a 1.247, apenas explicitou o que já se poderia deduzir da antiga redação, mencionando, ainda, a hipótese de anulação de registros.

Observe-se, quanto a isso, o art. 1.247: "Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule". Foi exatamente o que fez a Mesbla S/A perante a Justiça do Trabalho, ao pugnar pela anulação do ato judicial de adjudicação empreendido contra direito real de sua titularidade (o domínio útil do imóvel nº 645) em nome da Moura Dubeux (fl. 243 e ss.).

Sobre a hipótese incidem os esclarecimentos dos arts. 1.246 e 1.245, § 2º, assim redigidos:

Art. 1.246. O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.

Art. 1.245. (...)

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo can-

celamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Conjugando-se todos os dispositivos e partindo do pressuposto de que a atual titularidade do domínio útil do imóvel nº 645 pertence à Moura Dubeux por força de ato judicial de adjudicação originário da Justiça do Trabalho (fl. 197), a conclusão é simples: o direito ao domínio útil só retornará para a Mesbla S/A se esta, ou qualquer terceiro interessado, obtiver, na mesma Justiça do Trabalho, a anulação da adjudicação para que seja cancelada por invalidade a alteração de registro imobiliário. Enquanto isso, e nos termos do mencionado § 2º do art. 1.245, a Moura Dubeux continua a ser dona, ou melhor, titular do domínio útil do imóvel nº 645 do Cais de Santa Rita, cuja nua propriedade nunca deixou de pertencer à União.

Caso ainda restem dúvidas quanto à prevalência do registro do Cartório de Imóveis sobre aqueles constantes na SPU/GRPU, confira-se o art. 116 do Decreto-Lei nº 9.760/46:

Art. 116. Efetuada a transação e transcrito o título no Registro de Imóveis, o adquirente, exibindo os documentos comprobatórios, deverá requerer, no prazo de 60 (sessenta) dias, que para o seu nome se transfiram as obrigações enfiteúicas.

§ 1º A transferência das obrigações será feita mediante averbação, no órgão local do S.P.U., do título de aquisição devidamente transcrito no Registro de Imóveis, ou, em caso de transmissão parcial do terreno, mediante termo.

A legislação de cunho administrativo apenas prevê o que já se poderia deduzir por outros meios: para a transferência do domínio útil, primeiro há a transcrição no Registro de Imóveis para, só depois, ocorrer a averbação dos dados perante a SPU/GRPU.

Após esse exame da legislação incidente sobre o caso, entendendo que deve ser mantida a sentença de 1º grau.

Isso porque, de fato, a Mesbla Veículos Ltda. nunca foi a foreira do imóvel nº 645 do Cais de Santa Rita, pois essa posição foi ocupada desde 1954 pela Mesbla S/A. Tal declaração, contudo, não pode produzir quaisquer efeitos atuais, a não ser a hoje impossível pretensão da Mesbla Veículos Ltda. em pleitear a devolu-

ção dos foros pagos desde a troca indevida dos nomes nos idos de 1989, ou uma ainda mais esdrúxula ação de indenização contra o responsável pelo erro.

Os demais pedidos (retificação dos dados perante a SPU/GRPU e alteração da matrícula do imóvel) são improcedentes, *pelo simples fato de ser a Moura Dubeux titular do domínio útil e, portanto, foreira do imóvel em litígio até que a Justiça do Trabalho anule, se assim decidir, o ato judicial que determinou a adjudicação do bem em seu nome.*

Ou seja, a presente ação não se presta para os demais objetivos almejados pela Mesbla S/A, pouco importando, nesta instância de jurisdição federal comum, os motivos ou fundamentos da adjudicação de bem da apelante por dívida da Mesbla Veículos Ltda., supostamente integrante do mesmo grupo econômico (art. 2º, § 2º, da CLT - fl. 920). Apenas a título de informação, ressalto que, apesar de intimada especificamente para tal fim (fls. 1.003/1.004), a Mesbla S/A não mencionou o andamento de nenhuma das ações anulatórias indicadas em sua petição inicial, o que me leva a crer que, até o momento, o registro imobiliário em nome da Moura Dubeux permanece válido.

Ante o exposto, nego provimento às apelações.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 429.025-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBIRATAN DE COUTO MAURICIO (CONVOCADO)
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: ANA DE OLIVEIRA LINHARES E OUTROS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. ANA VIRGINIA BELFORT CAVALCANTI WLASSAK E OUTROS (APDOS.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. CERTIDÃO DE CASAMENTO.

PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. PERÍODO DE CARÊNCIA. ART. 143 DA LEI 8.213/91. INEXIGIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 6.899/81 E LEGISLAÇÃO POSTERIORES. SÚMULA 71 - EXTINTO TFR. INAPLICABILIDADE. JUROS DE MORA. FIXAÇÃO EM 1% AO MÊS A CONTAR DA CITAÇÃO. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO DO VALOR.

- O juiz, em conformidade com o art. 131 do CPC, é livre para apreciar a prova dos autos, devendo decidir de acordo com o seu livre convencimento, desde que motivando suas decisões.

- Não se pode desprezar a prova testemunhal, quando, na maioria das vezes, é o único meio de que se dispõe para provar determinado fato, cabendo ao magistrado a apreciação da sua idoneidade e força probante.

- “A qualificação profissional de lavrador ou agricultor do marido constante dos assentamentos de registro civil, é extensível à esposa, e constitui indício aceitável de prova material do exercício da atividade rural” (STJ, REsp 272.365/SP).

- Inexistindo nos autos, quanto aos documentos apresentados (ANA DE OLIVEIRA LINHARES: Certidão de Casamento; Ficha de inscrição e Declaração de Exercício de atividade Rural do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Guariacaba do Norte - CE, qualificando-a como trabalhadora rural, Carteira do Sindicato e recibos de pagamentos feitos ao mesmo; Contribuição Sindical Rural/Confederativa - Agricultor Familiar/ CONTAG no nome da Autora; Imposto Sobre a propriedade territorial Rural/ITR e Certificado de Cadastro de Imóvel Rural/ CCIR do proprietário da terra; FRANCISCA DE MATOS PONTES: Certidão de Casamento; Ficha de inscrição e Declaração de Exercício de atividade Rural do

Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Guaraçiaba do Norte/ CE, qualificando-a como trabalhadora rural, Carteira do Sindicato e recibos de pagamentos feitos ao mesmo; Contribuição Sindical Rural/Confederativa - Agricultor Familiar/ CONTAG no nome da Autora; Imposto Sobre a propriedade territorial Rural/ITR e Certificado de Cadastro de Imóvel Rural/CCIR do proprietário da terra; FRANCISCA MAGALHÃES DE FREITAS: Certidão de Casamento; Ficha de inscrição e Declaração de Exercício de atividade Rural do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Guaraçiaba do Norte/CE, qualificando-a como trabalhadora rural, Carteira do Sindicato e recibos de pagamentos feitos ao mesmo; Contribuição Sindical Rural/Confederativa - Agricultor Familiar/ CONTAG no nome da Autora; Imposto Sobre a propriedade territorial Rural/ITR e Certificado de Cadastro de Imóvel Rural/CCIR do proprietário da terra) qualquer incidente de sua falsidade, nem mera alegação, indícios de que a prova documental tenha sido obtida por erro, dolo ou coação, tampouco notícia de pedido de desentranhamento de documento, deve-se ter a prova documental apresentada como válida.

- Sendo o segurado especial, não existe período de carência nos termos do art. 143, II, da Lei nº 8.213/91 bem como, nos termos dos arts. 55 e 96 da referida LBPS, necessidade de comprovação de pagamento de contribuições referente a tempo de serviço de segurado trabalhador rural. A alteração do art. 143 da Lei 8.213/91 pela Lei 9.063/95, não passou a exigir a carência em termos de contribuição, mas, tão-somente, em termos de comprovação da atividade rural em número de meses idêntico à carência do referido benefício, o que in casu, restou suprida pelas provas constantes dos autos.

- Tratando-se de dívida de valor, em face do ca-

ráter alimentar da verba, a correção monetária há de ser aplicada de forma plena, desde o seu vencimento (RE 76.653-RS, STJ, Rel. Min. Edson Vidigal) aplicando-se à hipótese a Lei 6.899/81. Pacífica a jurisprudência no sentido de não ser mais aplicado a Súmula 71 do extinto TFR, após a edição da Lei 6.899/81.

- Os juros de mora não de ser fixados em 1% ao mês, nos termos requeridos no Recurso Adesivo, conforme reiterada jurisprudência do STJ, incidindo a partir da citação nos termos da Súmula 204 - STJ.

- Não cuidando a hipótese de matéria de natureza tributária é de afastar-se a aplicação da taxa SELIC. Precedentes. Conselho da Justiça Federal.

- Manutenção da verba honorária fixada na sentença em 10% sobre o valor da condenação (Súmula 111 do STJ).

- Apelação improvida e Remessa Oficial parcialmente provida, para afastar a taxa SELIC e aplicar a Súmula 111 do STJ.

ACÓRDÃO

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

Recife, 20 de novembro de 2007 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBIRATAN DE COUTO MAURICIO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBIRATAN DE COUTO MAURICIO (Convocado):

Cuida a hipótese de apelação do INSS da sentença da lavra

do MM. Juiz José Maximiliano Machado Cavalcanti, Juiz Federal da 18ª Vara-CE, que julgou procedente o pedido desta ação, reconhecendo que as autoras preenchem os requisitos à obtenção da aposentadoria rural e, conseqüentemente, condenando o INSS na obrigação de conceder aposentadoria rural por idade às requerentes, retroativamente às datas dos requerimentos administrativos.

Condenou ainda a autarquia-ré no pagamento das parcelas vencidas retroativas a 29.06.1998, 03.06.1998 e 14.04.1998, em relação a Ana de Oliveira Linhares, Francisca Magalhães de Freitas e Francisca de Matos Pontes, respectivamente, mediante RPV ou precatório, corrigidas monetariamente segundo o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal e acrescidas dos juros de mora à razão de 1% ao mês, a contar da citação, até a entrada em vigor do novo Código Civil e, daí em diante, taxa SELIC, com dupla natureza jurídica (juros e correção monetária).

Por fim, fixou os honorários advocatícios em 10% sobre o valor das parcelas vencidas.

Em suas razões de apelo, o INSS sustenta a necessidade de início de prova material, a impossibilidade da decisão proferida retroagir a período anterior à respectiva propositura da demanda e o arbitramento dos honorários advocatícios em, no máximo, 5% sobre as parcelas vencidas.

Sem contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL UBIRATAN DE COUTO MAURICIO (Relator Convocado):

Insurge-se a presente apelação contra a decisão singular que julgou procedente o pedido deduzido na exordial de concessão de aposentadoria previdenciária rural.

A questão dos presentes autos gira em torno das provas deduzidas no curso processual e sua validade, o qual passo a analisar.

É certo que o art. 106 da Lei 8.213/91, com a nova redação dada pela MP 598, de 31 de agosto de 1994, convertida que foi na Lei 9.063/95, estabelece que:

Art. 106. Para a comprovação do exercício de atividade rural será obrigatória, a partir de 16.04.94, a apresentação da Carteira de Identificação e Contribuição - CIC referida no § 3º do art. 12 da Lei 8.212, de 24.07.91.

Parágrafo único - A comprovação do exercício de atividade rural referente a período anterior a 16.04.94, observado o disposto no § 3º do art. 55 desta Lei, far-se-á alternativamente através de:

I - contrato individual de trabalho ou Carteira de Trabalho e Previdência Social;

II - contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural;

III - declaração do sindicato de trabalhadores rurais, desde que homologada pelo INSS;

IV - comprovante do cadastro do INCRA, no caso de produtores em regime de economia familiar;

V - bloco de notas do produtor rural.

In casu, analisando os autos verifica-se que foram acostados à exordial cópias dos seguintes documentos:

ANA DE OLIVEIRA LINHARES: Certidão de Casamento; Ficha de inscrição e Declaração de Exercício de atividade Rural do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Guaraciaba do Norte-CE, qualificando-a como trabalhadora rural, Carteira do Sindicato e recibos de pagamentos feitos ao mesmo; Contribuição Sindical Rural/Confederativa - Agricultor Familiar (CONTAG) no nome da autora; Imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR) e Certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR) do proprietário da terra.

FRANCISCA DE MATOS PONTES: Certidão de Casamento; Ficha de inscrição e Declaração de Exercício de atividade Rural do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Guaraciaba do Norte-CE, qualificando-a como trabalhadora rural, Carteira do Sindicato e recibos de pagamentos feitos ao mesmo; Contribuição Sindical Rural/Confederativa - Agricultor Familiar (CONTAG) no nome da autora; Imposto Sobre a propriedade territorial rural (ITR) e Certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR) do proprietário da terra.

FRANCISCA MAGALHÃES DE FREITAS: Certidão de Casamento; Ficha de inscrição e Declaração de Exercício de atividade Rural do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Guaraciaba do Norte-CE, qualificando-a como trabalhadora rural, Carteira do Sindicato e recibos de pagamentos feitos ao mesmo; Contribuição Sindical Rural/Confederativa - Agricultor Familiar (CONTAG) no nome da autora; Imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR) e Certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR) do proprietário da terra.

As Certidões de Casamento, constantes dos autos, fazem-se presentes, como início de prova material, onde consta que seu cônjuge é agricultor, por ser comum, no meio rural, à mulher, ainda que conste de tal certidão, a qualificação de "doméstica", ou, ainda, "do lar", exercer a atividade rural juntamente com o marido.

Por esta razão, a Jurisprudência, inclusive do STJ, vem admitindo dita Certidão de Casamento como início de prova material, conforme se vê dos julgados cujas ementas são transcritas:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. PROVA MATERIAL. CERTIDÃO DE CASAMENTO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO NA ESTEIRA DE SÓLIDA JURISPRUDÊNCIA. DÍSSÍDIO PRETORIANO NÃO COMPROVADO.

1. Na esteira de sólida jurisprudência da 3ª Seção (cf. EREsp nºs 176.089/SP e 242.798/SP), afasta-se a incidência da Súmula 07/STJ para conhecer do recurso. A qualificação profissional de lavrador ou agricultor do marido constante dos assentamentos de registro civil é extensível à esposa, e constitui indício aceitável de prova material do exercício da atividade rural, corroborada com os depoimentos testemunhais.

2. Divergência jurisprudencial não comprovada a teor do art. 255 e parágs. do RISTJ.

3. Recurso conhecido, nos termos acima expostos, e neste aspecto, provido para, reformando o v. acórdão de origem, restabelecer a r. sentença monocrática que julgou procedente o pedido da autora, em todos os seus termos.

(STJ, 5ª Turma, REsp 272.365/SP, Rel. Min. Jorge Scartezini, unânime, DJ 12/03/2001, p. 169)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. CERTIDÃO DE CASAMENTO. PROFISSÃO. SOLUÇÃO *PRO MISERO*. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE.

1. A qualificação profissional como lavrador, agricultor ou rurícola, constante de assentamentos de registro civil constitui em INÍCIO DE PROVA MATERIAL para fins de averbação de tempo de serviço e de aposentadoria previdenciária, e é extensível à esposa, adotando, nessa hipótese, a solução *pro misero*. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça (Resp nº 272.365/SP e AR nº 719/SP) e desta Corte (EIAC 1999.01.00.089861-6-DF).

(TRF 1ª Região, AC 01990018705, Rel. Juiz Amílcar Machado, unânime, DJ 04/03/2002, p. 59).

Ainda do exame dos autos, verifica-se que inexistente, quanto aos documentos, qualquer incidente de sua falsidade nem mera alegação, o que já seria suficiente para parte da moderna doutrina, para que o documento, após declarado falso, deixasse de produzir seus regulares efeitos no mesmo ou em qualquer processo, tampouco há ao menos indícios de que a prova documental tenha sido obtida por erro, dolo ou coação, de modo a acarretar a sua nulidade. Também não tem notícia nos autos de pedido de desentranhamento do documento, o que, pelo parágrafo único do art. 392 do CPC, em concordando a parte contrária em retirá-lo dos autos, não se opondo ao desentranhamento, entender-se-ia tal concordância como alegação da falsidade da prova.

Por outro lado, igualmente restam comprovadas a qualidade de trabalhadora rural das autoras, pela prova testemunhal constante às fls. 207, 208, 210, 211, 213 e 214 e depoimento pessoal das autoras às fls. 205, 206, 209 e 212.

Quanto à prova testemunhal há de ser examinada a questão à luz dos argumentos que se seguem.

O § 3º do art. 55 da Lei 8.213/91 prescreve:

§ 3º - A comprovação de tempo de serviço para os efeitos desta lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo

admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento.

Por sua vez, os art. 131 e 332 do CPC estabelecem que:

Art. 131 - O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 332 - Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Em comentando o art. 131, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, em seu Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, assim dispõe:

Quando a lei estabelece que somente por determinado meio de prova um fato é vedado ao juiz considerá-lo provado por outro meio, por mais especial que seja. O estado da pessoa, por exemplo, somente se prova mediante certidão do cartório do registro civil. Não pode o juiz considerar provado casamento, quando a demonstração desse fato tiver sido feita por testemunhas ou documentos que não a certidão do registro civil.

Pontes de Miranda, comentando o art. 131, do CPC, em seu Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo II, atualizado por Sérgio Bermudes, esclarece:

f) O princípio da apreciação livre da prova, segundo o qual os meios e motivos de prova (salvo regra legal especial, de direito material ou formal) são todos, e não só alguns; pois não é exaustiva a lista das leis processuais, que apenas se referem às provas principais ou mais usadas, e não existe teoria legal da prova.

(...) A livre apreciação não vai até às presunções legais, porque, essas se referem ao tema da prova, e não à sua estimação:

Os chamados meios de prova de direito material escapam à regra jurídica do art. 131.

Verifica-se, pois, que a regra, no tocante à prova, obedece ao princípio da liberdade ou da livre admissibilidade da prova. Entre-

tanto, em caráter excepcional, a lei exige determinada prova para certo fato e as pessoas que de tais fatos pretendam extrair consequências jurídicas terão de fornecer a prova especial dele. Esta é a regra.

O STJ, julgando o Recurso Especial 55.438/94, tendo por relator o Ministro Luiz Vicente, proferiu decisão cuja ementa do acórdão assim se houve:

RESP. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROVA. LEI N° 8.213/91 (ART. 55, PARÁGRAFO 3°). DECRETO N° 611/92 (ART. 60 E 61). INCONSTITUCIONALIDADE. O PODER JUDICIÁRIO SÓ SE JUSTIFICA SE VISAR A VERDADE REAL. COROLÁRIO DO PRINCÍPIO MODERNO DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. QUALQUER MEIO DE PROVA É ÚTIL, SALVO SE RECEBER O REPÚDIO DO DIREITO. A PROVA TESTEMUNHAL É ADMITIDA. NÃO PODE, POR ISSO, AINDA QUE A LEI O FAÇA, SER EXCLUÍDA, NOTADAMENTE QUANDO FORA ÚNICA E HÁBIL A EVIDENCIAR O FATO. OS NEGÓCIOS DE VULTO, DE REGRA, SÃO REDUZIDOS A ESCRITO. OUTRA, PORÉM, A REGRA GERAL QUANDO OS CONTRATANTES SÃO PESSOAS SIMPLES, NÃO AFEITAS ÀS FORMALIDADES DO DIREITO. TAL ACONTECE COM OS CHAMADOS “BÓIAS FRIAS”, MUITAS VEZES, IMPOSSIBILITADOS, DADA A SITUAÇÃO ECONÔMICA, DE IMPOR O REGISTRO EM CARTEIRA. IMPOR OUTRO MEIO DE PROVA, QUANDO A ÚNICA FOR A TESTEMUNHAL, RESTRINGE-SE-A À BUSCA DA VERDADE REAL, O QUE NÃO É INERENTE AO DIREITO JUSTO. EVIDENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N° 8.213/91 (ART. 55, § 3°) E DO DECRETO N° 611/92 (ART. 60 E 61).

Nelson Nery Júnior, comentando o art. 332 do CPC, na obra supracitada, assim dispõe quanto à verdade real e à verdade formal:

O ideal do Direito é a busca e o encontro da verdade real, material, principalmente se o direito sobre o que versam os autos for indisponível. No Direito Processual Civil brasileiro vige o princípio do livre convencimento motivado do juiz (CPC, 131), mas sempre com o objetivo de buscar a verdade real. Contudo, o sistema processual civil admite, para o julgamento, a verdade formal, salvo os casos de

direito indisponível, como já se disse, ou daqueles em que se exige prova legal, cuja valoração o legislador prefixa.

Verifica-se, de tal comentário, que o sistema processual civil admite a verdade formal. Tal entendimento é indiscutível. Entretanto, verifica-se que, em matéria de prova, seu objeto são os fatos. Provam-se os fatos controvertidos, relevantes, e os fatos determinados e a existência de tais fatos jamais pode ser relegada devendo ser apurado, por qualquer meio de prova permitido, desde que lícito, uma vez que a lei não fixa hierarquia entre os meios de prova. Não se pode, pois, desprezar a prova testemunhal quando, na grande maioria das vezes é o único meio hábil de se provar determinado fato, de modo a se chegar à verdade real.

Da Constituição Federal pode-se destacar o princípio do contraditório e da ampla defesa, art. 5º, LV; o princípio da liceidade dos meios de prova, art. 5º, LVI, e princípio da inafastabilidade da jurisdição, inciso XXXV do mesmo art. 5º, que determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Tais princípios não restringem os meios de prova, ao contrário, garantem a existência de qualquer prova, mesmo a testemunhal, que isoladamente, seja idônea a evidenciar fato juridicamente relevante.

Finalmente, é de se apontar o entendimento jurisprudencial adotado pelo STJ no julgamento do REsp 117.643/SP, Relator o Exmo. Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, conforme se lê:

RESP. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. TEMPO DE SERVIÇO. PROVA TESTEMUNHAL.

A Constituição da República admite qualquer espécie de prova. Há uma restrição lógica: obtida por meio ilícito (art. 5º, LVI). Note-se: integra o rol dos Direitos e Garantias Fundamentais. Evidente a inconstitucionalidade da Lei nº 8.213/91 (art. 55, § 1º) que veda, para a comprovação de tempo de serviço, a prova exclusivamente testemunhal. A restrição afeta a busca do Direito Justo. O STF entende em sentido contrário. Por política judiciária, ressalvando o entendimento pessoal, venho subscrevendo a tese majoritária.

Estando, pois, caracterizada a situação de segurado especial, não há a necessidade de observância de período de carência

nos termos do art. 143, II, da Lei nº 8.213/91, bem como, nos termos dos arts. 55 a 96 da referida LBPS, o tempo de serviço do segurado trabalhador rural seria computado sem que fosse necessário o pagamento das contribuições a ele correspondentes.

A alteração do art. 143 da Lei 8.213/91 pela Lei 9.063/95 não passou a exigir a carência em termos de contribuição, mas, tão-somente, em termos de comprovação da atividade rural em número de meses idêntico à carência do referido benefício, o que, *in casu*, restou suprida pelas provas constantes dos autos.

Quanto à incidência da correção monetária, tratando-se de dívida de valor, em face do caráter alimentar da verba, tal correção há de ser aplicada de forma plena, desde o seu vencimento (RE 76.653-RS, STJ, Rel. Min. Edson Vidigal) aplicando-se à hipótese a Lei 6.899/81 e legislações posteriores, observando, ainda, ser pacífica a jurisprudência no sentido de não ser mais aplicada a Súmula 71 do extinto TFR, após a edição da Lei 6.899/81.

No caso presente, o MM. julgador singular em sua sentença, determinou que ao valor da condenação seriam acrescidos juros moratórios e correção monetária, até o advento do Código Civil (Lei 10.406/2002) e, a partir do início da vigência desse diploma legal (11.01.2003), deverá ser aplicada a Taxa SELIC sobre o valor apurado, tendo como fundamento o art. 406 do novo Código Civil, excluindo-se a correção monetária.

Sobre a matéria não se pode olvidar a conclusão que resultou da Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada no ano de 2002, onde se lê:

A utilização da taxa SELIC como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a 12% (doze por cento) ao ano.

O mesmo Conselho da Justiça Federal aprovou o Enunciado nº 20, nos seguintes termos:

Enunciado 20 - Art. 406: a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês.

Por tais razões, não há como aplicar-se a taxa SELIC como sucedâneo de juros de mora e correção monetária, razão pela qual tal condenação deve ser excluída da decisão singular, devendo o débito judicial ser atualizado nos termos da Lei nº 6.899/81, aplicando-se os juros de mora previsto no Novo Código Civil, com base na taxa de 1% ao mês, prevista no art. 161, § 1º, do CTN.

Ainda quanto aos juros de mora, o mesmo deve ser fixado em 1% ao mês nos termos da reiterada Jurisprudência do STJ, onde se lê:

RESP 273.048/SP

EMENTA : PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. RECURSO ADESIVO. JUROS MORATÓRIOS. NATUREZA ALIMENTAR. 1% AO MÊS. SÚMULA 204/STJ.

- A qualificação profissional de lavrador ou agricultor do marido constante dos assentamentos de registro civil é extensível à esposa e constitui indício aceitável de prova material do exercício da atividade rural.

- Precedentes.

- Recurso do Instituto Previdenciário conhecido mas desprovido.

- Nas prestações em atraso, de caráter eminentemente alimentar, os juros moratórios deverão ser fixados no percentual de 1% (um por cento) ao mês e incidem a partir da citação válida (Súmula 204/STJ).

- Recurso adesivo da autora conhecido e parcialmente provido.

Por outro lado, tais juros devem incidir a partir da citação nos termos da Súmula 204/ STJ, que assim dispõe:

Súmula 204 - Os juros de mora nas ações relativas a benefícios previdenciários incidem a partir da citação válida.

Quanto aos honorários advocatícios, é de manter-se tais honorários em 10% sobre o valor da condenação, adequando-se a verba honorária aos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça ("Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre prestações vincendas").

Finalmente, a condenação não pode retroagir à data dos requerimentos administrativos, não merece prosperar uma vez que, cuidando a hipótese da natureza alimentar, os efeitos da sentença devem retroagir desde a data em que as parcelas seriam devidas, ou seja, a partir do requerimento administrativo, como corretamente determinou o julgador Singular.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial para afastar a taxa SELIC e aplicar a Súmula 111 do STJ.

É o meu voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 4.645-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelante: GERALDO JÚNIOR ALMADA E SANTOS
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Adv./Proc.: DR. NARCÍLIO NASARENO CARNEIRO SARAIVA (APTE.)

EMENTA: PROCESSUAL E PENAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. INOCORRÊNCIA. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ARTS. 5º E 16 DA LEI Nº 7.492/86. CONFIGURAÇÃO.

- Não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva se, entre a data da consumação da infração e a do recebimento da denúncia, não transcorreu o lapso temporal exigido para a sua verificação.

- Estando caracterizada a atuação da empresa do apelante como instituição financeira por equiparação, nos termos do art. 1º da Lei nº 7.492/86, e sendo certo que ela não tinha autorização do órgão competente para exercer atividade de captação de recursos financeiros, para aplicá-los no mercado de metais preciosos, resta configura-

do o delito do art. 16 da mencionada lei.

- A recusa, por parte do dirigente da sociedade, em devolver aos investidores, ao término do contrato, o ouro negociado ou a quantia a ele equivalente, assinala a inversão do título da posse e, em consequência, resvala no crime tipificado no art. 5º da Lei nº 7.492/86.

- Preliminar rejeitada.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar de prescrição da pretensão punitiva e, no mérito, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 26 de fevereiro de 2008 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

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

Cuida-se de apelação criminal interposta por Geraldo Júnior Almada e Santos contra sentença que o condenou a três anos de reclusão e ao recolhimento de multa (trinta dias-multa), pela prática dos crimes previstos nos artigos 5º e 16 da Lei nº 7.492/86, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direito.

Consta da denúncia que o acusado, no período de 1990 a 1996, na qualidade de sócio-gerente da empresa Goldmark S/A Indústria e Comércio de Metais Nobres, teria operado no mercado como se instituição financeira fosse, à míngua de autorização do órgão competente, e celebrou contratos de compra e venda de ouro bolsável,

apropriando-se, posteriormente, dos valores pertencentes aos investidores que com ele firmaram os referidos pactos.

Nas razões recursais, o apelante sustenta, preliminarmente, a prescrição da pretensão punitiva, ao argumento de que já decorreram mais de nove anos entre o cometimento do delito (1994) e o recebimento da peça acusatória (29/07/03).

No mérito, defende o seguinte: a) a pessoa jurídica em referência jamais poderia ser considerada uma instituição financeira, pois nunca exerceu atividade consorciada, apenas comercial; b) não ficou demonstrada a sua intenção de apoderar-se das importâncias devidas às pessoas que com ele realizaram os negócios jurídicos em tela, devendo-se, portanto, afastar a aplicação do art. 5º da Lei nº 7.492/86; c) deixou de adimplir os aludidos ajustes em razão da decretação da falência da empresa; d) o Banco Central admitiu que ela não se encaixava na definição de instituição financeira, nem agia em consórcio, de modo que não houve a figura típica desenhada no art. 16 daquela lei. Pugna, alfim, pelo acolhimento da preliminar e, no mérito, por sua absolvição.

Contra-razões às fls. 374/378.

Parecer do Ministério Público Federal, oficiando como fiscal da lei, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Ao revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator):

A pretensão de Geraldo Júnior Almada e Santos é formulada no sentido de reformar a sentença que o condenou pela prática das infrações previstas nos artigos 5º e 16 da Lei nº 7.492/86.

Inicialmente, há de ser rechaçada a preliminar de prescrição retroativa, uma vez que o lapso temporal observado entre a ocorrência do fato delituoso e o recebimento da denúncia não excede o prazo legal de oito anos, consoante se verá a seguir.

In casu, o ponto nevrálgico da questão reside em saber qual o

momento de consumação do crime: devem ser consideradas as datas de celebração dos contratos de compra e venda (sendo o último deles firmado no ano de 1994), ou se deve entender que o delito se aperfeiçoou em 1996, quando encerradas as atividades da empresa administrada pelo apelante?

Entendo que a segunda hipótese resolve o dilema. É que, no instante em que a sociedade “fechou suas portas”, ficou caracterizada a impossibilidade de honrar com os compromissos assumidos e, nessa ocasião, houve a inversão do *animus* do agente, ou seja, a transformação da posse da coisa em domínio, consistente, aqui, na negativa do recorrente em devolver aos interessados o ouro negociado ou a quantia a ele equivalente guardados em seu poder por força contratual.

Assim, definido o momento de consumação do fato típico e havendo nos autos sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, a prescrição regula-se pela pena *in concreto* (no caso, três anos), a teor do art. 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal. Por outro lado, nos termos do art. 109, IV, do Estatuto Repressor, tal instituto se verifica em oito anos, de forma que, contando-se tal lapso de 1996 até a data em que foi recebida a denúncia (29.07.03 - cf. fl. 07), observa-se que não se ultrapassou o prazo estabelecido em lei, não havendo, pois, que se falar em prescrição da pretensão punitiva.

Tecidas tais considerações, convém, agora, examinar o mérito da contenda.

Consoante relatado na denúncia, Geraldo Júnior Almada e Santos, na qualidade de sócio-gerente da empresa Goldmark S/A Indústria e Comércio de Metais Nobres, celebrou contratos de compra e venda de ouro bolsável com alguns particulares e, ao término da vigência dos referidos pactos, deixou de lhes devolver o mencionado metal precioso ou o equivalente em dinheiro, apropriando-se das quantias correspondentes.

Primeiramente, há que se averiguar se dita sociedade se enquadrava, à época dos fatos, na categoria de instituição financeira por equiparação definida pelo art. 1º da Lei nº 7.492/86, que assim dispõe:

Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros;

II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.

Os pressupostos delineados no aludido dispositivo legal restam perfeitamente configurados na hipótese em tela.

Com efeito, a pessoa jurídica administrada pelo denunciado, embora não praticasse atividade típica de consórcio, conforme admitido pelo Banco Central, no ofício de fl. 270, lidava com a captação de recursos de terceiros (poupança popular), como bem destacou aquela instituição no expediente mencionado, já que reunia capitais com vistas à sua aplicação e, em última análise, ao lucro, e mantinha sob sua guarda o ouro (ou a quantia equivalente) comprado por quem havia firmado com ela o negócio jurídico, até o término deste, quando deveria restituir ao interessado o próprio metal precioso ou o montante a ele correspondente.

Estando caracterizada, pois, a atuação da empresa como instituição financeira por equiparação, cai por terra, logicamente, a alegação segundo a qual o apelante não teria cometido o crime tipificado no art. 16 da Lei nº 7.492/86.

É que, além disso, ficou plenamente demonstrado que o re-corrente exercia as atividades de atração de investimentos sem a devida autorização pelo órgão competente, não sendo importante, por ora, averiguar se tal permissão deveria ter sido concedida pelo BC ou pelo Ministério da Fazenda, conforme leva a crer o acusado em suas razões recursais.

O importante, destarte, para a configuração da infração descrita no artigo de lei supracitado (art. 16) é que a pessoa jurídica

tenha atuado no mercado sem a necessária autorização e vale dizer que essa circunstância se verificou *in casu*, tendo, inclusive, o próprio denunciado admitido tal fato nos interrogatórios de fls. 31/32 (em Juízo) e de fls. 373/374 do IPL (na esfera policial).

Outrossim, mostra-se patente a configuração do delito previsto no art. 5º da Lei nº 7.492/86, o qual reza o seguinte:

Art. 5º Apropriar-se, quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

De fato, o denunciado tinha a posse do ouro que era objeto do contrato celebrado entre ele e os particulares, ou da importância equivalente ao metal precioso, sendo certo que deles se apropriou no exato momento em que, ao ser procurado pelos contratados para entregar-lhes os valores devidos por força do ajuste, recusou-se a fazê-lo, invertendo, assim, o título da posse em domínio.

Nesse contexto, não podem ser acolhidos os argumentos de que inexistiu, de sua parte, má-fé para com seus clientes e de que não teve a intenção de apoderar-se dos valores que estavam sob sua guarda, haja vista o pedido de autofalência da sociedade por ele administrada.

Quanto a esse aspecto, valho-me da fundamentação da ilustre representante do MPF, lançada na peça de fls. 375/378, para afastar tal alegação:

(...) o simples fato de ter requerido a autofalência não exime o mesmo da responsabilidade pelo delito perpetrado, posto que, apesar de sofrer abalo creditício e posterior insolvência, é cediço que toda atividade empresarial envolve riscos que devem ser suportados pelo empreendedor. Ademais, o simples fato de ter sido requerida a autofalência não comprova que o réu agiu com falta de dolo, posto que a situação de falência pode ter ocorrido justamente pelo dolo do agente, que, posteriormente, a requereu para escamotear os ilícitos. Assim, a afirmação do apelante não supre o ônus da prova de comprovar a ausência de dolo.
(...)

Convém salientar, por fim, que o processo administrativo do qual se tem notícia através dos documentos de fls. 378/379 acostados ao IPL e de fls. 370/371 carreados aos presentes autos foi arquivado porque “as penalidades administrativas previstas no art. 44, § 7º, da Lei nº 4.595/94, não alcançavam os administradores de sociedades que atuam como instituições financeiras sem a autorização do Banco Central do Brasil” (fl. 379 do inquérito policial), e não porque se tivesse chegado à conclusão de que a empresa do apelante não era considerada uma instituição financeira.

Desta feita, restando perfeitamente comprovadas a materialidade delitiva e a autoria, deve ser mantida a sentença que condenou o acusado nas penas dos artigos 5º e 16 da Lei nº 7.492/86.

À vista do exposto, rejeito a preliminar de prescrição da pretensão punitiva e, no mérito, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.065-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: FRANCISCO DERMIVAL FERNANDES VIEIRA E JOSÉ GOMES NETO
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. DUQUESNE MONTEIRO DE CASTRO E OUTRO (1ºAPTE.)
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. MATRÍCULA FRAUDULENTE EM UNIVERSIDADE PÚBLICA. GERAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSIFICADO (HISTÓRICO ESCOLAR). CRIME QUE NÃO PODE SER CARACTERIZADO COMO ILÍCITO “CONTRA O PATRIMÔNIO”. INOCORRÊNCIA DE ESTELIONATO. EMENDATIO LIBELLI. PRESCRIÇÃO RETROATIVA PARCIAL.

- Ainda quando cometidas várias ações idênticas, capazes, pelas respectivas circunstâncias temporais, espaciais e operacionais, de gerarem a ocorrência de continuidade delitiva (CP, Art. 71), tal não justifica inexorável necessidade de reunião dos feitos engendrados para a apuração de cada um dos ilícitos, máxime porque a providência sobre poder gerar sério tumulto à boa condução dos trabalhos processuais exsurge despicienda (o Juízo das Execuções pode, e deve, realizar a reunião das penas, daí viabilizando a incidência da norma mencionada); caso em que, além do mais, a medida já foi postulada em sede de habeas corpus, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, que houve por bem denegar a ordem pretendida.

- A colação de prova emprestada, notadamente depoimentos já dados em outros (cerca de 41) processos, e nos quais as partes são as mesmas (MP versus José Gomes Neto), não configura qualquer gravame ao Magno Texto, seja porque a oitiva das testemunhas foi feita com submissão ao crivo do contraditório alhures praticado, seja porque, aqui, ino correu qualquer cerceamento do direito de defesa, vez que as pessoas “ouvidas” pouco ou quase nada sabiam dos fatos, tanto que a sentença sequer as tomou em consideração, daí lastreando o edito condenatório em outras provas (inclusive em confissão feita perante o inquérito policial).

- Estelionato é crime contra o patrimônio, reclamando, a sua ocorrência, tenha havido prejuízo financeiro para a vítima; eis a razão por que se tem por certo que não comete referido ilícito aquele que faz inserir no sistema de informação de uma Universidade Federal, entre os alunos do curso de Direito, quem sequer vestibular prestara, gerando documento público falso (histórico

escolar); hipótese clássica de emendatio libelli, dado que a denúncia descreve o cometimento de ações que ensejam a incidência de outras normas penais incriminadoras (CPP, Art. 383).

- Aplicabilidade, ao caso, da norma do CP, Art. 297, caput, para um dos co-réus (o beneficiário), e do CP, Art. 297, caput e § 1º, para o outro, haja vista a sua condição de estagiário (de modo a atrair a incidência da norma contida no CP, Art. 327); precedentes.

- O Art. 313-A do CP não se aplica ao caso, seja porque os fatos datam de maio de 2000, enquanto a norma destacada irrompeu no cenário jurídico nacional em julho daquele ano (e a retroação benéfica é impossível, vez que a nova pena é bem mais severa que a anterior), seja porque inorcorre o fenômeno da perfeita adequação (posto que a inserção de dados não se deu por intermédio de funcionário que fosse “autorizado” para tanto, como exige este tipo legal, mas por estagiário que lançara mão de senha alheia);

- Se a pena (aplicada a um dos apelantes) resta dosada em 2 anos de reclusão e multa, e tendo sido ultrapassados mais de quatro anos entre o fato e o recebimento da denúncia, é manifesta a ocorrência da prescrição retroativa, nos termos do CP, Arts. 110, § 1º, 109, V, 114, II.

- Apelações parcialmente providas; prescrição reconhecida ex officio relativamente a um dos apelantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar parcial provimento à apelação criminal, ajustando a tipicidade e, daí, reduzindo a dosimetria das penas, bem assim reconhecendo, *ex officio*, relativamente a um dos apelantes, a ocorrência da prescrição

retroativa que lhe aproveita, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 29 de novembro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Tratam os autos de apelações criminais manejadas contra sentença da lavra do MM. Juiz Federal Substituto da 11ª Vara do Ceará que, julgando procedente a denúncia, restou por condenar os acusados como incurso nas penas do Art. 171, § 3º, do CP, aplicando ao réu José Gomes Neto a pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão mais 90 (noventa) dias-multa, cada dia correspondendo a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, e ao réu Francisco Dermival Fernandes Vieira 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão mais 90 (noventa) dias-multa, atribuindo a cada dia o valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo, sendo, no caso deste, a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direito.

João Gomes pugna, preliminarmente: a) pela anulação da sentença recorrida e reunião de todos os processos em tramitação na Seção Judiciária do Ceará nos quais tenha sido denunciado pela prática do mesmo tipo penal em questão, por entender caracterizada a figura da continuidade delitiva; b) acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa, alegando amputação da dilação probatória e ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, ante o fato de o Juiz monocrático ter optado pela prova emprestada (depoimento das testemunhas arroladas tomados em outros processos); alternativamente, pela absolvição do acusado por ausência de provas suficientes a embasar a condenação.

Por sua vez, Francisco Dermival aduz merecer reforma a sentença para que seja absolvido por falta de justa causa para a ação

penal ante a ausência de tipificação legal para a sua conduta e a fragilidade do conjunto probatório.

Foram apresentadas contra-razões.

Já nesta instância, foram os autos remetidos à Procuradoria Regional da República com opinativo pelo não provimento das apelações e conseqüente manutenção do decreto condenatório.

É o que importa relatar.

Sigam os autos ao Exmo. Sr. Desembargador Federal Revisor, posto que o caso diz com hipótese onde o Regimento Interno da Casa impõe a providência.

VOTO

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

Analiso, primeiramente, o recurso interposto pelo réu João Gomes Neto, posto discutir duas preliminares que, se acolhidas, implicariam anulação da sentença com retorno dos autos ao juízo de origem, donde a sua evidente prejudicialidade.

Início dizendo não fazer qualquer sentido a pretendida reunião de processos.

Ainda quando cometidas várias ações idênticas, capazes, pelas respectivas circunstâncias temporais, espaciais e operacionais, de gerarem a ocorrência de continuidade delitiva (CP, Art. 71), tal não justifica inexorável necessidade de reunião dos feitos engendrados para a apuração de cada um dos ilícitos, máxime porque a providência, sobre poder gerar sério tumulto à boa condução dos trabalhos processuais, exsurge despicienda (o Juízo das Execuções pode, e deve, realizar a reunião das penas, daí viabilizando a incidência da norma mencionada).

No caso dos autos há mais: a medida já foi postulada em sede de *habeas corpus*, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, que houve por bem denegar a ordem pretendida (HC nº 43.422-CE, Relator o Min. Gilson Dipp, mencionado na sentença à fl. 237).

Também não vejo como se possa falar em agressão ao contraditório e/ou à ampla defesa.

De fato, a colação de prova emprestada, notadamente depoimentos já dados em outros (são cerca de 41) processos, e nos quais as partes são as mesmas (MP *versus* José Gomes Neto), não configura qualquer gravame ao Magno Texto, seja porque a oitiva das testemunhas foi feita com submissão ao crivo do contraditório alhures praticado, seja porque, aqui, incorreu qualquer cerceamento do direito de defesa, vez que as pessoas “ouvidas” (Srs. Luisa Estela Maciel, Luiz Henrique Lopes Bezerra e Sérgio Wanderley Cavalcante) pouco ou quase nada sabiam dos fatos (fls. 65/72), tanto que a sentença sequer as tomou em consideração, daí lastreando o edito condenatório em outras provas (inclusive em confissão feita perante o inquérito policial).

É ler a sentença e a sua fundamentação (fls. 240 e ss.).

Passo à análise dos fatos e da respectiva tipicidade.

A prova feita nos autos (sopesando tudo o mais que deles consta) é ampla, bem demonstrando que o Sr. José Gomes Neto, então estagiário da UFC, mediante pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e por intermédio de senha de informática que não lhe pertencia, fez a inserção de Francisco Dermival Fernandes Vieira entre os estudantes do curso de direito daquela instituição, gerando histórico escolar falsificado (nele aposta a informação de que o ingresso respectivo se dera por meio de concurso vestibular, cf. fl. 20). Tudo ocorreu no mês de maio do ano de 2000.

Tal constatação deriva, inicialmente, do relatório elaborado por uma empresa contratada para auditar o SAU - Sistema de Automação Universitária; nele, concluiu-se ter havido fraudes tanto no processo de aprovação do vestibular quanto no decorrer da vida acadêmica dos alunos. No que agora importa, convém analisar a fl. 16 do anexo.

É neste cenário que se descortinou a irregularidade do ingresso do Sr. Francisco Dermival Fernandes Vieira na UFC, posto não ter, efetivamente, prestado exame vestibular (fl. 19 do anexo), embora constasse matriculado no curso de direito como se assim houvesse ocorrido.

É indubitosa a materialidade do crime, como se viu; e bem assim a autoria, como se verá.

Convém realçar que José Gomes Neto confessou, ainda durante o inquérito policial, às fls. 115/117, todo o ocorrido, minudenciando exaustivamente o *modus operandi* de sua conduta irregular, inclusive narrando como obteve a senha dos servidores da universidade e em que momento do dia ele as utilizava, depois formalizando pastas de documentos para dar alguma verossimilhança as informações adulteradas e/ou inseridas.

Verdade que, em juízo, aconteceu algum desmentido (atribuiu-se boa parte da culpa a um certo Carlos, de quem nada se disse, e do qual nada se sabe), mas a jurisprudência é pacífica no sentido de validar a confissão se a retração, em juízo, acontecer de modo lacunoso, solto, sem compromisso com os detalhes antes narrados e que emprestaram credibilidade à versão apresentada à polícia. Registro, ademais, que ele mesmo declarou, em juízo, não ter sido o depoimento anterior objeto de qualquer tipo de coação.

Enfim, como bem afirmado na sentença, a alusão a este novo personagem não bastaria, como não bastou, a teor do CPP, Art. 156; de fato, é ônus da acusação provar a culpa, mas é ônus do réu provar o fato que alega.

Na mesma linha de raciocínio, tem-se claríssima a comprovação da conduta do Sr. Francisco Dermival Fernandes Vieira, descrita inclusive pelo outro co-réu (fls. 195/196 do inquérito): comparecimento na universidade; demonstração de amizade com conhecido em comum; pedido para “ajeitar” a matrícula; recebimento de documentação e do dinheiro (R\$ 2.000,00); realização do ato de inscrição.

Também é certo que o Sr. Francisco Dermival atribuiu a um certo Pedro Paulo parte da sua responsabilidade, mas vale para tal argumentação tudo o quanto se disse antes: frases soltas, desfalcadas de mínimo lastro comprobatório, não infirmam as presunções já hauridas.

Não há dúvida, deste modo, quanto aos fatos e à autoria – e, daí, nenhuma questão quanto à falsidade do histórico escolar de fl. 20 do inquérito.

De qualquer forma, estelionato é crime contra o **patrimônio**, reclamando, a sua ocorrência, tenha havido **prejuízo financeiro**

para a vítima; eis a razão por que se tem por certo a não ocorrência de estelionato no caso dos autos: onde houve prejuízo financeiro para a instituição, se sequer as aulas são cobradas (=a universidade é gratuita)? Note-se que ninguém aventurou mensurar o *quantum* do pretense prejuízo...

A hipótese é clássica de *emendatio libelli*, dado que a denúncia, ainda o caso não seja de estelionato, ainda assim, descreve o cometimento de ações que desafiam a incidência de outras normas penais incriminadoras (CPP, Art. 383).

De logo, diviso que o Art. 313-A do CP não se aplica à matéria, seja porque os fatos datam de maio de 2000, enquanto a norma destacada irrompeu no cenário jurídico nacional em julho daquele ano (e a retroação benéfica é impossível aqui, vez que a nova pena é bem mais severa que a anterior), seja porque incorre o fenômeno da perfeita adequação (posto que a inserção de dados não se deu por intermédio de funcionário que fosse “autorizado” para tanto, como este tipo exige, mas por estagiário que lançara mão de senha alheia).

Transcrevo a norma apenas para reafirmar o que disse:

Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

A incidência inquestionável, então, é a da norma do CP, Art. 297, *caput*, para um dos co-réus (o beneficiário), e do CP, Art. 297, *caput* e § 1º, para o outro (haja vista a sua particular condição de estagiário, de modo a atrair a incidência da norma contida no CP, Art. 327, conforme jurisprudência consolidada). Trago à colação:

Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:
Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.
§ 1º - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.

Na denúncia (fl. 4), bem assim na prova feita nos autos, é claríssimo o falsificar. Foi exatamente isto o que os dois fizeram (mediante a paga de um e o atrevimento do outro, maneando senha alheia para tal fim, depois arquivando documentos para dar feições de regularidade ao ato ilícito que praticara), sobretudo relativamente ao histórico escolar de fl. 20.

Tenho por bem condená-los nestes termos.

Quanto à dosimetria da pena, veja-se, no quanto diz respeito ao Sr. João Gomes Neto, que as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, nada havendo que justifique a fixação da pena-base para patamar que a faça desbordar do mínimo legal (a existência de outros processos, eu destaco, não poderia gerar sequer os maus antecedentes de que fala o Art. 59 do CP, haja vista a jurisprudência do STJ sobre o assunto); mantenho-a, assim, em 2 anos de reclusão.

Não há circunstâncias atenuantes (e se houvesse não poderiam fazer baixar do mínimo legal) nem agravantes (não há reincidência sem a comprovação do trânsito em julgado).

Igualmente, e já em terceira fase, verifico que existe apenas uma causa especial de aumento (justo a prevista no Art. 297, § 1º; lembro que eventual continuidade delitiva deve ser aferida, se for o caso, pelo Juízo das Execuções), pelo que aumento a pena da sexta parte, o que redundará em pena de **2 anos e 4 meses de reclusão**, a qual torno definitiva.

Quanto à pena de multa, estipulo-a, em primeira-fase, pelas razões já declinadas, no mínimo legal, cf. Art. 49 do CP (10 dias-multa); em segunda e última fase, e porque as condições econômicas do réu não são vultosas, fixo cada dia multa em 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo do fato.

Relativamente ao Sr. Francisco Dermival Fernandes Vieira, tem-se que as circunstâncias judiciais lhe são igualmente favoráveis; certo que os autos noticiam a existência de outros processos penais contra ele, mas a jurisprudência já se pacificou no sentido de que somente a comprovada reincidência pode agravar a dosimetria da pena (e em segunda fase); fixo a pena-base, assim, no mínimo legal (2 anos).

Não há circunstâncias agravantes/atenuantes, nem causas especiais de aumento/diminuição, pelo que defino a pena em **2 anos de reclusão**.

Quanto à pena de multa, estipulo-a, em primeira-fase, pelas razões já declinadas, no mínimo legal, cf. Art. 49 do CP (10 dias-multa); em segunda e última fase, fixo cada dia multa em 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo do fato.

De todo modo, como a pena (aplicada a este último litigante, eu explico) resta dosada em 2 anos de reclusão e multa, e tendo sido ultrapassados mais de quatro anos entre o fato (maio de 2000) e o recebimento da denúncia (janeiro de 2006), é manifesta a ocorrência da prescrição retroativa, a fulminar, por arrasto, a punibilidade quanto a própria multa (nos termos do CP, Arts. 110, § 1º, 109, V, 114, II).

Assim, por tudo o quanto visto, dou parcial provimento à apelação criminal, ajustando a tipicidade e, daí, reduzindo a dosimetria das penas, bem assim reconhecendo, *ex officio*, relativamente a um dos apelantes, a ocorrência da prescrição retroativa que lhe aproveita.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.112-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBIRATAN DE COUTO MAURICIO (CONVOCADO)
Apelante: MANOEL SÁVIO FERNANDES VIEIRA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DR. TANEY QUEIROZ E FARIAS (APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. DESTRUIÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DESMATEAMENTO DE VEGETAÇÃO TÍPICA DE MANGUE COM A FINALIDADE DE CONSTRUIR VIVEIROS DE CAMARÃO. ARTIGO 38 DA LEI Nº 9.605/98.

**AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.
SUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO.
MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENA-
TÓRIA MONOCRÁTICA.**

- Não há que falar-se em nulidade da sentença por cerceamento de defesa em face de ter-se oportunizado à defesa a garantia do contraditório e da ampla defesa.

- Incontestes a autoria e materialidade delituosas, uma vez que o réu, ao destruir área de preservação permanente com desmatamento de vegetação típica de mangue com a finalidade de construir viveiros de camarão, perfez o tipo penal, aplicado na sentença recorrida, qual seja – o do artigo 38 da Lei nº 9605/98.

- As provas carreadas aos autos, mostram-se suficientes para conferir certeza da materialidade e autoria delitivas, impondo-se a manutenção da sentença recorrida, inclusive no quanto da dosimetria da pena aplicada.

- Preliminares rejeitadas e apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, rejeitar as preliminares e 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, 20 de novembro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBIRATAN DE COUTO MAURICIO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBIRATAN DE COUTO MAURICIO (Convocado):

Cuida-se de apelação criminal interposta pela defesa do réu Manoel Sávio Fernandes Vieira (fls. 338/344) contra sentença (fls.

308/317) da lavra da Exma. Juíza Federal Substituta, Dra. Gisele Maria da Silva Araújo Leite, da 2ª Vara/RN, que, julgando procedente a denúncia, condenou o réu como incurso no artigo 38, *caput*, da Lei nº 9.605/98, à pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção, em regime aberto, e 30 (trinta) dias-multa. Ao final, a Exma. Magistrada sentenciante substituiu a pena de reclusão por duas restritivas de direito consistentes em prestação de serviço à comunidade e doação de cestas básicas.

Nos fatos, segundo a denúncia no dia 13/12/2001, os fiscais do IBAMA realizaram uma vistoria na propriedade do acusado, onde funciona a empresa Marine - Maricultura do Nordeste S/A, da qual ele é diretor, localizada em Barra de Cunhaú, no Município de Canguaretama/RN, onde foi observada uma área desmatada de 1,0 ha (um hectare) de vegetação protetora de mangue, para fins de construção de viveiro de camarão, ocasião em que foi lavrado o Auto de Infração nº 244510, série D, pelo desmatamento, com aplicação de multa no valor de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), bem como embargada a área mediante o Embargo nº 0240037, série C.

Nas razões de apelação, a defesa pugna, preliminarmente, pela anulação da sentença por não terem sido respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório, em face de o juiz singular ter indeferido pedido de inspeção judicial na área com o fim de constatar-se a ocorrência do desmatamento de vegetação de mangue para a construção de viveiros de camarão. Alega, ainda, que houve utilização de prova emprestada na convicção do decreto condenatório.

No mérito, pugna pela absolvição, aduzindo, para tanto, a aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Em relação à dosimetria da pena, aduz que a Magistrada sentenciante aplicou uma pena muito superior às previstas nos dispositivos pelos quais o réu tivera sido incurso no procedimento administrativo.

Contra-razões ofertadas às fls. 347/350.

Parecer Ministerial ofertado, às fls. 354/356, pela Exma. Procuradora Regional da República, Dra. Maria do Socorro Leite de

Paiva, que opinou pelo não-provimento do recurso de apelação interposto pelo réu, confirmando-se o decreto condenatório singular.

Em face de o crime narrado ter pena cominada à de detenção, nos termos do Regimento Interno desta Corte, dispensei a remessa dos autos ao eminente Revisor e pedi dia para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBIRATAN DE COUTO MAURICIO (Relator Convocado):

Segundo a denúncia, no dia 13/12/2001, os fiscais do IBAMA realizaram uma vistoria na propriedade do acusado, onde funciona a empresa Marine - Maricultura do Nordeste S/A, da qual ele é diretor, localizada em Barra de Cunhaú, no Município de Canguaretama/RN, onde foi observada uma área desmatada de 1,0 ha. (um hectare) de vegetação protetora de mangue, para fins de construção de viveiro de camarão, ocasião em que foi lavrado o Auto de Infração nº 244510, série D, pelo desmatamento, com aplicação de multa no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), bem como embargada a área mediante o Embargo nº 0240037, série C.

Ao julgar procedente a denúncia e condenar o réu como incurso no artigo 38, *caput*, da Lei nº 9.605/98, à pena de 01(um) ano e 02(dois) meses de detenção, em regime aberto, e 30(trinta) dias-multa, pena esta substituída por duas restritivas de direito consistentes em prestação de serviço à comunidade e doação de cestas básicas, a Exma. Juíza singular, Dra. GISELE MARIA DA SILVA ARAÚJO LEITE, da 2ª Vara/RN, assim fundamentou a sua decisão, *in verbis*:

(...) Inicialmente, sobre a extensão de vegetação protetora de mangue desmatada para construção de viveiros de carcinicultura, deve-se ressaltar que, muito embora o Auto de Infração nº 244510, série D, tenha indicado, *a priori*, uma área de mangue destruída de 1,0 ha. na propriedade do acusado, verifica-se, que, na verdade, as informações constantes na cópia do Laudo Pericial de fls. 222/229, elaborado na ação ordinária nº 2002.84.00.000191-0, dão conta de que a área

efetivamente devastada foi de 0,2 ha. de vegetação de mangue, conforme resposta ao Quesito 04 elaborado pelo Engenheiro Florestal Nilson Manoel de Oliveira Cunha (fl. 225).

Todavia, ainda que menor a extensão do dano, subsiste o ilícito imputado ao acusado MANOEL SÁVIO FERNANDES VIEIRA, estando plenamente caracterizadas a materialidade e a autoria do fato.

Com efeito, quanto à materialidade do delito ambiental em foco, observa-se que, nada obstante esteja incorreta a informação sobre a extensão do dano no Auto de Infração nº 244510, série D, acostado à fl.10 dos autos, não se pode desprezar o fato de que, por ocasião da fiscalização levada a efeito pelo IBAMA, a qual resultou na lavratura do referido auto, foi constatada a ocorrência do desmatamento, fato confirmado pelo perito judicial, conforme se vê no laudo acostado às fls. 222/229.

Como se não bastasse, igualmente faz prova da referida destruição o Termo de Embargo constante à fl. 11 do presente processo, por meio do qual ficou o acusado proibido de dar continuidade às atividades desenvolvidas em área de preservação permanente, sem antes solicitar ou receber qualquer autorização do órgão competente.

Posteriormente, o Laudo Técnico carreado às fls.16/17 dos autos, elaborado pelos Engenheiros Florestais José Maria Castro de Lima e Maria Liberalina Fontes, decorrente de vistoria técnica realizada na área de viveiros de criação de camarão na propriedade do acusado, onde funcionam as atividades da empresa Marine - Maricultura do Nordeste S/A, atestou que "para a construção dos viveiros de criação de camarão e obras de infra-estrutura, houve supressão de vegetação característica do ecossistema manguezal, bioma este de Preservação Permanente (Lei nº 4.771/65).

De mais a mais, a exemplo do que já foi mencionado, o Laudo Pericial juntado às fls. 222/229 também indica, em resposta aos Quesitos 3 e 4 elaborados pelo Engenheiro Florestal Nilson Manoel de Oliveira Cunha que, tomando por base a legislação ambiental vigente, a vegetação do ecossistema de manguezal, mesmo em estágio de regeneração, é considerada de preservação permanente, esclarecendo, ainda, que na "medição realizada com trena, na área de reserva indicada pela foto de 1997, foi constatado o desmatamento de aproximadamente 0,2 ha".

Sobre esse dado, impõe mencionar que, no ano de 1997, foi realizado pelo IDEMA um mapeamento da área de manguezal existente no Estado do RN, a partir de fotografias aéreas tiradas de diversas extensões de vegetação de mangue. Tais documentos passaram a ser utilizados pelos órgãos ambientais com o objetivo de traçar comparativos daquelas áreas de vegetação, registradas por meio de fotografias no referido período, com a conjuntura atual das mesmas regiões, esboçada a partir das fiscalizações levadas a efeito pelo IBAMA para controle das atividades de carcinicultura. No caso em estudo, analisando-se as fotos aéreas tiradas da vegetação de mangue localizada na propriedade do acusado, foi possível elaborar um mapeamento da atual situação da citada localidade, restando constatado que, segundo a área tracejada no mapa acostado à fl.227 dos autos, do ano de 1997 até a presente data, ocorreu um desmatamento de vegetação de mangue de 0,2 ha. (...).

E concluiu a Exma. Juíza singular sentenciante, *in verbis*:

(...) De fato, de todo o conjunto probatório em análise, vê-se a improcedência da tese do denunciado quando defende que, no local onde hoje se explora a carcinicultura, antigamente existia uma salina, e não vegetação de mangue, sendo impossível o desenvolvimento desta no local. É que, também, segundo a testemunha RICARDO DE MELO CABRAL (fls. 169/170), fiscal do IBAMA designado para "missão" na propriedade do denunciado, a área utilizada pelo acusado com o fito de manter sua produção de camarão trata-se, na verdade, de área de vegetação de mangue. Nesse sentido, vale conferir o respectivo depoimento:

[...] que efetivamente foi constatado que aquela empresa havia promovido o corte de vasta área de vegetação de mangue, provavelmente com a finalidade de aumentar as áreas reservadas aos viveiros de camarões; que além da prática do corte da vegetação do mangue, aquela empresa também não dispunha da autorização do IDEMA, órgão estadual competente para autorizar criação de camarões no Estado do Rio Grande do Norte [...].

Desse modo, resta sobejamente comprovada a ocorrência do desmatamento da área de vegetação protetora de mangues, na propriedade do denunciado, localizada em Barra de Cunhaú, Município de Canguaretama, neste Estado.

Finalmente, quanto à autoria, importa mencionar que nos autos não remanescem dúvidas de ser o acusado o sujeito ativo dos crimes ambientais a si atribuídos através da peça acusatória, na medida em que ele é o proprietário da área de viveiros de camarão e Diretor Presidente da Marine - Maricultura do Nordeste S/A, localizada em Barra de Cunhaú, Canguaretama/RN, conforme atestam as informações por ele prestadas em seu interrogatório às fls.110/112, onde afirma, em sua qualificação ser "médico e empresário (Diretor Presidente da Empresa Marine - Maricultura do Nordeste S/A)", sem contar que se colocou diante dos órgãos ambientais como o proprietário do imóvel onde estavam sendo executadas atividades de carcinicultura.

Com tais considerações e elementos apurados nesta demanda penal, deve o acusado responder pelo crime do art. 38 da Lei nº 9.605/98, já que, na hipótese em riste, está caracterizada a prática de ato ilícito, antijurídico e culpável, a ensejar a sua responsabilização criminal, visto que ele era imputável ao tempo dos fatos, detendo potencial conhecimento da ilicitude da conduta que praticou, sendo-lhe perfeitamente exigível conduta diversa (...).

Nas razões de apelação, a defesa pugna, **preliminarmente**, pela anulação da sentença por não terem sido respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório, em face de o juiz singular ter indeferido pedido de inspeção judicial na área com o fim de constatar-se a ocorrência do desmatamento de vegetação de mangue para a construção de viveiros de camarão. Alega, ainda, que houve utilização de prova emprestada na convicção do decreto condenatório. **No mérito**, pugna pela absolvição, aduzindo, para tanto, a aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Em relação à dosimetria da pena, aduz que a Magistrada sentenciante aplicou uma pena muito superior às previstas nos dispositivos pelos quais o réu tivera sido incurso no procedimento administrativo.

Passo à análise:

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA

A defesa pugna, preliminarmente, pela anulação da sentença por não terem sido respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório, em face de o juiz singular ter indeferido pedido de inspeção judicial na área com o fim de constatar-se a ocorrência

do desmatamento de vegetação de mangue para a construção de viveiros de camarão.

Alega, ainda, que houve utilização de prova emprestada na convicção do decreto condenatório.

Verifico que tais preliminares, já aduzidas, pela defesa, por ocasião da apresentação das alegações finais, foram veementemente enfrentadas pela Exma. Juíza sentenciante. Neste sentido, oportuno registrar excertos da referida sentença, *ipsis litteris*:

(...) O denunciado MANOEL SÁVIO FERNANDES VIEIRA, em sede de preliminar, pugnou pela feitura de inspeção judicial, sob o fundamento de que a cópia do laudo pericial acostada aos processo não é válida como meio de prova da suposta destruição da área de mangue, haja vista não manter relação com os fatos ora tratados, por ter sido produzida para esclarecimento dos fatos questionados na ação ordinária nº 2002.84.00.000191-0.

Todavia, analisando os elementos contidos nos autos, entendo não assistir razão ao acusado.

Analisando a pretensão preliminar esboçada nas alegações finais, percebe-se que o acusado tem sido incoerente em suas ponderações, na medida em que, ora se manifesta desfavoravelmente à juntada do laudo pericial e dos quesitos formulados pelos litigantes e produzidos na ação ordinária nº 2002.84.00.000191-0, à época, em trâmite nesta 2ª Vara Federal, ora se declara interessado na juntada do referido documento, como bem demonstrou por ocasião de sua defesa prévia, quando pediu que fosse "tomada como prova emprestada a perícia" que estava sendo realizada no citado processo (fl. 133).

Em um primeiro momento, o acusado, mediante o pedido articulado na defesa prévia, revelou o seu interesse não apenas na juntada do referido documento para fins de instruir os presentes autos, como também para viabilizar a elucidação dos fatos e o efetivo conhecimento da área de mangue em discussão. Já em momento posterior, ou seja, após a junta da documentação, o denunciado, diversamente do que vinha sustentando, entendeu ser o laudo imprestável ao esclarecimento do caso em estudo, sob o argumento de ter sido produzido em relação a fatos tratados em processos diversos.

Ademais, não deve prosperar o entendimento delineado pelo acusado quando das alegações finais, já que a prova emprestada no âmbito do processo penal, desde que associada a outros elementos nos autos que igualmente confirmem a autoria e materialidade da conduta levada a efeito pelo réu, pode contribuir à formação da convicção do juiz e conseqüente fundamentação da sentença condenatória por ele proferida. Igualmente não há óbice ao uso da prova emprestada, quando devidamente preservados os princípios do contraditório e da ampla defesa nos autos onde se utiliza o referido recurso probatório.

Nessa esteira de pensamento, o STF e o STJ vêm decidindo o seguinte:

[...] PROVA EMPRESTADA. INOBSERVÂNCIA DA GARANTIA DO CONTRADITÓRIO. VALOR PRECÁRIO. PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO.

- A prova emprestada, especialmente no processo penal condenatório, tem valor precário, quando produzida sem observância do princípio constitucional do contraditório. Embora admissível, é questionável a sua eficácia jurídica. Incorre, contudo, cerceamento de defesa, se, inobstante a existência de prova testemunhal emprestada, não foi ela a única a fundamentar a sentença de pronúncia.[...]. (STF - HC 67707, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14/08/1992)

[...] 2. A prova emprestada, utilizada dentro do conjunto probatório produzido durante a instrução criminal, é perfeitamente admitida, quando serve apenas como mais um dos elementos de convicção que sustentam o decreto condenatório. 3. Pacífico é o entendimento deste Tribunal no sentido de que a utilização da prova emprestada, em que pese sua precariedade, por si só, não é suficiente para anular sentença criminal, caso não seja ela o único elemento de destaque na fundamentação do decreto condenatório.[...] (STJ - HC 42559, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 04/04/2006, DJ 24/04/2006, p. 420).

In casu, além de constarem elementos nos autos que, associados ao laudo pericial trasladado de outro processo, confirmam a autoria e materialidade da conduta narrada na denúncia, tem-se que, após a juntada das cópias do laudo e

dos quesitos, este Juízo, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, determinou a intimação das partes para fins de manifestação sobre os documentos carreados aos autos (fl. 243), pelo que não há que se falar em transgressão aos preceitos mencionados, nem tampouco em causa de nulidade por cerceamento de defesa, razão pela qual rejeito a preliminar suscitada (...).

Nessa mesma esteira, afigura-se-me oportuno trazer à colação excertos das contra-razões ofertadas, às fls. 347/350, pela Acusação, *in verbis*:

(...) Às fls. 16/17, o laudo técnico do IBAMA forneceu as informações necessárias e concluiu que houve supressão de vegetação característica do ecossistema manguezal, bioma de preservação permanente.

O laudo pericial de fls. 221/229, elaborado nos autos da Ação Anulatória nº 2002.84.00.000191-0, foi anexado aos autos como prova emprestada. Tem-se como respostas aos quesitos formulados que o procedimento adotado pela fiscalização do IBAMA foi correto, que a Licença de Operação da empresa estava desatualizada, que houve sim desmatamento de área de mangue.

Conforme a legislação ambiental vigente, uma empresa do ramo a que se dedica o apelante só estará regularizada ambientalmente quando suas licenças de operação e cadastral estiverem anualmente renovadas, atendendo a todas as solicitações dos órgãos competentes.

A condenação não se deu com base única e exclusivamente em prova emprestada, mas sim com fundamento em todos os elementos do conjunto probatório dos autos.

É pacífica nos tribunais a possibilidade de utilização da prova emprestada para corroborar as demais, sem que isso signifique cerceamento ao direito de defesa da parte, sendo-lhes dadas as oportunidades processuais para manifestar-se (...).

Sendo pois inquestionável a validade da prova emprestada, não há razão para que seja realizada inspeção judicial como requerido pelo apelante (...).

É de corroborar-se, quanto à rejeição das preliminares, o entendimento da Magistrada singular, porquanto não verifico a ocorrência de cerceamento de defesa. Neste sentido, bem ponderou a Exma. Procuradora Regional da República, quando da oferta do

Parecer (fl. 356): “(...) a preliminar de cerceamento de defesa argüida pelo recorrente não procede, visto ser possível a utilização de prova emprestada em processo criminal proveniente de instrução cível, desde que as partes sejam as mesmas. Não acarreta a nulidade da sentença o emprego de tal prova se a decisão não se prender apenas por ela, fundamentando-se em outros fatos. Entendeu o juiz ser a inspeção requerida pelo apelante desnecessária para formar o seu convencimento (...)”.

E é a hipótese, uma vez que ao indeferir realização de nova perícia (fls. 289/290), o juízo *a quo* considerou o laudo de fls. 221/229 e 233/241 (laudo elaborado nos autos da ação ordinária anulatória nº 2002.84.00.000191-0 da 2ª Vara/RN) como prova emprestada. Frise-se que a defesa, intimada da juntada do laudo egresso da ação ordinária para esta ação penal, impugnou as suas conclusões - fls.251/258, ou seja, houve obediência ao contraditório e a ampla defesa.

Diante de todas estas considerações, rejeito as preliminares argüidas pela defesa e passo à análise do mérito.

MÉRITO

REQUERIMENTOS DO RÉU

1) Absolvição pela aplicação do *in dubio pro reo*.

No mérito, a defesa pugna pela absolvição, aduzindo, para tanto, a aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Conforme se verifica dos autos, mais precisamente às fls. 16/17, o laudo técnico do IBAMA forneceu as informações necessárias e concluiu que houve supressão de vegetação característica do ecossistema manguezal.

Do teor do Parecer Técnico de fl. 18, colhe-se que: “...**houve supressão de vegetação característica do ecossistema manguezal, bioma este de Preservação Permanente (Lei nº 4.771/65)**”. [Destaquei].

O laudo pericial de fls. 221/229 comprova o desmatamento de aproximadamente 0,2 ha. de área de vegetação de mangue (bioma de preservação permanente, devido à sua importância para o meio ambiente, especialmente, responsável pela desova de diver-

sas espécies, servindo-lhes de berçário e local de alimentação de fauna).

Referido laudo comprovou, ainda, que a empresa do réu estava com licença de operação desatualizada, funcionando de forma irregular à época do auto de infração.

Afigura-se-me oportuno registrar excertos das alegações finais ofertadas pelo MPF, fls. 294/295, *in verbis*:

(...) No mesmo sentido, a perícia realizada na ação anulatória ajuizada pelo réu, juntada como prova emprestada às fls. 221/229 dos presentes autos, dá conta do desmatamento de 0,2 ha., aludindo que "o procedimento adotado pela fiscalização do IBAMA foi correto para a situação existente no momento da vistoria", bem como que "a área desmatada encontra-se em processo de recuperação natural, com rebrotamento da vegetação na área". Corroborando-se tudo isso, temos ainda o depoimento testemunhal de RICARDO DE MELO CABRAL, constante às fls. 169/170.

Frise-se o registrado pela Exma. Juíza sentenciante, quando da prolação da sentença, *in verbis*:

(...) De fato, de todo o conjunto probatório em análise, vê-se a improcedência da tese do denunciado quando defende que, no local onde hoje explora a carcinicultura, antigamente existia uma salina, e não vegetação de mangue, sendo impossível o desenvolvimento desta no local. É que, também, segundo a testemunha RICARDO DE MELO CABRAL (fls. 169/170), fiscal do IBAMA designado para "missão" na propriedade do denunciado, a área utilizada pelo acusado com o fito de manter sua produção de camarão trata-se, na verdade, de área de vegetação de mangue. Nesse sentido, vale conferir o respectivo depoimento:

[...] que efetivamente foi constatado que aquela empresa havia promovido o corte de vasta área de vegetação de mangue, provavelmente com a finalidade de aumentar as áreas reservadas aos viveiros de camarões; que além da prática do corte da vegetação do mangue, aquela empresa também não dispunha da autorização do IDEMA, órgão estadual competente para autorizar criação de camarões no Estado do Rio Grande do Norte [...].

Desse modo, resta sobejantemente comprovada a ocorrência do desmatamento da área de vegetação protetora de mangues, na propriedade do denunciado, localizada em Barra de Cunhaú, Município de Canguaretama, neste Estado.

Finalmente, quanto à autoria, importa mencionar que nos autos não remanescem dúvidas de ser o acusado o sujeito ativo dos crimes ambientais a si atribuídos através da peça acusatória, na medida em que ele é o proprietário da área de viveiros de camarão e Diretor Presidente da Marine - Maricultura do Nordeste S/A, localizada em Barra de Cunhaú, Canguaretama/RN, conforme atestam as informações por ele prestadas em seu interrogatório às fls. 110/112, onde afirma, em sua qualificação ser "médico e empresário (Diretor Presidente da Empresa Marine - Maricultura do Nordeste S/A)", sem contar que se colocou diante dos órgãos ambientais como o proprietário do imóvel onde estavam sendo executadas atividades de carcinicultura.

Com tais considerações e elementos apurados nesta demanda penal, deve o acusado responder pelo crime do art. 38 da Lei nº 9.605/98, já que, na hipótese em riste, está caracterizada a prática de ato ilícito, antijurídico e culpável, a ensejar a sua responsabilização criminal, visto que ele era imputável ao tempo dos fatos, detendo potencial conhecimento da ilicitude da conduta que praticou, sendo-lhe perfeitamente exigível conduta diversa (...).

Incontestes a autoria e materialidade delituosas, uma vez que o réu, ao destruir área de preservação permanente com desmatamento de vegetação típica de mangue, perfez o tipo penal, inclusive, aplicado na sentença recorrida, qual seja - o do artigo 38 da Lei nº 9605/98, que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Diante de tais considerações, não há como acolher-se o argumento da defesa de ausência de prova ou mesmo de dúvida em relação a tais provas a ensejar a absolvição pela aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

2) Dosimetria da Pena: aplicação pelo Magistrado sentenciante de pena superior às previstas no Auto de infração administrativo.

Aduz, ainda, a defesa que o dispositivo aplicado pela Exma. Juíza Sentenciante – artigo 38 da Lei nº 9.605/98 – tem pena muito superior às cominadas aos artigos registrados no auto de infração (arts. 50, 70 e 72 da Lei 9.605/98).

Tal argumento não há como prosperar, visto que, conforme registrado acima, a conduta do réu está tipificada no artigo 38 da Lei nº 9.605/98, tipo penal pelo qual o réu foi, inclusive, denunciado pelo MPF, bem como ter sido solicitada a sua condenação, pelo mesmo MPF, quando das alegações finais.

Registre-se trecho da denúncia ofertada pelo MPF, *in verbis*:

(...) O auto de infração de fls.04/09, o laudo técnico de fls. 10/12 e levantamento planialtimétrico de fls.13/14 comprovam a infração.

É importante lembrar que o Código Florestal (Lei nº 4.771/65), no seu artigo 2º, *f*, estabelece como de preservação permanente as florestas e demais formas de vegetação natural localizada nas restingas, com fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues.

De observar-se, assim, que a conduta ora narrada subsume-se no tipo do art.38, *caput*, da Lei nº 9.605/98, cuja redação é: “Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção: Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente (...)”.

Importa fazer menção à “nota de rodapé nº 2” (fl. 4) incluída na denúncia ofertada pelo MPF, *in verbis*:

(...) O MPF deixa denunciar o autor da infração, isoladamente ou em concurso formal, pelo crime previsto no art. 50 da Lei nº 9.605/98, cuja redação é "Destruir ao danificar florestas nativas ou plantadas ou vegetação fixadora de dunas, protetora de mangues, objeto de especial preservação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa". Segundo NICOLAU DINO DE CASTRO E COSTA NETO, ob. cit. p. 269: "a proteção penal aqui se volta para as formações florestais

nativas ou plantadas, bem como às formas de vegetação fixadoras de dunas e protetoras de mangues, as quais são consideradas de preservação permanente, nos termos do art. 2º, e, do Código Florestal. Deve-se destacar a expressão objeto de especial preservação, a demonstrar que outro ato normativo deve gravar a formação florestal ou a vegetação". No mesmo sentido leciona PAULO AFFONSO LEME MACHADO quando diz que a "especial preservação" pode ser conferida por múltiplos instrumentos jurídicos, de caráter geral ou específico, como leis, decretos, resoluções, portarias e instrução (MACHADO, Paulo Affonso Leme(...)). Portanto, é verdade que a "vegetação fixadora de dunas e a vegetação protetora de mangues passaram a ter dupla proteção penal: a primeira como florestas de preservação permanente - arts. 38 e 39 da Lei 9.605/98 (art. 2º, f, e art. 3º, b, da Lei 4.771/65) e, também, art. 50 da Lei 9.605/98"(...). Entretanto, no caso presente, como não há, quanto à área objeto da conduta delituosa, outro ato normativo considerando-a objeto de especial proteção(...), não se deve denunciar pelo crime do artigo 50 ou por este e pelo art. 38, *caput*, em concurso formal.

Entendendo que as provas carreadas aos autos mostram-se suficientes para conferir certeza da materialidade e autoria delitivas, impondo-se confirmar a tipificação posta no decreto singular.

Neste sentido, registre-se excertos das contra-razões de apelação (fls. 349/350) ofertadas pela acusação:

(...) Para demonstrar de forma cabal a autoria e a materialidade do delito, transcreve-se trecho do depoimento da testemunha Ricardo de Melo Cabral (fls. 169/170):

(...) Que ele, depoente, é fiscal do IBAMA e recebeu a missão de, juntamente com colegas inclusive vindos de Brasília, irem fazer uma fiscalização no litoral do Rio Grande do Norte, e mais especificamente em empresas que se dedicam à criação de camarões, entre as quais a MARINE - MARICULTURA DO NORDESTE S/A; que, efetivamente, foi constatado que aquela empresa havia promovido o corte de vasta área de vegetação de mangue, provavelmente com a finalidade de aumentar as áreas reservadas viveiros de camarão (...).

A extensão da vegetação protetora de mangue desmatada pelo apelante, se 1,0 ha. ou 0,2 ha., não faz diferença, pois ainda que menor a extensão do dano, o ilícito subsiste.

Desta feita, os fatos narrados na peça acusatória restaram provados, não havendo dúvidas acerca da autoria e materialidade do crime imputado ao apelante, pelo que merece ser mantida a sentença recorrida em todos os seus termos (...).

Ex positis, rejeito as preliminares argüidas pelo réu e, no mérito, nego provimento ao recurso de apelação.

É o meu voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.161-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelados: SUELY NERE DE ARAÚJO E OUTRO, VERA LÚCIA MARIA DOS SANTOS, LÚCIA MARIA MUDO, ANTÔNIO EUFRÁSIO DA SILVA, MARIA CLARA DE LIMA E OUTRO, EDOGIVAL SILVA POMPEU E OUTROS
Advs./Procs.: DRS. GERALDO SIMÕES FORTUNA JÚNIOR (1^{os} APDOS.), DARCI LEOCÁDIA COELHO GOUVEIA (3^a APDA.), EDNEIDE MONTEIRO COELHO (4^o APDO.), MÁRCIO RÔMULO SIQUEIRA ALENCAR (5^a APDA.)
Def. Dativos: DRAS. MARIA LUCIMAR DA SILVA CAVALCANTE (2^a APDA.) E MARIA LUCIMAR DA SILVA CAVALCANTE (6^{os} APDOS)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL DO MPF. CRIME DO ART. 312 DO CPB. PECULATO-DESVIO. BENEFICIADOS PELO PROGRAMA DE FRENTES PRODUTIVAS DE TRABALHO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA NÃO CONFIGURADAS. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO. CONDENAÇÃO DOS DOIS PRIMEIROS DENUNCIADOS. EMENDATIO LIBELLI. APLICAÇÃO DA PENA IN CONCRETO. MÍNIMO LEGAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. APELAÇÃO DO MPF PARCIALMENTE PROVIDA. - Não há prova nos autos de que os 27 beneficia-

dos pelo Programa Frente Produtiva de Trabalho tenham agido com dolo de desviar verbas e apossar-se do que não lhes pertencia, até porque, de acordo com os diversos depoimentos prestados em juízo, acreditavam ter direito aos recursos, já que efetivamente executaram atividades de agricultura, após cadastramento junto ao programa, o que, ao que entenderam, justificaria o pagamento efetuado, mesmo sendo alguns deles servidores públicos municipais.

- Em relação aos dois primeiros denunciados, a materialidade e a autoria do delito restaram devidamente comprovadas. O fato se subsume perfeitamente ao tipo objetivo descrito no art. 312, caput, do CPB (peculato-desvio), havendo alteração do destino do dinheiro público, isso porque as verbas oriundas do Poder Executivo Federal, destinadas a todos os Municípios componentes da área de atuação da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste que atendessem a determinados requisitos, foram, de acordo com as normas básicas de operacionalização do programa, direcionadas a trabalhadores rurais carentes, em consequência da seca, não estando na esfera de atribuições dos servidores públicos, sem qualquer autorização legal, a destinação a outras finalidades, ainda que para complementar salário auferido por servidor público municipal no desempenho de atividades burocráticas para implementação do programa.

- Aplicação do instituto da emendatio libelli, definido no art. 383 da lei penal adjetiva, já que a hipótese dos autos é do peculato descrito no art. 312, caput, do CPB, e não peculato-furto, capitulado no parág. 1º do mesmo artigo, no que faço a ressalva de aplicá-lo unicamente aos membros integrantes da comissão, por entender provada, em relação aos dois, a materialidade e a autoria do delito.

- **Considerando que o Código Penal Brasileiro prevê o quantum de 2 a 12 anos de reclusão e multa para o delito de peculato, e tendo em vista que os acusados têm bons antecedentes, bem assim não havendo qualquer circunstância judicial desfavorável aos mesmos (art. 59 do CPB), aplica-se a pena-base no mínimo legal de 2 anos de reclusão, fazendo-se definitiva neste quantum, haja vista a inexistência de agravantes, ou de qualquer causa de aumento ou diminuição.**
- **A prescrição retroativa atinge a pretensão punitiva tendo por base a pena in concreto, cujo termo inicial pode ser a data do fato, fluindo até o recebimento da denúncia ou queixa, ou entre esta e a sentença condenatória.**
- **Extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de ACR 5.161-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em dar parcial provimento à apelação do MPF e declarou extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 13 de novembro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Cuida-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal, em adversidade à sentença de fls. 1.210/1.232, da lavra do eminente Juiz Federal da 17ª Vara Federal da SJ/PE que julgou improcedente a pretensão punitiva do Estado e absolveu os

réus, ao argumento de que os fatos narrados na denúncia não constituem infração penal (art. 386, III, do CPP).

2. Narra a peça delatória inaugural que os acusados teriam concorrido para que fossem perpetradas irregularidades na execução do Programa de Frentes Produtivas de Trabalho, instituído pela Lei Federal 8.651/93, que destinou recursos ao Município de Ipubi-PE, no período de 1993, objetivando oferecer ocupação produtiva aos trabalhadores rurais carentes, em conseqüência da seca, o que configuraria, ao menos em tese, a prática do delito de *peculato-furto*, previsto no art. 312, parág. 1º, do CPB (fls. 4/8).

3. Em sua apelação (fls. 1.234/1.239), o *Parquet* Federal requer a reforma da decisão proferida pelo MM. Juiz *a quo*, para que os acusados sejam condenados pela prática do delito de *peculato-furto*, capitulado no art. 312, parág. único do CPB, alegando, para tanto, que restam comprovados nos autos a autoria e a materialidade do referido crime.

4. A apelada Suely Nere de Araújo apresentou contra-razões (fls. 1.246/1.259) dizendo que trabalhava junto à frente produtiva, e que diante da má remuneração que percebia, pensou ter direito ao benefício, passando a recebê-lo, em vista de cadastramento realizado e cancelado posteriormente, ambos de forma alheia a sua vontade. Afirmou que não tinha conhecimento da irregularidade em sua inscrição, pelo fato da própria lei instituidora do programa não vedar esse tipo de participação.

5. Já Horlando Antônio de Souza, ao impugnar o recurso do MPF (fls. 1.261/1.270), afirmou que não resta comprovada nos autos qualquer conduta ilícita perpetrada pelo mesmo.

6. Em suas contra-razões ao recurso (fls. 1.274/1.276 e 1.277/1.279), os apelados Lúcia Maria Mudo e Antônio Eufrásio da Silva, afirmaram que a sentença absolutória não deve ser alterada; argumentaram que os antecedentes dos mesmos são dos melhores, bem assim que continuam a trabalhar, possuindo endereço certo e profissões definidas e não representam qualquer ameaça para a sociedade.

7. Maria Clara de Lima e Iraci Delmondes Pereira, também contra-arrazoaram o recurso do MPF (fls. 1.281/1.282). Argüiram que está provado nos autos que os acusados não agiram com o

dolo de subtrair dinheiro ou valores pertencentes ao erário federal; reconheceram que houve irregularidades na destinação das verbas públicas federais, porém disseram que a análise de tais irregularidades cabe à esfera administrativa.

8. Por último, apresentaram contra-razões ao recurso do Órgão Ministerial: Dogival Silva Pompeu, Luzanira Maria de Souza, Maria José Sales, Manoel Alves de Souza, Maria Vieira de Brito Silva, Meire Ângela Ferreira Mudo, Fernando Zacarias de Oliveira, Maria de Jesus Delmondes, Francisca de Paula Freitas, Elizabeth Josefa Nunes, Maria Beatriz da Silva, Sebastião Faustino Barbosa, Josefa Inácio dos Santos, Maria Edileusa Pereira, Sebastiana Pereira da Silva, Tereza Aureliano da Silva, Maria do Socorro Pereira, Antônio Mariano da Silva, Manoel José de Souza, Maria Pereira da Silva, Luciano Pereira de Brito e José Severo de Freitas (fls. 1.289/1.291). Afirmaram que não incidiram no delito de peculato, que, ao contrário, são trabalhadores que se inscreveram para trabalhar, no intuito de coibir a marginalização e diminuir a fome.

9. No Parecer 780/2007 (fls. 1.297/1.306), o douto Procurador Regional da República, Francisco Chaves dos Anjos Neto, opina pela reforma da sentença *a quo*, para que os acusados sejam condenados pelo crime de peculato-desvio (art. 312 do CPB), com a fixação da pena no mínimo legal, sendo, logo após, reconhecida a extinção da punibilidade, devido à ocorrência de prescrição retroativa da pena *in concreto*, em virtude do decurso de prazo de quase 8 anos entre a data do recebimento da denúncia 29.07.99 (fl. 611) e a do decreto condenatório.

10. É o que havia de mais relevante para relatar.

11. Ao ilustre Revisor.

VOTO

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

1. Inconformado com a sentença proferida pelo MM. Juiz de Primeiro Grau que absolveu os acusados, o MPF interpôs recurso de apelação, requerendo a reforma da decisão e a conseqüente condenação dos acusados pela prática do crime de *peculato-furto* (art. 312, parág. 1°).

2. Segundo a denúncia (fls. 4/8 do volume 1 de 5), os acusados Dogival Silva Pompeu e Horlando Antônio de Souza, na qualidade de servidores públicos integrantes de comissão constituída no âmbito do Município de Ibupi/PE, que tinha por finalidade executar o programa de Frentes Produtivas de Trabalho, instituído pela Lei Federal 8.651/93, com o objetivo de disponibilizar ocupação produtiva aos trabalhadores rurais carentes, em conseqüência da seca, procederam em desacordo com o estabelecido na lei, cadastrando os outros vinte e sete acusados como destinatários dos benefícios do programa assistencial, sendo parte deles servidores públicos municipais, bem assim pessoas já detentoras de renda, pelo que haveriam cometido, todos em concurso de agentes, o delito capitulado no art. 312, parág. primeiro, do CPB (*peculato-furto*).

3. Dogival Silva Pompeu e Horlando Antônio de Souza, Presidente e Secretário Executivo, respectivamente, da Comissão Municipal de Coordenação/Execução do Programa de Frentes Produtivas, tinham por responsabilidade selecionar, acompanhar e fiscalizar as ações emergenciais, seleção e inscrição dos trabalhadores nas frentes de emergência e pela elaboração e encaminhamento das folhas de pagamento ao órgão pagador (fl. 123 do volume 1 de 5).

4. De acordo com o Relatório de Supervisão do Programa de Frentes Produtivas de Trabalho, acostado às fls. 114/119 do volume 1 de 5, restou concluído que qualquer tomada de decisão que não estivesse clara nas normas do Programa, deveria ser consultada à Comissão Estadual, acima da comissão constituída pelos denunciados, haja vista as diversas notícias de que pessoas haviam sido alistadas para receber o benefício de forma complementar, por conta dos salários irrisórios pagos pela Prefeitura a seus servidores. O laudo de exame contábil conclui por irregularidades no Município (fls. 324/339).

5. Na Polícia Federal, o Coordenador Regional das Frentes Produtivas, na região do Araripe/PE, Ednaldo Mendes Lima, em suas declarações, afirmou que eram passadas para os membros das comissões municipais instruções no sentido de que apenas as pessoas carentes e sem qualquer vínculo empregatício é que deveriam ser alistadas nas Frentes Produtivas, instruções essas

de acordo com a legislação e as normas que regulavam o citado programa (fl. 121, do volume 1 de 5). Por outro lado, registrou *que necessária a utilização de pessoas que já tivessem vínculo com as Prefeituras da Região do Araripe, para efetuarem os serviços burocráticos do Programa, tais como confecção de relatórios, separação de cheques, para efetivação de pagamento de alistados, bem como no auxílio do pagamento; que como não havia uma verba destinada ao pagamento desse pessoal de apoio, foram alistadas várias pessoas para realização de tais serviços, isso com a autorização verbal da Comissão Estadual da Frente Produtiva; que foram utilizadas pessoas das Prefeituras, tendo em vista que não se poderia utilizar as pessoas que trabalhavam no campo.*

6. Os acusados Dogival Pompeu da Silva e Horlando Antônio de Souza, quando interrogados em Juízo, afirmaram:

DOGIVAL POMPEU DA SILVA - que era Presidente da Comissão que executava o Programa de Frentes Produtivas de Trabalho neste Município; que no início dos trabalhos da Comissão, devido à gravidade ocasionada pela seca, grande número de pessoas procurou ajuda junto à comissão e algumas que detinham rendas foram inscritas indevidamente, porque naquela ocasião as instruções que foram dadas aos membros da Comissão não esclareciam quem deveria ser cadastrado; (...); que logo em seguida ao primeiro cadastramento foi feito um pagamento aos inscritos e esta situação prolongou-se por aproximadamente 60 dias; (...). (Fls. 636/637).

HORLANDO ANTÔNIO DE SOUZA - que realmente foram cadastrados funcionários públicos municipais, bem como pessoas que já tinham algum tipo de renda, ressalvando ele que as pessoas quando vinham se alistar não informavam que já possuíam algum tipo de renda; (...); que os demais membros da comissão eram analfabetos e ele e o presidente foram que tomaram a presente e estavam fazendo as inscrições dos candidatos que seriam cadastrados; (...). (Fls. 728/728v).

7. Da mesma forma, observe-se o que afirmaram alguns dos beneficiários do programa:

LUZINARA MARIA DE SOUZA - que era inscrita na Comissão da Frente Produtiva deste Município em 1993; que foi

inscrita por Dogival Pompeu da Silva; que nada lhe exigiu para fazer a inscrição; que, à época trabalhava na Prefeitura como auxiliar de dentista; que recebeu o benefício da Comissão durante dois meses; que por ocasião do terceiro pagamento não mais conseguiu recebê-lo, pois havia sido cortado, mas não sabe dizer por quem (...); que não deu parte do que recebeu aos acusados Dogival e Horlando, nem nunca viu alguém pagando alguma coisa aos mesmos; (...). (Interrogatório de Luzinara Maria de Souza, fls. 638/639).

MARIA CLARA DE LIMA - que realmente foi inscrita na Comissão da Frente Produtiva deste Município em 1993 e sua inscrição foi feita por Dogival Pompeu; que nada pagou a Dogival Pompeu pela inscrição; que também trabalhava para Prefeitura de Ipubi, como zeladora; (...); que à época que foi inscrita perguntou a Dogival Pompeu se havia algum problema para ela se inscrever, uma vez que era funcionária do Município, tendo Dogival lhe dito que não tinha problema, pois o que ela ganhava era muito pouco e não dava para sobreviver e que o então Prefeito do Município de Ipubi, Valdemar Vicente, havia mandado que fizesse a inscrição da depoente na referida Comissão; (...). (Maria Clara de Lima, fls. 640/641).

NELY ALVES DA CRUZ - que referida comissão era presidida pelo denunciado Dogival Silva Pompeu; que a remuneração da declarante e de outros colegas que integravam a comissão era baixa, porém o trabalho era excessivo (...); que para reforçar a remuneração da declarante e de seus colegas, os componentes da comissão também foram cadastrados para receberem a verba destinada aos trabalhadores rurais carentes; (...). (Nely Alves da Cruz, fls. 640/641).

8. Na hipótese em apreço, é atribuída aos denunciados a prática do delito de peculato. O Código Penal Brasileiro define tal delito da seguinte maneira:

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parág. 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

9. O núcleo do tipo do *caput* está representado pelos verbos apropriar-se e desviar, no sentido de apossar-se ou dar destino indevido aos valores, em proveito próprio ou alheio. Portanto, faz-se mister comprovar que houve apropriação ou desvio dos valores ou bens e que o acusado ou alguém ligado a ele se beneficiou injustamente com o produto do crime. Já o parág. 1º descreve o peculato-furto, hipótese em que o funcionário público não tem a posse do bem.

10. No que pertine aos vinte e sete beneficiários do aludido programa, não há prova nos autos de que os mesmos tenham agido com dolo de desviar verbas e apossar-se do que não lhes pertencia, até porque, de acordo com os diversos depoimentos prestados em juízo, acreditavam ter direito aos recursos, já que efetivamente executaram atividades, a maioria dos beneficiados, de fato, exerceu atividades de agricultura, após cadastramento junto ao programa, o que, ao que entenderam, justificaria o pagamento efetuado, mesmo sendo alguns deles servidores públicos municipais.

11. Razão assiste ao MPF quando afirma que todos os denunciados, beneficiários do programa, tinham consciência de serem servidores públicos e sabiam da qualidade também de servidores públicos dos dois primeiros denunciados, porém, tal circunstância não poderá, sozinha, fazer com que se aplique a todos a regra inserta no art. 312. Tal se dá porque é imprescindível que se analise a presença do dolo na conduta dos demais denunciados beneficiários, o que, como restou asseverado acima, não foi evidenciado nos autos.

12. O que se observa nos autos é que a grande maioria dos beneficiários são pessoas humildes, alguns deles analfabetos, que auferiram irregularmente um salário mínimo por mês, no período que oscilou de dois a quatro meses (fls. 324/339), sendo parte composta de servidores públicos municipais, que exerciam ativi-

dades de pouca expressão na Prefeitura de Ibupi/PE, como é o caso da Sra. Maria Clara de Lima, zeladora da Prefeitura, incluindo-se também professoras municipais, que, da mesma forma, auferiam renda de pouca monta e trabalharam junto à frente, já que seria uma forma de complementar os rendimentos recebidos do ente federativo. Dos depoimentos se verifica que houve efetivamente o trabalho em obras do Município, ou mesmo no escritório da comissão, após cadastramento irregularmente efetuado pelo Presidente Dogival Pompeu da Silva, o que fez os demais beneficiados denunciados entenderem como justo o pagamento.

13. Aspecto que chama a atenção no interrogatório da denunciada Maria Clara de Lima, zeladora da municipalidade, é o de afirmar que Dogival Pompeu da Silva *lhe havia dito que não tinha problema, pois o que ela ganhava era muito pouco e não dava para sobreviver e que o então Prefeito do Município de Ipubi, Valdemar Vicente, havia mandado que fizesse a inscrição da depoente na referida Comissão, o que revela, inclusive, um possível interesse político no cadastramento das pessoas que não atendiam ao disposto na lei.*

14. Confira-se, por oportuno, excerto de julgado proferido por este Tribunal Regional:

PENAL. PROCESSO PENAL. PECULATO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS.

1. O delito de peculato, ínsito no art. 312, do CPB, somente se caracteriza em sendo verificado o dolo, atinente à vontade de desviar ou apropriar-se.

2. As provas coligidas aos autos não são hábeis a implicar, indubitavelmente, a certeza da autoria delitiva, tampouco restou demonstrado que o réu apropriara-se dos equipamentos, ainda que temporariamente, pois os mesmos foram a posterior improvidos. (...). Apelação improvida. (ACR 1.777/PE, Rel. Des. Federal Araken Mariz, DJU 27.10.00, p. 1.681).

15. E nem se diga que a hipótese dos beneficiados indevidamente seria de peculato culposo, previsto no parágrafo 2º do aludido artigo, é que essa figura delitiva pressupõe uma participação culposa em conduta dolosa alheia. O funcionário dever agir impedindo a ação delituosa de outrem, se não o faz, responde a título de

culpa (imprudência, negligência ou imperícia). E não foi culposa a conduta porque os beneficiados não criaram culposamente qualquer oportunidade para receber os benefícios, ao contrário, foram escolhidos pelos membros da comissão, e acreditavam fazer jus às parcelas, do que, pelas circunstâncias dos autos, não estariam obrigados ao dever de cuidado.

16. Já com relação a Dogival Pompeu da Silva e Horlando Antônio de Souza, membros da Comissão constituída no Município de Ipubi/PE, destinada à execução do Programa de Frentes Produtivas de Trabalho, as provas dos autos evidenciam que os dois cometeram o delito de *peculato-desvio*, capitulado no art. 312, *caput*, do CPB, isso porque as verbas oriundas do Poder Executivo Federal, destinadas a todos os Municípios componentes da área de atuação da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste que atendessem a determinados requisitos, foram, de acordo com as normas básicas de operacionalização do programa, direcionadas a trabalhadores rurais carentes, em conseqüência da seca (fl. 122 do volume 1 de 5), não estando na esfera de atribuições dos servidores públicos acima referidos, sem qualquer autorização legal, a destinação a outras finalidades, ainda que para complementar salário auferido por servidor público municipal no desempenho de atividades burocráticas para implementação do programa.

17. É que os denunciados acima mencionados alteraram o destino das verbas públicas cuja aplicação se encontrava na esfera de suas atribuições, destinando-as a pessoas outras que não as descritas no Programa de Frentes Produtivas de Trabalho, e tal fato, como bem afirmou o ilustre Magistrado *a quo*, configura ilícito administrativo, do que nada impede subsumir-se ao descrito no *caput* art. 312, *caput*, do CPB, sendo, também, ilícito penal; e nesse ponto discordo do MM. Juiz.

18. E diga-se, também, que não há como considerar as afirmações realizadas na Polícia Federal por Ednaldo Mendes Lima, a uma, porque autorização verbal não pode regulamentar o disposto em lei, hipótese um tanto absurda; a duas, porque foram cadastradas também pessoas analfabetas, que não tinham qualquer familiarização com as questões burocráticas da Prefeitura,

tais como merendeiras, zeladora, motorista etc., essas pessoas não trabalharam junto à comissão, e sim em outros trabalhos, como a exemplo da servidora pública municipal denunciada Maria Beatriz da Silva, faxineira da Prefeitura, que procedeu limpeza numa ladeira, o que demonstra que exerceu atividade rural de capinagem; a três, não há qualquer previsão, na lei, de remuneração do pessoal de apoio por meio do benefício aludido.

19. Pois bem, foi ilícito administrativo, passível de controle pelo Judiciário, porque afrontou princípio basilar do regime jurídico administrativo, qual seja, o da indisponibilidade do interesse público, que impõe restrições ao desempenho das atividades administrativas, em decorrência do que a Administração somente pode atuar quando houver lei que direcione as suas atividades, dentro dos limites também estipulados pela lei (*princípio da legalidade administrativa*). E, também, foi ilícito penal, porque o fato, repise-se, se subsume perfeitamente ao tipo objetivo descrito no art. 312, *caput*, do CPB, havendo alteração do destino do dinheiro, bem assim revela o elemento normativo trazido pelo mesmo artigo, referente à posse das verbas em razão do cargo público.

20. Neste ponto, aplico o instituto da *emendatio libelli*, definido no art. 383 da lei penal adjetiva, fazendo minhas as palavras do ilustre Procurador Regional da República Francisco Chaves dos Anjos Neto, no que afirma que a hipótese seria do peculato descrito no art. 312, *caput*, do CPB, e não peculato-furto, capitulado no parág. 1º do mesmo artigo, no que faço a ressalva de aplicá-lo unicamente aos membros integrantes da comissão, Dogival Pompeu da Silva e Horlando Antônio de Souza, por entender provada, em relação aos dois, a materialidade a autoria do delito. Veja-se o que afirmou o ilustre membro do *Parquet* Federal:

se no peculato-apropriação os valores comprovadamente devem ir para o autor do crime, no segundo caso, de peculato-desvio, o autor do crime dá ao objeto material destinação diversa daquela a que tinha sido confiado, podendo o proveito do crime ficar com ele ou com terceiro. Vê-se, portanto, que o tipo penal em estudo é muito mais abrangente, reprimendo tanto o funcionário que se apropria de valores para si, como aquele que desvia dinheiro público, em proveito próprio ou alheio, por estar comportando-

se de forma inadequada em relação à confiança que a administração depositou nele e trazendo-lhe prejuízos. (Fl. 1.303).

21. Ainda sobre o crime de peculato, ensina Romeu de Almeida Salles Júnior:

A lei tem em vista proteger a Administração Pública. Abrange ainda a proteção jurídica à moralidade em termos de administração e de tutela do patrimônio público. Muito semelhante à apropriação indébita (art. 168), dela difere por ser o peculato crime funcional. (Código Penal Interpretado, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 849).

22. Passo, portanto, à análise e definição da dosimetria da pena a ser aplicada aos réus, atendendo ao sistema trifásico estabelecido no art. 68 do CPB, valorando as circunstâncias judiciais trazidas pelo art. 59 do CPB.

23. No que se refere à pena a ser aplicada, considerando que o Código Penal Brasileiro prevê o *quantum* de 2 a 12 anos de reclusão e multa para o delito de peculato, e tendo em vista que os acusados Dogival Pompeu da Silva e Horlando Antônio de Souza têm bons antecedentes, como se observa às fls. 1.156/1.184, bem assim não havendo qualquer circunstância judicial desfavorável aos mesmos (art. 59 do CPB), aplico a pena-base no mínimo legal de 2 anos de reclusão, que faço definitiva, haja vista a inexistência de agravantes, ou de qualquer causa de aumento ou diminuição. Em face das circunstâncias legais e judiciais ponderadas para a fixação da pena privativa de liberdade, e da condição financeiro-econômica dos réus, determino a pena de multa, referente a 100 dias-multa, nos termos do art. 49 do CPB, cada dia multa no valor de 1/30 do salário mínimo mensal vigente.

24. Nesse instante, cabe analisar a ocorrência da extinção da punibilidade, em face da prescrição retroativa.

25. Sobre a matéria, o parág. 1º do art. 110 do CPB preceitua o seguinte:

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam um terço, se o condenado é reincidente.

Parág. 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

26. Eis que de acordo com o dispositivo penal acima transcrito, a prescrição retroativa é regulada pela pena definitiva fixada na sentença penal condenatória, quando não houver mais possibilidade de modificação da decisão pela acusação, e ocorre com o decurso de prazo entre uma das datas interruptivas da prescrição, quais sejam, entre a data de consumação do delito e a do recebimento da denúncia, ou entre esta e a da sentença condenatória.

27. Realmente, no caso em apreço, verifica-se que o fato delituoso ocorreu em 1993 e o recebimento da denúncia se deu em 29/07/1999 (fl. 611), segue que, entre a data do fato e a da recepção da denúncia, transcorreu lapso de tempo superior a quatro anos; a prescrição da conduta típica, de acordo com o art. 109 V do CPB, para os casos em que a pena é fixada em dois anos, se opera em 4 anos para os acusados, veja-se:

Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no art. 1º e 2º do art. 110 deste código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

(...);

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

(...).

28. Importante ressaltar que a prescrição da pena de multa ocorre no mesmo prazo estabelecido para a prescrição das penas privativas de liberdade, quando aplicada cumulativa ou alternativamente, como está previsto no art. 114, inciso II, do CPB.

29. Por tais razões, declaro extinta a punibilidade em relação aos acusados Dogival Pompeu da Silva e Horlando Antônio de Souza, pela ocorrência da prescrição retroativa.

30. Diante de todo o exposto, nego provimento à apelação do MPF, no que concerne aos denunciados Luzanira Maria de Souza, Maria Clara de Lima, Maria José Sales, Vera Lúcia Maria dos Santos, Manoel Alves de Souza, Maria Vieira de Brito Silva, Antônio Eufrásio da Silva, Iraci Delmondes Pereira, Meire Ângela Ferreira

Mudo, Fernando Zacarias de Oliveira, Sueli Nere de Araújo, Lúcia Maria Mudo, Maria de Jesus Delmondes, Francisca de Paula Freitas, Elizabete Josefa Nunes, Maria Beatriz da Silva, Sebastião Faustino Barbosa, Josefa Inácio dos Santos, Maria Edileusa Pereira, Sebastiana Pereira da Silva, Tereza Aureliano da Silva, Maria do Socorro Pereira, Antônio Mariano da Silva, Manoel José de Souza, Maria Pereira da Silva, Luciano Pereira de Brito e José Severo de Freitas.

31. Por outro lado, reconheço a caracterização do delito descrito no art. 312 do CPB, em sua modalidade peculato-desvio, com relação aos acusados Dogival Pompeu da Silva e Horlando Antônio de Souza, e declaro extinta a punibilidade em relação aos mesmos, pela ocorrência da prescrição retroativa.

32. É este o meu voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 74.024-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA, SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE - SEMACE

Apelada: CONSTRUTORA WALDYR DIOGO LTDA.

Advs./Procs.: DRS. MARIA DO SOCORRO SAMPAIO E OUTROS (2º APTE.), MICHELE MOURÃO MATOS (3º APTE.), FRANCISCO REGIS AGUIAR MOTA (APDA.)

EMENTA: AMBIENTAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DA SEMACE. EMBARGO DE OBRA PARA CONSTRUÇÃO DE LOTEAMENTO. AUSÊNCIA DE ATO PRATICADO PELO IBAMA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO IBAMA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA

FEDERAL. REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA ESTADUAL. APELAÇÕES PROVIDAS.

- Trata-se de recursos de apelação interpostos em face da sentença que, confirmando a liminar anteriormente concedida, em sede de mandado de segurança, autorizou a realização das obras necessárias à implantação dos lotes 10, 14 e 15 do Loteamento Jardim Fortaleza pela construtora-impetrante, em vista do embargo de tais obras pela SEMACE, sob o argumento de que haveria desmonte de dunas e aterramento de recurso hídrico.

- O objeto da presente demanda é fazer cessar ato reputado coator praticado pelo SEMACE, que embargou o andamento das obras necessárias à implantação dos lotes 10, 14 e 15 do Loteamento Jardim Fortaleza pela impetrante, ora apelada.

- Constata-se não ter o IBAMA praticado nenhum ato contrário à pretensão da empresa-impetrante, não devendo, dessa forma, integrar o pólo passivo do presente mandado de segurança, consoante parecer da douta Procuradoria Regional da República da 5ª Região. Vale ressaltar que os únicos documentos anexados referentes ao IBAMA apenas comprovam que o mesmo não se insurgiu, em momento algum, contra a obra objeto desta demanda; havendo, inclusive, nos autos, um relatório técnico do Instituto (fl. 469) concluindo que os referidos lotes não estão situados em área de preservação permanente.

- Apelações providas para reconhecer a ilegitimidade passiva do IBAMA e a incompetência da Justiça Federal, anulando-se os atos decisórios proferidos. Remessa dos autos à Justiça Comum Estadual. Prejudicadas as demais questões suscitadas em sede recursal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia 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, 13 de dezembro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público Federal (fls. 385/416), pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA (fls. 435/438) e pela Superintendência Estadual do Meio Ambiente-SEMACE (fls. 440/452) em face da sentença proferida, às fls. 348/351, pelo MM. Juiz Federal da 5ª Vara-CE, Dr. Antônio Carlos de Martins Mello, que, confirmando a liminar anteriormente concedida, em sede de Mandado de Segurança, autorizou a realização das obras necessárias à implantação dos lotes 10, 14 e 15 do Loteamento Jardim Fortaleza – situado na confluência das avenidas Padre Antônio Tomás e Sebastião de Abreu, no bairro Papicu, na cidade de Fortaleza-CE – pela Construtora Waldyr Diogo Ltda, tendo em vista terem sido tais obras embargadas pela SEMACE sob o argumento de que haveria desmonte de dunas e aterramento de recurso hídrico.

O MM. Juízo *a quo*, no dia 11 de novembro de 1999, realizou a distribuição urgente do presente mandado de segurança, sob o fundamento de que o Juiz plantonista se encontrava inacessível ao público (em audiência), e por dependência, por entender ser aquela Vara Federal preventiva para o processamento e julgamento do presente feito, pelo fato de haver realizado inspeções judiciais no mesmo loteamento, em tema de preservação ambiental, em processos envolvendo as mesmas partes e outras duas – o Estado do Ceará e a Construtora Bandeira de Mello (Ação Civil Pública nº 97.0006820-0).

O mesmo magistrado singular, confirmando a liminar proferida por ele e ratificada pela Presidência deste egrégio Tribunal (Suspensão de Segurança nº 5681-CE), concedeu a Segurança requestada para autorizar a continuidade do empreendimento objeto da presente ação.

O IBAMA, em suas razões recursais, pugnou pela sua exclusão do pólo passivo deste Mandado de Segurança, sob o argumento de que não praticou nenhum ato contrário à pretensão da empresa-impetrante. Alega que não houve abuso de autoridade ou violação de direito líquido e certo simplesmente porque o IBAMA não deu causa ao embargo da obra que se pretende dar continuidade com o presente *mandamus*.

Os demais apelantes, a saber, o Ministério Público Federal e o SEMACE também requereram o reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam* do IBAMA, alegando que nada justifica que o referido instituto continue integrando a relação processual, face à ausência de ato coator praticado por autoridade deste órgão que tenha afetado direito líquido e certo do impetrante. Requereram, assim, os apelantes, a exclusão do IBAMA do pólo passivo desta demanda e a conseqüente remessa do feito ao Juízo competente (Justiça Estadual), anulando-se, outrossim, todos os atos praticados de natureza decisória, dada a incompetência absoluta da Justiça Federal.

O Ministério Público Federal, nas razões de sua apelação, sustentou, preliminarmente, a inexistência de conexão entre o presente Mandado de Segurança e a Ação Civil Pública nº 97.0006820-0 e de prevenção a amparar a distribuição por dependência desta ação ao Juízo Federal da 5ª Vara-CE, por terem causa de pedir e pedido diversos. Alega, ainda, que as áreas sobre as quais recaem o objeto das referidas demanda sequer são as mesmas, eis que, enquanto a Ação Civil Pública visa proteger área pública referente ao Parque Ecológico do Cocó, o presente Mandado de Segurança discute a possibilidade de realização de obras em área de propriedade da impetrante, embora se situe nas proximidades do parque.

Aduz, ainda, o *parquet* federal o não cabimento da via do mandado de segurança neste caso, em face da necessidade de pro-

dução de prova pericial para dirimir a controvérsia acerca da caracterização ambiental da área, incompatível com a ação mandamental, a qual não admite dilação probatória.

A SEMACE, em suas razões, alega, ainda, a incompetência de juízo, nos termos no art. 5º da Lei 4.717/65 e no art. 124 da Lei 12.929/99 (Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Ceará) que prevê o Direito Ambiental como matéria de competência privativa da 18ª Vara Criminal do Estado.

Em sede de contra-razões de apelação, a impetrante, ora apelada, requereu o desentranhamento dos documentos anexados pelo Ministério Público Federal, sob a alegação da juntada inoportuna dos mesmos; sustentou a competência do juízo *a quo*, face à existência de conexão e prevenção entre as causas (Ação Civil Pública e Mandado de Segurança); aduziu não poder a Lei de Organização Judiciária dos Estados se sobrepor às leis processuais pátrias; defendeu a legitimidade passiva do IBAMA, nos termos do art. 23, VI, da Constituição Federal, bem como pugnou manutenção da sentença que concedeu a segurança, em decorrência da existência das provas pré-constituídas a seu favor, a saber, as licenças necessárias à implantação da obra e pareceres técnicos.

A douta Procuradoria Regional da República da 5ª Região, instada a se manifestar nos presentes autos, após reconhecer a regularidade formal dos recursos interpostos, opinou pelo provimento das apelações interpostas, para que seja determinada a redistribuição do presente mandado de segurança e, conseqüentemente, a anulação dos atos processuais proferidos, em face da incompetência do Juízo *a quo*. No mérito, pugna pela reforma da sentença, a fim de que a obra da impetrante seja sustada e preservado o meio ambiente.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público Federal (fls. 385/416), pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA (fls. 435/438)

e pela Superintendência Estadual do Meio Ambiente-SEMACE (fls. 440/452) em face da sentença proferida, às fls. 348/351, pelo MM. Juiz Federal da 5ª Vara-CE, Dr. Antônio Carlos de Martins Mello, que, confirmando a liminar anteriormente concedida, em sede de Mandado de Segurança, autorizou a realização das obras necessárias à implantação dos lotes 10, 14 e 15 do Loteamento Jardim Fortaleza – situado na confluência das avenidas Padre Antônio Tomás e Sebastião de Abreu, no bairro Papicu, na cidade de Fortaleza-CE – pela Construtora Waldyr Diogo Ltda., tendo em vista terem sido tais obras embargadas pela SEMACE sob o argumento de que haveria desmonte de dunas e aterramento de recurso hídrico.

De início, cumpre-me apreciar a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do IBAMA, suscitada pelo Ministério Público Federal, pelo IBAMA e pelo SEMACE, e a conseqüente declaração de incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar a presente demanda, com a anulação dos atos praticados de natureza decisória e a remessa dos autos para a Justiça Estadual.

Segundo os apelantes, o IBAMA não praticou nenhum ato contrário à pretensão da empresa-impetrante, não tendo havido abuso de autoridade ou violação de direito líquido e certo simplesmente porque o referido Instituto não deu causa ao embargo da obra que se pretende dar continuidade com o presente *mandamus*. Assim, alegam que nada justifica que o IBAMA continue integrando a relação processual, face à ausência de ato coator praticado por autoridade deste órgão que tenha afetado direito líquido e certo do impetrante.

Compulsando os autos, verifico que tais alegações merecem prosperar. De fato, observo que o objeto da presente demanda é fazer cessar ato coator que embargou o andamento das obras necessárias à implantação dos lotes 10, 14 e 15 do Loteamento Jardim Fortaleza – situado na confluência das avenidas Padre Antônio Tomás e Sebastião de Abreu, no bairro Papicu, na cidade de Fortaleza-CE – pela Construtora Waldyr Diogo Ltda.

Constato que o ato reputado pelo impetrante como coator, a saber, o embargo das referidas obras, foi realizado pela SEMACE,

através de Auto de Constatação (fl. 462), sob o argumento de que haveria desmonte de dunas e aterramento de recurso hídrico, em total desrespeito à Lei Federal 4.771/65 (que instituiu o Código Florestal) e à Resolução CONAMA nº 004/85 (que dispõe sobre as Reservas Ecológicas).

Assim, facilmente se constata não ter o IBAMA praticado nenhum ato contrário à pretensão da empresa-impetrante, não devendo, dessa forma, se encontrar no pólo passivo do presente mandado de segurança. Muito pelo contrário, já que os únicos documentos anexados referentes ao IBAMA apenas comprovam que o mesmo não se insurgiu, em momento algum, contra a obra objeto desta demanda, havendo, inclusive, nos autos, um relatório técnico do Instituto (fl. 469) concluindo que os lotes 10, 14 e 15 do Loteamento Jardim Fortaleza não estão situados em área de Preservação Permanente.

Ademais, vale a transcrição de trecho do parecer da douta Procuradoria Regional Federal da 5ª Região, a respeito da questão:

Compulsando-se os autos, percebe-se que a licença de implantação de loteamento é de competência do órgão estadual, *in casu*, a SEMACE - Superintendência Estadual do Meio Ambiente no Estado do Ceará, a qual não só emitiu a referida licença para a construtora apelada, como também embargou, posteriormente, a obra, por desobediência às condições estabelecidas na licença para a realização do loteamento. Desta forma, a legitimidade passiva neste *mandamus* é tão somente da SEMACE, visto que o IBAMA não teve participação nos fatos narrados pela apelada, tendo, apenas, na qualidade constitucional de órgão fiscal da preservação do meio ambiente, realizado vistoria técnica na área da construção do loteamento da qual resultou parecer técnico sem força licenciatória, sequer vinculante.

(...)

Ora, o fato de não ter o órgão apelante se posicionado definitivamente acerca da concessão de licença de exploração ambiental, emitindo apenas "relatório técnico" informal que sequer foi redigido em papel timbrado, não o credencia a ser impetrado em mandado de segurança.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 23, inciso VI, atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios competência comum para proteger o Meio Ambiente. Desta forma, se admitida a legitimidade passiva do IBAMA, em função da atribuição constitucional mencionada, ter-se-ia de legitimar também os outros entes federados aos quais cabe zelar pelo meio ambiente, sem que tivessem cometido algum ato lesivo ou ameaça ao direito da apelada. Diante do absurdo ao qual conduz a argumentação utilizada pela apelada em suas contra-razões, tem-se como inadmissível a manutenção do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA como sujeito passivo do mandado de segurança pertinente às apelações em questão, face à ausência de ato coator praticado por autoridade deste órgão que tenha afetado direito líquido e certo da apelada. (Fl. 536).

Dessa forma, a lide existente no presente *mandamus* envolve tão somente a Construtora Waldyr Diogo Ltda. e a Superintendência Estadual do Meio Ambiente-SEMACE, além do interesse do Ministério Público, na qualidade de defensor do meio ambiente.

Isto posto, dou provimento às apelações interpostas para reconhecer a ilegitimidade passiva do IBAMA para figurar na presente relação jurídica processual e, conseqüentemente, a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito, anulando os atos decisórios proferidos e determinando a remessa dos autos à Justiça Comum Estadual, julgando prejudicadas as demais questões suscitadas em sede recursal.

É como voto.

**APELAÇÃO EM MANDADO
DE SEGURANÇA Nº 84.892-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE
Apelante: ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
Apelado: NATAL HOSPITAL CENTER S/C LTDA.
Parte Ré: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO IVO CAVALCANTI NETTO E OUTROS (APTE.) E DRS. SERJANO MARCOS TORQUATO VALLE (APDO.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE BEM POR SOCIEDADE CIVIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 33/2001. ART. 155, § 2º, INCISO IX, ALÍNEA A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

- "O Supremo Tribunal Federal consolidou jurisprudência no sentido da inexigibilidade do ICMS na importação de bem por pessoa física ou por entidade prestadora de serviço, uma vez que o fato gerador do tributo é operação de natureza mercantil ou assemelhada. Tal entendimento tem aplicação nas hipóteses em que a importação foi realizada antes do advento da Emenda Constitucional nº 33/2001." (STJ - REsp 507.885/RJ, Segunda Turma, DJ 07/02/2007, pág. 274, Rel. Min. João Otávio de Noronha).

- Com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 33/2001, o art. 155, § 2º, inciso IX, alínea a, da Constituição Federal, passou a estabelecer que o ICMS incidirá "sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade (...)"

- No caso dos autos, o desembaraço aduaneiro não ocorreu antes do advento da Emenda Constitucional nº 33/2001, de modo que se trata de hipótese em que deve incidir o ICMS.

- Apelação remessa oficial providas.

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 remessa oficial e à apelação, na forma do relatório, voto e notas taquigráficas constante dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 11 de outubro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

Trata-se de remessa oficial e apelação cível interposta pelo Estado do Rio Grande do Norte, em face da sentença proferida pelo MM. Juízo Federal da 6ª Vara/PE, que, em sede de mandado de segurança, julgou procedente a pretensão deduzida em Juízo, concedendo a segurança pleiteada pelo Natal Hospital Center S/C Ltda. contra o Inspetor da Receita Federal do Porto de Suape-PE e o Estado do Rio Grande do Norte, com o fim de ver reconhecida a não exigência do comprovante e/ou o pagamento do ICMS no desembaraço aduaneiro de equipamentos médicos importados por sociedade civil, não contribuinte do tributo em tela.

Em suas razões de apelação, a recorrente afirma que: a) na dicção da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, ao tratar do fato gerador do imposto em questão, considerou taxativamente que esse fato gerador ocorre no momento do desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas do exterior; b) entre a data de impetração da ação mandamental (30.10.01) e a ocorrência do fato gerador propriamente dito (desembaraço aduaneiro - 02.03.2002), foi editada a Emenda Constitucional nº 33, de 11.12.2001, dando nova redação à alínea a, inciso IX, do art. 155, afastando qualquer possibilidade de questionamento acerca da legitimidade da cobrança do ICMS nas operações sobre a entrada de bem ou mercadoria importada, sendo irrelevante a condição de

ser ou não contribuinte habitual do imposto, irrelevante também a natureza da importação, se destinada a mercadoria para consumo, ativo fixo ou insumo; c) o repertório jurisprudencial que embasou a sentença apelada foi acolhido pela Suprema Corte para operações ocorridas antes da publicação da Lei Complementar nº 87/96, não servido de paradigma para sustentar a não-incidência do ICMS sobre a operação de importação de mercadoria, cujo desembaraço concretiza-se após a vigência da norma complementar e da EC nº 33/2001.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

Consoante destacado no relatório, cuida-se de remessa oficial e apelação cível interposta em face da sentença que julgou procedente a pretensão deduzida em Juízo, concedendo a segurança pleiteada pelo Natal Hospital Center S/C Ltda. contra o Inspetor da Receita Federal do Porto de Suape-PE e o Estado do Rio Grande do Norte, com o fim de ver reconhecida a não-exigência do comprovante e/ou o pagamento do ICMS no desembaraço aduaneiro de equipamentos médicos importados por sociedade civil, não contribuinte do tributo em tela.

Inicialmente, é de se destacar que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a matéria e decidiu que, tendo a incidência do ICMS na importação de mercadoria como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, seria ilegítima a cobrança do mencionado imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física ou jurídica que não fosse contribuinte do tributo em questão. Confira-se precedente da Suprema Corte acerca do assunto:

ICMS. Importação de bens por pessoa física para a prestação de seus serviços.

- O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 185.789, que versava hipótese análoga à presente, assim decidiu, por entender que, tendo a incidência do ICMS na importação de

mercadoria como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, é inexigível esse imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte dele: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO DE BEM POR SOCIEDADE CIVIL PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DO ICMS POR OCASIÃO DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. IMPOSSIBILIDADE."

Recurso extraordinário não conhecido.

(STF - RE 203.502/SP, DJ 15-03-2002, Rel. Moreira Alves)

Não obstante, é de se verificar que o mencionado entendimento foi firmado sob a vigência do art. 155 da CF/88 antes da Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001. Com efeito, com as alterações introduzidas pela EC nº 33/2001, o Texto Constitucional passou a estabelecer que o ICMS incidirá "sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade (...)". Eis o teor da alínea a, inciso IX, § 2º, do art. 155 (com a redação dada pela EC nº 33/2001).

O art. 155 da Carta Magna passou a vigor com a seguinte redação:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

IX - incidirá também:

a) **sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço;** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001) (Grifei)

De fato, a EC nº 33/2001 veio extirpar qualquer questionamento acerca da incidência do tributo em tela, sendo claro a interpretação de que deve incidir o ICMS nas operações de importação realizadas por pessoa física ou jurídica, ainda que não contribuinte habitual do tributo em evidência.

Entrementes, na hipótese em tela, o cerne da questão consiste em se verificar qual o momento em que ocorreu o desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas, já que a dicção da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, fixa esse momento como sendo o de ocorrência do fato gerador do ICMS. Assim, a depender do momento em que ocorreu o desembaraço aduaneiro será (ou não) o caso regido pelas disposições da EC nº 33/2001. A respeito do tema, verifique-se o que prevê o art. 12, IX, da LC nº 87/1996:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

IX - do desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas do exterior; (Redação anterior à LC nº 114/2002)

Na hipótese, há documento nos autos (fl. 125) dando conta de que em 06.03.2002, a mercadoria em tela ainda não havia sido desembaraçada, de modo que o fato gerador, indubitavelmente, só veio a ocorrer já sob a égide da EC nº 33/2001, que extirpa qualquer dúvida acerca da tributação do ICMS, ainda que se trate de empresa não contribuinte habitual do imposto citado.

Nesse sentido, transcrevo arestos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que asseveram ser a EC nº 33/2001 o marco para se julgar se devida ou não a incidência da tributação em testilha:

ICMS: não incidência, **anteriormente à EC 33/01**, sobre a importação de bens que se destinem ao consumo e ao ativo fixo de sociedade civil prestadora de serviços médico-hospitalares. Precedente: RE 185.789, Pl., Maurício Correa, DJ 19.05.00.

(STF - RE-AgR-AgR 318.719/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Perence, unânime. 1ª Turma, 06.12.2005) (Grifei)

TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTO. SOCIEDADE CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. ICMS. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. O Supremo Tribunal Federal consolidou jurisprudência no sentido da inexigibilidade do ICMS na importação de bem por pessoa física ou por entidade prestadora de serviço, uma vez que o fato gerador do tributo é operação de natureza mercantil ou assemelhada. **Tal entendimento tem aplicação nas hipóteses em que a importação foi realizada antes do advento da Emenda Constitucional nº 33/2001.**

2. Em decorrência do entendimento firmado pelo STF acerca da matéria, inclusive com a edição da Súmula nº 660, restou mitigada a aplicação das Súmulas nº 155 e 198 do STJ.

3. Recurso especial provido.

(STJ - REsp 507.885/RJ, Segunda Turma, DJ 07/02/2007, pág. 274, Rel. Min. João Otávio de Noronha).

Ante o exposto, dou provimento à remessa oficial e à apelação interposta pelo Estado do Rio Grande do Norte.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.401-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (CONVOCADO)
Suscitante: JUÍZO DA 17ª VARA FEDERAL DO CEARÁ
Suscitados: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE TAUÁ-CE E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Parte Autora: ERISVÂNIA FERNANDES DE OLIVEIRA
Repte. PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DR. JOÃO KENNEDY CARVALHO ALEXANDRINO (PARTE A)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ESTADUAL E FEDERAL. CAUSA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 109, § 3º, DA CF/88. COMARCA

ABRANGIDA NA JURISDIÇÃO DE VARA FEDERAL RECÉM-INSTALADA. PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA OUTORGADA AOS JUÍZES ESTADUAIS. COMPETÊNCIA RELATIVA. DECLINAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.

- O art. 109, § 3º, da Constituição Federal estabelece hipótese de competência relativa da Justiça Estadual, facultando ao segurado domiciliado em Comarca que não seja sede de Vara da Justiça Federal, o ajuizamento de ações contra a Previdência Social no foro do seu domicílio ou perante a Justiça Federal.

- A criação e instalação de Vara Federal, respectivamente, pela Lei nº 10.772/2003 e pela Resolução 30/2005 do TRF 5ª Região, não afetou a competência outorgada aos Juizes Estaduais.

- Em sendo a competência relativa firmada pelo domicílio do autor, é defeso ao Juiz, de ofício, declinar de sua competência.

- Pela procedência do conflito, a fim de que seja declarada a competência do Juízo suscitado.

ACÓRDÃO

Decide o Plenário deste egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª região, à unanimidade, conhecer do conflito para declarar competente o Juízo suscitado, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 17 de outubro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Convocado):

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 17ª Vara Federal do Ceará, localizada no município de

Juazeiro do Norte, em relação ao Juízo de Direito da Comarca de Tauá-CE, que se declarou incompetente para julgar ação de concessão de benefício previdenciário promovida por Erisvânia Fernandes de Oliveira contra o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social.

Inferre-se dos autos, que Erisvânia Fernandes de Oliveira ajuizou ação de concessão de benefício de salário maternidade contra o INSS perante o Juízo de Direito da Comarca de Tauá/CE, foro do domicílio da autora.

Ao receber os autos, o Juízo Estadual entendeu que não teria competência para analisar a lide, posto que a Lei nº 10.772/2003, criou a 17ª Vara Federal do Ceará, que tem jurisdição sobre o município de Tauá.

Diz ainda, que qualquer decisão ou despacho da Justiça Estadual seria passível de nulidade, posto que a competência em razão da matéria é absoluta, como dispõe o artigo 111, *caput*, do CPC.

O Juízo Federal, por sua vez, entendeu que com o artigo 109, § 3º da Constituição Federal, o constituinte criou um instrumento de garantia ao princípio de acesso ao Judiciário, buscando assegurar ao beneficiário que a distância entre o seu domicílio e a sede mais próxima da Justiça Federal não resultasse em óbice ao exercício do seu direito de ação.

Afirma que a Constituição Federal deu ao cidadão o direito e a opção de demandar em seu domicílio e que este benefício não pode ser revogado pela Resolução do TRF-5ª Região ou pela Lei 10.259/2001.

Destaca que, no caso, a relação entre a competência da Justiça Federal e da Justiça Estadual tem natureza relativa e não absoluta, haja vista que na Comarca de Tauá não existe uma Vara Federal ou Juizado Especial Federal. Por conseguinte, tratando-se de competência relativa, firmada pelo domicílio do autor, é de ofício ao juiz decliná-la de ofício, a teor do art. 112 do CPC e da Súmula nº 33 do eg. STJ.

O douto representante do Ministério Público Federal em seu parecer opinou pelo conhecimento do conflito, declarando-se com-

petente o Juízo Estadual de Direito da Comarca de Tauá-CE, para julgar a ação previdenciária.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator Convocado):

Sobre o mérito da dissidência suscitada, tenho que assiste razão ao Juízo suscitante, senão, vejamos:

O art. 109, § 3º, da Constituição Federal, em sua parte final, estabelece:

Art. 109 (...)

§ 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de Vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

O artigo acima transcrito visa propiciar ao segurado a faculdade de demandar a Previdência Social no foro de seu domicílio, quando este não for sede de Vara da Justiça Federal, de modo que o segurado possa valer-se do órgão jurisdicional mais conveniente à defesa de seus direitos.

A 17ª Vara Federal no estado do Ceará foi criada pela Lei nº 10.772/2003, e foi instalada pela Resolução nº 30/2005, em cujo bojo o artigo 2º, dispõe:

(...)

Art. 2º. A jurisdição das 17ª, 18ª e 19ª Varas Federais, sem prejuízo da competência outorgada aos Juizes Estaduais pelo artigo 15, I, da Lei nº 5.010/66, com fulcro no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, compreenderão os municípios abaixo especificados, na seguinte forma:

17ª Vara : Abaiara, Acopiara, Aiuaba, (...), Tauá.

Infere-se do dispositivo acima disposto, que embora a jurisdição da 17ª Vara Federal abranja o Município de Tauá, a própria resolução ressalva a manutenção da competência outorgada aos

juízes estaduais, cessando, apenas, quando a Vara Federal criada for instalada no mesmo município onde se situa a Vara Estadual na qual tiver tramitando a ação de natureza previdenciária.

Ademais, a competência, no caso, é relativa firmada pelo domicílio do autor, não sendo possível a autoridade judiciária, de ofício, declinar de sua competência.

Nesse sentido, já se manifestou esta egrégia Corte, em recente julgado:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. LIDE PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE VARA FEDERAL NO DOMICÍLIO DO AUTOR.

- Conflito negativo de competência entre a 17ª Vara da Seção Judiciária do Ceará (Juazeiro do Norte), exclusiva do Juizado Especial Federal, e o Juízo de Direito da Comarca do Barro-CE, suscitante e suscitado, respectivamente, para o julgamento de causa previdenciária.

- O segurado ou beneficiário da Previdência Social, domiciliado em comarca que não seja sede de Vara Federal, poderá ajuizar a causa previdenciária perante a justiça estadual, nos termos do § 3º do art. 109 da Constituição Federal e da Lei nº 5.010/66.

- Assegurados ao autor o acesso à justiça e o direito de opção do domicílio para interposição de ação previdenciária, sem prejuízo à defesa da autarquia-ré.

- Conflito conhecido. Competência do juízo suscitado: Juízo de Direito da Comarca de Barro - CE.

(CC - Conflito de Competência, Relator Des. Fed. Rivalvo Costa; Pleno; decisão unânime; julgado em 08/02/2006).

Corroborando com esse entendimento, transcrevo julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO. JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS - LEI 10259/01. COMARCA QUE NÃO É SEDE DE TAL JUIZADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL. ART. 109, § 3º, DACF. PRECEDENTES ANÁLOGOS.

Ainda que a presente ação de revisão de benefício previdenciário tenha sido proposta após a vigência da Lei nº 10.250/01, que criou os Juizados Especiais Federais, o

mesmo não foi ainda criado na qual reside o autor.
Aplicação do entendimento preconizado pelo art. 109, § 3º, da Constituição Federal, utilizado em precedentes análogos desta Corte de Justiça.
Conflito conhecido para declarar, na hipótese, a competência do Juízo estadual suscitado.
(CC - Conflito de Competência - 35.420; Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca; 3ª Seção; publicado em 05/04/2004)

Com essas considerações, conheço do conflito para declarar a competência do Juízo de Direito da Comarca de Tauá, ora suscitado, para o julgamento do feito.

É como voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.701-RN

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelantes: JOÃO ROBERTO DE QUEIROZ E MARIA DAS GRAÇAS ALBUQUERQUE CEZAR DE QUEIROZ
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Embargante: MARIA DAS GRAÇAS ALBUQUERQUE CEZAR DE QUEIROZ
Advs./Procs.: DRS. WALTERLUZIA MARIA EMÍLIA B. MENDES E OUTRO (1º APTE.) E EDNA APARECIDA FIDELIS DE ASSIS E OUTROS (2º APTE.)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPENDIDOS NOS PRIMEIROS EMBARGOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PROVIMENTO DO PRESENTE RECURSO.

- Consoante o art. 619 do Código de Processo Penal, admite-se embargos de declaração quando houver no acórdão “ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão”.

- *Improvemento dos primeiros embargos declaratórios opostos por Maria das Graças Albuquerque Cezar de Querioz, em 23.10.2007, em razão de: a) questões argüidas naquele recurso, representadas por eventual cerceamento de defesa ante o indeferimento de prova testemunhal, quantum da pena fixada na sentença, existência de crime tentado (e não consumado), antecedentes criminais e atenuante da confissão, não foram suscitadas pela defesa, quando do oferecimento das razões de apelação; b) tratando-se de matéria não lançada no apelo, não poderiam prosperar os embargos de declaração; c) as alegações de que as provas constantes dos autos não eram suficientes para ensejar a condenação da embargante, e de inexistência de fundamento para se chegar a uma condenação acima do mínimo legal, consubstanciavam pretensão de reexame de mérito; d) os embargos de declaração não correspondem à via correta para o reexame do mérito da causa, sendo incabível a sua interposição quando se visa apenas a nova apreciação de pontos abordados no acórdão, com o fim de inverter o resultado final da lide.*

- *Reiteração, no presente recurso, dos argumentos expendidos nos primeiros embargos. Impossibilidade.*

- *“Nos novos embargos declaratórios não se pode atacar aspectos já solucionados em embargos de declaração anteriormente opostos, nem questões que dizem respeito ao acórdão originariamente embargado”.* (STF - Embargos de Declaração em Ação Penal nº 296-4/PR, Pleno, Rel. Ministro Moreira Alves, d. unânime, 25.05.1994, DJ de 19.08.1994).

- *Improvemento dos embargos de declaração opostos por Maria das Graças Albuquerque Cezar de Queiroz, às fls. 949-984.*

ACÓRDÃO

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

Recife, 18 de dezembro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI -
Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de embargos de declaração interpostos por Maria das Graças Albuquerque Cezar de Queiroz (fls. 949-984) contra acórdão proferido pela 4ª Turma desta Corte, em 23.10.2007, quando do julgamento dos Embargos de Declaração em Apelação Criminal nº 1.701-RN, cuja ementa tem o seguinte enunciado (fls. 945-946):

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. QUESTÕES NÃO LANÇADAS NO APELO. REABERTURA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. DOENÇA MENTAL. CONVERSÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM MEDIDA DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. IMPROVIMENTO DOS EMBARGOS.

I - Consoante o art. 619 do Código de Processo Penal, admite-se embargos de declaração quando houver no acórdão "ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão".

II - Questões argüidas nos embargos de Maria das Graças Albuquerque Cezar de Queiroz, representadas por eventual cerceamento de defesa ante o indeferimento de prova testemunhal, *quantum* da pena fixada na sentença, existência de crime tentado (e não consumado), antecedentes criminais e atenuante da confissão, não foram suscitadas pela defesa, quando do oferecimento das razões de apela-

ção. Tratando-se de matéria não lançada no apelo, não podem prosperar os embargos de declaração. Precedentes.

III - As alegações de que as provas constantes dos autos não eram suficientes para ensejar a condenação de Maria das Graças Albuquerque Cezar de Queiroz, e de inexistência de fundamento para se chegar a uma condenação acima do mínimo legal, consubstanciam pretensão de reexame de mérito.

IV - Os embargos de declaração não correspondem à via correta para o reexame do mérito da causa, sendo incabível a sua interposição quando se visa apenas a nova apreciação de pontos abordados no acórdão, com o fim de inverter o resultado final da lide.

V - O embargante João Roberto de Queiroz pleiteia pronunciamento acerca de seu estado de saúde mental, além de conversão da pena em medida de segurança. Nos termos dos arts. 183 e 184 da Lei nº 7.210/84, é da seara do Juízo da Execução Penal qualquer deliberação acerca de eventual conversão da pena privativa de liberdade em medida de segurança, bem como de conversão do tratamento ambulatorial em internação, não cabendo tal discussão no âmbito dos embargos.

VI - Improvimento de ambos os embargos de declaração.

O acórdão supramencionado resultou do julgamento de Embargos de Declaração opostos por Maria das Graças Albuquerque Cezar de Queiroz (fls. 877-889) e João Roberto de Queiroz (fls. 891-893), contra acórdão proferido por esta Turma, em sessão realizada em 26.06.2007, referente à Apelação Criminal nº 1.701-RN, cuja ementa assim foi redigida (fls. 874-875):

PENAL E PROCESSO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. APELAÇÃO CRIMINAL. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO APÓS JULGAMENTO DE INCIDENTE DE FALSIDADE DOCUMENTAL. IRREGULARIDADES EM PROCESSO DE ADOÇÃO DE CRIANÇA PARA O EXTERIOR. INTUITO LUCRATIVO. ART. 239 DA LEI Nº 8.069/90. PRESCRIÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. JUSTIÇA FEDERAL. COMPETÊNCIA. SENTENÇA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. PROVA INDICIÁRIA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. APELAÇÃO IMPROVIDA.

I - Apelação Criminal que se pretende apreciar, após o julgamento da PETTR nº 2.465-RN, oportunidade em que esta 4ª Turma posicionou-se pela improcedência do incidente de falsidade documental. Questão de ordem decidida à unanimidade por esta Turma, no sentido da possibilidade de julgamento imediato desta ACR nº 1.701-RN, tendo em vista que eventuais recursos interpostos contra acórdão proferido naquele incidente não têm efeito suspensivo.

II - Pena privativa de liberdade dos apelantes fixada em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, determinando o prazo prescricional em 12 (doze) anos, a teor do disposto no art. 109, III, do CP.

III - Fatos ocorridos em 28.05.1992, sendo a denúncia recebida em 26.10.1993, e a sentença condenatória publicada em 12.08.1996.

IV - Da data dos fatos até o recebimento da peça acusatória, ou entre o recebimento desta e a publicação da sentença, não medeia prazo superior a 12 (doze) anos, restando afastada a ocorrência da prescrição retroativa. Não se configura, também, a prescrição intercorrente, posto que da publicação da sentença até a presente data não decorreu prazo superior a 12 (doze) anos.

V - Compete à Justiça Federal o processo e julgamento dos crimes cometidos contra a criança e o adolescente, em razão da adesão do Brasil à Convenção sobre os Direitos da Criança, nos termos do art. 109, V, da Constituição Federal.

VI - Consumação do tipo previsto no art. 239 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), consistente na promoção ou auxílio à efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior, com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro.

VII - A prova indiciária no processo penal tem respaldo no princípio do livre convencimento motivado do Juiz. Por este entendimento doutrinário, tem-se que, se o Magistrado procede à fundamentação da sentença através de um raciocínio lógico bem articulado, interligando os pontos principais dos fatos que lhe foram postos ao longo da instrução, deve acolher como provas os elementos indiciários. Precedentes.

VIII - Autoria e materialidade incontestes, sendo farta a

comprovação das inúmeras irregularidades no processo de adoção de criança brasileira em prol de casal de franceses patrocinado pelos réus enquanto advogados.

IX - Apelação improvida.

No presente recurso (fls. 949-984), a defesa de Maria das Graças Albuquerque Cezar de Queiroz aduziu, inicialmente, que no julgamento da apelação, realizado em 26.06.2007, suscitara questões de ofício, na sustentação oral, que restaram apreciadas por esta Corte, traduzidas por: a) como questão de ordem, a nulidade processual por ofensa ao contraditório e à ampla defesa, decorrente do indeferimento da diligência requerida pela embargante, no sentido de que fossem ouvidos os estrangeiros, com fundamento no art. 499 do CPP; b) provimento do apelo, face à confusão da Juíza sentenciante sobre a indicação de outra pessoa para se passar por mãe biológica, inexistindo este fato nos autos, havendo condenação com base em outro processo; c) provimento parcial do apelo, visando à redução da pena, em razão da inexistência de antecedentes criminais da embargante ao tempo do delito, e da confissão, além da diminuição decorrente da tentativa, uma vez que, conforme consignado na denúncia e na sentença, o fato não ocorreu por circunstâncias alheias à vontade da embargante. Entretanto, tais questões, embora rejeitadas, não foram devidamente inseridas na ementa do acórdão de fls. 874-875.

Asseverou que, nos primeiros embargos, argüira efeito infrigente, mas esta Turma decidira não reduzir a pena da embargante pelo fato de, caso assim procedesse, a conduta restaria prescrita.

Afirmou serem cabíveis embargos de declaração para suprir matéria de ordem pública, uma vez que as questões externadas pela defesa, ainda que em sede de sustentação oral, revestir-se-iam de caráter público. Alegou, ainda, omissão do acórdão, quanto ao registrado nas notas taquigráficas, de fls. 909-926.

Após contra-razões do Ministério Público Federal (fls. 989-991), vieram os autos a este Gabinete em 10.12.2007.

Apresento o feito em mesa, independente de pauta.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

O acórdão impugnado foi prolatado pela 4ª Turma desta Corte, à unanimidade, acompanhando voto por mim proferido em 23.10.2007, no julgamento dos Embargos de Declaração em Apelação Criminal nº 1.701-RN, interpostos por Maria das Graças Albuquerque Cezar de Queiroz (fls. 877-889) e João Roberto de Queiroz (fls. 891-893).

O presente recurso, oposto por Maria das Graças Albuquerque Cezar de Queiroz (fls. 949-984), intitulado de "NOVOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (para fins de pré-questionamento e com pedido de atribuição de efeito modificativo ao julgado)", não merece prosperar, por se tratar de reiteração dos argumentos por ela deduzidos nos primeiros Embargos, de fls. 877-889.

Inexiste no acórdão impugnado qualquer omissão, objetivando a embargante, na verdade, a rediscussão de matéria, o que não é possível na via eleita.

Com efeito, no voto por mim proferido às fls. 935-942 (EDACR 1701-RN), referi que a ora embargante alegara, naquela oportunidade, omissão do acórdão exarado no julgamento da ACR nº 1.701-RN, no tocante aos seguintes tópicos: a) nulidade do processo, em decorrência de cerceamento de defesa, ante o indeferimento de produção de prova testemunhal, "já que se requereu a produção de prova no sentido de que fossem ouvidos os estrangeiros..."; b) "impossibilidade de se aplicar a pena acima do mínimo legal", ante a ausência de antecedentes criminais da embargante; c) não reconhecimento do crime tentado com seu reflexo na quantidade da pena; d) não aplicação da atenuante da confissão. Aduzira a embargante, ainda, que as provas constantes dos autos não eram suficientes para ensejar sua condenação, inexistindo fundamento para se chegar a uma condenação acima do mínimo legal. Por fim, alegara que a juntada das notas taquigráficas integrais (fls. 909-926), pertinentes ao julgamento da ACR nº 1.701-RN, corresponderia a uma "forma de se comprovar que algumas nuances chegaram a ser discutidas e até mesmo aceitas no instante do

juízo, sendo que deixaram de ser tratadas no corpo do acórdão embargado".

Depreende-se, de imediato, que o presente recurso reitera os argumentos veiculados nos primeiros Embargos (fls. 877-889).

Transcrevo, por oportuno, trecho do voto por mim proferido às fls. 935-942, *verbis*:

Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, admite-se embargos de declaração quando houver no acórdão "ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão".

Nas razões de apelação – interposta em conjunto por Maria das Graças Albuquerque Cezar de Queiroz e João Roberto de Queiroz (fls. 547-555), os apelados pugnaram pela absolvição, argumentando, tão-somente, que as formalidades legais para a adoção do menor F.G. tinham sido observadas. Não foram suscitadas pela defesa, naquela oportunidade, as questões aduzidas em sede de embargos, como eventual cerceamento de defesa ante o indeferimento de prova testemunhal, o *quantum* da pena fixada na sentença, a existência de crime tentado (e não consumado), os antecedentes criminais e a atenuante da confissão.

Ora, tratando-se de matéria não lançada no recurso, não podem prosperar os embargos de declaração.

[...]

Por outro lado, no que diz respeito às alegações de que as provas constantes dos autos não eram suficientes para ensejar a condenação da embargante, e que inexistiria fundamento para se chegar a uma condenação acima do mínimo legal, trata-se de evidente pretensão de reexame do mérito.

É sabido que os embargos de declaração não correspondem à via correta para o reexame do mérito da causa, sendo incabível sua interposição quando se visa, apenas, a nova apreciação de pontos abordados no acórdão, com o fito de reverter o resultado final da lide.

Objetiva a embargante, no particular, reabrir discussão acerca da temática de mérito, o que não é admitido pelo art. 619 do CPP, nem pela jurisprudência.

[...]

Ainda que se desconsidere que a embargante deduziu matéria não lançada na apelação, ou que objetivou rediscutir temática de mérito, melhor sorte não lhe assiste.

À guisa de explicitação, cito trecho das contra-razões ofertadas pelo Ministério Público Federal (fls. 899-905), que, após opinar acerca da pretensão de rejuvimento da causa, disse:

Por amor ao debate, todavia, passaremos a refutar os articulados, demonstrando a inexistência das apontadas omissões.

Relativamente à nulidade processual (item a, retro), observa-se que o MM. Juiz, no r. despacho (fls. 472/473), fundamentadamente, no exercício de sua discricionariedade juridicamente vinculada, indeferira pedido de inquirição daquelas testemunhas.

Não menos certo, todavia, é que a ora embargante, seja nas Alegações Finais (fl. 486/491), seja nas Razões de Apelação (fl. 547/555), contra tal ato não se insurgiu, pois não se vê uma linha sequer sobre essa pretensa causa de nulidade, a qual, na verdade, não ocorrera, visto que não se demonstrara o prejuízo à Defesa, daí por que inexistente alegada omissão

Sabemos que nossa Lei Processual Penal exige a demonstração do gravame à parte, ocasionado pelo ato inquinado de nulo, o que, repita-se, não ocorreu, no caso.

No que respeita ao *quantum* da pena (item b), a embargante desenvolve argumentação de mérito, visando convencer de sua inocência, chegando a asseverar que "com efeito, a exposição dos acontecimentos, da maneira em que foi disposta pelo órgão acusador, apesar de induzir um entendimento distorcido, não possui o condão, sequer, de levar ao desfecho condenatório, uma vez que tais condutas não preenchem os elementos do tipo penal (...)"

Saliente-se que, na análise das circunstâncias judiciais, ainda no exercício de sua discricionariedade vinculada, o MM. Juiz *a quo* fixou a pena um pouco acima do mínimo legal, inclusive em face de registro de antecedentes criminais, em consonância, aliás, com precedentes do Supremo Tribunal Federal:

[...]

Alega, ainda, o recorrente, que o crime fora tentado (item c). Citado dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua:

[...]

A caracterização do delito em foco, na sua forma consumada, está declarada no r. Acórdão, *verbis*:

"A narrativa contida na denúncia é clara no sentido de que os acusados atuaram em relação ao processo de adoção de criança por estrangeiro de forma irregular, crime conhecido como sendo o de tráfico internacional de crianças, quando se encontram presentes todos os elementos narrados na denúncia (...)."

"O Magistrado sentenciante observou dois fortes indícios probatórios do intuito do lucro nas condutas perpetradas pelos réus: o açodamento dos causídicos em requererem, em uma só petição, a destituição do pátrio poder, o registro da criança e a adoção. E, por conta mesmo da pressa em auferir lucro rápido, terminaram por infringir regras do processo de adoção de menor por estrangeiros."

"Confirmando a questão dos réus em auferir lucro pelos atos praticados, levando em conta a *'demonstração de interesse em enviar criança ao exterior, sem a observância das formalidades legais'*, conforme a tipificação legal do art. 239 do ECA, empresto relevância ao que disse o acusado JOÃO DE QUEIROZ, sobre sua esposa, ao ser intimado para falar acerca do Incidente de Falsidade de Documentos (apenso à presente Ação Penal) por ela instaurado, apontando, naquele momento, seu ex-cônjuge como sendo o falsificador de suas assinaturas nos requerimentos de adoção."

Vê-se que os Embargantes, com o intuito de lucro, ao promoverem medidas judiciais, visando a que o infante Felipe Gomes fosse entregue ao casal de franceses Rémy Michel Hugues Bigot e Marie Françoise Pauly, residente no seu país de origem, em caráter de adoção, perfizeram transcrito tipo penal, estando o delito, pois, consumado. Invocamos, ainda, considerações da então Procuradora Regional da República, Armanda Figueiredo, de saudosa memória, no Parecer nº 332/97, fls. 576/583, *verbis*:

"54 - O fato de a criança não ter sido efetivamente levada ao exterior, por seu turno, não afasta a tipicidade da conduta dos acusados, porquanto configuraria tão-somente o exaurimento do crime, na medida em que o delito previsto no artigo 239, da Lei nº 8.069/90, como se disse, é formal. fl. 530."

Finalmente, quanto à aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, *d*, da Lei Penal, verifica-se que a embargante,

na esfera policial (cf. Termo de Declarações, fl. 81/86 – numeração da Justiça Federal) e em seu interrogatório em Juízo (fl. 232/234), admitindo-se que reconheceria a prática delituosa, todavia argüiu justificativa para tal, qual seja, que recebera o menor, da mãe deste, haja vista não dispor de condições financeiras para criá-lo, vindo a adotar providências, visando à sua adoção, ou seja, mostra-se como "benfeitora".

Demais disso, a embargante ingressara com Incidente de Falsidade (Processo nº 99.05.05825-7 PETTR 2.465 RN, em apenso), afirmando na inicial:

"7. Resolveu, então, argüir, só agora, quando o apelo interposto se encontra na Superior Instância, a falsidade dos documentos (cartas e denúncias e das petições de adoções), por não serem as assinaturas e/ou rubricas nele apostas verdadeiras, mas falsificadas pelo seu esposo enfermo. Juntam-se xerox autenticadas das peças existentes nos autos principais (...)" (grifo de agora)

Dito Incidente foi julgado improcedente (v. Acórdão, fl. 320/331, do apenso).

Como se vê, a embargante tentou elidir a prova documental, consubstanciada nas petições pertinentes à adoção do menor, que subscrevera, juntamente com seu ex-marido e co-réu, o Embargante João Roberto, o que, a toda evidência, mais uma vez descaracteriza a sinceridade de suposta confissão, que, como atrás consignado, não ocorrerá.

Ensina Guilherme Nucci:

"A confissão, para valer como meio de prova, precisa ser voluntária, ou seja, livremente praticada, sem qualquer coação. Entretanto, para servir como atenuante, deve ser ainda espontânea, vale dizer, sinceramente desejada, de acordo com o íntimo do agente. (...) Não é possível que o réu se beneficie de uma circunstância legal para amenizar sua pena se houver agido sem qualquer espontaneidade, apenas para locupletar-se de algum benefício legal (...) Além disso, por mais espontânea que tenha sido, ela perde totalmente o valor como atenuante caso haja retratação, mormente antes do julgamento."

Sem dúvida, a propositura do citado incidente equipara-se à retratação, mais que isso, porque quis a Embargante imputar ao co-réu a autoria da suposta falsificação, o que, como sabemos, em tese, constitui crime de calúnia (art. 138 do C. Penal).

Não faz jus, pois, ao benefício pretendido.

Por fim, passo à análise da petição de fl. 908, através da qual a recorrente pleiteou a juntada das notas taquigráficas integrais (fls. 908-925), referentes à ACR nº 1701-RN.

Não merece prosperar, também, a pretensão da embargante. Na aludida petição, a recorrente não apontou em que residiria eventual ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão, limitando-se a afirmar, genericamente, que "algumas nuances chegaram a ser discutidas e até mesmo aceitas no instante do julgamento, sendo que deixaram de ser tratadas no corpo do acórdão embargado".

Ademais, o teor das notas taquigráficas integrais não tem o condão de caracterizar a ocorrência de qualquer dos pressupostos de admissibilidade dos embargos, previstos no art. 619 do CPP.

Acertadamente, o MPF, na promoção de fl. 930, ao reiterar os termos das contra-razões, asseverou que "as notas taquigráficas juntadas aos autos pelos embargantes, fls. 908/926, não infirmam os argumentos do *Parquet* na resposta ao citado recurso".

Ante o exposto, nego provimento aos embargos de declaração de Maria das Graças Albuquerque Cezar de Queiroz. (Sem grifo no original)

Destaco, ainda, o que foi argüido pelo representante ministerial, na manifestação de fls. 989-991:

Facilmente se constata que os presentes se tratam de mera repetição dos Embargos pela mesma opositos, à fl. 877/879, acrescidas do arrazoado à fl. 908 e peças que o instruíram, recurso esse rechaçado por esse egrégia Colegiado, em Decisão (fls. 932/946), assim ementada:

[...]

Em homenagem à brevidade e para evitar desnecessárias repetições, reportamo-nos aos fundamentos do Acórdão, destacando, por fim, que, rechaçadas as alegações, cujos tópicos acima reproduzimos, a eminente Relatora asseverou: "Ademais, o teor das notas taquigráficas não tem

o condão de caracterizar a ocorrência de qualquer dos pressupostos de admissibilidade dos embargos, previsto no art. 619 do CPP. Acertadamente, o MPF, na promoção de fl. 930, ao reiterar os termos das contra-razões, asseverou que 'as notas taquigráficas juntadas aos autos pelos embargantes, fl. 908/926, não infirmam os argumentos do *Parquet* na resposta ao citado recurso' ".

Portanto, bem se vê que inexistente qualquer omissão a ser suprida, pretendendo a Embargante, isso sim, rejugamento do feito, o que, a toda evidência, é inadmissível.

Requer, pois, o ora Embargado, o não conhecimento do presente e, se outro for o entendimento, seu improvimento.

Em síntese, da análise dos autos é possível concluir que, além da inexistência de omissão no acórdão impugnado, a embargante repete argumentação já veiculada nos primeiros declaratórios, o que enseja o improvimento do recurso.

A propósito do tema, cito precedentes do Supremo Tribunal Federal:

Embargos de declaração em embargos de declaração. Limites. Impossibilidade de atacar, mediante novos embargos de declaração, aspectos já solucionados na decisão declaratória precedente, e muito menos questões que residem no acórdão primitivamente embargado.

Embargos de declaração rejeitados.

(Recurso Extraordinário nº 109.963-4/DF, 1ª Turma, Rel. Ministro Rafael Mayer, d. unânime, 27.08.1985, *DJ* de 13.09.1985)

Embargos declaratórios em embargos de declaração.

- Nos novos embargos declaratórios não se pode atacar aspectos já solucionados em embargos de declaração anteriormente opostos, nem questões que dizem respeito ao acórdão originariamente embargado.

Embargos de declaração rejeitados.

(Embargos de Declaração em Ação Penal nº 296-4/PR, Pleno, rel. Ministro Moreira Alves, d. unânime, 25.05.1994, *DJ* de 19.08.1994)

Ante o exposto, nego provimento aos Embargos de Declaração opostos por Maria das Graças Albuquerque Cezar de Queiroz, às fls. 949-984.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 2.995-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Impetrantes: WILLIAM ARIEL ARCANJO LINS E OUTRO
Impetrado: JUÍZO DA 17ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
(PETROLINA) - COMPETENTE P/ EXEC. PENAIS
Paciente: JOSÉ EDVALDO SOARES DE SOUZA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. CORRUPÇÃO PASSIVA E QUEBRA DE SIGILO FUNCIONAL. POLICIAL CIVIL. RECEBIMENTO DE PROPINA PARA O NÃO CUMPRIMENTO DE MANDADOS DE PRISÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA.

- Paciente preso no dia 06 de setembro do ano em curso, e denunciado pela prática dos crimes tipificados nos artigos 316 e 325, § 2º, ambos do Código Penal, em virtude de, supostamente, haver solicitado valores para livrar um indiciado da responsabilização criminal.

- É significativo o grau de probabilidade de que o paciente retorne à prática delitiva – no caso de ser posto em liberdade –, tendo-se em conta a circunstância de que tais espécies de delitos são de difícil prevenção/impedimento e de fácil realização.

- O modus operandi do acusado (utilização do cargo público para o recebimento de propina) e a natureza dos delitos cometidos (de elevado nível de reprovabilidade) já são elementos que, por si sós, justificariam a decretação da prisão preventiva, com vistas à garantia da ordem pública, a aplicação da lei penal, e por conveniência da instrução processual, eis que, como dito, é difícil a prevenção e provável a reincidência delituosa. Precedentes do STJ.

- **Fatos que autorizam a constrição cautelar que, nos termos do artigo 312 do CPP vigente, se justifica, na medida em que transparecem indicações concretas de que, solto, o paciente poderá (em tese) inviabilizar a aplicação da lei penal, ou mesmo dificultar o alcance da verdade real, objetivo da persecução penal.**
- **Habeas corpus denegado.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 29 de novembro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Habeas corpus liberatório impetrado por William Ariel Arcanjo Lins, com pedido liminar, em favor de José Edvaldo Soares de Souza, em face da decisão do MM. Juiz da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco (Petrolina), que indeferiu o pedido de liberdade provisória do paciente, preso desde o dia 06 de setembro de 2007 pela suposta prática dos crimes tipificados nos artigos 316 e 325, § 2º, ambos do Código Penal.

Sustenta o impetrante estarem ausentes os requisitos autorizatórios para a decretação da prisão preventiva, alegando que o paciente não põe risco à ordem pública, eis que é primário, possui profissão definida e reside em endereço fixo.

No tocante à conveniência da instrução criminal e da aplicação da lei penal, sustenta que o paciente não influenciou nem influenciará na apuração da verdade. Diz-se, por fim, que, após a prisão, nada mais foi comprovado sobre sua participação nas atividades ditas criminosas.

A medida liminar foi indeferida - fls. 617/618. As informações estão às fls. 621/636, e nelas reafirma-se estarem presentes os requisitos da prisão cautelar.

A douta representação do *Parquet* opinou pela denegação da Ordem, e pela manutenção da custódia preventiva.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Averbando acendrada vênia aos que perfilham entendimentos dissonantes, penso não ser o caso de conceder-se a ordem requestada.

Segundo o impetrante, a decisão da lavra do MM. Juiz da 17ª Vara Federal de Pernambuco não atenderia aos requisitos a que alude o art. 312, do Código de Processo Penal - CPP, para a decretação da prisão preventiva.

Permito-me rememorar o dispositivo legal mencionado, *verbis*:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Quer isso dizer que a prisão preventiva só se justifica em situações excepcionais e quando estiverem presentes os requisitos previstos na lei processual penal; há a necessidade, também, de certeza no tocante à materialidade do ilícito, e deve haver indícios consistentes da autoria do ilíço.

A sã doutrina, por seu turno, enxerga na constrição preventiva uma espécie de medida cautelar, a partir da qual se objetiva assegurar as condições indispensáveis a que, no curso da lide, fique garantida a incolumidade da ordem pública e a aplicação efetiva da lei penal.

Assentadas essas premissas, cabe verificar se, de fato, os acontecimentos narrados na peça póstica ajustam-se, ao menos em tese, ao que foi consignado até aqui, de sorte a justificar a constrição preventiva do paciente.

No presente caso, o paciente é policial civil, e foi denunciado pela eventual prática dos crimes tipificados nos artigos 316 e 325, § 2º, ambos do Código Penal, em virtude de, supostamente, haver solicitado valores para livrar um indiciado da responsabilização criminal.

Tenho para mim que, ao menos em tese, a ordem pública estará em risco, se a pretensão for deferida, na medida em que, de acordo com os documentos colacionados aos autos, e com a decisão que decretou a prisão preventiva (muito bem fundamentada, diga-se de passagem), o paciente, como policial civil, possui amplo acesso aos dados e/ou elementos de informação amealhados pelos órgãos estatais de segurança, por decorrência do exercício das competências que lhe são institucionalmente cometidas.

Atente-se para o seguinte excerto da denúncia, no concernente aos ilícitos imputados ao policial ora paciente, não se podendo perder de vista a circunstância de que as condutas descritas foram perpetradas ao longo da apuração de outros delitos cometidos por uma organização criminosa; confira-se:

Ao que tudo indica, a organização criminosa opera de diversas formas: i) criam páginas de internet falsas de instituições bancárias para capturar informações bancárias sigilosas (conta-corrente, agência, senhas, etc.) digitadas pelas vítimas, que eram induzidas a acessar tais páginas a partir de mensagens que recebiam por email; ii) enviam através da rede mundial de computadores (internet) programas de computador denominados Cavalo de Tróia, *trojans* ou *keylogs*, ou ainda os *spywares*, capazes de monitorar e capturar informações bancárias sigilosas (conta-corrente, agência, senhas, etc.) inseridas pelas vítimas

usuárias dos computadores infectados.

De posse de tais informações, os investigados acessam as contas bancárias das vítimas e transferem para outras contas conseguidas pelos “cartãozeiros” ou “biscoiteiros” junto a correntistas interessados em aderir ao esquema em troca de dinheiro, sacando em seguida os valores desviados ilícitamente. Aqueles que emprestam suas contas para o recebimento de valores ilícitos possuem participação decisiva para a consumação do crime, detendo conhecimento da finalidade da operação.

No que diz especificamente, com a conduta do paciente, cumpre atentar para o que foi consignado no requerimento da prisão preventiva, *verbis*:

JEDVÂNIO, EDMILSON e EDVALDO ficaram circulando a cidade de Petrolina com CLÁUDIO por cerca de 30 minutos, retornando ao parque municipal e, depois, indo até a Delegacia da Polícia Civil situada no bairro Ouro Preto. Neste primeiro contato, os três policiais civis informaram a CLÁUDIO acerca de existência da investigação em Santa Catarina e exigiram valores para livrarem-no da responsabilização criminal.

No estacionamento da Delegacia da Polícia civil de Ouro Preto, JEDVÂNIO e EDVALDO colocaram CLÁUDIO no veículo GM/Vectra, placa KGV0902, prata, de propriedade do primeiro, e dirigiram-se para o estacionamento do River Shopping, seguidos por EDMILSON em um veículo VW/Gol, azul, com o intuito de forçar CLÁUDIO a realizar a transferência da propina.

(...)

São citados, expressamente, os nomes dos policiais civis: JEDVÂNIO VIEIRA JOSÉ DOS SANTOS, proprietário do Vectra que aparece nas imagens da manhã do dia 07 de julho no shopping; EDMILSON ZACARIAS SILVA, escrivão do inquérito em trâmite na Polícia Civil; **e um suposto GILSON, este último, identificado posteriormente (06/09/2007, em auto de reconhecimento de pessoa como sendo JOSÉ EDVALDO SOARES DE SOUZA.**

(Destaquei)

(...)

Disso tudo, fica evidente que JEDVÂNIO, EDMILSON e JOSÉ EDVALDO praticaram os crimes de concussão e violação ao sigilo funcional, impondo-se, para a garantia

da ordem pública e para assegurar a instrução criminal, a decretação da prisão preventiva de JOSÉ EDVALDO SOARES DE SOUZA, haja vista que os dois primeiros já estão presos, por ordem deste juízo.

Há, portanto, ao meu pensar, um alto grau de probabilidade de que o paciente retorne à prática delitiva – no caso de ser posto em liberdade –, tendo-se em conta a circunstância de que estas espécies de delitos e a sua forma de realização são de difícil prevenção/impedimento e de fácil realização, eis que o agente, na qualidade de policial civil, tem amplo acesso ao aparelho de segurança pública estatal.

Ademais, o *modus operandi* do acusado (utilização do cargo público para o recebimento de propina) e a natureza dos delitos cometidos (de elevado nível de reprovabilidade) já são, no meu modesto entendimento, elementos que, por si sós, justificam a decretação e a manutenção da prisão preventiva, a fim de se garantir a ordem pública, a aplicação da lei penal e por conveniência da instrução processual, eis que, como dito, é difícil a prevenção, e bem provável a reincidência delituosa.

O Direito Penal se vale da formulação de juízos de probabilidade para aferir se é ou não necessária a decretação, **ou, como no caso, a manutenção de uma constrição cautelar**; as provas constantes dos autos apontam na direção de uma possibilidade concreta da permanência da prática das atividades malsãs e, só isso, ao meu pensar, já seria suficiente para a denegação da Ordem requestada.

Há, outrossim, a necessidade de se manter a custódia cautelar, a fim de evitar a destruição do arcabouço probatório em relação aos delitos cometidos pela organização criminosa, haja vista a fragilidade das provas, nas hipóteses de crimes cometidos por funcionários públicos.

O colendo Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, em caso a este em tudo assemelhado, mantendo a constrição preventiva, pelos mesmos argumentos ora expostos:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. ADVOCACIA ADMINISTRATIVA. PRISÃO PREVENTIVA.

GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

I - Demonstrando o magistrado, de forma efetiva, as circunstâncias concretas ensejadoras da decretação da prisão preventiva dos pacientes, quais sejam: indícios suficientes de autoria e materialidade do delito e a garantia da ordem pública, esta em razão do *modus operandi* na prática das condutas, valendo-se os pacientes do aparelho estatal, bem como de suas funções públicas – policial civil e policial rodoviário federal – para, em tese, perpetrar diversos crimes contra a Administração Pública, gerando prejuízo ao erário e causando clamor público, tendo sido enfatizados, ainda, o grau de lesividade e a torpeza dos delitos, bem assim a necessidade da manutenção da credibilidade da Justiça (Precedentes do STF e do STJ).

II - Condições pessoais favoráveis do paciente não tem, por si só, o condão de revogar a segregação cautelar, se o decreto prisional está convincentemente fundamentado (Precedentes). *Writ* denegado.

(STJ, HC nº 42734/RJ, Quinta Turma, julg. em 7-6-2005, DJ de 29-8-2005, p. 387, Rel. Min. Felix Fischer).

Por fim, impende ressaltar que o colendo Superior Tribunal de Justiça, bem como essa egrégia Corte Regional, tem posicionamento firmado no sentido de que apenas as condições pessoais favoráveis do paciente não justificam a revogação da prisão preventiva, especialmente quando a decisão estiver bem fundamentada, como ocorre na demanda em tela.

Tudo isso, ao meu pensar, justifica a manutenção da constrição preventiva, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal-CPP vigente, na medida em que transparecem indicações concretas de que, solto, o paciente bem poderá (em tese) pôr em risco a ordem pública, reiterando as práticas delituosas.

Isso posto, indefiro a ordem de *habeas corpus* requerida.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.099-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Impetrante: WANK REMY DE SENA MEDRADO
Impetrado: JUÍZO DA 20ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Paciente: PAULO JORGE DA SILVA PONTES

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. CRIME DE DESACATO. ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. DELITO DE BAIXO POTENCIAL OFENSIVO, APENADO COM DETENÇÃO DE 6 (SEIS) MESES A 2 (DOIS) ANOS. IMPROPRIEDADE DA EXPEDIÇÃO DE DECRETO DE CUSTÓDIA PREVENTIVA ALICERÇADO EXCLUSIVAMENTE NO ART. 312 DO CPP. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO SIMULTÂNEA DOS COMANDOS DOS ARTS. 312 E 313 DO CPP. IMPÕE-SE A CONCESSÃO DA ORDEM.

- Consoante entendimento do Ministério Público, lançado em sede de parecer oferecido nos autos deste mandamus, não deve subsistir decreto de custódia preventiva quando dirigido a delitos de menor potencial ofensivo, como in casu, passível, inclusive, de fazer jus às benesses do art. 89 da Lei nº 9.099/95 (sursis processual), ou mesmo de transação penal, nos moldes do art. 2º, parágrafo único da Lei nº 10.259/01.

- Precedentes do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no sentido de não ser suficiente a presença unicamente dos requisitos autorizadores do art. 312 do CPP, para o decreto de custódia preventiva nos crimes apenados com detenção, porquanto necessário o concurso de uma das hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 313, também do CPP:

“(...) 2. Se o crime pelo qual responde o recorrente é punido com detenção, não sendo ele va-

dio, nem tendo sido condenado definitivamente por outro crime doloso, e sua identidade é certa, a lei não prevê a possibilidade de decretação de prisão preventiva. Inteligência do art. 312 e art. 313, incisos II e III, do Código de Processo Penal. 3. Recurso provido para revogar o decreto de prisão preventiva do Recorrente, se por outro motivo não estiver preso”. (STJ. RHC nº 20.621/MG. 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, julg. 29/08/07, DJ 08/10/07, p. 319);

“(…) 1 - Só se admite a prisão preventiva, para crimes punidos com detenção, quando se apurar que o réu é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la. Do contrário, a custódia cautelar não poderá ser decretada, salvo no caso de já haver condenação por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64, I, do CP. (Precedentes).

- In casu, a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória não fez qualquer referência ao fato do paciente ser vadio ou de haver dúvida quanto à sua identidade, tampouco prova de que não é primário.

Habeas corpus concedido”. (STJ. HC nº 65564-SC. 5ª Turma, Rel.Min. Félix Fischer, julg. 20/11/06, DJ 12/02/07, p. 290).

- Concessão da ordem de habeas corpus para o imediato recolhimento e revogação do mandado de prisão preventiva expedido em desfavor do paciente ou, já efetivado o seu cumprimento, a pronta expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* em epígrafe, nos termos do voto do Relator, na forma do

relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 12 de fevereiro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se, em suma, de *habeas corpus* impetrado em favor de Paulo Jorge da Silva Pontes, que teve decretada a sua prisão preventiva por ordem emanada do juízo da 20ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, localizada em Salgueiro-PE, nos autos do Processo Criminal nº 2004.83.00.018166-8, onde se encontra denunciado pelo Ministério Público Federal, pela prática da conduta delituosa tipificada no art. 331 (desacato) c/c art. 71, ambos do Código Penal pátrio, perpetrada em desfavor de policiais federais (delegado e agentes), quando da lavratura de auto de prisão em flagrante delito e posterior reinquirição, referentes a furto de tubulação do DNOCS .

Objetiva a presente impetração, a revogação do decreto de custódia preventiva estabelecido em desfavor do paciente ora epígrafado, que entende de todo desarrazoada a constrição de sua liberdade de locomoção, dada situação fático-jurídica que sustenta não se enquadrar nas hipóteses previstas nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Pede-se, neste *writ*, medida liminar, com a conseqüente expedição do salvo-conduto respectivo e, adiante, quando do julgamento do mérito mesmo do feito, a concessão, em definitivo, da ordem de *habeas corpus*, revogando-se o decreto prisional em discussão.

Por intermédio da decisão de fl. 14, foi determinada a apresentação, no prazo de 24 horas, das informações da douta autoridade judiciária impetrada, atempadamente oferecidas, como se vê às fls. 17/21, através das quais se declina a seqüência dos acontecimentos processuais que redundou na expedição da or-

dem de custódia preventiva do ora paciente, visto entender o juízo *a quo*, acerca de sua viabilidade jurídica, mormente em razão de que “o acusado afastou-se do distrito da culpa sem prestar informes ao juízo de como poderia ser localizado, de sorte que a manutenção da custódia cautelar se afigura como medida necessária e adequada” (fl. 21).

Através da respeitável decisão de fls. 22/24, o douto Relator convocado denegou a postulação liminar.

O parecer ministerial oferecido nesta instância recursal, de fls. 26/28, pelo deferimento da ordem de *habeas corpus*, restou assim ementado:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE DESACATO. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. TRANSAÇÃO. *SURSIS* PROCESSUAL. HIPÓTESE DE NÃO APLICAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA.

1. Para o crime de desacato, cabe aplicação de transação ou, ainda, de suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei nº 9.099/95).
2. Incabível falar em prisão preventiva no âmbito do Juízo do Especial.
3. Parecer pela concessão do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Dentre os tópicos da decisão denegatória (fls. 22/24) da postulação liminar contida neste *writ*, destaco, adiante, excertos do pronunciamento do eminente Relator convocado, ressaltando minha comunhão com o teor de suas razões:

Ora, diante dos elementos fáticos trazidos aos autos, outra não pode ser a conclusão de que o paciente, no mínimo, faz pouco caso da justiça. Ao meu entender, todavia, mais que isso, como bem demonstrou o douto juízo *a quo*, encontra-se evidenciado que o réu não pretende se submeter à aplicação da lei penal, caso venha a ser condenado, justificando-se, portanto, a sua custódia cautelar, nos termos do art. 312 do CPPB.

(...)

Verifico ser esta a hipótese dos presentes autos, razão porque não vislumbro a ilegalidade, tão-somente alegada, da manutenção da custódia preventiva do paciente mas, ao contrário, a evidente existência dos pressupostos autorizadores previstos no art. 312, do CPP, sobretudo aqueles que dizem respeito à conveniência da instrução criminal e à aplicação da lei penal.

Ademais, é de salientar-se que, diferentemente do alegado pelo ilustre impetrante, o paciente, sabendo-se de há muito processado e sujeito às restrições processuais penais de praxe, ao infringi-las, em momento algum procurou, posteriormente, justificar-se perante a douta autoridade apontada como coatora, não sendo razoável, dada a sua condição declarada de comerciante, não saber como se conduzir perante o Poder Judiciário.

Todavia, no presente momento processual de enfrentamento do mérito *causae* deste *habeas corpus*, deparo-me com a tese igualmente bem esgrimida pelo representante do Ministério Público, lançada em sede do seu parecer de fls. 26/28, voltada para a demonstração do descabimento da manutenção do decreto prisional do paciente. Assim, pontua o órgão ministerial acerca da consideração da natureza de baixo potencial ofensivo do delito imputado ao réu (art. 331), ora paciente, apenado, abstratamente, com **detenção** de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos **ou** somente multa.

Reflico, agora à luz das considerações do MPF, realmente não dever subsistir decreto de custódia preventiva quando dirigido a delitos de menor potencial ofensivo, como *in casu*, passível, inclusive, de fazer jus às benesses do art. 89 da Lei nº 9.099/95 (*sursis* processual), ou mesmo de transação penal, nos moldes do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01.

Destaco, também, o posicionamento ministerial erigido no sentido de entender “*incabível falar em prisão preventiva no âmbito do Juizado Especial Federal. (...) a pena aplicada na hipótese de desacato, mesmo levando-se em conta a anotada continuidade, não pode levar à prisão cautelar que trafega na direção contrária do Juizado Especial, que visa à despenalização*”. E continua o membro do *Parquet*:

Se não bastasse, o requisito de ordem pública não pode ser levado a tais proporções, a ponto de permitir a expedição de prisão preventiva no intuito de manter o paciente preso indefinidamente por conta de crime de pequeno potencial ofensivo. Há de se respeitar o direito fundamental à liberdade. (Fl. 28).

Há recente julgado no sentido de considerar que “O fato de o crime ser apenado com detenção não exclui, **por si só**, a possibilidade de prisão preventiva”. (TRF-1ª Região. HC 2007.01.000264854/MT, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, Julg. 24/07/07, DJ 10/08/07, p. 50). (Grifei).

Inclino-me, contudo, a admitir a necessidade de o decreto da custódia preventiva, nos casos de crimes apenados com detenção, como na ação penal relacionada a este feito, de imputação do delito de desacato, previsto no art. 331 do CP se fazer também acompanhar da comprovação de atendimento a alguns dos requisitos do art. 313, do Código de Processo Penal, a saber:

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I - punidos com reclusão;

II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal;

IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. (Grifei)

Apesar de as informações emanadas do juízo *a quo*, de fls. 18/21, não primarem, necessariamente, pela objetividade que reclama o deslinde deste *habeas corpus*, forçoso é reconhecer não apenas a ausência de notícia do preenchimento a tais requisitos (do art. 313 do CPP), mas a efetiva contrariedade aos mesmos, pois mais de vez restou salientado no expediente do juízo impetrado, “*que a primariedade, os bons antecedentes e a ocupação lícita*”

constituem circunstâncias que, isoladamente, não inviabilizam a custódia preventiva, quando fundada nos requisitos do art. 312 do CPP" (fl. 20).

Assim, no sentido de não ser suficiente a presença unicamente dos requisitos autorizadores do art. 312 do CPP, para o decreto de custódia preventiva nos crimes apenados com detenção, como *in casu*, porquanto necessário o concurso de uma das hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 313, também do CPP, colham-se recentes julgados emanados da 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça - STJ:

(...) 2. Se o crime pelo qual responde o recorrente é punido com detenção, não sendo ele vadio, nem tendo sido condenado definitivamente por outro crime doloso, e sua identidade é certa, a lei não prevê a possibilidade de decretação de prisão preventiva. Inteligência do art. 312 e art. 313, incisos II e III, do Código de Processo Penal.

3. Recurso provido para revogar o decreto de prisão preventiva do Recorrente, se por outro motivo não estiver preso.

(STJ. RHC nº 20.621/MG. 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, julg. 29/08/07, DJ 08/10/07, p. 319). (Sem grifos no original).

(...) I - Só se admite a prisão preventiva, para crimes punidos com detenção, quando se apurar que o réu é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la. Do contrário, a custódia cautelar não poderá ser decretada, salvo no caso de já haver condenação por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64, I, do CP. (Precedentes).

II - *In casu*, a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória não fez qualquer referência ao fato do paciente ser vadio ou de haver dúvida quanto à sua identidade, tampouco prova de que não é primário.

III - **Habeas corpus concedido.**

(STJ. HC nº 65.564-SC, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, julg. 20/11/06, DJ 12/02/07, p. 290) (sem grifos no original)

(...) CRIME APENADO COM DETENÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 313 DO CPP. INOBSERVÂNCIA.

1. Cuidando a hipótese de crimes apenados com detenção, a prisão preventiva só se faz cabível se concorrerem os requisitos previstos no artigo 313, inciso II, isto é, se o acusado for vadio ou, havendo dúvida sobre sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; ou, ainda, conforme descrito no inciso III do mesmo dispositivo legal, tratando-se de acusado já portador de outra condenação, em crime doloso, transitada em julgado, pouco importando a natureza da mais recente infração cometida, se dolosa ou culposa.

2. A inexistência de qualquer menção aos requisitos elencados no artigo 313 do Código de Processo Penal torna inviável a decretação da custódia provisória, não obstante estar o agente envolvido em outros fatos delituosos de extrema gravidade.

3. Recurso ordinário a que se dá provimento para determinar a revogação do mandado de prisão expedido em desfavor do recorrente ou, na hipótese de já efetivado seu cumprimento, a imediata expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

(STJ. RHC nº 17567-MG. 6ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julg. 19/05/2005, DJ 27/06/05, p. 451) (sem grifos no original)

Por entender, à vista do articulado, dever o decreto de prisão preventiva, nos delitos apenados com detenção, como *in casu*, obedecer ao disposto, simultaneamente, nos arts. 312 e 313 do CPP, **dou pela concessão da ordem de *habeas corpus* para o imediato recolhimento e revogação do mandado de prisão preventiva expedido em desfavor do paciente ou, já efetivado o seu cumprimento, a pronta expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.**

É como voto.

INQUÉRITO Nº 1.799-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (CONVOCADO)
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Indiciado: SEM INDICIADO
Investigados: FRANCISCO ANTÔNIO CARDOSO MOTA, VICENTE PAULO CARDOSO MOTA, JOSÉ NAILTON BARROS LEITE DUARTE, JOÃO TORRES DE SOUSA, MARIA BETÂNIA CARVALHO, FRANCISCO LEONARDO DE CASTRO BEZERRA MELO, ANTONÉLIA MARIA DE CASTRO BEZERRA MELO, AMARILDO BITENCOURT DOS REIS, FRANCISCO BATISTA PEREIRA, FRANCISCO FLÁVIO FARIAS DA COSTA, ANA GEANE VILAROUCA DA SILVA LIMA, SARA SÉFORA DE SOUSA PEREIRA E JOSÉ BOLTÃO DE AQUINO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. ART. 1º, INCISOS I, II, III e IV, DO DECRETO-LEI Nº 201/67 C/C O ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93.

- Exordial escorada em indícios consideráveis da prática de ações eventualmente ilícitas pelos diversos investigados, possivelmente perpetradas através de desvios e/ou apropriação indevida de verbas federais, utilização irregular de recursos públicos, dispensas de licitação fora das hipóteses previstas em lei e emissão de notas fiscais frias visando a legitimar aquisição desautorizada de gêneros alimentícios.

- As defesas preliminares trazidas a lume não lograram rechaçar as acusações ministeriais. Antes, aduziram matéria probatória, cuja veracidade somente poderá ser auferida no curso da instrução criminal. Tampouco merece acolhida a tese de que o feito criminal não pode se iniciar enquanto pendente ação de improbidade administrativa, haja vista a independência de instân-

cias entre os juízos penal e cível.

- Afastamento do Prefeito durante o curso de instrução criminal, com esteio no art. 2º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67 (donde fora desligado, retornando por força de liminar judicial), tendo em vista que sua manutenção no cargo poderá causar embaraços à colheita das provas.

- Denúncia recebida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o egrégio Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, receber a denúncia, e, por maioria, determinar o afastamento do Prefeito do exercício do cargo, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 20 de fevereiro de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator Convocado

RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Convocado):

O Ministério Público Federal oferece denúncia contra: 1) Francisco Antônio Cardoso Mota; 2) Vicente Paulo Cardoso Mota; 3) José Nailton Barros Leite Duarte; 4) João Torres de Sousa; 5) Maria Betânia Carvalho; 6) Francisco Leonardo de Castro Bezerra Melo; 7) Antonélia Maria de Castro Bezerra Melo; 8) Amarildo Biten-court dos Reis; 9) Francisco Batista Pereira; 10) Francisco Flávio Farias da Costa; 11) Ana Geane Vilarouca da Silva Lima; 12) Sara Séfora de Sousa Pereira e 13) José Botão de Aquino.

Em síntese, a exordial acusatória atribui aos investigados a prática de diversos atos supostamente criminosos, relativos à gestão dos repasses recebidos pelo primeiro denunciado no exercício de 2005, quando já investido no cargo de prefeito do Município de Icó/CE, e provenientes do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE.

Os fatos acima mencionados de ilegalidade se encontram assim transcritos na peça vestibular, fls. 03-05:

O primeiro denunciado, na qualidade de prefeito do Município de Icó/CE, durante o exercício de 2005, recebeu repasses do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE para o Programa de Educação de Jovens e Adultos - PEJA no valor de R\$ 401.250,00 (quatrocentos e um mil e duzentos e cinquenta reais), conforme extrato de liberação de fl. 30, cujo valor foi depositado na Conta-Corrente n.º 157791 do Banco do Brasil em Icó/Ce, específica para depósitos dos recursos para o PEJA.

O primeiro denunciado, sob o argumento de que havia "a necessidade urgente de se adquirir materiais de cozinha destinados à cantina das escolas por conta do início do Programa" (fl. 165), autorizou a abertura de procedimento administrativo de dispensa de licitação (fl. 175) e adquiriu material de cozinha: baldes, frigideiras, panelas e sacos de lixo, destinados às cantinas de escolas de Icó/CE, em desacordo com o art. 5º da Resolução nº 17/2004 do FNDE, pois o objeto das compras não se enquadra nas hipóteses restritas de aplicação dos recursos advindos daquele fundo. A autorização cinge-se apenas a aquisição de material escolar e de gêneros alimentícios, destinados à alimentação escolar dos alunos, e não às despesas efetuadas pelo primeiro denunciado, inclusive em valor correspondente a 1/3 da verba mensal repassada pelo FNDE. Posteriormente o edil ratificou a dispensa, conforme ratificação (fl. 184).

Tal dispensa irregular de licitação foi aprovada pela comissão permanente de licitação, composta pelo oitavo, nono, décimo, décima primeira e décima segunda denunciados (fl. 186), com o fito de legitimar a apropriação por parte do primeiro e segundo denunciados dos recursos federais advindos do FNDE no montante de R\$ 10.008,00 (dez mil e oito reais).

Apesar deste valor ter sido supostamente pago à empresa Torres e Sousa Ltda., conforme nota fiscal (fl. 56), verifica-se, das declarações do responsável de fato pela pessoa jurídica supramencionada, Sr. José Nailton Barros Leite Duarte, que a emissão de nota fiscal serviu apenas para cobrir a despesa do município, sem que tenha ocorrido nenhuma venda de utensílio de cozinha para a edilidade. Além da nota fiscal, consta nos autos um recibo emitido pela referida empresa, assinado pelo

seu sócio-administrativo, o quarto denunciado. Mediante este documento a empresa em apreço teria recebido o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) pagos pela Prefeitura Municipal de Icó/CE.

O cheque (fl. 58), assinado pelo primeiro e décimo terceiro denunciados, foi emitido em favor da empresa Torres e Sousa Ltda. e endossado pelo representante legal da pessoa jurídica, sacado em espécie da conta-corrente específica do convênio e em seguida depositado integralmente na Conta-Corrente Pessoa Física nº 17086-0, da qual o titular é o segundo denunciado, irmão do primeiro denunciado, conforme fita de caixa (fl. 58) e os extratos de sua conta.

Em 16.12.2005, quando as escolas municipais já se encontravam em recesso, o primeiro denunciado realizou uma aquisição de gêneros alimentícios destinados à merenda escolar no valor de R\$ 16.320,00 (dezesseis mil, trezentos e vinte reais). A empresa Torres e Sousa Ltda. novamente veio a figurar como fornecedora mas desta feita na qualidade de vencedora da licitação viciada, com anuência do nono, décimo e décima primeira denunciados, conforme assinaturas apostas na Ata de Abertura e Julgamento da Habilitação e Propostas da Prefeitura Municipal de Icó/CE (fls. 218-219).

Após esta reunião de Abertura e Julgamento da Habilitação e Propostas, foi celebrado o termo de contrato (fls. 239 - 242) entre a prefeitura em apreço e a empresa Torres e Sousa Ltda. no valor irrevogável de R\$ 48.960,00 (quarenta e oito mil, novecentos e sessenta reais), cujo documento foi firmado pelo quarto e décimo terceiro denunciados.

Ulteriormente, em obediência a ordem manifestamente ilegal do primeiro denunciado, a quinta denunciada (fls. 274-276) solicitou ao terceiro denunciado a emissão de nota fiscal fria (fls. 136-139) no valor de R\$ 16.320,00 (dezesseis mil, trezentos e vinte reais), referente à compra de 32.000 ovos e 2.880kg de biscoito cream cracker de 400g com os recursos advindos do FNDE para o PEJA.

Depois da expedição do documento fiscal em epígrafe pela empresa Torres e Sousa Ltda., foi emitido cheque (fl. 141) em nome da referida empresa o qual foi sacado na "boca do caixa" pelo terceiro denunciado, no valor acordado, e foi repassado à quinta denunciada que o repassou para o primeiro denunciado,

apesar de a referida compra já ter sido feita anteriormente, em 20.10.2005, quando a Prefeitura Municipal de Icó/CE adquiriu gêneros alimentícios no mesmo valor de R\$ 16.320,00 (dezesseis mil, trezentos e vinte reais) da mesma empresa, segundo atesta o cheque de fl. 119, juntamente com as notas fiscais de fls. 115-118.

A terceira ocasião que ensejou o desvio e/ou apropriação indevidamente de verbas federais, foi a da utilização dos recursos do PEJA para pagamento de contrapartida referente a outro convênio celebrado pelo Município de Icó/CE. Assim, o primeiro denunciado servia-se de um termo de parceria (fls. 144-150), no valor estimado de R\$ 295.708,60 (duzentos e noventa e cinco mil, setecentos e oito reais e sessenta centavos), celebrado com o Instituto Prisma de Desenvolvimento Humano - IPDH, o qual tem como presidente a sétima denunciada (fl. 150) para efetuar saque de recursos de empenho do PEJA.

Logo, em julho de 2005 foi emitido um empenho, por ordem do primeiro denunciando (fl. 61), no valor de R\$ 56.407,31 (cinquenta e seis mil, quatrocentos e sete reais e trinta e um centavos) supostamente correspondente a pagamentos para “fazer face às despesas com termo de parceria que tem por objetivo desenvolver cooperação técnica junto ao PEJA”. O Instituto Prisma forneceu recibo (fl. 62), assinado pelo seu diretor administrativo, qual seja, o sexto denunciado.

Houve a emissão de cheque (fl. 64), pela Prefeitura Municipal de Icó/CE, nominal à própria edilidade e foi utilizado para outra despesa do próprio município em convênio referente ao programa PROURB. Isto é, o primeiro denunciado alegou ter efetuado pagamento ao Instituto Prisma, quando na verdade serviu-se do numerário para saldar outra obrigação do próprio município em epígrafe.

Nessa soleira, o *dominus litis pugna* sejam os investigados condenados, em concurso de pessoas (CP, art. 29), nas penas do art. 1º, incisos I, II, III e IV, do Decreto-Lei nº 201/67 c/c. o art. 89 da Lei nº 8.666/93, com exclusão do terceiro, quarto, sexto e sétimo denunciados, quanto ao último dispositivo legal.

Ademais, atento ao acordo de delação premiada celebrado entre o terceiro denunciado e o Ministério Público Estadual da Comarca de Icó/CE, oferece-lhe o perdão judicial previsto no art. 13 da Lei nº

9.807/99, caso confirmadas em juízo as declarações prestadas na fase investigatória.

Por fim, com esteio no art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), requer o imediato afastamento do prefeito Francisco Antônio Cardoso Mota, primeiro denunciado, da chefia do Executivo daquela *urbe*, donde fora desligado, retornando por força de liminar judicial.

Os investigados Antonélia Maria de Castro Bezerra Melo e Francisco Leonardo de Castro Bezerra Melo apresentaram defesa preliminar, fls. 28-31 e 34-37, aduzindo em uníssono que o recibo fornecido pelo Instituto Prisma de Desenvolvimento Humano, assinado pelo Sr. Francisco Leonardo de Castro Bezerra Melo, no valor de R\$ 56.407,31 (cinquenta e seis mil, quatrocentos e sete reais e trinta e um centavos), não passa de um documento forjado e falsificado pela Prefeitura Municipal de Icó/CE.

A investigada Sara Séfora de Sousa Pereira, fls. 45-46, negou a prática de qualquer ato de improbidade administrativa, asseverando não haver participado do processo de dispensa de licitação referido na denúncia.

José Nailton Barros Leite Duarte ofereceu resposta preliminar tão-somente para ratificar todos os termos do depoimento prestado perante o Ministério Público Estadual Cearense, instando, pois, pelo reconhecimento do supramencionado favor legal (Lei nº 9.807/99).

João Torres de Sousa também afirmou não haver participado de nenhuma empreitada ilícita, e que tampouco conhecia a finalidade ou destinação das notas fiscais citadas na inicial acusatória.

Amarildo Bitencourt dos Reis alegou que a comissão de licitação não se determinou com o dolo exigido pelo art. 89 da Lei nº 8.666/93, visto que a dispensa do certame licitatório teria decorrido da premência de adoção de medidas urgentes e inadiáveis do Município, que se encontrava em estado de emergência desde o dia 03/01/2005, fls. 79-84.

Francisco Batista Pereira, Francisco Flávio Farias da Costa e Ana Geane Vilarouca da Silva Lima aduziram militarem em seu favor as mesmas razões apresentadas por Francisco Antônio

Cardoso Mota, Vicente Paulo Cardoso Mota e José Botão de Aquino, fls. 96-98.

Francisco Antônio Cardoso Mota, Vicente Paulo Cardoso Mota e José Botão de Aquino, por seu turno, apresentaram longo arrazoado, fls. 101-179, invocando a jurisprudência das Cortes Superiores para afirmar que os mesmos fatos não podem dar azo a duas ações diversas, uma de natureza penal, fundada em suposto crime de responsabilidade, e outra visando espancar improbidade administrativa. Consignaram, em adição, diversos argumentos de natureza fática, dizendo que as acusações se resumem a armações políticas arquitetadas por seus opositores políticos e que a dispensa de licitação fora determinada de maneira escoreita.

O Ministério Público apresentou cota instando pelo recebimento da peça proemial, fls. 189-194.

É o relatório.

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator Convocado):

A vertente denúncia atribui aos investigados a prática de diversos atos que encontrariam enquadramento nos tipos previstos no art. 1º, incisos I, II, III e IV, do Decreto-Lei nº 201/67 c/c. o art. 89 da Lei nº 8.666/93, com exclusão do terceiro, quarto, sexto e sétimo denunciados quanto ao último dispositivo legal.

Em resumo, os atos impingidos dizem respeito à gestão dos repasses recebidos pelo primeiro denunciado no exercício de 2005, quando já investido no cargo de prefeito do Município de Icó/CE, e provenientes do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE.

Conforme narra a exordial acusatória, as possíveis ilegalidades teriam sido perpetradas através de desvios e/ou apropriação indevida de verbas federais, utilização irregular de recursos públicos, dispensas de licitação fora das hipóteses previstas em lei e emissão de notas fiscais frias visando a legitimar aquisição de-sautorizada de gêneros alimentícios.

Procedendo ao exame típico desta fase do procedimento, entendendo deva ser recebida a peça acusatória.

As condutas narradas na vestibular, em tese, constituem crime, sendo certo inferir que a inaugural se acha escorada em indícios consideráveis da prática de várias ações eventualmente ilícitas.

Nos volumes apensados descansam traslados dos documentos que embasam as acusações ministeriais, permitindo concluir, conquanto em seara de delibação, possam realmente ter existido as condutas declinadas pelo *parquet*, o que já é bastante para autorizar a instauração de persecução criminal.

Existem sérios vestígios de que as ações imputadas ao Prefeito (Francisco Antônio Cardoso Mota), primeiro denunciado, foram avalizadas pela comissão permanente de licitação formada pelos 8° a 12° investigados (Amarildo Bitencourt dos Reis, Francisco Batista Pereira, Francisco Flávio Farias da Costa, Ana Geane Vilarouca da Silva Lima e Sara Séfora de Sousa Pereira), bem assim pelo Secretário de Ações e Finanças do Município de Icó/CE, José Botão de Aquino (13° denunciado). Merecem destaque, outrossim: a nota fiscal assinada pelo quarto denunciado (João Torres de Sousa), na qualidade de sócio-administrativo da empresa Torres e Sousa Ltda., vencedora de licitação possivelmente viciada; o cheque depositado na conta-corrente particular do segundo denunciado (Vicente Paulo Cardoso Mota), irmão do Prefeito; a "nota fiscal fria", que teria sido solicitada pela quinta denunciada (Maria Betânia Carvalho) ao terceiro denunciado (José Nailton Barros Leite Duarte), referente à compra de gêneros alimentícios; a atuação do Instituto Prisma de Desenvolvimento Humano - IPDH, gerido pelos 6° e 7° denunciados (Francisco Leonardo de Castro Bezerra Melo e Antonélia Maria de Castro Bezerra Melo), em eventual desencaminhamento dos valores do Programa de Educação de Jovens e Adultos - PEJA.

De outra banda, é possível divisar que a denúncia foi suficientemente clara em atribuir a cada investigado sua quota de responsabilidade nas eventuais empreitadas ilícitas, não havendo se falar em estorvo ao direito constitucional de ampla defesa, a ser seguramente exercitado no curso da ação penal.

As defesas preliminares trazidas a lume não lograram rechaçar as acusações ministeriais. Antes, aduziram matéria probatória, cuja veracidade somente poderá ser auferida no curso da instrução criminal. Tampouco merece acolhida a tese de que o feito criminal não pode se iniciar enquanto pendente ação de improbidade administrativa, haja vista a independência de instâncias entre os juízos penal e cível.

Forte nessas considerações, recebo a denúncia, fazendo-o nos mesmos dispositivos legais invocados pelo Ministério Público Federal.

Com esteio no art. 2º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67, determino o afastamento do investigado Francisco Antônio Cardoso Mota da chefia do Executivo do Município de Icó/CE, durante o curso de instrução criminal (donde fora desligado, retornando por força de liminar judicial), tendo em vista que sua manutenção no cargo poderá causar embaraços à colheita das provas.

Quanto ao perdão judicial requerido pelo investigado José Nailton Barros de Leite Duarte, com arrimo no art. 13 da Lei nº 9.807/99, impende seja aguardada oportuna confirmação em juízo de suas declarações prestadas na fase extrajudicial.

É como voto.

MEDIDA CAUTELAR DA PRESIDÊNCIA Nº 2.305-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Requerente: SISTEMA DE TRANSMISSÃO NORDESTE S/A-STN
Requerido: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA: PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÕES AOS ARTS. 535, I E II, DO CPC E AOS ARTS. 3º, 5º, 9º, 10, 11 E 12 DA LEI Nº 8.429/92. AUSÊNCIA DE FUMAÇA DO BOM DIREITO.

- Consoante orientação do Pleno deste Tribunal

(sessão de julgamento de 22.06.2005 - MCPR nº 2.071/CE), a Corte Regional permanece competente para apreciar e julgar medida cautelar proposta com vistas à atribuição de efeito suspensivo a recurso especial interposto, ainda não admitido por ocasião da propositura do feito acautelatório, mesmo que esse recurso, no momento do julgamento, já tenha sido admitido e remetido à superior instância.

- Para a concessão de medida cautelar destinada a atribuir efeito suspensivo a recurso especial, é mister a presença conjunta dos requisitos da fumaça do bom direito e do perigo da demora.

- Recurso especial em que se alega a ocorrência de violação ao art. 535, I e II, do CPC e aos arts. 3º, 5º, 9º, 10, 11 e 12 da Lei nº 8.429/92.

- Ausente o requisito da fumaça do bom direito, diante da legalidade da recusa pelo v. acórdão recorrido em dar provimento aos embargos declaratórios que, em realidade, buscavam rediscutir o mérito da controvérsia e da possibilidade de a pessoa jurídica beneficiária do ato de improbidade figurar no pólo passivo da respectiva ação de improbidade administrativa. Precedentes.

- Desnecessária averiguação quanto ao perigo da demora, uma vez constatada a ausência do requisito da fumaça do bom direito.

- Medida cautelar improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, acordam os Desembargadores Federais do Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, julgar improcedente a medida cautelar proposta, nos termos do voto do Presidente.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Presidente

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Cuida-se de medida cautelar ajuizada por STN - Sistema de Transmissão Nordeste S/A em face do Ministério Público Federal, a fim de que seja concedida medida liminar atribuindo efeito suspensivo ao recurso especial interposto pelo requerente contra o acórdão da Segunda Turma proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 67.913-CE.

O requerente sustenta, inicialmente, a competência da Presidência deste Tribunal para apreciar a medida cautelar, haja vista a interposição de recurso especial, a teor das Súmulas nº 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal.

Defende a existência de probabilidade de êxito do recurso especial com relação às ofensas ao art. 535 do CPC, bem como quanto à ofensa aos arts. 3º, 5º, 9º, 10, 11 e 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Afirma estar caracterizado o perigo da demora, haja vista que a quantia de aproximadamente R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) ficará indisponível por tempo indeterminado.

Ao final, pleiteia a concessão de medida liminar para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial até seu julgamento final pelo Superior Tribunal de Justiça.

A medida liminar pleiteada foi indeferida pela Presidência deste Tribunal, através da r. decisão de fls. 76/83.

O Ministério Público Federal apresentou contestação às fls. 90/95, tendo a requerente ofertado réplica, às fls. 102/108.

É o relatório.

VOTO

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

O Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ao tratar das atribuições do Presidente, prevê em seu art. 16, XVI, *h*, a competência do Presidente do Tribunal para conhecer e julgar a admissibilidade das petições de recurso especial e de recurso extraordinário, resolvendo os incidentes suscitados, *in verbis*:

Art. 16. São atribuições do Presidente:

(...) XVI - decidir:

(...) *h*) sobre a admissibilidade de recurso especial e de recurso extraordinário, resolvendo os incidentes que se suscitarem;

Cabe, portanto, ao Presidente do Tribunal, enquanto não exercido o juízo de admissibilidade, decidir, em sede de liminar, as medidas cautelares interpostas com o desiderato de atribuir efeito suspensivo aos recursos extremos, consoante, aliás, pacífico entendimento dos Tribunais Superiores, objeto, inclusive, das Súmulas nº 634 e nº 635 do Supremo Tribunal Federal.

Registre-se que, nos termos do entendimento do Pleno deste Tribunal (sessão de julgamento de 22.06.2005 - MCPR nº 2.071/CE), a Corte Regional permanece competente para apreciar e julgar medida cautelar proposta com vistas à atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário interpostos, ainda não admitidos por ocasião da propositura do feito acautelatório, mesmo que esses recursos, no momento do julgamento, já tenham sido admitidos e remetidos à superior instância.

Passa-se, portanto, à apreciação da pretensão cautelar deduzida, à luz de seus pressupostos específicos – o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* –, *in casu*, pela averiguação da existência ou não da probabilidade de êxito dos requerentes no recurso especial interposto e da existência de perigo de dano irreparável como decorrência da normal produção de efeitos pelo *v. acórdão* recorrido.

Consoante ensaiado no relatório, pretende o requerente a atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial interposto, ao ar-

gumento de que estariam configurados os requisitos exigidos, em razão da afirmada possibilidade de êxito em seu recurso especial e do aventado perigo da demora, consistente na indisponibilidade por tempo indeterminado da quantia de aproximadamente R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais).

O requerente interpôs recurso especial em face do acórdão proferido no AGTR n° 67.913-CE, cuja cópia consta às fls. 29/51, fundamentando-se na alínea *a* do art. 105, III, da Constituição Federal, sustentando a ocorrência de violação ao art. 535, I e II, do CPC e aos arts. 3°, 5°, 9°, 10, 11 e 12 da Lei n° 8.429/92.

Compulsando os autos, não vislumbro a presença dos requisitos necessários à concessão da medida cautelar requerida.

A fumaça do bom direito não restou configurada, haja vista que não se afiguram verossímeis as violações a dispositivos de lei federal apontadas pelo requerente em seu recurso especial.

Inicialmente, sustenta o recorrente que o *v. acórdão* recorrido, ao se recusar a suprir os vícios por ele apontados em seus embargos declaratórios, teria incorrido em violação aos arts. 535, I e II, do Código de Processo Civil.

Tais vícios, consoante a narrativa do requerente de fls. 32/44, seriam: contradição diante da suposta ausência de voto sobre o mérito por parte de um dos integrantes da Turma Julgadora; contradição em razão da alegada ausência de prova sobre o enriquecimento indevido do requerente; omissão acerca das garantias prestadas para cobertura da operação creditícia; e omissão quanto à possibilidade de redução tarifária pelo banco financiador.

Contrastando as alegações do requerente com os termos do acórdão recorrido, notadamente o inteiro teor do acórdão que julgou os embargos declaratórios interpostos, às fls. 52/65, percebe-se claramente a ausência de violação ao art. 535, I, do CPC, posto que as contradições apontadas pelo requerente, além de inexistentes no plano fático (haja vista que, contrariamente ao sustentado pelo requerente, todos os componentes da egrégia Turma se pronunciaram quanto ao mérito do agravo de instrumento), não se referem a incompatibilidades internas do *decisum* então embargado, mas a supostas incompatibilidades entre o conteúdo do acór-

dão e o juízo que fez o requerente das circunstâncias de fato e de prova dos autos do processo originário, o que revela o não cabimento dos embargos declaratórios na espécie.

Neste sentido, confira-se a uníssona orientação ministrada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, a teor do julgado abaixo transcrito, emanado da egrégia Primeira Seção:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO. ARTIGO 535 DO CPC.

1. Ausentes as hipóteses previstas no artigo 535 do CPC, não prosperam os embargos.

2. O Juiz deve analisar a causa e proferir seu julgamento de acordo com sua convicção, oferecendo os fundamentos para o que decidir. Não configura omissão o fato de a matéria não ter sido analisada sob o prisma constitucional ora pretendido, pois o voto condutor do aresto embargado decidiu a questão de direito valendo-se de elementos que considerou aplicáveis e suficientes para a solução da lide.

3. A contradição autorizadora dos declaratórios é a interna, existente entre as proposições do próprio acórdão embargado, e não deste com o que dispõe a Constituição Federal.

4. Ademais, esta Corte tem reiteradamente reconhecido o direito dos anistiados e de suas pensionistas à isenção do imposto de renda e da contribuição previdenciária, ante os termos da Lei nº 10.559/2002.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no MS 10.536/DF; Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Mandado de Segurança 2005/0048697-4 Relator Ministro Castro Meira, Órgão Julgador S1 - Primeira Seção, data do julgamento 22/03/2006, data da publicação, fonte *DJ* 03.04.2006, p. 199)

Também não merece prosperar a alegação de ofensa ao art. 535, II, do CPC, já que as omissões aventadas pelo requerente consistem, em realidade, em tentativa de nova discussão do mérito, tendo o Órgão Julgador emitido juízo completo quanto às questões suscitadas pelo requerente que eram pertinentes e relevantes ao julgamento da causa.

Desta feita, o acórdão recorrido não violou o art. 535, I e II, do

CPC, inexistindo plausibilidade em tal assertiva tecida pelo requerente.

De outra banda, igualmente não apresenta verossimilhança a alegação de ofensa aos arts. 3º, 5º, 9º, 10, 11 e 12 da Lei nº 8.429/92, decorrente da suposta impossibilidade de o requerente, por ser pessoa jurídica, figurar no pólo passivo de ação de improbidade administrativa, eis que encontra óbice expresso nos próprios dispositivos de lei invocados.

Isto porque **os arts. 3º, 5º e 6º da Lei nº 8.429/92 incluem expressamente dentre os legitimados para figurar no pólo passivo da ação de improbidade administrativa todos aqueles que se beneficiem direta ou indiretamente do ato de improbidade**, o que não permite qualquer interpretação no sentido de excluir as pessoas jurídicas, sob pena de flagrante violação ao interesse público que a citada lei objetiva tutelar, sendo certo que, dentre as diversas pretensões veiculáveis no bojo da ação de improbidade administrativa, encontra-se a de ressarcimento dos danos causados ao erário, aplicável, sem quaisquer restrições, às pessoas jurídicas.

Confira-se o teor dos dispositivos legais acima referidos:

Art. 3º **As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.**

Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou **de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.**

Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público **ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.**

Aliás, **em hipótese semelhante, relativa às ações populares**, o Superior Tribunal de Justiça manifestou o seguinte entendimento, que se aplica, *mutatis mutandis*, ao caso presente:

PROCESSUAL CIVIL AÇÃO POPULAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 6º DA LEI Nº 4.717/65. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

AUSÊNCIA DE SIMILITUDE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

I - Nos termos do art. 6º da Lei nº 4.717/65, ação popular "será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

II - Pretendeu o legislador alcançar, de forma mais abrangente possível, todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a realização dos atos impugnados na ação popular.

III - Havendo a participação do recorrente na elaboração de Resolução objeto da Ação Popular, não há como se afastar a sua legitimidade para integrar o pólo passivo da ação, sobretudo porque a referida Resolução autorizou a realização de nomeações tidas como ilegais, em afronta ao disposto no art. 18 da Lei nº 7.873/89.

IV - Nos termos do art. 255 e parágrafos do Regimento Interno desta Corte, a admissão do Especial com base na alínea "c" impõe o confronto analítico entre os acórdãos paradigma e recorrido, a fim de evidenciar a similitude fática e jurídica posta em debate, o que não se verifica na hipótese.

V - Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

(REsp 644.580-GO; Recurso Especial 2004/0026906-8, Relator Ministro Gilson Dipp, Órgão Julgador T5-Quinta Turma, data do julgamento 21/11/2006, data da publicação, fonte *DJ* 18.12.2006 p. 467)

Não se vislumbra, portanto, plausibilidade nas alegações tecidas no recurso especial em face do acórdão em referência, diante do que dispõem os arts. 3º, 5º, 6º, 9º, 10, 11 e 12, todos da Lei nº 8.429/92.

Ausente a fumaça do bom direito, desnecessária a averiguação do perigo da demora, eis que a concessão da medida cautelar exige a presença concomitante de ambos os requisitos.

Diante destas razões, julgo improcedente a presente medida cautelar.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA

| | | |
|---------|---|----|
| 5128-CE | Rel. Des. Federal Francisco Wildo..... | 13 |
| 5361-PE | Rel. Des. Federal Francisco Wildo..... | 20 |
| 5595-PE | Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano..... | 27 |

AGRAVO DE INSTRUMENTO

| | | |
|----------|---|----|
| 64805-PE | Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria..... | 39 |
| 76032-CE | Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães..... | 45 |

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR

| | | |
|---------|---|----|
| 3834-SE | Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho... | 49 |
|---------|---|----|

APELAÇÃO CÍVEL

| | | |
|-----------|---|-----|
| 332995-RN | Rel. Des. Federal José Maria Lucena..... | 53 |
| 362528-PE | Rel. Des. Federal José Maria Lucena..... | 63 |
| 397873-RN | Rel. Des. Federal Marcelo Navarro..... | 74 |
| 403847-PE | Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho (Convocado)..... | 80 |
| 415380-PE | Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.. | 89 |
| 418668-PE | Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt..... | 95 |
| 421452-PE | Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira (Convocado)..... | 103 |
| 422012-PE | Rel. ^a . Des. ^a . Federal Margarida Cantarelli..... | 112 |
| 429025-CE | Rel. Des. Federal Ubiratan de Couto Mauricio (Convocado)..... | 128 |

APELAÇÃO CRIMINAL

| | | |
|---------|--|-----|
| 4645-CE | Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria..... | 141 |
| 5065-CE | Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.. | 147 |
| 5112-RN | Rel. Des. Federal Ubiratan de Couto Mauricio (Convocado)..... | 156 |
| 5161-PE | Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt..... | 171 |

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

| | | |
|----------|---|-----|
| 74024-CE | Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante..... | 185 |
| 84892-PE | Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante..... | 193 |

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

| | | |
|---------|--|-----|
| 1401-CE | Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira (Convocado)..... | 198 |
|---------|--|-----|

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CRIMINAL

| | | |
|---------|---|-----|
| 1701-RN | Rel ^a . Des ^a . Federal Margarida Cantarelli..... | 203 |
|---------|---|-----|

HABEAS CORPUS

| | | |
|---------|---|-----|
| 2995-PE | Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano..... | 216 |
| 3099-PE | Rel. Des. Federal Marcelo Navarro..... | 223 |

INQUÉRITO

| | | |
|---------|---|-----|
| 1799-CE | Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho (Convocado)..... | 231 |
|---------|---|-----|

MEDIDA CAUTELAR (PRESIDÊNCIA)

| | | |
|---------|--|-----|
| 2305-CE | Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho.. | 239 |
|---------|--|-----|

ÍNDICE ANALÍTICO

JURISPRUDÊNCIA

A

| | |
|------------|---|
| Cv e Adm | Ação anulatória objetivando alteração de registro imobiliário. Terreno de marinha. Aforamento. Competência da Justiça Federal. AC 422012-PE 112 |
| Ct e Adm | Ação civil pública. Ministério do Exército. Fornecimento de documentação nosológica. Limitação dos requerentes legitimados. Ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal. Falta de interesse de agir. AC 362528-PE 63 |
| Cv e PrCv | Ação de reintegração de posse. Constituto possessório. Posse indireta. Legitimidade para ajuizamento de interdito possessório. Posse de boa-fé. Direito a indenização pelas benfeitorias. Direito de retenção. AC 332995-RN 53 |
| PrCv e Adm | Ação popular. Aquisição do prédio-sede do TRE de Pernambuco. Inexistência de alegado litisconsórcio necessário. Validade da sentença sucintamente fundamentada. Eventuais irregularidades na venda do imóvel pertencente à Fundação IBM. Matéria que refoge ao âmbito da ação popular. Hipótese de dispensa de licitação. Ausência de prova da lesividade ao patrimônio público. AC 421452-PE 103 |
| PrCv | Ação rescisória. Decisão que reconheceu o direito ao índice de 3,17%. Interposição de recurso tão-somente contra a condenação na verba honorária. Decadência. Reconhecimento. AR 5128-CE 13 |

| | |
|---------------|--|
| Ct, Cv e PrCv | Ação rescisória. Ressarcimento por prisão preventiva desconstituída através de <i>habeas corpus</i> . Responsabilidade civil do Estado. Pedido de rescisão de sentença proferido em ação de indenização por danos morais e à imagem julgada improcedente. Alegação de ofensa à coisa julgada e violação aos arts. 126, 131, 302 e 330 do CPC. Suspeição e impedimento. Inocorrência. AR 5595-PE 27 |
| Prev | Aposentadoria por idade. Trabalhador urbano. Preenchimento dos requisitos legais: idade mínima e cumprimento de carência. Aplicação da regra transitória de que trata a Lei 8.213/91, art. 142. Sentença trabalhista homologatória. Meio idôneo para comprovar tempo de serviço. Concessão do benefício. AC 418668-PE 95 |
| Prev | Aposentadoria rural por idade. Prova documental e testemunhal. Certidão de casamento. Princípio do livre convencimento motivado. Período de carência. Inexigibilidade. AC 429025-CE 128 |

C

| | |
|------|---|
| Adm | Carreira de policial rodoviário federal. Adicional noturno. Supressão. Inexistência de ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos do servidor público. AGTR 76032-CE 45 |
| Prev | Conflito negativo de competência. Juízos Estadual e Federal. Causa de natureza previdenciária. CF/88, art. 109, § 3º. Comarca abrangida na jurisdição de vara federal re- |

| | |
|-------------|---|
| | cém-instalada. Preservação da competência outorgada aos juízes estaduais. Competência relativa. Declinação de ofício. Impossibilidade. CC 1401-CE 198 |
| Pen e PrPen | Crime ambiental. Preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Não ocorrência. Destruição de área de preservação permanente. Desmatamento de vegetação típica de mangue com a finalidade de construir viveiros de camarão. Autoria e materialidade comprovadas. ACR 5112-RN.. 156 |
| PrPen e Pen | Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Configuração. Prescrição retroativa. Inocorrência. ACR 4645-CE 141 |

D

| | |
|-------------|---|
| Pen e PrPen | Denúncia. Indícios consideráveis da prática de ações eventualmente ilícitas pelos investigados, possivelmente perpetradas através de desvios e/ou apropriação indevida de verbas federais, utilização irregular de recursos públicos, dispensas de licitação fora das hipóteses previstas em lei e emissão de notas fiscais frias. Defesas preliminares que não lograram rechaçar as acusações do Ministério Público. Recebimento da denúncia que se impõe. INQ 1799-CE 231 |
|-------------|---|

E

| | |
|-------|--|
| PePen | Embargos declaratórios em embargos de declaração. Reiteração dos argumentos expendidos nos primeiros embargos. Impossibilidade. Não provimento do recurso. ED na ACR 1701-RN 203 |
|-------|--|

H

| | |
|-------------|---|
| PrPen | <i>Habeas corpus</i> . Prisão preventiva. Crime de desacato. Delito de baixo potencial ofensivo, apenado com detenção de 6 meses a 2 anos. Impropriedade da expedição de decreto de custódia preventiva alicerçado exclusivamente no CPP, art. 312. Necessidade de aplicação simultânea do CPP, arts. 312 e 313. Concessão da ordem. HC 3099-PE 223 |
| Pen e PrPen | <i>Habeas corpus</i> liberatório. Corrupção passiva e quebra de sigilo funcional. Policial civil. Recebimento de propina para o não cumprimento de mandados de prisão. Presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. Denegação da ordem. HC 2995-PE 216 |

I

| | |
|------|---|
| Trbt | ICMS. Incidência. Importação de bem por sociedade civil. Desembaraço aduaneiro após o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001. AMS 84892-PE 193 |
|------|---|

M

| | |
|------------|--|
| Amb e PrCv | Mandado de segurança contra ato da Superintendência Estadual do Meio Ambiente do Ceará – SEMACE. Embargo de obra para construção de loteamento. Ausência de ato praticado pelo IBAMA. Ilegitimidade passiva do IBAMA. Incompetência da Justiça Federal. Remessa dos autos à Justiça Estadual. AMS 74024-CE 185 |
|------------|--|

| | |
|-------------|---|
| Pen e PrPen | Matrícula fraudulenta em universidade pública. Geração de documento público falsificado (histórico escolar). Crime que não pode ser caracterizado como ilícito contra o patrimônio. Inocorrência de estelionato. <i>Emendatio libelli</i> . ACR 5065-CE 147 |
| PrCv e Adm | Medida cautelar. Efeito suspensivo. Recurso especial. Violação do CPC, arts. 535, I e II, e da Lei nº 8.429/92, arts. 3º, 5º, 9º, 10, 11 e 12. Ausência de fumaça do bom direito. MCPR 2305-CE 239 |
| Adm | Militar. Anistiado político contemplado com a graduação de Segundo-Sargento pela Comissão de Anistia. Pretensão a promoção à graduação de suboficial com proventos de Segundo-Tenente e respectivas vantagens. Ausência de direito. AC 403847-PE. 80 |
| PrCv e Adm | Militar. Taifeiro do Ministério da Aeronáutica. Promoções. Lei nº 3.953/61. Decretos regulamentares. Afronta ao princípio da isonomia. Inexistência. AR 5361-PE 20 |

P

| | |
|-------------|---|
| Pen e PrPen | Peculato-desvio. Beneficiados pelo programa de frentes produtivas de trabalho. Materialidade e autoria delitiva não configuradas. Manutenção da absolvição. Condenação dos dois primeiros denunciados. <i>Emendatio libelli</i> . Aplicação da pena <i>in concreto</i> . Mínimo legal. Prescrição retroativa. Extinção da punibilidade. ACR 5161-PE 171 |
|-------------|---|

S

| | |
|------------|---|
| Cv | Sistema Financeiro de Habitação. Contrato particular. Duplicidade de financiamentos. Prestações em atraso. Quitação do saldo devedor. Direito do mutuário. AC 415380-PE 89 |
| Cv e Adm | Sistema Financeiro de Habitação. Seguro habitacional. Mutuário aposentado por invalidez permanente. Laudo conclusivo de médicos peritos do INSS. Ausência de prova de que a doença incapacitante tenha decorrido de acidente automobilístico anterior à contratação do empréstimo e do seguro. Negativa de cobertura securitária que se mostra descabida. AC 397873-RN 74 |
| Adm e PrCv | Suspensão de liminar. Servidor público. Greve. Corte de ponto. Desconto em folha de pagamento. Impedimento. Configuração de grave lesão à economia pública. AgRg na SL 3834/01-SE 49 |

T

| | |
|----------|--|
| Ct e Adm | Terra indígena. Exploração de recursos hídricos. Compensação financeira. Valor irrisório. Majoração. Regularização da atividade. Interesse da União. Ausência. Impossibilidade. AGTR 64805-PE 39 |
|----------|--|